

Gericht: OLG Stuttgart 2. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 24.10.2024
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 2 U 29/24
ECLI: ECLI:DE:OLGSTUT:2024:1024.2U29.24.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 

Zitiervorschlag: OLG Stuttgart, Urteil vom 24. Oktober 2024 – 2 U 29/24 –, juris

Verfahrensengang

vorgehend LG Stuttgart, 19. Januar 2024, 35 O 101/23 KfH, Urteil

Tenor

I. Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 19. Januar 2024 – 35 O 101/23 KfH, wird wie folgt abgeändert:

1. Der Verfügungsbeklagten wird unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft bis zur Höhe von insgesamt 2 Jahren, hinsichtlich der Ordnungshaft jeweils zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, untersagt, den Wegenutzungsvertrag für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten mit der Streithelferin abzuschließen, solange nicht die Bewertung der Angebote der Verfügungsklägerin und der Streithelferin zu folgenden Kriterien neu vorgenommen worden ist:

§ A.I.3.a. im Netzgebiet eingesetztes Personal

§ A.I.3.b. Fort- und Weiterbildungskonzept

§ A.I.4. Wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung

§ B.I. Effizienter Netzbetrieb

§ B.II. Netznutzungsentgelte

§ B.III. Baukostenzuschüsse

§ B.IV. Netzanschlusskosten

§ B.V.3. Telefon- und Internetservice

§ C.I. Umweltverträglicher Netzbetrieb

§ D.II. Wegenutzungsentgelt nach Vertragsende

§ D.IV. Endschaftsbestimmungen

§ D.VII. Konsequenzen bei Vertragsverletzungen

§ D.IX. Baumaßnahmen (Abstimmungen und Koordination mit der Verfügungsbeklagten und anderen Versorgungsunternehmen)

2. Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

II. Die weitergehenden Berufungen der Verfügungsklägerin, der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 19. Januar 2024 – 35 O 101/23 KfH – werden zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits im ersten Rechtszug tragen die Verfügungsklägerin 77,3 % und die Verfügungsbeklagte 22,7 %. Von den Kosten der Streithelferin im ersten Rechtszug trägt die Verfügungsklägerin 77,3 %. Von den Kosten des Rechtsstreits im zweiten Rechtszug tragen die Verfügungsklägerin 71,9 % und die Verfügungsbeklagte 28,1 %. Von den Kosten der Streithelferin im zweiten Rechtszug trägt die Verfügungsklägerin 71,9 %. Im Übrigen trägt die Streithelferin ihre Kosten selbst.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 40.425,53 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Verfügungsklägerin verfolgt mit ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit 32 Anträgen insgesamt 141 Rügen in einem von der Verfügungsbeklagten durchgeführten Verfahren zur Neuvergabe der Konzession des Wegenutzungsrechtes für den Betrieb eines Gasnetzes zur allgemeinen Versorgung der Gemeinde A, wovon 114 Rügen in 30 Anträgen Gegenstand der Berufungen geworden sind. Die Verfügungsklägerin rügt Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung (Phase 3), gemäß der die Streithelferin – bei einem Punkteunterschied von nur 2,8 Punkten von insgesamt 100 zu vergebenden Punkten – den Zuschlag erhalten würde.
- 2 1. Die Verfügungsklägerin ist ein Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in B. Sie ist Altkonzessionären im Konzessionsgebiet der Verfügungsbeklagten. Der Wegenutzungsvertrag mit der Verfügungsklägerin endete am 31. Dezember 2016. Die Verfügungsbeklagte ist eine Gemeinde mit rund 7.500 Einwohnern.
- 3 Mit Verfahrensbrief vom 6. Oktober 2017 stellte die Verfügungsbeklagte die Verfahrensunterlagen zur Verfügung (Anl. ASt. 3). Die Verfügungsbeklagte beauftragte die C AG Rechtsanwaltsgesellschaft mit der Durchführung des Konzessionsverfahrens. Den – auf einem Vergleich mit einem Bieter in einem einstweiligen Verfügungsverfahren wegen Rügen beruhenden – 2. Verfahrensbrief übersandte die Verfügungsbeklagte am 11. Juni 2019 (Anl. ASt. 4). Gegen diesen 2. Verfahrensbrief erhob die Verfügungsklägerin Rügen, denen mit Schreiben vom 28. August 2019 teilweise abgeholfen wurde (Anl. ASt. 5). Mit Schreiben vom 2. Oktober 2019 forderte die Verfügungsbeklagte die Verfügungsklägerin zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes auf (Anl. ASt. 6). Die Verfügungsklägerin gab daraufhin am 31. Dezember 2019 ein verbindliches Angebot ab.

- 4 Durch Schreiben vom 27. Juli 2020 teilte die D GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft, die zwischenzeitlich für die Verfügungsbeklagte tätig ist, der Verfügungsklägerin mit, dass der Gemeinderat der Verfügungsbeklagten beschlossen habe, der Streithelferin den Zuschlag zu erteilen (Anl. ASt. 7). Dieses Schreiben ging der Verfügungsklägerin am 27. Juli 2020 zu. Mit Schreiben vom 28. Juli 2020 beantragte die Verfügungsklägerin Akteneinsicht (Anl. ASt. 8), die mit E-Mail der Verfügungsbeklagten vom 1. Juni 2021 mit teilweise geschwärzten Unterlagen gewährt wurde (Anl. ASt. 9). Daraufhin erhob die Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 30. Juni 2021 zahlreiche Rügen und beanstandete die unvollständige Akteneinsicht (Anl. ASt. 13.1). Mit E-Mail vom 4. Mai 2022 (Anl. ASt. 14, 15) und mit E-Mail vom 9. November 2022 (Anl. ASt. 16, 17) – aufgrund des Urteils des Landgerichts Stuttgart, Az. 35 O 75/22 – übersandte die Verfügungsbeklagte weitere Unterlagen an die Verfügungsklägerin zur Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2022 erhob die Verfügungsklägerin weitere Rügen (Anl. ASt. 18). Mit E-Mail vom 28. September 2023 half die Verfügungsbeklagte den Rügen überwiegend nicht ab (Anl. ASt. 19, 20). Die Verfügungsklägerin erhielt danach 87,3 Punkte und die Streithelferin 90,1 Punkte.
- 5 Wegen des weiteren unstreitigen Vorbringens, des streitigen Vortrags der Parteien und der Streithelferin im ersten Rechtszug sowie der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.
- 6 2. Das Landgericht hat mit Urteil vom 19. Januar 2024 die Verfügungsbeklagte unter Zurückweisung des Antrags im Übrigen zur Unterlassung verurteilt, den Wegenutzungsvertrag für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten mit der Streithelferin abzuschließen, solange die Angebotsinhalte der Verfügungsklägerin und der Streithelferin zu den folgenden Kriterien nicht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durch die Beklagte neu bewertet worden sind:
- 7 - „A.I.4: Wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung“,
- 8 - „A.II.2: Störungsbeseitigungskonzept“,
- 9 - „B.IV: Netzanschlusskosten“,
- 10 - „B.V.2: Beschwerdemanagement“,
- 11 - „D.II Wegenutzungsentgelt nach Vertragsende“,
- 12 - „D.V. Entflechtungsregelungen“ und
- 13 - „D.VII. Konsequenzen bei Vertragsverletzungen“.
- 14 Im Übrigen hat das Landgericht den Verfügungsantrag zurückgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils Bezug genommen.
- 15 3. Gegen das der Verfügungsklägerin am 22. Januar 2024 zugestellte (Bl. 306 LGA) Urteil des Landgerichts hat die Verfügungsklägerin mit am 29. Februar 2024 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt (Bl. 1 BA) und diese nach mehrfacher Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist, zuletzt bis zum 24. Juni 2024 (Bl. 263 BA) mit am 24. Juni 2024 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begrün-

det (Bl. 283 BA). Die Verfügungsbeklagte greift das Urteil des Landgerichts an, soweit es um die Rügen Nr. 3-9, 11-26, 31-61, 63, 65, 66, 68-72, 74-87, 89-98 und 102-120 (Nummerierung der Rügen durch den Senat) in den Verfügungsanträgen Nr. 3 bis 8, 10 bis 17, 19, 21 bis 24, 26 und 27, 30 bis 32 geht.

- 16 Die Verfügungsklägerin beantragt,
- 17 unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart, Az.: 35 O 101/23 der Verfügungsbeklagten und Berufungsbeklagten, unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft bis zu 2 Jahren, hinsichtlich der Ordnungshaft jeweils zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, zu untersagen, den Wegenutzungsvertrag für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten und Berufungsbeklagten mit der E GmbH abzuschließen, solange:
- 18 1. die Bepunktung der Angebote in den einzelnen Kriterien nicht nachvollziehbar im Auswertungsvermerk begründet wird,
- 19 2. im Kriterium „A.I.1: Organisationsstruktur“ kein Punktabschlag von mindestens 2 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 20 3. im Kriterium „A.I.2: Technische Ausstattung“ kein Punktabschlag von mindestens 2 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 21 4. im Kriterium „A.I.3.a: Im Netzgebiet eingesetztes Personal“ kein Punktabschlag von mindestens 1,8 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 22 5. im Kriterium „A.I.3.b: Fort- und Weiterbildungskonzept“ kein Punktabschlag von mindestens 0,4 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 23 6. im Kriterium „A.I.3.b: Fort- und Weiterbildungskonzept“ ein Punktabschlag zu Lasten des Angebots der Antragstellerin vorgenommen wird,
- 24 7. im Kriterium „A.II.2: Störungsbeseitigungskonzept“ kein Punktabschlag von mindestens 7,2 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 25 8. im Kriterium „A.III: Netzpflegekonzept“ kein Punktabschlag von mindestens 1,2 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 26 9. im Kriterium „A.III: Netzpflegekonzept“ ein Punktabschlag zu Lasten des Angebots der Antragstellerin vorgenommen wird,
- 27 10. im Kriterium „A.IV: Netzstrukturkonzept“ kein Punktabschlag von mindestens 1,2 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,

- 28 11. im Kriterium „A.IV: Netzstrukturkonzept“ ein Punktabschlag zu Lasten des
Angebots der Antragstellerin vorgenommen wird,
- 29 12. im Kriterium „B.I: Effizienter Netzbetrieb“ kein Punktabschlag von mindes-
tens 4,5 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 30 13. im Kriterium „B.II: Netznutzungsentgelte“ das Angebot der E GmbH nicht mit
0 Punkten bewertet wird,
- 31 14. im Kriterium „B.III: Baukostenzuschüsse“ kein Punktabschlag von mindestens
0,8 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 32 15. im Kriterium „B.V.1: Kundenservice in örtlicher Nähe“ kein Punktabschlag
von mindestens 1,6 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen
wird,
- 33 16. im Kriterium „B.V.3: Telefon- und Internet-service“ ein Punktabschlag von
mehr als 0,4 Punkten zu Lasten des Angebots der Antragstellerin vorgenommen
wird,
- 34 17. im Kriterium „B.V.4: Netzanschluss“ ein Punktabschlag von mehr als 0,5
Punkten zu Lasten des Angebots der Antragstellerin vorgenommen wird,
- 35 18. im Kriterium „C.I: Umweltverträglicher Netzbetrieb“ ein Punktabschlag zu
Lasten des Angebots der Antragstellerin vorgenommen wird,
- 36 19. im Kriterium „D.I. Change-of-Control-Klausel“ kein Punktabschlag von min-
destens 0,5 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 37 20. im Kriterium „D. III. Haftungsregelung“ kein Punktabschlag von mindestens
0,4 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 38 21. im Kriterium „D.IV. Endschaftsbestimmungen“ kein Punktabschlag von min-
destens 0,5 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorgenommen wird,
- 39 22. im Kriterium „D.VIII. Qualität der Oberflächenwiederherstellung“ kein Punkt-
abschlag von mindestens 1,8 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vor-
genommen wird,
- 40 23. im Kriterium „D.IX. Baumaßnahmen (Abstimmungen und Koordination mit
der Antragsgegnerin und anderen Versorgungsunternehmen)“ kein Punktab-
schlag von mindestens 0,5 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH vorge-
nommen wird,
- 41 24. im Kriterium „D.XI. Vertragliche Datenherausgabeverpflichtungen“ kein
Punktabschlag von mindestens 0,7 Punkten zu Lasten des Angebots der E GmbH
vorgenommen wird.
- 42 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin beantragen,
- 43 die Berufung der Verfügungsklägerin zurückzuweisen.

- 44 4. Gegen das der Verfügungsbeklagten am 22. Januar 2024 zugestellte (Bl. 307 LGA) Urteil des Landgerichts hat die Verfügungsbeklagte mit am 21. Februar 2024 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz (Bl. 163 BA) Berufung eingelegt und diese nach mehrfacher Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist, zuletzt bis 24. Juni 2024 (Bl. 259 BA), mit am 24. Juni 2024 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet (Bl. 376 BA).
- 45 Die Verfügungsklägerin beantragt,
- 46 das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 19. Januar 2024, 35 O 101/23 KfH, aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.
- 47 Die Verfügungsklägerin beantragt,
- 48 die Berufung der Verfügungsbeklagten zurückzuweisen.
- 49 5. Gegen das der Verfügungsbeklagten am 22. Januar 2024 zugestellte (Bl. 307 LGA) Urteil des Landgerichts hat die Streithelferin mit am 20. Februar 2024 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz (Bl. 81 BA) Berufung eingelegt und diese nach mehrfacher Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist für die Verfügungsbeklagte, zuletzt bis 24. Juni 2024 (Bl. 259 BA), mit am 20. Juni 2024 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet (Bl. 265 BA).
- 50 Die Streithelferin beantragt,
- 51 das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 19. Januar 2024, 35 O 101/23 KfH, aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückzuweisen.
- 52 Die Verfügungsklägerin beantragt,
- 53 die Berufung der Streithelferin zurückzuweisen.
- 54 6. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien und der Streithelferin im Berufungsverfahren wird auf deren Schriftsätze sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10. Oktober 2024 Bezug genommen.

55 **II. Berufung der Verfügungsklägerin**

- 56 Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt, hat in der Sache aber nur zum Teil Erfolg.
- 57 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig, insbesondere liegt ein Verfügungsgrund vor (§ 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG) und die Urteilsverfügung wurde unstreitig gem. §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO vollzogen (Bl. 287 BA), aber der Verfügungsantrag ist nur teilweise begründet.
- 58 Der Anspruch des Bieters richtet sich darauf, die Fortsetzung des Vergabeverfahrens ohne Abhilfe der begründeten Rügen zu unterlassen (OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 – 2 U 218/18, Rn. 47, juris). Der Verfügungsanspruch i. S. v. § 935 ZPO richtet sich nach §§ 33 Abs. 1, Abs. 3, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 46 EnWG. Nach § 33 Abs. 1 GWB ist,

wer gegen §§ 18 ff. GWB verstößt, gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung und zur Unterlassung verpflichtet.

- 59 Die Verfügungsklägerin ist aktivlegitimiert (1.). Das GWB ist hier anwendbar (2.). Die Voraussetzungen für eine transparente und diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung sind teilweise nicht erfüllt (3.). Die festgestellten Bewertungsfehler sind kausal für die Auswahlentscheidung (4.).
- 60 1. Als Interessentin am Abschluss des ausgeschriebenen Gaskonzessionsvertrages ist die Verfügungsklägerin Betroffene im Sinne von § 33 Absatz 1 GWB, da sie durch die behaupteten Maßnahmen beeinträchtigt ist (§ 33 Absatz 3 GWB).
- 61 Die erforderliche Betroffenheit durch den behaupteten objektiven Rechtsverstoß liegt vor, wenn der Bieter als sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß subjektiv (potenziell) beeinträchtigt, also selbst unbillig behindert ist. Dies setzt voraus, dass der objektive Rechtsverstoß im Auswahlverfahren die Chancen des Bewerbers auf die Konzession beeinträchtigt bzw. beeinträchtigen kann (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289-322 = NZKart 2014, 151, Rn. 54 ff., juris – Stromnetz Berkenthin; Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/12 = EnWZ 2014, 268, Rn. 54, juris – Stromnetz Heiligenhafen; Beschluss vom 3. Juni 2014 – EnVR 10/13 = EnWZ 2014, 470, Rn. 53, juris – Stromnetz Homberg; OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, Rn. 96, juris; Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, Rn. 114, juris; a. A. OLG Celle, Urteil vom 7. März 2022 – 16 U 166/21 Kart, Rn. 92, juris, das die Geltendmachung der Beeinträchtigung eigener Rechte und/oder Chancen für nicht erforderlich hält).
- 62 Die Verfügungsklägerin ist als Altkonzessionärin in besonderer Weise von einer diskriminierenden Konzessionsentscheidung betroffen. Anders als „einfache“ Mitbieter verliert sie nicht nur die Erwerbschance, die ein 20-jähriger Netzbetrieb bietet; die Altkonzessionärin ist darüber hinaus nach der Neuvergabe der Konzession an einen Dritten nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG verpflichtet, ihre für den Netzbetrieb der allgemeinen Versorgung notwendigen Verteilungsanlagen an den Neukonzessionär gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Es handelt sich um einen gesetzlich angeordneten Zwangsverkauf, bei dem der Verkaufspreis nicht frei auszuhandeln ist, sondern einer Bindung an die wirtschaftliche Angemessenheit und damit einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Dieser erhebliche Eingriff in das nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsrecht der Altkonzessionärin ist nur gerechtfertigt, wenn die Neukonzessionierung entsprechend den gesetzlichen Vorgaben, d. h. anhand zutreffender Kriterien, ohne Diskriminierung und unter Wahrung des Transparenzgebots, durchgeführt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289-322 = NZKart 2014, 151, Rn. 117, juris – Stromnetz Berkenthin; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. März 2014 – 6 U 68/13 (Kart), Rn. 74 f., juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 30. Oktober 2018 – 11 U 62/17 (Kart), Rn. 113, juris).
- 63 2. Die Kommunen handeln bei Abschluss eines Konzessionsvertrages als Unternehmer (BGH, Beschluss vom 15. April 1986 – KVR 6/85, Rn. 14, juris – Wegenutzungsrecht; BGH, Beschluss vom 11. März 1997 – KZR 2/96, Rn. 17, juris – Erdgasdurchgangsleitung) und haben dabei eine marktbeherrschende Stellung über das Angebot von Wegenutzungsrechten in dem örtlich auf das Gemeindegebiet beschränkten Markt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, Rn. 20, juris – Stromnetz Berkenthin).

- 64 3. Die Voraussetzungen für ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren nach § 46 Absatz 1 bis 4 GWB (a) wurden vorliegend teilweise nicht eingehalten (b).
- 65 a) In Übereinstimmung mit § 19 GWB sind die Gemeinden gemäß § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, über den Abschluss von Verträgen im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, diskriminierungsfrei (Art. 3 Abs. 1 GG, § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG) zu entscheiden (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, Rn. 26, juris – Stromnetz Berkenthin).
- 66 Daraus ergeben sich sowohl verfahrensbezogene (aa) als auch materielle Anforderungen (bb) an die Auswahlentscheidung.
- 67 aa) Das Auswahlverfahren muss zunächst so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, Rn. 35, juris – Stromnetz Berkenthin; Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/12, Rn. 44, juris – Stromnetz Heiligenhafen; OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 – 2 U 218/18, Rn. 59, juris).
- 68 bb) In materieller Hinsicht wird das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Die Auswahl des Netzbetreibers ist vorrangig an den Kriterien auszurichten, welche die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/12 = NZBau 2014, 303, Rn. 49, beck-online – Stromnetz Heiligenhafen; Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, Rn. 36, juris – Stromnetz Berkenthin). Derjenige soll als Netzbetreiber ermittelt werden, der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, gem. § 1 Abs. 1 EnWG beim Netzbetrieb eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente, umweltverträgliche und treibhausgasneutrale leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff zu gewährleisten, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, Rn. 38, juris – Stromnetz Berkenthin). Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden (§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG). Das energiewirtschaftsrechtliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten, umweltverträglichen und treibhausgasneutralen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff vereint mehrere Einzelziele, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zugänglich sind. Damit wird auch der Planungshoheit der Gemeinde als einer wesentlichen Ausprägung der durch die Gemeindeorgane vermittelten wirksamen Teilnahme der Gemeindebürger an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12 = NVwZ 2014, 807, Rn. 49, beck-online – Stromnetz Berkenthin). Bei

der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen (§ 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG). Wie sich aus § 46 Abs. 6 EnWG ergibt, dürfen jedoch nicht Eigenbetriebe bei der Konzessionsvergabe ohne sachlichen Grund bevorzugt werden (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, Rn. 33, juris – Stromnetz Berkenthin; Beschluss vom 26. Januar 2016 – KZV 41/15, Rn. 22, juris – Energieversorgung Titisee-Neustadt; OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 – 2 U 218/18, Rn. 60, juris).

- 69 Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, Rn. 54, juris – Stromnetz Berkenthin; Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/12, Rn. 50, juris – Stromnetz Heiligenhafen; Beschluss vom 3. Juni 2014 – EnVR 10/13, Rn. 53, juris – Stromnetz Homberg). Ob eine Behinderung unbillig ist, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen zu beurteilen, die sich an der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Funktion des Gesetzes zu orientieren hat (OLG Stuttgart, Urteil vom 5. Januar 2017 – 2 U 66/16, Rn. 84, juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 – 2 U 218/18, Rn. 61, juris).
- 70 Beim Abschluss von Wegenutzungsverträgen gibt § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG vor, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG verpflichtet ist, mithin die Auswahl zwischen den Anbietern daran auszurichten hat, welches Angebot unter der Zielsetzung einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten, umweltverträglichen und treibhausgasneutralen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, am günstigsten ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, Rn. 56, juris – Stromnetz Berkenthin; Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/12, Rn. 52, juris – Stromnetz Heiligenhafen; OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 – 2 U 218/18, Rn. 62, juris).
- 71 Insbesondere soweit die Auswahlentscheidung mit der relativ-vergleichenden Bewertungsmethode den Grad der Erfüllung der zuvor aufgestellten Auswahlkriterien durch die Angebote ermittelt, kommt der Verfügungsbeklagten der bei der Beurteilung der Angebote generell bestehende Beurteilungsspielraum zugute (KG Berlin, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19.EnWG, Rn. 276, juris; OLG Celle, Urteil vom 19. Oktober 2017 – 13 U 38/17 (Kart), Rn. 54, juris). Generell kann das Gericht die Bewertung der Angebote durch die Gemeinde von Rechts wegen nur darauf überprüfen, ob die Gemeinde die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat, von keinem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung hat einfließen lassen und sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und der allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe hält (vgl. OLG Celle, Urteil vom 19. Oktober 2017 – 13 U 38/17 (Kart), Rn. 54, juris; KG Berlin, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19.EnWG, Rn. 278, juris; OLG Dresden, Urteil vom 11. Mai 2022 – U 30/21 Kart, Rn. 54, juris).
- 72 Es ist nicht Aufgabe des Senats, seine Bewertung an die Stelle derjenigen der Vergabestelle zu setzen, weshalb es auf die Frage, ob einzelne Details nun besser oder schlechter hätten bewertet werden können, regelmäßig nicht ankommt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 19. Oktober 2017 – 13 U 38/17 (Kart), Rn. 54, juris; KG Berlin, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19.EnWG, Rn. 278, juris). Bewertungsentscheidungen sind jedoch insbesondere daraufhin überprüfbar, ob die jeweiligen Punkte im Vergleich ohne Benach-

teilung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden (OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, Rn. 85, juris; zum Vergaberecht: BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17, Rn. 53, juris – Postdienstleistungen).

- 73 Hinreichend nachvollziehbar und plausibel sind Bewertungen und Benotungen nur und erst dann, wenn sie im konkreten Durchgang und Nachvollzug der dafür angeführten Gründe nach allgemeinen Beurteilungsmaßstäben – d. h. Besseres besser; Gleiches gleich und nicht schlechter; Schlechteres schlechter; Minder- oder Mehrbemessungen nur bei bedeutsamen Abweichungen – als inhaltlich billigenswert in dem Sinne erscheinen können, dass man sich mit guten Gründen bejahend zu ihnen stellen kann, sie also als gut vertretbar ansehen kann. Das schließt es einerseits aus, eine bestimmte Bewertung noch „passieren“ zu lassen, wenn nach Lage der Dinge eine andere Bewertung sachlich als eindeutig vorzugswürdig erscheinen muss; andererseits ist, da das Gericht nicht seine Bewertung an die Stelle der Gemeinde setzen kann, bei einer alternativen Bewertung der Beurteilungsspielraum der Gemeinde stets mit zu berücksichtigen, so dass eine Korrektur nur in den Grenzen eines eindeutigen Vorzugs und also nur insoweit in Betracht kommt, als dass dabei das Maß des noch gut Vertretbaren nicht überschritten wird (OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, Rn. 86, juris; OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19 Kart, Rn. 4, juris; OLG Dresden, Urteil vom 11. Mai 2022 – U 30/21 Kart, Rn. 54, juris).
- 74 Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast. liegt bei demjenigen, der sich auf den Fehler beruft (OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Mai 2023 – 2 U 199/22, Rn. 28, juris; OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19, BeckRS 2019, 29906, Rn. 11, beck-online; Meyer-Hetling/Bitzhöfer, EnWZ 2023, 109, 112). Allerdings muss die Gemeinde nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast. die gewichtigen Gründe und ihre maßgeblichen Ermessenserwägungen vortragen, die die beanstandete Maßnahme tragen sollen. Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast. kommen immer dann zum Tragen, wenn die beweispflichtige Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, der Prozessgegner aber die wesentlichen Umstände kennt und es ihm zumutbar ist, dazu nähere Angaben zu machen (OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Mai 2023 – 2 U 199/22, Rn. 28, juris).
- 75 Dabei stellt – auch auf der vorliegenden 3. Stufe des Konzessionsvergabeverfahrens – jede Rüge einen eigenen Streitgegenstand dar (OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Mai 2023 – 2 U 201/22, Rn. 73, juris; vgl. allgemein Kermel/Geipel/Lautenbach, in: Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2. Aufl. 2023, Kap. 4, Rn. 72; a. A. OLG Celle, Beschluss vom 15. Februar 2024 – 13 U 43/22, BeckRS 2024, 8663, Rn. 4, beck-online). Der Streitgegenstand wird durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 – I ZR 184/16, Rn. 15, juris). Beteiligte Unternehmen können – auch in der 3. Phase des Konzessionsvergabeverfahrens – gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, gemäß § 47 Absatz 5 EnWG nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information über die Nichtabhilfe vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Streitgegenstand ist bei einem solchen Verfahren die Sicherung der Stellung des Anspruchstellers im Verfahren zur Vergabe der Wegenutzungsrechte (Bundestag Drucksache 18/10503, S. 7). Der Sache nach richtet sich der Anspruch des Klägers darauf, dass die Vergabestelle die gerügten Rechtsverletzungen

behebt. Solange dies nicht geschieht, darf sie das Verfahren nicht fortsetzen. Dies gilt auch in der hier vorliegenden 3. Phase des Konzessionsvergabeverfahrens. Auch hier ist der Antrag des Klägers, wie sich ausdrücklich aus § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG ergibt, darauf gerichtet, gerügte Rechtsverletzungen im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens geltend zu machen (a. A. OLG Celle, Beschluss vom 15. Februar 2024 – 13 U 43/22, BeckRS 2024, 8663, Rn. 4, beck-online). Aufgrund der Notwendigkeit, zur Anspruchssicherung einzelne Rechtsverletzungen zu rügen, bildet jede einzelne Rüge einen eigenständigen prozessualen Streitgegenstand (ebenso zur 2. Phase des Konzessionsvergabeverfahrens: OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 – 2 U 218/18, BeckRS 2019, 14361 Rn. 13 ff., beck-online). Eine Rüge stellt dabei jedoch – entgegen dem Eindruck, den die Verfügungsklägerin mit ihrer Antragstellung erweckt – nicht die allgemeine Beanstandung der vorgenommenen Bewertung eines Kriteriums dar, sondern jeder einzelne Angriff gegen die vorgenommene Bewertung. Da der Streitgegenstand hier spiegelbildlich zur Rügepräklusion verläuft, würde ein anderes Verständnis dem Ziel der Abschichtung und Beschleunigung durch das Rüge- und Präklusionsregime zuwiderlaufen. Die Rüge definiert vorgerichtlich den Umfang der Überprüfung durch die Gemeinde im Abhilfeverfahren nach § 47 Abs. 4 EnWG. Die Rüge muss so konkret sein, dass sie die Gemeinde in die Lage versetzt, eine Überprüfung ihrer Entscheidung im Hinblick auf den gerügten Gesichtspunkt vorzunehmen. Hierfür genügt es nicht, lediglich zu beanstanden, dass der vergebene Punktwert für ein bestimmtes Kriterium unzutreffend sei. Eine solche „Rüge“ wäre einer Überprüfung nicht zugänglich. Eine Prüfung ist erst dann möglich, wenn der Rügende angibt, im Hinblick auf welchen Gesichtspunkt der vergebene Punktwert für dieses Kriterium unzutreffend ist. Dieser Vortrag stellt dann die Rüge dar. Nur durch eine solche Rüge werden die Fristen gewahrt und Präklusion vermieden. Im einstweiligen Verfügungsverfahren stellt jede so verstandene Rüge einen eigenen Streitgegenstand dar.

- 76 Die Gerichte sind auch in der 3. Phase des Konzessionsvergabeverfahrens verpflichtet, über jede einzelne Rüge, die zum Gegenstand des Gerichtsverfahrens gemacht wird, zu entscheiden (KG, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19, EnWG = EnWZ 2021, 20, Rn. 31, beck-online – Stromnetz Berlin II; vgl. allgemein Kermel/Geipel/Lautenbach, in: Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2. Aufl. 2023, Kap. 4, Rn. 73; a. A. OLG Celle, Beschluss vom 28. März 2023 – 13 U 81/21, Rn. 78, juris). Dies ergibt sich unter anderem auch daraus, dass es sich um separate Streitgegenstände handelt, die in kumulativer Klagehäufung (§ 260 ZPO) geltend gemacht werden. Zudem folgt dies aus dem auf Beschleunigung ausgerichteten Sinn und Zweck des Rüge- und Präklusionsregimes.
- 77 b) Diese Voraussetzungen hat die Verfügungsbeklagte nur teilweise eingehalten. Die mit der Berufung weiterverfolgten Rügen sind teilweise begründet.
- 78 aa) Die Berufung ist hinsichtlich der Rüge der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Begründung für die Bepunktung (Rüge Nr. 3 [eigene Nummerierung des Senats]) unbegründet. Die Rüge Nr. 3 ist unbegründet.
- 79 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Punktvergabe Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 13):
- 80 „Ein Konzessionsvertrag wird mit dem Bewerber geschlossen, der die höchste Gesamtpunktzahl erhält.

- 81 Maximal sind 100 Punkte erreichbar.
- 82 Je nach Erfüllung eines Kriteriums wird ein bestimmter Punktwert bestimmt, wobei der Bewerber, der das Kriterium am besten erfüllt, mit fünf Punkten die Höchstpunktzahl erhält („relative Bewertungsmethode“). Die übrigen Bewerber werden entsprechend ihrer Erfüllung der Kriterien mit niedrigeren Punkten (vier bis null) bewertet. Die Bepunktung in 0,5er Schritten und eine gleiche Bepunktung der Bewerber sind möglich. Sofern Bewerber zu einzelnen Kriterien nichts vorbringen, wird dies mit null Punkten bewertet.
- 83 Nach dieser Bewertung werden die erzielten Punktwerte für jedes Unterkriterium, oder Unter-unter-kriterium oder Unter-unter-unter-kriterium mit dem Faktor der Gewichtung
- 84 des Unterkriteriums oder Unter-unter-kriteriums oder Unter-unter-unter-kriteriums multipliziert und anschließend durch fünf geteilt.
- 85 Die so ermittelten Punktzahlen für jedes Unterkriterium ergeben addiert die Gesamtpunktzahl.“
- 86 Am 30. Juni 2021 rügte die Verfügungsklägerin Folgendes (Anl. ASt. 13.1), was sie am 8. Dezember 2022 nochmals wiederholte (Anl. ASt. 18):
- 87 „Weiterhin lässt der Auswertungsvermerk ein erhebliches Begründungsdefizit hinsichtlich der konkret vergebenen Punktwerten im Rahmen der Bewertung der Angebote erkennen. Dies wird gerügt. Aus der Auswahlentscheidung muss hervorgehen, warum ein Angebot mit dem jeweiligen Punktwert bewertet wurde.
- 88 Eine konkrete Begründung der konkret vergebenen Punktwerte lässt der Auswertungsvermerk jedoch nicht erkennen. Vorliegend wendet die Gemeinde eine relative Bewertungsmethode an, bei der die Angebotsinhalte miteinander verglichen werden. Das im jeweiligen Kriterium jeweils beste Angebot erhält die Höchstpunktzahl, das andere Angebot wird am Maßstab des besseren Angebotes entsprechend schlechter bewertet. Das jeweils beste Angebot wird mit 5 Punkten bewertet. Gemessen am Erfüllungsgrad im Vergleich zum besten Angebot wird das schlechtere Angebot mit niedrigeren Punkten bewertet. Hierbei ist die Bepunktung in 0,5er Schritten zulässig. Ebenso zulässig ist eine gleiche Bepunktung der Angebote.
- 89 Konkrete Vorgaben, wie die Gemeinde im Falle einer differenzierten Bewertung vorgeht, sind aus den Kriterien nicht ersichtlich. Insofern ergibt sich ein erhöhtes Begründungserfordernis im Rahmen des Auswertungsvermerks. Hier hat die Gemeinde konkret zu begründen, aus welchen Gründen ein bestimmter Punktabzug vorgenommen wird. Auch diesen Anforderungen wird der Auswertungsvermerk nicht gerecht. Insbesondere wird die konkrete Höhe des Punktabschlages im Rahmen der einzelnen Bewertungen nicht nachvollziehbar begründet, obwohl bei einer Bewertung in 0,5er Schritten zur differenzierten Bewertung des schlechter zu bewertenden Angebots jeweils 10 unterschiedliche Punktwerte zur Verfügung stehen. Die Gemeinde geht hier offenbar wahllos vor. Eine nachvollziehbare Begründung der diesbezüglichen Entscheidung findet sich in keinem einzigen Kriterium. Gerade bei Kriterien, die wie die vorliegenden sehr offen ge-

staltet sind und bei denen teils sehr unterschiedliche Konzepte verglichen werden, ist jedoch eine Begründung der Vergabe eines jeden einzelnen Punktwertes zwingend erforderlich. Bereits aus diesem Grund leidet der Auswertungsvermerk und damit die Auswahlentscheidung der Gemeinde unter einem ganz erheblichen Begründungsdefizit. Die Vergabeentscheidung auf dieser Grundlage ist unzulässig und wird hiermit gerügt; die Vergabeentscheidung ist zwingend aufzuheben.“ (Rüge Nr. 3)

- 90 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rüge der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 91 „Die Stadtwerke B rügen weiterhin ein etwaiges Begründungsdefizit. Die pauschale Rüge hinsichtlich eines etwaigen Begründungsdefizits ist nicht abstrakt rügefähig, da die Gemeinde A nicht erkennen kann, worauf es den Stadtwerken B konkret ankommt.“
- 92 Das Landgericht hat die Rüge für unzulässig gehalten. Es ist dabei davon ausgegangen, dass eine pauschale Rüge der unzureichenden Begründung unzulässig sei. Der Auswertungsvermerk umfasse rund 320 Seiten, so dass ohne näheren Vortrag nicht von einem Begründungsdefizit ausgegangen werden könne. Es müsse in der Begründung nicht jeder noch so kleine Unterschied aufgelistet und bewertet werden.
- 93 Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, es liege ein Begründungsdefizit vor. Die konkrete Höhe der Punktabschläge werde im Rahmen der einzelnen Bewertungen nicht nachvollziehbar begründet. Bei keinem Kriterium finde sich eine nachvollziehbare Begründung. Dies zeige sich am Beispiel der Bewertung des Kriteriums A.I.1 Organisationsstruktur. Dort seien zwar die Unterschiede der Angebote aufgeführt, in der abschließenden Bewertung würde jedoch trotz der Unterschiede derselbe Punktwert für die Verfügungsklägerin und die Streithelferin vergeben, ohne dass dies begründet werde. Es sei nicht erforderlich, den Begründungsmangel für jedes Wertungskriterium vorzutragen und zu begründen.
- 94 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, die Rüge sei unzulässig. Ein Begründungsdefizit liege nicht vor. Die Rüge sei zu pauschal erfolgt.
- 95 (2) Die Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat den Antrag zu Recht als unbegründet angesehen. Die Rüge, die Bepunktung der Angebote in den einzelnen Kriterien sei nicht nachvollziehbar im Auswertungsvermerk begründet, ist unbegründet. Die Voraussetzungen der Präklusion (a) liegen hier vor (b).
- 96 (a) Nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG sind Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind, innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Zweck der Rügeobliegenheit ist es, dass der Konzessionsgeber durch die Rüge die Möglichkeit erhält, etwaige Vergaberechtsfehler im frühestmöglichen Stadium zu korrigieren. Nach § 47 Abs. 1 Satz 2 EnWG ist die Rüge in Textform gegenüber der Gemeinde zu begründen. Von der Rügeobliegenheit sind sämtliche Rechtsverletzungen umfasst, welche aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind. Dabei sind wegen der verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Artikel 19 Abs. 4 GG keine hohen Anforderungen zu stellen. Nicht ausreichend ist es aber, wenn der Antragsteller lediglich pauschal die Fehlerhaftigkeit des Vergabeverfahrens angreift (OLG Stuttgart, Urteil vom 6. September 2019 – 2 U 218/18,

BeckRS 2019, 14361, Rn. 55, beck-online; OLG Brandenburg, Beschluss vom 14. Januar 2013 – Verg W 13/12, Rn. 8, juris; Peiffer, in: Assmann/Peiffer, BeckOK EnWG, 11. Ed., Stand: 1.6.2024, § 47 EnWG, Rn. 25; Theobald/Schneider, in: Theobald/Kühling, EnWG, 125. EL Mai 2024, § 47 EnWG, Rn. 18). Der Bieter hat zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien aufzuzeigen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Wenn es um Vergabeverstöße geht, die das Angebot eines Mitbewerbers betreffen oder sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen, darf der Bieter, der in die vergaberechtlichen Vorgänge keinen Einblick hat, im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines oft beschränkten Informationsstandes redlicherweise für wahrscheinlich und möglich halten darf. Allerdings ist ein Mindestmaß an Substantiierung erforderlich (OLG Brandenburg, Beschluss vom 14. Januar 2013 – Verg W 13/12, Rn. 8, juris). Um eine Gemeinde in die Lage zu versetzen, den beanstandeten Fehler zu erkennen und zu korrigieren, muss die Rüge eine konkrete Beanstandung enthalten. Diese Zielsetzung kann nur erreicht werden, wenn die Rüge eine substantiierte Begründung enthält, welche es der Gemeinde erlaubt, im Einzelnen nachzuvollziehen, wodurch und inwieweit ein beteiligtes Unternehmen eine Rechtsverletzung zu erkennen glaubt. Es muss für die Gemeinde erkennbar sein, welcher Sachverhalt der Rüge konkret zugrunde gelegt wird und woraus die Rechtsverletzung abgeleitet wird (OLG Stuttgart, Urteil vom 6. September 2019 – 2 U 218/18, BeckRS 2019, 14361, Rn. 56, beck-online).

- 97 (b) Diesen Anforderungen genügt die Rüge vom 30. Juni 2021 (Anl. ASt. 13.1) nicht. Die Verfügungsklägerin rügt lediglich pauschal, dass die Begründung der einzelnen Punkte in den einzelnen Kriterien nicht ausreichend sei. Diese Rüge betrifft nicht einen übergeordneten Gesichtspunkt des Verfahrens, sondern die einzelnen Bewertungen. Die Verfügungsklägerin hätte deswegen zu denjenigen Bewertungen, bei denen sie ein Begründungsdefizit sieht, vortragen müssen, inwiefern nach ihrer Auffassung die gegebene Begründung nicht ausreicht. Denn die Verfügungsbeklagte hat hier nicht auf eine Begründung der Punktevergabe bei unterschiedlicher Erfüllung der Kriterien durch die Verfügungsklägerin und die Streithelferin vollständig verzichtet. Deswegen hätte die Verfügungsklägerin sich im Einzelnen mit der jeweiligen gegebenen Begründung auseinandersetzen müssen und aufzeigen müssen, inwiefern sie hier ein Begründungsdefizit sieht. Dies hat die Verfügungsklägerin nicht getan. Einzelne Beispiele, welche die Verfügungsklägerin (erst) im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens zur Begründung vortragen hat, sind verspätet und verhelfen der unbegründeten Rüge nicht zum Erfolg.
- 98 bb) Der Berufungsantrag, im Kriterium „A.I.1: Organisationsstruktur“, einen Punktabschlag von mindestens 2 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 99 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 5 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 30):
- 100 „1. Organisationsstruktur
- 101 Die Bewerber sollen nachvollziehbar darstellen, wie im konkreten Konzessionsgebiet der Netzbetrieb organisiert werden soll.“
- 102 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 30):

- 103 „Das Arbeitsschutzmanagementsystem der E ist nach OHSAS 18001 von der BGETEM zertifiziert.
- 104 Im bisherigen Netzbetrieb arbeitet die SWB eng mit der Feuerwehr B zusammen und führt gemeinsame Übungen durch. Sie bietet der Gemeinde A auf Wunsch auch die Einbeziehung der Feuerwehr A an. Arbeitssicherheit, die bei der SWB eine hohe Priorität hat, wird durch den Dienstleistungsvertrag mit dem F GmbH, regelmäßige Arbeitsstättenbegehungen und Sicherheitsunterweisungen gewährleistet. Eine Zertifizierung für das Arbeitsschutzmanagementsystem wurde nicht vorgelegt. Die SWB wurde sieben Mal in Folge mit dem Label „TOP Versorger für Strom und Erdgas“ ausgezeichnet.“
- 105 Die gleiche Bewertung mit der Höchstpunktzahl 5 Punkte wurde wie folgt begründet:
- 106 „Beide Bewerber gewährleisteten durch die dargestellten Organisationsstrukturen in gleichwertiger Weise einen sicheren Netzbetrieb. Dies spiegelt sich auch in der jeweils vorhandenen TSM-Zertifizierung wider. Im Übrigen bieten die vorgestellten Konzepte der Gemeinde A im Rahmen des Ideenwettbewerbs jeweils vergleichbare, eigentümliche Vorzüge.
- 107 Beide Bewerber erhalten daher jeweils die Höchstpunktzahl.“
- 108 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 109 - dass die Verfügungsbeklagte die von der Streithelferin angebotene Zertifizierung des Arbeitsschutzmanagementsystems überbewertet habe und dabei unberücksichtigt gelassen habe, dass die Arbeitssicherheit auch bei der Verfügungsklägerin hohe Priorität habe, was durch den vorgelegten Dienstleistungsvertrag mit der F GmbH nachgewiesen sei (Rüge Nr. 4 [Nummerierung des Senats]),
- 110 - dass die Verfügungsbeklagte das von der Verfügungsklägerin erzielte Label „TOP Versorger für Strom und Erdgas“ nicht ausreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 5),
- 111 - dass die Verfügungsbeklagte die enge Zusammenarbeit mit der Feuerwehr nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 6),
- 112 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass die Verfügungsklägerin im Unterschied zur Streithelferin auch ihre kaufmännischen Abteilungen dargestellt habe (Rüge Nr. 7),
- 113 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass die Verfügungsklägerin im Unterschied zur Streithelferin auch den Einsatz von Dienstleistern dargestellt habe (Rüge Nr. 8),
- 114 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass die von der Streithelferin dargestellte Organisationsstruktur sich nicht auf das Konzessionsgebiet beziehe (Rüge Nr. 9),
- 115 - dass die Verfügungsbeklagte das Fehlen verbindlicher Zusagen im Angebot der Streithelferin und die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 10).

- 116 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rüge der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 117 „Der Umstand, dass die verbindlichen Zusagen nicht explizit aufgenommen wurden, kann jedoch nicht darauf schließen lassen, dass die Gemeinde A diese nicht berücksichtigt und in die Bewertung miteinbezogen hat.
- 118 Die Gemeinde A hat sowohl mit dem Absageschreiben als auch durch Vorlage des ungeschwärzten Auswertungsvermerks deutlich gemacht, dass beide Bewerber das Zusammenspiel der einzelnen Abteilungen mit dem Ziel eines sicheren Netzbetriebs dargestellt haben.
- 119 Die jeweils dargestellten Organisationsstrukturen gewährleisteten in gleichwertiger Weise einen sicheren Netzbetrieb. Da die vorgestellten Konzepte keine nennenswerten Unterschiede hinsichtlich des angestrebten sicheren Netzbetriebs aufwiesen, war richtigerweise an beide Bewerber die Höchstpunktzahl zu vergeben.
- 120 Der Rüge wird daher nicht abgeholfen.“
- 121 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die Bewertung sei gut vertretbar. Das Kriterium sei offen. Dass die Streithelferin mangels bisheriger Konzession lediglich vergleichbare Strukturen anderer Netzgebiete dargestellt habe, sei unbeachtlich. Es sei gut vertretbar, die aufgeführten Unterschiede inhaltlich und wertend gleichzusetzen. Es sei sachgerecht, eine Zertifizierung durch einen unabhängigen Dritten zu bepunkten. Die Aussage der Verfügungsklägerin, die Arbeitssicherheit habe bei ihr hohe Priorität, sei demgegenüber nicht überprüfbar und inhaltsleer und deswegen schlechter zu bewerten als eine Zertifizierung. Vertretbar sei, dies durch die Zusammenarbeit mit der Feuerwehr A und der siebenmaligen Vergabe des Labels TOP Versorger für Strom und Erdgas“ aufzuwiegen.
- 122 Die Verfügungsklägerin verfolgt die Rügen Nr. 4 bis 9 mit der Berufung weiter. Sie ist der Auffassung, die von ihr in ihrem Angebot dargestellten Maßnahmen zur Gewährleistung der Arbeitssicherheit und die dazu vorgelegten Nachweise seien nicht hinreichend bewertet worden. Das Arbeitsschutzkonzept der Verfügungsklägerin sei vergleichbar mit der Arbeitsschutzmanagement-Zertifizierung der Streithelferin. Das Vorhalten von Zertifizierungen sei in dem Ausschreibungskriterium nicht aufgeführt gewesen. Aus dem Auswertungsvermerk ergebe sich nicht, wie die siebenmalige Vergabe des Labels „TOP Versorger für Strom und Erdgas“ und die enge Zusammenarbeit mit der Feuerwehr in die Wertung eingeflossen seien. Das Angebot der Streithelferin stelle lediglich die technischen Abteilungen dar, das Angebot der Verfügungsklägerin dagegen auch die kaufmännischen Abteilungen. Das Angebot der Verfügungsklägerin mache auch Angaben zum Einsatz von Dienstleistern, das Angebot der Streithelferin enthalte hierzu keine Angaben. Im Wertungskriterium werde auf die Organisationsstruktur im konkreten Konzessionsgebiet abgestellt, wohingegen das Angebot der Streithelferin lediglich Angaben zu den Managementebenen am Beispiel des für die Verfügungsbeklagte zuständigen Betriebs-services ohne Bezug auf das konkrete Konzessionsgebiet darstelle. Deswegen hätte ein deutlicher Punktabzug zulasten der Streithelferin erfolgen müssen.
- 123 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, dass die Punktvergabe zutreffend erfolgt sei. Es würden keine nennenswerten Unterschiede zwischen dem Angebot der Streithelferin und demjenigen der Verfügungsklägerin bestehen. Es sei nicht

zu beanstanden, wenn die Verfügungsbeklagte eine Zertifizierung bewertet, obwohl diese in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich benannt war.

- 124 (2) Die Rüge wurde rechtzeitig erhoben. Die 30-Tagesfrist gem. § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG begann gem. § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG begann am 9. November 2022. Denn die gem. § 47 Abs. 3 Satz 2 EnWG frist- und formgemäß beantragte Akteneinsicht wurde in Bezug auf die hier beanstandete Bewertung erst am 9. November 2022 gewährt – die vorherige Gewährung von Teilakteneinsicht enthielt in Bezug auf die hier beanstandete Bewertung Schwärzungen, so dass die erneute Akteneinsicht im Hinblick auf die zu erhebende Rüge zusätzliche Erkenntnisse erbracht hat (vgl. dazu OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Mai 2023 – 2 U 201/22 = EnWZ 2023, 277, Rn. 109, beck-online). Der Eingang der Rüge vom 8. Dezember 2022 am selben Tag bei der Verfügungsbeklagten erfolgte innerhalb der 30-Tagesfrist.
- 125 Die Rüge wurde auch rechtzeitig innerhalb der 15-Tagesfrist gem. § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG nach der Bekanntgabe der Nichtabhilfeentscheidung am 28. September 2023 gem. § 47 Abs. 4 EnWG am 13. Oktober 2023 gerichtlich durch den vorliegenden Verfügungsantrag weiterverfolgt.
- 126 (3) Die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte ist nicht zu beanstanden.
- 127 (a) Die Rüge der Überbewertung der Zertifizierung des Arbeitsschutzmanagementsystems der Streithelferin und der fehlenden Berücksichtigung der hohen Priorität der Arbeitssicherheit bei der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 4) ist unbegründet.
- 128 Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin besteht ein wertungsrelevanter Unterschied zwischen einer OHSAS-18001-Zertifizierung und dem durch den Dienstleistungsvertrag mit der F GmbH sowie mit der G GmbH belegten Stellenwert der Arbeitssicherheit bei der Verfügungsklägerin. Denn eine Zertifizierung bietet für die Verfügungsbeklagte den Vorteil, dass die Arbeitssicherheit nach einem vorgegebenen Verfahren unter Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards und Anforderungen überprüft wurde. Dies sorgt bei einem – wie hier – anerkannten und weit verbreiteten Zertifizierungsstandard für Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit und damit für eine höhere Eignung (vgl. KG Berlin, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19.EnWG, Rn. 344, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, Rn. 255, juris).
- 129 Zwar ist es durchaus möglich, dass die Verfügungsklägerin durch ihre Maßnahmen, insbesondere durch den Dienstleistungsvertrag mit der F GmbH sowie mit der G GmbH einen vergleichbaren Qualitätsstandard bei der Arbeitssicherheit erreichen kann. Aber durch eine Prüfung des Angebots der Verfügungsklägerin lässt sich – anders als im Falle einer OHSAS-18001-Zertifizierung – nicht feststellen, welchen Standard die Verfügungsklägerin erzielt. Denn hierzu müsste die Verfügungsbeklagte nicht nur die – hier im einstweiligen Verfügungsverfahren dem Senat nicht vorliegenden – Dienstleistungsverträge prüfen, sondern darüber hinaus auch die Implementierung der Arbeitssicherheit durch die F GmbH sowie durch die G GmbH vor Ort überprüfen. Dies ist jedoch erstens in einem Konzessionsvergabeverfahren nicht vorgesehen. Zweitens wäre dies der Verfügungsbeklagten nicht zumutbar. Denn sie wäre dann zur Beurteilung der Vergleichbarkeit gezwungen, eine kosten- und zeitaufwändige Überprüfung der Dienstleistungstätigkeit der F GmbH sowie der G GmbH für die Verfügungsklägerin am Maßstab der OHSAS 18001-Norm vorzunehmen. Dies ist nicht Aufgabe des Konzessionsvergabeverfahrens.

Im Konzessionsvergabeverfahren ist es vielmehr Sache des Bieters in seinem Angebot die Erfüllung der Kriterien darzulegen.

- 130 (b) Die Rüge einer unzureichenden Bewertung des Labels „TOP Versorger für Strom und Erdgas“ bei der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 5) ist unbegründet. Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügungsbeklagte das Label „TOP Versorger für Strom und Erdgas“ nicht hinreichend bewertet hat, sind nicht ersichtlich. Aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich, dass die Verfügungsbeklagte diesen Gesichtspunkt positiv zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt hat (Anl. ASt. 17, S. 30).
- 131 (c) Auch die Rüge einer unzureichenden Bewertung der engen Zusammenarbeit mit der Feuerwehr (Rüge Nr. 6) durch die Verfügungsklägerin ist aus denselben Gründen unbegründet.
- 132 (d) Die Rüge der Nichtberücksichtigung der zusätzlichen Darstellung der kaufmännischen Abteilungen im Angebot der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 7) ist unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte für die Darstellung kaufmännischer Abteilungen bei der Verfügungsklägerin keine zusätzlichen Punkte zugunsten der Verfügungsklägerin vergeben hat. Das Unter-Unter-Kriterium „Organisationsstruktur“ gehört zum Unter-Kriterium „Betriebskonzept“, welches wiederum zum Kriterium „Netzsicherheit“ gehört. Deswegen durfte die Verfügungsbeklagte den Focus bei diesem Unter-Unter-Kriterium auf die Aspekte der Organisationsstruktur legen, die Einfluss auf die Netzsicherheit haben. Dies sind im Wesentlichen die technischen Abteilungen, auf welche die Verfügungsbeklagte zutreffend auch ihren Schwerpunkt gelegt hat.
- 133 (e) Die Rüge der Nichtberücksichtigung der Darstellung des Einsatzes von Dienstleistern bei der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 8) ist unbegründet. Fehlende Angaben der Streithelferin zum Einsatz von externen Dienstleistern müssen entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin nicht zu einem Punktabzug bei der Streithelferin führen. Denn es ist nicht erkennbar, inwieweit der Einsatz von externen Dienstleistern und die Kenntnis dieser externen Dienstleister im Konzessionsvergabeverfahren für die Verfügungsbeklagte einen Vorteil darstellen würde. Zudem ist das Kriterium „Organisationsstruktur“ so offen formuliert, dass allein mit dem formalen Fehlen von Angaben zum Einsatz externer Dienstleister, ohne dass dies im Wertungskriterium angelegt ist, ein Punktabzug nicht begründet werden kann.
- 134 (f) Die Rüge des fehlenden Konzessionsgebietsbezugs der Darstellung der Streithelferin zur Organisationsstruktur (Rüge Nr. 9) ist unbegründet. Soweit die Verfügungsklägerin rügt, dass die Streithelferin keine Angaben zur Organisationsstruktur im Konzessionsgebiet gemacht habe und ihre nicht das Konzessionsgebiet betreffenden Angaben nicht bewertet werden dürften, ist dies nicht nachvollziehbar. Aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich nicht, dass die Streithelferin keine Angaben zur Organisationsstruktur im Konzessionsgebiet gemacht hätte. Auf Seite 17 des Auswertungsvermerks (Anl. ASt. 17) wird vielmehr die Aufbauorganisation für den Betriebsservice H in I dargestellt, der nach den Angaben der Streithelferin für das Konzessionsgebiet der Verfügungsbeklagten zuständig wäre. Die Angaben beziehen sich also auf das Konzessionsgebiet.
- 135 Auch im Übrigen ist nicht erkennbar, warum sich die Angaben der Streithelferin nicht auf das Konzessionsgebiet beziehen sollen. Der Auswertungsvermerk (Anl. ASt. 17) enthält

hierfür keine Anhaltspunkte. Auch aus dem vorgelegten – überwiegend geschwärzten – Angebot der Streithelferin (Anl. ASt. 10) folgt dies nicht.

