


Gericht:	OLG Stuttgart 2. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	25.05.2023
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	2 U 201/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGSTUT:2023:0525.2U201.22.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 46 EnWG, §§ 46ff EnWG, § 47 EnWG
Zitiervorschlag:	OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Mai 2023 - 2 U 201/22 -, juris

Fundstellen

EnWZ 2023, 277-283 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Stuttgart, 24. November 2022, 11 O 157/21, Urteil

Tenor

1. Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 24.11.2022, Az. 11 O 157/21, aufgehoben. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.
2. Die Verfügungsklägerin hat die Kosten des Rechtsstreits und die durch die Nebenintervention verursachten Kosten zu tragen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 100.000 €

Gründe

I.

1.

- 1 Am 02.01.2018 machte die Verfügungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) bekannt, dass der Wegenutzungsvertrag für das Gasverteilernetz der allgemeinen Versorgung in ihrem Stadtgebiet (Gaskonzessionsvertrag) zwischen der Beklagten und der Streithelferin zum 31.12.2019 endet, und bat Energieversorgungsunternehmen, die am Abschluss des Konzessionsvertrags interessiert sind, ihre schriftliche Interessensbekundung bis zum 06.04.2018 einzureichen (Anlage BK3, Bl. 49).
- 2 Mit der Durchführung des Gaskonzessionsverfahrens beauftragte die Beklagte zunächst die Kanzlei P... und - nach einem Kanzleiwechsel der zuständigen Rechtsanwältin - ab dem 01.04.2020 die E... (im Folgenden: verfahrensleitende Stelle).
- 3 Im Juli 2019 versandte die Beklagte den Verfahrensbrief samt Kriterienkatalog. Den hierauf am 01.08.2019 erhobenen Rügen der Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) half die Beklagte mit Schreiben vom 26.08.2019 teilweise ab.

- 4 Am 04.11.2019 reichten die Klägerin und die Streithelferin ihre verbindlichen Angebote ein. An der Streithelferin ist die Beklagte mit 25,1 % gesellschaftsrechtlich beteiligt. Weitere Bewerber gab es nicht.
- 5 Auf der Basis des Auswertungsvermerks vom 13.12.2019 beschloss der Gemeinderat der Beklagten am 30.01.2020, den Gaskonzessionsvertrag mit der Streithelferin abzuschließen. Mit Schreiben vom 06.02.2020 wurde die Klägerin hierüber informiert.
- 6 Am 10.02.2020 beantragte die Klägerin Akteneinsicht. Die Beklagte gewährte daraufhin am 06.07.2020 Einsicht in den geschwärtzten Auswertungsvermerk und übersandte eine Stellungnahme zu den vorgenommenen Schwärzungen (Anlagen AG 3 und AG 4). Nachdem die Klägerin die Akteneinsicht als unzureichend gerügt hatte, stellte die Beklagte der Klägerin am 15.07.2020 weitere Dokumente und Informationen zur Verfügung, u.a. das in Teilen geschwärtzte verbindliche Angebot der Streithelferin. Am 27.07.2020 rügte die Klägerin erneut den Umfang der Akteneinsicht (Anlage AG 6), worauf die Beklagte ihr am 03.12.2020 eine weitere Fassung des Auswertungsvermerks und des Angebots der Streithelferin mit weniger Schwärzungen übersandte.
- 7 Mit Schreiben vom 04.01.2021 erhob die Klägerin Rügen gegen die Auswahlentscheidung. Mit E-Mail vom 24.03.2021 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie den Rügen nicht abhelfen werde, weil die Klägerin mit den Rügen präkludiert sei.
- 8 Am 07.04.2021 ging der Antrag der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Gericht ein.
- 9 Die Klägerin ist der Ansicht, ihre Rügen seien nicht präkludiert, weil die Frist erst durch eine vollständige Akteneinsicht in Gang gesetzt werde.
- 10 Die Auswahlentscheidung der Beklagten sei rechtswidrig, weil diese das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung der Vergabestelle von dem als Bieter auftretenden Eigenbetrieb nicht beachtet habe, da sowohl das Dezernat, das die Beteiligung der Beklagten an der Streithelferin verwalte, als auch das Dezernat, in dem das Gaskonzessionsauswahlverfahren geführt werde, der Leitung der Bürgermeisterin K... unterstehe und zudem die Aufsicht über alle Dezernate bei der Oberbürgermeisterin Ke... liege, die zugleich stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende der Streithelferin sei.
- 11 Zudem erhebt die Klägerin weitere Rügen, wegen deren Inhalt auf die Ausführungen in der Antragschrift (S. 20 bis 66) Bezug genommen wird.
- 12 Die Klägerin hat nach Rücknahme weiter Anträge in erster Instanz zuletzt beantragt:
- 13
 1. Die Beklagte hat es zu unterlassen, in dem Gaskonzessionsverfahren der Großen Kreisstadt K... einen Konzessionsvertrag (Wegenutzungsvertrag für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes in K...) mit der Stadtwerke L... (im Folgenden „SWL...“) zu schließen.
- 14
 2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Zuschlag in dem Gaskonzessionsverfahren der Großen Kreisstadt K... gemäß § 46 EnWG zu erteilen.
- 15 Hilfsweise dazu die Beklagte zu verpflichten, das Gaskonzessionsverfahren der Großen Kreisstadt K... unter Ausschluss der SWL... fortzusetzen.