- 136 (g) Die Verfügungsklägerin hat die Rüge, dass die Verfügungsbeklagte das Fehlen verbindlicher Zusagen im Angebot der Streithelferin und die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 10), nicht zum Gegenstand ihrer Berufung gemacht.
- 137 (h) Auch die Gesamtwertung in diesem Unterpunkt ist nicht zu beanstanden. Es ist plausibel und nachvollziehbar, die Angebote der Streithelferin und der Verfügungsklägerin trotz ihrer Unterschiede insgesamt im Hinblick auf das Kriterium Organisationsstruktur als gleichwertig anzusehen. Die Verfügungsbeklagte hat die Unterschiede zwischen den Angeboten herausgestellt und nachvollziehbar bewertet. Es ist plausibel, den Schwerpunkt auf den sicheren Netzbetrieb zu legen, der aufgrund der TSM-Zertifizierung beider Bieter vergleichbar ist, und im Übrigen davon auszugehen, dass sich die Vorteile der jeweiligen Angebote (einschließlich des Labels „TOP Versorger für Strom und Erdgas“ und der engen Zusammenarbeit mit der Feuerwehr bei der Verfügungsklägerin sowie der zusätzlichen Darstellung der kaufmännischen Abteilungen bei der Verfügungsklägerin) wertungsmäßig aufwiegen.
- 138 cc) Der Berufungsantrag, im Kriterium „A.I.2: Technische Ausstattung“ einen Punktabschlag von mindestens 2 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 139 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Punktvergabe Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 13):
- 140 „2. Technische Ausstattung
- 141 Die Bewerber sollen nachvollziehbar und verbindlich die in dem ausgeschriebenen Konzessionsgebiet eingesetzte technische Ausstattung, Betriebsmittel und Einrichtungen darstellen. Die bestehende Ausstattung des Bewerbers wird insoweit in die Bewertung einbezogen, wie sie im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet einsetzbar ist und eingesetzt werden soll. Zur Plausibilisierung kann auf die Praxis im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden.“
- 142 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 30):
- 143 „Die E kann für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet auf ihre Logistikzentren zurückgreifen, von denen aus sie die Belieferung der Lager übernimmt. Zur Qualitätssicherung ihres Lagerbestandes führt die E Stichproben durch. Demgegenüber verpflichtet sich die SWB, dass das Materiallager in maximaler Entfernung von 10 km Luftlinie zum Stadtzentrum A vorgehalten wird.
- 144 In einem Pilotprojekt testet die E den Einsatz von Software Robotern für die Bearbeitung wiederkehrender Geschäftsprozesse. Für 2020 hat die SWB die Anschaffung/Einführung einer Online Planauskunft vorgesehen, die spätestens 2021 in Live Betrieb gehen soll. Die SWB verpflichtet sich, der Gemeinde A auf Wunsch jederzeit Planauskunft zum technischen Netzbetrieb zu gewähren.
- 145 Die E verfügt im Betriebsservice I über 20 Betriebsfahrzeuge, auf die auch für das Konzessionsgebiet A zurückgegriffen werden kann. Demgegenüber sichert

die SWB zu, neben den Spezialfahrzeugen, acht Betriebsfahrzeuge für A zur Verfügung zu stellen.“

- 146 Die gleiche Bewertung mit der Höchstpunktzahl 5 Punkte wurde wie folgt begründet:
- 147 „Beide Bewerber halten für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet umfangreiches technisches Equipment vor, das sie jeweils konkret aufgezählt und nachvollziehbar und gleichwertig dargestellt haben. Insbesondere enthalten die Konzepte der E und der SWB jeweils auch Ausführungen zum Einsatz von Fernwirktechnik und innovativen Technologien.
- 148 Im Hinblick auf das Ziel des sicheren Netzbetriebes sind nennenswerte, wertungsrelevante Unterschiede nicht ersichtlich, so dass beide Angebote die Höchstpunktzahl erhalten.
- 149 Die von der SWB vorgelegte TSM Zertifizierung wurde an dieser Stelle nicht mehr gewertet, da sie schon unter A. I. 1 „Organisationsstruktur“ Eingang in die Bewertung gefunden hat.“
- 150 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 151 - dass nicht nachvollziehbar sei, ob sich die Streithelferin in ihrem Angebot tatsächlich auf die technische Ausstattung, die für den Netzbetrieb im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet eingesetzt wird, bezieht oder auf die allgemeine technische Ausstattung der Streithelferin abstellt (z. B. in Bezug auf die 20 Entstör- und Montagefahrzeuge der Streithelferin im Betriebsservice I). Es entstehe der Eindruck, dass die Verfügungsbeklagte die allgemeine und übergeordnete technische Ausstattung der Streithelferin bewertet habe und nicht die technische Ausstattung, wie sie für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet zum Einsatz komme, z. B. auf S. 31 des Angebots der Streithelferin die – für das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten aufgrund der Entfernung nicht relevante – eigene Werksfeuerwehr zur Gewährleistung schneller Reaktionszeiten und optimaler Sicherheit (Rüge Nr. 11),
- 152 - dass die Verbindlichkeit der Ausführungen der Streithelferin zu einem „vergleichbaren Netzgebiet“ für den Netzbetrieb im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet nicht nachvollziehbar sei (Rüge Nr. 12),
- 153 - dass die Verfügungsbeklagte falsche Angaben der Streithelferin berücksichtigt habe. Die Angaben der Streithelferin in ihrem Angebot auf S. 2 und 11 seien falsch. Mitarbeiter der Streithelferin seien nicht rund um A tätig. Dies sei vielmehr das Netzgebiet der Verfügungsklägerin und der J (Rüge Nr. 13).
- 154 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht von einer Gleichwertigkeit der Software-Roboter der Streithelferin und der Online-Planauskunft der Verfügungsklägerin ausgegangen sei. Die Ausführungen der Verfügungsklägerin und der Streithelferin zu innovativen Technologien seien nicht gleichwertig. Die Streithelferin teste lediglich den Einsatz von Software-Robotern für die Bearbeitung wiederkehrender Geschäftsprozesse, ohne zu konkretisieren, ob dies auch das Konzessionsgebiet betreffe. Auch werde der Mehrwert nicht klar. Die Darstellung des Angebots der Verfügungsklägerin sei unzutreffend. Entgegen dem Auswertungsvermerk sehe das Angebot der Verfügungsklägerin nicht nur vor,

bis spätestens 2021 die Online-Planauskunft einzuführen, sondern verpflichtete sich hierzu sogar im Rahmen einer verbindlichen Zusage (Rüge Nr. 14),

- 155 - dass die Verfügungsbeklagte die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 15).
- 156 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 157 „Wie im Auswertungsvermerk (Seite 48) dargestellt, verfügt die E am Betriebs-service I mit über 20 Fahrzeugen, die auch für das Konzessionsgebiet A eingesetzt werden können, mehr als die Stadtwerke B. Die Gemeinde A hat zudem keinen Anlass zu Zweifeln, dass die Angabe der E zu den Mitarbeitern vor Ort (Auswertungsvermerk, Seite 31, Bullet Point 2) falsch sind. Wie aus der Zusammenfassung der Angebote ersichtlich, ist dieser Punkt auch nicht maßgeblich in die Angebotsauswertung eingeflossen. Selbiges gilt auch für die Angaben zur Betriebsfeuerwehr. Beide Angebote enthalten zudem vergleichbare Angebotsinhalte zur Fernwirktechnik und zu innovativen Technologien. Die Stadtwerke B machen nur Angaben zur Planauskunft, wohingegen die E Angaben zu ca. 40 Prozessen sprechen, von denen bereits acht seit 2019 umgesetzt sind.
- 158 Soweit darüber hinaus die unzureichende Berücksichtigung der Verbindlichkeit der Angebotsinhalte gerügt wird, wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. Allein der Umstand, dass die Stadtwerke B Teile ihres Angebots für verbindlich erklärt haben, rechtfertigt keine Besserwertung, weil auch die E eine derartige Zusicherung abgegeben haben.
- 159 Der Umfang der Darstellung der Angebotsinhalte ist bei beiden Bewerbern ausführlich.“
- 160 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Es ist dabei davon ausgegangen, dass die Verfügungsbeklagte in der Begründung zur Bewertung ausdrücklich auf die für das Konzessionsgebiet vorgehaltenen und einsetzbaren 20 Betriebsfahrzeuge der Streithelferin abstelle. Die Angaben der Streithelferin, Mitarbeiter seien rund um das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten tätig, seien nicht falsch, da damit nicht behauptet würde, dass diese unmittelbar an das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten angrenzend tätig würden, sondern nur in der Nähe und deswegen schnell vor Ort sein könnten. Es liege auch im Beurteilungsermessen der Verfügungsbeklagten, die beiden Software-Lösungen als gleichwertig anzusehen. Zutreffend habe die Verfügungsbeklagte berücksichtigt, dass die Lösung der Streithelferin bereits aktiv erprobt werde und deswegen mindestens gleichwertig sei. Die Verfügungsklägerin zeige nicht auf, warum die Technik der Streithelferin nicht im Konzessionsgebiet eingesetzt werden sollte. Die detaillierten Zusicherungen der Verfügungsklägerin würden keinen Wertungsvorteil gegenüber der allgemeinen Verbindlicherklärung der Streithelferin begründen.
- 161 Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, die Rügen seien begründet. Zu Unrecht habe die Verfügungsbeklagte bei der Bewertung nicht berücksichtigt, dass die Verfügungsklägerin zu diesem Kriterium zahlreiche verbindliche Zusagen abgegeben habe, wohin die Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin im Auswertungsvermerk keine verbindlichen Zusagen enthalte. Liege im Angebot der Streithelferin nur eine verbindliche Zusage vor, sei davon auszugehen, dass die zahlreichen verbindlichen Zusagen der Be-

rufungsklägerin nicht angemessen berücksichtigt worden seien, obwohl die Verbindlichkeit im Kriterium ausdrücklich abgefragt worden sei.

- 162 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil.
- 163 (2) Die Berufung (Rügen Nr. 11 bis 15) ist unbegründet. Die – in Folge der Schwärzungen in der Akteneinsicht (Anl. ASt. 15) noch – rechtzeitig erhobenen Rügen Nr. 11 bis 15 sind unbegründet. Die Bewertung dieses Kriteriums ist plausibel und nicht zu beanstanden.
- 164 (a) Die Rüge des fehlenden Konzessionsgebietsbezugs des Angebots der Streithelferin (Rüge Nr. 11) ist unbegründet. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Verfügungsbeklagte technische Ausstattung bewertet hat, die nicht im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet zum Einsatz kommt. Zwar werden, wie die Verfügungsklägerin richtig vorträgt, in der Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin auch die Bestandteile der technischen Ausstattung der Streithelferin aufgeführt, welche nicht dafür vorgesehen sind, im Konzessionsgebiet eingesetzt zu werden. Aber die „Zusammenfassung“ des Angebots der Streithelferin stellt – wie die Bezeichnung zum Ausdruck bringt – lediglich eine Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin dar. Eine Wertung ist damit nicht verbunden. Die Wertung findet sich vielmehr im Abschnitt „Begründung“. Dort ist jedoch die technische Ausstattung, die nicht im Konzessionsgebiet zum Einsatz kommen soll, nicht aufgeführt. So heißt es hinsichtlich der im besonderen beanstandeten Betriebsfahrzeuge ausdrücklich „Die E verfügt im Betriebsservice I über 20 Betriebsfahrzeuge, auf die auch für das Konzessionsgebiet A zurückgegriffen werden kann.“ Dies bringt klar zum Ausdruck, dass die Verfügungsbeklagte bei ihrer Wertung berücksichtigt hat, dass im Angebot der Streithelferin für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet und für das benachbarte Netzgebiet I zusammen 20 Betriebsfahrzeuge zum Einsatz kommen sollen. Dies deckt sich mit den Angaben der Verfügungsbeklagten in der Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin.
- 165 Im Übrigen ist das Wertungskriterium „technische Ausstattung“ nach dem eindeutigen Wortlaut und unter Berücksichtigung der Zielsetzung des § 1 EnWG dahingehend zu verstehen, dass in die Wertung nicht nur diejenige technische Ausstattung einfließt, die im Konzessionsgebiet selbst vorgehalten wird, sondern auch die außerhalb des Konzessionsgebiets angesiedelte Ausstattung, die aber im Konzessionsgebiet einsetzbar ist und eingesetzt werden soll. Deswegen hat die Verfügungsbeklagte zutreffend auch die technische Ausstattung der Streithelferin in die Wertung einbezogen, die nicht im Konzessionsgebiet selbst vorgehalten wird, aber dort eingesetzt werden soll und eingesetzt werden kann. Dies betrifft z. B. die zentral für das gesamte Netzgebiet der Streithelferin vorgesehenen Ausstattungselemente (z. B. modernes Logistikzentrum in K, Netzleitwarte zentral für gesamtes Netzgebiet, Gasnotwarte an getrenntem Standort, Logistikzentren an 3 Standorten in Baden-Württemberg, tägliche Lieferung [5-7 Fahrzeuge] vom Logistikzentrum K in das Netzgebiet [Kranfahrzeuge für sperriges Material, Planfahrzeuge]). Außerdem enthält die Zusammenfassung ausdrücklich eine Prognose für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet.
- 166 Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Verfügungsbeklagte die Werksfeuerwehr der Streithelferin wertend berücksichtigt hat. Allein die Übernahme der Angaben der Streithelferin zu ihrer Werksfeuerwehr in die Zusammenfassung der Angebote stellt noch keine wertungsmäßige Berücksichtigung dar, sondern lediglich eine nachrichtliche Übernahme der wesentlichen Bestandteile des Angebots der Streithelferin. Was die Verfügungsbeklagte bei ihrer Wertung berücksichtigt hat, ergibt sich aus dem

Auswertungsvermerk mit der Überschrift „Begründung“. Dort ist die Werksfeuerwehr nicht aufgeführt.

- 167 (b) Die Rüge der fehlenden Verbindlichkeit des Angebots der Streithelferin (Rüge Nr. 12) ist unbegründet. Der Einwand der Verfügungsklägerin, dass sich aus dem Auswertungsvermerk nicht mit der hinreichenden Transparenz ergebe, inwiefern die Angaben der Streithelferin verbindlich seien, greift nicht durch. Denn das Angebot der Streithelferin ist so zu verstehen, dass sämtliche Angaben unter der jeweiligen Überschrift „Unser Versprechen“ verbindlich sind und anschließend erläutert werden („Im Folgenden antworten wir auf die Auswahlkriterien der Gemeinde A mit unseren verbindlichen Versprechen und erläutern detailliert und anhand von konkreten Angaben die Erfüllung der Kriterien.“, Anl. ASt. 10, S. 3). Unter der Rubrik „Unser Versprechen“ ist ausweislich des ungeschwärzten Teils des Angebots der Streithelferin aufgeführt: „Die E wird im Konzessionsgebiet von A stets die für den sicheren Netzbetrieb notwendige technische Ausstattung, [geschwärzt], Betriebsmittel und Einrichtungen vorhalten wie sie im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet einsetzbar sind und eingesetzt werden sollen. [geschwärzt]“. Dies hat die Verfügungsbeklagte zutreffend dahingehend verstanden, dass sämtliche Erläuterungen dazu, welche technische Ausstattung im Konzessionsgebiet einsetzbar ist und dort eingesetzt werden soll, verbindlich sind.
- 168 (c) Die Rüge der Berücksichtigung falscher Angaben der Streithelferin zur Nähe ihrer Mitarbeiter (Rüge Nr. 13) ist unbegründet. Die Rüge der Verfügungsklägerin, die Verfügungsbeklagte habe ersichtlich falsche Angaben der Streithelferin dazu, dass ihre Mitarbeiter rund um A tätig seien, bei der Wertung berücksichtigt, greift nicht durch. Die Angaben der Streithelferin sind nämlich nicht falsch. Denn die Verfügungsbeklagte hat ausweislich des Auswertungsvermerks ihrer Bewertung entgegen der Behauptung der Verfügungsklägerin nicht zugrunde gelegt, dass die Mitarbeiter unmittelbar um das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten herum tätig wären. Denn erstens ergibt sich aus der Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin im Auswertungsvermerk der Verfügungsbeklagten nicht, dass die Streithelferin angegeben habe, dass Mitarbeiter unmittelbar um das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten herum tätig seien, sondern nur, dass diese in der Nähe tätig seien. Deutlich wird dies insbesondere durch die Bezugnahmen auf die Standorte in I und L („Mitarbeiter sind vor Ort bzw. rund um A aktiv, kurze Anfahrtswege aus Betriebsservice in I und den Aufenthaltsflächen der Mitarbeiter, Standort in L“, Anl. ASt. 17, S. 31). Mit dieser Angabe hat die Streithelferin sogar im Einzelnen offengelegt, was sie mit „rund um A“ meint. Zweitens liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass diese Angabe unzutreffend wäre. Entsprechenden Vortrag hat die Verfügungsklägerin auch nicht gehalten.
- 169 (d) Die Rüge der fehlenden Gleichwertigkeit der Software-Roboter der Streithelferin und der Online-Planauskunft der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 14) ist unbegründet. Die gleichwertige Bewertung des Einsatzes innovativer Technologien durch die Verfügungsbeklagte ist plausibel und nicht zu beanstanden. Die Verfügungsklägerin beschreibt in ihrer Rüge und im Verfügungsantrag sowie in der Berufungsbegründung die – auch von der Verfügungsbeklagten bei der Bewertung gesehenen – Unterschiede zwischen den innovativen Technologien (Pilotprojekt der Streithelferin zum Einsatz von Software Robotern für die Bearbeitung wiederkehrender Geschäftsprozesse; Anschaffung/Einführung einer Online Planauskunft durch die Verfügungsklägerin 2020 mit Live-Betrieb spätestens 2021). Diese Beschreibung ändert aber nichts daran, dass die von der Verfügungsbeklagten angenommene Gleichwertigkeit nicht zu beanstanden ist. Der Verfügungsklä-

gerin gelingt es nicht darzulegen, warum der Test von Software Robotern geringer zu bewerten sei als die Zusage einer Planauskunft mit Live-Betrieb spätestens 2021. Aufgrund der in der Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin wiedergegebenen Angaben der Streithelferin durfte die Verfügungsbeklagte davon ausgehen, dass die Software Roboter im Falle eines positiv verlaufenden Tests im Betrieb des Pilotprojektes auch im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet zum Einsatz kommen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Einsatz bestimmten anderen Netzgebieten vorbehalten sei. Solche Anhaltspunkte zeigt die Verfügungsklägerin auch nicht auf.

- 170 (e) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 15) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin wurde die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin ausreichend berücksichtigt. Denn es kommt allein darauf an, dass – wie im 2. Verfahrensbrief aufgeführt – die eingesetzte technische Ausstattung verbindlich dargestellt wird. Nicht entscheidend ist deswegen, in wie viele Einzelzusagen die verbindliche Darstellung aufgegliedert wird. Die von der Verfügungsklägerin geforderte Bewertungsmethode kommt von vornherein nicht in Betracht, da sie zu willkürlichen Ergebnissen führen würde. Entscheidend ist nur, das bewertet wird, welche verbindliche Darstellung der im Konzessionsgebiet eingesetzten technischen Ausstattung erfolgt. Entgegen der in der Berufungsbegründung vorgebrachten Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin geht es hier nicht darum, dass allein die Verfügungsklägerin verbindliche Zusagen gemacht hätte und wie diese im Vergleich zu fehlenden verbindlichen Zusagen bei anderen Bietern zu bewerten sind. Vielmehr geht die Verfügungsbeklagte bei ihrer Bewertung zutreffend von jeweils verbindlichen Darstellungen der technischen Ausstattung der Streithelferin und der Verfügungsklägerin aus. Dies ist nicht zu beanstanden.
- 171 dd) Der Berufungsantrag, im Kriterium „A.I.3.a: Im Netzgebiet eingesetztes Personal“ einen Punktabschlag von mindestens 1,8 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist teilweise begründet.
- 172 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 3 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 30):
- 173 „a. Im Netzgebiet eingesetztes Personal
- 174 Die Bewerber haben ein konkretes und netzbezogenes Personalkonzept zu erstellen, aus dem die Personalplanung für den zukünftigen Netzbetrieb im Konzessionsgebiet, mit Anzahl der eingesetzten Arbeitskräfte sowie deren Qualifikationen hervorgeht. Die Gemeinde A strebt einen unter Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten zu einem möglichst sicheren Netzbetrieb führenden Personaleinsatz an. Der voraussichtliche Bedarf ist unter Berücksichtigung der vorgenannten Prämissen von den Bewerbern plausibel darzustellen. Zur Plausibilisierung kann auf die Praxis im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden.“
- 175 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 63):
- 176 „Die SWB macht sehr präzise und weitreichende Ausführungen zu den jeweiligen Qualifikationen (Ausbildung sowie Berufserfahrung) der im Konzessionsgebiet eingesetzten Mitarbeitern.

- 177 Die E wird im Falle der Konzessionierung den Personalbedarf noch näher konkretisieren.“
- 178 Die gleiche Bewertung mit der Höchstpunktzahl 3 Punkte wurde wie folgt begründet:
- 179 „Beide Bewerber haben wie im Verfahrensbrief gefordert ein netzbezogenes Personalkonzept erstellt, in dem sie den voraussichtlichen Personalbedarf plausibilisiert haben.
- 180 Da beide Angebote gleichwertige Ausführungen zur Anzahl der im Konzessionsgebiet eingesetzten bzw. perspektivisch einsatzfähigen Mitarbeitern und deren jeweiligen Qualifikationen gemacht haben, erhalten beide Bewerber die Höchstpunktzahl.“
- 181 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 182 - dass das Angebot der Verfügungsklägerin in diesem Punkt sehr viel detaillierter sei. Das Angebot der Streithelferin sei dagegen unvollständig, da darin lediglich angekündigt sei, dass im Fall der Konzessionierung der Personalbedarf noch näher konkretisiert werde (Rüge Nr. 16),
- 183 - dass die Verfügungsbeklagte Angaben der Streithelferin berücksichtigt habe, bei denen nicht angegeben sei, ob das für das Konzessionsgebiet vorgesehene Personal auf Neueinstellungen oder vorhandenem Personal aufgebracht werden soll. Deswegen sei auch nicht nachvollziehbar, ob dieses Personal ausreiche (Rüge Nr. 17),
- 184 - dass die Verfügungsbeklagte die fehlende Plausibilität der Angaben der Streithelferin nicht hinreichend berücksichtigt habe. Im Angebot der Streithelferin sei die personelle Besetzung im Konzessionsgebiet nicht nachvollziehbar, insbesondere welche 9 Mitarbeiter mit welcher Qualifikation auf Seite 51 des Auswertungsvermerks im Konzessionsgebiet eingesetzt werden sollen (Rüge Nr. 18),
- 185 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass das Angebot der Streithelferin weniger präzise und weitreichende Ausführungen zu Qualifikationen und Zusatzqualifikationen der Mitarbeiter enthalte. Im Gegensatz zum Angebot der Streithelferin enthalte das Angebot der Verfügungsklägerin Angaben zu speziellen Qualifizierungen z. B. Fachkraft nach G 1000 und Sachkundige für spezielle Tätigkeiten (Rüge Nr. 19).
- 186 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 187 „Beide Bewerber haben in ihrem Angebot ein entsprechendes netzbezogenes Personalkonzept dargestellt und den voraussichtlichen Personalbedarf plausibilisiert. Zur Anzahl und zur jeweiligen Qualifikation sind die Ausführungen der beiden Bewerber nahezu identisch.
- 188 Da die E auf einen sehr viel größeren Personalbestand zurückgreifen können, hätte ihr Angebot nach der Rechtsprechung besser bewertet werden müssen. Denn ein höherer Personaleinsatz kann Engpässe etwa in der Urlaubszeit oder bei zahlreichen krankheitsbedingten Ausfällen vermeiden. Trotz der derzeit deutlich geringeren Personalstärke der Stadtwerke B hat die Gemeinde A bei ihrer Auswertung aber zugunsten der Stadtwerke B berücksichtigt, dass diese ein

plausibles und detailliertes Personalkonzept vorgelegt haben. Deshalb wurde ihr Angebot als gleichwertig mit dem der M bewertet.

- 189 Soweit die Stadtwerke B rügen, dass die E keine Angaben zur Qualifikation gemacht haben, so wird darauf hingewiesen, dass die Anzahl der Mitarbeiter der E insgesamt und konkret diejenigen am Betriebsstandort I auf Seite 50 des Auswertungsvermerks dargestellt sind.“
- 190 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Längere Ausführungen zu einem Kriterium würden für sich genommen keine bessere Bewertung erfordern. Die von der Verfügungsklägerin erbrachte Detailtiefe sei bei diesem Kriterium nicht gefordert gewesen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass ein Newcomer diese Detailtiefe nicht leisten könne. Ein plausibles Konzept genüge. Es sei ohne Belang, ob mit bereits angestelltem oder noch zuwerbendem Personal geplant werde.
- 191 Die Verfügungsklägerin verfolgt ihre Rügen mit der Berufung weiter. Sie ist der Auffassung, sie habe nicht nur quantitativ detailliertere Angaben in ihrem Angebot gemacht, sondern auch qualitativ. Die Streithelferin sei aufgrund ihrer Erfahrung nicht als Newcomerin zu behandeln und deswegen könnten von ihr genauere Angaben erwartet werden. Das Konzept der Streithelferin sei nicht plausibel.
- 192 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, die Rügen seien unbegründet. Sie verteidigen das landgerichtliche Urteil. Es wäre sogar eine Betterbewertung des Angebots der Streithelferin in Betracht gekommen, da die Streithelferin über einen größeren Personalbestand verfüge, was bei großflächigen Versorgungsstörungen oder personellen Engpässen einen erheblichen Vorteil darstelle.
- 193 (2) Die Berufung ist hinsichtlich der Rüge Nr. 18 begründet. Im Übrigen (Rügen Nr. 16, 17 und 19) ist die Berufung unbegründet.
- 194 (a) Die Rüge der Unvollständigkeit des Angebots der Streithelferin und der fehlenden Berücksichtigung der größeren Ausführlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 16) ist unbegründet. Die Ausführlichkeit eines Angebots lässt keine Rückschlüsse darauf zu, wie gut ein Angebot ist. Auf die zutreffenden Ausführungen im landgerichtlichen Urteil wird Bezug genommen.
- 195 (b) Die Rüge der fehlenden Berücksichtigung der fehlenden Angaben der Streithelferin in ihrem Angebot zur Herkunft des Personals (Rüge Nr. 17) ist unbegründet. Entscheidend sind hier die Vorgaben des Wertungskriteriums im 2. Verfahrensbrief. Danach ist ein „konkretes und netzbezogenes Personalkonzept [...], aus dem die Personalplanung für den zukünftigen Netzbetrieb im Konzessionsgebiet, mit Anzahl der eingesetzten Arbeitskräfte sowie deren Qualifikationen hervorgeht“, erforderlich. Nach diesem Kriterium und auch im Hinblick auf die Zielsetzung des § 1 EnWG ist nicht maßgeblich, ob das im Konzessionsgebiet eingesetzte Personal bereits beim Bieter vorhanden ist oder noch geworben werden muss. Entscheidend ist allein, dass das im Personalkonzept für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet vorgesehene Personal tatsächlich für dieses Konzessionsgebiet vorgesehen ist.
- 196 Anhaltspunkte dafür, dass dies beim Personalkonzept der Streithelferin nicht der Fall ist, hat die Verfügungsklägerin nicht aufgezeigt. Es wäre auch nicht negativ zu bewerten, wenn die Streithelferin planen würde, bereits vorhandenes Personal im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet einzusetzen. Denn auch dann folgt daraus nicht, dass die vorhan-

denen Kapazitäten der Streithelferin nicht ausreichen würden. Anhaltspunkte dafür, dass die Streithelferin Personal doppelt verplant – einerseits im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet und andererseits zusätzlich in anderen Netzgebieten – bestehen nicht und hat die Verfügungsklägerin nicht vorgetragen. Solche ergeben sich auch im Falle des Einsatzes von vorhandenem Personal nicht aus dem mitgeteilten Inhalt des Angebots der Verfügungsklägerin.

- 197 (c) Die Rüge der fehlenden Plausibilität des Personaleinsatzes im Angebot der Streithelferin (Rüge Nr. 18) ist begründet. Die Entscheidung der Verfügungsbeklagten, das Personalkonzept der Streithelferin als plausibel anzusehen, ist nicht plausibel. Denn aus dem im Auswertungsvermerk mitgeteilten Personaleinsatz im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet ist nicht nachvollziehbar, wie viele Mitarbeiter mit welcher Qualifikation im Konzessionsgebiet zum Einsatz kommen sollen. Denn einerseits hat die Verfügungsbeklagte aus dem Angebot der Streithelferin im Auswertungsvermerk entnommen, dass der Personalbedarf für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet bei 9 Mitarbeitern liege. Andererseits ergibt sich aus dem Auswertungsvermerk (Seite 51), dass die Streithelferin die personelle Besetzung in der Netzentwicklung und im Netzkundenservice im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet wie folgt angibt: 1 Ingenieur (Netzplaner), 1 Meister (Projektierer), 2 Gesellen (Geomatiker), 1 Meister (Baukoordinator und Qualitätssicherung), 1 Ingenieur (Arbeitssicherheit und Umweltschutz), 7 Meister (Netzkundenbetreuer/Netzanschluss) und 13 weitere Meister aus dem Strombereich mit mehrspartiger Ausbildung. Es ist deswegen nicht nachvollziehbar, wie die Verfügungsbeklagte hier ein plausibles Personalkonzept annehmen konnte.
- 198 Der Umstand, dass die Streithelferin in ihrem Angebot für das Netzgebiet H in I 9 Mitarbeiter und auch für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet 9 Mitarbeiter vorsieht, begründet für sich genommen jedoch keine Zweifel an der Plausibilität des Personalkonzepts der Streithelferin. Denn Anhaltspunkte dafür, dass dieselben 9 Mitarbeiter sowohl im Netzgebiet in I als auch im ausgeschriebenen Netzgebiet zum Einsatz kommen sollen und deswegen letztlich nur 9 „halbe“ Mitarbeiter dem ausgeschriebenen Konzessionsgebiet zur Verfügung stünden, liegen nicht vor. Solche zeigt auch die Verfügungsklägerin nicht auf. Naheliegender ist, dass das Netzgebiet I insoweit mit dem ausgeschriebenen Netzgebiet vergleichbar ist, dass dieselbe Mitarbeiterzahl jeweils zum Einsatz kommt.
- 199 (d) Die Rüge der Nichtberücksichtigung der zusätzlichen Angaben zu speziellen Qualifizierungen im Angebot der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 19) ist unbegründet. Dass die Verfügungsklägerin in ihrem Angebot Angaben zu speziellen Qualifikationen gemacht hat, macht die punktgleiche Bewertung durch die Verfügungsbeklagte nicht unplausibel. Insbesondere hat die Verfügungsbeklagte keine zusätzlichen Punkte für eine „Fachkraft nach G 1000“ vergeben. Denn bei dem Merkblatt G 1000 handelt es sich um eine technische Regel, die auch Gegenstand der TSM-Zertifizierung ist. Über diese Zertifizierung verfügen sowohl die Verfügungsklägerin als auch die Streithelferin, was auch bereits im Rahmen des Wertungskriteriums „Organisationsstruktur“ bepunktet wurde.
- 200 dd) Die Berufungsanträge, im Kriterium „A.I.3.b: Fort- und Weiterbildungskonzept“ einen Punktabschlag von mindestens 0,4 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin und keinen Punktabschlag zu Lasten des Angebots der Verfügungsklägerin vorzunehmen, sind nur teilweise begründet.

- 201 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 2 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 17):
- 202 „b. Fort- und Weiterbildungskonzept
- 203 Die Bewerber haben ein konkretes Fort- und Weiterbildungskonzept für das im Konzessionsgebiet eingesetzte Personal zu erstellen. Zur Plausibilisierung dieses Konzeptes kann auf die Praxis im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden.
- 204 Die Gemeinde A strebt eine regelmäßige und möglichst weitreichende Weiter- und Fortbildung des eingesetzten Personals, vor allem im Hinblick auf neue Entwicklungen, an.“
- 205 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 74):
- 206 „Im Gegensatz zur SWB sieht das Fort und Weiterbildungskonzept der E auch Online Weiterbildungen für Mitarbeiter sowie Berufsintegrationsprogramme für Migranten vor.
- 207 Während die E ein Handbuch zu den Netztechnischen Trainings als Anlage C3 vorgelegt hat, hat die SWB ihre Schulungs- und Weiterbildungsmaßnahmen für technische sowie kaufmännische Mitarbeiter und die dazugehörigen Intervalle dezidiert tabellarisch aufgelistet und einen Auszug aus dem Schulungsplan beigefügt. Die Schulungen werden für jeden Mitarbeiter in der Personalakte hinterlegt. Jeder Mitarbeiter der SWB ist mind. einmal pro Jahr zum Besuch einer fachspezifischen Weiterbildungsmaßnahme verpflichtet. Bei Änderungen / Neuerungen finden Workshops statt.“
- 208 Die niedrigere Bewertung mit 1,6 Punkten für die Verfügungsklägerin im Gegensatz zu 2,0 Punkten für die Streithelferin wurde wie folgt begründet:
- 209 „Die E hat wie im Verfahrensbrief gefordert und von der Gemeinde A angestrebt die weitreichenderen Maßnahmen zur Fort und Weiterbildung für das im Konzessionsgebiet eingesetzte Personal dargelegt und diese durch die Vorlage eines Handbuchs zu den Netztechnischen Trainings umfassend plausibilisiert. Im Gegensatz zur SWB finden die Fort und Weiterbildungsmaßnahmen der E über verschiedene Medien / Kanäle, u.a. Online, statt.
- 210 Die E erhält daher die Höchstpunktzahl und die SWB einen Abschlag von einem Punktwert.“
- 211 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 212 - dass die Verfügungsbeklagte das Ausbildungs- und Studienangebot sowie das Berufsintegrationsprogramm für Migranten im Angebot der Streithelferin bewertet habe, obwohl es sich hierbei nicht um Fort- und Weiterbildung handle und deswegen eine Berücksichtigung bei der Bewertung unzulässig sei (Rüge Nr. 20),
- 213 - dass die Verfügungsbeklagte das Arbeitsschutzmanagementsystem der Streithelferin doppelt bewertet habe. Dieses sei bereits im Rahmen des Kriteriums „Organisations-

struktur“ bewertet worden. Auch die Ausführungen der Streithelferin zur Selbstverpflichtung der Geschäftsführung, zum Präventionsansatz und der Bewertung aus dem Auditbericht im Angebot der Streithelferin sowie die Angaben zur Fort- und Weiterbildung, insbesondere Inhalte zur Verhinderung von Unfällen und zur Umsetzung des Arbeitsschutzgesetzes hätten nicht bewertet werden dürfen (Rüge Nr. 21),

- 214 - dass im Auswertungsvermerk der Verfügungsbeklagten die Bewertung widersprüchlich sei. Es liege ein Widerspruch zwischen der Darstellung der Gemeinsamkeiten und der Unterschiede im Auswertungsvermerk vor. Die Bewertung, die Streithelferin habe wie im Verfahrensbrief gefordert und von der Verfügungsbeklagten angestrebt die weitreichenderen Maßnahmen zur Fort und Weiterbildung für das im Konzessionsgebiet eingesetzte Personal dargelegt, könne nicht auf die in den Gemeinsamkeiten und Unterschieden aufgeführten Gesichtspunkte gestützt werden. Denn diese enthielten hierzu keine aussagekräftigen Angaben (Rüge Nr. 22),
- 215 - dass die Verfügungsbeklagte unvertretbar Onlineschulungen gegenüber praktischen Schulungen besser bewertet habe, zumal für den Netzbetrieb hauptsächlich praktische Schulungsinhalte relevant seien (Rüge Nr. 23),
- 216 - dass die Verfügungsbeklagte bei der Regelmäßigkeit der Fort- und Weiterbildungen nicht berücksichtigt habe, dass das Angebot der Verfügungsklägerin besser sei, da bei der Verfügungsklägerin jeder Mitarbeiter mindestens einmal pro Jahr zum Besuch einer fachspezifischen Weiterbildungsmaßnahme verpflichtet sei, wohingegen die Streithelferin lediglich bedarfsgerechte Fort- und Weiterbildungen anbiete (Rüge Nr. 24).
- 217 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 218 „Wie im Auswertungsvermerk auf Seite 74 dargestellt, erfolgte die Unterscheidung maßgeblich daran, dass die E die Fort- und Weiterbildung über verschiedene Medien und Kanäle (auch online) anbietet. Das Arbeitsschutzmanagementsystem wurde an dieser Stelle nicht berücksichtigt und im Ergebnis auch nicht bewertet. Die Rüge dahingehend, dass Online-Schulungen im Vergleich zu praktischen Fort- und Weiterbildungen keinen Mehrwert darstellen, ist für die Gemeinde A nicht nachvollziehbar, und ihr kann daher nicht abgeholfen werden.
- 219 Das Angebot der E umfasst „u.a.“, jedoch nicht ausschließlich Onlineveranstaltungen. Vielmehr ergänzt das Onlineangebot das parallel bestehenden Präsenzangebot, etwa die netztechnischen Trainings an verschiedenen Standorten. Dass das ergänzende Angebot von Onlineweiterbildungen sinnvoll und der beruflichen Weiterbildung von Mitarbeitern dienlich ist, dürfte nach den Erfahrungen der Corona-Zeit selbsterklärend sein: Hierdurch wird das Fort- und Weiterbildungsangebot einem großen Personenkreis auch dann zugänglich gemacht, wenn Präsenzschulungen nicht möglich sind.
- 220 Auch der Umstand, dass bedarfsorientierte Fort- und Weiterbildungen schlechter zu bewerten sind als Regelschulungen einmal im Jahr, ist nicht nachvollziehbar und daher nicht abhilfefähig.
- 221 Soweit die Stadtwerke B rügen, dass zugunsten der E ein Berufsintegrationsprogramm für Migranten gewertet wurde, geht auch dies fehl. Auch hierbei handelt es sich um ein zusätzliches Angebot der E neben den übrigen Fort- und Weiter-

bildungsmaßnahmen, welches auch im Rahmen des Kriteriums A.I.3.b. berücksichtigt werden kann: Eine Fortbildung soll Teilnehmern ermöglichen, ihre Kompetenzen zu bilden, erweitern, erneuern oder an neue Entwicklungen anzupassen. Warum eine Erleichterung in den Berufseinstieg nicht unter die Bildung von Kompetenzen im beruflichen Kontext fallen soll, ist nicht nachvollziehbar, zumal die Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt und in der Demographie zeigen, dass das Thema „Recruiting“ ständig an Bedeutung gewinnt.“

- 222 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die von der Verfügungsklägerin vorgenommene Differenzierung zwischen „Ausbildung“ auf der einen Seite und „Fort- und Weiterbildung“ auf der anderen Seite existiere nicht. Auch eine verpflichtende jährliche Fortbildung sei nicht zwingend besser zu bewerten als eine Fortbildung nach Bedarf. Es sei vertretbar, das Fehlen von Online-Schulungen mit einer geringeren Punktzahl zu bewerten, da zusätzliche Online-Schulungen einen spürbaren Vorteil begründen würden (z. B. Abbau psychologischer Hemmnisse der Mitarbeiter).
- 223 Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, es bestünden Unterschiede zwischen einer Ausbildung und Fort- und Weiterbildung. Das Konzept der bedarfsgerechten Weiterbildungen der Streithelferin würde nicht zu regelmäßigen Weiterbildungen führen, was in der Ausschreibung jedoch verlangt worden sei. Im Übrigen wiederholt die Verfügungsklägerin ihre Rügen.
- 224 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, ein bedarfsgerechtes Fort- und Weiterbildungskonzept erfordere regelmäßige Überprüfungen. Zudem habe die Streithelferin einen bestimmten Turnus für Weiterbildungen in Aussicht gestellt. Die Streithelferin und die Verfügungsbeklagte verteidigen das landgerichtliche Urteil.
- 225 (2) Die Berufung ist hinsichtlich der Rügen 20, 23 und 24 begründet. Im Übrigen (Rügen Nr. 21, 22) ist die Berufung unbegründet.
- 226 (a) Die Rüge der unzulässigen Berücksichtigung des Ausbildungs- und Studienangebot und des Berufsintegrationsprogramms für Migranten der Streithelferin (Rüge Nr. 20) ist abweichend von der Rechtsauffassung des Landgerichts begründet. Die unstreitige Berücksichtigung des Ausbildungs- und Studienangebots sowie des Berufsintegrationsprogramms für Migranten der Streithelferin ist mit dem Wertungskriterium nicht in Einklang zu bringen und deswegen nicht plausibel.
- 227 Der Begriff „Fort- und Weiterbildung“ ist im vorliegenden Sinnzusammenhang als die Erlangung weiterer berufsbezogener Kenntnisse und Fertigkeiten durch im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet eingesetzte – bereits fertig ausgebildete – Mitarbeiter zu verstehen (vgl. Gauttier, in: Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2. Aufl. 2023, Kap. 3, Rn. 287). Denn im 2. Verfahrensbrief hat die Verfügungsbeklagte ein „konkretes Fort- und Weiterbildungskonzept für das im Konzessionsgebiet eingesetzte Personal“ verlangt. Das Partizip „eingesetzte“ verdeutlicht hier, dass es nur um Bildungsmaßnahmen für Mitarbeiter geht, die bereits im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet eingesetzt sein werden, nicht um Bildungsmaßnahmen, um Mitarbeiter erstmals im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet einsetzen zu können. Denn sonst wäre das Wort „einzusetzende“ verwendet worden. Zudem hätte die Verfügungsbeklagte sonst statt der Bezeichnung „Fort- und Weiterbildungskonzept“ die Bezeichnung „Aus- und Weiterbildungskonzept“ verwendet (vgl. zur Zulässigkeit der Abfrage

auch von Ausbildungskonzepten: Gauttier, in: Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2. Aufl. 2023, Kap. 3, Rn. 287).

- 228 Hinzu kommt, dass nach dem Angebot der Streithelferin der Netzbetrieb nicht mit Auszubildenden oder Praktikanten während ihres Studiums bestritten werden soll. Auch der 2. Satz des Kriteriums im 2. Verfahrensbrief, wonach eine „regelmäßige“ Weiter- und Fortbildung angestrebt werde, spricht dagegen, Ausbildungen und Studiengänge, die zu einer Erstqualifikation führen, oder Maßnahmen zur Berufsintegration für Migranten zu berücksichtigen sind.
- 229 (b) Die Rüge der Doppelbewertung des Arbeitsschutzmanagementsystems der Streithelferin (Rüge Nr. 21) ist unbegründet. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Verfügungsbeklagte das Arbeitsschutzmanagementsystem der Streithelferin doppelt bewertet hat. Allein die Tatsache, dass die Verfügungsbeklagte in ihrem Auswertungsvermerk bei der Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin das Arbeitsschutzmanagementsystem der Streithelferin referiert, belegt nicht, dass dieses Kriterium bei der Bewertung berücksichtigt wurde. Denn unter der Überschrift „Zusammenfassung der Angebote“ erfolgt, wie bereits oben ausgeführt, lediglich eine verkürzte Übernahme dessen, was die Bieter in ihren Angeboten dargelegt haben; eine Bewertung ist damit nicht verbunden. Diese erfolgt im Auswertungsvermerk erst unter der Überschrift „Begründung“. Dort ist jedoch das Arbeitsschutzmanagementsystem nicht erwähnt.
- 230 (c) Die Rüge eines Widerspruchs zwischen der Darstellung der Gemeinsamkeiten und der Unterschiede im Auswertungsvermerk (Rüge Nr. 22) ist unbegründet. Anhaltspunkte für eine widersprüchliche Begründung liegen nicht vor. Aus der Formulierung „Beide Bewerber beschreiben diverse Maßnahmen zur nachhaltigen Fort- und Weiterbildung des eingesetzten Personals“ lässt sich nicht schließen, dass die dargestellten Maßnahmen gleichwertig seien. Vielmehr ergibt sich daraus lediglich, dass beide Bieter Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen dargestellt haben. Ein Widerspruch zur Bewertung ergibt sich daraus nicht.
- 231 (d) Die Rüge der unzulässigen Betterbewertung von zusätzlichen Onlineschulungen im Angebot der Streithelferin gegenüber praktischen Schulungen im Angebot der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 23) ist abweichend von der Rechtsauffassung des Landgerichts begründet. Denn die Bewertung ist unplausibel, soweit die Verfügungsbeklagte eine Schlechterbewertung mit der Begründung vorgenommen hat, dass das Fort- und Weiterbildungskonzept der Streithelferin im Gegensatz zu demjenigen der Verfügungsklägerin auch Online-Schulungen enthalte. Denn es ist nicht erkennbar, inwiefern zusätzliche Online-Schulungen einen Vorteil gegenüber reinen Präsenzs Schulungen darstellen. Dass durch das Angebot von Online-Schulungen tatsächliche oder psychologische Hemmnisse abgebaut würden, lässt sich in der Pauschalität nicht begründen. Zum Abbau von Hemmnissen ist vielmehr entscheidend, wie niederschwellig der Zugang zum Schulungsangebot ausgestaltet ist, wie gut sich die Schulungen in den Arbeitsalltag integrieren lassen und welche Qualität die Schulungen aufweisen. Die Frage des Online-Zugangs zu Schulungen stellt nur einen untergeordneten Gesichtspunkt von vielen anderen dar. Das alleinige Herausgreifen dieses Gesichtspunktes zur Begründung einer Abwertung ist nicht plausibel.
- 232 (e) Die Rüge der Regelmäßigkeit der Fort- und Weiterbildungen (Rüge Nr. 24) ist abweichend von der Rechtsauffassung des Landgerichts begründet. Denn es ist nicht plausibel, das Kriterium der Regelmäßigkeit der Weiter- und Fortbildung des im Konzessions-

gebiet eingesetzten Personals im Angebot der Streithelferin als erfüllt anzusehen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist die im zweiten Verfahrensbrief bei diesem Unter-Unterkriterium verwendete Anforderung der Regelmäßigkeit als nach einer Regel wiederkehrend zu verstehen. Ein bedarfsgerechtes Fort- und Weiterbildungskonzept, wie es im Angebot der Streithelferin vorliegt, mag seine Vorteile haben und auch in der Praxis funktionieren. Unter die Anforderung einer regelmäßigen Weiter- und Fortbildung lässt sich ein bedarfsgerechtes Fort- und Weiterbildungskonzept jedoch nicht subsumieren. Die einzige plausible Bewertung in Bezug hierauf wäre deswegen gewesen, in Bezug auf die Streithelferin eine lediglich unvollständige Erfüllung dieses Unter-Unterkriteriums anzunehmen.

- 233 ee) Der Berufungsantrag, im Kriterium „A.II.2: Störungsbeseitigungskonzept“ einen Punktabschlag von mindestens 7,2 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 234 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 9 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 18):
- 235 „II. Störungsbeseitigungskonzept
- 236 Es wird die Vorlage eines schlüssigen und verbindlichen Störungsbeseitigungskonzeptes erwartet. Hierbei sind die im Störfall erforderlichen Prozesse nachvollziehbar und detailliert darzustellen. Zur Plausibilisierung sollten Angaben zur durchschnittlichen Dauer von Versorgungsunterbrechungen und Reaktions- und Störungsbeseitigungszeiten anhand von exemplarischen Störfällen gemacht werden. Erwartet wird, dass die Bewerber garantieren, dass bestimmte Ausfallzeiten nicht überschritten werden bzw. sich hierzu vertraglich verpflichten und ggf. entsprechende Pönalen vorsehen, falls zugesagte Höchstausfallzeiten bzw. Störungsbeseitigungsfristen nicht eingehalten werden.“
- 237 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 111):
- 238 „Soweit eine Störungsbeseitigung über Fernschaltung möglich ist, sichert die E eine Erstsicherung binnen einer Minute nach Eingang der Störungsmeldung zu. Die SWB entsendet in jedem Störfall mindestens ein Fahrzeug mit einem Mitarbeiter zur Störungsstelle. Entstörmaßnahmen per Fernsteuerung werden im Konzept der SWB nicht angesprochen.
- 239 Die E verpflichtet [s]ich dazu, dass ein Mitarbeiter innerhalb von maximal 29 Minuten ab Eingang der Störungsmeldung am Störungsort eintrifft. Für den Fall, dass eine Leckage der Gasleitungen infolge eines Baggerbisses vorliegt und der Rohrgraben bereits geöffnet ist, benennt die E zwei unterschiedliche Reaktionszeiten. Jedenfalls kann sie die Versorgung in 66 Minuten (inkl. Anruf / Erstsicherung) wiederherstellen. Werden Tiefbauarbeiten erforderlich, sichert die E verbindlich zu, die Versorgungsunterbrechung innerhalb von 81 Minuten zu beheben.
- 240 Bei den Reaktionszeiten hat die SWB in ihrem Angebot Durchschnittswerte und maximale Zeitfenster angegeben sowie zwischen den Störfällen während der normalen Arbeitszeit und der Rufbereitschaft differenziert.

- 241 Während der regulären Arbeitszeiten sichert die SWB die Annahme der Störungsmeldung und das Eintreffen vor Ort (bei normalen Wetter und kürzeren Verkehrsbehinderungen) in maximal 19 Minuten und im Bereitschaftsdienst in maximal 27 Minuten zu. Die Einhaltung und Unterschreitung dieser Zeitfenster wird regelmäßig durch Übungsfahrten überprüft.
- 242 Zusätzlich hat die SWB durchschnittliche Reaktionszeiten im bisherigen Netzbetrieb angegeben. Ausgehend von einem Start aus der Fläche und einer durchschnittlichen Entfernung im Konzessionsgebiet von 5,8 km betrug die Gesamtzeit vom Eingang der Störungsmeldung bis zum Eintreffen am Störungsort im Schnitt elf Minuten. Im Bereitschaftsdienst bei einer durchschnittlichen Entfernung von 10,8 km betrug die durchschnittliche Reaktionszeit 20 Minuten.
- 243 Während der regulären Arbeitszeiten sichert die SWB die Wiederherstellung der Versorgung ab Störungsannahme in maximal 43 Minuten und im Bereitschaftsdienst in maximal 56 Minuten verbindlich zu. Durchschnittlich betrug die Zeitspanne bis zur Wiederherstellung der Versorgung während der regulären Arbeitszeit (5,8 km) 35 Minuten bzw im Bereitschaftsdienst (10,8 km) 44 Minuten.
- 244 Jeweils für das Jahr 2018 betrug der SAIDI Wert der E 0,3554 min / Kunde; bei der SWB 0,330 min /Kunde (Bundesdurchschnitt 0,48 min / Kunde).
- 245 Seit die SWB den Gasnetzbetrieb in A im Jahr 2013 von der J AG & Co. KG übernommen hat, sind neben kleinräumigen Versorgungsunterbrechungen lediglich geplante Versorgungsunterbrechungen aufgetreten.
- 246 Nach zweimaliger Nichteinhaltung der oben angegebenen maximalen Reaktionszeiten innerhalb eines Jahres, verpflichtet sich die SWB zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.500 Euro für jeden weiteren Verspätungsfall (vgl. § 13 Abs. 12 Abs. 15 KonzV SWB). Die E hat sich ebenfalls vertraglich zur Einhaltung der maximalen Reaktionszeiten verpflichtet und gewährt der Gemeinde A in Lit. N. ZV E ein Sonderkündigungsrecht nach vorheriger Abmahnung / Fristsetzung und bei einem fünfmaligen Verstoß innerhalb eines Jahres.“
- 247 Die Bewertung mit 7,2 Punkten für die Streithelferin und 9 Punkten für die Verfügungsklägerin wurde wie folgt begründet:
- 248 „Beide Bewerber haben ein verbindliches Störungsbeseitigungskonzept vorgestellt, in dem sie jeweils exemplarisch auf typische Störfälle eingegangen sind. Die dargestellten Prozessabläufe waren jeweils nachvollziehbar und die hierzu angebotenen Zeitfenster weitestgehend plausibel. Die Effizienz der Störungsbeseitigungskonzepte spiegelt sich auch in den guten SAIDI Werten der beiden Bewerber wider. So lag die durchschnittliche Ausfalldauer pro Verbraucher in den Jahren 2016 bis 2018 jeweils deutlich unter dem Bundesdurchschnitt. Insgesamt waren die von der SWB für die Störungsbeseitigung (Eintreffen an der Störungsstelle / Wiederherstellung der Versorgung) angegebenen maximalen Zeitfenster etwas kürzer als die der E. Im Schnitt schafft die SWB die Erstsicherung und Wiederherstellung der Versorgung in der Hälfte der von der E angegebenen Zeit. Positiv am Angebot der SWB fiel zudem auf, dass sie Testfahrten durchführt und bei den Reaktionszeiten stets sowohl die Regelarbeitszeit als auch den Bereit-

schaftsdienst in den Blick genommen sowie hierzu jeweils Durchschnitts und Maximalwerte angegeben hat.

- 249 Zwar sanktionieren beide Bewerber auch das Überschreiten der verbindlich zugesicherten maximalen Störungsbeseitigungszeiten im Konzessionsvertrag, doch greift die von der SWB angebotene Vertragsstrafenregelung bereits nach zweimaligem Verstoß und ist auch im Übrigen interessengerechter und kommunalfreundlicher als das von der E angebotene Sonderkündigungsrecht, das auf Beendigung des Vertrages angelegt ist. Demgegenüber zeichnet sich das Angebot der E dadurch aus, dass sie auf die Störungsbeseitigung durch Fernschaltung eingegangen ist; zur Ausrüstung der Regelanlagen mit Fernwirktechnik haben beide Bewerber ausgeführt.
- 250 Da das von der SWB vorgelegte Konzept in Summe mehr Vorzüge für die Gemeinde und die kürzeren Reaktionszeiten bietet, erhält es die Höchstpunktzahl und die E wegen der Ausführungen zur Fernschaltung lediglich einen Abschlag von einem Punktwert.
- 251 Soweit das Konzept der SWB Wiederholungen zur ‚technischen‘ bzw. ‚personellen Ausstattung‘ enthielt, wurden diese bereits unter den entsprechenden Kriterien gewichtet und an dieser Stelle nicht erneut berücksichtigt.“
- 252 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 253 - dass die Verfügungsbeklagte unter Berücksichtigung der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte eine unvertretbare Gesamtbewertung vorgenommen habe (Rüge Nr. 25),
- 254 - dass die Verfügungsbeklagte die von der Verfügungsklägerin angebotenen halb so langen Reaktionszeiten unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 26),
- 255 - dass die Verfügungsbeklagte den Unterschied der Angebote in Bezug auf den SAIDI-Wert unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 27),
- 256 - dass die Verfügungsbeklagte Testfahrten der Verfügungsklägerin unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 28),
- 257 - dass die Verfügungsbeklagte die differenziertere Darstellung der Reaktionszeiten, aufgeteilt nach Regelarbeitszeiten und Bereitschaftsdienst, sowie unter Angabe von Durchschnitts- und Maximalwerten im Angebot der Verfügungsklägerin nicht ausreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 29),
- 258 - dass die Verfügungsbeklagte unzureichend berücksichtigt habe, dass die Streithelferin ungeeignete Pönalen angeboten habe. Das bei fünfmaligem Verstoß von der Streithelferin angebotene Sonderkündigungsrecht sei praktisch wertlos, weil die Hürden hierfür sehr hoch seien und es ein aufwändiges Gaskonzessionsvergabeverfahren nach sich ziehe (Rüge Nr. 30),
- 259 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht Fernwartungsmöglichkeiten im Angebot der Streithelferin bewertet habe, obwohl diese nicht gefordert worden seien und zudem nicht zielführend seien. Fernwartungsmöglichkeiten seien bei diesem Kriterium nicht gefordert gewesen und außerdem sei eine Störungsbeseitigung über Fernschaltung aufgrund der besonderen Gefährlichkeit in der Regel – auch bei der Streithelferin – nicht

möglich (z. B. bei undefinierten Drucksituationen). Das Regelwerk DVGW G 495 schreibe daher vor, dass Handlungen in Gasdruckregelungsanlagen (GDRA) grundsätzlich nur durch einen Sachkundigen im Beisein einer weiteren Person vorgenommen werden dürfen. Dies schließe also alle Zugriffe aus der Ferne aus (Rüge Nr. 31).

- 260 - dass die Verfügungsbeklagte die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 32),
- 261 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass die angegebenen Wiederherstellungszeiten der Streithelferin unplausibel seien (Rüge Nr. 33),
- 262 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die von der Streithelferin zugesicherten Sicherungsmaßnahmen gem. DVGW 1200 innerhalb von 30 Minuten zugunsten der Streithelferin bewertet habe (Rüge Nr. 34).
- 263 Die Verfügungsbeklagte half den Rügen der Verfügungsklägerin nicht ab (Anl. ASt. 20).
- 264 Das Landgericht hat die Rügen für begründet gehalten. Aufgrund der erheblichen Unterschiede der Angebote und des ins Auge springenden erheblichen Abfallens des Angebots der Streithelferin im Vergleich zum Angebot der Verfügungsklägerin zu diesem Kriterium, sei eine bloße Abwertung des Angebots der Streithelferin um einen Punktwert nicht vertretbar und damit nicht vom Beurteilungsspielraum der Verfügungsbeklagten umfasst. Es müsse ein größerer Punktabschlag erfolgen. Zugunsten der Streithelferin sei lediglich das Eingehen auf die Erstsicherung durch Fernschaltung zu werten. Da es sich hierbei aber nur um eine Abschaltung handle und in jedem Fall ebenfalls ein Mitarbeiter vor Ort den Fehler beheben müsse, sei dies kein besonders gravierender Vorteil. Er falle objektiv nicht sehr ins Gewicht. Der im Auswertungsvermerk enthaltene Satz „Im Schnitt schafft die SWB die Erstsicherung und Wiederherstellung der Versorgung in der Hälfte der von der E angegebenen Zeit.“ sei von den Angeboten so nicht gedeckt. Vergleichbare Angaben beider Bieter zu einem identischen Schadensfall lägen nicht vor, so dass die durchschnittliche Zeit bis zur Wiederherstellung der Versorgung nicht tragfähig beurteilt werden könne.
- 265 Die Verfügungsklägerin greift mit ihrer Berufung die Entscheidung des Landgerichts zu den Rügen Nr. 25, 26, 31-34 an. Sie ist der Auffassung, es müsse nicht nur ein „größerer“ Punktabschlag zulasten der Streithelferin, sondern sogar ein „deutlich höherer“ Punktabschlag erfolgen. Die Fernschaltung dürfe nicht zu einer positiven Bewertung der Streithelferin führen. Denn eine Fernschaltung bei der Störungsbeseitigung sei nahezu ausgeschlossen. Zudem sei die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht hinreichend berücksichtigt worden. Die angegebenen Wiederherstellungszeiten der Streithelferin seien unplausibel. Auch die Durchführung von Entstörungsmaßnahmen innerhalb einer Minute seien unplausibel.
- 266 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, die Berufung sei insoweit mangels Beschwer unzulässig. Das Landgericht habe diese Rügen als begründet angesehen und der Verfügungsbeklagten aufgegeben, das Kriterium unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bewerten. Im Übrigen sei die Rüge unbegründet, weil die Bewertung zutreffend erfolgt sei.
- 267 (2) Die Berufung ist zulässig (a), aber unbegründet (b).

- 268 (a) Die Berufung ist zulässig. Insbesondere liegen auch die Voraussetzungen der Beschwer (aa) hier vor (bb).
- 269 (aa) Für die klagende Partei gilt die so genannte formelle Beschwer, die nur dann vorliegt, wenn eine gerichtliche Entscheidung von dem in der unteren Instanz gestellten Antrag der Klagepartei zu ihrem Nachteil abweicht, ihrem Begehren also nicht voll entsprochen worden ist (BGH, Beschluss vom 11. März 2015 – XII ZB 553/14 = NJW-RR 2015, 1203, Rn. 8, beck-online)
- 270 (bb) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Verfügungsklägerin hat im ersten Rechtszug die Unterlassung des Abschlusses eines Wegenutzungsvertrages ohne einen Punktabschlag von mindestens 7,2 Punkten zulasten des Angebots der Streithelferin im Kriterium A. II. 2 beantragt. Das Landgericht hat hingegen abweichend hiervon die Verfügungsbeklagte zur Unterlassung des Abschlusses eines Wegenutzungsvertrages ohne Neubewertung der Angebotsinhalte der Verfügungsklägerin und der Streithelferin im Kriterium A. II. 2. verurteilt. Bei dem zugesprochenen Urteilstenor handelt es sich um ein Minus im Vergleich zum Antrag, weil das Landgericht den Umfang des Punktabschlags der Verfügungsbeklagten bei der Neubewertung überlassen hat und als Vorgabe hierfür lediglich einen größeren Punktabschlag verlangt hat.
- 271 (b) Die Berufung ist unbegründet. Soweit das Landgericht die weitergehenden Rügen in Bezug auf die Bewertung dieses Kriteriums zurückgewiesen hat, ist dies nicht zu beanstanden.
- 272 (aa) Die Berufung in Bezug auf die Rüge einer nicht vertretbaren Gesamtbewertung (Rüge Nr. 25) ist unbegründet. Das Landgericht hat diese Rüge als begründet angesehen. Die Verurteilung geht der Verfügungsklägerin insoweit nicht weit genug. Zu Recht hat das Landgericht allerdings nicht zur Unterlassung des Vertragsschlusses mit einem konkret vorgegebenen Punktabschlag in diesem Kriterium verurteilt. Denn wie oben bereits ausgeführt, darf das Gericht keine Bewertung der Angebote anstelle der zur Entscheidung berufenen Gemeinde (Verfügungsbeklagte) vornehmen. Soweit die Verfügungsklägerin mit ihrem Antrag die Verurteilung zu einer Unterlassung des Vertragsschlusses ohne einen konkret vorgegebenen Punktabschlag begehrt, ist der Verfügungsantrag deswegen von vornherein unschlüssig.
- 273 (bb) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der wesentlich kürzeren Reaktionszeiten der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 26) ist unbegründet. Sowohl aus den Angaben der Verfügungsbeklagten im Auswertungsvermerk unter der Überschrift „Unterschiede“ als der eigentlichen Begründung der Bewertung ergibt sich, dass die Verfügungsbeklagte kürzere Reaktionszeiten der Verfügungsklägerin bei der Bewertung berücksichtigt hat. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass erheblich unterschiedliche Störungsfälle beschrieben wurden. Deswegen haben die kürzeren Reaktionszeiten insoweit auch nur geringes Gewicht. Die Bewertung ist deswegen insoweit nicht zu beanstanden.
- 274 (cc) Die Rüge der Verfügungsklägerin, die Verfügungsbeklagte habe zu Unrecht Fernwartungsmöglichkeiten im Angebot der Streithelferin bewertet (Rüge Nr. 31), greift nicht durch. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die von der Streithelferin angebotene Fernschaltung zur Störungsbeseitigung berücksichtigt hat. Zwar ist eine Fernschaltung zur Störungsbeseitigung in dem Kriterientext nicht aus-

drücklich aufgeführt. Es ist aber ein Störungsbeseitigungskonzept mit der Darstellung der im Störfall erforderlichen Prozesse verlangt. Das Kriterium ist offen formuliert und ermöglicht deswegen auch die Berücksichtigung von Fernschaltungsmöglichkeiten zur Störungsbeseitigung. Denn auch diese Maßnahmen dienen der Störungsbeseitigung. Die Verfügungsklägerin hat keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, warum lediglich eine Auslegung des Kriteriums dahingehend zu erfolgen habe, dass nur in Präsenz ausgeführte Störungsbeseitigungsmaßnahmen durch das Kriterium gemeint seien.

- 275 Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die von der Streithelferin angebotene Fernschaltung positiv zugunsten der Streithelferin bewertet hat. Soweit die Verfügungsklägerin zur Begründung – unwidersprochen – anführt, Fernzugriffe an Gasdruckregelanlagen seien durch das Regelwerk DVGW G 495 verboten (Bl. 314 BA), führt dies nicht dazu, dass die angebotene Fernschaltung zur Störungsbeseitigung nicht zugunsten der Streithelferin hätte berücksichtigt werden dürfen. Denn die Streithelferin hat die Fernschaltung nicht für jeden Fall angeboten, sondern nur dann, wenn dies möglich ist. Dass es schlechterdings keinen möglichen Anwendungsfall für eine Fernschaltung zur Störungsbeseitigung geben würde, hat die Verfügungsklägerin dagegen nicht vorgetragen. Sie hat dies lediglich für den Fernzugriff an Gasdruckregelanlagen vorgetragen. Das Gasnetz im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet besteht jedoch nicht nur aus Gasdruckregelanlagen, sondern umfasst auch weitere Komponenten.
- 276 (dd) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 32) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin ist zulasten der Streithelferin nicht zu berücksichtigen, dass ihr Angebot nicht so verbindlich sei wie das der Verfügungsklägerin. Denn aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich, dass auch das Angebot der Streithelferin verbindliche Angaben gemacht habe. Insoweit hat die Verfügungsbeklagte hier zu Recht keine Wertungsunterschiede vorgenommen.
- 277 (ee) Die Rüge der fehlenden Plausibilität der angegebenen Wiederherstellungszeiten der Streithelferin (Rüge Nr. 33) ist unbegründet. Soweit die Verfügungsklägerin Widersprüche im Angebot der Streithelferin und eine fehlende Plausibilität von einzelnen Reaktionszeiten rügt, greift diese Rüge nicht durch. Denn die Verfügungsbeklagte geht in ihrem Auswertungsvermerk selbst davon aus, dass die „angebotenen Zeitfenster weitestgehend plausibel“ gewesen seien. Eine vollständige Plausibilität hat die Verfügungsbeklagte deswegen nicht festgestellt. Zu Recht hat die Verfügungsbeklagte diesen Punkten jedoch kein besonders großes Gewicht beigemessen, weil es sich insoweit um Widersprüche und Ungenauigkeiten von untergeordnetem Gewicht handelt.
- 278 Es ist entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin nicht erforderlich, dass die Verfügungsbeklagte negativ bewertet, dass die Streithelferin nicht die Wohnorte derjenigen Mitarbeiter dargestellt hat, welche die Störungsbeseitigung außerhalb der regulären Arbeitszeit durchführen sollen. Die von der Verfügungsklägerin gewählte Darstellung stellt insoweit lediglich eine Scheingenauigkeit her, da nicht absehbar ist, wie sich die genauen Wohnverhältnisse der Mitarbeiter der Bieter entwickeln werden. Dass Mitarbeiter in der Nähe wohnen, ist deswegen auch ohne Angabe der genauen Wohnorte hinreichend plausibel. Eine Überschreitung des Wertungsermessens der Verfügungsbeklagten ist hier nicht ersichtlich.
- 279 Dass die weiteren von der Streithelferin angegebenen Zeiten der Störungsbeseitigung insbesondere in der Abbildung auf Seite 89 des Auswertungsvermerks (Anl. ASt. 17) un-

plausibel seien, hat die Verfügungsklägerin weder substantiiert genug vorgetragen, noch glaubhaft gemacht.

280 (ff) Die Rüge der unzulässigen Bewertung der von der Streithelferin zugesicherten Sicherungsmaßnahmen gem. DVGW 1200 innerhalb von 30 Minuten (Rüge Nr. 34) ist unbegründet. Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin die von ihr zugesicherten Sicherungsmaßnahmen gem. DVGW 1200 innerhalb von 30 Minuten bewertet habe, sind nicht ersichtlich und nicht vorgetragen. Im Auswertungsvermerk ist dieser Gesichtspunkt weder bei den Unterschieden noch bei der Begründung der Bewertung aufgeführt. Soweit er in der Zusammenfassung der Angebote erwähnt ist, folgt daraus nicht, dass die Verfügungsbeklagte diesen Gesichtspunkt zugunsten der Streithelferin bewertet hat.

281 (gg) Die weiteren im ersten Rechtszug erhobenen Rügen in Bezug auf die Bewertung dieses Kriteriums (Rügen Nr. 27 bis 30) sind nicht Gegenstand der Berufung der Verfügungsklägerin.

282 ff) Der Berufungsantrag, im Kriterium „A.III: Netzpflegekonzept“ einen Punktabschlag von mindestens 1,2 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin und keinen Punktabschlag zu Lasten des Angebots der Verfügungsklägerin vorzunehmen, ist unbegründet.

283 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 6 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 18):

284 „III. Netzpflegekonzept

285 Die Gemeinde A erwartet von den Bewerbern Aussagen zur beabsichtigten Instandhaltungsstrategie im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet. Die Bewerber haben plausibel darzustellen, wie ihre Instandhaltungsstrategie zukünftig Versorgungsunterbrechungen präventiv begegnet. Die Bewerber können hierbei insbesondere Angaben zu Wartungsintervallen machen. Zur Plausibilisierung kann auch auf die Praxis im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden. Es ist eine Instandhaltung sicherzustellen, die unter Berücksichtigung einer zunehmend auf erneuerbaren Energien beruhenden Energieversorgung, ein möglichst hohes Maß an Versorgungssicherheit bietet.“

286 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 131):

287 „Die E verfolgt eine Früherkennungsstrategie mittels V; anhand einer Online Fernüberwachung können hierdurch auch kleinste Beschädigungen der Rohrleitungsumhüllungen frühzeitig festgestellt werden. Darüber hinaus hat sie ihr Konzept zum Anlagenschutz und die angewandten Schutztechniken konkret und anschaulich dargestellt.

288 Demgegenüber ermöglicht die SWB über die Y App direkten, externen Zugriff auf das mobile Workforce Management System, um erste Maßnahmen einzuleiten. Zudem hat die SWB darauf hingewiesen, dass seit 2013 keine Leckstellen in ihrem Gasverteilnetz aufgetreten sind und stellt ihr Netzpflegekonzept sukzessiv (bis 2022) auf die rein zustandsorientierte Instandhaltung um.“

- 289 Die Bewertung der Verfügungsklägerin mit 4,8 Punkten und der Streithelferin mit 6 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 290 „Aufgrund des Einsatzes von V zur Früherkennung kleinster Leckagen der Rohrleitungsumhüllungen sowie der konkreten Aufzählung der zur Anlagenschutztechnik angewandten Maßnahmen ist das Angebot der E vor dem Hintergrund des Verfahrensbriefs passender und unter präventiven Gesichtspunkten etwas besser als das der SWB. Da die SWB jedoch zur Verwendung der Y App ausgeführt hat und vorrangig auch eine zustandsorientierte Instandhaltung durchführt, ist hier lediglich ein Abschlag von einem Punktwert gerechtfertigt.
- 291 Dementsprechend erhält die E die Höchstpunktzahl und die SWB den Punktwert vier.“
- 292 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 293 - dass die Verwendung von V zur Früherkennung kleinster Leckagen der Rohrleitungsumhüllung durch die Streithelferin zu Unrecht zu einer Abwertung von 2 Punkten für die Verfügungsklägerin geführt habe. Auch die Verfügungsklägerin nutze KKS-Technik durch einen Dienstleister, so dass im Ergebnis kein Unterschied vorliege. Zudem hätten die Kosten der Umrüstung des gesamten Gasnetzes im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet auf V zulasten der Effizienz und der Preisgünstigkeit in den Kriterien „A.IV Netzstrukturkonzept“ und „B.II. Netznutzungsentgelte“ berücksichtigt werden müssen. Das Ziel des V bei der Streithelferin werde durch die dargestellte Fernüberwachung der Anlagen bei der Verfügungsklägerin in gleichem Maße erreicht. Eine signifikante Reduzierung der Betriebskosten durch V hätte nicht bei diesem Kriterium zugunsten der Streithelferin berücksichtigt werden dürfen. Die Streithelferin werde V aufgrund der erforderlichen und zeitintensiven Umrüstung zudem nicht bereits bei Konzessionsbeginn anbieten können. In Anbetracht dessen sei ein diesbezüglicher erheblicher Punktabzug für das Angebot der Verfügungsklägerin nicht gerechtfertigt (Rüge Nr. 35),
- 294 - dass die Verfügungsbeklagte entgegen den Anforderungen im Verfahrensbrief zugunsten der Streithelferin den Anlagenschutz und die angewandten Schutztechniken gewertet habe. Dies habe mit der Instandhaltung und Wartung wenig zu tun und dürfe deswegen nicht gewertet werden (Rüge Nr. 36),
- 295 - dass die Verfügungsbeklagte die Y-App nicht ausreichend berücksichtigt habe. Da die Streithelferin die Y-App – als zentrales Instrument zur Steuerung und Dokumentation der Instandhaltung der Verfügungsklägerin – nicht anbietet, sei die Instandhaltung bei der Streithelferin deutlich schlechter gewährleistet, was zu einem Punktabzug bezüglich des Angebots der Streithelferin hätte führen müssen (Rüge Nr. 37),
- 296 - dass die Verfügungsbeklagte das für die Instandhaltung vorgesehene Personal der Verfügungsklägerin positiv hätte werten müssen (Rüge Nr. 38).
- 297 Die Verfügungsbeklagte half den Rügen der Verfügungsklägerin nicht ab (Anl. ASt. 20).
- 298 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Zu Recht sei das eingesetzte Personal nicht bewertet worden, weil dieses im Kriterium A. I. 3. 1. Zu bewerten sei. Maßnahmen zum Anlagenschutz gehörten zur Prävention und seien deswegen zu Recht zugunsten der Streithelferin bewertet worden. Es sei nicht zu beanstanden, wenn die

Verfügungsbeklagte aufgrund des V Einsatzes durch die Streithelferin einen moderaten Punktabzug bei der Verfügungsklägerin vornimmt.

- 299 Die Verfügungsklägerin wiederholt mit der Berufungsbegründung ihre Rügen.
- 300 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, die Argumentation der Verfügungsklägerin, die Verwendung des V rechtfertige eine erhebliche Betterwertung nicht, weil in dem Konzessionsgebiet über einen längeren Zeitraum keine Leckstellen aufgetreten seien, greife nicht. Denn in dem Konzessionsgebiet seien gleichwohl Leckstellen nach dem Konzessionsverfahren aufgetreten. Allein entlang der B 294, welche die letzten drei Jahre saniert worden sei, seien vier Leckstellen aufgetreten. Nach dem Freilegen dieser Stellen hätten sich größere Schäden offenbart.
- 301 (2) Die Berufung ist insoweit unbegründet. Die Bewertung der Verfügungsbeklagten ist plausibel und nicht zu beanstanden.
- 302 (a) Die Rüge einer unberechtigten Abwertung der Verfügungsklägerin trotz des fehlenden Unterschieds zwischen V der Streithelferin und KKS der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 35) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin sind die Verwendung von V und des Einsatzes eines Dienstleisters zur Überprüfung der KKS nicht gleichwertig. Denn aus der Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin ergibt sich, dass anhand einer Online Fernüberwachung des KKS Schutzstroms („V“) ein frühzeitiges Eingreifen des Personals zur Ursachenermittlung und -beseitigung und die Detektion kleinster Verletzungen der Rohrleitungsumhüllung ermöglicht werde (Anl. ASt. 17, S. 118). Im Gegensatz dazu wird der Dienstleister von der Verfügungsklägerin lediglich dazu eingesetzt, regelmäßig in einem Turnus von 3 Jahren Überprüfungen vorzunehmen (Anl. ASt. 22, S. 144). Dass mit dem von der Verfügungsklägerin angebotenen Fernüberwachungssystem auch das KKS überwacht wird, ergibt sich aus dem Angebot nicht. Auch die Maßnahmen der Verfügungsklägerin im Rahmen der Instandhaltungsstrategie sind nicht gleichwertig.
- 303 (b) Die Rüge einer kriterienfremden Wertung von Anlagenschutz und angewandten Schutztechniken zugunsten der Streithelferin (Rüge Nr. 36) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin können Maßnahmen zum Anlagenschutz im Kriterium „Netzpflegekonzept“ berücksichtigt werden, da diese Maßnahmen auch dazu dienen, zukünftige Versorgungsunterbrechungen präventiv zu verhindern. Dies ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut des 2. Verfahrensbriefes Gegenstand dieses Kriteriums.
- 304 (c) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Y-App der Verfügungsklägerin bei der Instandhaltung (Rüge Nr. 37) ist unbegründet. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die Y-App der Verfügungsklägerin nicht in noch stärkerem Maße positiv berücksichtigt hat. Die Verfügungsklägerin hat keine Gesichtspunkte aufgezeigt, die eine noch stärkere Berücksichtigung dieses Wertungsgesichtspunkts rechtfertigen würde.
- 305 (d) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung des für die Instandhaltung vorgesehenen Personals der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 38) ist unbegründet. Zu Recht hat die Verfügungsbeklagte das zur Netzpflege eingesetzte Personal sowie die hierbei entstehenden Kosten oder Kostenersparnisse bei diesem Kriterium nicht berücksichtigt. Das eingesetzte Personal sowie die Kosten sind an anderer Stelle zu berücksichtigen.

- 306 (e) Es ist plausibel und nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die Vorteile beider Angebote insgesamt derart gegeneinander abgewogen hat, dass die Streithelferin die volle Punktzahl und die Verfügungsklägerin einen Punktwert von 1 weniger erhielt.
- 307 gg) Der Berufungsantrag, im Kriterium „A.IV: Netzstrukturkonzept“ einen Punktabschlag von mindestens 1,2 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin und keinen Punktabschlag zu Lasten des Angebots der Verfügungsklägerin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 308 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 4 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 18):
- 309 „IV. Netzstrukturkonzept
- 310 Von den Bewerbern wird die konkrete und verbindliche Darlegung einer Investitionsstrategie, eines Konzepts zur Verbesserung der Versorgungssicherheit und zur Modernisierung erwartet. Hierbei sollen konkrete Investitionsmaßnahmen verbindlich dargelegt werden und der voraussichtliche Investitionsbedarf abgeschätzt werden. Das Konzept soll zukunftsorientiert und im Hinblick auf zukünftige Anforderungen erfolgen. Zur Plausibilisierung kann auch auf die Praxis im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden.“
- 311 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 145 f.):
- 312 „Die E bietet die vollständige Aufstellung eines Netzentwicklungsplanes innerhalb des ersten Jahres nach Netzübernahme an, in dem sie eine Gasnetz und Lastanalyse durchführen und basierend hierauf den jährlichen Erneuerungs- und Erweiterungs- sowie Investitionsbedarf ermitteln wird. Die SWB hat für das Jahr 2020 eine Untersuchung der Rohrnetze geplant und bislang eine Ersteinschätzung des voraussichtlichen Investitionsvolumen vorgenommen.
- 313 Insgesamt sind von der E während der ersten sechs Jahre durchschnittliche Investitionen von 237.543 Euro jährlich und danach 437.542 Euro jährlich geplant.
- 314 Die E sichert verbindlich zu Investitionen in Höhe von jährlich durchschnittlich 104.282 Euro zum Erhalt der Anlagensubstanz zu tätigen, innerhalb der ersten zehn Jahre nach Erhalt der Konzession eine Netzerweiterung von 2.200 m (ca. 770.000 Euro) durchzuführen und die 30 Jahre alte Hochdruckregelanlage innerhalb der Konzessionsperiode zu erneuern (weitere Investition von bis zu 1 Mio. Euro).
- 315 Die SWB hat ihre gemäß Wirtschaftsplan vorgesehenen Investitionsmaßnahmen von 2020 bis 2024 tabellarisch auf Seite 161 162 des verbindlichen Angebots aufbereitet. Verbindlich sichert sie jedenfalls ein durchschnittliches Investitionsvolumen von 35.000 Euro jährlich bis zum Jahr 2024 zu. Anhand der Tabelle war nicht nachvollziehbar, wie dieser Wert zustande kommt. In den Jahren 2013 2018 tätigte sie bereits durchschnittliche Investitionen in Höhe von ca. 107.000 Euro jährlich und hat diese ebenfalls tabellarisch dargestellt.“

- 316 Die Bewertung des Angebots der Streithelferin mit 4 Punkten und des Angebots der Verfügungsklägerin mit 2,4 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 317 „Im Gegensatz zur SWB hat die E deutlich höhere Investitionsvolumina angeboten und diese tabellarisch / grafisch sowie textlich wie vom Verfahrensbrief gefordert nachvollziehbar und verbindlich aufbereitet. Hierbei hat die E auch die Anschluss- und Erschließungsquote in den Blick genommen. Demgegenüber leiden die Darstellungen der SWB an nicht unerheblichen Defiziten. So war es nicht möglich, den verbindlich zugesicherten Betrag von 35.000 Euro jährlich, unter Ziffer 48 der verbindlichen Zusagen, anhand der vorgelegten Tabelle zu verifizieren. Im Übrigen waren die Konzepte, insbesondere im Hinblick auf innovative Technologien und den Umgang mit Wasserstoff im Gasnetz, gleichwertig.
- 318 Gemessen an diesen Gesichtspunkten erhält das Konzept der E die Höchstpunktzahl und die SWB wegen der weniger transparenten Darstellungen beim voraussichtlichen Investitionsbedarf und des in Summe geringeren Investitionsvolumens einen deutlichen Abschlag von zwei Punktwerten.“
- 319 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 320 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht den Focus auf Investitionsvolumina gelegt habe. Nach dem 2. Verfahrensbrief müsse das ganzheitliche Netzstrukturkonzept ausschlaggebend für die Punktevergabe sein. So werde in diesem Kriterium vorrangig die Darlegung einer Investitionsstrategie, eines Konzepts zur Verbesserung der Versorgungssicherheit und zur Modernisierung erwartet. Dass allein die Investitionsvolumina ausschlaggebend für einen solch erheblichen Punktabzug seien, sei von der Kriterienbeschreibung nicht abgedeckt (Rüge Nr. 39),
- 321 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die Anschluss- und Erschließungsquote berücksichtigt habe, obwohl diese in erster Linie von den Erschließungsplänen der Gemeinde und der Anschlussbereitschaft der jeweiligen Kunden abhängig sei (Rüge Nr. 40),
- 322 - dass die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin Erweiterungen im Ortsteil N bewertet habe. Das von der Streithelferin in Bezug genommene „Erweiterungspotential“ im Ortsteil N bestehe nicht mehr, da die Gasleitung bereits verlegt worden sei (Rüge Nr. 41),
- 323 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht ein Nachvollziehbarkeitsdefizit im Angebot der Verfügungsklägerin gesehen habe. Das von der Verfügungsbeklagten benannte Defizit im Angebot der Verfügungsklägerin, den Betrag von 35.000 Euro anhand der vorgelegten Tabelle verifizieren zu können, bestehe nicht. Die Verfügungsklägerin werde diesen Betrag jährlich durchschnittlich bis 2024 in jedem Fall investieren. Eine Verifizierung sei nicht erforderlich. Etwaige Sonderinvestitionen oder Investitionen, die sich aus zukünftigen Planungen der Gemeinde ergeben, seien darin noch nicht enthalten. Auch die verbindliche Zusage der Streithelferin bezüglich der geplanten Investitionshöhe sei nicht verifizierbar und werde auch nicht durch weitere vorgelegte Tabellen untermauert. Dies stelle eine Ungleichbehandlung der Bieter dar. Weitere Defizite habe die Verfügungsbeklagte trotz der Verwendung des Plurals nicht benannt (Rüge Nr. 42),

- 324 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, das die verbindlichen Zusagen der Streithelferin bzgl. der geplanten Investitionshöhe nicht verifizierbar seien (Rüge Nr. 43),
- 325 - dass die Begründung der Verfügungsbeklagten widersprüchlich sei, indem die Verfügungsbeklagte einerseits angemerkt habe, dass die Verfügungsklägerin – im Gegensatz zur Streithelferin – ihre Investitionsvolumina nicht nachvollziehbar und verbindlich aufbereitet habe, und andererseits aufgeführt habe, dass beide Bewerber ein verbindliches, an den Bedarf der Zukunft angepasstes Netzstrukturkonzept vorgestellt und dieses ausführlich und nachvollziehbar dargestellt hätten und die von den Bewerbern geplanten Investitionsmaßnahmen im Einzelnen präzise aufgeführt und entsprechend plausibilisiert hätten (Rüge Nr. 44),
- 326 - dass die Verfügungsbeklagte ein im Angebot der Streithelferin liegendes Plausibilitäts-Defizit nicht berücksichtigt habe. Denn die Beibehaltung eines hohen Investitionsniveaus (107 T €) bei einem jungen Netz, bei dem – wie hier – hohe altersbedingte Ersatzinvestitionen nicht erforderlich seien, ergebe aus wirtschaftlichen und technischen Gründen keinen Sinn und widerspreche den Zielen der Preisgünstigkeit und Effizienz (Rüge Nr. 45),
- 327 - dass die Verfügungsbeklagte den höheren Restwertfaktor im Angebot der Verfügungsklägerin nicht berücksichtigt habe. Die Verfügungsklägerin sichere in ihrem Angebot einen Restwertfaktor von 0,45 zu, weswegen das Angebot der Verfügungsklägerin im Vergleich zum Angebot der Streithelferin, die einen Restwertfaktor von nur 0,4 zusichere, positiv gewertet werden müssen (Rüge Nr. 46),
- 328 - dass die Verfügungsklägerin zugunsten der Streithelferin zu Unrecht gewertet habe, dass diese sämtliche Anlagen mit Fernwirktechnik ausstatte, obwohl bereits alle Anlagen mit Fernwirktechnik ausgestattet seien (Rüge Nr. 47),
- 329 - dass die Verfügungsbeklagte die von der Streithelferin angebotene Aufstellung eines Netzentwicklungsplans zu Unrecht berücksichtigt habe. Die Aufstellung eines Netzentwicklungsplans im ersten Jahr sei kein wertungsrelevanter Vorteil, weil die Verfügungsklägerin bereits einen Netzentwicklungsplan aufgestellt habe und diesen im Angebot im Rahmen der Zielnetzplanung auch vorgestellt habe. Die Verfügungsklägerin habe aber eine Untersuchung der Rohrnetze geplant und diese bereits durchgeführt, was zu einer Besserbewertung führen müsse. Im Gegensatz zur Streithelferin mache die Verfügungsklägerin nicht nur eine bloß Ersteinschätzung zum Investitionsvolumen, sondern sage verbindlich zu, jährlich einen bestimmten Betrag zu investieren. Des Weiteren biete die Streithelferin an, die 30 Jahre alte Hochdruckregelanlage zu erneuern. Dies hätte nicht zu einer positiven Bewertung des Angebots der Streithelferin führen dürfen, da die Erneuerung dieser Anlage nicht erforderlich sei und dies damit eine ineffiziente Maßnahme darstelle, die zugleich gegen das Ziel der Preisgünstigkeit verstoße (Rüge Nr. 48),
- 330 - dass die Verfügungsbeklagte die Verbindlichkeit der Angebotsinhalte der Verfügungsklägerin nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 49).
- 331 Die Verfügungsbeklagte half den Rügen der Verfügungsklägerin nicht ab (Anl. ASt. 20).
- 332 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die Verfügungsbeklagte habe zutreffend die Höhe der geplanten Investitionen bei der Bewertung des Investitionskon-

zeptes maßgeblich berücksichtigt. Dass die von der Streithelferin prognostizierten Investitionen nicht erforderlich seien, habe die Verfügungsklägerin nicht glaubhaft gemacht. Es sei vertretbar, den marginalen Unterschied im Restwertfaktor nicht entscheidend zugunsten der Verfügungsklägerin zu werten. Angesichts der Anforderungen im 2. Verfahrensbrief sei es vertretbar, die in Aussicht gestellte durchschnittliche jährliche Investitionssumme in Höhe von 35.000 € als nicht hinreichend plausibilisiert anzusehen.

- 333 Die Verfügungsklägerin wiederholt ihren Vortrag aus der Rügесchrift. Auch die Verfügungsklägerin mache Angaben zur Netzerweiterung und berücksichtige dabei kommunale Gegebenheiten in Form von Flächennutzungsplänen und soziodemographischen Daten (Anl. ASt. 22, S. 156), was als mindestens gleichwertig mit den Angaben der Streithelferin zur Anschluss- und Erschließungsquote gewertet werden müsse. Die in der Bewertung maßgeblich berücksichtigten höheren Investitionen der Streithelferin in das Gasnetz würden fälschlicherweise Investitionen der Netzerweiterung um 2.200 m in Höhe von 770.00 € enthalten (Anl. ASt. 17, S. 134), obwohl die Neuverlegung der 3,2 km Gasstrasse in O bereits ausgeführt sei. Die Höhe der Investitionen der Streithelferin sei deswegen nicht plausibel.
- 334 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das Urteil des Landgerichts und die Bewertung der Verfügungsbeklagten.
- 335 (2) Die Berufung ist unbegründet. Die Wertung durch die Verfügungsbeklagte ist plausibel und nicht zu beanstanden.
- 336 (a) Die Rüge der Unzulässigkeit des Focus auf Investitionsvolumina (Rüge Nr. 39) ist unbegründet. Zutreffend hat die Verfügungsbeklagte die Investitionsvolumina bei diesem Kriterium als einen wesentlichen Bestandteil der Bewertung angesehen. Dies ergibt sich ausdrücklich aus dem 2. Verfahrensbrief, in dem die Darlegung der Investitionsstrategie dahingehend näher präzisiert wurde (Satz 2), dass die konkreten Investitionsmaßnahmen verbindlich dargelegt und der voraussichtliche Investitionsbedarf abgeschätzt werden soll. Diese Formulierung zielt ersichtlich auf die Höhe der Investitionskosten.
- 337 (b) Die Rüge der unzulässigen Berücksichtigung der Anschluss- und Erschließungsquote der Streithelferin (Rüge Nr. 40) ist unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die Anschluss- und Erschließungsquote berücksichtigt hat. Unsicherheiten im Rahmen von Prognosen führen nicht dazu, dass derartige Werte nicht zu berücksichtigen wären. Mit diesem Kriterium hat die Verfügungsbeklagte gezielt Prognosen für zukünftige Entwicklungen abgefragt. Dies ist – gerade auch im Hinblick auf die Zielsetzung des § 1 EnWG – zulässig. Die Darstellung der Verfügungsklägerin zur Netzerweiterung ist insoweit nicht gleichwertig.
- 338 (c) Die Rüge der unzulässigen Berücksichtigung bereits von der Verfügungsklägerin realisierter Erweiterungen im Ortsteil N zugunsten der Streithelferin (Rüge Nr. 41) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte nicht eine bereits verlegte Gasstrecke im Ortsteil N als von der Streithelferin geplante Erweiterungsinvestition positiv berücksichtigt. Zwar ergibt sich aus der Darstellung des Angebots der Streithelferin im Auswertungsvermerk, dass die Streithelferin ein Erweiterungspotential von 2.200 m gesehen hat („Die Ortsteile A und P haben ein konkretes Erweiterungspotential der Gasversorgungsleitungen von 2.200 m; es wird sehr hohes Erweiterungspotential im Ortsteil N gesehen.“, Anl. ASt. 17, S. 133). Dies hat die Verfügungsbeklagte bei ihrer Bewertung berücksichtigt („Die E sichert verbindlich zu

[...], innerhalb der ersten zehn Jahre nach Erhalt der Konzession eine Netzerweiterung von 2.200 m [ca. 770.000 Euro] durchzuführen“; Anl. ASt. 17, S. 145 „Unterschiede“). Aber die Streithelferin hat den Vortrag der Verfügungsklägerin, dass es sich bei dem Erweiterungspotential in den Ortsteilen A und P um die bereits erfolgte Neuverlegung der 3,2 km Gastrasse in N handeln würde, bestritten (Bl. 187 LGA) und vorgetragen, dass es sich dabei um ein von der Streithelferin auf der Basis der Netzanalyse mit den Gasnetzplänen ermitteltes Erweiterungspotential der Gasversorgungsleitungen von 2.200 m in den Ortteilen A und P handeln würde. Trotz dieses Bestreitens hat die Verfügungsklägerin ihren Vortrag nicht glaubhaft gemacht.

- 339 (d) Die Rüge der Nichtberücksichtigung der fehlenden Verifizierungspflicht der von der Verfügungsklägerin zugesagten durchschnittlichen jährlichen Investitionen von 35.000 Euro (Rüge Nr. 42) ist unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die fehlende Verifizierbarkeit der Zusage, 35.000 € durchschnittlich jährlich zu investieren, negativ bewertete. Denn bei diesem Kriterium sollten die Bieter u. a. den voraussichtlichen Investitionsbedarf abschätzen und plausibilisieren. Die bloße – wenn auch verbindliche – Zusage einer bestimmten Mindestinvestitionshöhe wird diesem Kriterium nicht gerecht, wenn diese Zahl nicht durch eine plausible Herleitung begründet wird. Daran fehlt es hier jedoch. Die Verfügungsklägerin begründet einen zukünftigen Investitionsbedarf von durchschnittlich jährlich zwischen 48.000 € und 155.000 € (differenziert nach einzelnen Jahren, Anl. ASt. 22, S. 164, Ziff. 48). Damit lässt sich die zugesagte durchschnittliche jährliche Mindestinvestition von 35.000 € jedoch nicht plausibel begründen.
- 340 (e) Die Rüge der fehlenden Verifizierbarkeit der verbindlichen Zusagen der Streithelferin bezüglich der geplanten Investitionshöhe (Rüge Nr. 43) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin ergibt sich aus dem Auswertungsvermerk der Verfügungsbeklagten hinreichend, dass die Streithelferin die von ihr zugesagte Verbindliche Zusage von Investitionen i. H. v. jährlich durchschnittlich 104.282 € zum Erhalt der Anlagensubstanz hinreichend plausibel gemacht hat. Denn – anders als im Angebot der Verfügungsklägerin – findet sich dieser Betrag in der Tabelle wieder, die unter „Zusammenfassung“ wiedergegeben ist (Anl. ASt. 17, S. 135, Abb. 31). Dort ist dieser Betrag für die Jahre 2020 bis 2030 bei den geplanten Investitionen aufgeführt. Die Gesamtbeträge entsprechen zudem den von der Verfügungsbeklagten zugunsten der Streithelferin berücksichtigten Beträgen (durchschnittlich jährlich 237.543 € in den ersten 6 Jahren, danach 437.542 €). Ein ungleicher Bewertungsmaßstab wurde hier deswegen nicht angewandt.
- 341 (f) Die Rüge der Widersprüchlichkeit der Begründung (Rüge Nr. 44) ist unbegründet. Der Einwand der Verfügungsklägerin, die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte sei widersprüchlich, geht hier von vornherein fehl. Nach seinem klaren Wortlaut soll im Rahmen des Wertungskriteriums „Netzstrukturkonzept“ die Investitionsstrategie insbesondere dadurch dargestellt werden, dass erstens die konkreten Investitionsmaßnahmen verbindlich und plausibel dargelegt werden und zweitens der voraussichtliche Investitionsbedarf plausibel abgeschätzt wird. Deswegen ist es nicht widersprüchlich, wenn die Verfügungsbeklagte zwar einerseits eine plausible und verbindliche Darstellung der konkreten Investitionsmaßnahmen feststellt, aber bei der Verfügungsklägerin eine plausible Abschätzung des voraussichtlichen Investitionsbedarfs vermisst. Hierbei handelt es sich ersichtlich um unterschiedliche Bestandteile dieses Kriteriums.

- 342 (g) Die Rüge der Nichtberücksichtigung eines Plausibilitäts-Defizits im Angebot der Streithelferin bzgl. der Beibehaltung eines hohen Investitionsniveaus (107 T €) bei einem jungen Netz und bzgl. der Erneuerung der Hochdruckregelanlage (Rüge Nr. 45) ist unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte den von der Streithelferin abgeschätzten Investitionsbedarf als plausibel ansieht. Dass die von der Streithelferin aufgeführten Investitionsmaßnahmen nicht erforderlich seien, hat die Verfügungsklägerin zwar vorgetragen, jedoch trotz Bestreitens der Streithelferin (Bl. 187 LGA) nicht glaubhaft gemacht.
- 343 (h) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung des höheren Restwertfaktors (0,45) der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 46) ist unbegründet. Die Verfügungsbeklagte hält sich innerhalb ihres Bewertungsermessens, wenn sie den Unterschied zwischen einem zugesagten Restwertfaktor von 0,4 im Angebot der Streithelferin und von 0,45 im Angebot der Verfügungsklägerin nicht für bewertungsrelevant hält. Die Verfügungsklägerin hat nicht aufgezeigt, dass der geringe Unterschied im Restwertfaktor für die Verfügungsbeklagte Vorteile bringt und worin diese bestehen.
- 344 (i) Die Rüge einer unzulässigen Berücksichtigung der Ausstattung der Anlagen mit Fernwirktechnik durch die Streithelferin (Rüge Nr. 47) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin ist aus dem Auswertungsvermerk nicht erkennbar, dass die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin gewertet habe, dass diese sämtliche Anlagen mit Fernwirktechnik ausstatte, obwohl bereits alle Anlagen mit Fernwirktechnik ausgestattet seien. Vielmehr ist dieser Umstand ausdrücklich unter der Überschrift „Gemeinsamkeiten“ aufgeführt („Bei Abgabe des verbindlichen Angebots hat die SWB bereits alle Gasdruckregelanlagen mit Fernwirktechnik ausgestattet und in die bestehende Fernwirktechnik der SWB integriert. Bei neuen Anlagen verpflichtet sich die SWB ebenfalls zur Nachrüstung der Anlagen. Dies hat auch die E in Aussicht gestellt und die Ausstattung sämtlicher Anlagen mit Fernwirktechnik soweit noch nicht erfolgt zugesagt.“, Anl. ASt. 17, S. 145). Ein Bewertungsfehler ist hier nicht erkennbar.
- 345 (j) Die Rüge der Nichtberücksichtigung des fehlenden Vorteils der Aufstellung eines Netzentwicklungsplans durch die Streithelferin im Vergleich zur Untersuchung der Rohrnetze durch die Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 48) ist unbegründet. Die Verfügungsbeklagte hat ausdrücklich bei den Unterschieden festgehalten, dass die Verfügungsklägerin – anders als die Streithelferin – sogar eine Rohrnetzuntersuchung durchführen wird. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte dies in der Abwägung mit der unplausiblen Darstellung des Investitionsvolumens durch die Verfügungsklägerin und den geringen Investitionsvolumina nicht mit einem geringeren Abschlag zulasten der Verfügungsklägerin berücksichtigt hat.
- 346 (k) Die Rüge der nicht hinreichenden Berücksichtigung der Verbindlichkeit der Angebotsinhalte der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 49) ist unbegründet. Hinsichtlich des Einwandes, die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin sei nicht hinreichend berücksichtigt worden, wird nach oben verwiesen.
- 347 hh) Der Berufungsantrag, im Kriterium „B.I: Effizienter Netzbetrieb“ einen Punktabschlag von mindestens 4,5 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist teilweise begründet.

- 348 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 9 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 19):
- 349 „I. Effizienter Netzbetrieb
- 350 Bewertet wird ein Konzept für den effizienten Gasnetzbetrieb. Gewünscht ist die Darstellung konkreter und verbindlicher Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz. Zur Plausibilisierung kann auch auf die Praxis im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden.“
- 351 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 163):
- 352 „Die SWB plant mittelfristig alle Betriebszweige an einem zentralen Standort zusammenzulegen. Soweit rechtlich zulässig, werden bei der Vergabe von Fremdleistungen regionale Anbieter aus A / B bevorzugt.“
- 353 Die gleiche Bewertung mit der Höchstpunktzahl 9 Punkte wurde wie folgt begründet:
- 354 „Die Bewerber stellen gleichwertige, netzbezogene Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz vor und stellen diese vergleichbar plausibel dar. Nennenswerte, wertungsrelevante Unterschiede sind zwischen den Konzepten nicht ersichtlich.
- 355 Demgemäß erhalten beide Bewerber die Höchstpunktzahl.
- 356 Der Einsatz von umweltfreundlichen Betriebsfahrzeugen wird im Rahmen des Kriteriums C. I. 'Umweltverträglicher Netzbetrieb' gewichtet. Im Übrigen konnten die Ausführungen der E zur Energieeffizienz nicht berücksichtigt werden, da diese vom Verfahrensbrief an dieser Stelle nicht gefordert waren.“
- 357 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 358 - dass die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte mangels aussagekräftiger Begründung nicht nachvollziehbar sei (Rüge Nr. 50),
- 359 - dass die Verfügungsbeklagte die Zusammenlegung aller Betriebszweige an einem Standort und die Beauftragung lokaler Unternehmen unter Effizienzgesichtspunkten nicht hinreichend zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt habe (Rüge Nr. 51),
- 360 - dass die Verfügungsbeklagte den Einsatz von Poolfahrzeugen mit dem Ergebnis, dass trotz steigender Mitarbeiterzahlen die Anzahl der Fahrzeuge nicht erhöht werden musste, nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 52),
- 361 - dass die Verfügungsbeklagte den EDV-Einsatz, das Workforce Management-System und die ab 2021 eingeführte Online-Planauskunft – mit Angabe der dadurch erreichten Personaleinsparung – nicht zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt habe (Rüge Nr. 53),
- 362 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass die Defizite des Angebots der Streithelferin bereits aus dem sehr geringen Textumfang von 1 Seite in der Zu-

sammenfassung der Verfügungsbeklagten zu diesem Kriterium erkennbar seien (Rüge Nr. 54),

- 363 - dass die Verfügungsbeklagte die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 55).
- 364 Die Verfügungsbeklagte half den Rügen der Verfügungsklägerin nicht ab (Anl. ASt. 20).
- 365 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Der quantitative Umfang der schriftlichen Ausführungen sei kein Indiz für deren Qualität. Zudem müsse sich nicht jeder als Unterschied identifizierte Inhalt in einem Bewertungsunterschied niederschlagen. Die Verfügungsklägerin zeige nicht auf, dass ihr Konzept insgesamt besser sei. Die geplante Zentralisierung und Beauftragung regionaler Unternehmen führe nicht zwangsläufig zu mehr Effizienz. Die Softwarelösungen seien in die Bewertung einbezogen worden. Auswirkungen von Poolfahrzeugen auf die Effizienz seien nicht ersichtlich.
- 366 Die Verfügungsklägerin wiederholt die Ausführungen aus ihrer Rügeschrift. Die Beauftragung regionaler Unternehmen führe deswegen zu mehr Effizienz, weil dadurch geringere Fahrtkosten entstehen würden. Der Softwareeinsatz sei nicht in die Bewertung einbezogen worden. Die Verfügungsbeklagte müsse hinsichtlich solcher Angebotsbestandteile, die in dem Angebot eines Bieters besonders hervorgehoben worden seien, dokumentieren, ob und inwiefern die Konkurrenzangebote vergleichbare Leistungen enthalten (OLG Brandenburg, Urteil vom 22. August 2017 – 6 U 1/17 Kart, Rn. 130, juris).
- 367 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das Urteil des Landgerichts.
- 368 (2) Die Berufung ist hinsichtlich der Rügen Nr. 50, 52 und 53 begründet. Im Übrigen (Rüge Nr. 51 und 54) ist die Berufung unbegründet.
- 369 (a) Die Rüge einer unzureichenden Begründung (Rüge Nr. 50) ist begründet. Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Begründung (aa) sind hier nicht erfüllt (bb).
- 370 (aa) Der Grundsatz der Transparenz des Verfahrens, der die Gefahr willkürlicher oder ergebnisorientierter Entscheidungen der konzessionierenden Gemeinde ausschließen soll, verlangt eine sorgfältige Dokumentation des Gangs und der wesentlichen Entscheidungen des Ausschreibungsverfahrens, insbesondere der Angebotsbewertung. Es sind die für die Bewertung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend zu dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. Auch wenn der Gemeinde bei der Bewertung ein Beurteilungsspielraum zusteht, sollen ihre Bewertungsentscheidungen insbesondere auch darauf hin zu überprüfen sein, ob die jeweilige Bepunktung im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder andern Bieters plausibel vergeben worden ist (OLG Brandenburg, Urteil vom 22. August 2017 – 6 U 1/17 Kart, Rn. 127 ff., juris; zu §§ 97 ff. GWB: BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17 = NZBau 2017, 366, Rn 53). Aufgrund der Offenheit der Kriterien bei einem Konzeptwettbewerb mit relativer Bewertungsmethode muss von der Gemeinde umso ausführlicher und genauer begründet werden, warum ein Konzept besser als das andere ist (OLG Schleswig, Urteil vom 25. Juni 2018 – 16 U 3/18 Kart, Rn. 80, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, Rn. 96, juris; Vulont, in: Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2. Aufl. 2023, Kap. 3, Rn. 514, 519, 540).

- 371 Diesen Anforderungen genügt die Gemeinde nur dann, wenn sie die Inhalte der Angebote vergleichend gegenüberstellt und die für ihre Entscheidung maßgeblichen Punkte nachvollziehbar darstellt. Die Beurteilung der gegenübergestellten Angebotsbestandteile ist dabei so nachvollziehbar zu begründen, dass eine Überprüfung dahingehend stattfinden kann, ob das Beurteilungsermessen beanstandungsfrei ausgeübt worden ist. Dies erfordert unter anderem, hinsichtlich solcher Angebotsbestandteile, die in dem Angebot eines Bieters besonders hervorgehoben werden, zu dokumentieren, ob und inwiefern die Konkurrenzangebote vergleichbare Leistungen beinhalten. Enthält nur eines der zu vergleichenden Angebote eine bestimmte Leistung, ist auszuführen, ob und weshalb diese Leistung als relevant eingestuft wird und wie sie bzw. ihr Fehlen bewertet werden. Weist ein Bieter eine Leistung oder eine Qualifizierung nach, die der andere, etwa als sog. Newcomer, noch nicht anzubieten vermag, jedoch beizubringen verspricht, muss dies nicht notwendig zu einer Abwertung dieses Angebotes führen. Eine ebenbürtige oder annähernd gleichwertige Bewertung setzt jedoch voraus, dass die Zusicherung künftigen Beibringens auf ihre Realisierbarkeit überprüft worden und dass ihre Validität nachvollziehbar begründet worden ist (OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, Rn. 96, juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 22. August 2017 – 6 U 1/17 Kart, Rn. 127 ff., juris; OLG Schleswig, Urteil vom 25. Juni 2018 – 16 U 3/18 Kart, Rn. 80, juris).
- 372 (bb) In Anwendung dieser Grundsätze ist die Begründung unzureichend. Die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte ist mit der im Auswertungsvermerk gegebenen Begründung nicht plausibel. Die Zusammenfassung insbesondere des Angebots der Streithelferin ist so extrem kurz und oberflächlich, dass mit dieser Beschreibung eine Wertungsentcheidung von vornherein nicht begründet werden kann. Die Angaben im – lediglich geschwärzt vorliegenden – Angebot der Streithelferin zur Kosteneffizienz wurden von der Verfügungsbeklagten wie folgt zusammengefasst:
- 373 „Maßnahmen zur Erhaltung / weiteren Steigerung der Kosteneffizienz:
- 374 • Deutliche Einkaufsvorteile aufgrund der hohen Anzahl im Betrieb eingesetzter Betriebsmittel (laufend überprüft / verhandelt); daher: günstige Einkaufskonditionen. Systemseitig wird automatisch der beste Lieferant gewählt.
- 375 • Effiziente Lagerwirtschaft / Logistik
- 376 • Effiziente Prozesse durch kontinuierliche Überprüfung und Optimierung der bestehenden Prozesse; neue Prozesse werden digital aufgesetzt und mit alten Prozessen nahtlos verknüpft,
- 377 • Störungsbehebung durch Fernwirktechnik zur frühzeitigen Erkennung und Behebung in der ersten Minute; dadurch werden Bereitschaftsmitarbeiter und unnötige Fahrten vermieden,
- 378 • Richtige Mitarbeiter mit der richtigen Qualifikation am richtigen Ort (Workforce Management System zur Auftragssteuerung),
- 379 • Spartenübergreifend ausgebildete Mitarbeiter,

- 380 • Baustellenkoordination und Bauzeitenverkürzung über Vereinbarungen mit anderen Leistungsträgern.“
- 381 Diese schlagwortartige Kurzzusammenfassung lässt nicht erkennen, ob die Streithelferin tatsächlich konkrete und verbindliche Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz im Rahmen ihres Konzepts für den effizienten Gasnetzbetrieb dargestellt hat. Deswegen kann diese Angebotszusammenfassung die vorgenommene Bewertung nicht tragen. Auch lässt sich aufgrund der Kürze dieser Zusammenfassung nicht feststellen, ob die von der Verfügungsklägerin vorgetragenen Unterschiede zwischen den Angeboten bestehen und inwiefern diese bei der Bewertung berücksichtigt wurden. Soweit sich aus der Zusammenfassung der Angebote der beiden Bieter in dem Auswertungsvermerk Unterschiede ergeben, gelangt die Verfügungsbeklagte zu einer wertungsmäßigen Vergleichbarkeit der beiden Angebote. Dies ist zwar im Ergebnis möglich, erfordert aber eine eingehende Auseinandersetzung und wertende Gegenüberstellung der beiden Angebote. Daran fehlt es hier. Diese wertende Gegenüberstellung hat die Verfügungsbeklagte vorliegend durch die pauschale Gleichsetzung mit den beiden Sätzen „Die Bewerber stellen gleichwertige, netzbezogene Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz vor und stellen diese vergleichbar plausibel dar. Nennenswerte, wertungsrelevante Unterschiede sind zwischen den Konzepten nicht ersichtlich“ ersetzt. Dies genügt nicht.
- 382 (b) Die Rüge einer nicht hinreichenden Berücksichtigung der Zusammenlegung aller Betriebszweige an einem Standort und der Beauftragung lokaler Unternehmen durch die Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 51) ist unbegründet. Die Zusammenlegung aller Betriebszweige an einem Standort und die Beauftragung lokaler Unternehmen unter Effizienzgesichtspunkten hat die Verfügungsbeklagte zur Kenntnis genommen, wie sich aus der Erwähnung unter der Überschrift „Unterschiede“ ergibt. Die Verfügungsklägerin hat allerdings nicht aufgezeigt, inwiefern sich hieraus ein Vorteil bei der Kosteneffizienz ergibt. Aus ihrem Angebot lässt sich nicht entnehmen, warum diese Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz beitragen.
- 383 (c) Die Rüge einer nicht hinreichenden Berücksichtigung des Einsatzes von Poolfahrzeugen bei der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 52) ist begründet. Der Einsatz von Poolfahrzeugen mit dem Ergebnis, dass trotz steigender Mitarbeiterzahlen die Anzahl der Fahrzeuge nicht erhöht werden musste, stellt einen Gesichtspunkt dar, der als Maßnahme zur Steigerung der Kosteneffizienz geeignet ist. Ob und inwiefern die Verfügungsbeklagte diesen Gesichtspunkt bei ihrer Wertungsentscheidung berücksichtigt hat, ist nicht erkennbar.
- 384 (d) Die Rüge einer nicht hinreichenden Berücksichtigung des EDV-Einsatzes, des Workforce Management-Systems und der ab 2021 eingeführten Online-Planauskunft (Rüge Nr. 53) ist begründet. Ausweislich des Auswertungsvermerks ist davon auszugehen, dass die Verfügungsbeklagte bei beiden Bietern ein Workforce Management-System bewertet hat. Insoweit ist die Bewertung nicht zu beanstanden.
- 385 Allerdings hat die Verfügungsbeklagte bei ihrer Bewertung Personaleinsparungen bei der Verfügungsklägerin durch EDV-Einsatz und durch die Online-Planauskunft nicht berücksichtigt. Denn diese Aspekte sind jedenfalls im Auswertungsvermerk nicht genannt.