- 16 Hilfsweise hierzu, das Gaskonzessionsverfahren der Großen Kreisstadt K... zu wiederholen.
- 17 3. Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot (vorstehend Ziffer 1.) ein Ordnungsgeld in Höhe von EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an dem gesetzlichen Vertreter, angedroht.
- 18 Die Beklagte hat zuletzt beantragt:
- 19 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung der Klägerin wird zurückgewiesen.
- 20 Die Beklagte behauptet:
- 21 Während des gesamten Verfahrens sei eine personelle und organisatorische Trennung zur Streithelferin sichergestellt gewesen.
- 22 Alleinige Ansprechpartner der verfahrensleitenden Stelle auf Seiten der Beklagten seien Herr D... und der Bürgermeister G... gewesen. Diese seien im Innenverhältnis ausschließlich zuständig gewesen und unterlägen bei der Durchführung des Gaskonzessionsverfahrens keinen internen Weisungen. Hausintern sei kein informeller Austausch erfolgt und der verwaltungsinterne Zugriff auf E-Mails und Unterlagen der Herren G... und D... sei unmöglich. Die Beratungen und Beschlussfassungen im Gemeinderat seien unter Ausschluss der befangenen Gemeinderatsmitglieder erfolgt.
- 23 Hinsichtlich der Ausführungen der Beklagten zu den inhaltlichen Rügen der Klägerin wird auf die Ausführungen in der Antragserwiderung Bezug genommen (Bl. 237-258).
- 24 Die Beklagte ist der Ansicht, dass sämtliche Einwände der Klägerin präkludiert seien, weil spätestens mit der zweiten Akteneinsicht alle erhobenen Rügen erkennbar gewesen seien und erkennbare Rügen sofort innerhalb von 30 Kalendertagen gerügt werden müssten.
- 25 In einem nicht nachgelassenen Schriftsatz (das beantragte Schriftsatzrecht hat das Landgericht nicht gewährt, vgl. LGU S. 13 unter bb)) trägt die Beklagte unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des Ersten Bürgermeisters G... zu der personellen und organisatorischen Trennung weiter Folgendes vor:
- 26 Die Oberbürgermeisterin habe die Aufgabe, das Gaskonzessionsverfahren durchzuführen, in einer Dezernentenrunde an den Ersten Bürgermeister G... übertragen. Das EDV-System der Beklagten sei so ausgestaltet, dass weder die Oberbürgermeisterin noch Frau O..., die das für die Beteiligung an der Streithelferin zuständige Referat leite, auf den PC-Speicher und das Ablagesystem des Ersten Bürgermeisters zugreifen könnten. Die Oberbürgermeisterin und Frau O... hätten eigenständige Diensträume und die Diensträume der Streithelferin befänden sich in L....
- 27 Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird auf die Schriftsätze und auf die tatsächlichen Feststellungen im Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

2.

- 28 Das Landgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Es hat der Beklagten untersagt, den Konzessionsvertrag mit der Streithelferin abzuschließen, und sie dazu verpflichtet, den Zuschlag der Klägerin zu erteilen.
- 29 Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:
- 30 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei begründet. Die Beklagte habe durch ihre Auswahlentscheidung für die Streithelferin gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen und die Klägerin benachteiligt, weil sie keine ausreichende organisatorische und personelle Trennung zwischen der verfahrensleitenden Stelle der Beklagten und der Streithelferin sichergestellt habe.
- 31 Zu einer solchen Trennung wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, weil die Streithelferin als Eigengesellschaft der Beklagten anzusehen sei, da die Beklagte Geschäftsanteile an der Streithelferin halte und damit ein eigenes Interesse an deren wirtschaftlichen und finanziellen Wohlergehen habe.
- 32 An der gebotenen vollständigen organisatorischen und personellen Trennung zwischen der Streithelferin und der Vergabestelle fehle es. Die Beklagte habe kein (schriftliches) Konzept zur Vermeidung eines Wissenstransfers zwischen der verfahrensleitenden Stelle und der Streithelferin ausgearbeitet. Sie habe auch keine konkreten Maßnahmen vorgebracht, die einen solchen Wissenstransfer verhindern sollten. Die eidesstattliche Versicherung des Ersten Bürgermeisters der Beklagten sei nicht geeignet, eine ausreichende Trennung nachzuweisen, weil sie keine Angaben dazu enthalte, welche konkreten Maßnahmen getroffen worden seien, um einen Zugriff von nichtberechtigten Personen bzw. einen Informationsfluss zwischen Vergabestelle und Streithelferin zu verhindern. Darüber hinaus bleibe unklar, ab welchem Zeitpunkt der Erste Bürgermeister mit der alleinigen Verantwortung zur verwaltungsinternen Durchführung des Konzessionsverfahrens betraut worden sei.
- 33 Die Doppelfunktion der Oberbürgermeisterin auf der Seite der Vergabestelle – jedenfalls durch und bis zur Übertragung der alleinigen Verantwortlichkeit an den Ersten Bürgermeister – und als Mitglied und stellvertretende Vorsitzende des Aufsichtsrats der Streithelferin begründe zwar für sich genommen noch keinen Verstoß gegen das Trennungsgebot. Die Beklagte habe aber keine konkreten Maßnahmen dargelegt und glaubhaft gemacht, die geeignet gewesen wären, einen Informationsfluss von der Streithelferin zur Stadtverwaltung der Beklagten, insbesondere zu deren Oberbürgermeisterin, zu unterbinden. Zudem sei die Oberbürgermeisterin als Leiterin der Stadtverwaltung immer noch Vorgesetzte der mit dem Konzessionsverfahren befassten Fachbereichsleiter „Organisation und Planung“ und „Finanzen und Beteiligungen“ gewesen und ausreichend konkrete Maßnahmen, die geeignet gewesen wären, einen möglichen Informationsfluss von diesen Verwaltungsmitarbeitern hin zur Oberbürgermeisterin oder eine Einflussnahme der Oberbürgermeisterin auf diese Verwaltungsmitarbeiter zu verhindern, seien nicht dargelegt.
- 34 Der Verstoß gegen das Trennungsgebot führe bereits dann zur unbilligen Behinderung von Mitbewerbern, wenn nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden könne, dass er sich

auf das Vergabeverfahren ausgewirkt habe. Eine konkrete Doppelbefassung müsse nicht nachgewiesen werden.