- 386 (e) Die Rüge einer nicht hinreichenden Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 54) ist aus den oben genannten Gründen unbegründet.
- 387 ii) Der Berufungsantrag, im Kriterium „B.II: Netznutzungsentgelte“ das Angebot der Streithelferin mit 0 Punkten zu bewerten, ist teilweise begründet.
- 388 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 12 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 19):
- 389 „II. Netznutzungsentgelte
- 390 Die Bewerber haben eine Prognose der Netznutzungsentgelte im Netzgebiet abzugeben. Der Prognosezeitraum erstreckt sich über die laufende und die folgende Regulierungsperiode. Die Nutzungsentgelte sollen für folgende Kundengruppen angegeben werden: Haushaltskunden mit einer Jahresarbeit von 25.000 kWh/a, Gewerbekunden (Z) mit einer Jahresarbeit von 150.000 kWh/a sowie typisierend für Industriekunden mit einer registrierenden Leistungsmessung abgestuft nach Jahresverbrauch und Jahreshöchstlast. Zur Plausibilisierung ihrer Prognose können die Bewerber auf die Netznutzungsentgelte für ihre bisher betriebenen Netze für diese Kundengruppen für die letzten vier Jahre Bezug nehmen; dabei sollte das Verhältnis der bisherigen Versorgungsaufgabe zu der Versorgungsaufgabe nach einer möglichen Netzübernahme beachtet werden.“
- 391 Die Verfügungsbeklagte begründet ihre Punktzahl von 12 Punkten für die Verfügungsklägerin und von 8,4 Punkten für die Streithelferin wie folgt (Anl. ASt. 17, S. 179):
- 392 „1. Die SWB setzt bei ihrer Kalkulation auf der genehmigten EOG der 3. RP, dem prognostizierten Ausgangsniveau von 2020 und dargestellten Annahmen der EOG Entwicklung auf. Die Annahmen der Fortschreibung für die Folgejahre bis 2027 sind ausführlich und plausibel formuliert. Die Entwicklung der Netzentgelte erscheint plausibel belegt.
- 393 2. Die E belegt die zukünftige Entwicklung der Netzentgelte bis 2027 vergleichsweise weniger detailliert, weshalb diese nicht im Einzelnen nachvollziehbar ist. Die Senkung der Netzentgelte in den Jahren 2021 2022 um 2,1% aufgrund von Effizienz und Produktivitätssteigerungen erscheint jedoch nicht unplausibel. Auch die Argumentation der Skalen und Synergieeffekte in den unterschiedlichen Bereichen, erscheint aufgrund der Größe der E nicht unplausibel. Die Senkung der Netzentgelte in der 4. RP um 3% wird mit sinkenden Eigenkapitalzinsen und Fremdkapitalzinsen begründet. Die Nachvollziehbarkeit ist nicht im Detail gegeben, allerdings liegen die Annahmen nicht in einer unrealistischen Größenordnung.
- 394 3. Die Netzentgelte der SWB sind über den gesamten Betrachtungszeitraum bis auf eine Ausnahme bei den Haushaltskunden im Jahr 2023 deutlich niedriger als die der E.

- 395 4. Bei der Punktwertdifferenzierung im Rahmen der Bewertung wurden die Plausibilität der Darstellung der Herleitung der Netzentgelte sowie der relative Unterschied der Netzentgelte zueinander berücksichtigt.
- 396 5. Die ergänzende Kalkulation der Netzentgelte im Rahmen der Auswertung bei Gewerbe und Industriekunden hatte hierbei keinerlei Auswirkung auf die Bewertung, da das Verhältnis der Netzentgelte der Bewerber sich dadurch nicht wesentlich veränderte und bei allen Beispielfällen ein deutlicher Abstand vorliegt (am geringsten bei den Haushaltskunden).
- 397 [...]
- 398 Industriekunden
- 399 Die Fortschreibung auf Basis der von den Bewerbern genannten Preis bzw. EOG Entwicklungsprognosen zeigt, dass SWB dauerhaft das günstigste Netzentgelt für Industriekunden bietet. Dies gilt für alle Beispielfälle und erscheint aufgrund der aktuellen Preisblätter auch plausibel.
- 400 Der Abstand zwischen den SWB und der E bleibt dabei bei allen beispielhaft gewählten Industriekunden relativ konstant.“
- 401 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 402 - dass die Verfügungsbeklagte nicht negativ zulasten der Streithelferin gewertet habe, dass die Streithelferin die Investitionen zur V auch bei der Netzentgeltberechnung hätte berücksichtigen müssen. Es sei nicht nachvollziehbar, ob dies geschehen sei (Rüge Nr. 55),
- 403 - dass die Verfügungsbeklagte die Ausführungen der Streithelferin zur Senkung der Netzentgelte bei der Streithelferin unzulässigerweise berücksichtigt habe. Die Ausführungen des Auswertungsvermerks, wonach die Senkung der Netzentgelte in den Jahren 2021 – 2022 nicht unplausibel sei, sei reine Spekulationen der Verfügungsbeklagten (Rüge Nr. 56),
- 404 - dass die Verfügungsbeklagte auch die Begründung der Streithelferin, dass die Senkung der Netzentgelte in der 4. RP um 3% mit sinkenden Eigenkapitalzinsen und Fremdkapitalzinsen begründet werde, dies im Detail nicht nachvollzogen werden könne, allerdings nicht in einer unrealistischen Größenordnung liege, sei nicht nachvollziehbar (Rüge Nr. 57),
- 405 - dass die Verfügungsbeklagte die Senkung der Netzentgelte 2023-2027 um 3 % unter den Wert des Jahres 2022 zugunsten der Streithelferin zu Grunde gelegt habe, obwohl keine plausiblen Gründe vorlägen, weil die Verfügungsbeklagte explizit erkläre, dass „weitere Prämissen etc.“ hierfür nicht dargestellt worden seien. Wenn das aktuelle Preisblatt der Streithelferin aus dem Jahr 2020 zugrunde gelegt werden würde, würde sich sogar eine prozentuale Steigerung von 2020 auf 2021 in Höhe von 2,9%, von 2021 auf 2022 in Höhe von 0,9%, von 2022 auf 2023 in Höhe von 29,5 % und insgesamt seit 2018 bis 2023 in Höhe von 38,5 % ergeben. Auf die Berechnung in Anl. 18, S. 40 wird Bezug genommen (Rüge Nr. 58),

- 406 - dass nicht erkennbar sei, ob gegenläufige Effekte bei der Streithelferin berücksichtigt worden seien. Im Angebot der Streithelferin sei die Argumentation der Skalen- und Synergieeffekte nicht plausibel dargestellt worden. Hierbei hätten notwendigerweise auch gegenläufige Effekte wie steigende Inflation, steigende Tiefbaupreise und die hohen Investitionen der Streithelferin berücksichtigt werden müssen, was im Auswertungsvermerk nicht erkennbar sei (Rüge Nr. 59),
- 407 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht Effizienzsteigerungen im Rahmen der operativen Kosten bei der Streithelferin berücksichtigt habe, obwohl innerhalb einer Regulierungsperiode keine Effizienzsteigerungen im Rahmen der operativen Kosten („Effizienz- und Produktivitätssteigerungen im Bereich Einkauf, Lieferantenmanagement und Prozessstandardisierung (nicht weiter ausgeführt)“ erzielt werden könnten, die Auswirkungen auf die Netzentgelte haben (Rüge Nr. 60),
- 408 - dass die Verfügungsbeklagte das Angebot der Streithelferin zu Unrecht als plausibel eingestuft habe. Aus dem Auswertungsvermerk ergebe sich weiter, dass das dargestellte Gewerbekunden-Netzentgelt für das Jahr 2020 für die Gemeinde nicht nachvollziehbar sei. Wenn die Entwicklung der Netzentgelte bis 2027 im Einzelnen nicht nachvollziehbar sei, könne auch die Senkung der Netzentgelte in den Jahren 2021 – 2022 nicht plausibel dargestellt worden sein. Die Kalkulation der Netzentgelte bezüglich Gewerbe- und Industriekunden habe zu Unrecht keinerlei Auswirkungen auf die Bewertung gehabt (Rüge Nr. 61).
- 409 Die Verfügungsbeklagte half den Rügen teilweise ab und beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20, Seite 12):
- 410 „Auf die Rüge der Stadtwerke B hin hat die Gemeinde A die Auswertung der Netznutzungsentgelte nochmals überprüft.
- 411 Die Gemeinde A ist weiterhin der Auffassung, dass die Angebotsinhalte der E nicht unplausibel sind und infolgedessen auch keine Bewertung mit Null Punkten rechtfertigen.
- 412 In einem Punkt wird der Auswertungsvermerk vom 12. Mai 2020 dem Verfahrensbrief hinsichtlich der Netznutzungsentgelte aber nicht gerecht, weil er auf Seite 179 lediglich die Netzentgeltprognosen der Bewerber hinsichtlich der Haushaltskunden vergleicht und der noch größere Abstand zwischen den angebotenen bzw. prognostizierten Netznutzungsentgelten in den Angeboten der Stadtwerke B und der E unberücksichtigt geblieben ist.
- 413 Die Netznutzungsentgelte der Stadtwerke B für die Gewerbe- und Industriekunden liegen noch deutlicher unter denen der E für den Bereich „Haushaltskunden“, sodass ein noch deutlicherer Punkteabzug bei der E gerechtfertigt ist.
- 414 Für dieses Kriterium erhalten die Stadtwerke B daher 5 Punkte, die M 3 Punkte. Für die Wertung erhalten die Stadtwerke B daher 12 Punkte, und die E erhalten 7,2 Punkte.“
- 415 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die durchgehend deutlich günstigeren Netznutzungsentgelte im Angebot der Verfügungsklägerin seien ebenso berücksichtigt worden wie der höhere Plausibilisierungsgrad. Es sei dem Auswertungsver-

merk jedoch nicht zu entnehmen, dass die Prognosen der Streithelferin insgesamt nicht plausibilisiert worden seien. Die Verfügungsklägerin habe nicht vorgetragen, dass sämtliche Angaben der Streithelferin nicht plausibilisiert worden seien. Für den Vortrag der Verfügungsklägerin, dass die Kosten der V-Technologie unberücksichtigt geblieben seien, gebe es keine Anhaltspunkte. Der vorgenommene Punktabzug sei vertretbar.

- 416 Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, das Angebot der Streithelferin sei wegen fehlender Plausibilität insgesamt nicht wertbar. Es würden erhöhte Anforderungen an die Plausibilität vorliegen, da es vorliegend um eine Prognose gehe (vgl. OLG Celle, Urteil vom 16. Juni 2022 – 13 U 67/21 (Kart), Rn. 40, juris). Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei es der Verfügungsklägerin aufgrund der Schwärzungen im Angebot der Streithelferin nicht möglich, nähere Anhaltspunkte gegen die Plausibilität des Angebots der Streithelferin vorzutragen. Die Verfügungsbeklagte sei deswegen ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Mai 2023 – 2 U 199/22, Rn. 28, juris). Jedenfalls nach der Rüge der Verfügungsklägerin hätte die Verfügungsbeklagte das Angebot der Streithelferin auf die Plausibilität hin überprüfen müssen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 16. Juni 2022 – 13 U 67/21 (Kart), Rn. 40, juris). Im Übrigen wiederholt die Verfügungsklägerin in der Berufung ihre Rügen.
- 417 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil. Eine Bewertung mit null Punkten komme nach den ausdrücklichen Vorgaben nur dann in Betracht, wenn – anders als hier – ein Bewerber zu einem Kriterium nichts vorgebracht habe.
- 418 (2) Die Berufung ist hinsichtlich der Rügen 56-60 begründet. Im Übrigen (Rügen 55 und 61) ist die Berufung unbegründet.
- 419 (a) Die Rüge der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Berücksichtigung der Investitionen der Streithelferin zur V auch bei der Netzentgeltberechnung (Rüge Nr. 55) ist unbegründet. Im Hinblick auf die Rüge der Verfügungsklägerin, es sei nicht nachvollziehbar, ob die Streithelferin die Einführung von V auch bei den Kosten berücksichtigt habe, liegen keine Beurteilungsfehler der Verfügungsbeklagten vor. Insoweit sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, warum diese Kosten nicht berücksichtigt worden sein sollten. Solche Anhaltspunkte zeigt die Verfügungsklägerin auch nicht auf. Der Vortrag der Verfügungsklägerin erfolgt hier ersichtlich ohne greifbare Anhaltspunkte ins Blaue hinein.
- 420 (b) Die Rügen Nr. 56 bis 60 sind begründet. Die Bewertung ist mit der vorgebrachten Begründung insoweit nicht vertretbar, als die Verfügungsbeklagte die prognostizierten Netznutzungsentgelte im Angebot der Streithelferin – trotz der verbalen Einschränkungen – letztlich als plausibel eingestuft hat. Die Prognose der Netznutzungsentgelte der Streithelferin ist im Auswertungsvermerk nicht nachvollziehbar dargestellt. Insbesondere für die von der Streithelferin zugrunde gelegten Annahmen sind keine Begründungen angegeben. Es ist nicht plausibel und nicht mehr vertretbar, dass die Verfügungsbeklagte auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gelangte, eine Bewertung des Angebots der Streithelferin mit 3 von 5 Punktwerten sei angemessen. Für die jährliche Netzentgeltreduktion von 2,1% bis 2022 ist als Begründung lediglich pauschal „Effizienz und Produktivitätssteigerungen im Bereich Einkauf, Lieferantenmanagement und Prozessstandardisierung (nicht weiter ausgeführt)“ aufgeführt. Eine Begründung oder nähere Plausibilisierung hierzu findet sich nicht. Die pauschale Behauptung, dies erscheine nicht unplausibel, ist untauglich und ersetzt keine Begründung.

- 421 Dasselbe gilt für den gegenüber 2022 um 3% niedrigeren Ansatz der Netznutzungsentgelte 2023 bis 2027 wegen „sinkende[n] EK und FK Zinsen“. Auch dies lässt sich in dieser Pauschalität so nicht nachvollziehen. Die lapidare Behauptung der Verfügungsbeklagten, die Annahmen lägen nicht in einer unrealistischen Größenordnung, können von vornherein nicht genügen für eine nachvollziehbare Gegenüberstellung der Angebotsbestandteile, um so eine Überprüfung auf Fehler in der Ausübung des Beurteilungsermessens zu ermöglichen. Mit dem eingehenden Vortrag der Verfügungsklägerin bereits in ihrer Rüge, dass die Netznutzungsentgelte der Streithelferin unter Zugrundelegung von deren eigenen Daten nicht sinken, sondern steigen würden, hat sich die Verfügungsbeklagte nicht auseinandergesetzt. Auch aus diesem Grund ist die Begründung von vornherein ungenügend.
- 422 Anhand der sehr oberflächlichen und pauschalen Ausführungen der Verfügungsbeklagten im Auswertungsvermerk ist weder der Verfügungsklägerin noch dem Senat eine Prüfung dahingehend möglich, ob die Bewertung inhaltlich vertretbar ist.
- 423 (c) Die Rüge der fehlenden Verwertbarkeit des Angebots der Streithelferin wegen fehlender Plausibilität (Rüge Nr. 61) ist unbegründet. Ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügungsbeklagte das Angebot der Streithelferin in diesem Kriterium insgesamt als nicht plausibel und damit als nicht verwertbar hätte einstufen müssen, hat die Verfügungsklägerin nicht dargetan.
- 424 jj) Der Berufungsantrag, im Kriterium „B.III: Baukostenzuschüsse“ einen Punktabschlag von mindestens 0,8 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist zum Teil begründet.
- 425 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 2 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 19):
- 426 „III. Baukostenzuschuss
- 427 Die Bewerber haben Aussagen darüber zu treffen, ob und in welcher Höhe Baukostenzuschüsse erhoben werden. Die Gemeinde A strebt möglichst geringe, im besten Fall den Verzicht auf die Erhebung von Baukostenzuschüssen an.“
- 428 Die Verfügungsbeklagte begründete die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 2 Punkten und des Angebots der Streithelferin mit 1,8 Punkten wie folgt (Anl. ASt. 17, S. 185):
- 429 „Aufgrund der Struktur des Konzessionsgebietes (überwiegend Wohngebäude, aber auch Gewerbe und Industrie in nicht zu vernachlässigendem Umfang sowie erwartbar öffentliche Gebäude) sind sowohl die BKZ im Haushalts als auch die im Gewerbekundenbereich bzw. für öffentliche Gebäude in der Bewertung heranzuziehen.
- 430 Im Haushaltskundenbereich liegen beide Anbieter gleichauf bei 0 Euro bzw. einem Verzicht auf die Erhebung von BKZ.
- 431 Im Bereich Gewerbe stellt sich die E aufgrund der höheren Kosten von 15 Euro/kW etwas schlechter als die SWB mit 12 Euro/kW.

- 432 Im Ergebnis erfolgt eine leichte Differenzierung der Punktwerte aufgrund der 3
Euro/kW Abweichung zwischen den Angeboten.“
- 433 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 434 - dass unberücksichtigt geblieben sei, dass die Verfügungsklägerin verbindlich zugesagt
habe, keine Baukostenzuschüsse im Haushaltskundenbereich zu erheben (Rüge Nr. 62),
- 435 - dass der erhebliche Unterschied (25%) zwischen den Baukostenzuschüssen im Gewer-
bebereich (12 €/kW bei der Verfügungsklägerin und 15 €/kW bei der Streithelferin) nicht
ausreichend berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 63).
- 436 Die Verfügungsbeklagte half den Rügen der Verfügungsklägerin nicht ab (Anl. ASt. 20).
Die Baukostenzuschüsse im Gewerbebereich würden insgesamt kaum ins Gewicht fallen,
da es im Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten so wenige Gewerbebetriebe gebe.
- 437 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Da das Kriterium keine ver-
bindliche Zusage vorsehe, dürfe eine verbindliche Zusage der Verfügungsklägerin auch
nicht gewertet werden. Aufgrund der geringen Bedeutung des Gewerbebereichs im Ge-
meindegebiet sei es gut vertretbar, den Unterschied in der Höhe der Baukostenzuschüs-
se im Gewerbebereich nur mit einem Punktabschlag von 0,5 Punkten zu berücksichtigen.
- 438 Die Verfügungsklägerin verfolgt mit ihrer Berufung die Rüge Nr. 63 weiter. Sie ist der
Auffassung, nicht die Haushaltskundenanschlüsse sondern die Gewerbebetriebe würden
den Kern des Kriteriums ausmachen. Ein Punktabzug von 0,5 Punkten sei unzureichend.
- 439 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil.
- 440 (2) Die Berufung ist begründet. Die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte ist nicht
nachvollziehbar.
- 441 (a) Die Rüge der nicht hinreichenden Berücksichtigung des erheblichen Unterschieds der
BKZ für Gewerbebetriebe zwischen 12 €/kW (Verfügungsklägerin) und 15 €/kW (Streithel-
ferin) (Rüge Nr. 63) ist begründet. Die Verfügungsbeklagte hat in nicht ausreichendem
Maße die deutlich höheren Baukostenzuschüsse im Gewerbebereich berücksichtigt. Aus
dem Auswertungsvermerk der Verfügungsbeklagten ergibt sich zwar, dass im Konzes-
sionsgebiet Wohngebäude (und damit Haushaltskundenanschlüsse) überwiegen. Aber
auch Gewerbe und Industrie sind ausweislich des Auswertungsvermerkes in nicht zu ver-
nachlässigendem Umfang vorhanden. Deswegen ist es zwar plausibel, die wertungsglei-
chen Angebote der beiden Bieter in Bezug auf die Haushaltskunden stärker zu gewich-
ten. Aber die um 25 % höheren Baukostenzuschüsse der Streithelferin im Gewerbebe-
reich lediglich mit einem Abschlag von 1 Punktwert (von 5) zu berücksichtigen, ist nicht
nachvollziehbar.
- 442 (b) Die Rüge Nr. 62 (Zusage, keine Baukostenzuschüsse im Haushaltskundenbereich zu
erheben, nicht berücksichtigt) ist nicht Gegenstand der Berufung. Die Verfügungskläge-
rin hat ihre Berufung nicht auf die Zurückweisung dieser Rüge durch das Landgericht er-
streckt.

- 443 kk) Der Berufungsantrag, im Kriterium „B.V.1: Kundenservice in örtlicher Nähe“ einen Punktabschlag von mindestens 1,6 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 444 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 2 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 20):
- 445 „1. Kundenservice in örtlichen Nähe
- 446 Die Gemeinde A erwartet von den Bewerbern konkrete und verbindliche Aussagen darüber, ob diese ein vom Gebiet der Gemeinde A gut erreichbares, zu den üblichen Geschäftszeiten geöffnetes Kundenzentrum für den persönlichen Kundenkontakt für Fragen der Netznutzung und des Netzanschlusses unterhalten werden. Erwartet werden Aussagen über die für das Kundenzentrum geplante Personalstärke und die fachliche Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter. Zur Plausibilisierung können auch Aussagen über die Praxis im bisherigen Netzbetrieb gemacht werden.“
- 447 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 199 f.):
- 448 „Die E verfügt derzeit noch nicht über ein Kunden Zentrum in A, plant jedoch dessen Errichtung in A bei Konzessionsübernahme zu den üblichen Geschäftszeiten Mo. Fr. von 9:00 Uhr 18:00 Uhr. Besetzt werden soll das Kunden Service Center mit zwei technischen Mitarbeitern, wobei im Verhinderungsfalle für Ersatz gesorgt ist. Daneben bietet die E ihre Betriebsstellen als Anlaufstellen für Netzkunden in A an. Die Betriebsstellen sind jeweils Mo. Do. von 9:00 Uhr 16:00 Uhr und Fr. von 9:00 Uhr 12:00 Uhr geöffnet und 28,9 km bzw. 25,9 km (= 27 bzw. 30 Fahrminuten mit dem PKW) vom Rathaus in A entfernt. Die E hat ihre Bereitschaft signalisiert, Öffnungszeiten/ Personalstärke bei Bedarf anzupassen.
- 449 Die SWB hat ein Kunden Service Center / Verbraucherservice mit sieben Mitarbeitern und eine Betriebsstätte im Stadtkern von B, in der nach Vereinbarung Meister und Fachbereichsleiter zur Verfügung stehen (200 m vom Rathaus B; ca. 8,5 km bzw. 13 Minuten mit dem PKW von A). Sprechzeiten von Mo. Do. 8:00 Uhr 16:00 Uhr und Fr. 07:30 Uhr 13:00 Uhr. Die Mitarbeiter haben mindestens eine kaufmännische Ausbildung und mehrjährige Berufserfahrung in der Energieversorgung. Den Bestrebungen der SWB in der Kreissparkasse in A einen Service Point zu errichten, hat der Vorstand bereits zugestimmt.
- 450 Im Gegensatz zur E ist die SWB auch präzise auf die Qualifikationen / Erfahrungen der Kundenservicemitarbeiter eingegangen und hat diese anschaulich und nachvollziehbar tabellarisch aufbereitet.“
- 451 Die gleiche Bewertung mit der Höchstpunktzahl 2 Punkte wurde wie folgt begründet:
- 452 „Alle Bewerber bieten Service Center in der Umgebung und Vor Ort Termine (auch abends) für den persönlichen Kundenkontakt an. Bis lang steht keine Servicestelle (direkt in A) für Kunden zu den üblichen Geschäftszeiten (9:00 Uhr 18:00 Uhr) offen. Aktuell sind die Anlaufstellen der SWB für Netzkunden wesentlich besser zu erreichen und im Schnitt auch eine Stunde länger geöffnet, als die

der E. Der zu A aktuell nächste Betriebsservice der E ist rund 25,9 km (30 Fahrminuten) entfernt. Beide Bewerber beabsichtigen jedoch ein Service Center / einen Service Point direkt in A einzurichten; was ebenso positiv wie ein bereits vorhandenes Kundencenter zu werten ist.

- 453 Zwar wird das von der E geplante Kundencenter zu den üblichen Geschäftszeiten und somit 7,5 Stunden / Woche länger als bei der SWB geöffnet sein, doch bietet die SWB den Kunden insgesamt mehr Anlaufstellen in geringerer Entfernung an und ist präzise auf die Qualifikationen der Kundenservicemitarbeiter eingegangen.
- 454 Da beide Angebote vergleichbare kleinere Schwächen aufweisen, die sich gegenseitig aufwiegen, erhalten beide Bewerber nach der relativen Bewertungsmethode die Höchstpunktzahl.“
- 455 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 456 - dass sich die beiden Angebote hinsichtlich der Umsetzbarkeit der Ankündigung, in A ein Service-Center einzurichten, unterscheiden würden. Die Verfügungsklägerin würde bereits verbindliche Vereinbarungen zur Umsetzbarkeit vorweisen können (Rüge Nr. 64),
- 457 - dass die Verfügungsbeklagte die aktuell bessere Erreichbarkeit der Anlaufstellen der Verfügungsklägerin Netzkunden (näher, länger geöffnet, differenzierte Darstellung der Mitarbeiterqualifikation, höhere Mitarbeiterzahl) nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 65),
- 458 - dass die Verfügungsbeklagte nicht negativ bewertet habe, dass beim Angebot der Streithelferin unklar sei, wie das Service-Center der Streithelferin in A mit 2 Mitarbeitern bei Urlaub und Krankheit bei den im Auswertungsvermerk genannten Öffnungszeiten betrieben werden können soll (Rüge Nr. 66),
- 459 - dass die Verfügungsbeklagte nicht zulasten der Streithelferin gewertet habe, dass die Kosten für das Service-Center bei der Streithelferin nicht bei den Netzentgelten berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 67),
- 460 - dass die geforderte Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin unzureichend berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 68).
- 461 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 462 „Auf Seite 199 des Auswertungsgutachtens wird dargestellt, dass beide Angebote hinsichtlich der gerügten Punkte vergleichbar sind.
- 463 Die E hat zudem signalisiert, die Personalstärke und die Öffnungszeiten bei Bedarf anzupassen.
- 464 Qualifikationsunterschiede waren für die Gemeinde A nicht erkennbar.“
- 465 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Es sei vertretbar, die Vorteile des Angebots der Verfügungsklägerin mit ihrer aktuell besseren Erreichbarkeit, die geringfügig längeren Öffnungszeiten und die detaillierte Beschreibung der Mitarbeiterqualifikation mit den Vorteilen des Angebots der Verfügungsklägerin hinsichtlich der längeren

Öffnungszeiten (45h vs. 37,5h) und der besseren personellen Ausstattung (2 Mitarbeiter zzgl. Urlaubs- und Krankheitsvertretung vs. 1 Mitarbeiter ohne Vertretung) gegeneinander aufzuwiegen. Die fehlende Berücksichtigung der Kosten für den Service-Center bei den Netzentgelten sei eine Spekulation.

- 466 Die Verfügungsklägerin verfolgt mit der Berufung die Rügen 65, 66 bis 68 weiter. Sie ist der Auffassung, die Unterschiede bei den aktuell bestehenden Anlaufstellen seien zugunsten der Verfügungsklägerin größer als von der Verfügungsbeklagten und dem Landgericht angenommen. Die Anlaufstellen hätten durchschnittlich nur 1 Stunde länger geöffnet, sondern freitags sogar 2,5 Stunden länger.
- 467 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil.
- 468 (2) Die Berufung ist unbegründet. Die Rügen sind unbegründet. Die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte ist plausibel und nicht zu beanstanden.
- 469 (a) Die Rüge der nicht hinreichenden Berücksichtigung der besseren Erreichbarkeit der Anlaufstellen der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 65) ist unbegründet. Die Verfügungsbeklagte hat entgegen der Rüge der Verfügungsklägerin die bessere Erreichbarkeit der aktuellen Anlaufstellen der Verfügungsklägerin bei der Bewertung berücksichtigt. Dass die Öffnungszeiten der aktuellen Anlaufstellen der Verfügungsklägerin im Durchschnitt tatsächlich 1,3 Stunden statt der im Auswertungsvermerk angegebenen 1 Stunde täglich länger sind als die Anlaufstellen der Streithelferin ist eine zu vernachlässigende Ungenauigkeit.
- 470 Wie das Landgericht richtig gesehen hat, ist das von der Streithelferin angekündigte Service-Center deutlich besser zu bewerten als dasjenige der Verfügungsklägerin. Dies betrifft einerseits die deutlich längeren Öffnungszeiten und andererseits die bessere personelle Ausstattung (doppelt so viele Mitarbeiter zzgl. Ersatz im Urlaubs- und Krankheitsfall).
- 471 Weiter hat die Verfügungsbeklagte zutreffend die weniger detaillierte Darstellung der Mitarbeiterqualifikation bei der Streithelferin berücksichtigt. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die Vorteile auf beiden Seiten als gleichwertig eingestuft hat.
- 472 (b) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der fehlenden dauerhaften Betreibbarkeit des Service-Centers mit zwei Mitarbeitern durch die Streithelferin bei Krankheit und Urlaub (Rüge Nr. 66) greift nicht durch. Die Rüge ist nicht nachvollziehbar. Aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich, dass die Streithelferin angeboten hat, Urlaubs- und Krankheitsvertretung zur Verfügung zu stellen (Anl. ASt. 17, S. 171: „Für Urlaubs -/ Krankheitsvertretung ist gesorgt“).
- 473 (c) Aus den oben genannten Gründen greift die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 68) nicht durch. Wie oben bereits ausgeführt, enthalten sowohl das Angebot der Verfügungsklägerin als auch das Angebot der Streithelferin verbindliche Zusagen, sodass insoweit kein Wertungsunterschied vorzunehmen war.
- 474 (d) Die Rügen 64 und 67 hat die Verfügungsklägerin nicht zum Gegenstand ihrer Berufung gemacht.

- 475 II) Der Berufungsantrag, im Kriterium „B.V.3: Telefon- und Internetservice“ keinen Punkt-
abschlag von mehr als 0,4 Punkten zu Lasten des Angebots der Verfügungsklägerin vor-
zunehmen, ist teilweise begründet.
- 476 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kri-
terium, für das maximal 2 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4,
S. 20):
- 477 „3. Telefon- und Internetservice
- 478 Das netzbezogene Telefon- und Internetserviceangebot soll von den Bewerbern
konkret und verbindlich dargelegt werden.“
- 479 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 218 f.):
- 480 „Die kostenfreie Servicenummer der E ist von Montag Samstag von 6:00 Uhr
22:00 Uhr (96 Wochenstunden) erreichbar.
- 481 Demgegenüber ist die Telefonservice der SWB durch eigenes Personal lediglich
von Montag Donnerstag von 8:00 Uhr 16:00 Uhr und Freitag von 7:30 Uhr 13:00
Uhr (47,5 Wochenstunden) besetzt. Um die Erreichbarkeit außerhalb der Öff-
nungszeiten zu erhöhen, wird ein externer Dienstleister von 8:00 Uhr 17:30 Uhr
eingesetzt.
- 482 Ausweislich der Homepage betrifft die Rufbereitschaft 24/7 den technischen Be-
reitschaftsdienst für Notfälle. Es wurde im Angebot hierzu auch keine Rufnum-
mer angegeben.
- 483 Die E unterhält ein Kundenzentrum online für Kommunen („KOK“) rund um die
Themen Konzessionsabgaben, Konzessionsvertrag, Netzdaten und -pläne sowie
EEG Anlagen. Zur Ergänzung besteht für A die Möglichkeit über eine „Kommunal-
Plattform“ in Dialog mit der E zu treten. Daneben bietet sie weitere digitale Tools
zur Erhöhung des Kundenkomforts, wie Online Terminkoordination oder Status-
tracking, an. Für Partnerunternehmen bestehen ebenfalls spezielle Online Ser-
vices und Kontaktmöglichkeiten. Die Internetpräsenz der E wurde 2018 mit dem
„Goldenen Web Award“ ausgezeichnet.
- 484 Die E bietet ihren Kunden die Möglichkeit den Hausanschluss bereits jetzt schon
online zu beantragen, während die Antragstellung bei der SWB noch in Papier-
form erfolgt und sie erst drei Jahre nach Konzessionierung den Hausanschluss-
prozess digitalisieren wird.
- 485 Die SWB benachrichtigt ihre Kunden via Facebook und auf ihrer Homepage über
länger andauernde Störungen. Fragen via Facebook werden binnen zwei Stun-
den beantwortet. Zusätzlich hat die SWB mit dem LRA vereinbart, dass großflä-
chige Versorgungsunterbrechungen / Netzstörungen den Einwohnern über die
App des Landkreises B kommuniziert werden.“
- 486 Die Bewertung der Verfügungsklägerin mit 1 Punkt und die Bewertung der Streithelferin
mit 2 Punkten wurde wie folgt begründet:

- 487 „Beide Bewerber haben ihr Telefon und Internetserviceangebot verbindlich dargelegt. Insgesamt sind die Erreichbarkeitszeitfenster der Service Hotline bei der E umfassender. So ist das Service Telefon der E im Schnitt doppelt so lang besetzt wie das der SWB. Positiv am fiel an dies er Stelle weiterhin auf, dass auch samstags ein telefonischer Kundenservice geboten wird. Die Angaben der SWB zu ihrer Erreichbarkeit außerhalb der Geschäftszeiten und zur Organisation über den externen Dienstleister sind nicht vollständig nachvollziehbar. Beim Internetservice bieten beide Bewerber ihren Netzkunden gleichwertige und innovative Vorteile an (Service Angebote für Partnerunternehmen / Entwicklung weiterer Online Tools bzw. Störungsmeldung via App / Facebook). Ein Alleinstellungsmerkmal hat das Angebot der E durch den spezielle Online Kundenservice für Kommunen (KOK und Kommunalplattform). Zur Vermeidung einer Doppelbewertung wird die Digitalisierung des Hausanschlusses an dieser Stelle nicht berücksichtigt, sondern unter B. V. 4. „Netzanschluss “
- 488 Da die E beim Telefonservice die bessere Erreichbarkeit und beim Internetservice ein besonderes Service Level für Kommune n bietet, erhält das Angebot die Höchstpunktzahl und die SWB aufgrund der dargestellten Defizite lediglich 2,5 Punktwerte.“
- 489 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 490 - dass die zugunsten der Streithelferin positiv gewertete Kommunalplattform im vorliegenden Kriterium nicht hätte bewertet werden dürfen, da das Kriterium dem Ziel der Verbraucherfreundlichkeit diene und nicht der Kommunalfreundlichkeit (Rüge Nr. 69),
- 491 - dass die Verfügungsbeklagte unzutreffenderweise die fehlende Nachvollziehbarkeit der telefonischen Erreichbarkeit beanstandet habe und zulasten der Verfügungsklägerin gewertet habe. Die als fehlend gerügte Telefonnummer sei auf Seite 96 des Angebots angegeben (Rüge Nr. 70),
- 492 - dass die Verfügungsbeklagte die fehlende Vorschaltung eines Call-Centers bei der Verfügungsklägerin nicht positiv berücksichtigt habe (Rüge Nr. 71),
- 493 - dass die Verfügungsbeklagte die fehlende Nachvollziehbarkeit der telefonischen Erreichbarkeit der Mitarbeiter der Streithelferin mit Ortsvorwahl für die Bereiche Anschlusservice, die Einspeisung erneuerbarer Energien und die Leitungsauskunft nicht zulasten der Streithelferin berücksichtigt habe (72),
- 494 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die Qualifikation der Mitarbeiter bei der Streithelferin für die Bereiche Vermessung, Planwerke und Informationssysteme; Überwachung der Bauausführung durch Schweißfachingenieure oder andere Schweißfachleute; Abnahme von Hochdruckleitungen durch einen Sachverständigen; Durchführung von Druckprüfungen; Planung, Projektierung, Fertigung, Errichtung, Prüfung und Inbetriebnahme von Erdgas- Röhrenspeichern; Kathodischer Korrosionsschutz; Betrieb, Wartung und Instandhaltung; Gasdruckregelprüfstand und Hochdruckprüfstand positiv bewertet habe, obwohl dieser Gesichtspunkt mit dem Kriterium nicht abgefragt worden sei (Rüge Nr. 73),

- 495 - dass die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht ausreichend berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 74).
- 496 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 497 „Selbstverständlich durfte die Gemeinde A die Kommunalplattform der E als besonderes Service-Level für Kommunen sehr positiv bewerten, da ausweislich des Kriterienkatalogs der Internetservice generell dargelegt werden soll. Dies hat die E getan.
- 498 Zudem hat die E auch beim Telefonservice die bessere Erreichbarkeit angeboten.“
- 499 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die durchschnittlich doppelt so langen Zeiten der Erreichbarkeit des Telefonservice der Streithelferin würden den erheblichen Punktabschlag rechtfertigen. Auch die Ausführungen zur fehlenden Nachvollziehbarkeit der telefonischen Erreichbarkeit der Verfügungsklägerin außerhalb der Öffnungszeiten sei nicht zu beanstanden. Die Kommunalplattform dürfe gewertet werden, da sich das Kriterium auf das Internetangebot beziehe und die Verbraucherfreundlichkeit dadurch betroffen sei, dass es für den Verbraucher vorteilhaft sei, wenn die Gemeinde umfassend netzbezogen informiert sei und Auskünfte, auch zu Ansprechpartnern für Einspeiser und Hausanschlüsse erteilen könne.
- 500 Die Verfügungsklägerin wiederholt die Rügen 69 bis 72 und 74.
- 501 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das Urteil des Landgerichts.
- 502 (2) Die Berufung ist hinsichtlich der Rüge Nr. 70 begründet. Im Übrigen (Rügen Nr. 69, 71, 72 und 74) ist die Berufung unbegründet.
- 503 (a) Die Rüge einer unzulässigen Bewertung des Kommunalportals der Streithelferin (Rüge Nr. 69) ist unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte das Kommunalportal bewertet hat. Zwar steht das Kriterium im 2. Verfahrensbrief unter der Überschrift „Effiziente, preisgünstige, verbraucherfreundliche Versorgung“ und der Unterüberschrift „Netzkundenservice“. Aber daraus folgt bereits nach dem Wortlaut dieser Überschriften nicht, dass ausschließlich Gesichtspunkte der Verbraucherfreundlichkeit zu bepunkten sind. Zu bewerten ist vielmehr das netzbezogene Telefon- und Internetserviceangebot im Hinblick auf eine effiziente, preisgünstige, verbraucherfreundliche Versorgung. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, dient das Kommunalportal zwar nicht direkt als Serviceangebot dem Verbraucher. Durch die umfassende Information der Kommune über netzbezogene Umstände durch das Kommunalportal, kann das Kommunalportal aber einen Beitrag zu einer effizienten, preisgünstigen und verbraucherfreundlichen Versorgung darstellen. Es ist deswegen nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte diesen Gesichtspunkt positiv zugunsten des Angebots der Streithelferin gewertet hat.
- 504 (b) Die Rüge einer fehlerhaften Negativwertung der fehlenden Nachvollziehbarkeit der telefonischen Erreichbarkeit der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 70) ist begründet. Im Ansatz nicht zu beanstanden ist jedoch die Bewertung, dass die Angaben der Verfügungs-

klägerin zu ihrer Erreichbarkeit außerhalb der Geschäftszeiten und zur Organisation über den externen Dienstleister nicht vollständig nachvollziehbar seien.

- 505 Allerdings hat die Verfügungsbeklagte in diesem Zusammenhang ihrer Bewertung einen in Teilen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt. Ausweislich des Auswertungsvermerks (Anl. ASt. 17, S. 218, „Begründung“, „Unterschiede“) berücksichtigte die Verfügungsbeklagte bei ihrer Entscheidung, dass im Angebot der Verfügungsklägerin die Rufnummer des technischen Bereitschaftsdienstes nicht angegeben sei. Diese Sachverhaltschilderung im Auswertungsvermerk ist unzutreffend. Zwar findet sich die Nummer nicht auf der von der Verfügungsklägerin angegebenen Seite (Anl. ASt. 22, S. 95). Aber die Rufnummer des Bereitschaftsdienstes für Störungen ist im Angebot der Verfügungsklägerin an mehreren Stellen aufgeführt (z. B. Anl. ASt. 22, S. 96, S. 217). Zwar kann der Senat nicht feststellen, dass die Bewertung mit 2,5 von 5 Punktwerten unplausibel ist. Aber angesichts der Zugrundelegung eines in Teilen unzutreffenden Sachverhalts kann der Senat nicht vollständig ausschließen, dass die Verfügungsbeklagte im Rahmen ihres Beurteilungsermessens zu einer für die Verfügungsklägerin günstigeren Bewertung kommen würde, wenn sie von dem richtigen Sachverhalt ausgehen würde.
- 506 (c) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der fehlenden Vorschaltung eines Call-Centers bei der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 71) ist unbegründet. Eine Überschreitung des Bewertungsermessens durch die Nichtberücksichtigung der fehlenden Vorschaltung eines Call-Centers bei der Verfügungsklägerin kann der Senat nicht feststellen. Ausweislich des Auswertungsvermerks hat die Verfügungsbeklagte diesen Gesichtspunkt zur Kenntnis genommen. Anhaltspunkte dafür, dass insoweit ein Unterschied zur Streithelferin besteht, hat die Verfügungsklägerin nicht vorgetragen. Sie hat insbesondere nicht vorgetragen, dass für Anrufe bei den von der Streithelferin angegebenen Rufnummern ein Call-Center vorgeschaltet sei.
- 507 (d) Die Rüge einer fehlenden Nachvollziehbarkeit der telefonischen Erreichbarkeit der Mitarbeiter der Streithelferin mit Ortsvorwahl (Anschlussservice, die Einspeisung erneuerbarer Energien und die Leitungsauskunft) (Rüge Nr. 72) ist unbegründet. Der Einwand der Verfügungsklägerin, die telefonische Erreichbarkeit der Mitarbeiter der Streithelferin mit Ortsvorwahl (Anschlussservice, die Einspeisung erneuerbarer Energien und die Leitungsauskunft) sei nicht nachvollziehbar, greift nicht durch. Allein die Verwendung einer Ortsvorwahl führt für sich genommen nicht dazu, dass eine Erreichbarkeit ausschließlich während der üblichen Bürozeiten gegeben ist. Auch bei Rufnummern mit Ortsvorwahl ist eine Weiterleitung der Nummer außerhalb der üblichen Bürozeiten an eine zentral erreichbare Stelle nicht ausgeschlossen. Ohne weiteren Vortrag fehlen diesem Einwand der Verfügungsklägerin deswegen konkrete Anhaltspunkte.
- 508 (e) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 74) ist unbegründet. Auch hinsichtlich der Verbindlichkeit der Angaben der Verfügungsklägerin liegt kein Bewertungsfehler der Verfügungsbeklagten vor. Die Verfügungsbeklagte ist in nicht zu beanstandender Weise zu der Bewertung gelangt, dass beide Bieter insoweit gleichermaßen verbindliche Angebote abgegeben haben. Allein die Aufspaltung in einzelne Zusagen führt wie oben bereits ausgeführt nicht zu einer höheren Verbindlichkeit.
- 509 (f) Die Zurückweisung der Rüge Nr. 73 durch das Landgericht hat die Verfügungsklägerin nicht zum Gegenstand ihrer Berufung gemacht.

- 510 mm) Der Berufungsantrag, im Kriterium „B.V.4: Netzanschluss“ keinen Punktabschlag von mehr als 0,5 Punkten zu Lasten des Angebots der Verfügungsklägerin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 511 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 5 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 20):
- 512 „4. Netzanschluss
- 513 Von den Bewerbern ist verbindlich und konkret darzulegen, wie und in welchem Zeitrahmen Netzanschlussbegehren in dem Konzessionsgebiet umgesetzt werden. Zur Plausibilisierung kann auf die durchschnittliche Anschlussdauer im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden.“
- 514 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 233 f.):
- 515 „Die E bietet die Antragsstellung per Papierformular oder Online als digitalisierten Prozess an. Die Digitalisierung des Hausanschlussprozesses ist von der SWB für die nächsten drei Jahre ab Konzessionierung geplant. Die E sichert für das Konzessionsgebiet A innerhalb von zwei Werktagen die Angebotserstellung (bei Antrag per Formular bzw. binnen weniger Stunden bei Nutzung des Onlineportals) und innerhalb von weiteren drei Werktagen die Fertigstellung eines Standardhausanschlusses verbindlich zu. In dringenden Fällen ist eine Priorisierung und das Erstellen des Angebots innerhalb eines Werktages bzw. die Bauabwicklung kurzfristiger als binnen drei Werktagen möglich. Zusätzlich können Wunschtermine vereinbart werden, die bei Zusage für die E verbindlich sind.
- 516 Des Weiteren ist die E in ihrem Netzbewirtschaftungskonzept sehr ausführlich auf die Einbindung von Biogasanlagen eingegangen und hat die Prozesse von der Antragstellung bis zum physischen Anschluss der Anlage an das Erdgasnetz, samt der dazugehörigen Zeitfenster, konkret dargestellt. Die angegebenen Zeitfenster sind äußerst anschlussnehmerfreundlich und unterschreiten die gesetzlichen Vorgaben von § 33 GasNZV durchweg deutlich.
- 517 Die SWB verpflichtet sich, Vor Ort Termine anzubieten, bei denen neben der Klärung der technischen Anforderungen auch Terminwünsche von Netzkunden angenommen werden (Ziffer 73 der vertraglichen Zusagen).
- 518 Bislang stellt die SWB ihren Kunden zu Hausanschlüssen online lediglich Preisblätter und eine Checkliste nebst Informationen zum Download bereit. Ein Hausanschluss Online Portal und eine Online Antragstellung existiert noch nicht. Die Digitalisierung des Hausanschlussprozesses ist für die nächsten drei Jahre nach Konzessionsbeginn in Planung (vgl. S. 176, 218 des Angebotes).
- 519 Die von der SWB für die Herstellung von Standard Hausanschlüssen genannten Bearbeitungszeitfenster stimmen nicht überein. So wird in der Tabelle 38 auf Seite 234 ff. vom ersten Kundenkontakt bis zur Erstellung und Versendung des Angebots ein Zeitraum von 53 Minuten und in der Abbildung 81 auf Seite 238 von 68 Minuten angegeben.

- 520 Weiterhin wurden bei den Zeitangaben ausweislich Ziffer 72 der verbindlichen vertraglichen Zusagen zu diesem Unterkriterium Postlaufzeiten nicht berücksichtigt. Dies entspricht dennoch in etwa der Bearbeitungszeit der E bei Online Anträgen, bei denen naturgemäß ebenfalls keine Postlaufzeiten anfallen.
- 521 Das Netzbewirtschaftungskonzept der SWB enthält keine Ausführungen zum Anschluss von Biogasanlagen an das Gasnetz.“
- 522 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 3 Punkten und des Angebots der Streithelferin mit 5 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 523 „Beide Bewerber setzen die Netzanschlussbegehren zeitnah um; die Bearbeitungszeitfenster (exklusive Postlauf) unterscheiden sich nur geringfügig.
- 524 Da das Angebot der E wegen der Online Antragstellung jedoch etwas verbraucherfreundlicher ist, für sehr dringliche, kurzfristige Netzanschlussbegehren konkrete Bearbeitungszeitfenster nebst Praxisbeispielen benennt und zusätzlich auch den Anschluss von Biogasanlagen in den Blick nimmt, erhält es vor dem Hintergrund des Ideenwettbewerbs die Höchstpunktzahl und die SWB einen Abschlag von 2 Punktwerten.“
- 525 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 526 - dass die Begründung der Bewertung durch die Verfügungsbeklagte Widersprüche aufweise (Rüge Nr. 75),
- 527 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass die Bearbeitungszeiten bei der Verfügungsklägerin viel kürzer seien (Rüge Nr. 76),
- 528 - dass die Verfügungsbeklagte die Online-Antragstellung der Streithelferin positiv bewertet habe, obwohl die Form der Antragstellung nicht Bestandteil des Kriteriums sei. Andernfalls hätte auch die geplante Online-Antragstellung der Verfügungsklägerin Berücksichtigung finden müssen (Rüge Nr. 77),
- 529 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die schnellere Herstellung des Hausanschlusses durch die Verfügungsklägerin im Verhältnis zur Streithelferin nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 78),
- 530 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass die Einrechnung von Postlaufzeiten beim Angebot der Streithelferin unklar sei (Rüge Nr. 79),
- 531 - dass die Verfügungsbeklagte das Angebot der Verfügungsklägerin von Vor-Ort-Terminen nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 80),
- 532 - dass die Verfügungsbeklagte Anschlüsse von Biogasanlagen überbewertet habe. Anschlüsse von Biogasanlagen hätten, wenn überhaupt, nur in einem sehr untergeordneten Umfang bewertet werden dürfen (Rüge Nr. 81),
- 533 - dass die Verfügungsbeklagte die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 82).

- 534 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 535 „Nach nochmaliger Prüfung bleibt die Gemeinde A bei Ihrer Auffassung, dass das Angebot der E zum Netzanschluss im Rahmen des Ideenwettbewerbs und der Angaben und des Prozesses zum Anschluss von Biogasanlagen, die aus Sicht der Gemeinde A in und nach Krisenzeit an Bedeutung zunehmen werden, insgesamt deutlich besser zu bewerten.“
- 536 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die Bearbeitungszeiten der Verfügungsklägerin seien bei Berücksichtigung der Postlaufzeiten nicht kürzer. Auch die Berücksichtigung der Online-Antragstellung sei nicht zu beanstanden.
- 537 Die Verfügungsklägerin wiederholt ihre Rügen. Lediglich im Falle eines Online-Antrags sei die Bearbeitungszeit bei der Streithelferin annähernd gleich wie bei der Verfügungsklägerin. Bei postalischen Anträgen per Formular sei die Bearbeitungszeit bei der Streithelferin dagegen 2 Tage länger als bei der Verfügungsklägerin. Es sei unzutreffend, die Darstellung konkreter Bearbeitungszeitfenster für dringliche, kurzfristige Netzanschlussbegehren bei der Streithelferin positiv zu bewerten, da die Verfügungsbeklagte bzgl. bei der Bieter festgestellt habe, dass kurzfristige Anschlussbegehren berücksichtigt und benötigte Zeiträume verbindlich und konkret angegeben würden.
- 538 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil.
- 539 (2) Die Berufung ist unbegründet. Die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte ist plausibel und nicht zu beanstanden.
- 540 (a) Die Rüge von Widersprüchen in der Begründung (Rüge Nr. 75) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin ist die Begründung der Verfügungsbeklagten nicht widersprüchlich. Dass nach dem Auswertungsvermerk beide Bieter den für Standardnetzanschlüsse benötigten Zeitraum von der Antragstellung bis hin zur Anschlussherstellung verbindlich und konkret darstellen, steht der Feststellung, dass die Verbraucherfreundlichkeit des Angebots der Streithelferin aufgrund der zusätzlichen Möglichkeit einer Online-Antragstellung erhöht sei, nicht entgegen. Auch dass nach dem Auswertungsvermerk beide Angebote jeweils auch kurzfristige Anschlussbegehren berücksichtigen, widerspricht der Bewertung nicht, dass das Angebot der Streithelferin hinsichtlich der Antragstellung jedoch etwas verbraucherfreundlicher ist. Für sehr dringliche, kurzfristige Netzanschlussbegehren werden konkrete Bearbeitungszeitfenster nebst Praxisbeispielen benannt.
- 541 (b) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der viel kürzeren Bearbeitungszeiten der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 76) ist unbegründet. Der Vortrag der Verfügungsklägerin, die Bearbeitungszeiten der Verfügungsklägerin seien kürzer, ist nicht nachvollziehbar. Aus der Zusammenfassung des Angebots der Streithelferin ergibt sich, dass die Streithelferin vom Zeitpunkt des Antragseingangs bis zur Unterbreitung eines passenden Anschlussangebots insgesamt 1 Stunde bei einem Online-Antrag und 1 Stunde und 30 Minuten bei einem Papierantrag benötigt. Die Verfügungsklägerin benötigt nach ihren – insoweit etwas unklaren und nicht nachvollziehbaren Angaben – zwischen 53 und 68 Minuten. Ein relevanter Unterschied ist hier nicht erkennbar.