- 35 Die Rüge des Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot durch eine fehlende Trennung sei nicht nach § 47 Abs. 2 EnWG präkludiert. Die Rügefrist habe frühestens mit der Akteneinsicht durch die Klägerin am 03.12.2020 begonnen, weil zu diesem Zeitpunkt der Klägerin letztmalig und abschließend Akteneinsicht gewährt worden sei. Zuvor seien nur Aktenteile und geschwärzte Unterlagen vorgelegt worden. Die Klägerin habe deshalb nicht wissen können, ob sich aus den nicht übersandten oder geschwärzten Aktenteilen ausreichende organisatorische oder personelle Trennungsmaßnahmen ergeben. Angesichts dessen habe sich die Klägerin zunächst darauf beschränken dürfen, die Intransparenz der Auswahlentscheidung aufgrund unvollständig gewährter Akteneinsicht zu rügen. Aufgrund der weiteren Akteneinsicht habe dann die Rügefrist des § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG erneut zu laufen begonnen. Hierfür spreche der Wortlaut des § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG, der nur von einer „Akteneinsicht“ und nicht von einer „Teilakteneinsicht“ spreche, wie auch der Sinn und Zweck der Regelung, wonach der unterlegene Bieter Rechtsverletzungen binnen einer Frist von 30 Tagen, nachdem er alle für die wirksame Wahrung seiner Rechte erforderlichen Informationen erhalten habe, rügen können solle.
- 36 Die 30-Tages-Frist des § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG sei angesichts der Regelung in § 193 BGB mit der am 04.01.2021 erhobenen Rüge eingehalten, weil der 02.01.2021, an dem die 30 Kalendertage eigentlich abgelaufen wären, ein Samstag gewesen sei.
- 37 Aufgrund der Missachtung des Trennungsgebots habe die Klägerin einen Anspruch darauf, dass ihr der Zuschlag erteilt werde. Die Streithelferin als einzige Mitbewerberin sei wegen der Nichtbeachtung des Trennungsgebots vom Konzessionsverfahren ausgeschlossen und die einzig denkbare Alternative zur Erteilung des Zuschlags an die Klägerin, nämlich die Aufhebung des Konzessionsverfahrens mit anschließendem Neubeginn, komme nicht in Betracht, denn damit würde das Ziel einer regelmäßigen Neuvergabe der Konzession verfehlt. Zudem wäre die Klägerin bei Neubeginn des Verfahrens unbillig behindert, weil sie sich ohne eigenes Verschulden einem neuerlichen Verfahren stellen müsste, zumal nicht ausgeschlossen wäre, dass das Trennungsgebot erneut verletzt würde.
- 38 Auf die weiteren Sachrügen der Beklagten komme es angesichts dessen nicht mehr an.
- 3.
- 39 Die Beklagte begehrt mit ihrer Berufung die Zurückweisung des Antrags auf Erlass der einstweiligen Verfügung. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen Folgendes aus:
- a)
- 40 Die Rüge des Verstoßes gegen das Trennungsgebot sei unzulässig, weil die Klägerin diese erst Monate nach der maßgeblichen Akteneinsicht erhoben habe.
- 41 Die Rügefrist habe entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht erst mit der Akteneinsicht am 03.12.2020 zu laufen begonnen. Diese Ansicht stehe im Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut des § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG. Das Gesetz regele „eine Akteneinsicht“, was nur bedeuten könne, dass auf den jeweiligen Vorgang einer Akteneinsicht abzustellen sei. Dies entspreche der Rechtsprechung des Berufungsgerichts, wonach jede einzelne Rüge einen eigenständigen Streitgegenstand bilde (OLG Stuttgart, Urteil vom

06.06.2018, 2 U 218/18, BeckRS 2019, 14361, Rn. 12, 15). Wenn es selbst nach dem Verständnis des Landgerichts ausgeschlossen sei, dass ein unterlegener Bieter in dem Auswertevermerk Anhaltspunkte dafür finde, welche organisatorischen oder personellen Trennungsmaßnahmen ergriffen worden seien (LGU S. 20), sei es widersprüchlich, dass die bei der erstmaligen Akteneinsicht erkennbare Rechtsverletzung zeitlich unbefristet geltend gemacht werden dürfe.