- 542 (c) Die Rüge einer unzulässigen Berücksichtigung der Online-Antragstellung bei der Streithelferin und einer fehlenden Berücksichtigung der geplanten Online-Antragstellung bei der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 77) ist unbegründet. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die von der Streithelferin angebotene Online-Antragstellung positiv bewertet hat. Erstens durfte dieser Gesichtspunkt in diesem Kriterium gewertet werden. Denn – anders als die Verfügungsklägerin meint – wird mit diesem Kriterium nicht nur der Zeitrahmen abgefragt, sondern auch das „Wie“ der Umsetzung des Netzanschlussbegehrens. Zu diesem „Wie“ gehören sämtliche Modalitäten von der Antragstellung bis zur Fertigstellung. Umfasst ist deswegen davon auch die Form der Antragstellung. Hinzu kommt, dass vorliegend die Form der Antragstellung auch einen erheblichen Einfluss auf den Zeitbedarf hat. Denn eine Online-Antragstellung benötigt – anders als eine Papier-Antragstellung – keinen Postlauf. Zweitens durfte dieser Gesichtspunkt als Ausdruck der mit diesen Kriterien auch abgefragten und von § 1 EnWG gedeckten Verbraucherfreundlichkeit mit einem erheblichen Gewicht bewertet werden. Drittens ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die im Zeitpunkt des Beginns des Konzessionsvertrages zur Verfügung stehende Online-Antragstellung besser bewertet als eine erst drei Jahre später erfolgende Einführung einer Online-Antragstellung, da während eines Teils des Konzessionszeitraums ein erheblicher Unterschied zwischen den Bietern besteht.
- 543 (d) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der schnelleren Herstellung des Hausanschlusses durch die Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 78) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin ist die Verfügungsbeklagte nicht von einem unzutreffenden Sachverhalt im Hinblick auf die Herstellungszeiträume für den Hausanschluss ausgegangen. Denn der Vortrag der Verfügungsklägerin, sie habe eine deutlich kürzere Zeitspanne für die Herstellung des Hausanschlusses angeboten als die Streithelferin, trifft nicht zu. Die Verfügungsklägerin übersieht die mit der Antragstellung in Papierform verbundene Postlaufzeit. Unter Berücksichtigung der Postlaufzeit sind die Herstellungszeiten in beiden Angeboten in Bezug auf Papier-Anträge vergleichbar.
- 544 (e) Die Rüge einer unklaren Berücksichtigung von Postlaufzeiten (Rüge Nr. 79) ist unbegründet. Unklarheiten bei der Berücksichtigung von Postlaufzeiten in der Bewertung durch die Verfügungsbeklagte sind nicht erkennbar.
- 545 (f) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der von der Verfügungsklägerin angebotenen Ortstermine (Rüge Nr. 80) ist unbegründet. Die Verfügungsbeklagte hat ausweislich des Auswertungsvermerks die von der Verfügungsklägerin angebotene Möglichkeit der Vereinbarung von Vor-Ort-Terminen in der Darstellung der Unterschiede berücksichtigt. Es ist nicht zu beanstanden, dass dieser Gesichtspunkt nicht zu einer besseren Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin geführt hat.
- 546 (g) Die Rüge einer unzulässigen bzw. überbewerteten Berücksichtigung des Anschlusses von Biogasanlagen im Angebot der Streithelferin (Rüge Nr. 81) ist unbegründet. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte Biogasanlagen bei der Bewertung positiv berücksichtigt hat. Das Kriterium fragt die Umsetzung von Netzanschlussbegehren ab. Hierzu gehört auch der Anschluss von Biogasanlagen, auch wenn dieser Fall selten vorkommen mag. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte ihre Abwertung jedoch nur zum Teil darauf gestützt. Da das Angebot der Streithelferin insbesondere im Hinblick auf die Form und den Zeitablauf der Online-Antragstellung und im Hinblick auf die teilweise fehlende Nachvollziehbarkeit der

von der Verfügungsklägerin angegebenen Zeiten wesentlich besser ist, ist die Bewertung insgesamt plausibel und nicht zu beanstanden.

- 547 (h) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 82) ist unbegründet. Wie bereits mehrfach ausgeführt, lässt sich eine unzureichende Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht feststellen.
- 548 nn) Der Berufungsantrag, im Kriterium „C.I: Umweltverträglicher Netzbetrieb“ keinen Punktabschlag zu Lasten des Angebots der Verfügungsklägerin vorzunehmen, ist zum Teil begründet.
- 549 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 13 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 21):
- 550 „C. Umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit mit Gas
- 551 Umweltverträglicher Netzbetrieb
- 552 Bewertet wird ein konkretes, verbindliches und netzbezogenes Konzept hinsichtlich der umweltverträglichen Gestaltung des Netzbetriebs. Hierbei sollen konkrete Maßnahmen verbindlich dargestellt werden, die die Vermeidung schädlicher Immissionen, die Schonung bestehender Biotop und die ökologische Aufwertung der Versorgungseinrichtungen beim Netzbetrieb beinhalten. Zur Plausibilisierung kann auf die bisherige Netzbetriebspraxis Bezug genommen werden.“
- 553 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 264 ff.):
- 554 „Während bei der E das Energiemanagement nach DIN EN ISO 50001 und das Umweltmanagementsystem nach DIN EN ISO 14001 zertifiziert ist, plant die SWB erst die Einführung eines Umweltmanagementsystems und die Zertifizierung nach DIN EN ISO 14001 bzw. DIN EN ISO 50001 innerhalb von zwei Jahren nach Konzessionierung. Außerdem wurde der Prozess zum Erhalt der EMAS Zertifizierung durch die E angestoßen; die Validierung steht im September 2020 an. Für das Energiemanagementsystem der R Real Estate besteht gleichfalls eine Zertifizierung nach DIN EN ISO 50001. Die E stellt die regelmäßige Rezertifizierung während der gesamten Vertragslaufzeit in Aussicht. Jährlich investiert die E im Schnitt 20 Mio. für diverse Umweltschutzmaßnahmen (vgl. Folie 250).
- 555 Zwar gibt die SWB an, alle ihre Anlagen würden auf das Einsparpotential überprüft und bei Bedarf optimiert, hingegen beschreibt die E ein konkretes Einsparziel mitsamt der dazugehörigen Maßnahmen.
- 556 Ebenso ist die E bei dem Aspekt der Emissionsvermeidung auf konkrete Maßnahmen, u.a. den Einsatz von Aktivkohlefiltern, die Umstellung der Regelungstechnik bei der Erdgasvorwärmung sowie Lärmschutz bei Gasdruckregelanlagen, eingegangen. Das Angebot der SWB macht hierzu nur wenige, pauschale Angaben.
- 557 Die Quote der Betriebsfahrzeuge mit umweltfreundlichen Antrieben (Elektro / Erdgas / Hybrid) des Fuhrparks beträgt bei der SWB ca. 30%, bei der E hingegen nur ca. 11%. Gleichwohl hat die E der Gemeinde A konkret angeboten, im Kon-

zessionsgebiet zukünftig ausschließlich Fahrzeuge (Spezialfahrzeuge ausgenommen) mit elektrischer Antriebstechnik einzusetzen.

- 558 Über die Darstellung von Ausgleichsmaßnahmen hinaus ist die E auf Maßnahmen zur ökologischen Aufwertung von Versorgungseinrichtungen, etwa die optische Aufwertung der Stationen, die Begrünung von Dächern der Versorgungsanlagen, die Bereitstellung von Nistkästen und Bruthilfen sowie die Schaffung von naturnahen Rückzugsräumen für Tiere (Totholz Pyramiden) sowie den Arten und Habitatschutz (Vögel, Fledermäuse, Eichhörnchen, Insekten) eingegangen. Zur Plausibilisierung hat die E zahlreiche Beispiele aus ihrer bisherigen Netzbetriebspraxis genannt und ihre in bisherigen Projekten gesammelten Erfahrungen dargelegt. Die E konzipiert ihre Anlagen und Gebäude so, dass es für Kleinsäugetiere (Marder, Vögel) unmöglich ist, hineinzugelangen. Zudem arbeitet sie eng mit örtlichen Vogel und Naturschutz verbänden zusammen. Beim Baumschutz hält sie die Vorgaben des DVGW GW 125 Regelwerks strikt ein.
- 559 Zusätzlich unterstützt die E die Stiftung „S“, die Lösungen zur Beschränkung der Erderwärmung entwickelt.
- 560 Demgegenüber geht die SWB in ihrem Konzept nicht auf die Schonung der Fauna ein. Ebenso macht die SWB nur wenige Ausführungen dazu, wie Versorgungsanlagen im zukünftigen Netzbetrieb „ökologisch aufgewertet“ werden. Allerdings nimmt die SWB im Gegensatz zur E zum Einsatz von Mehrwegverpackungen bzw. recyclebaren, umweltfreundlichen Verpackungen und zur Beachtung einer höchstmöglichen Volumennutzung / Packdichte Stellung.“
- 561 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 6,5 Punkten und des Angebots der Streithelferin mit 12 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 562 „Das Energiemanagement sowie das Umweltmanagementsystem der E ist bereits nach DIN EN ISO 50001 bzw. DIN EN ISO 14001 zertifiziert; der Prozess für die EMAS Zertifizierung läuft aktuell noch. Demgegenüber plant die SWB erst die Implementierung eines Umweltmanagementsystems DIN EN ISO 50001 und die Zertifizierung nach DIN EN ISO 14001 innerhalb von max. zwei Jahren nach Konzessionsbeginn.
- 563 Die SWB kann die höhere Quote von Fahrzeugen mit umweltfreundlichen Antrieben aufweisen (E: ca. 11%, SWB: ca. 30%). Allerdings unterstützt die E die Stiftung „S“, bietet der Gemeinde A den ausschließlichen Einsatz von Betriebsfahrzeugen mit Elektroantrieb an und geht auch im Übrigen präziser auf die Reduktion von Emissionen beim Anlagenbetrieb ein.
- 564 Zur 'Schonung von Biotopen' und zur 'ökologischen Aufwertung von Versorgungseinrichtungen' hat die E vielfältigere Maßnahmen dargelegt (z.B. Begrünen von Dächern, Anbringen von Nisthilfen, Natursteinmauern etc.), während sich die Ausführungen der SWB ausschließlich auf den Einsatz umweltfreundlicher Materialien und den Umgang mit Gefahrstoffen beschränken. Positiv fiel beim Baumschutz auch auf, dass sich die E strikt an die Vorhaben des DVGW GW 1 25 Regelwerks hält. Ausführungen zum Tier-/Artenschutz fehlen im Konzept der SWB völlig.

- 565 Da das Konzept der E in Bezug auf das Ziel des „Umweltverträglichen Netzbetriebs“ in jeder Hinsicht ausdifferenzierter und vielseitiger als das der SWB ist, erhält es die Höchstpunktzahl. Die SWB hingegen belässt es teilweise bei pauschalen Aussagen. So ist sie auf einzelne Teilaspekte nur am Rande eingegangen, obwohl vom Verfahrensbrief konkrete Ausführungen gefordert waren.
- 566 Auch den verbindlichen Zusagen der SWB lässt sich insgesamt weniger konkrete Selbstverpflichtung / ein geringeres Servicelevel entnehmen. Dies rechtfertigt einen Abschlag von 2,5 Punktwerten.
- 567 Die Mobilitätskonzepte für Mitarbeiter sowie die Maßnahmen zur Energieeffizienz von Gebäuden haben keinen Eingang in die Wertung gefunden, da ihnen der konkrete Bezug zum Gasnetz von A fehlt.“
- 568 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 569 - dass die Verfügungsbeklagte die Zusage der Verfügungsklägerin innerhalb von 2 Jahren nach Konzessionsbeginn Zertifizierungen nach DIN EN ISO 50001 und DIN EN ISO 14001 durchzuführen und nachzuweisen (Anl. ASt. 22, S. 72 f., Zusagen 17 und 18), nicht berücksichtigt habe, weil diese Zusagen nicht im Auswertungsvermerk aufgeführt seien und lediglich eine Planung dieser Zertifizierungen bewertet worden sei. Zudem sei das Vorliegen dieser Zertifizierungen 2 Jahre nach Konzessionsbeginn in Relation zu dem 20-jährigen Konzessionszeitraum mit unverhältnismäßigem Gewicht negativ bewertet worden. Zudem habe die Verfügungsklägerin die Rezertifizierung verbindlich zugesagt, wohingegen die Streithelferin die Rezertifizierung lediglich in Aussicht gestellt habe (Rüge Nr. 83),
- 570 - dass die Verfügungsbeklagte bereits das Anstoßen des Prozesses zur EMAS-Zertifizierung durch die Streithelferin positiv bewertet habe, ohne dass sich die Streithelferin zu dieser Zertifizierung verbindlich verpflichtet habe und ohne dass mit dieser EMAS-Zertifizierung ein Mehrwert gegenüber den DIN EN ISO 50001 und DIN EN ISO 14001-Zertifizierungen verbunden sei (Rüge Nr. 84),
- 571 - dass die Verfügungsbeklagte die Unterstützung der Streithelferin für die „S“-Stiftung positiv bewertet habe, obwohl diese Unterstützung nicht durch die Streithelferin, sondern durch die R AG erfolge und obwohl dieser Gesichtspunkt ohne Bezug zum Konzessionsgebiet sei (Rüge Nr. 85),
- 572 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die höhere Quote von Fahrzeugen mit umweltfreundlichen Antrieben der Verfügungsklägerin mit dem Argument als ausgeglichen angesehen habe, dass der ausschließliche Einsatz von Betriebsfahrzeugen mit Elektroantrieb im Angebot der Streithelferin vorgesehen sei, obwohl der Einsatz von Betriebsfahrzeugen mit Elektroantrieb nicht per se umweltverträglich sei, z. B. Umweltschäden durch die Gewinnung der Batterierohstoffe (Rüge Nr. 86),
- 573 - dass die Verfügungsbeklagte das Mobilitätskonzept für Mitarbeiter im Angebot der Verfügungsklägerin wegen fehlenden Netzbezugs ausdrücklich nicht berücksichtigt habe, obwohl die Mobilität der Mitarbeiter für die Gewährleistung des Netzbetriebs im Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten unumgänglich sei (Rüge Nr. 87),

- 574 - dass die Verfügungsbeklagte nicht zugunsten der Verfügungsklägerin die Energieeffizienz von Gebäuden im Angebot der Verfügungsklägerin bewertet habe (Anl. ASt. 17, S. 266), obwohl dies bei den Unterschieden der Angebote im Auswertungsvermerk aufgeführt sei (Anl. ASt. 17, S. 264). Die Begründung sei deswegen nicht nachvollziehbar (Rüge Nr. 88),
- 575 - dass die Verfügungsbeklagte die Darstellung der Verfügungsklägerin zu Baumaßnahmen in Abstimmung mit den Genehmigungsbehörden zur Vermeidung eines schädlichen „zu wenig“ an Umweltschutz unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 89),
- 576 - dass die Verfügungsbeklagte die Darstellung der Verfügungsklägerin zur Entfernung stillgelegter Anlagen unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 90),
- 577 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die von der Streithelferin beschriebenen Maßnahmen zur ökologischen Aufwertung von Versorgungseinrichtungen und zur Schonung von Biotopen berücksichtigt habe, obwohl diese wegen der Unterirdigkeit der Einrichtungen im Gasbereich keine Rolle spielen würden und deswegen der Bezug zum Gasnetz im Konzessionsgebiet fehlen würde. Zu Unrecht habe die Verfügungsbeklagte auch positiv bewertet, dass die Streithelferin ihre Gebäude und Anlagen so konzipiere, dass es für Kleinsäugetiere unmöglich sei, in die Gebäude und Anlagen zu gelangen, obwohl dies nach den Regeln so vorgeschrieben sei und deswegen auch bei der Verfügungsklägerin so umgesetzt sei. Entgegen der Feststellung im Auswertungsvermerk würden sich die Ausführungen der Verfügungsklägerin nicht auf Angaben zum Einsatz von umweltfreundlichen Materialien und den Umgang mit Gefahrstoffen beschränken, sondern zahlreiche Maßnahmen umfassen (vgl. die Zusammenfassung der Angebotsinhalte im Auswertungsvermerk auf S. 258 – 261) (Rüge Nr. 91),
- 578 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht bewertet habe, dass die Streithelferin angegeben habe, eng mit Vogel- und Naturschutzverbänden zusammenzuarbeiten, obwohl auch die Verfügungsklägerin im Genehmigungsprozess mit dem Amt für Bau..., welches u.a. für Naturschutz und Bodenschutz zuständig sei, zusammenarbeite, ohne dass dies bewertet worden sei (Rüge Nr. 92),
- 579 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die Einhaltung der Vorgaben des DVGW GW 125 Regelwerks zum Baumschutz durch die Streithelferin positiv bewertet habe, obwohl dieses Regelwerk allgemein von jedem Netzbetreiber und damit auch von der Verfügungsklägerin einzuhalten sei. Die Einhaltung der Vorgaben des DVGW GW 125 würden darüber hinaus auch durch das TSM-Zertifikat, das auch die Verfügungsklägerin inne habe, abgedeckt (Rüge Nr. 93),
- 580 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht beanstandet habe, dass die Verfügungsklägerin auf Teilaspekte nur „am Rande“ eingegangen sei. Die Verfügungsklägerin sei auf sämtliche Teilaspekte des Kriteriums im Einzelnen eingegangen. Es treffe deswegen nicht zu, dass auf einzelne Teilaspekte nur am Rande eingegangen worden sei (Rüge Nr. 94),
- 581 - dass die Verfügungsbeklagte die Ausführungen der Verfügungsklägerin zum Einsatz von Mehrwegverpackungen bzw. recyclebaren umweltfreundlichen Verpackungen und zur Beachtung einer höchstmöglichen Volumennutzung / Packdichte zwar in den Unter-

- schieden der Angebote erwähnt habe, aber bei der abschließenden Wertung nicht positiv zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt habe (Rüge Nr. 95),
- 582 - dass die Verfügungsbeklagte unzulässigerweise den von der Streithelferin erwähnten Einsatz von Aktivkohlefiltern, der aber nur bei – im Konzessionsgebiet nicht vorhandenen – Biogasanlagen Anwendung finde, positiv bewertet habe, obwohl ein Bezug zum Konzessionsgebiet nicht vorhanden sei (Rüge Nr. 96),
- 583 - dass die Verfügungsbeklagte unzulässigerweise die Schallschutzmaßnahmen bei Gasdruckregelanlagen der Streithelferin berücksichtigt habe, obwohl bereits nicht nachvollziehbar sei, ob diese Lärmschutzmaßnahmen erforderlich gewesen seien und inwiefern ein Bezug zum Konzessionsgebiet bestehe. Die Wertung sei willkürlich (Rüge Nr. 97),
- 584 - dass die Verfügungsbeklagte die Erdgastankstelle der Verfügungsklägerin nicht ausreichend positiv bewertet habe, indem diese bei „Gemeinsamkeiten“ aufgeführt sei, obwohl es sich hierbei um ein Alleinstellungsmerkmal der Verfügungsklägerin handle (Rüge Nr. 98),
- 585 - dass die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin bewertet habe: „Verwendung von Stahlleitungen mit PE-Innenbeschichtung und Faserzement-Außenbeschichtung (St/PE/FZM) wird möglichst geringgehalten (nur bei hohen Druckstufen und schwierigen Bodenverhältnissen)“ (Anl. ASt. 17, S. 246), obwohl Stahlleitungen mit PE-Innenbeschichtung im Pipelinebau eingesetzt würden, so dass kein Bezug zum Konzessionsgebiet bestehe (Rüge Nr. 99),
- 586 - dass die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin bewertet habe, dass besondere Abfallentsorgungsmaßnahmen durchgeführt würden (Anl. ASt. 17, S. 247), die jedoch auch die Verfügungsklägerin durchführe (Rüge Nr. 100),
- 587 - dass die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin die Einhaltung von Meldepflichten beim Verdacht auf Bodenverunreinigungen positiv bewertet habe (Anl. ASt. 17, S. 250), obwohl auch die Verfügungsklägerin diese gesetzliche Meldepflicht einhalte (Rüge Nr. 101),
- 588 - dass die Verfügungsbeklagte die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 102).
- 589 Die Verfügungsbeklagte half den Rügen der Verfügungsklägerin nicht ab (Anl. ASt. 20).
- 590 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Es sei nicht zu beanstanden, eine bereits im Zeitpunkt des Beginns des Konzessionszeitraums bestehende Zertifizierung besser zu bewerten als eine Zusage, ein entsprechendes Zertifikat zu erwerben. Zudem habe die Verfügungsklägerin nicht glaubhaft gemacht, dass die EMAS-Zertifizierung keinen relevanten Mehrwert gegenüber den DIN EN ISO 50001 und DIN EN ISO 14001-Zertifizierungen habe. Vielmehr habe die Streithelferin durch Vorlage eines Privatgutachtens glaubhaft gemacht, dass die Zertifikate nicht substituierbar seien. Außerdem sei das Angebot der Verfügungsklägerin beim Thema Emissionsvermeidung vage, wohingegen das Angebot der Streithelferin konkrete Maßnahmen darstelle. Die Berücksichtigung der Unterstützung für die Stiftung „S“ sei nicht zu beanstanden, da der Schutz des ganzen Planeten auch dem Schutz des Konzessionsgebietes diene. Es sei auch nicht zu beanstanden, die niedrigere Quote an Fahrzeugen mit umweltfreundlichen Antrieben bei

- der Streithelferin mit der Zusage, im Konzessionsgebiet nur Elektrofahrzeuge einzusetzen, aufzuwiegen.
- 591 Die Verfügungsklägerin wiederholt in der Berufungsbegründung die Rügen 83-87, 89-98 und 102.
- 592 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil. Sie sind der Auffassung, die EMAS-Zertifizierung bringe einen Mehrwert (Anl. NI 4).
- 593 (2) Die Berufung ist hinsichtlich der Rügen Nr. 83, 85, 87, 90, 93 und 94 begründet. Im Übrigen (Rügen Nr. 84, 86, 89, 91, 92, 95-98) ist die Berufung unbegründet.
- 594 (a) Die Rüge der fehlenden oder unzureichenden Berücksichtigung der Zusage (Zusagen 17 und 18) einer DIN EN ISO 50001 und DIN EN ISO 14001-Zertifizierung innerhalb von 2 Jahren nach Konzessionsbeginn mit regelmäßiger Rezertifizierung bei der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 83) ist begründet. Die Verfügungsbeklagte ist bei ihrer Bewertung von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen. Sie hat weder in der Zusammenfassung der Angebote noch in der Begründung der Bewertung die verbindliche Zusage einer Zertifizierung nach DIN EN ISO 550001 und nach DIN EN ISO 14001 bis 2 Jahre nach Beginn des Konzessionszeitraums mit anschließender Verpflichtung zur Rezertifizierung (vgl. Anl. ASt. 22, S. 72 f., Zusagen 17 und 18) berücksichtigt. Vielmehr ist im Auswertungsvermerk der Verfügungsbeklagten angegeben, dass die Verfügungsklägerin die Einführung eines Umweltmanagementsystems und die Zertifizierung nach DIN EN ISO 14001 bzw. DIN EN ISO 50001 innerhalb von zwei Jahren nach Konzessionierung „plane“ (Anl. ASt. 17, S. 264). Da die Planung einen erheblich geringeren Verbindlichkeitsgrad aufweist als eine verbindliche Zusage, kann der Senat nicht ausschließen, dass die Verfügungsbeklagte das Angebot der Verfügungsklägerin mit einer höheren Bewertung im Rahmen des Bewertungsermessens bewertet hätte, wenn sie ihrer Bewertung den zutreffenden Sachverhalt einer verbindlichen Zusage zugrunde gelegt hätte, wobei nicht zu beanstanden ist, dass die Verfügungsbeklagte insoweit eine Gleichwertigkeit zwischen der Zusicherung einer Zertifizierung und einer bereits vorliegenden Zertifizierung nicht angenommen hat. Denn eine ebenbürtige oder annähernd gleichwertige Bewertung setzt voraus, dass die Zusicherung künftigen Bebringens auf ihre Realisierbarkeit überprüft worden und dass ihre Validität nachvollziehbar begründet worden ist (OLG Brandenburg, Urteil vom 22. August 2017 – 6 U 1/17 Kart, Rn. 127 ff., juris).
- 595 Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin positiv bewertete, dass im Zeitpunkt der Konzessionierung bereits eine Zertifizierung vorliegt. Insoweit unterscheidet sich die Situation von derjenigen, wenn eine Gemeinde das Vorliegen einer Zertifizierung bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe gegenüber einer verbindlichen Zusage des Vorliegens der Zertifizierung im Zeitpunkt des Konzessionsbeginns positiv bewertet. Der darin liegende unzulässige Vergangenheitsbezug, besteht hier nicht. Denn ein unzulässiger Vergangenheitsbezug liegt nur dann vor, wenn für die Bewertung auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe abgestellt wird. Aus dem Diskriminierungsverbot folgt, dass der maßgebliche Zeitpunkt, zu dem die Vergabekriterien erfüllt sein müssen, der Vertragsbeginn und nicht der Zeitpunkt der Angebotsabgabe ist, da sonst etablierte Unternehmen bevorzugt und neue Wettbewerber benachteiligt würden (OLG Celle, Urteil vom 17. März 2016 – 13 U 141/15 (Kart), Rn. 68, juris; BKartA Beschluss vom 19. Juli 2013 – VK 1-51/13, BeckRS 2014, 420, beck-online; BT-Drs. 18/8184, S. 13). Der in § 46 EnWG verankerte Wettbewerb dient der Sicherstellung des hohen Qualitätsstandards, der für einen zuverlässigen Netzbetrieb erforderlich

ist (vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 9). Deswegen muss so bewertet werden, dass auch der neu auf den Markt drängende Bieter gegenüber dem Bestandsbieter eine realistische Chance hat, den Zuschlag zu erhalten (vgl. KG Berlin, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19 EnWG, Rn. 194, juris; OLG Celle, Urteil vom 17. März 2016 – 13 U 141/15 (Kart), Rn. 150, juris). Dieses Problem besteht hier jedoch nicht.

- 596 Dass der Unterschied hinsichtlich der Zertifizierung nur für 2 Jahre während des 20-jährigen Konzessionszeitraums besteht, ist richtig, führt aber nicht dazu, dass deswegen dieser Unterschied bei der Wertung keine Rolle spielen darf. Vielmehr ist dies bei der Gewichtung des Unterschieds im Rahmen der Bewertungsentscheidung zu berücksichtigen.
- 597 (b) Die Rüge einer unvertretbaren Berücksichtigung des bloßen Anstoßens des Prozesses der EMAS-Zertifizierung bei der Streithelferin ohne verbindliche Zusage und ohne Mehrwert gegenüber den DIN EN ISO 50001 und DIN EN ISO 14001-Zertifizierungen (Rüge Nr. 84) ist unbegründet. Dass die Verfügungsbeklagte das Anstoßen des Prozesses zur EMAS-Zertifizierung zugunsten der Streithelferin positiv bewertete, ist plausibel und nicht zu beanstanden. Die Verfügungsbeklagte ist nicht gehalten, nur verbindlich zugesagte Zertifizierungen zu berücksichtigen, sondern kann auch weniger verbindliche Gesichtspunkte bei entsprechender Gewichtung berücksichtigen.
- 598 Dass die EMAS-Zertifizierung der Verfügungsbeklagten keinen Mehrwert bietet, hat die Verfügungsklägerin zwar behauptet, aber nicht glaubhaft gemacht. Insbesondere konnte sie die Ausführungen von M T in seinem Kurzgutachten vom 25. Mai 2023 zu den Unterschieden der Managementsysteme nach DIN EN ISO 50001, DIN EN ISO 14001 und EMAS (Anl. NI 4) nicht widerlegen.
- 599 (c) Die Rüge einer unzulässigen Wertung der Unterstützung der „S“-Stiftung durch die Streithelferin, obwohl die Unterstützung nicht durch die Streithelferin, sondern durch die R AG erfolgt und trotz der fehlenden Konzessionsgebietsbezogenheit (Rüge Nr. 85), ist begründet. Die Verfügungsklägerin rügt zu Recht, dass die Verfügungsbeklagte die Unterstützung der Stiftung „S“ zugunsten der Streithelferin positiv bewertet hat. Denn die Verfügungsklägerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass die Unterstützung der Stiftung „S“ nicht durch die Streithelferin, sondern durch die R AG erfolgt sei (Anl. ASt. 26). Insoweit ist die Verfügungsbeklagte von einem falschen Sachverhalt ausgegangen. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Verfügungsbeklagte das Angebot der Verfügungsklägerin mit einer höheren Bewertung im Rahmen des Bewertungsermessens bewertet hätte, wenn sie den zutreffenden Sachverhalt einer verbindlichen Zusage ihrer Bewertung zugrunde gelegt hätte.
- 600 (d) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der besseren Quote der Betriebsfahrzeuge mit umweltfreundlichen Antrieben und der unzulässigen Berücksichtigung der Zusage des Einsatzes von ausschließlich Elektrofahrzeugen durch die Streithelferin im Konzessionsgebiet (Rüge Nr. 86) ist unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die bessere Quote der Betriebsfahrzeuge mit umweltfreundlichen Antrieben bei der Verfügungsklägerin mit der Zusage der Streithelferin, im Konzessionsgebiet ausschließlich Elektrofahrzeugen einzusetzen, positiv bewertete.
- 601 Maßgeblich für die Bewertung ist – wie die Verfügungsklägerin an vielen Stellen selbst schreibt – das Konzessionsgebiet. Die verbindliche Zusage der Streithelferin, im Konzessionsgebiet ausschließlich Elektrofahrzeuge einzusetzen, musste deswegen im Rahmen

einer fehlerfreien Ausübung des Beurteilungsermessens zwingend positiv berücksichtigt werden.

- 602 Die Verfügungsbeklagte durfte auch im Rahmen ihres Beurteilungsermessens Elektrofahrzeuge als insgesamt umweltverträglich einstufen, auch wenn diese Beurteilung unter Einbeziehung des Herstellungsprozesses der Fahrzeuge und Batterien nicht zweifelsfrei ist. Hinzu kommt, dass die schädlichen Umwelteinwirkungen der Batterieherstellung nicht das Konzessionsgebiet betreffen würden und eine Berücksichtigung dieser schädlichen Wirkungen wegen fehlenden Konzessionsgebietsbezugs ausgeschlossen wäre.
- 603 (e) Die Rüge einer ausdrücklichen Nichtberücksichtigung des Mobilitätskonzepts für Mitarbeiter im Angebot der Verfügungsklägerin wegen fehlenden Netzbezugs (Rüge Nr. 87) ist begründet. Zu Unrecht hat die Verfügungsbeklagte das Mobilitätskonzept der Mitarbeiter der Verfügungsklägerin wegen fehlenden Netzbezugs nicht berücksichtigt. Der fehlende Netzbezug ist vorliegend nicht nachvollziehbar. Die Nutzung eines Fahrzeugpools (Anl. ASt. 22, S. 244) und das Angebot des Einsatzes von Diensträdern für Mitarbeiter der Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 22, S. 244) stellen Maßnahmen dar, die im Rahmen der Beurteilung der Umweltverträglichkeit der Betriebsfahrzeuge zu berücksichtigen sind. Der Einsatz einer geringeren Anzahl an Kraftfahrzeugen im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet und die Benutzung von Mitarbeiterdiensträdern anstelle von Kraftfahrzeugen im Konzessionsgebiet weist einen hinreichenden Konzessionsgebietsbezug auf, der bei der Bewertung zu berücksichtigen ist. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Berücksichtigung dieses Aspektes zu einer höheren Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin geführt hätte.
- 604 (f) Die Rüge einer nicht ausreichenden Berücksichtigung der Durchführung von Baumaßnahmen in Abstimmung mit den Genehmigungsbehörden (Rüge Nr. 89) ist unbegründet. Ein Bewertungsfehler der Verfügungsbeklagten lässt sich hinsichtlich der angeblichen Nichtberücksichtigung der Abstimmung von Baumaßnahmen der Verfügungsklägerin mit den Genehmigungsbehörden nicht feststellen. Denn entgegen dem Vortrag der Verfügungsklägerin hat sie hierzu in ihrem Angebot auf Seite 252 ff. (Anl. ASt. 22) keine berücksichtigungsfähigen Ausführungen getätigt. Eine besondere Abstimmung mit den Genehmigungsbehörden ist dort nicht aufgeführt. Es findet sich in dem Angebot der Verfügungsklägerin lediglich ein Zustimmungsschreiben des Landratsamtes B vom 3. Juni 2016 zu einer Baumaßnahme der Verfügungsklägerin. Eine besondere Abstimmung lässt sich daraus nicht erkennen.
- 605 (g) Die Rüge einer nicht ausreichenden Berücksichtigung der Entfernung stillgelegter Anlagen durch die Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 90) ist begründet. Zu beanstanden ist die fehlende Einbeziehung der von der Verfügungsklägerin in ihrem Angebot (Anl. ASt. 22, S. 265) aufgeführten Entfernungsmaßnahmen stillgelegter Anlagen. Zwar hat die Verfügungsbeklagte diese Maßnahmen bei der „Zusammenfassung“ der Angebote aufgeführt. Aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich jedoch ausdrücklich, dass die Verfügungsbeklagte diese Maßnahmen nicht gesehen und nicht in die Wertung beinbezogen hat. Denn dort heißt es „Zur ‚Schonung von Biotopen‘ und zur ‚ökologischen Aufwertung von Versorgungseinrichtungen‘ [... beschränken ...] sich die Ausführungen der SWB ausschließlich auf den Einsatz umweltfreundlicher Materialien und den Umgang mit Gefahrstoffen“. Dies ist jedoch, wie sich aus Seite 265 des Angebots der Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 22) ergibt unzutreffend. Die Verfügungsbeklagte hat ihrer Bewertung deswegen insoweit einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt. Der Senat kann nicht ausschließen,

dass die Berücksichtigung dieses Aspektes zu einer höheren Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin geführt hätte.

- 606 (h) Die Rüge einer unzutreffenden Positivbewertung der Maßnahmen der Streithelferin zur ökologischen Aufwertung von Versorgungseinrichtungen und zur Schonung von Biotopen (Rüge Nr. 91) ist unbegründet. Nicht zu beanstanden ist die Positivbewertung der Maßnahmen der Streithelferin zur ökologischen Aufwertung von Versorgungseinrichtungen und zur Schonung von Biotopen. Das Argument der Verfügungsklägerin, dass es im Gasbereich kaum oberirdische Anlagen gebe und deswegen die Maßnahmen der Streithelferin nicht von Gewicht seien, greift nicht durch. Denn die Verfügungsklägerin stellt selbst nicht in Abrede, dass es auch im Gasbereich oberirdische Anlagen gibt. Solange es oberirdische Anlagen gibt, ist es auch zulässig, die optische Aufwertung der Stationen, die Begrünung von Dächern und das Anbringen von Nisthilfen sowie Natursteinmauern im Rahmen dieses Kriteriums positiv zu bewerten.
- 607 Anhaltspunkte für ihre Behauptung, es fehle den Angaben der Streithelferin in ihrem Angebot zur ökologischen Aufwertung von Versorgungseinrichtungen und zur Schonung von Biotopen am Bezug zum Konzessionsgebiet, trägt die Verfügungsklägerin nicht vor.
- 608 Einen Widerspruch im Auswertungsvermerk zwischen den „Gemeinsamkeiten“ und den „Unterschieden“ kann der Senat nicht erkennen. Aus der von der Verfügungsklägerin zitierten Passage „Beide Bewerber vermitteln ein konkretes, verbindliches und netzbezogenes Konzept für die umweltverträgliche Gestaltung des Netzbetriebs und machen hierin Ausführungen zur Vermeidung von umweltschädlichen Emissionen und zur Schonung bestehender Biotope.“ folgt nicht, dass die Ausführungen der beiden Bieter zur Schonung bestehender Biotope gleichwertig und deswegen auch gleich zu bewerten seien. Es steht dort nur, dass beide Bieter Ausführungen zur Schonung bestehender Biotope gemacht hätten. Ob diese Ausführungen vergleichbar sind, lässt sich dem Auswertungsvermerk an dieser Stelle nicht entnehmen. Die Verfügungsklägerin trägt ebenfalls nicht vor, aufgrund welcher Anhaltspunkte sie dieser Passage mehr Bedeutung entnehmen möchte, als der Wortlaut hergibt.
- 609 (i) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Zusammenarbeit der Verfügungsklägerin mit dem Amt für Bau... im Genehmigungsprozess (Rüge Nr. 92) ist unbegründet. Nicht zu beanstanden ist, dass die Verfügungsbeklagte die enge Zusammenarbeit der Streithelferin mit Vogel- und Naturschutzverbänden positiv zugunsten der Streithelferin berücksichtigte. Denn diese Maßnahme ist nicht gleichwertig mit einer Zusammenarbeit der Verfügungsklägerin mit dem Amt für Bau... im Genehmigungsprozess. Aus dem Angebot der Verfügungsklägerin ergibt sich (Anl. ASt. 22, S. 248), dass sie eine Checkliste habe, in der dokumentiert festgehalten werden müsse, welche Genehmigungen für die einzelnen Bauvorhaben erforderlich seien und welche Genehmigungen bereits eingeholt worden seien. Neben den Gemeindeverwaltungen sei hier auch das Amt für Bau... des Landratsamtes B aufgeführt. Dies ist keine Maßnahme, die bewertungsrelevant ist. Sie musste deswegen auch nicht im Auswertungsvermerk erwähnt werden. Die Einholung gesetzlich vorgeschriebener Genehmigungen für einzelne Bauvorhaben darf, auch dann wenn die Genehmigungen Umweltbelange betreffen, nicht als positiver Gesichtspunkt im Rahmen der Bewertung des umweltverträglichen Netzbetriebs berücksichtigt werden. Zur Einhaltung der Gesetze sind alle Bieter ohne weiteres verpflichtet. Die Erwähnung dieser Selbstverständlichkeit in dem Angebot eines Bieters kann diesem Bieter keinen Vorteil verschaffen. Eine Berücksichtigung wäre willkürlich.

- 610 (j) Die Rüge einer unzutreffenden Positivbewertung der Einhaltung der Vorgaben des DVGW GW 125 Regelwerks zum Baumschutz (Rüge Nr. 93) ist begründet. Zu Unrecht hat die Verfügungsbeklagte die strikte Einhaltung der Vorgaben des DVGW 125-Regelwerks durch die Streithelferin zugunsten der Streithelferin gewertet, obwohl nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag dieses Regelwerk von jedem Netzbetreiber einzuhalten ist. Wie oben bereits ausgeführt, darf die Erwähnung, Regeln einzuhalten, in dem Angebot eines Bieters nicht zu einem Vorteil führen. Die Berücksichtigung dieses – tatsächlich nicht vorhandenen – Vorteils verstößt vorliegend gegen das Willkürverbot. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Berücksichtigung dieses Aspektes zu einer höheren Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin geführt hätte.
- 611 (k) Die Rüge Nr. der unzutreffenden Annahme, die Verfügungsklägerin sei auf einzelne Teilaspekte nur „am Rande“ eingegangen (Rüge Nr. Nr. 94) ist begründet. Ersichtlich ungenügend ist die Begründung der Bewertung im Auswertungsvermerk durch die Verfügungsbeklagte „Die SWB hingegen belässt es teilweise bei pauschalen Aussagen. So ist sie auf einzelne Teilaspekte nur am Rande eingegangen, obwohl vom Verfahrensbrief konkrete Ausführungen gefordert waren.“ In dieser Pauschalität kann diese Begründung von vornherein nicht ausreichen. Eine derart oberflächliche Begründung nimmt einem unterlegenen Bieter jede Überprüfungsmöglichkeit. Die Verfügungsbeklagte hätte hier wenigstens die für sie wesentlichen Punkte aufführen müssen, bei denen sie die Angaben der Verfügungsklägerin als zu pauschal einstuft und bei denen sie mehr erwartet hätte. Ohne dieses unabdingbare Mindestmaß kann die Bewertung in diesem Punkt vom Senat nicht nachvollzogen werden, zumal die Verfügungsklägerin zu dem Kriterium „umweltverträglicher Netzbetrieb“ einen umfangreichen Teil ihres Angebots (Anl. ASt. 22, S. 239-267) gewidmet hat. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Berücksichtigung dieses Aspektes zu einer höheren Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin geführt hätte.
- 612 (l) Die Rüge Nr. einer unzureichenden Berücksichtigung der Ausführungen der Verfügungsklägerin zum Einsatz von Mehrwegverpackungen bzw. recyclebaren umweltfreundlichen Verpackungen und zur Beachtung einer höchstmöglichen Volumennutzung / Packdichte (Rüge Nr. Nr. 95) ist unbegründet. Nicht zu beanstanden ist die Bewertung der Ausführungen der Verfügungsklägerin zum Einsatz von Mehrwegverpackungen bzw. recyclebaren umweltfreundlichen Verpackungen und zur Beachtung einer höchstmöglichen Volumennutzung/Packdichte. Anders als die Verfügungsklägerin meint, hat die Verfügungsbeklagte diesen Umweltverträglichkeitsaspekt im Angebot der Verfügungsklägerin nicht unberücksichtigt gelassen. Aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich, dass die Verfügungsbeklagte diesen Aspekt nicht nur gesehen, sondern auch in die Bewertung einbezogen hat. Dies ergibt sich daraus, dass diese Maßnahmen der Verfügungsklägerin unter „Unterschiede“ aufgeführt sind („Allerdings nimmt die SWB im Gegensatz zur E zum Einsatz von Mehrwegverpackungen bzw. recyclebaren, umweltfreundlichen Verpackungen und zur Beachtung einer höchstmöglichen Volumennutzung / Packdichte Stellung.“, Anl. ASt. 17, S. 266). Aus der Formulierung des Auswertungsvermerks ergibt sich hinreichend, dass die Verfügungsbeklagte einen Teil der Nachteile des Angebots der Verfügungsklägerin durch diesen Gesichtspunkt aufgewogen sieht. Dies ist nicht zu beanstanden.
- 613 (m) Die Rüge Nr. einer unzulässigen Berücksichtigung der Emissionsvermeidung durch Aktivkohlefilter bei der Streithelferin wegen fehlenden Konzessionsgebietsbezugs (Rüge Nr. Nr. 96) ist unbegründet. Es ist plausibel und nicht zu beanstanden, dass die Verfü-

gungsbeklagte den Einsatz von Aktivkohlefiltern in Biogasaufbereitungsanlagen zur Unterbindung der Geruchsbelastung positiv zugunsten der Streithelferin berücksichtigt hat (Anl. ASt. 17, S. 264). Zwar hat die Verfügungsklägerin unwidersprochen vorgetragen, dass es im Konzessionsgebiet (derzeit) keine Biogasaufbereitungsanlage gebe. Aber da nicht ausgeschlossen werden kann, dass im Laufe des 20-jährigen Konzessionszeitraums Biogasaufbereitungsanlagen auch im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet zum Einsatz kommen werden, ist die Berücksichtigung dieses Umweltverträglichkeitsgesichtspunktes zulässig.

- 614 (n) Die Rüge einer unzulässigen Berücksichtigung von Maßnahmen zum Lärmschutz bei Gasdruckregelanlagen wegen fehlenden Konzessionsgebietsbezugs (Rüge Nr. 97) ist unbegründet. Soweit die Verfügungsklägerin bei den von der Verfügungsbeklagten zugunsten der Streithelferin positiv bewerteten Lärmschutzmaßnahmen bei Gasdruckregelanlagen fehlende konkrete Angaben zur Erforderlichkeit rügt, greift diese Rüge nicht durch. Aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich, dass diese Maßnahmen zur Minimierung von Störungen für Anwohner und Tierwelt erfolgen. Damit ist die Erforderlichkeit hinreichend zum Ausdruck gebracht. Durch die Durchführung von Lärmschutzmaßnahmen zur Minimierung von Störungen für Anwohner und Tierwelt, wo dies erforderlich ist, besteht auch der Bezug zum ausgeschriebenen Konzessionsgebiet in ausreichendem Maße.
- 615 (o) Die Rüge einer unzureichenden Bewertung der Erdgastankstelle der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 98) ist unbegründet. Nicht zu beanstanden ist die von der Verfügungsbeklagten vorgenommene Bewertung der Erdgastankstelle der Verfügungsklägerin. Denn aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich, dass die Verfügungsbeklagte diese zur Kenntnis genommen und in die Bewertung mit einbezogen hat. Dass diese Bewertung unter der insoweit unzutreffenden Überschrift „Gemeinsamkeiten“ erfolgte, obwohl allein die Verfügungsklägerin nach ihrem unbestritten gebliebenen Vortrag über eine Erdgastankstelle verfügt, ist unschädlich. Denn aus dem Wortlaut des Auswertungsvermerks ergibt sich hinreichend klar, dass die Verfügungsbeklagte erstens gesehen hat, dass nur die Verfügungsklägerin über eine Erdgastankstelle verfügt und zweiten dies in die Bewertung der insoweit vorliegenden Gleichwertigkeit der Umweltverträglichkeit der Betriebsfahrzeuge einbezogen hat. Dies ist plausibel und nicht zu beanstanden.
- 616 (p) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 102) ist unbegründet. Auch bei diesem Bewertungskriterium lässt sich eine unzureichende Berücksichtigung der Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin aus den oben genannten Gründen nicht feststellen.
- 617 (q) Die Zurückweisung der Rügen 88 und 99-101 hat die Verfügungsklägerin nicht zum Gegenstand der Berufung gemacht.
- 618 oo) Der Berufungsantrag, im Kriterium „D.I. Change-of-Control-Klausel“ einen Punktabschlag von mindestens 0,5 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 619 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 1 Punkt vergeben werden kann, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 21):
- 620 „Change-of-Control-Klausel: Von den Bewerbern wird erwartet, dass der Gemeinde A ein Kündigungsrecht im Falle der nachträglichen Veränderungen ihrer Be-

teilungsverhältnisse oder ihrer Gesellschafterzusammensetzung eingeräumt wird.“

621 Die Verfügungsklägerin hat folgende Change-of-Control-Klausel angeboten (Anl. ASt. 27, S. 16):

622 „§ 12 Kontrollwechsel (Change-of-Control)

623 (1) Ändert sich die mittelbare oder unmittelbare Kontrolle über den Konzessionsnehmer, so hat es diesen Umstand gegenüber der Gemeinde unverzüglich schriftlich anzuzeigen (anzeigepflichtiger Kontrollwechsel).

624 (2) Ein anzeigepflichtiger Kontrollwechsel im Sinne des Abs. 1 ist erfüllt, wenn ein anderes Unternehmen die mittelbare oder unmittelbare Kontrolle über den Konzessionsnehmer im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erlangt.

625 Insbesondere fallen hierunter:

626 a) der Übergang von mehr als insgesamt 50 % der Stimmrechte oder Kapitalanteile auf ein zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrages nicht im Sinne von §§ 15 ff. AktG verbundenes Unternehmen;

627 b) der anderweitige Erwerb der direkten Kontrolle am Konzessionsnehmer im Sinne von § 290 HGB durch ein zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrages nicht im Sinne von §§ 15 ff. AktG verbundenes Unternehmen;

628 c) die Begründung von Nutzungsrechten oder Pfandrechten an mindestens 50 % der Anteile durch ein zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrages nicht im Sinne von §§ 15 ff. AktG verbundenes Unternehmen;

629 d) der Abschluss von Verträgen mit Dritten, die diesen einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe und/oder Geschäftsleitung einräumen.

630 (3) Liegt ein anzeigepflichtiger Kontrollwechsel vor, kann die Gemeinde binnen sechs Monaten nach Kenntnisaufnahme von diesem Umstand diesen Vertrag mit einer Frist von mindestens zwölf und höchstens 24 Monaten schriftlich zum Monatsende kündigen.“

631 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 272):

632 „Die E bietet der Gemeinde A eine Kündigungsfrist von drei Jahren an, soweit ein Gesellschafter die Sperrminorität verliert, ein Dritter eine zusätzliche Sperrminorität erhält oder sonstige Eigentumsveränderungen eintreten, die die Ziele aus § 1 EnWG gefährden. Die Ausübung des Kündigungsrechts ist zeitlich nicht befristet.

633 Die SWB bietet der Gemeinde A ein Kündigungsrecht mit einer Frist von mindestens zwölf bis maximal 24 Monaten zum Monatsende an. Das Kündigungsrecht kann nur binnen sechs Monaten ab Kenntnis des relevanten Kontrollwechsels ausgeübt werden. Ein solcher liegt vor, wenn ein anderes Unternehmen die mittelbare oder unmittelbare Kontrolle im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB erlangt

(Erwerb einer Sperrminorität durch einen Dritten bzw. Verlust der beherrschenden Stellung < 50 %). Zusätzlich führt die SWB weitere Regelbeispiele auf. Hervorzuheben ist hier, dass sie auch die Begründung von Nutzungs- bzw. Pfandrechten an mindestens 50 % der Anteile als Kündigungsgrund anerkennt.“

- 634 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 1 Punkt und des Angebots der Streithelferin mit 0,9 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 635 „In ihrem Vertragsentwurf hat die SWB eine sehr weitreichende „Change of Control Klausel angeboten. Da diese, insbesondere auch wegen ihres Regelbeispielcharakters, die Kündigungstatbestände nicht abschließend definiert und beispielsweise auch die Einräumung von Pfand und Nutzungsrechten einschließt, ist sie insgesamt kommunalfreundlicher und daher besser als die der E, die der Gemeinde nur in drei Fällen ein Kündigungsrecht zugesteht. Im Übrigen wiegen sich die Vorzüge der Klauseln gegenseitig auf. Zwar sieht die SWB eine kürzere Kündigungsfrist vor (max. zwei Jahre), doch ist die Ausübung des Kündigungsrechts bei der E zeitlich nicht befristet. Dementsprechend erhält die Klausel der SWB die Höchstpunktzahl und die der E einen geringfügigen Abschlag von einem halben Punktwert.“
- 636 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 637 - dass das Angebot der Verfügungsklägerin der Verfügungsbeklagten weit umfassendere Kündigungsmöglichkeiten böte als das Angebot der Streithelferin. Das Angebot der Verfügungsklägerin nenne zunächst, dass sowohl die Änderung der mittelbaren als auch der unmittelbaren Kontrolle einen anzeigepflichtigen Kontrollwechsel darstelle und verweise auf § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Zudem würden vier Beispielsfälle zur Konkretisierung aufgezählt, bei denen ein Kontrollwechsel insbesondere vorliege. Die Streithelferin hingegen nenne in ihrem Angebot lediglich drei Fälle, in denen ein Kündigungsrecht vorliege (Rüge Nr. 103),
- 638 - dass die Verfügungsbeklagte die Kündigungsfrist im Angebot der Verfügungsklägerin zu Unrecht negativ bewertet habe, obwohl auch im Angebot der Streithelferin eine zeitliche Begrenzung des Kündigungsrechts durch die Verwirkung bestehe (Rüge Nr. 104).
- 639 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 640 „Die Gemeinde A hat die Vor- und Nachteile der einzelnen Klauseln gesehen und wie im Auswertungsvermerk ersichtlich bewertet. Die von den Stadtwerken B angestrebte getrennte Betrachtung des Kündigungsrechts wird von der Gemeinde A nicht vorgenommen. Die kürzere Frist wurde bereits positiv zugunsten des Angebots der Stadtwerke B gewertet.“
- 641 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die Verfügungsbeklagte habe sämtliche von der Verfügungsklägerin genannten Umstände gesehen und gewertet. Umstände, die eine fehlerhafte Bewertung begründen würden, habe die Verfügungsklägerin nicht vorgetragen.
- 642 Die Verfügungsklägerin wiederholt ihre Rügen. Es sei nicht erforderlich, die praktische Bedeutung der Kündigungsgründe darzulegen.

- 643 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil. Ein Regelbeispiel, welches für die Verfügungsbeklagte keine praktische Relevanz aufweise, führe zu keiner Aufwertung des Angebots.
- 644 (2) Die Berufung ist unbegründet. Es ist plausibel, dass die Verfügungsbeklagte die unterschiedlichen Change-of-Control-Klauseln in den angebotenen Konzessionsverträgen mit einem Abschlag von 0,5 Punktwerten zulasten der Streithelferin bewertet. Dies liegt – gerade noch – im Beurteilungsermessen der Gemeinde. Die Verfügungsbeklagte hat die Vor- und Nachteile der beiden angebotenen Klauseln zutreffend im Auswertungsvermerk zusammengetragen. Sie ist dabei nachvollziehbar zu dem Ergebnis gelangt, dass die von der Verfügungsklägerin angebotene Klausel mehr Vorteile bietet, dass aber ein Teil der Vorteile durch den Kündigungsklärungsfrist-Nachteil aufgewogen werden, so dass am Ende lediglich ein Vorteil von 0,5 Punktwerten verbleibt.
- 645 (a) Die Rüge der nicht hinreichenden Berücksichtigung von mehr Kündigungsgründen bei der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 103) greift nicht durch. Die Verfügungsbeklagte hat die umfangreichen Kündigungsgründe im Angebot der Verfügungsklägerin plausibel bewertet. Die von der Verfügungsklägerin angebotene Change-of-Control-Klausel ist im Hinblick auf die darin enthaltenen Kündigungsgründe erheblich günstiger als die von der Streithelferin angebotene Change-of-Control-Klausel, wie sich aus dem Auswertungsvermerk ergibt (Anl. Ast. 17, S. 269). Die Streithelferin bot ein Sonderkündigungsrecht für den Fall der Veränderung der Beteiligungsverhältnisse der Streithelferin, die für einen bisherigen Gesellschafter zum Verlust der Sperrminorität führt, oder für den Fall der Veränderung ihrer Gesellschafterzusammensetzung (Entstehung einer Sperrminorität durch Veräußerung von Gesellschaftsanteilen von mehr als 25% an einen oder mehrere Dritte), oder für den Fall von sonstigen Eigentumsveränderungen, die die Schutzziele des § 1 EnWG in Frage stellen könnten. Ein Kündigungsrecht wird also nur im Falle von qualifizierten Änderungen der Beteiligungsverhältnisse, der Gesellschafterzusammensetzung oder der Eigentumsverhältnisse gewährt. Das von der Verfügungsklägerin angebotene Sonderkündigungsrecht geht insoweit erheblich darüber hinaus, als auch die Begründung von Nutzungs- oder Pfandrechten an mindestens 50 % der Anteile oder der Abschluss von Beherrschungsverträgen erfasst sind. Durch die Bezugnahme auf § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist die Change-of-Control-Klausel zudem sehr vorhersehbar auszulegen.
- 646 Ein weiterer Vorteil der von der Klägerin angebotenen Klausel für die Verfügungsbeklagte besteht in der deutlich kürzeren Kündigungsfrist. Hierdurch ist die Verfügungsbeklagte weniger lang an den Vertrag gebunden.
- 647 (b) Die Rüge einer unzutreffenden Berücksichtigung der Kündigungsfrist wegen zeitlicher Begrenzung der Kündigungsmöglichkeit bei der Streithelferin durch die Verwirkung (Rüge Nr. 104) ist unbegründet. Nachteilig an dem von der Verfügungsklägerin angebotenen Konzessionsvertrag ist in Bezug auf die Change-of-Control-Klausel die Kündigungsklärungsfrist von 6 Monaten. Denn das Angebot der Streithelferin sah eine zeitlich unbefristete Kündigungsmöglichkeit vor. Dies ermöglicht der Verfügungsbeklagten zeitlich unbeschränkt, die Kündigung des Konzessionsvertrages erklären zu können. Eine solche Regelung stellt einen erheblichen Vorteil für die Verfügungsbeklagte dar. Dieser Unterschied zwischen den Angeboten wird auch nicht durch das Rechtsinstitut der Verwirkung beseitigt. Denn eine Kündigungserklärungsfrist kann mit einer Verwirkung nicht gleichgesetzt werden. Verwirkung setzt nämlich nicht nur das Verstreichen einer gewissen Zeit voraus (Zeitmoment), die jedoch deutlich länger als 6 Monate sein dürfte, son-

dern auch das Vorliegen von Umständen, welche den Konzessionär darauf vertrauen lassen, die Gemeinde werde ihr Kündigungsrecht nicht mehr ausüben (Umstandsmoment) (vgl. BGH, Urteil vom 29. Februar 1984 – VIII ZR 310/82 = NJW 1984, 1684).

- 648 pp) Der Berufungsantrag, im Kriterium „D. III. Haftungsregelung“ einen Punktabschlag von mindestens 0,4 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 649 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 1 Punkt vergeben werden kann, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 21):
- 650 „Haftungsregelung: Von den Bewerbern wird eine kommunalfreundliche Haftungsverteilung erwartet.“
- 651 Die Verfügungsklägerin hat folgende Haftungsklausel angeboten (Anl. ASt. 27, S. 16):
- 652 „§ 6 Haftung
- 653 (1) Der Konzessionsnehmer haftet der Gemeinde oder Dritten nach den gesetzlichen Bestimmungen für Schäden, die bei der Errichtung, Änderung, Entfernung oder dem Betrieb von Verteilungsanlagen des Konzessionsnehmers der Gemeinde bzw. Dritten entstehen. Soweit es hierbei auf ein Verschulden des Konzessionsnehmers ankommt, wird der Konzessionsnehmer nur dann von der Haftung frei, wenn er fehlendes Verschulden nachweist.
- 654 (2) Die Gemeinde haftet dem Konzessionsnehmer nach den gesetzlichen Bestimmungen für Beschädigungen seiner Verteilungsanlagen, wenn ihr ein Verschulden nachgewiesen wird; die Ersatzpflicht für die Wiederherstellung der beschädigten Anlagen ist auf die dafür entstehenden Selbstkosten beschränkt.
- 655 (3) Der Konzessionsnehmer wird die Gemeinde von etwaigen Ansprüchen Dritter nach Satz 1 freistellen. Die Gemeinde wird die Behandlung dieser Ansprüche mit dem Konzessionsnehmer abstimmen. Die Gemeinde wird sich auf schriftliches Verlangen des Konzessionsnehmers gegen gerichtlich geltend gemachte Ansprüche Dritter verteidigen. Die Bearbeitung und verfahrensrechtliche Führung eines gerichtlichen Verfahrens (insbesondere die Beachtung von Fristen) obliegt dem Konzessionsnehmer. Die Gemeinde wird, soweit für die Führung eines gerichtlichen Verfahrens erforderlich, Erklärungen gegenüber den zuständigen Behörden und/oder Gerichten abgeben. Die der Gemeinde dabei entstehenden Kosten (insbesondere Verfahrens- und Rechtsberatungskosten) trägt das der Konzessionsnehmer. Für die vorgenannten Kosten kann die Gemeinde vom Konzessionsnehmer einen Kostenvorschuss in Höhe der zu erwartenden Kosten verlangen.“
- 656 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 280):
- 657 „Die SWB hat überdies den Umfang und Inhalt der Abstimmung mit der Kommune bei Ansprüchen Dritter präzisiert. Sie wird die gerichtliche Bearbeitung / Vertretung übernehmen und verlangt hierfür im Gegenzug von Seiten der Kommune die Abgabe von notwendigen Erklärungen gegenüber Behörden / Gerichten. Sie übernimmt ausdrücklich die Kosten für etwaige gerichtliche Verfahren. Hierfür wird seitens der SWB ein Kostenvorschuss gewährt.“

- 658 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 1 Punkt und des Angebotes der Streithelferin mit 0,9 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 659 „Da die vertraglichen Haftungsregelungen der SWB durch die ausdrückliche Regelung zur Kostenübernahme sowie zum Kostenvorschuss kommunalfreundlicher sind, erhält das Angebot der SWB die Höchstpunktzahl und die E einen leichten Abschlag von einem halben Punktwert.“
- 660 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin auszugsweise u. a. Folgendes (Anl. ASt. 18):
- 661 „Das Angebot der E hätte aber einen höheren Punktabzug erhalten müssen, da das Angebot der SWB nicht nur bezüglich der Kostenübernahme sowie bezüglich des Kostenvorschusses kommunalfreundlicher ist, sondern weitere Vorteile enthält. So präzisiert die SWB in ihrem Angebot den Umfang und Inhalt der Abstimmung mit der Kommune bei Ansprüchen Dritter und wird die gerichtliche Bearbeitung / Vertretung übernehmen. Diese Aspekte erfordern einen weiteren Punktabzug zu Lasten des Angebots der E. Nachvollziehbare Gründe für eine nur geringfügige Schlechterbewertung des Angebots der E sind hier insgesamt nicht erkennbar. Es hätte ein deutlich höherer Punktabschlag zulasten des Angebots der E erfolgen müssen.
- 662 Die Bewertung ist daher nicht sachgerecht und führt zu einer unbilligen Behinderung sowie Diskriminierung der SWB. Dies wird ausdrücklich gerügt.“ (Rüge Nr. 105)
- 663 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rüge der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 664 „Beide Bewerber haben die Haftungsregelungen des Musterkonzessionsvertrages Baden-Württemberg weitgehend übernommen und haften nach den gesetzlichen Bestimmungen. Bei der Bewertung wurde berücksichtigt, dass die Haftungsregelung der Stadtwerke B z.B. durch die Gewährung eines Kostenvorschusses im Falle eines Gerichtsverfahrens kommunalfreundlicher ist. Entgegen der Rüge der Stadtwerke B wird in der Wertung auch berücksichtigt, dass die Stadtwerke B im Falle eines Gerichtsverfahrens die Prozessführung übernehmen und die hierdurch entstehenden Kosten tragen würden. Die durch die Stadtwerke B hervorgebrachten Rügen sind daher unzutreffend. Die einzelnen Vor- und Nachteile der jeweiligen Angebote und deren Kommunalfreundlichkeit wurden gesehen und bewertet, was sich auch in der Wertung und einem Punkteabschlag zulasten des Angebotes der E niedergeschlagen hat.“
- 665 Das Landgericht hat die Rüge für unbegründet gehalten. Die Verfügungsbeklagte habe sämtliche von der Verfügungsklägerin gerügten Punkte berücksichtigt. Die Wertung sei gut vertretbar.
- 666 Die Verfügungsklägerin wiederholt mit der Berufungsbegründung ihre Rüge.
- 667 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil.

- 668 (2) Die Rüge Nr. 105 ist unbegründet. Die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte ist plausibel und nicht zu beanstanden. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte bei ihrer Bewertung sämtliche Gesichtspunkte in die Bewertung mit einbezogen. Insbesondere hat die Verfügungsbeklagte auch berücksichtigt, dass die Verfügungsklägerin den Umfang und Inhalt der Abstimmung mit der Kommune bei Ansprüchen Dritter präzisiert hat sowie die Bearbeitung und Vertretung in gerichtlichen Verfahren übernimmt. Dies ist ausdrücklich in der Wertungsbegründung unter der Überschrift „Begründung“ unter dem Gesichtspunkt „Unterschiede“ aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 280). Die Verfügungsbeklagte hält sich – gerade noch – in dem ihr zustehenden Beurteilungsermessen, wenn sie die bestehenden Unterschiede zwischen den angebotenen Haftungsregelungen mit einem Punktwertunterschied von 0,5 bewertet.
- 669 qq) Der Berufungsantrag, im Kriterium „D.IV. Endschaftsbestimmungen“ einen Punktabschlag von mindestens 0,5 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 670 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 1 Punkt vergeben werden kann, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 22):
- 671 „Endschaftsbestimmung: Von den Bewerbern wird erwartet, dass sie kommunalfreundliche Regelungen im Hinblick auf das Auslaufen des Konzessionsvertrages, des sich anschließenden Konzessionsauswahlverfahrens und eines möglichen Netzübergangs anbieten. Hierbei können insbesondere auch Regelungen zugunsten eines potentiellen neuen Netzbetreibers angeboten werden, die die Geltendmachung seines Netzübergangsanspruches erleichtern und ihm die hierfür erforderlichen Informationen einräumen.“
- 672 Die Verfügungsklägerin hat folgende Endschaftsbestimmung angeboten (Anl. ASt. 27, S. 14 f.):
- 673 „§ 10 Endschaftsbestimmungen
- 674 (1) Endet der Vertrag und wird zwischen der Gemeinde und dem Konzessionsnehmer kein neuer Konzessionsvertrag abgeschlossen, so ist der Konzessionsnehmer verpflichtet, die im Gemeindegebiet vorhandenen, im Eigentum des Konzessionsnehmers stehenden für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen der Gemeinde oder einem neuen Netzbetreiber zu übertragen. Vom Übertragungsanspruch ausgenommen sind damit lediglich Durchgangsleitungen.
- 675 (2) Der Konzessionsnehmer wird dem Neukonzessionär auf Verlangen binnen vier Wochen nach Aufforderung jeweils mit Stand zum 31. Dezember des Vorjahres, diejenigen Informationen zur Verfügung stellen, die er benötigt, um die wirtschaftlichen Rahmenbedingung einer Netzübernahme beurteilen zu können. Hierzu zählen insbesondere die Informationen gemäß § 9 Abs. 1.
- 676 (3) Der Kaufpreis für die zu überlassenden Verteilungsanlagen ist die wirtschaftlich angemessene Vergütung gemäß § 46 Abs. 2 EnWG (oder einer entsprechenden Nachfolgeregelung) und entspricht damit derzeit dem objektivierten Ertragswert nach IDW S1. Bei der Ermittlung des Kaufpreises sind die von Anschluss-

nehmern, der Gemeinde oder Dritten geleisteten und noch nicht aufgelösten Ertragszuschüsse zu berücksichtigen.

- 677 (4) Sollte zwischen dem Konzessionsnehmer und dem Neukonzessionär Uneinigkeit über die angemessene Vergütung für die Übereignung der Gasversorgungsanlagen bestehen, verpflichtet sich der Konzessionsnehmer bereits jetzt, einer Veräußerung der Gasversorgungsanlagen zum kalkulatorischen Restwert unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Nachprüfung der Angemessenheit dieser Vergütung zuzustimmen. Die Vertragspartner sind sich einig, dass durch die Vereinbarung eines vorläufigen Kaufpreises keine Vorfestlegung über die Höhe und das Ermittlungsverfahren des endgültigen Kaufpreises beabsichtigt ist. Als Zinssatz für eine ggf. auszugleichende Differenz dürfen die Vertragspartner maximal einen Zinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB vereinbaren.
- 678 (5) Der Kaufpreis für die Verteilungsanlagen ist am Tag der Übernahme zur Zahlung fällig.
- 679 (6) Hinsichtlich der bei dem Konzessionsnehmer verbleibenden Verteilungsanlagen bleiben die dem Konzessionsnehmer eingeräumten Rechte nach diesem Vertrag bis zu einer vertraglichen Neuregelung bestehen. Über die Einzelheiten der weiteren Inanspruchnahme der gemeindlichen Grundstücke werden die Gemeinde und der Konzessionsnehmer eine besondere Vereinbarung abschließen; dazu gehört auch die Festlegung einer angemessenen Vergütung, soweit dies gesetzlich zulässig ist.
- 680 (7) Der Konzessionsnehmer wird nach der Übertragung oder Überlassung von Gasversorgungsanlagen nach Abs. 1 Satz 1 auf Verlangen und zugunsten eines Neukonzessionärs gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die in seinem Eigentum verbleibenden Grundstücke bestellen. Inhalt der Dienstbarkeit ist das Recht des Neukonzessionärs, die Gasversorgungsanlagen auf diesen Grundstücken zu belassen, zu betreiben, zu unterhalten und gegebenenfalls zu erneuern, sowie das Recht, diese Grundstücke zu diesem Zweck zu benutzen.
- 681 (8) Zwischen den Vertragspartnern besteht Einigkeit darüber, dass die Errichtung von Gasversorgungsanlagen auf Grundstücken des Konzessionsnehmers, wie auf Grundstücken Dritter, zur Erfüllung der zeitlich begrenzten Verpflichtung aus diesem Vertrag erfolgt und diese Gasversorgungsanlagen daher Scheinbestandteile i.S.d. § 95 Abs. 1 BGB darstellen, welche als rechtlich selbstständige bewegliche Sachen nach Abs. 1 zu übereignen oder zu überlassen sind.“
- 682 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 286):
- 683 „Ein wie von der SWB vorgeschlagener Vorbehaltskauf (Veräußerung zum kalkulatorischen Restwert unter Vorbehalt der gerichtlichen Nachprüfung) ermöglicht eine zügige Netzübernahme auch bei Streitigkeiten über den konkreten Netzkaufpreis.“
- 684 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 1 Punkt und der Streithelferin mit 0,8 Punkten wurde wie folgt begründet:

- 685 „Die in den Konzessionsvertragsentwürfen enthaltenen Endschaftsbestimmungen sind hinsichtlich des Kaufpreises gleichwertig. Die Endschaftsbestimmungen der SWB stellen sicher, dass der zügigen Netzübernahme keine Streitigkeiten entgegenstehen und tragen zur Konfliktlösung bei. Sie sind daher im Ergebnis besser zu bewerten als die Endschaftsbestimmungen der E, die hierzu keine Regelung enthalten.
- 686 Die SWB erhält daher die Höchstpunktzahl und die E einen Abschlag von einem Punktwert.
- 687 Die von der E bei dieser Klausel angebotenen Entflechtungs-/ Einbindungsregelung werden an dieser Stelle nicht bewertet, sondern im Rahmen des Kriteriums D. V. Entflechtungsregelungen“ bei der Bewertung berücksichtigt.“
- 688 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 689 - dass die Verfügungsbeklagte nicht in die Bewertung miteinbezogen habe, dass sich die Verfügungsklägerin, dem Neukonzessionär gegenüber zur Informationsbereitstellung zur Beurteilung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen einer Netzübernahme verpflichte (Rüge Nr. 106),
- 690 - dass die Verfügungsbeklagte nicht hinreichend berücksichtigt habe, dass das Angebot der Verfügungsklägerin die Verpflichtung zur Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Neukonzessionärs für die im Eigentum der Verfügungsklägerin verbleibenden Grundstücke enthalte (Rüge Nr. 107).
- 691 - Zudem liege eine Doppelbewertung vor (Kriterium D.II.), indem im Angebot der Streit-
helferin angegeben sei, dass die Konzessionsabgabe bis zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages weitergewährt werde (Rüge Nr. 108).
- 692 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 693 „Hinsichtlich des Erhalts wichtiger Informationen, sowie dem im Angebot der Stadtwerke B enthaltenen Recht, nach der Übertragung oder Überlassung der Verteilungsanlagen auf Verlangen und zugunsten eines Neukonzessionärs eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die in seinem Eigentum verbleibenden Grundstücke zu bestellen, wurde das Angebot der Stadtwerke B mit der Höchstpunktzahl bewertet.
- 694 Eine darüber hinaus gehende weitere Abwertung des Angebots der E war nicht gerechtfertigt. Insgesamt ist bei diesem Kriterium zu berücksichtigen, dass Endschaftsbestimmungen vielschichtig sind und einen komplexen Regelungsgegenstand haben. Eine einzelne Abweichung kann daher nicht zu großen Unterschieden bei der Bewertung führen, wenn die weitergehenden Regelungen den gewünschten gemeindefreundlichen Inhalt haben.“
- 695 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Es spreche nichts dafür, dass die Weiterzahlung der Konzessionsabgaben bis zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages bei diesem Kriterium berücksichtigt worden sei. Es sei nicht zu beanstanden, dass trotz der Nichterwähnung der von der Verfügungsklägerin angesprochenen Unter-

schiede in der Bewertungsmatrix ein Abzug von einem Punktwert vorgenommen worden sei.

- 696 Die Verfügungsklägerin wiederholt in der Berufungsbegründung ihre Rügen.
- 697 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil.
- 698 (2) Die Berufung ist hinsichtlich der Rügen Nr. 106 und 107 begründet. Im Übrigen (Rüge Nr. 108) ist die Berufung unbegründet.
- 699 (a) Die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der Informationsbereitstellung an den Neukonzessionär zur Beurteilung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen einer Netzübernahme (Rüge Nr. 106) ist begründet. Die Verfügungsklägerin rügt zu Recht, dass die Verfügungsbeklagte unberücksichtigt gelassen hat, dass die Verfügungsklägerin – wie im Kriterium ausdrücklich vorgesehen – eine Regelung angeboten hat, welche dem Neukonzessionär die Geltendmachung des Netzübergangsanspruches erleichtert und ihm die hierfür erforderlichen Informationen verschafft. Die Verfügungsbeklagte hat diesen – positiv zu wertenden – Gesichtspunkt im Auswertungsvermerk im Abschnitt „Begründung“ nicht erwähnt. Der Senat geht deswegen davon aus, dass dieser Gesichtspunkt bei der Bewertung übersehen wurde, so dass die Verfügungsbeklagte bei ihrer Bewertung von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist. Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts kann der dem Neukonzessionär eingeräumte Informationsanspruch auch nicht als für die Verfügungsbeklagte „offensichtlich nicht relevant“ eingestuft werden. Denn die Verfügungsbeklagte hat diesen Gesichtspunkt ausdrücklich im 2. Verfahrensbrief abgefragt und damit hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass dieser Gesichtspunkt für sie relevant ist.
- 700 (b) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der Verpflichtung zur Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Neukonzessionärs für die im Eigentum der Verfügungsklägerin verbleibenden Grundstücke (Rüge Nr. 107) ist begründet. Die Verfügungsbeklagte hat die von der Verfügungsklägerin angebotene beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Neukonzessionärs nicht berücksichtigt. Hierbei handelt es sich jedoch um einen positiven Gesichtspunkt, welcher zukünftige Konzessionswechsel einfacher und reibungsloser gestaltet. Indem die Verfügungsbeklagte diesen Gesichtspunkt nicht berücksichtigt hat, ist sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen.
- 701 (c) Die Rüge einer Doppelbewertung der Weitergewährung der Konzessionsabgabe bis zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages (Rüge Nr. 108) ist unbegründet. Diese Rüge ist nicht nachvollziehbar. Es sind keine Anhaltspunkte für eine solche Doppelbewertung ersichtlich. Wie bereits mehrfach ausgeführt, kann aufgrund der bloßen Übernahme eines Gesichtspunktes in die „Zusammenfassung der Angebote“ nicht auf eine positive oder negative Bewertung dieses Gesichtspunktes geschlossen werden. Bewertet wurde nur, was unter der Überschrift „Begründung“ aufgeführt ist.
- 702 rr) Der Berufungsantrag, im Kriterium „D.VIII. Qualität der Oberflächenwiederherstellung“ einen Punktabschlag von mindestens 1,8 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.

- 703 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 3 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 22):
- 704 „Qualität der Oberflächenwiederherstellung: Von den Bewerbern wird erwartet, dass sie sich vertraglich zur Einhaltung von Qualitätsstandards bei der Oberflächenwiederherstellung verpflichten.“
- 705 Die Verfügungsklägerin hat folgende Regelung zu Qualitätsstandards bei der Oberflächenwiederherstellung angeboten (Anl. ASt. 27, S. 9):
- 706 „§ 4 Bau und Betrieb von Leitungen und Anlagen
- 707 [...]
- 708 (12) Nach Beendigung der Bauarbeiten wird der Konzessionsnehmer die benutzten Grundstücke oder Bauwerke nach Maßgabe der jeweils allgemein anerkannten Regeln der Technik und nach Vorgaben der Gemeinde wieder in den vorherigen bzw. einen dem früheren Zustand (zumindest) gleichwertigen Zustand versetzen oder wird, sofern die Gemeinde es wünscht, an Stelle der Wiederherstellung eine entsprechende Entschädigung leisten. Verursachen die Vorgaben der Gemeinde im Vergleich zu einer Herstellung entsprechend dem ursprünglichen Zustand Mehraufwendungen, ist dieser Mehraufwand von der Gemeinde zu ersetzen. Für die von dem Konzessionsnehmer ausgeführten Bauarbeiten gilt eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren. Sie beginnt mit der Abnahme der wiederhergestellten Oberflächen durch die Gemeinde. Der Konzessionsnehmer wird der Gemeinde den Zeitpunkt der Fertigstellung der Baumaßnahme schriftlich mitteilen. Unter der Voraussetzung ordnungsgemäßer Fertigstellung hat die Abnahme innerhalb von acht Wochen zu erfolgen. Verzichtet die Gemeinde auf die Abnahme, gilt die Baumaßnahme nach Ablauf der in Satz 6 genannten Frist als abgenommen. Vor Beginn jeder Baumaßnahme und nach deren Abschluss hat der Konzessionsnehmer den Zustand des Ortes der Baumaßnahme und der Baustelle durch eine Videoaufnahme zu dokumentieren. Auf Wunsch der Gemeinde wird diese bei der Dokumentation hinzugezogen. Über die Abnahme stellt der Konzessionsnehmer eine Bescheinigung aus.
- 709 (13) Sollten nach Abnahme der Anlagen und nach Wiederherstellung des öffentlichen Verkehrsweges durch den Konzessionsnehmer innerhalb von fünf Jahren Mängel an den betreffenden Stellen eintreten, die auf diese Arbeiten zurückzuführen sind, so ist der Konzessionsnehmer verpflichtet, diese Mängel unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von der Gemeinde gesetzten angemessenen Frist zu beheben. Innerhalb der Frist wird vermutet, dass die Mängel auf die Bauarbeiten des Konzessionsnehmers zurückzuführen sind, wenn diese Bauarbeiten am gleichen Ort die letzten waren. Bei wesentlichen Mängeln findet nach deren Beseitigung eine nochmalige gemeinsame Abnahme statt. Kommt der Konzessionsnehmer seiner Verpflichtung zur Behebung der Mängel nach angemessener Frist nicht nach, so ist die Gemeinde berechtigt, die Mängel auf Kosten des Konzessionsnehmers beseitigen zu lassen. Der Konzessionsnehmer hat der Gemeinde den Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist mindestens sechs Monate vorher schriftlich anzuzeigen. Der Konzessionsnehmer wird der Gemeinde mit

dieser Anzeige einen Termin für eine gemeinsame Nachabnahme vorschlagen. Der Termin sollte spätestens vier Wochen vor Ablauf der Gewährleistungsfrist stattfinden. Des Weiteren lässt der Konzessionsnehmer der Gemeinde eine Planunterlage der seinerzeit durchgeführten Maßnahmen zukommen. Zeigt der Konzessionsnehmer den Ablauf der Gewährleistungsfrist der Gemeinde nicht oder nicht rechtzeitig an, verlängert sich die Gewährleistungsfrist bis sechs Monate nach Anzeige durch den Konzessionsnehmer, maximal jedoch auf sieben Jahre.“

- 710 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 302):
- 711 „Die Gewährleistungspflicht beginnt nach § 4 Abs. 5 S. 2 MKV mit der Abnahme, spätestens jedoch einen Monat nachdem der Gemeinde der Abschluss der Bauarbeiten mitgeteilt wurde.
- 712 Die SWB gewährt der Gemeinde eine Frist zur Abnahme von acht Wochen und erwartet eine Bescheinigung. Weiterhin dokumentiert die SWB vor Baubeginn und vor Abschluss den Zustand des Ortes durch eine Videoaufnahme. Die SWB wird die Gemeinde sechs Monate vor Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist schriftlich hierüber informieren. Bei nicht rechtzeitiger Anzeige wird die Gewährleistungsfrist um bis sechs Monate nach Anzeige; maximal sieben Jahre verlängert.“
- 713 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 3 Punkten und des Angebots der Streithelferin mit 1,8 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 714 „Beide Angebote enthalten Regelungen zur Wiederherstellung der Oberflächenqualität entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen. Da die SWB weitergehende kommunalfreundliche Regelungen, insbesondere zur Dokumentation, Abnahmefiktion und den Hinweis zur Gewährleistungspflicht vor Ablauf in ihren Vertragsentwurf aufgenommen hat, ist ihr Angebot hier im Ergebnis besser als das der E zu bewerten.
- 715 Die SWB erhält daher die Höchstpunktzahl und die E einen Abschlag von zwei Punktwerten.“
- 716 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 717 - dass die Verpflichtung der Verfügungsklägerin zur Dokumentation, die Abnahmefiktion und der Hinweis zur Gewährleistungspflicht vor deren Ablauf im Angebot der Klägerin zwar positiv bewertet würden, aber nicht ausreichend gewichtet worden sei (Rüge Nr. 109).
- 718 - Zudem habe die Verfügungsbeklagte die Abnahmefiktion spätestens einen Monat nach Mitteilung des Abschlusses der Bauarbeiten im Angebot der Streithelferin nicht zu Lasten der Streithelferin ausreichend berücksichtigt (Rüge Nr. 110).
- 719 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 720 „Die Gemeinde A hat die gerügten Aspekte ausweislich des Auswertungsvermerks (Seite 302) sämtlich gesehen und daher das Angebot der Stadtwerke B mit der höchstmöglichen Punktzahl bewertet und entsprechend des gemeindli-

chen Ermessens der E für deren Angebot einen angemessenen Punktabzug von zwei Punktwerten erteilt. Dies ist nicht zu beanstanden. Ein darüberhinausgehender Punkteabzug zulasten der E ist auch nach Vorbringen der Rügen nicht ersichtlich.“

- 721 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Sämtliche von der Verfügungsklägerin angesprochenen Punkte seien berücksichtigt worden. Die Gewichtung sei vertretbar.
- 722 Die Verfügungsklägerin wiederholt in der Berufungsbegründung ihre Rügen.
- 723 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil.
- 724 (2) Die Rügen sind unbegründet. Die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte ist plausibel und nicht zu beanstanden. Beide von der Verfügungsklägerin als unzureichend berücksichtigt gerügten Gesichtspunkte (Rüge Nr. 109, 110) sind ausdrücklich im Auswertungsvermerk unter „Begründung“ erwähnt (Anl. ASt. 17, S. 302) und deswegen Gegenstand der Bewertung durch die Verfügungsbeklagte geworden. Dass die Verfügungsbeklagte von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen sein könnte, wie die Verfügungsklägerin meint, ist nicht ersichtlich. Die von der Verfügungsklägerin aufgeführten Gesichtspunkte haben zu einem Punktabschlag in Höhe von insgesamt 2 Punktwerten zulasten der Streithelferin geführt. Dies ist nicht zu beanstanden. Die Gemeinde hält sich mit dieser Bewertung innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsermessens.
- 725 ss) Der Berufungsantrag, im Kriterium „D.IX. Baumaßnahmen (Abstimmungen und Koordination mit der Antragsgegnerin und anderen Versorgungsunternehmen)“ einen Punktabschlag von mindestens 0,5 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist teilweise begründet.
- 726 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 1 Punkt vergeben werden kann, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 22 f.):
- 727 „Baumaßnahmen (Abstimmungen und Koordination mit der Gemeinde A und anderen Versorgungsunternehmen): Von den Bewerbern wird erwartet, dass sie sich vertraglich zur Einhaltung von Prozessen verpflichten, die eine Abstimmung und Koordination von Baumaßnahmen mit der Gemeinde A und anderen im Gemeindegebiet tätigen Versorgungsunternehmen ermöglichen.“
- 728 Die Verfügungsklägerin hat folgende Regelung zu Baumaßnahmen angeboten (Anl. ASt. 27, S. 6):
- 729 „§ 4 Bau und Betrieb von Leitungen und Anlagen
- 730 (1) Der Konzessionsnehmer errichtet die Leitungen und sonstigen Anlagen – zusammen im Folgenden „Verteilungsanlagen“ genannt – nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik und hält diese in einwandfreiem, betriebsfähigem Zustand.
- 731 (2) Der Konzessionsnehmer wird die Verteilungsanlagen im Gemeindegebiet so planen, errichten, instandhalten und betreiben, dass eine sichere und wirtschaft-

liche Betriebsweise gewährleistet ist. Dabei wird der Konzessionsnehmer die Belange des Umweltschutzes in angemessener Weise berücksichtigen.

- 732 (3) Die Gemeinde, der Konzessionsnehmer und von der Gemeinde zu benennende Dritte, insbesondere im Gemeindegebiet tätige Versorgungsunternehmen, werden sich dreimal im Kalenderjahr, sowie zusätzlich auf Wunsch der Gemeinde, treffen und sich über die jeweils von ihnen geplanten Baumaßnahmen desselben Kalenderjahres und des Folgejahres informieren, sich dazu abstimmen und – soweit möglich – diese in der Durchführung koordinieren. Für Baumaßnahmen in der Gemeinde benennt der Konzessionsnehmer einen festen Ansprechpartner.
- 733 (4) Falls Bauarbeiten der Gemeinde, von der Gemeinde zu benennender Dritter und des Konzessionsnehmers an gleicher Stelle oder im räumlich-verkehrlichen Wirkungszusammenhang zeitlich zusammenfallen, sollen die Arbeiten möglichst gleichzeitig begonnen, koordiniert und ausgeführt werden. Im Falle des Satz 1 kann die Gemeinde verlangen, dass ein gemeinsamer Bauentwurf und Bauablaufplan erstellt, die Bauvergabe auf Grund gemeinsamer Ausschreibung der Bauleistung vorgenommen und eine gemeinsame Bauleitung eingerichtet wird. Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich, wenn möglich, Straßenaufbrüche der Gemeinde oder von der Gemeinde zu benennende Dritte gemeinsam mit diesen zu nutzen. Im Fall der gemeinsamen Nutzung verpflichtet sich der Konzessionsnehmer zur verursachungsgerechten Kostentragung.
- 734 (5) Der Konzessionsnehmer wird die Gemeinde rechtzeitig, mindestens 12 Wochen vor Baubeginn größerer Baumaßnahmen an Verteilungsanlagen, insbesondere über beabsichtigte Baumaßnahmen vielbefahrener Durchgangsstraßen bzw. Straßenkreuzungen sowie solcher Baumaßnahmen die mindestens fünf Anschlussnehmer betreffen unter Vorlage von Plänen und der Darstellung des vorgesehenen Verkehrssicherungskonzeptes informieren, um damit der Gemeinde die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Die Gemeinde hat die Stellungnahme innerhalb von zwei Monaten nach entsprechender Anforderung durch den Konzessionsnehmer abzugeben. Ebenso wird die Gemeinde den Konzessionsnehmer rechtzeitig über Planung und Durchführung von Baumaßnahmen unterrichten, die Einfluss auf vorhandene Verteilungsanlagen oder deren Planung haben können. Sofern die durchzuführenden Arbeiten der unaufschiebbare Behebung von Störungen oder Schäden dienen, ist die Unterrichtung des jeweiligen Vertragspartners so rasch wie möglich nachzuholen.
- 735 (6) Der Konzessionsnehmer wird vor der Errichtung neuer sowie vor Erweiterung und Änderung bestehender Verteilungsanlagen die Zustimmung der Gemeinde einholen, soweit öffentliche Verkehrswege oder sonstige Grundstücke der Gemeinde berührt werden. Die Zustimmung kann nur versagt werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen oder sonstige wesentliche Belange der Gemeinde entgegenstehen. Die Zustimmung kann bei Maßnahmen, die rechtlich zwingend durchgeführt werden müssen (z.B. Hausanschlüsse, EEG-Anschlüsse) nicht versagt werden.
- 736 Bei Baumaßnahmen geringen Umfangs (insbesondere Baugruben zur Herstellung von Hausanschlüssen, Einbau von Armaturen o.a. mit einer Grabenlänge von max. 25 m im öffentlichen Verkehrsraum) genügt eine rechtzeitige Anzei-

ge bei der Gemeinde unter Angabe des Ausführungszeitpunkts und Vorlage eines Lageplans. Die Gemeinde kann der Ausführung unter den in Satz 2 genannten Voraussetzungen widersprechen. Ein Widerspruch bzw. die Versagung der Zustimmung durch die Gemeinde hat für die Umsetzung der Baumaßnahme aufschiebende Wirkung, bis eine Einigung erzielt wird. Sollte eine Einigung bilateral nicht erreicht werden, wird ein Moderator eingesetzt. Details über den Prozess der Zustimmungseinholung werden bilateral zwischen der Gemeinde und dem Konzessionsnehmer geregelt.

- 737 (7) Die Gemeinde ist berechtigt in der Stellungnahme gemäß Abs. 5 Satz 1 Änderungen zu verlangen, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit, des Städtebaus, des Landschafts-, Denkmal- und Umweltschutzes oder zur Erfüllung der Vertragsbedingungen notwendig sind. Der Konzessionsnehmer hat die Änderungswünsche der Gemeinde zu berücksichtigen, es sei denn, sie sind technisch undurchführbar oder führen zu gegenüber den gemeindlichen Belangen unangemessenen Verzögerungen oder unangemessenen Mehrkosten des Bauvorhabens. Sofern die Änderungswünsche der Gemeinde zu unangemessenen Mehrkosten des Bauvorhabens gemäß Satz 2 führen, werden diese Änderungswünsche, nach Abstimmung mit der Gemeinde dennoch berücksichtigt, wenn die Gemeinde diese Mehrkosten trägt. Sofern der Konzessionsnehmer plant, die Änderungswünsche der Gemeinde aus den in Satz 2 genannten Gründen nicht zu berücksichtigen, hat es dies gegenüber der Gemeinde vor der Durchführung des Bauvorhabens schriftlich anzuzeigen und zu begründen.
- 738 (8) Die Gemeinde wird den Konzessionsnehmer bei der Trassenfindung und der Erlangung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen für den Bau von Verteilungsanlagen sowie beim Erwerb von Grundstücken oder Rechten an Grundstücken Dritter im Gemeindegebiet unterstützen.
- 739 (9) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich nach einer vollständigen Erneuerung des asphaltierten Straßenbelags durch die Gemeinde, erneute Aufgrabungen dieser Flächen nicht vor Ablauf einer Sperrfrist von fünf Jahren vorzunehmen. Ausgenommen hiervon sind unvorhersehbare Maßnahmen, insbesondere zur Störungsbeseitigung sowie Maßnahmen aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen, wie z.B. die Errichtung von Netzanschlüssen. Die Gemeinde wird den Konzessionsnehmer mindestens sechs Monate vor Baubeginn über die vollständige Erneuerung des asphaltierten Straßenbelags unterrichten.
- 740 (10) Die für die Ausführung der Arbeiten des Konzessionsnehmers an den öffentlichen Verkehrswegen geltenden gesetzlichen Vorschriften und sonstigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen für solche Arbeiten zur Sicherung des Verkehrs und zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Wiederherstellung der Verkehrswege sowie die anerkannten Regeln der Straßenbautechnik (u.a. Verdichtungsprüfung nach DIN, Merkblätter der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen) sind zu beachten. Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich, die für den Konzessionsnehmer tätigen Tiefbauunternehmer anzuweisen, beim Öffnen und Schließen von Gehwegen darauf zu achten, dass die Verkehrssicherheit erhalten bleibt. Durch die Bauarbeiten dürfen die Zugänge zu den angrenzenden Grundstücken sowie der Anliegerverkehr nicht mehr als unvermeidbar beschränkt werden. Die Anlieger der betroffenen Grundstücke sind vom Konzessionsnehmer rechtzeitig vor Baubeginn in angemessener Form zu unterrichten. Wird die Ge-

meinde von Dritten anlässlich der Durchführung von Bauarbeiten auf Zahlung von Entschädigungen in Anspruch genommen, die der Konzessionsnehmer verschuldet hat, stellt der Konzessionsnehmer sie davon frei bzw. erstattet ihr bereits geleistete Zahlungen, soweit diese rechtlich begründet waren. Sollten durch technische Verzögerungen bei Baumaßnahmen Baugruben mehr als drei Wochen nicht verschlossen werden, verpflichtet sich der Konzessionsnehmer zu einer provisorischen Schließung der Baugrube, bis die Baumaßnahmen wieder aufgenommen werden können. Der Konzessionsnehmer führt entsprechende Aufzeichnungen über den zeitlichen und technischen Ablauf der Baumaßnahmen. Zudem erstellt der Konzessionsnehmer bei jeder Baumaßnahme eine Fotodokumentation vor Beginn und nach Beendigung der jeweiligen Maßnahme. Die Dokumentation wird archiviert und auf Wunsch der Stadt zur Verfügung gestellt.

- 741 (11) Der Konzessionsnehmer hat bei Bauarbeiten Entwässerungsanlagen, Anlagen zur Straßenbeleuchtung, Leitungen oder sonstige gemeindliche Anlagen nach Weisungen der Gemeinde zu sichern und wiederherzustellen. Die gleiche Verpflichtung trifft die Gemeinde hinsichtlich der Verteilungsanlagen des Konzessionsnehmers, die durch Arbeiten der Gemeinde an ihren Anlagen beeinträchtigt werden. Satz 1 gilt entsprechend für Anlagen Dritter, die die Erfüllung gemeindlicher Aufgaben übernommen haben. Die Gemeinde stellt ihrerseits sicher, dass auch diese Dritten bei ihren Arbeiten betroffene Verteilungsanlagen des Konzessionsnehmers entsprechend behandeln.
- 742 [...]
- 743 (14) Der Konzessionsnehmer führt ein Bestandsplanwerk über seine in der Gemeinde vorhandenen Verteilungsanlagen nach einem in der Versorgungswirtschaft üblichen, aktuellen technischen Standard. Aktuell führt der Konzessionsnehmer die vorhandenen Verteilungsanlagen im GIS auf. Er stellt der Gemeinde jederzeit auf Wunsch, innerhalb von vier Wochen, eine aktualisierte Übersicht über die im Gemeindegebiet vorhandenen Verteilungsanlagen in der bei dem Konzessionsnehmer vorhandenen Form unentgeltlich zur Verfügung, soweit dies konzessionsabgabenrechtlich zulässig ist. Eventuell anfallender Mehraufwand wird von der Gemeinde zu marktüblichen Sätzen vergütet. Die Gemeinde ist vorab über die Höhe der etwaigen Vergütung zu unterrichten. Dies entbindet die Gemeinde allerdings nicht von ihrer Pflicht, vor der Ausführung von Bauarbeiten das Vorhandensein sowie die genaue Lage von Verteilungsanlagen des Konzessionsnehmers im Arbeitsbereich bei dieser zu erheben. Im Übrigen erhält die Gemeinde auf Anfrage wie jeder Dritter Auskunft über den aktuellen Leitungsverlauf an einzelnen Punkten des Versorgungsnetzes.
- 744 (15) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich, der Gemeinde gegen Übernahme der hierfür anfallenden Kosten die Mitverlegung von Leerrohren und Einzugschächten zur eigenen Nutzung in Gräben zu ermöglichen, die für Arbeiten am Netz ausgehoben werden. Dies gilt auch für eine Mitverlegung bei Pressungen und Spülbohrungen. Zu diesem Zweck wird der Konzessionsnehmer die Gemeinde im Rahmen der Abstimmung von Baumaßnahmen über die geplante Baumaßnahme und die Möglichkeit der Mitverlegung informieren und die gemeinsame Verlegung mit der Gemeinde abstimmen.

- 745 (16) Die Gemeinde kann die verlegten Leerrohre des Konzessionsnehmers bei vorhandener Kapazität gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung zum Eigenbedarf mitnutzen. Netzbetriebliche Belange des Konzessionsnehmers werden bei der Mitnutzung berücksichtigt.
- 746 (17) Die Gemeinde kann von dem Konzessionsnehmer die Beseitigung endgültig stillgelegter Verteilungsanlagen verlangen, soweit diese Anlagen Maßnahmen der Gemeinde erschweren oder behindern. Anlagen gelten als stillgelegt, wenn sie außer Betrieb genommen worden sind und voraussichtlich innerhalb von drei Jahren nicht wieder in Betrieb genommen werden. Die Kosten der Beseitigung trägt – im Rahmen des konzessionsabgabenrechtlich Zulässigen – der Konzessionsnehmer.“
- 747 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 308):
- 748 „Bis zur Wiederaufnahme der Baumaßnahmen verpflichtet sich die SWB zu einer provisorischen Schließung der Baugrube, wenn innerhalb von drei Wochen die Baugrube aufgrund technischer Verzögerungen nicht verschlossen werden kann. Es werden entsprechende Aufzeichnungen über den zeitlichen / technischen Ablauf der Baumaßnahmen und eine Fotodokumentation erstellt, die archiviert und der Gemeinde auf Wunsch zur Verfügung gestellt wird.“
- 749 Die gleiche Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 1 Punkt und des Angebots der Streithelferin mit 0,9 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 750 „Positiv am Angebot der SW ist die umfassende Dokumentation und Archivierung der Baumaßnahmen sowie die provisorische Schließung der Baugruben ins Gewicht gefallen. Im Übrigen sind die in den Konzessionsvertragsentwürfen enthaltenen Regelungen zur Abstimmung und Koordination mit der Gemeinde gleichwertig.
- 751 Die SWB erhält daher die Höchstpunktzahl und die SWB einen geringfügigen Abschlag von einem halben Punktwert.
- 752 Um eine Doppelbewertung zu vermeiden, wird die Regelung zum Bestandplanwerk und zur Ausstellung einer aktualisierten Übersicht zu den Verteilungsanlagen bei diesem Kriterium nicht gewertet (vgl. D.X. „Vertragliche Datenherausgabeverpflichtung“).“
- 753 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 754 - dass die umfassende Dokumentation und Archivierung der Baumaßnahmen sowie die provisorische Schließung der Baugruben nicht ausreichend gewichtet worden sei (Rüge Nr. 111),
- 755 - dass die Verpflichtung der Verfügungsklägerin, bei Bauarbeiten Entwässerungsanlagen, Anlagen zur Straßenbeleuchtung, Leitungen oder sonstige gemeindliche Anlagen nach Weisungen der Gemeinde zu sichern und wiederherzustellen (§ 4 Abs. 11 des Konzessionsvertrags), nicht zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 112),

- 756 - dass die weitreichenden Mitbestimmungsrechte der Gemeinde, z.B. die Zustimmung der Gemeinde bei der Errichtung sowie vor Erweiterungen oder Änderungen der bestehenden Verteilungsanlagen, soweit öffentliche Verkehrswege oder sonstige Grundstücke der Gemeinde berührt werden (§ 4 Abs. 6 des Konzessionsvertrags) oder das Recht, Änderungen zu verlangen (§ 4 Abs. 7 des Konzessionsvertrags), nicht zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt worden seien (Rüge Nr. 113),
- 757 - dass die „(Zusatz-)Kostentragung durch die Gemeinde“ im Angebot der Streithelferin nicht zu deren Lasten berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 114),
- 758 - dass die – im Angebot der Streithelferin fehlenden – Abstimmungsgespräche (§ 4 Abs. 3 des Konzessionsvertrags) nicht zu Lasten der Streithelferin berücksichtigt worden seien (Rüge Nr. 115),
- 759 - dass die Möglichkeit, einen gemeinsamen Bauentwurf und Bauablaufplan zu erstellen und eine gemeinsame Bauleitung einzurichten (§ 4 Abs. 4 des Konzessionsvertrages), nicht zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 116),
- 760 - dass der Anspruch der Gemeinde auf Beseitigung stillgelegter Anlagen (§ 4 Abs. 17 des Konzessionsvertrages) nicht zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 117),
- 761 - dass die Sperrfrist von 5 Jahren für erneute Aufgrabungen des asphaltierten Straßenbelags (§ 4 Abs. 9 des Konzessionsvertrages) nicht zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 118).
- 762 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 763 „Die Gemeinde A hat die Unterschiede zwischen den Angeboten gesehen und das Angebot der E mit einem Punktabschlag in Höhe von 0,5 Punkten bewertet, da die sonstigen angebotenen Regelungen vor dem Hintergrund des Kriterienkatalogs im Übrigen gleichwertig sind.
- 764 Die gerügten Zusatzkosten im Angebot der E werden grundsätzlich sachgerecht aufgeteilt. Eine Zusatzkostentragung der Gemeinde A soll nur erfolgen, wenn diese auch zuordenbar ist, was selten bis gar nicht der Fall sein wird im Rahmen von Baumaßnahmen.“
- 765 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die beiden Angebote würden sich nur wenig unterscheiden. Eine Beteiligung der Gemeinde an der Kostentragung bei entsprechender Veranlassung sähen beide Angebote vor. Auch im Übrigen seien die Angebote vergleichbar. Auch die Gewichtung sei nicht zu beanstanden.
- 766 Die Verfügungsklägerin wiederholt in der Berufungsbegründung ihre Rügen.
- 767 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil. (Auch) die Streithelferin biete die Abstimmung mit den anderen im Gemeindegebiet tätigen Versorgungsunternehmen an.

- 768 (2) Die Berufung ist hinsichtlich der Rügen Nr. 115, 116 und 118 begründet. Im Übrigen (Rügen Nr. 111 bis 114 und 117) ist die Berufung unbegründet.
- 769 (a) Die Rüge einer unzureichenden Gewichtung von Dokumentation und Archivierung der Baumaßnahmen sowie die provisorische Schließung der Baugruben im Angebot der Verfügungsklägerin (Rüge Nr. 111) ist unbegründet. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte die von der Verfügungsklägerin angebotene Dokumentation und Archivierung der Baumaßnahmen sowie die provisorische Schließung der Baugruben ausreichend gewichtet, indem sie eine Abwertung bei der Streithelferin in Höhe eines halben Punktwertes vorgenommen hat. Dies ist nicht zu beanstanden. Es ist plausibel, diese Gesichtspunkte innerhalb des Wertungsgefüges mit einem halben Punktwert zu bewerten. Dies liegt innerhalb des der Verfügungsbeklagten eingeräumten Bewertungsermessens.
- 770 (b) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der Verpflichtung der Verfügungsklägerin, bei Bauarbeiten Entwässerungsanlagen, Anlagen zur Straßenbeleuchtung, Leitungen oder sonstige gemeindliche Anlagen nach Weisungen der Gemeinde zu sichern und wiederherzustellen (§ 4 Abs. 11 des Konzessionsvertrags) (Rüge Nr. 112), ist unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die angebotene Verpflichtung der Verfügungsklägerin in § 4 Abs. 11 des Konzessionsvertrags, bei Bauarbeiten Entwässerungsanlagen, Anlagen zur Straßenbeleuchtung, Leitungen oder sonstige gemeindliche Anlagen nach Weisungen der Verfügungsbeklagten zu sichern und wiederherzustellen, nicht zugunsten der Verfügungsklägerin bewertet hat. Hierbei handelt es sich um eine ohnehin bestehende gesetzliche Verpflichtung der Verfügungsklägerin. Die Verfügungsklägerin darf Anlagen der Verfügungsbeklagten oder von Dritten nicht beschädigen und muss im Beschädigungsfalle den ursprünglichen Zustand wiederherstellen. Diese Verpflichtung, die u. a. sämtliche Konzessionäre ohnehin trifft, darf bei diesem Kriterium nicht positiv bewertet werden.
- 771 Hinzu kommt, dass in Bezug auf diesen Wertungsgesichtspunkt kein Unterschied zwischen den beiden Angeboten erkennbar oder schlüssig vorgetragen ist. Denn auch die von der Streithelferin angebotenen – dies ergibt sich aus Anl. ASt. 17, S. 269, 303 – Regelungen des § 4 des Musterkonzessionsvertrages Baden-Württemberg (Gas) enthalten in Abs. 4 eine inhaltsgleiche Verpflichtung (abgedruckt in: Schäfer/Uechtritz/Zuber, Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, 1. Aufl. 2015, § 25, Rn. 68). Einen wertungsrelevanten Unterschied hat die Verfügungsbeklagte hier zu Recht nicht gesehen.
- 772 (c) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der weitreichenden Mitbestimmungsrechte der Gemeinde (Rüge Nr. 113), z. B. die Zustimmung der Gemeinde bei der Errichtung sowie vor Erweiterungen oder Änderungen der bestehenden Verteilungsanlagen, soweit öffentliche Verkehrswege oder sonstige Grundstücke der Gemeinde berührt werden (§ 4 Abs. 6 des Konzessionsvertrags), oder das Recht, Änderungen zu verlangen (§ 4 Abs. 7 des Konzessionsvertrags), ist unbegründet. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte Mitbestimmungsrechte der Gemeinde, z. B. die Zustimmung der Gemeinde bei der Errichtung sowie vor Erweiterungen oder Änderungen der bestehenden Verteilungsanlagen, soweit öffentliche Verkehrswege oder sonstige Grundstücke der Gemeinde berührt werden (§ 4 Abs. 6 des Konzessionsvertrags), oder das Recht, Änderungen zu verlangen (§ 4 Abs. 7 des Konzessionsvertrags), nicht positiv zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt hat. Denn insoweit ist nicht ersichtlich – und von der Verfügungsklägerin nicht vorgetragen, dass die von der Verfügungsklägerin angebotene

Regelung hier in bewertungsrelevantem Maße über die von der Streithelferin laut Auswertungsvermerk (Anl. ASt. 17, S. 303) angebotene Regelung in § 4 Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg (Gas) hinausgeht, die in § 4 Abs. 3 ebenfalls eine Verpflichtung zur Einholung der Zustimmung der Gemeinde vor der Errichtung neuer sowie vor Erweiterung und Änderung bestehender Verteilungsanlagen vorsieht, soweit öffentliche Verkehrswege oder sonstige Grundstücke der Gemeinde berührt werden (vgl. Zuber, in: Schäfer/Uechtritz/Zuber, Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, 1. Aufl. 2015, § 24, Rn. 29; Mustervertrag abgedruckt in: Schäfer/Uechtritz/Zuber, Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, 1. Aufl. 2015, § 25, Rn. 68).

- 773 (d) Die Rüge einer fehlenden negativen Bewertung der „(Zusatz-)Kostentragung durch die Gemeinde“ im Angebot der Streithelferin (Rüge Nr. 114) ist unbegründet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die „(Zusatz-)Kostentragung durch die Gemeinde“ im Angebot der Streithelferin nicht zu ihren Lasten bewertet hat. Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsklägerin ist kein bewertungsrelevanter Unterschied zwischen der im Auswertungsvermerk mitgeteilten Regelung im Angebot der Streithelferin (Anl. ASt. 17, S. 303) und dem Angebot der Verfügungsklägerin (§ 4 Abs. 15, Anl. ASt. 27, S. 10) erkennbar.
- 774 Auch die Verfügungsklägerin übernimmt nicht die Kosten für im Zuge der eigenen Baumaßnahme für die Verfügungsbeklagte verlegte weitere Leistungen o. Ä. In § 4 Abs. 15 heißt es ausdrücklich „gegen Übernahme der hierfür anfallenden Kosten“. In beiden Fällen muss die Verfügungsbeklagte die von ihr verursachten Zusatzkosten tragen. Die Verfügungsklägerin zeigt einen relevanten Unterschied nicht auf.
- 775 (e) Begründet ist die Rüge einer unzureichenden Berücksichtigung der – im Angebot der Streithelferin fehlenden – Abstimmungsgespräche (§ 4 Abs. 3 des Konzessionsvertrags) (Rüge Nr. 115), soweit die Verfügungsklägerin die unzureichende Berücksichtigung der Abstimmungsgespräche beanstandet. Allerdings ist die Wertung der Verfügungsbeklagten, dass die Informationspflichten der Konzessionäre gegenüber der Verfügungsbeklagten in den Angeboten vergleichbar ausgestaltet seien, nicht zu beanstanden. Sowohl im Angebot der Verfügungsklägerin (§ 4 Abs. 3 und Abs. 5 des Konzessionsvertrages) als auch im Angebot der Streithelferin (§ 4 Abs. 2 Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg Gas) sind Informationspflichten vorgesehen. Dass es im Angebot der Verfügungsklägerin hierfür dreimal im Jahr stattfindende formalisierte Gespräche gibt, während im Angebot der Streithelferin „lediglich“ laufende Informationspflichten vorgesehen sind, ist nicht zugunsten der Verfügungsklägerin besser zu bewerten. Wesentlich für die Beklagte ist die rechtzeitige Information. Hier haben beide Bieter unterschiedliche, aber – nach der von der Verfügungsbeklagten aufgrund ihres Beurteilungsermessens getroffenen Wertung – vergleichbare Konzepte vorgelegt. Die dreimaligen Gespräche pro Jahr betreffen nach dem Angebot der Verfügungsklägerin sämtliche geplante Baumaßnahmen (§ 4 Abs. 3 des Konzessionsvertrages), wohingegen die laufende Informationspflicht im Angebot der Verfügungsklägerin lediglich größere Baumaßnahmen an Verteilungsanlagen betrifft (§ 4 Abs. 5 des Konzessionsvertrages). Die laufenden Informationspflichten im Angebot der Streithelferin sind umfassender, da sie alle beabsichtigten Baumaßnahmen an den Verteilungsanlagen betreffen (§ 4 Abs. 2 Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg Gas).
- 776 Zu beanstanden ist jedoch, dass die Verfügungsbeklagte nicht zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt hat, dass die Verfügungsklägerin auch – von der Verfügungsbeklagten benannte – Dritte in die Koordinierungsgespräche einbezieht. Diese in

§ 4 Abs. 3 des von der Verfügungsklägerin angebotenen Konzessionsvertrages vorgesehene Verpflichtung findet sich so im Angebot der Streithelferin nicht, über das im Auswertungsvermerk mitgeteilt wurde, dass insoweit die Streithelferin die Bedingungen in § 4 des Musterkonzessionsvertrages angeboten hat mit weiteren Zusätzen. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch wesentlich für die Gemeinde. Dies kann der Senat selbst feststellen, ohne das Beurteilungsermessen der Verfügungsbeklagten zu verletzen. Denn die Verfügungsbeklagte hat in der Formulierung dieses Wertungskriteriums selbst zum Ausdruck gebracht, dass die Abstimmung und Koordination von Baumaßnahmen mit anderen im Gemeindegebiet tätigen Versorgungsunternehmen bepunktet wird.

- 777 (f) Begründet ist die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der Möglichkeit, einen gemeinsamen Bauentwurf und Bauablaufplan zu erstellen und eine gemeinsame Bauleitung einzurichten (§ 4 Abs. 4 des Konzessionsvertrages) (Rüge Nr. 116) auch insoweit, als die Verfügungsbeklagte die Verpflichtung der Verfügungsklägerin, im Falle von an gleicher Stelle auszuführender oder im räumlich-verkehrlichen Wirkungszusammenhang zeitlich zusammenfallender Bauarbeiten der Verfügungsbeklagten oder von Dritten einen gemeinsamen Bauentwurf und Bauablaufplan zu erstellen und eine gemeinsame Bauleitung einzurichten (§ 4 Abs. 4 des Konzessionsvertrages), nicht zugunsten der Verfügungsklägerin berücksichtigt hat. Da die Verfügungsbeklagte diesen Gesichtspunkt nicht im Auswertungsvermerk unter der Überschrift „Begründung“ aufgeführt hat, wurde dieser Gesichtspunkt nicht bewertet. Ausweislich des 2. Verfahrensbriefs ist jedoch die Abstimmung und Koordination von Baumaßnahmen mit anderen im Gemeindegebiet tätigen Versorgungsunternehmen für die Verfügungsbeklagte relevant und deswegen zu bepunkten.
- 778 (g) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung des Anspruchs der Gemeinde auf Beseitigung stillgelegter Anlagen (§ 4 Abs. 17 des Konzessionsvertrages) (Rüge Nr. 117) ist unbegründet. Nicht zu beanstanden ist die fehlende Berücksichtigung der im Angebot der Verfügungsklägerin enthaltenen Rückbauverpflichtung stillgelegter Anlagen (§ 4 Abs. 17 des Konzessionsvertrages). Denn insoweit zeigt die Verfügungsklägerin keinen bewertungsrelevanten Vorteil im Vergleich zum Angebot der Streithelferin auf. Auch die Streithelferin hat eine nahezu wortgleiche Verpflichtung in ihrem Angebot, wie sich aus § 4 Abs. 7 des Musterkonzessionsvertrages Baden-Württemberg (Gas) ergibt (abgedruckt in: Schäfer/Uechtritz/Zuber, Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, 1. Aufl. 2015, § 25, Rn. 68). Die Rüge ist deswegen nicht nachvollziehbar.
- 779 (h) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der Sperrfrist von 5 Jahren für erneute Aufgrabungen des asphaltierten Straßenbelags (§ 4 Abs. 9 des Konzessionsvertrages) (Rüge Nr. 118) ist begründet. Zu Recht rügt die Verfügungsklägerin die fehlende Berücksichtigung der Sperrfrist von 5 Jahren für erneute Aufgrabungen des asphaltierten Straßenbelags (§ 4 Abs. 9 des Konzessionsvertrages). Eine vergleichbare Sperrfrist findet sich weder in § 4 des Musterkonzessionsvertrages Baden-Württemberg (Gas) noch in den im Auswertungsvermerk mitgeteilten zusätzlichen Bedingungen. Mit diesem erheblichen Unterschied zwischen den Angeboten der beiden Bieter hätte sich die Verfügungsbeklagte auseinandersetzen müssen. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Verfügungsbeklagte bei Berücksichtigung dieses Unterschieds zwischen den Angeboten eine andere Bewertung vorgenommen hätte.

- 780 tt) Der Berufungsantrag, im Kriterium „D.XI. Vertragliche Datenherausgabeverpflichtungen“ einen Punktabschlag von mindestens 0,7 Punkten zu Lasten des Angebots der Streithelferin vorzunehmen, ist unbegründet.
- 781 (1) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 1 Punkt vergeben werden kann, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 23):
- 782 „Vertragliche Datenherausgabeverpflichtung: Von den Bewerbern wird erwartet, dass sie sich vertraglich zur Herausgabe von Netzdaten an die Gemeinde A am Ende und schon während der Vertragslaufzeit verpflichten. Hierzu können sich die Bewerber insbesondere dazu verpflichten, Netzpläne und Anlagenverzeichnisse der Gemeinde A auszuhändigen.“
- 783 Die Verfügungsklägerin hat folgende Regelung zur Datenherausgabeverpflichtung angeboten (Anl. ASt. 27, S. 13):
- 784 „§ 9 Auskunftsanspruch der Gemeinde
- 785 (1) Der Konzessionsnehmer wird der Gemeinde unaufgefordert vier Jahre vor Vertragsablauf sowie jederzeit auf Verlangen der Gemeinde binnen vier Wochen nach Aufforderung jeweils mit Stand zum 31. Dezember des Vorjahres, in dem gesetzlich erforderlichen Umfang und Format, diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Verteilernetzes zur Verfügung stellen, die für dessen Bewertung im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Konzessionsvertrages erforderlich sind, soweit diese beim Konzessionsnehmer vorhanden sind. Im Falle der §§ 8 Abs. 2, Abs. 3 und § 12 Abs. 3 wird der Konzessionsnehmer diese Informationen der Gemeinde unverzüglich nach deren Kündigung zur Verfügung stellen. Solange die Bundesnetzagentur von ihrer Festlegungskompetenz nach § 46a Satz 3 EnWG keinen Gebrauch macht, gelten insbesondere die Bestimmungen des Gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers in der jeweils aktuellen Fassung (derzeit 21.05.2015, dort Randziffer 40). Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich ausdrücklich zur Aushändigung einer fortgeschriebenen Aufstellung der für diese Anlagen vereinnahmten Anschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse, eines Verzeichnisses der der örtlichen Versorgung dienenden Grundstücke des Konzessionsnehmers, von Netzplänen und Anlagenverzeichnissen sowie eines Konzeptes zur Netztrennung.
- 786 (2) Zum Zwecke des Informationsaustausches und zur Weiterentwicklung und den Erhalt zukunftsfähiger und moderner Verteilungsanlagen in der Gemeinde gründen die Gemeinde und der Konzessionsnehmer auf Wunsch der Gemeinde einen paritätisch besetzten Beirat.
- 787 (3) Der Beirat wird vom Konzessionsnehmer im Einvernehmen mit dem Bürgermeister der Gemeinde zu Sitzungen eingeladen, wenn einer der Vertragspartner dies wünscht. Der Beirat tritt einmal jährlich zusammen. Grundlage der Arbeit des Beirats sind insbesondere die Informationen nach Abs. 1. Die Gemeinde kann darüber hinaus ergänzende Informationen betreffend den Netzbetrieb anfordern.

- 788 (4) Anstelle des Beirats nach den vorgenannten Absätzen 2 und 3 wird auf Wunsch der Gemeinde der Konzessionsnehmer im Gemeinderat die in Abs. 1 dargestellten Informationen einmal im Jahr präsentieren und gemeinsam mit den Vertretern des Gemeinderats beraten. Die entsprechende Einladung der Gemeinde erfolgt schriftlich und muss dem Konzessionsnehmer rechtzeitig, mindestens zwei Monate vor der Gemeinderatssitzung zugehen.“
- 789 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 316):
- 790 „Die E hält die gesetzlichen Fristen des § 46a EnWG (3 Jahre im Voraus) zur Herausgabe der Daten und Informationen ein. Im Übrigen ist sie zu früherer Auskunft in diesem Umfang / Format gegen drittmarktübliche angemessene Vergütung bereit.
- 791 Demgegenüber verpflichtet sich die SWB zur Herausgabe der Daten und Informationen i.S.d. §46a EnWG bereits beginnend vom vierten Jahr vor Ablauf der Vertragslaufzeit; auf Verlangen sogar auch binnen vier Wochen nach Aufforderung, jeweils mit Stand zum 31. Dezember des Vorjahres.“
- 792 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 1 Punkt und des Angebots der Streithelferin mit 0,6 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 793 „Beide Konzessionsvertragsentwürfe enthalten Bestimmungen zur Datenherausgabe. Im Gegensatz zur E verpflichtet sich die SW B zur Herausgabe der Daten nach § 46a EnWG bereits vier Jahre im Vorfeld anstatt der gesetzlich vorgesehenen drei Jahre und bietet der Gemeinde A darüber hin aus an, die Daten i.S.d. § 46a EnWG auf Wunsch binnen vier Wochen nach Aufforderung jeweils mit Stand zum 31. Dezember des Vorjahres vorzulegen. Für eine über § 46a EnWG hinausgehende Zurverfügungstellung der Netzdaten verlangt die E eine drittmarktangemessene Vergütung. Eine Übersicht zu den vorhandenen Verteilanlagen erhält die e Kommune von der SWB nicht nur jährlich sondern auch auf Wunsch.
- 794 Gemessen an diesen Gesichtspunkten sind die Bestimmungen der SWB zur Datenherausgabe kommunalfreundlicher und somit besser als die der E zu bewerten. Die SWB erhält daher die Höchstpunktzahl und die E einen Abschlag von eineinhalb Punktwerten.“
- 795 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 796 - dass ihre Verpflichtung zur Aushändigung einer fortgeschriebenen Aufstellung der für diese Anlagen vereinnahmten Anschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse, eines Verzeichnisses der örtlichen Versorgung dienenden Grundstücken der Verfügungsklägerin, von Netzplänen und Anlagenverzeichnissen sowie eines Konzeptes zur Netztrennung nicht berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 119),
- 797 - dass ihr Angebot, Informationen auf Wunsch der Gemeinde im Gemeinderat einmal im Jahr zu präsentieren und gemeinsam mit den Vertretern des Gemeinderates zu beraten, nicht berücksichtigt worden sei (Rüge Nr. 120).

- 798 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 799 „Die Gemeinde A hat die Unterschiede zwischen den Vertragsentwürfen gesehen (vgl. Auswertungsvermerk, Seite 316) und bewertet.
- 800 Das Angebot der E hat vor dem Hintergrund einen angemessenen Punktabschlag in Höhe von 1,5 Punktwerten erhalten.“
- 801 Das Landgericht hat die Rügen für unbegründet gehalten. Die Angebote der beiden Bieter würden lediglich hinsichtlich der Zeiträume sowie der Intervalle der Zurverfügungstellung der Daten abweichen. Dies sei allerdings bereits mit einem 30-prozentigen Punktabschlag berücksichtigt. Die übrigen Vorteile lägen nach der unwidersprochenen Einlassung der Streithelferin nicht vor.
- 802 Die Verfügungsklägerin wiederholt in der Berufungsbegründung ihre Rügen. Eine unwidersprochene Einlassung der Streithelferin liege nicht vor.
- 803 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin verteidigen das landgerichtliche Urteil. Die Streithelferin habe im ersten Rechtszug dargelegt, dass auch die Streithelferin Zusagen zur Bereitstellung von Netzplänen sowie Anlagenverzeichnissen gemacht habe.
- 804 (2) Die Berufung ist unbegründet. Die Rügen sind unbegründet. Die Wertungsentscheidung der Verfügungsbeklagten ist plausibel und nicht zu beanstanden.
- 805 (a) Die Rüge der Verfügungsklägerin, ihre Verpflichtung zur fortgeschriebenen Aufstellung der für diese Anlagen vereinnahmten Anschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse, eines Verzeichnisses der örtlichen Versorgung dienenden Grundstücken der Verfügungsklägerin, von Netzplänen und Anlagenverzeichnissen sowie eines Konzeptes zur Netztrennung, sei nicht berücksichtigt worden (Rüge Nr. 119), greift nicht durch. Die Verfügungsklägerin hat nämlich nicht aufgezeigt, dass diese Verpflichtung einen wertungsrelevanten Unterschied zwischen den Angeboten der Bieter ausmachen würde. Tatsächlich besteht ein solcher Unterschied auch nicht. Es kommt hierbei auch nicht darauf an, was die Streithelferin im ersten Rechtszug unbestritten vorgetragen hat. Denn bereits aus den dem Senat vorliegenden Angeboten ergibt sich mit hinreichender Klarheit, dass insoweit beide Bieter Vergleichbares angeboten haben. Die Verfügungsklägerin macht nämlich in § 4 Abs. 1 des angebotenen Konzessionsvertrages „die Bestimmungen des Gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers in der jeweils aktuellen Fassung (derzeit 21.05.2015, dort Randziffer 40)“ zum Vertragsinhalt und zählt dann zusätzlich nochmals auf, dass sie sich ausdrücklich „ausdrücklich zur Aushändigung einer fortgeschriebenen Aufstellung der für diese Anlagen vereinnahmten Anschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse, eines Verzeichnisses der örtlichen Versorgung dienenden Grundstücke des Konzessionsnehmers, von Netzplänen und Anlagenverzeichnissen sowie eines Konzeptes zur Netztrennung“ verpflichtet. Dies ist – mit Ausnahme des Konzeptes zur Netztrennung – eine Dopplung, da diese Punkte bereits in Rz. 40 des Gemeinsamen Leitfadens enthalten sind. Ausweislich des Auswertungsvermerks verpflichtet sich auch die Streithelferin in Lit. M ZV E zur „Herausgabe von Daten und Informationen i. S. des gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagen-

tur (Stand 21. Mai 2015, Rn. 40)“. Ein wertungsrelevanter Unterschied liegt hier nicht vor und wurde von der Verfügungsklägerin auch nicht aufgezeigt.

- 806 Die Verpflichtung zur Herausgabe eines Konzeptes zur Netztrennung, wozu es im Angebot der Streithelferin ausweislich der Angaben im Auswertungsvermerk keine vergleichbare Regelung gibt, ist jedoch nicht unter diesem Kriterium, sondern ggf. unter dem Kriterium „Entflechtungsregelungen“ zu bewerten.
- 807 (b) Auch die Rüge der Verfügungsklägerin, die Verfügungsbeklagte habe ihr Angebot, Informationen auf Wunsch der Gemeinde im Gemeinderat einmal im Jahr zu präsentieren und gemeinsam mit den Vertretern des Gemeinderates zu beraten, nicht hinreichend berücksichtigt (Rüge Nr. 120), greift nicht durch. Diese Rüge ist nicht einmal im Ansatz nachvollziehbar. Denn einen wertungsrelevanten Unterschied hat die Verfügungsklägerin nicht aufgezeigt. Aus dem Auswertungsvermerk ergibt sich nämlich ausdrücklich, dass die Streithelferin der Verfügungsbeklagten § 7 Abs. 6 des Musterkonzessionsvertrages Baden-Württemberg (Gas) angeboten hat. Dort ist ebenfalls die Verpflichtung aufgeführt, Informationen auf Wunsch der Gemeinde im Gemeinderat einmal im Jahr zu präsentieren und gemeinsam mit den Vertretern des Gemeinderates zu beraten (abgedruckt in: Schäfer/Uechtritz/Zuber, Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, 1. Aufl. 2015, § 25, Rn. 68). Auf dieser Bestimmung des Musterkonzessionsvertrages beruht offensichtlich auch die Formulierung der Verfügungsklägerin. Aus diesem Grund ist diese Rüge von vornherein aussichtslos.
- 808 3. Die Bewertungsfehler sind vorliegend auch kausal für die Auswahlentscheidung. Die Voraussetzungen der Kausalität (a) liegen hier vor (b).
- 809 a) Bei der Prüfung der gegen die Bewertung gerichteten Rügen ist zu berücksichtigen, dass eine unbillige Behinderung des unterlegenen Bieters durch die Konzessionsvergabe im Ergebnis ausscheidet, wenn sich ein Fehler im Auswahlverfahren nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12 = NVwZ 2014, 807, Rn. 99, beck-online – Stromnetz Berkenthin; Urteil vom 28. Januar 2020 – EnZR 116/18 = NZKart 2020, 253, Rn. 20, beck-online – Stromnetz Steinbach; Urteil vom 28. Januar 2020 – EnZR 99/18 = NZBau 2020, 467, Rn. 37, beck-online – Gasnetz Leipzig; KG, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19, BeckRS 2020, 27566, Rn. 275, beck-online; OLG Dresden, Urteil vom 11. Mai 2022 – U 30/21, BeckRS 2021, 58563, Rn. 56, beck-online; OLG Celle, Urteil vom 16. Juni 2022 – 13 U 67/21 (Kart), Rn. 64, juris; a. A. Meyer-Hetling/Sachse/Bitzhöfer, EnZW 2024, 9, 14).
- 810 Dem unterlegenen Bieter obliegt die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast, dass es zumindest möglich ist, dass die Auswahlentscheidung auf dem Verfahrensfehler beruht, dass sich also die fehlerhaften Bewertungen – typischerweise in der Summe – auf die Auswahlentscheidung ausgewirkt haben (OLG Dresden, Urteil vom 11. Mai 2022 – U 30/21, BeckRS 2021, 58563, Rn. 56, beck-online; OLG Celle, Urteil vom 16. Juni 2022 – 13 U 67/21 (Kart), Rn. 64, juris).
- 811 Unter Beachtung des Bewertungsspielraums der Gemeinde ist auf den Punktestand abzustellen, den der unterlegene Bieter bestenfalls (nicht ausschließbar) hätte erreichen können. Grundlage dieser Bewertung sind der Auswertungsvermerk und die darin angestellten Erwägungen. Bewertungsfehler zum Nachteil des obsiegenden Bieters können im Rahmen der Kausalitätsbetrachtung nur berücksichtigt werden, wenn feststeht, dass

ein Beurteilungsfehler vorliegt und eine andere Bewertung hätte erfolgen müssen (OLG Dresden, Urteil vom 11. Mai 2022 – U 30/21, BeckRS 2021, 58563, Rn. 56, beck-online; OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19, BeckRS 2019, 29906, Rn. 30 f., beck-online; OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19 Kart, BeckRS 2020, 41418, Rn. 136 f., beck-online; OLG Celle, Urteil vom 16. Juni 2022 – 13 U 67/21 (Kart), Rn. 64, juris).

812 Dies führt indes nicht dazu, dass für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit eines Bewertungsfehlers der theoretisch maximal mögliche Unterschied zwischen den Bewertungen der beiden Angebote zugrunde gelegt werden müsste (so aber KG, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19, BeckRS 2020, 27566, Rn. 276, beck-online). Es widerspräche den Wertungsvorgaben, wenn Angebote, die in der Qualität dicht beieinander liegen, dennoch mit der theoretisch maximal möglichen Punktdifferenz bewertet würden. Sachgerecht ist deshalb allein eine Betrachtung, welche die von der Verfügungsbeklagten vorgegebenen Kriterien für die Gewichtung berücksichtigt, ohne dass der Senat seine eigene Bewertung an die Stelle derjenigen der Beklagten setzt. Dies lässt sich dadurch erreichen, dass unter Beachtung des Bewertungsspielraums der Verfügungsbeklagten auf den Punkteabstand abgestellt wird, den der unterlegene Bieter ohne den Bewertungsfehler bestenfalls (nicht ausschließbar) hätte erreichen können (OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19, BeckRS 2019, 29906, Rn. 30 f., beck-online; OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19 Kart, BeckRS 2020, 41418, Rn. 136 f., beck-online OLG Celle, Urteil vom 16. Juni 2022 – 13 U 67/21 (Kart), Rn. 64, juris).

813 Das ist aus den Beurteilungserwägungen des Auswertungsvermerks abzuleiten und zu entwickeln. Denn aus dem Auswertungsvermerk ergeben sich die Aspekte, welche die Verfügungsbeklagte für ihre Bewertung herangezogen hat. Mit dem als bestmöglich anzusehenden Alternativergebnis ist nicht die Beurteilung verbunden, es müsse von Rechts wegen notwendigerweise so gewertet werden. Die Perspektive ist allein auf die Frage gerichtet, ob die Konzessionsvergabe insgesamt auf den fehlerhaften einzelnen Auswertungen beruhen kann oder ob nicht – eben selbst bei bestmöglicher Bewertung – eine Kausalität der Bewertungsfehler sicher verneint werden kann (OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19 Kart, BeckRS 2020, 41418, Rn. 136 f., beck-online).

814 b) Danach ist es vorliegend zumindest möglich, dass sich die fehlerhaften Bewertungen – in der Summe – auf die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten ausgewirkt haben. Bei bestmöglicher Bewertung zugunsten der Verfügungsklägerin würde sich aufgrund des engen Punkteabstandes zwischen der Verfügungsklägerin und der Streithelferin auf der einen Seite und aufgrund der Anzahl an erfolgreichen Rügen auf der anderen Seite die Auswahlentscheidung zugunsten der Verfügungsklägerin ändern. Die fehlerhaften Bewertungen können sich – in der Summe – auf die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten ausgewirkt haben. Deswegen ist bei einer Neubewertung eine abweichende Auswahlentscheidung möglich.

815 **III. Berufungen der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin**

816 Die Berufungen der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt, haben in der Sache aber nur zum Teil, nämlich hinsichtlich der Rügen Nr. 25, 27 und 126 Erfolg. Im Übrigen (Rügen Nr. 121, 124, 132-134, 139 und 140) sind die Berufungen unbegründet.

- 817 1. Soweit sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts wendet, das Kriterium „A.I.4: Wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung“ sei neu zu bewerten, ist sie un begründet.
- 818 a) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 3 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 18):
- 819 „4. Wirtschaftliche- und finanzielle Ausstattung
- 820 Von den Bewerbern wird eine Darlegung der wirtschaftlichen und finanziellen Ausstattung sowie eine Einschätzung zum voraussichtlichen Kapitalbedarf erwartet. Hieran anknüpfend werden Aussagen zur Bonität und zum Finanzierungskonzept erwartet. Die wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung des Bewerbers wird insoweit in die Bewertung einbezogen, wie sie im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet einsetzbar ist und eingesetzt werden soll.“
- 821 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 80):
- 822 „Die E hat eine bilanzielle Eigenkapitalquote von 40,9 % und schnellen und flexiblen Zugang zu kurzfristigem Fremdkapital (R Cash Pooling). Als Tochtergesellschaft der R AG kann sie langfristige, konzerninterne Darlehen in Anspruch nehmen.
- 823 Die SWB hat eine bilanzielle Eigenkapitalquote der Sparte Gas von 36,8 %. Sie hat angeboten, der Gemeinde auf Wunsch einmal jährlich einen Geschäftsbericht inklusive Erläuterungen vorzulegen. Durch die Stellung der SWB als Altkonzessionärin entstehen ihr keine Kosten für Netzkauf und Netzeinbindung.
- 824 Die E schätzt den voraussichtlichen Kapitalbedarf für die Gaskonzession in A im Schnitt auf 65.000 Euro jährlich (Durchschnitt der letzten sieben Jahre). Demgegenüber hat die SWB in ihrem Wirtschaftsplan für die Jahre 2021 und 2022 zur Umsetzung ihres Versorgungskonzepts ca. 75.000 Euro jährlich ausgewiesen. Neben normalen, turnusmäßigen Investitions- und Unterhaltungsmaßnahmen sind zusätzliche Investitionen im Bereich Versorgungssicherheit, Netzerneuerung und -ausbau geplant.“
- 825 Die gleiche Bewertung mit der Höchstpunktzahl 3 Punkte wurde wie folgt begründet:
- 826 „Beide Bewerber haben wie vom Verfahrensbrief verlangt ihre wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung nachvollziehbar für das Konzessionsgebiet A dargelegt und gleichfalls eine Einschätzung zum voraussichtlichen Kapitalbedarf abgegeben. Sie verfügen jeweils über eine sehr gute Bonität und haben schlüssig dargelegt, dass ein Ausfallrisiko im zukünftigen Netzbetrieb nicht besteht.
- 827 Dementsprechend erhalten beide Bewerber die Höchstpunktzahl.
- 828 Die geplanten Investitionsvolumina für das Konzessionsgebiet werden an dieser Stelle nicht gewertet, sondern unter A. IV. ‚Netzstrukturkonzept‘.“
- 829 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),

- 830 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die Unterschiede des angegebenen Kapitalbedarfs (operativer Betriebsaufwand bei der Streithelferin versus Kapitalbedarf für Investitionskosten bei der Verfügungsklägerin) nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 121),
- 831 - dass die von der Verfügungsklägerin angebotenen jährlichen Durchschnittsinvestitionen in Höhe von 100.000 € (Anl. ASt. 17, S. 79) nicht berücksichtigt worden seien (Rüge Nr. 122),
- 832 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die Organisation und Größen- / Skaleneffekten der Streithelferin berücksichtigt habe (Rüge Nr. 123).
- 833 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rüge der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 834 „Wie im Auswertungsvermerk (dort Seite 81) dargestellt, konnten beide Bewerber ihre jeweilige wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung nachvollziehbar für das Konzessionsgebiet A darlegen. Beide Bewerber verfügen über eine sehr gute Bonität und die Angaben zum Ausfallrisiko im Netzbetrieb sind plausibel erläutert.
- 835 Die geplanten Investitionsvolumina wurden im Rahmen dieses Kriteriums nicht berücksichtigt, sondern beim Kriterium A. IV. Netzstrukturkonzept (vgl. Auswertungsvermerk, Seite 81).
- 836 Beide Angebote sind daher gleichwertig.“
- 837 Das Landgericht hat die Rüge Nr. 121 für begründet gehalten. Der Kern des Kriteriums (Darlegung der Bonität) sei zwar gleichwertig erfüllt. Aber unter Kapitalbedarf sei auch der Bedarf an Investitionskapital zu verstehen. Angaben der Streithelferin zur Bonität in Bezug auf den Kapitalbedarf an Investitionskapital läge nicht vor. Diese Bonität sei zwar bei der Streithelferin nicht zweifelhaft, aber es bestehe hier ein formaler Mangel.
- 838 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, aus dem Kriterium ergebe sich nicht, dass damit auch der Bedarf an Investitionskapital abgefragt werde. Die Streithelferin habe davon ausgehen dürfen, dass Angaben zum Bedarf an Investitionskapital ausschließlich unter dem Kriterium „Netzstrukturkonzept“ bewertet würden. Es dürfe der Streithelferin nicht zum Nachteil gereichen, dass sie zum vorliegenden Kriterium lediglich die Betriebsausgaben dargestellt habe und den Kapitalbedarf an Investitionskapital unter „Netzstrukturkonzept“, zumal sie darauf hingewiesen habe. Zudem hätte die Verfügungsbeklagte, falls sie den Bedarf an Investitionskapital hätte berücksichtigen wollen, dies bei beiden Bietern tun müssen, so dass sich insoweit kein Unterschied ergeben hätte. Die Streithelferin habe ausreichende Angaben zur Bonität gemacht.
- 839 Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, der Vortrag der Streithelferin zur Darstellung des Kapitalbedarfs an Investitionskapital unter dem Kriterium „Netzstrukturkonzept“ sei im zweiten Rechtszug erstmals erfolgt und werde – wegen der weitreichenden Schwärzungen im Angebot der Streithelferin (Anl. ASt. 10) mit Nichtwissen bestritten.
- 840 b) Die Berufungen der Streithelferin und der Verfügungsbeklagten sind unbegründet.
- 841 (1) Zu Recht hat das Landgericht die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung der Unterschiede des angegebenen Kapitalbedarfs (Rüge Nr. 121) der Verfügungsklägerin als be-

gründet angesehen. Die Verfügungsbeklagte hat zwar zu Recht die Höhe der von den beiden Bietern angegebenen Investitionsvolumina nicht in die Bewertung unter diesem Wertungskriterium einbezogen. Denn hier geht es nicht darum, welcher Bieter am meisten investiert, sondern darum, wie gut die konzessionsgebietsbezogene wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung ist und welcher Kapitalbedarf besteht (und wie dieser finanziert wird). Hierauf bezogen soll auch die Bonität dargestellt werden. Zu Recht hat deswegen das Landgericht die Rüge der Verfügungsklägerin als durchschlagend erachtet, dass der vom Kriterium geforderte Kapitalbedarf nicht hinreichend dargestellt ist.

- 842 Die bloße Darstellung der Bonität und der Finanzierungsmöglichkeiten in Bezug auf die laufenden operativen Betriebskosten (OpEx – operational expenditures) durch die Streithelferin wird diesem Kriterium nicht gerecht. Durch Eigen- oder Fremdkapital zu finanzieren ist vielmehr der gesamte Kapitalbedarf einschließlich des Bedarfs an Investitionskapital. Neben der Darstellung des Kapitalbedarfs an Investitionskapital ist deswegen auch das Finanzierungskonzept sowie die dieses berücksichtigende Bonität darzustellen. Die – von der Verfügungsbeklagten im Auswertungsvermerk wiedergegebene – Darstellung der wirtschaftlichen und finanziellen Ausstattung der Streithelferin ist gemessen daran unvollständig. Dass die Verfügungsbeklagte diesen Gesichtspunkt nicht berücksichtigt hat, liegt außerhalb ihres Bewertungsermessens.
- 843 (2) Die weiteren von der Verfügungsklägerin bezüglich der Bewertung dieses Kriteriums gerügten Gesichtspunkte (fehlende Berücksichtigung der jährlichen Durchschnittsinvestitionen in Höhe von 100.000 € [Rüge Nr. 122], unberechtigte Berücksichtigung der Organisation und von Größen- / Skaleneffekten der Streithelferin [Rüge Nr. 123]) sind nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, da die – durch die Nichtberücksichtigung dieser Einwände seitens des Landgerichts beschwerte – Verfügungsklägerin hiergegen nicht Berufung eingelegt hat.
- 844 2. Soweit sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts wendet, das Kriterium „A.II.2: Störungsbeseitigungskonzept“ sei neu zu bewerten, ist sie begründet.
- 845 a) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 9 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 18):
- 846 „II. Störungsbeseitigungskonzept
- 847 Es wird die Vorlage eines schlüssigen und verbindlichen Störungsbeseitigungskonzeptes erwartet. Hierbei sind die im Störfall erforderlichen Prozesse nachvollziehbar und detailliert darzustellen. Zur Plausibilisierung sollten Angaben zur durchschnittlichen Dauer von Versorgungsunterbrechungen und Reaktions- und Störungsbeseitigungszeiten anhand von exemplarischen Störfällen gemacht werden. Erwartet wird, dass die Bewerber garantieren, dass bestimmte Ausfallzeiten nicht überschritten werden bzw. sich hierzu vertraglich verpflichten und ggf. entsprechende Pönalen vorsehen, falls zugesagte Höchstausfallzeiten bzw. Störungsbeseitigungsfristen nicht eingehalten werden.“
- 848 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 111):
- 849 „Soweit eine Störungsbeseitigung über Fernschaltung möglich ist, sichert die E eine Erstsicherung binnen einer Minute nach Eingang der Störungsmeldung zu. Die SWB entsendet in jedem Störfall mindestens ein Fahrzeug mit einem

Mitarbeiter zur Störungsstelle. Entstörmaßnahmen per Fernsteuerung werden im Konzept der SWB nicht angesprochen.

- 850 Die E verpflichtet [s]ich dazu, dass ein Mitarbeiter innerhalb von maximal 29 Minuten ab Eingang der Störungsmeldung am Störungsort eintrifft. Für den Fall, dass eine Leckage der Gasleitungen infolge eines Baggerbisses vorliegt und der Rohrgraben bereits geöffnet ist, benennt die E zwei unterschiedliche Reaktionszeiten. Jedenfalls kann sie die Versorgung in 66 Minuten (inkl. Anruf / Erstsicherung) wiederherstellen. Werden Tiefbauarbeiten erforderlich, sichert die E verbindlich zu, die Versorgungsunterbrechung innerhalb von 81 Minuten zu beheben.
- 851 Bei den Reaktionszeiten hat die SWB in ihrem Angebot Durchschnittswerte und maximale Zeitfenster angegeben sowie zwischen den Störfällen während der normalen Arbeitszeit und der Rufbereitschaft differenziert.
- 852 Während der regulären Arbeitszeiten sichert die SWB die Annahme der Störungsmeldung und das Eintreffen vor Ort (bei normalen Wetter und kürzeren Verkehrsbehinderungen) in maximal 19 Minuten und im Bereitschaftsdienst in maximal 27 Minuten zu. Die Einhaltung und Unterschreitung dieser Zeitfenster wird regelmäßig durch Übungsfahrten überprüft.
- 853 Zusätzlich hat die SWB durchschnittliche Reaktionszeiten im bisherigen Netzbetrieb angegeben. Ausgehend von einem Start aus der Fläche und einer durchschnittlichen Entfernung im Konzessionsgebiet von 5,8 km betrug die Gesamtzeit vom Eingang der Störungsmeldung bis zum Eintreffen am Störungsort im Schnitt elf Minuten. Im Bereitschaftsdienst bei einer durchschnittlichen Entfernung von 10,8 km betrug die durchschnittliche Reaktionszeit 20 Minuten.
- 854 Während der regulären Arbeitszeiten sichert die SWB die Wiederherstellung der Versorgung ab Störungsannahme in maximal 43 Minuten und im Bereitschaftsdienst in maximal 56 Minuten verbindlich zu. Durchschnittlich betrug die Zeitspanne bis zur Wiederherstellung der Versorgung während der regulären Arbeitszeit (5,8 km) 35 Minuten bzw. im Bereitschaftsdienst (10,8 km) 44 Minuten.
- 855 Jeweils für das Jahr 2018 betrug der SAIDI Wert der E 0,3554 min / Kunde; bei der SWB 0,330 min /Kunde (Bundesdurchschnitt 0,48 min / Kunde).
- 856 Seit die SWB den Gasnetzbetrieb in A im Jahr 2013 von der J AG & Co. KG übernommen hat, sind neben kleinräumigen Versorgungsunterbrechungen lediglich geplante Versorgungsunterbrechungen aufgetreten.
- 857 Nach zweimaliger Nichteinhaltung der oben angegebenen maximalen Reaktionszeiten innerhalb eines Jahres, verpflichtet sich die SWB zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.500 Euro für jeden weiteren Verspätungsfall (vgl. § 13 Abs. 12 Abs. 15 KonzV SWB). Die E hat sich ebenfalls vertraglich zur Einhaltung der maximalen Reaktionszeiten verpflichtet und gewährt der Gemeinde A in Lit. N. ZV E ein Sonderkündigungsrecht nach vorheriger Abmahnung / Fristsetzung und bei einem fünfmaligen Verstoß innerhalb eines Jahres.“

- 858 Die Bewertung mit 7,2 Punkten für die Streithelferin und 9 Punkten für die Verfügungsklägerin wurde wie folgt begründet:
- 859 „Beide Bewerber haben ein verbindliches Störungsbeseitigungskonzept vorgestellt, in dem sie jeweils exemplarisch auf typische Störfälle eingegangen sind. Die dargestellten Prozessabläufe waren jeweils nachvollziehbar und die hierzu angebotenen Zeitfenster weitestgehend plausibel. Die Effizienz der Störungsbeseitigungskonzepte spiegelt sich auch in den guten SAIDI Werten der beiden Bewerber wider. So lag die durchschnittliche Ausfalldauer pro Verbraucher in den Jahren 2016 bis 2018 jeweils deutlich unter dem Bundesdurchschnitt. Insgesamt waren die von der SWB für die Störungsbeseitigung (Eintreffen an der Störungsstelle / Wiederherstellung der Versorgung) angegebenen maximalen Zeitfenster etwas kürzer als die der E. Im Schnitt schafft die SWB die Erstsicherung und Wiederherstellung der Versorgung in der Hälfte der von der E angegebenen Zeit. Positiv am Angebot der SWB fiel zudem auf, dass sie Testfahrten durchführt und bei den Reaktionszeiten stets sowohl die Regelarbeitszeit als auch den Bereitschaftsdienst in den Blick genommen sowie hierzu jeweils Durchschnitts und Maximalwerte angegeben hat.
- 860 Zwar sanktionieren beide Bewerber auch das Überschreiten der verbindlich zugesicherten maximalen Störungsbeseitigungszeiten im Konzessionsvertrag, doch greift die von der SWB angebotene Vertragsstrafenregelung bereits nach zweimaligem Verstoß und ist auch im Übrigen interessengerechter und kommunalfreundlicher als das von der E angebotene Sonderkündigungsrecht, das auf Beendigung des Vertrages angelegt ist. Demgegenüber zeichnet sich das Angebot der E dadurch aus, dass sie auf die Störungsbeseitigung durch Fernschaltung eingegangen ist; zur Ausrüstung der Regelanlagen mit Fernwirktechnik haben beide Bewerber ausgeführt.
- 861 Da das von der SWB vorgelegte Konzept in Summe mehr Vorzüge für die Gemeinde und die kürzeren Reaktionszeiten bietet, erhält es die Höchstpunktzahl und die E wegen der Ausführungen zur Fernschaltung lediglich einen Abschlag von einem Punktwert.
- 862 Soweit das Konzept der SWB Wiederholungen zur ‚technischen‘ bzw. ‚personellen Ausstattung‘ enthielt, wurden diese bereits unter den entsprechenden Kriterien gewichtet und an dieser Stelle nicht erneut berücksichtigt.“
- 863 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 864 - dass die Verfügungsbeklagte unter Berücksichtigung der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte eine unvertretbare Gesamtbewertung vorgenommen habe (Rüge Nr. 25),
- 865 - dass die Verfügungsbeklagte die von der Verfügungsklägerin angebotenen halb so langen Reaktionszeiten unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 26),
- 866 - dass die Verfügungsbeklagte den Unterschied der Angebote in Bezug auf den SAIDI-Wert unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 27),

- 867 - dass die Verfügungsbeklagte Testfahrten der Verfügungsklägerin unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 28),
- 868 - dass die Verfügungsbeklagte die differenziertere Darstellung der Reaktionszeiten, aufgeteilt nach Bereitschaftsdienst, sowie unter Angabe von Durchschnitts- und Maximalwerten im Angebot der Verfügungsklägerin nicht ausreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 29),
- 869 - dass die Verfügungsbeklagte unzureichend berücksichtigt habe, dass die Streithelferin ungeeignete Pönanen angeboten habe. Das bei fünfmaligem Verstoß von der Streithelferin angebotene Sonderkündigungsrecht sei praktisch wertlos, weil die Hürden hierfür sehr hoch wären und es ein aufwändiges Gaskonzessionsvergabeverfahren nach sich ziehen würde (Rüge Nr. 30),
- 870 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht Fernwartungsmöglichkeiten im Angebot der Streithelferin bewertet habe, obwohl diese nicht gefordert worden und zudem nicht zielführend seien. Fernwartungsmöglichkeiten seien bei diesem Kriterium nicht gefordert gewesen und außerdem sei eine Störungsbeseitigung über Fernschaltung aufgrund der besonderen Gefährlichkeit in der Regel – auch bei der Streithelferin – nicht möglich (z. B. bei undefinierten Drucksituationen). Das Regelwerk DVGW G 495 schreibe daher vor, dass Handlungen in GDRA grundsätzlich nur durch einen Sachkundigen im Beisein einer weiteren Person vorgenommen werden dürfen. Dies schließe also alle Zugriffe aus der Ferne aus (Rüge Nr. 31),
- 871 - dass die Verfügungsbeklagte die Verbindlichkeit des Angebots der Verfügungsklägerin nicht hinreichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 32),
- 872 - dass die Verfügungsbeklagte nicht berücksichtigt habe, dass die angegebenen Wiederherstellungszeiten der Streithelferin unplausibel seien (Rüge Nr. 33),
- 873 - dass die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die von der Streithelferin zugesicherten Sicherungsmaßnahmen gem. DVGW 1200 innerhalb von 30 Minuten zugunsten der Streithelferin bewertet habe (Rüge Nr. 34).
- 874 Die Verfügungsbeklagte half den Rügen der Verfügungsklägerin nicht ab (Anl. ASt. 20).
- 875 Das Landgericht hat die Rügen Nr. 25 und 27 für begründet gehalten. Aufgrund der erheblichen Unterschiede der Angebote und des ins Auge springenden erheblichen Abfallens des Angebots der Streithelferin im Vergleich zum Angebot der Verfügungsklägerin zu diesem Kriterium sei eine bloße Abwertung des Angebots der Streithelferin um einen Punktwert nicht vertretbar und damit nicht vom Beurteilungsspielraum der Verfügungsbeklagten umfasst. Es habe ein größerer Punktabschlag zu erfolgen. Zugunsten der Streithelferin sei lediglich das Eingehen auf die Erstsicherung durch Fernschaltung zu werten. Da es sich hierbei aber nur um eine Abschaltung handle und sodann in jedem Fall ebenfalls ein Mitarbeiter vor Ort den Fehler beheben müsse, sei dies kein besonders gravierender Vorteil. Er falle objektiv nicht sehr ins Gewicht. Der im Auswertungsvermerk enthaltene Satz „Im Schnitt schafft die SWB die Erstsicherung und Wiederherstellung der Versorgung in der Hälfte der von der E angegebenen Zeit.“ sei von den Angeboten so nicht gedeckt. Vergleichbare Angaben beider Bieter zu einem identischen Scha-

densfall lägen nicht vor, so dass die durchschnittliche Zeit bis zur Wiederherstellung der Versorgung nicht tragfähig beurteilt werden könne.

- 876 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, eine Überschreitung des der Beklagten zustehenden weiten Bewertungsspielraums liege nicht vor. Angaben zur durchschnittlichen Dauer von Versorgungsunterbrechungen und Reaktions- und Störungsbeseitigungszeiten anhand von exemplarischen Störungsfällen und Garantien, dass bestimmte Ausfallzeiten nicht überschritten werden, seien nur zur Plausibilisierung verlangt worden. Die Reaktionszeiten würden sich nicht wesentlich voneinander unterscheiden und die angegebenen Zeiten für die Störungsbeseitigung seien nicht miteinander vergleichbar. Angesichts unterschiedlicher Störfälle, die den Zeitangaben der Bieter zugrunde gelegt seien, sei es jedenfalls nicht sachgerecht, die von der Verfügungsklägerin angebotenen Zeiten bei Defekt eines Zählers – 43 Minuten in der normalen Arbeitszeit und 56 Minuten in der Rufbereitschaft – mit den von der Streithelferin angegebenen Zeiten für die Wiederherstellung der Versorgung nach Beschädigung einer Leitung zu vergleichen. Es sei zudem nicht zugunsten der Verfügungsklägerin zu berücksichtigen, dass ihr SAIDI-Wert besser sei. Die zugesagten SAIDI-Werte seien vielmehr gleichwertig. Besser seien dagegen die historischen SAIDI-Werte der Streithelferin. Die verbleibenden Vorteile – etwas kürzere Reaktionszeiten in der normalen Arbeitszeit, die Durchführung von Testfahrten sowie ein etwas effektiveres Sanktionssystem – würden durch den Vorteil der Fernschaltung kompensiert.
- 877 Die Verfügungsklägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil.
- 878 b) Die Berufung der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin hat insoweit Erfolg.
- 879 (1) Das Landgericht hat zu Unrecht die Gesamtbewertung des Kriteriums durch die Verfügungsbeklagte (Rüge Nr. 25) als nicht vertretbar angesehen. Es hat dabei das Beurteilungsmessen der Verfügungsbeklagten nicht hinreichend berücksichtigt. Aus den zu berücksichtigenden – und von der Verfügungsbeklagten in ihrem Auswertungsvermerk aufgeführten – Gesichtspunkten folgt zwar ein wertungsmäßiger Vorsprung des Angebots der Verfügungsklägerin vor dem Angebot der Streithelferin. Dies hat allerdings auch die Verfügungsbeklagte gesehen.
- 880 Dass dieser Vorsprung in nicht mehr zu vertretender Weise mit (lediglich) 1 Punktwert bewertet wurde, kann der Senat jedoch nicht feststellen. Denn die Unterschiede, welche die Gemeinde berücksichtigt hat, sind nicht so gravierend. Insbesondere beziehen sich die deutlich kürzeren Reaktionszeiten der Verfügungsklägerin auf einen anderen Anwendungsfall als diejenigen der Streithelferin. Sie sind deswegen nicht miteinander vergleichbar.
- 881 (2) Soweit das Landgericht die Rüge der Verfügungsklägerin, der Unterschied im SAIDI-Wert sei unzureichend berücksichtigt (Rüge Nr. 27), für begründet angesehen hat, ist die Berufung ebenfalls begründet.
- 882 Zwar trifft es zu, dass die Verfügungsklägerin für die Zukunft einen (etwas) niedrigeren SAIDI-Wert zugesagt hat. Im Hinblick darauf, dass der Unterschied geringfügig ist und sich zudem aus dem Auswertungsvermerk ergibt, dass die SAIDI-Werte der Streithelferin in der Vergangenheit (außer 2018) niedriger waren als diejenigen der Verfügungsklägerin, ist es nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die SAIDI-Werte der Bieter

als im Ergebnis gleichwertig eingestuft hat. Die Verfügungsbeklagte hält sich bei dieser Bewertung innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsermessens.

883 (3) Die übrigen Rügen (Rügen Nr. 26 und 28-34) sind nicht Gegenstand der Berufung der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin.

884 3. Soweit sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts wendet, das Kriterium „B.IV: Netzanschlusskosten“ sei neu zu bewerten, ist sie unbegründet.

885 a) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 3 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 19):

886 „IV. Netzanschlusskosten

887 Von den Bewerbern werden Aussagen über die Höhe und Zusammensetzung der zukünftigen Netzanschlusskosten (mit Mauerdurchbruch; ohne Berücksichtigung von Eigenleistungen; bis zu einer Anschlusslänge von 15 m auf einem Privatgrundstück) verlangt. Zur Plausibilisierung kann auch auf die Praxis im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden. Die Gemeinde A strebt möglichst geringe Netzanschlusskosten, im besten Fall den Verzicht auf Netzanschlusskosten, an.“

888 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 3 Punkten und des Angebots der Streithelferin mit 2,7 Punkten wurde im Auswertungsvermerk wie folgt begründet (Anl. ASt. 17, S. 188):

889 „Beide Bewerber verlangen Netzanschlusskosten von den Anschlussnehmern, wodurch eine gute Vergleichbarkeit möglich ist.

890 Sie geben beide eine Zusage, dass die Netzanschlusskosten möglichst niedrig gehalten werden sollen.

891 Die absolute Höhe der Netzanschlusskosten erscheint bei beiden Bietern plausibel und ist entsprechend gesetzlicher Vorgaben jeweils für deren gesamtes Netzgebiet gültig.

892 Der Unterschied in der absolute Höhe der Netzanschlusskosten zwischen denen der SWB (1.700 Euro) zu denen der E (1.790 Euro) beide Werte netto ist nicht erheblich, für Anschlussnehmer aber doch spürbar, so dass der Abstand in Form einer leichten Punktedifferenz zu berücksichtigen ist.“

893 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),

894 - dass fehlende Angaben der Streithelferin zur Zusammensetzung der zukünftigen Netzanschlusskosten nicht zulasten der Streithelferin bewertet worden seien (Rüge Nr. 124),

895 - dass die Verfügungsbeklagte die Zusage der Verfügungsklägerin, die Netzanschlusskosten während der Dauer des Konzessionsvertrages nicht zu steigern, nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 125).

896 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):

- 897 „Beide Bewerber haben Angaben zu den Kosten bei einer Anschlusslänge von 15 Metern gemacht, weshalb die Angebote vergleichbar waren. Fehlende Angaben im Angebot der E kann die Gemeinde A nicht erkennen. Das Angebot der Stadtwerke B war mit zugesagten 1.700 Euro netto günstiger als das Angebot der E mit 1.790 Euro netto. Dass die Kosten bei der E über denen der Stadtwerke B liegen, wurde ausweislich des Auswertungsvermerkes (Seite 189) berücksichtigt.
- 898 Beide Angebote sind hinsichtlich der weiteren Kostenentwicklung der Netzananschlusskosten auch vergleichbar. Der vorgenommene Punktabschlag zulasten der E ist damit zutreffend, weil sich die Vor- und Nachteile der Angebote im Übrigen ausgeglichen haben.“
- 899 Das Landgericht hat die Rüge Nr. 124 für begründet gehalten. Zu Unrecht habe die Verfügungsbeklagte die vom Kriterium geforderte – bei der Streithelferin aber fehlende – Aufschlüsselung der Netzananschlusskosten nicht bei der Bewertung berücksichtigt. Auch die Frage, ob eine Aufschlüsselung abgefragt werden dürfe, komme es wegen der Rügepräklusion nicht an.
- 900 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, im Kriterium werde keine Aufschlüsselung der Netzananschlusskosten verlangt. Der Schwerpunkt liege auf möglichst niedrigen Netzananschlusskosten. Zudem sei eine Aufschlüsselung deswegen nicht möglich, da es sich um eine gesetzlich zulässige Pauschalierung handle. Mit dem Punktabschlag sei jedenfalls die fehlende Aufschlüsselung ausreichend berücksichtigt.
- 901 Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, die fehlende Aufschlüsselung führe zu einem unplausiblen Angebot, das deswegen mit 0 Punkten hätte bewertet werden müssen.
- 902 b) Die Berufung ist unbegründet.
- 903 (1) Das Landgericht hat zu Recht die Rüge der fehlenden negativen Berücksichtigung des Fehlens der Zusammensetzung der zukünftigen Netzananschlusskosten bei der Streithelferin (Rüge Nr. 124) als begründet angesehen. Die Verfügungsbeklagte hat bei ihrer Bewertung zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, dass die Streithelferin die Zusammensetzung der zukünftigen Netzananschlusskosten nicht angegeben hat. Der 2. Verfahrensbrief hat ausdrücklich verlangt, dass die Bieter die Zusammensetzung der zukünftigen Netzananschlusskosten angeben. Die Rechtsauffassung der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin, dies ergebe sich nicht aus dem Wortlaut des Kriteriums ist nicht nachvollziehbar. Denn dort heißt es: „Von den Bewerbern werden Aussagen über die [...] Zusammensetzung der zukünftigen Netzananschlusskosten [...] verlangt“. Dem ist hier lediglich die Verfügungsklägerin in ihrem Angebot nachgekommen. Die Streithelferin hat die Zusammensetzung nicht angegeben. Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin haben zwar insofern Recht, als der Schwerpunkt des Kriteriums auf möglichst niedrigen, gesetzlich zulässigen Netzananschlusskosten liegt. Aber daraus folgt nicht, dass die Gemeinde die übrigen von ihr geforderten Gesichtspunkte dieses Kriteriums unberücksichtigt lassen darf. Vielmehr muss die Gemeinde auch diesen Umstand in die Wertung mit einbeziehen.
- 904 Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Verfügungsbeklagte bei der Berücksichtigung der fehlenden Angabe der Zusammensetzung im Angebot der Streithelferin im Rahmen des Beurteilungsermessens der Verfügungsbeklagten einen anderen Punktwert vergeben hätte. Der von der Streithelferin vorgebrachte Einwand, die Zusammen-

setzung könne nicht angegeben werden, weil es sich um eine gesetzlich zulässige Pauschale handle, greift nicht durch. Da sich das Konzessionsvergabeverfahren nun in der 3. Phase befindet, sind sämtliche Einwände, die – wie hier der Einwand der Sachwidrigkeit dieses Teils des Kriteriums – nicht innerhalb der Frist des § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG gerügt wurden, gem. § 47 Abs. 1 Satz 1 EnWG präkludiert.

- 905 (2) Der weitere von der Verfügungsklägerin bezüglich der Bewertung dieses Kriteriums gerügte Gesichtspunkt (fehlende Berücksichtigung der verbindlichen Zusage der Verfügungsklägerin, die Netzanschlusskosten nicht zu steigern [Rüge Nr. 125]) ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, da die – durch die Nichtberücksichtigung dieses Einwandes seitens des Landgerichts beschwerte – Verfügungsklägerin hiergegen nicht Berufung eingelegt hat.
- 906 4. Soweit sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts wendet, das Kriterium „B.V.2: Beschwerdemanagement“ sei neu zu bewerten, ist sie begründet.
- 907 a) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 2 Punkte vergeben werden können, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 20):
- 908 „2. Beschwerdemanagement
- 909 Erwartet werden konkrete und verbindliche Aussagen zum Beschwerdemanagement im konkreten Konzessionsgebiet. Die Beachtung der Anforderungen des § 111a EnWG wird dabei vorausgesetzt. Es soll dargestellt werden, in welchem Zeitraum Kundenbeschwerden bearbeitet werden und wie diesen effektiv abgeholfen wird. Zur Plausibilisierung kann auf die Praxis im bisherigen Netzbetrieb Bezug genommen werden.“
- 910 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 207):
- 911 „Die E bietet auf ihrer Internetseite ein Kontaktformular mit Feedback Funktion für Beschwerden an und führt jährliche Evaluationen zur Kundenfreundlichkeit durch. Die E geht beim Beschwerdemanagement ausschließlich auf die Reaktionszeiten für die erste Rückmeldung beim Kunden ein. Der weitere Prozessablauf mit Bearbeitungszeitfenstern, insbesondere für die fallabschließende Bearbeitung, wird nicht beschrieben.
- 912 Demgegenüber gibt die SWB zu den einzelnen Prozessen des Beschwerdemanagements jeweils konkrete Zeitfenster für die Bearbeitungsdauer vom Eingang der Beschwerde bis zur fallabschließenden Bearbeitung an. Insgesamt verpflichtet sich die SWB dazu, dass eine abschließende Bearbeitung / Unterbreitung eines Lösungsvorschlags innerhalb von max. drei Tagen ab Eingang der Beschwerde erfolgt. Indes ist die SWB in ihrem Angebot nicht darauf eingegangen ob und in welchen Abständen Evaluationen zur Kundenzufriedenheit erfolgen.“
- 913 Die Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin mit 2 Punkten und des Angebots der Streithelferin mit 1,6 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 914 „Im Sinne der Bestrebungen der Gemeinde A hat die SWB mit drei Tagen die kürzeste Bearbeitungszeit für die abschließende Bearbeitung von Beschwerden angeboten und sich hierzu verbindlich verpflichtet. Zusätzlich hat die SWB im Ge-

gensatz zur E die konkreten Bearbeitungszeiträume für die einzelnen Prozessabschnitte wesentlich nachvollziehbarer und präziser dargelegt. Demgegenüber bleiben die Aussagen der E vage.

- 915 Gemessen an diesen Gesichtspunkten erhält die SWB daher die Höchstpunktzahl. Da die E jedoch immerhin Ausführungen zu Kundenbefragungen und Evaluationen gemacht hat, erhält sie lediglich einen Abschlag von einem Punktwert.“
- 916 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 917 - dass die Verfügungsbeklagte die von ihr festgestellten Nachteile des Angebots der Streithelferin bei der Vergabe der Punkte nicht angemessen bewertet habe (Rüge Nr. 126),
- 918 - dass die Verfügungsbeklagte das Fehlen verbindlicher Zusagen im Angebot der Streithelferin nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 127),
- 919 - dass die Verfügungsbeklagte das Fehlen von Bearbeitungszeiten für die abschließende Bearbeitung von Beschwerden im Angebot der Streithelferin nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 128),
- 920 - dass die Verfügungsbeklagte die durch die präziseren Angaben erhöhte Plausibilität des Angebots der Verfügungsklägerin nicht berücksichtigt habe (Rüge Nr. 129),
- 921 - dass die Verfügungsbeklagte Kundenbefragungen und Evaluationen zugunsten der Streithelferin gewertet habe, obwohl diese bei diesem Kriterium nicht wertungsrelevant seien (Rüge Nr. 130),
- 922 - dass die Verfügungsbeklagte Widersprüchen im Angebot der Streithelferin (jährliche Evaluationen vs. Evaluationen nur in ausgewählten Gebieten) nicht zu Lasten der Streithelferin berücksichtigt habe (Rüge Nr. 131).
- 923 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 924 „Wie im Auswertungsvermerk auf Seite 207 dargestellt, hat das Angebot der Stadtwerke B genau vor dem Hintergrund der gerügten Punkte die bestmögliche Punktzahl erreicht. Aufgrund der Angebotsinhalte der E zu Feedback, Kundenbefragungen und Evaluation (Auswertungsvermerk, Seite 202) blieb es richtigerweise bei einem Abschlag von einem Punktwert.“
- 925 Das Landgericht hat die Rüge Nr. 126 für begründet gehalten. Die Verfügungsbeklagte habe das von ihr festgestellte Fehlen konkreter Aussagen zum Beschwerdemanagement und zur Bearbeitungsdauer nicht angemessen bewertet. Hierbei handle es sich um den Kern des Kriteriums, weswegen der vorgenommene Abschlag von 1 Punktwert nicht mehr vom Beurteilungsermessen umfasst sei. Zwar habe die Verfügungsbeklagte Angaben zu Feedback und Evaluation berücksichtigen dürfen, weil dies der Verbesserung des Beschwerdemanagements diene. Es handle sich jedoch um Randaspekte, welche die Nachteile des Angebots der Streithelferin nicht in dem von der Verfügungsbeklagten angenommenen Umfang aufwiegen könnten.

- 926 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, die Streithelferin habe den Prozess des Beschwerdemanagements und die Bearbeitungsdauer in dem von ihr vorgelegten verbindlichen Angebot (Anlage C) dargelegt. Darin habe die Streithelferin eine effektive Abhilfe innerhalb eines Tages, jedenfalls aber eine Rückmeldung zum aktuellen Stand der Abhilfe innerhalb eines Tages zugesagt. Die Bearbeitungs- und Reaktionszeiten bei der Verfügungsklägerin seien länger als bei der Streithelferin und der Inhalt mindestens genauso vage. Zudem ergebe sich aus dem Auswertungsvermerk nicht, dass die Bearbeitungszeit den Kern des Kriteriums bilden solle. Im Einklang mit dem Ober-Kriterium „Verbraucherfreundlichkeit“ habe die Verfügungsbeklagte neben den in Aussicht gestellten Bearbeitungsdauern auch die Effektivität des Beschwerdemanagements der Bewerber, also die Wirkung auf die Verbraucher, berücksichtigen dürfen. Hierbei handle es sich auch nicht um einen Randaspekt des Kriteriums.
- 927 Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, der neue Vortrag der Streithelferin zu den Bearbeitungsdauern in ihrer Berufungsbegründung sei gem. § 531 ZPO nicht zu berücksichtigen. Die Verfügungsklägerin bestreite diesen Vortrag aufgrund der Schwärzungen im ursprünglich vorgelegten Angebot mit Nichtwissen.
- 928 b) Die Berufung ist begründet.
- 929 (1) Das Landgericht hat die Rüge einer unzureichenden Gewichtung der festgestellten Nachteile des Angebots der Streithelferin (Rüge Nr. 126) zu Unrecht als begründet angesehen. Es ist zwar entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin richtig, dass die Darstellung der Bearbeitungs- und Reaktionszeiten Teil dieses Kriteriums ist. Dies macht es deswegen erforderlich, konkretere Darstellungen zu den Bearbeitungs- und Reaktionszeiten im Angebot der Verfügungsklägerin zu berücksichtigen. Dies hat die Verfügungsbeklagte aber ausweislich des Auswertungsvermerks auch getan. Eine Überschreitung des der Verfügungsbeklagten insbesondere auch bei der Gewichtung zukommenden Beurteilungsermessens liegt entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts nicht vor, zumal die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin – nach der durch die insoweit beschwerte Verfügungsklägerin nicht angegriffenen Entscheidung des Landgerichts – zutreffend auch die Angaben der Streithelferin zu Feedback und Evaluation berücksichtigt hat. Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts ist die Verfügungsbeklagte dabei auch nicht auf eine Berücksichtigung nur als Randaspekt beschränkt. Da die Evaluation der Verbesserung des Beschwerdemanagements dient, gehört sie sachlich zu diesem Kriterium.
- 930 Auf die Frage, ob die von der Streithelferin erstmals im zweiten Rechtszug vorgetragenen Bearbeitungszeiten zu berücksichtigen sind, kommt es deswegen nicht an. Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts stellt die Bearbeitungsdauer nicht den alleinigen Kern des Kriteriums dar. Das Kriterium dient auch der Bewertung der effektiven Abhilfe von Kundenbeschwerden. Deswegen müssen Defizite in der Darstellung des zeitlichen Ablaufs auch nicht zwingend das vom Landgericht angenommene Maß an Punktabzug nach sich ziehen.
- 931 (2) Die weiteren von der Verfügungsklägerin bezüglich der Bewertung dieses Kriteriums gerügten Gesichtspunkte (fehlende Berücksichtigung des Fehlens verbindlicher Zusagen im Angebot der Streithelferin [Rüge Nr. 127], fehlende Berücksichtigung des Fehlens von Bearbeitungszeiten für die abschließende Bearbeitung von Beschwerden im Angebot der Streithelferin [Rüge Nr. 128], fehlende Berücksichtigung der erhöhten Plausibilität

des Angebots der Verfügungsklägerin [Rüge Nr. 129], unzulässige Berücksichtigung von Kundenbefragungen und Evaluationen im Angebot der Streithelferin [Rüge Nr. 130], fehlende Berücksichtigung von Widersprüchen im Angebot der Streithelferin, insbesondere jährliche Evaluationen vs. Evaluationen nur in ausgewählten Gebieten [Rüge Nr. 131]) sind nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, da die – durch die Nichtberücksichtigung bzw. Zurückweisung dieser Einwände seitens des Landgerichts beschwerte – Verfügungsklägerin hiergegen nicht Berufung eingelegt hat.

- 932 5. Soweit sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts wendet, das Kriterium „D.II Wegenutzungsentgelt nach Vertragsende“ sei neu zu bewerten, ist sie unbegründet.
- 933 a) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 1 Punkt vergeben werden kann, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 21):
- 934 „Wegenutzungsentgelt nach Vertragsende: Von den Bewerbern wird erwartet, dass sie sich vertraglich zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner verpflichtet, sofern die Stadt ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 betreibt.“
- 935 Die Verfügungsklägerin hat folgende Regelung zum Wegenutzungsentgelt nach Vertragsende angeboten (Anl. ASt. 27, S. 6):
- 936 „§ 3 Konzessionsabgabe, Kommunalrabatt und Verwaltungskostenbeiträge
- 937 [...]
- 938 (7) Für den Zeitraum zwischen Ablauf dieses Vertrags und einem Neuabschluss mit dem Konzessionsnehmer oder einer Übereignung oder Überlassung von Gasverteileranlagen nach § 10 Abs. 1 werden vom Konzessionsnehmer an die Gemeinde die in Abs. 1 vereinbarten Konzessionsabgaben entsprechend § 48 Abs. 4 EnWG weiter entrichtet. Bereicherungsrechtliche Ansprüche der Gemeinde bleiben unberührt.
- 939 [...]
- 940 Im Auswertungsvermerk sind keine Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 276). Die gleiche Bewertung mit der Höchstpunktzahl 1 Punkt wurde wie folgt begründet:
- 941 „Die vertraglichen Regelungen der Bewerber zur Fortzahlung der Konzessionsabgaben sind inhaltlich identisch, so dass beide jeweils die Höchstpunktzahl erhalten.“
- 942 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18), dass die Verfügungsbeklagte einen wesentlichen Unterschied in den Angeboten der beiden Bieter unberücksichtigt gelassen habe. Die Verfügungsklägerin biete an, dass eine Fortzahlung der Konzessionsabgabe bis zu einer Übereignung oder Überlassung von Gasverteileranlagen an einen neuen Netzbetreiber erfolge. Die E biete die Fortzahlung der Konzessionsabgaben lediglich bis zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages an (Rüge Nr. 132).

- 943 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rüge der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 944 „Die Angebote sind aus Sicht der Gemeinde A gleichwertig. Auch die E bietet die Fortzahlung bis zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages an. Mit Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages ist der Vertragspartner zur Zahlung der Konzessionsabgabe verpflichtet.“
- 945 Das Landgericht hat die Rüge für begründet gehalten. Die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte sei nicht gut vertretbar. Denn die Streithelferin biete lediglich die Weiterzahlung der Konzessionsabgabe bis zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages an, wohingegen die Verfügungsklägerin die Weiterzahlung der Konzessionsabgabe, wie im 2. Verfahrensbrief gefordert, bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen anbiete.
- 946 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, beide Bieter hätten sich zu dem verpflichtet, wozu sie ohnehin gem. § 48 Abs. 4 EnWG verpflichtet wären, sodass kein wertungsrelevanter Unterschied bestehe.
- 947 Die Verfügungsklägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil.
- 948 b) Die Berufung ist insoweit unbegründet. Die Rüge Nr. 132 ist aus zwei Gründen begründet ((1) und (2))
- 949 (1) Erstens ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen nicht eindeutig, dass die Streithelferin sich tatsächlich vertraglich zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner verpflichtet hat.
- 950 Zwar hat die Streithelferin ausweislich des verbindlichen (siehe oben) Teils „Unser Versprechen“ in ihrem Angebot Folgendes angeboten „Die E sichert der Gemeinde A eine kommunalfreundliche Regelung beim Auslaufen des Konzessionsvertrages zu. Dies beinhaltet auch die vertragliche Verpflichtung zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgabe auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner“ (Anl. ASt. 10, S. 145).
- 951 Aber in dem sich daran anschließenden als „Erfüllung des Kriteriums“ benannten – nicht verbindlichen – Teil ist lediglich die Weiterzahlung bis zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages beschrieben. Bestätigt wird diese – abweichende – Regelung dadurch, dass der von der Streithelferin im Berufungsrechtszug vorgetragene Wortlaut, des – dem Senat nicht vorliegenden – Konzessionsvertrages der Streithelferin hierzu wie folgt lautet: „Die E wird der Gemeinde gemäß § 48 Abs. 4 EnWG die Konzessionsabgabe nach Auslaufen der Konzession solange weitergewähren, bis die Gemeinde einen neuen Konzessionsvertrag abgeschlossen hat, wenn dies nach dem in diesem Zeitpunkt geltenden Recht zulässig ist und die E in diesem Zeitraum das Netz betreibt.“ (Bl. 276 f. BA). Die von der Verfügungsklägerin angebotene vertragliche Regelung ist deswegen objektiv besser und daher auch besser zu bewerten. Eine Gleichbewertung ist hier nicht mehr vertretbar.
- 952 (2) Zweitens ist zwar richtig, dass beide Bieter ohnehin gem. § 48 Abs. 4 EnWG gesetzlich zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen

Vertragspartner verpflichtet sind. Einen über § 48 Abs. 4 EnWG hinausgehenden Mehrwert bietet das Angebot der Verfügungsklägerin deswegen eigentlich nicht. Die Verfügungsbeklagte erhält hierdurch lediglich zusätzlich zu dem bestehenden gesetzlichen Anspruch aus § 48 Abs. 4 EnWG einen inhaltsgleichen vertraglichen Anspruch. Ein Mehrwert ist damit jedoch nicht verbunden. Dass es sich bei diesem Kriterium im 2. Verfahrensbrief deswegen um ein unsinniges (intransparentes und sachwidriges) Kriterium handelt, weil damit unzulässigerweise das bepunktet werden soll, wozu die Bieter ohnehin gesetzlich verpflichtet sind, spielt hier keine Rolle, weil dies in der 3. Phase nicht gerügt werden kann – und hier auch nicht gerügt wurde.

- 953 Auch wenn die Verfügungsbeklagte bei der Auswertung der Angebote gemerkt haben sollte, dass sie hier ein unsinniges Kriterium aufgestellt hat, kann sie das Ausschreibungskriterium nicht im Nachhinein ohne Weiteres (stillschweigend) insofern abändern, als sie wegen der gesetzlichen Verpflichtung in § 48 Abs. 4 EnWG alle gleich bewertet. Denn jedenfalls eine – wie hier – wesentliche nachträgliche Änderung der Ausschreibungskriterien ohne Bekanntmachung ist unzulässig, wenn dem Wettbewerbsgebot nur durch erneute Bekanntmachung hinreichend Rechnung getragen werden kann (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 20. März 2018 – 6 U 4/17, BeckRS 2018, 5067, Rn. 66, beck-online). Eine solche Änderung muss den Bewerbern in einer transparenten und diskriminierungsfreien Weise kommuniziert werden, sie muss sich weiterhin vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG orientieren und sie darf einzelne Bewerber nicht unangemessen benachteiligen, was etwa bei einer spät im Verfahren beschlossenen Änderung denkbar ist, der einzelne Bewerber bereits gerecht geworden sind oder dies leicht sicherstellen können, während andere ihr Angebot erkennbar nicht mehr oder nur noch unter Schwierigkeiten an die Änderung anpassen können (OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. März 2014 – 6 U 68/13 (Kart), BeckRS 2014, 6418, beck-online). Diese Voraussetzungen hat die Verfügungsbeklagte hier nicht eingehalten.
- 954 6. Soweit sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts wendet, das Kriterium „D.V. Entflechtungsregelungen“ sei neu zu bewerten, ist sie unbegründet.
- 955 a) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 1 Punkt vergeben werden kann, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 3220):
- 956 „Entflechtungsregelungen: Von den Bewerbern wird erwartet, dass sie kommunalfreundliche und an Dritte abtretbare Regelungen im Hinblick auf eine eventuell notwendige Netzentflechtung anbieten. Hierbei können insbesondere auch Regelungen zugunsten eines potentiellen neuen Netzbetreibers angeboten werden, wie z.B. die Verpflichtung, diesem rechtzeitig einen Netzentflechtungsplan vorzulegen und ihm eine sachgerechte Verteilung der Entflechtungskosten anzubieten.“
- 957 Die Verfügungsklägerin hat folgende Entflechtungsregelungen angeboten (Anl. ASt. 27, S. 15):
- 958 „§ 11 Entflechtung
- 959 (1) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich, der Gemeinde mit der Information gemäß § 9 Abs. 1 einen Netzentflechtungsplan zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspartner verpflichten sich, die Maßnahmen zur Trennung der Netze auf das

zur Erfüllung der beidseitigen Versorgungsaufgaben geringstmögliche Maß unter Berücksichtigung der Versorgungssicherheit, der Eigentumsgrenzen und klarer Verantwortlichkeiten der Netzführung zu beschränken und die Kosten möglichst gering zu halten. Sollten aufgrund des Anlagenerwerbs Maßnahmen zur Netzentflechtung und -einbindung erforderlich werden, so fördern die Gemeinde oder ein neuer Netzbetreiber sowie der Konzessionsnehmer die vertragliche Regelung einer Netztrennung rechtzeitig vor Auslaufen des Konzessionsvertrages mit dem Ziel, zu einer rechtzeitigen Durchführung der Netztrennung zu kommen.

- 960 (2) Ist eine Entflechtung der von der Gemeinde zu übernehmenden und der bei dem Konzessionsnehmer verbleibenden Verteilungsanlagen erforderlich, sind nach Wahl der Gemeinde die Entflechtungskosten (= Kosten der Netztrennung und der Wiederherstellung der Versorgungssicherheit bezüglich der bei dem Konzessionsnehmer verbleibenden Anlagen) von dem Konzessionsnehmer und die Einbindungskosten (= Kosten für Maßnahmen zur Wiederherstellung der Versorgungssicherheit im abzugebenden Netz und zur Anbindung an das vorgelagerte Netz) von der Gemeinde zu tragen oder die Entflechtungs- und Einbindungskosten hälftig zu teilen.
- 961 Entflechtung und Wiedereinbindung sind unter Beachtung der netztechnischen Erfordernisse so vorzunehmen, dass sich hinsichtlich der Versorgungssicherheit weder im übernommenen Netz noch im Netz des Konzessionsnehmers eine Verschlechterung ergibt.
- 962 (3) Die Gemeinde kann die Rechte und Pflichten gemäß Abs. 1 und Abs. 2 an einen Dritten abtreten, sofern und sobald der Dritte nach den gesetzlichen Vorgaben des § 46 EnWG wirksam neuer Inhaber der Wegenutzungsrechte für das Gasversorgungsnetz im Konzessionsgebiet geworden ist. Der Konzessionsnehmer erteilt hiermit unwiderruflich seine Zustimmung zur Übertragung von Rechten und Pflichten nach Satz 1.“
- 963 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 290):
- 964 „Ausweislich § 9 Abs. 3 MKV des Vertragsentwurfs der E sind die Kosten für die Entflechtung und die Einbindung von der E und der Gemeinde jeweils hälftig zu tragen. Die Kosten der notwendigen messtechnischen Einrichtung sind gem. § 9 Abs. 3 Satz 3 MKV der E von der Gemeinde zu tragen.
- 965 Demgegenüber enthält die Klausel der SWB keine Angabe, ob eine messtechnische oder eine galvanische Trennung beabsichtigt ist. Sollen Maßnahmen zur Trennung der Netze auf das zur Erfüllung der beidseitigen Versorgungsaufgaben auf das geringst mögliche Maß unter Berücksichtigung von Versorgungssicherheit/ Eigentum beschränkt werden. Hierbei biete die SWB an, die Kosten für Einbindung und Entflechtung möglichst gering zu halten. Es besteht ein Wahlrecht der Gemeinde ob Einbindung und Entflechtungskosten jeweils hälftig getragen werden oder aber die Entflechtungskosten von der Gemeinde und die Einbindungskosten vom neuen Konzessionsnehmer getragen werden.“
- 966 Die Bewertung der Verfügungsklägerin mit 1 Punkt und der Streithelferin mit 0,9 Punkten wurde wie folgt begründet:

- 967 „Die Angebote der E und der SWB enthalten beide Regelungen zur beabsichtigten Entflechtung. Im Angebot der E werden die Kosten der notwendigen messtechnischen Einrichtungen der Gemeinde auferlegt. Hierdurch wird ausdrücklich klargestellt, dass eine galvanische Trennung nicht zwingend ist; worüber in der Praxis regelmäßig Streit besteht, da die galvanische Trennung regelmäßig maßgeblich teurer ist. Auch die SWB hat in ihrem Angebot zu gesagt, dass eine möglichst kostengünstige Netztrennung angestrebt wird. Positiv an den Entflechtungsregelungen der SWB fiel auf, dass sie der Gemeinde bei der Kostentragung ein Wahlrecht eingeräumt hat, so dass das Angebot etwas besser als das der E zu bewerten ist.
- 968 Das Angebot der SWB erhält daher die Höchstpunktzahl und die E einen geringfügigen Abschlag von einem halben Punktwert.
- 969 Die jeweiligen Verpflichtungen zur Datenherausgabe werden nicht im Rahmen dieses Kriteriums, sondern unter D. XI. ‚Vertragliche Datenherausgabeverpflichtung‘ gewertet.“
- 970 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 971 - dass im Auswertungsvermerk festgestellte Widersprüche im Angebot der Streithelferin bei der Bewertung nicht berücksichtigt worden seien (Rüge Nr. 133),
- 972 - dass die Verfügungsbeklagte die von der Streithelferin angebotene galvanische Trennung zu Unrecht positiv zugunsten der Streithelferin berücksichtigt habe, obwohl die galvanische Trennung in Gasnetzen ohne Relevanz sei und nur für Stromnetze von Bedeutung sei (Rüge Nr. 134),
- 973 - dass die Verfügungsbeklagte die für sie günstigere Kostenregelung im Angebot der Verfügungsklägerin unzureichend berücksichtigt habe (Rüge Nr. 135),
- 974 - dass die Verfügungsbeklagte die von der Verfügungsklägerin angebotene Förderung einer vertraglichen Regelung rechtzeitig vor Auslaufen des Konzessionsvertrags nicht zugunsten der Verfügungsklägerin bewertet habe (Rüge Nr. 136),
- 975 - dass die Verfügungsbeklagte die von der Verfügungsklägerin angebotene Berücksichtigung der Versorgungssicherheit nicht zugunsten der Verfügungsklägerin bewertet habe (Rüge Nr. 137),
- 976 - dass die Verfügungsbeklagte die von der Verfügungsklägerin angebotene Berücksichtigung der Eigentumsgrenzen nicht zugunsten der Verfügungsklägerin bewertet habe (Rüge Nr. 138).
- 977 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):
- 978 „Auch das Angebot der E sieht vor, dass etwa im Rahmen eines auszugestaltenden Entflechtungskonzeptes kostengünstige Lösungen für alle anfallenden Entflechtungsmaßnahmen angestrebt werden. Beide Ansätze entsprechen den Vorgaben des Kriteriums. Im Rahmen des Auswertungsvermerks wurden die sonsti-

gen Rügepunkte zutreffend berücksichtigt und mit der Höchstpunktzahl bei den Stadtwerken B bewertet.“

- 979 Das Landgericht hat die Rügen Nr. 133 und 134 für begründet gehalten. Das Angebot der Verfügungsklägerin sei günstiger. Die Verfügungsbeklagte habe den von ihr festgestellten Widerspruch (Anl. ASt. 17, S. 282) zulasten der Streithelferin berücksichtigen müssen. Außerdem habe die Verfügungsbeklagte zu Unrecht die galvanische Trennung berücksichtigt.
- 980 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, die Verfügungsbeklagte habe den Vorteil zugunsten der Streithelferin berücksichtigen müssen, dass diese in § 9 Abs. 3 des Konzessionsvertrages die Umsetzung einer messtechnischen Entflechtung zugesagt habe. Zudem habe die Verfügungsbeklagte mit der Verwendung des Begriffs der galvanischen Trennung in Wahrheit die Differenzierung zwischen einer kostengünstigen messtechnischen Entflechtung und einer wesentlich aufwändigeren vollständigen physikalischen Trennung gemeint. Die Zusage der Streithelferin zur messtechnischen Entflechtung biete einen erheblichen Mehrwert für die Verfügungsbeklagte. Die Verfügungsbeklagte habe zudem im ersten Rechtszug bestritten, dass eine galvanische Trennung im Gasnetz nicht erforderlich sei, indem sie auf die Ausführungen der Verfügungsbeklagten im Nichtabhilfeschreiben Bezug genommen habe. Im Übrigen sei die angebotene galvanische Trennung nicht bei der Bewertung berücksichtigt worden.
- 981 Es sei nicht geboten, einen im Angebot der Streithelferin vorhandenen Widerspruch zu deren Lasten zu werten. Aufgrund der Zusage aus der Zusatzvereinbarung, dass die von der Streithelferin im verbindlichen Konzessionsangebot vom 20. Dezember 2019 (Anlage C) ausgesprochenen Verpflichtungen Vertragsbestandteil würden, könne die Verfügungsbeklagte grundsätzlich beides gegenüber der Streithelferin durchsetzen. Sie könne sich auf die Regelung im Konzessionsvertrag (hälftige Kostentragung) oder aber auf die Zusage im verbindlichen Angebot (Anlage C) stützen (Tragung sämtlicher Kosten der Entflechtung durch die Streithelferin und Tragung der Einbindungskosten vom Neukonzessionär). Die Widersprüchlichkeiten würden der Verfügungsbeklagten daher ein Rosinenpicken erlauben.
- 982 Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, der neue Vortrag der Streithelferin zu § 9 Abs. 3 des Konzessionsvertrages sei gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Die Verfügungsklägerin bestreite wegen der Schwärzungen im Angebot der Streithelferin die Existenz der vorgetragenen Zusage. Aus dem Auswertungsvermerk ergebe sich keine Zusage einer messtechnischen Entflechtung. Dass die Verfügungsklägerin die technische Art der Entflechtung nicht vorgebe, dürfe ihr nicht zum Nachteil gereichen. Da sich die Bezeichnungen der technischen Entflechtung innerhalb der Vertragslaufzeit von 20 Jahren ändern könnten, sei es vielmehr vorteilhaft die diesbezügliche Begrifflichkeit offen zu lassen. Die Zusage einer möglichst kostengünstigen Netztrennung umfasse dabei die jeweils aktuelle kostengünstige technische Entflechtung, sei es eine messtechnische Entflechtung oder eine andere. Auch der Vortrag der Streithelferin zu den Kosten sei neu und deswegen gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Der neue Vortrag werde mit Nichtwissen bestritten. Zudem vertiefe der neue Vortrag die Widersprüche. Widersprüche seien zulasten der Streithelferin zu werten, da diese mit Rechtsunsicherheiten verbunden seien. Aus dem Auswertungsvermerk ergebe sich, dass die Verfügungsbeklagte die angebotene galvanische Trennung positiv zugunsten der Streithelferin gewertet habe.

- 983 b) Die Berufungen der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin sind insoweit unbegründet.
- 984 (1) Zu Recht hat das Landgericht die in der Bewertung der Verfügungsbeklagten fehlende Berücksichtigung der im Auswertungsvermerk festgestellten Widersprüche im Angebot der Streithelferin (Rüge Nr. 133) beanstandet. Das Argument der Streithelferin, dass Widersprüche im Angebot der Streithelferin nicht zu deren Lasten bewertet werden dürfen, greift nicht durch. Widersprüche in dem Angebot eines Bieters führen erstens dazu, dass die Gemeinde nicht feststellen kann, in welchem Umfang ein zu bewertendes Kriterium erfüllt ist. Deswegen muss die Gemeinde nicht ausräumbare Widersprüche innerhalb eines Angebots zwingend in der Form berücksichtigen, dass eine Erfüllung des Kriteriums nicht angenommen und bepunktet werden kann, soweit der Widerspruch reicht. Zweitens führt ein Widerspruch, wenn er sich aus dem angebotenen Konzessionsvertrag ergibt, zu Rechtsunsicherheiten. Denn es lässt sich in diesem Fall für die Gemeinde nicht ohne Rechtsrisiken feststellen, welche Rechte und Pflichten sich in Bezug auf diesen Punkt aus dem Konzessionsvertrag ergeben. Dieses Risiko, das mit einem erheblichen Rechtsberatungskosten- und ggf. Gerichtskostenrisiko einhergeht, ist zusätzlich zwingend mit einem weiteren Wertungsabschlag zu versehen.
- 985 Das Argument der Streithelferin, dass Widersprüche in einem Vertrag dem Vertragspartner ein Rosinenpicken erlauben würden, geht von vornherein fehl. Die Regeln der Vertragsauslegung kennen den von der Streithelferin aufgestellten Grundsatz, dass Unklarheiten innerhalb eines Vertrages dadurch aufgelöst würden, dass eine Partei sich das für sie günstige herausuchen kann, bekanntlich nicht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist grundsätzlich von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass die Vertragschließenden auch bei einem unzulänglichen oder widerspruchsvollen Wortlaut mit dem Vertragsabschluss einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck ins Auge gefasst und verfolgt haben und mit der von ihnen gewählten Formulierung zum Ausdruck haben bringen wollen. Es kann daher nur in einem besonders gelagerten Ausnahmefall die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass die Auslegung eines Vertrages wegen seines absolut widerspruchsvollen oder widersinnigen Inhalts unmöglich ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 23. Februar 1956 – II ZR 207/54 = NJW 1956, 665).
- 986 Zudem ist Vortrag zu den Kostenregelungen im Einzelnen gem. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Dieser Vortrag ist neu. Der neue Vortrag ist auch nicht unstreitig (vgl. dazu BGH, Urteil vom 18. November 2004 – IX ZR 229/03 = NJW 2005, 291), da die Verfügungsklägerin den Wortlaut und Inhalt der einzelnen angebotenen Kostenregelungen der Streithelferin zulässigerweise mit Nichtwissen bestritten hat. Dieser neue, streitige Vortrag betrifft keinen Gesichtspunkt, der vom Landgericht übersehen wurde (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Die Nichtgeltendmachung beruht vorliegend auch auf Nachlässigkeit (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Gründe, warum dieses Prozessverhalten der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin nicht nachlässig gewesen sein soll, sind nicht vorgetragen (§ 531 Abs. 2 Satz 2 ZPO).
- 987 (2) Das Landgericht hat zu Recht beanstandet, dass die Verfügungsbeklagte positiv zugunsten der Streithelferin die von ihr angebotene galvanische Trennung des Gasnetzes bewertet hat (Rüge Nr. 134), indem die Verfügungsbeklagte im Auswertungsvermerk als Begründung für die vorgenommene Bewertung ausgeführt hat: „Im Angebot der E werden die Kosten der notwendigen messtechnischen Einrichtungen der Gemeinde aufgelegt. Hierdurch wird ausdrücklich klargestellt, dass eine galvanische Trennung nicht

zwingend ist; worüber in der Praxis regelmäßig Streit besteht, da die galvanische Trennung regelmäßig maßgeblich teurer ist.“

- 988 Zu Recht hat das Landgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass die Verfügungsklägerin unbestritten vorgetragen hat, dass eine galvanische Trennung im Gasnetz nicht erforderlich sei. Die Bezugnahme der Verfügungsbeklagten auf die Ausführungen im Nichtabhilfeschreiben stellt entgegen der Rechtsauffassung der Streithelferin kein ausreichendes Bestreiten dar. Denn im Nichtabhilfeschreiben sind keine Ausführungen der Verfügungsbeklagten zur Notwendigkeit einer galvanischen Trennung im Gasnetz enthalten. Vielmehr verhält sich das Nichtabhilfeschreiben zur Notwendigkeit einer galvanischen Trennung im Gasnetz nicht.
- 989 Das erstmals im Berufungsrechtszug erfolgte Bestreiten durch die Streithelferin ist gem. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Auch der Vortrag der Streithelferin zum Inhalt der von ihr angebotenen Regelung des § 9 Abs. 3 des Konzessionsvertrages ist neu und von der Verfügungsbeklagten zulässigerweise mit Nichtwissen bestritten und daher gem. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen, da er keinen Gesichtspunkt betrifft, der vom Landgericht übersehen wurde (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch keine Gründe vorgetragen sind, warum dieses Prozessverhalten der Streithelferin nicht nachlässig gewesen sein soll (§ 531 Abs. 2 Satz 2 ZPO).
- 990 Für die Behauptung der Streithelferin, die von der Verfügungsbeklagten so bezeichnete „galvanische Trennung“ meine in Wahrheit die Differenzierung zwischen einer kostengünstigen messtechnischen Entflechtung und einer wesentlich aufwändigeren vollständigen physikalischen Trennung, hat die Streithelferin keine Anhaltspunkte vorgetragen. Dem Auswertungsvermerk lässt sich dies nicht entnehmen.
- 991 (c) Die weiteren von der Verfügungsklägerin bezüglich der Bewertung dieses Kriteriums gerügten Gesichtspunkte (Unzureichende Berücksichtigung der günstigeren Kostenregelung der Verfügungsklägerin [Rüge Nr. 135], fehlende Berücksichtigung der Förderung einer vertraglichen Regelung rechtzeitig vor Auslaufen des Konzessionsvertrags [Rüge Nr. 136], fehlende Berücksichtigung der angebotenen Berücksichtigung der Versorgungssicherheit [Rüge Nr. 137], fehlende Berücksichtigung der angebotenen Berücksichtigung der Eigentumsgrenzen [Rüge Nr. 138]) sind nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, da die – durch die Nichtberücksichtigung dieser Einwände seitens des Landgerichts beschwerte – Verfügungsklägerin hiergegen nicht Berufung eingelegt hat.
- 992 7. Soweit sich die Berufung gegen die Annahme des Landgerichts wendet, das Kriterium „D.VII. Konsequenzen bei Vertragsverletzungen“ sei neu zu bewerten, ist sie unbegründet.
- 993 a) Im 2. Verfahrensbrief sah die Verfügungsbeklagte für die Bewertung für dieses Kriterium, für das maximal 1 Punkt vergeben werden kann, Folgendes vor (Anl. ASt. 4, S. 22):
- 994 „Konsequenzen bei Vertragsverletzungen: Von den Bewerbern wird erwartet, dass sie Regelungen anbieten, die Vertragsverletzungen von Seiten des Bewerbers ausreichend pönalisieren. Bewertet wird auch, für welche Vertragsverletzung welche Konsequenz angeboten wird. Die Gemeinde A strebt eine möglichst weitreichende Pönalisierung der wesentlichen vom Bewerber zugunsten der Gemeinde A übernommenen vertraglichen Verpflichtungen an.“

- 995 Die Verfügungsklägerin hat folgende Regelung bei Vertragsverletzungen angeboten (Anl. ASt. 27):
- 996 „§ 8 Vertragsdauer
- 997 [...]
- 998 (3) Die Gemeinde kann den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Konzessionsnehmer dieselbe wesentliche Pflicht aus diesem Vertrag mehrmals in Folge schuldhaft verletzt oder den Maximalbetrag der Vertragsstrafen gemäß § 13 Abs. 39 drei Jahre in Folge erreicht. Die Kündigung bedarf der Schriftform.
- 999 [...]
- 1000 § 13 Vertragsstrafen
- 1001 (1) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 5.000 EUR, wenn der Konzessionsnehmer mit der Zahlung von zwei Abschlägen im Sinne von § 3 Abs. 3 in Verzug ist.
- 1002 (2) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 5.000 EUR, wenn er an zwei Abstimmungsgesprächen innerhalb eines Jahres gemäß § 4 Abs. 3 nicht teilnimmt, es sei denn, die Gemeinde stellt den Konzessionsnehmer von der Teilnahmepflicht frei.
- 1003 (3) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn er der Informationspflicht gemäß § 4 Abs. 5 Satz 1 zum zweiten Mal innerhalb eines Jahres nicht rechtzeitig nachkommt, in Höhe von 2.000 EUR je weiterem Verspätungsfall.
- 1004 (4) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn er die in § 4 Abs. 10 genannten Qualitätsstandards der Oberflächenwiederherstellung zum zweiten Mal innerhalb eines Jahres nicht einhält, in Höhe von 2.000 EUR je weiteren Fall der Vertragsverletzung.
- 1005 (5) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 2.000 EUR, wenn er der Gemeinde nicht oder nicht fristgerecht gemäß § 4 Abs. 14 Satz 3 eine Übersicht über die im Gemeindegebiet vorhandenen Verteilungsanlagen zur Verfügung stellt.
- 1006 (6) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 5.000 EUR, höchstens jedoch 50.000 EUR innerhalb eines Jahres, wenn der Konzessionsnehmer die in § 9 Abs. 1 aufgeführten Informationen entgegen der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig übermittelt.
- 1007 (7) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 500 EUR für jeden Monat in dem er kein Materiallager in maximaler Entfernung von 10 km Luftlinie zum Stadtzentrum in A vorhält, maximal aber 5.000 EUR pro Jahr.

- 1008 (8) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 500 EUR für jeden Monat in dem er keine Verbundleitwarte oder eine anderweitige Leitstelle zur Fernüberwachung der Versorgungsanlagen vorhält, maximal aber 5.000 EUR pro Jahr.
- 1009 (9) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 5.000 EUR für jedes Jahr, in dem er keine TSM-Zertifizierung, oder eine vergleichbare Zertifizierung vorhält.
- 1010 (10) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 250 EUR, für jeden im Netzbetrieb im Konzessionsgebiet eingesetzten technischen Mitarbeiter, der nicht einmal jährlich fachspezifisch weitergebildet oder geschult wird, dies gilt nicht, wenn ein externer Dienstleister die Weiterbildungen und Schulungen absagt oder verlegt oder Mitarbeiter aufgrund Krankheit nicht teilnehmen können.
- 1011 (11) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 EUR, wenn er nicht auf Wunsch der Gemeinde einmal jährlich einen Geschäftsbericht (inkl. Erläuterung) übersendet, um Auskunft über die wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung zu geben.
- 1012 (12) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn bei Störungen der Gasversorgung im Konzessionsgebiet während der normalen Arbeitszeit nicht innerhalb von maximal 19 Minuten nach Eingang der Störungsmeldung unter normalen Wetter- und Verkehrsbedingungen ein fachkundiger Mitarbeiter am Störungsort eintrifft. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt nach dem zweiten Verspätungsfall innerhalb eines Jahres 1.500 EUR je weiteren Verspätungsfall.
- 1013 (13) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn bei Störungen der Gasversorgung im Konzessionsgebiet in der Rufbereitschaft nicht innerhalb von maximal 27 Minuten nach Eingang der Störungsmeldung unter normalen Wetter- und Verkehrsbedingungen ein fachkundiger Mitarbeiter für die Ersterfassung am Störungsort eintrifft. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt nach dem zweiten Verspätungsfall innerhalb eines Jahres 1.500 EUR je weiteren Verspätungsfall.
- 1014 (14) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn nicht die Störungsbeseitigung aufgrund eines defekten Gaszählers während der normalen Arbeitszeit unter normalen Wetter- und Verkehrsbedingungen innerhalb von maximal 43 Minuten nach Eingang der Störungsmeldung abgeschlossen ist und die Versorgung wiederhergestellt ist. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt nach dem zweiten Verspätungsfall innerhalb eines Jahres 1.500 EUR je weiteren Verspätungsfall.
- 1015 (15) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn nicht die Störungsbeseitigung aufgrund eines defekten Gaszählers unter normalen Wetter- und Verkehrsbedingungen in der Rufbereitschaft nach Eingang der Störungsmeldung die Versorgungssicherheit nach maximal 56 Minuten abgeschlossen und die Versorgung wiederhergestellt ist. Die Höhe der Vertragsstra-

fe beträgt nach dem zweiten Verspätungsfall innerhalb eines Jahres 1.500 EUR je weiteren Verspätungsfall.

- 1016 (16) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn er bei der Wartung und Instandhaltung des Gasversorgungsnetzes und beim Betrieb des Gasversorgungsnetzes nicht die Vorgaben aus §§ 11 und 49 EnWG sowie sämtliche einschlägigen technischen Regelwerke, u.a. das DVGW berücksichtigt. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt nach dem zweiten Verstoßfall 1.500 EUR je weiteren Verstoßfall.
- 1017 (17) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 2.000 EUR, wenn er nicht die im Jahre 2019 begonnene Erschließung des Neubaugebietes U..straße ... im Jahre 2020 abschließend umsetzt; dies gilt nicht, falls Bauverzögerungen eintreten, die nicht im Verantwortungsbereiches des Konzessionsnehmers liegen.
- 1018 (18) Der Konzessionsnehmer verpflichtete sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 EUR, wenn die in A.Ziff.III.2. der Anlage 2 genannten Instandhaltungszyklen nicht eingehalten werden, dies gilt nicht, wenn eine Anpassung aufgrund der anzuwenden technischen Regelwerken (z.B. DVGW) erfolgen muss.
- 1019 (19) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 2.000 EUR, wenn er nicht im Jahr 2020 eine Rohrnetzanalyse sowie eine Rohrnetzberechnung des Konzessionsgebietes durchführt.
- 1020 (20) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn er zum zweiten Mal nicht mindestens einen Restwertfaktor (Quotient aus kalkulatorischem Restwert und Anschaffungs-/Herstellungskosten der Netzanlagen) für das Gasverteilternetz des Konzessionsgebietes von mindestens 0,45 einhält. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt für jedes weitere Kalenderjahr in dem ein Verstoß gemäß Satz 1 vorliegt 5.000 EUR.
- 1021 (21) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 2.000 EUR, wenn zur Verbesserung der Effizienz des Betriebs des Gasversorgungsnetzes kein Workforce-Management-System eingesetzt wird.
- 1022 (22) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 EUR pro eingesetzten Monteur, der nicht spartenübergreifend qualifiziert ist.
- 1023 (23) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 EUR, maximal aber 5.000 EUR pro Jahr, wenn er für den Neuanschluss von Wohngebäuden (z.B. Altbau/Neubau) sowie zur Leistungserhöhung von Wohngebäuden (z.B. Altbau/Neubau) während der Laufzeit des Konzessionsvertrages Baukostenzuschüsse erhebt, es sei denn das Erheben von Baukostenzuschüssen ist rechtlich zwingend vorgeschrieben.
- 1024 (24) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 2.000 EUR, wenn die in Ziff. B.IV der Anlage 2 genannten Hausanschlusskosten während der Laufzeit des Konzessionsvertrages basierend auf

dem Preisblatt 2020 steigen – Inflationssteigerung bleiben unberücksichtigt - und potentielle Preissteigerungen an die Kunden weitergegeben werden.

- 1025 (25) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 10.000 EUR für jedes Jahr, in dem er kein festes Kundenbüro in maximaler Entfernung von 9 km zum Konzessionsgebiet vorhält.
- 1026 (26) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 250 EUR pro Woche in der die Kundenanlaufstelle des Konzessionsnehmers nicht an fünf Werktagen mindestens 37,5 Stunden pro Woche für die persönliche Kontaktaufnahme der Netzkunden erreichbar ist und mit mindestens einem Mitarbeiter mit mindestens kaufmännischer Ausbildung besetzt ist.
- 1027 (27) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn er zweimal die Möglichkeit nach vorheriger Absprache Kundentermine auch außerhalb der Öffnungszeiten der Kundenanlaufstelle vereinbaren zu können, ablehnt oder zweimal die Möglichkeit, Vor-Ort-Termine an einem vom Netzkunden gewählten Ort im Konzessionsgebiet vereinbaren zu können, ablehnt, in Höhe von 1.000 EUR je weiteren Fall der Ablehnung.
- 1028 (28) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn zum zweiten Mal nicht eine abschließende Bearbeitung einer Beschwerde bzw. eine Unterbreitung eines Lösungsvorschlags innerhalb von maximal 3 Werktagen ab Eingang der Beschwerde erfolgt, in Höhe von 1.000 EUR je weiteren Verspätungsfall. Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 EUR bei Beschwerden, deren Bearbeitung bzw. fallabschließende Beantwortung länger dauert, wenn zum zweiten Mal ein Beschwerdeführer keine Rückmeldung über den Bearbeitungsstand innerhalb von maximal 2 Werktagen nach Eingang der Beschwerde erhält je weiteren Verspätungsfall.
- 1029 (29) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 250 EUR pro Woche in der der netzbezogene Telefonservice des Konzessionsnehmers nicht mindestens 47,5 Stunden pro Woche erreichbar ist.
- 1030 (30) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 EUR pro Service-Mitarbeiter, der während der Konzessionsvertragslaufzeit für seine Tätigkeit im Telefonservice nicht in einem Turnus von 3 Jahren hinsichtlich kundenorientierten Denk- und Handlungsweisen geschult wurde.
- 1031 (31) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, in Höhe von 2.000 EUR wenn die Möglichkeit zum Download von Netzanlassungsverträgen, der zugehörigen Niederdruckanschlussverordnung sowie der zugehörigen Preisblätter zum Hausanschluss und der Netznutzungsentgelte von der Internetseite des Konzessionsnehmers nicht mehr besteht.
- 1032 (32) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, in Höhe von 2.000 EUR, wenn die für eine schnelle Hausanschlussbereitstellung erforderlichen Unterlagen (z.B. Verträge, Hausanschlusskosten, NDAV), Informationen (z.B. Checkliste, voraussichtliche Dauer, Beschreibung der Prozessschrit-

- te) nicht mehr auf der Internetseite des Konzessionsnehmers zur Verfügung stehen.
- 1033 (33) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 3.000 EUR, wenn nicht 3 Jahre nach Beginn des Konzessionsvertrages der Hausanschlussprozess in der Weise digitalisiert wurde, dass ein Hausanschluss-Onlineportal für Netzkunden und Interessierte eingerichtet wurde.
- 1034 (34) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, in Höhe von 2.000 EUR, wenn den Interessierten und Kunden ein zentraler Ansprechpartner nicht mehr für die Herstellung von Netzanschlüssen zur Verfügung steht und die Kontaktdaten der entsprechenden Abteilung nicht mehr auf der Internetseite des Konzessionsnehmers veröffentlicht sind.
- 1035 (35) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn Standardhausanschlüsse mit einer Leitungslänge von 15 Meter zweimal nicht innerhalb von 3 Werktagen bei Vorliegen aller notwendigen baulichen, technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen errichtet und in Betrieb genommen wurden – Postlaufzeiten oder durch den Kunden verursachte Verzögerungen bleiben außer Betracht – in Höhe von 1.000 EUR je weiteren Verspätungsfall.
- 1036 (36) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn er nicht zur Schonung bestehender Biotope im Konzessionsgebiet beim Verfüllen von Rohrleitungsgräben Baustoffe verwendet, die umweltverträglich sind. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt nach dem zweiten Verstoßfall 2.000 EUR je weiteren Verstoßfall.
- 1037 (37) Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe, wenn er für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes im Konzessionsgebiet nicht umweltgefährdende Stoffe systematisch in einem Gefahrstoffkataster erfasst. Die Höhe der Vertragsstrafe beträgt nach dem zweiten Verstoßfall 2.000 EUR je weiteren Verstoßfall.
- 1038 (38) Sollten einzelne Vertragsstrafenregelungen der Absätze 1 bis 37 aufgrund gesetzlicher Vorgaben oder höchstrichterlicher Rechtsprechung unzulässig werden, entfällt für diese Vertragsstrafenregelungen die Pflicht zur Zahlung von Vertragsstrafen.
- 1039 (39) Die Höhe der Vertragsstrafe ist, mit Ausnahme der Vertragsstrafe des Abs. 6, insgesamt für alle Vertragsstrafenregelungen begrenzt auf einen Gesamtbetrag von 50.000 EUR jährlich.
- 1040 (40) Die Vertragsstrafen nach den vorstehenden Absätzen gelten nicht, wenn der Konzessionsnehmer den Verstoß nachweislich nicht zu vertreten hat.“
- 1041 Im Auswertungsvermerk sind folgende Unterschiede aufgeführt (Anl. ASt. 17, S. 298):
- 1042 „Zudem bietet die E für den Fall eines Verstoßes gegen verbindliche Zusagen aus dem Angebot oder gegen weitere Pflichten aus dem Konzessionsvertrag ein fristgebundenes bzw. von einer vorherigen Abmahnung abhängiges Kündigungs-

recht an, soweit innerhalb eines Jahres fünf derartiger Vertragsverletzungen vorliegen.

- 1043 Die SWB führt in § 13 KonzV SWB einen Vertragsstrafenkatalog mit detaillierten und weitreichenden Pönalen für verschiedene konkrete Vertragsverletzungen auf, wie z.B. eine Strafe von 5.000-50.000 Euro bei unvollständiger oder sorgfaltspflichtwidriger Übermittlung der Netzdaten i.S.d. § 46a EnWG vgl. § 9 Abs. 1 KonzV SWB. Mit Ausnahme der Netzdaten (vgl. § 13 Abs. 6 i.V.m. § 9 Abs. 1 KonzV SWB) sind die Vertragsstrafen jährlich auf einen Maximalbetrag von 50.000 Euro begrenzt.
- 1044 Bei der SWB liegt eine das Sonderkündigungsrecht auslösende Vertragsverletzung insbesondere auch vor, wenn sie drei Jahre in Folge den Maximalbetrag der Vertragsstrafen aus § 13 Abs. 39 KonzV SWB überschritten hat.“
- 1045 Die Bewertung der Verfügungsklägerin mit einem Punkt und der Streithelferin mit 0,8 Punkten wurde wie folgt begründet:
- 1046 „Die SWB bietet wie im Verfahrensbrief gefordert eine sehr ausdifferenzierte Regelung und sehr weitreichende Pönalen für Vertragsverletzungen an. Neben dem Sonderkündigungsrecht bei Verletzungen von Kardinalspflichten besteht ein umfassender Vertragsstrafenkatalog. Zwar pönalisiert die E die Nichteinhaltung sämtlicher verbindlicher Zusagen aus dem verbindlichen Angebot, sowie dem KonzV / der Zusatzvereinbarung, doch gewährt sie im Gegensatz zur SWB nur ein Sonderkündigungsrecht. Dieses kann im Falle der fünfmaligen Nichteinhaltung der verbindlichen Zusagen von der Kommune ausgeübt werden. Es werden keine Alternativen hierzu angeboten.
- 1047 Entsprechend des Grades an angebotenen Pönalen erhält die SWB die Höchstpunktzahl und die E einen Abschlag von einem Punktwert.“
- 1048 Am 8. Dezember 2022 rügte die Verfügungsklägerin (Anl. ASt. 18),
- 1049 - dass die sehr ausdifferenzierte Regelung und die sehr weitreichenden Pönalen für Vertragsverletzungen im von der Verfügungsklägerin angebotenen Konzessionsvertrag nicht mit ausreichendem Gewicht in die Bewertung einbezogen worden seien (Rüge Nr. 139),
- 1050 - dass nicht hinreichend berücksichtigt worden sei, dass das von der Streithelferin angebotene fristgebundene bzw. von einer vorherigen Abmahnung abhängige Sonderkündigungsrecht, welches im Falle der fünfmaligen Nichteinhaltung der verbindlichen Zusagen innerhalb eines Jahres von der Kommune ausgeübt werden kann, für die Verfügungsbeklagte keinen Mehrwert bedeute (Rüge Nr. 140),
- 1051 - dass die Verfügungsklägerin dadurch ungleich behandelt worden sei, dass anders als bei der Streithelferin die Einbeziehung der verbindlichen Zusagen als Teil des Konzessionsvertrages in die Sanktionsregelung nicht zusätzlich positiv bewertet worden sei (Rüge Nr. 141).
- 1052 Die Verfügungsbeklagte beantwortete die Rügen der Verfügungsklägerin wie folgt (Anl. ASt. 20):

- 1053 „Die Gemeinde A hat die Unterschiede der Regelungen beider Angebote gesehen, bewertet und dem Angebot der E im Ergebnis einen Punktabschlag in Höhe von einem Punktwerte erteilt. Im Gegensatz dazu erhielt das Angebot der Stadtwerke B die Höchstpunktzahl. Die finale Höhe des Punktabzuges unterliegt dem Entscheidungsspielraum der Gemeinde A. Ein weitere Abstufung des Angebotes der E kommt nicht in Betracht, da auch die E Konsequenzen bei Vertragsverletzungen vorsehen.“
- 1054 Das Landgericht hat die Rügen Nr. 139 und 140 für begründet gehalten. Die Wertung der Verfügungsbeklagten sei nicht gut vertretbar. Das Angebot der Verfügungsklägerin sei wesentlich besser, weil das Sanktionsregime der Verfügungsklägerin wesentlich ausdifferenzierter und weitreichender als dasjenige der Streithelferin sei. Eine Vertragsstrafenregelung sei per se ein wesentlich besseres Sanktionsinstrument.
- 1055 Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin sind der Auffassung, die Beklagte habe zu Recht zugunsten des Angebots der Streithelferin in die Bewertung einbezogen, dass wesentlich mehr Vertragsverletzungen zu spürbaren Konsequenzen führen würden. Nach dem Angebot der Streithelferin ziehe jeder Verstoß gegen die Zusagen aus dem gesamten Angebot Konsequenzen nach sich, während dies beim Angebot der Verfügungsklägerin nur für ausgewählte Zusagen aus dem Angebot gelte. Der von der Verfügungsklägerin angebotene umfangreiche „Bußgeldkatalog“ und die von der Streithelferin für wiederholte Verstöße gegen ihre sämtlichen Vertragspflichten und Zusicherungen eingeräumte Möglichkeit der Sonderkündigung aus wichtigem Grund seien im Wesentlichen gleichwertig.
- 1056 Die Verfügungsklägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil.
- 1057 b) Die Berufung ist unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht die Bewertung durch die Verfügungsbeklagte beanstandet.
- 1058 (1) Die Rüge einer nicht hinreichenden Gewichtung der sehr ausdifferenzierten Regelung und der sehr weitreichenden Pönalen für Vertragsverletzungen (Rüge Nr. 139) ist begründet. Die Verfügungsbeklagte hat das sehr ausdifferenzierte Vertragsstrafensystem der Verfügungsklägerin nicht hinreichend berücksichtigt. Der vergebene Punktwert lässt sich insoweit nicht mit der Begründung in Einklang bringen. Die Verfügungsbeklagte ist bei ihrer Bewertung dazu gelangt, dass die Verfügungsklägerin im Gegensatz zur Streithelferin eine sehr ausdifferenzierte Regelung und sehr weitreichende Pönalen für Vertragsverletzungen anbiete. Da dies der wesentliche Inhalt dieses Kriteriums ist, ist ein Punktabschlag von 20 Prozent zu Lasten der Streithelferin, mit dieser Bewertung nicht mehr vertretbar und deswegen nicht vom Beurteilungsermessen der Verfügungsbeklagten abgedeckt.
- 1059 (2) Die Rüge einer fehlenden Berücksichtigung des fehlenden Mehrwertes des fristgebundenen bzw. von einer vorherigen Abmahnung abhängigen Sonderkündigungsrechts (Rüge Nr. 140) ist begründet. Die Verfügungsbeklagte hat nicht ausreichend berücksichtigt, dass ein Sonderkündigungsrecht kaum einen Mehrwert bietet und einem Vertragsstrafensystem von vornherein unterlegen ist. Dies gilt umso mehr, als das von der Streithelferin eingeräumte Sonderkündigungsrecht sehr hohe Hürden aufweist (Frist, vorherige Abmahnung und Vorliegen von fünf Vertragsverletzungen bzw. von 5 Zusatzverletzungen innerhalb eines Jahres). Wie das Landgericht richtig gesehen hat, ist ein Sonder-

kündigungsrecht von vornherein zwangsläufig weniger geeignet als alleiniges Mittel, um Vertragsverletzungen hinreichend zu pönalisieren. Dem wird eine Abwertung um lediglich 20 Prozent zu Lasten der Streithelferin nicht gerecht.

- 1060 (3) Der weitere von der Verfügungsklägerin bezüglich der Bewertung dieses Kriteriums gerügte Gesichtspunkt (Ungleichbehandlung durch fehlende Einbeziehung der verbindlichen Zusagen als Teil des Konzessionsvertrages in die Sanktionsregelung [Rüge Nr. 141]) ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens, da die – durch die Nichtberücksichtigung dieses Einwandes seitens des Landgerichts beschwerte – Verfügungsklägerin hiergegen nicht Berufung eingelegt hat.

1061 **V. Umfang der Abänderung**

- 1062 Der Senat ist nicht befugt, über die Entscheidung über diesen Unterlassungsanspruch hinaus die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe zur Beachtung bestimmter Rechtsauffassungen zu verpflichten. Der Gesetzgeber hat die Vergabe von Wegekonzessionen gemäß §§ 46 f. EnWG – einschließlich des Rechtsschutzes unterlegener Bewerber – bewusst nicht als GWB-Vergabeverfahren ausgestaltet. Die Reichweite eines etwaigen tenorierten Verbotes ist nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung der Entscheidungsgründe zu bestimmen. Eine gerichtliche Befugnis, die Verfügungsbeklagte darüber hinaus zur Beachtung gerichtlicher Rechtsauffassungen zu verpflichten, wie sie bei vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren (§ 168 Abs. 1 Satz 2 GWB) oder im Verwaltungsgerichtsprozess bei einem Verbescheidungsurteil gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO vorgesehen ist, kennt das Zivilprozessrecht nicht (OLG Celle, Beschluss vom 15. Februar 2024 – 13 U 43/22 (Kart), Rn. 6, juris).

1063 **VI. Nebenentscheidungen**

- 1064 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ZPO.
- 1065 2. Eines Ausspruches zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und zur Revisionszulassung (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO) bedurfte es nicht. Das Urteil des Senats ist ohne weiteres vollstreckbar (KG, Urteil vom 22. Februar 2023 – 5 U 50/21 = GRUR-RS 2023, 3367 Rn. 31, beck-online; OLG Stuttgart, Urteil vom 27. Dezember 2016 – 10 U 97/16, BeckRS 2016, 111329, Rn. 87, beck-online; Ulrici, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 50. Ed. 1.7.2023, § 708 ZPO, Rn. 17).
- 1066 3. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 47, 48, 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG, § 3 ZPO bestimmt. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass ein Teil der Rügen nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens wurde:

1067 **Streitwert**

- | | | | |
|--------------|-------------|-----|-------|
| 1. Rechtszug | 50.000,00 € | 141 | Rügen |
| 2. Rechtszug | 40.425,53 € | 114 | Rügen |