42 Außerdem handele es sich bei dem Verstoß gegen das Trennungsgebot um keine Rechtsverletzung, die aus der Mitteilung nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG ersichtlich würde und infolgedessen gem. § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG rügefähig wäre. Das Berufungsgericht habe zwar entschieden, dass eine entsprechende Anwendung von § 47 Abs. 3 EnWG auf Rügen, die vom Wortlaut des § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG nicht erfasst seien, grundsätzlich in Betracht komme, dies aber nur in einem eng begrenzten Themenkreis, bei dem es überhaupt keine Veranlassung gebe, in größerem Umfang Akteneinsicht zu gewähren (OLG Stuttgart, Urteil vom 05.08.2021, 2 U 71/21 - Asperg). Für Rügen außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs von § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG bedeute dies, dass die Akteneinsicht nicht über das Maß hinaus eröffnet werden dürfe, als es für die jeweilige Rechteverfolgung unmittelbar erforderlich sei. Das bedeute, dass ein angeblicher Verstoß gegen das Trennungsgebot spätestens 30 Kalendertage nach seiner Erkennbarkeit geltend gemacht werden müsse. Diese Frist sei am 04.01.2021 unstreitig abgelaufen gewesen.

b)

43 Die Rüge sei zudem unbegründet. Das Landgericht habe die Maßnahmen der Beklagten unzutreffend gewürdigt. Die Beklagte habe ein Konzept zur organisatorischen, strukturellen und personellen Trennung zwischen der Vergabestelle und der Streithelferin entwickelt, umgesetzt und eingehalten, das den Vorgaben der Rechtsprechung entsprochen habe.

aa)

44 Nachdem die Klägerin und die Streithelferin ihr Interesse am Abschluss des neuen Gas Konzessionsvertrags bekundet hätten, habe die Beklagte ihr Konzept zur Trennung der personellen und organisatorischen Strukturen der Vergabestelle von denen der Streithelferin umgesetzt. Sie habe sichergestellt, dass an den Sitzungen der gemeindlichen Gremien, die über Inhalte und Fortgang des Konzessionierungsverfahrens zu entscheiden hätten, keine Vertreter teilgenommen hätten, die mit der Streithelferin in Verbindung gestanden seien. Auf der Ebene der Stadtverwaltung sei dem späteren Ersten Bürgermeister die alleinige Verantwortung für das Konzessionierungsverfahren übertragen worden.

bb)

45 Der Bargteheide-Entscheidung des Bundesgerichtshofs habe ein Fall zugrunde gelegen, bei der der Kämmerer zugleich Geschäftsführer der Stadtwerke und direkter Vorgesetzter des Mitarbeiters gewesen sei, der das Konzessionierungsverfahren durchgeführt habe. Bereits die Organisationsstruktur habe damit die Gefahr eines Wissenstransfers zwischen Vergabestelle und Eigenbetrieb begründet. Im vorliegenden Fall sei der Geschäftsführer der Eigengesellschaft jedoch nicht in der Verwaltung beschäftigt, so dass es an einem gemeinsamen Tagesgeschäft und dem damit verbundenen Informationsaustausch

fehle. Die inhaltlichen Anforderungen an die strukturellen Maßnahmen seien daher andere.

- 46 Die strukturellen Maßnahmen, die die Beklagte zur Trennung der Vergabestelle von der Streithelferin ergriffen habe, seien ausreichend gewesen und mit der eidesstattlichen Versicherung des Ersten Bürgermeisters glaubhaft gemacht. Aus ihr ergebe sich, dass aufgrund der Gestaltung von Zugriffsrechten auf die IT, der Zugriffsmöglichkeiten auf physische Unterlagen, des Verschlusses physischer Unterlagen und der Organisation der räumlichen Verhältnisse ein Zugriff nichtberechtigter Personen bzw. ein Informationsfluss von der Vergabestelle zur Eigengesellschaft und umgekehrt ausgeschlossen gewesen sei. Berücksichtige man darüber hinaus, dass die Eigengesellschaft und die Vergabestelle weder räumlich, organisatorisch noch personell Überschneidungen aufgewiesen hätten, zeige sich, dass das Landgericht nicht nur an die erforderlichen strukturellen Maßnahmen, sondern auch an die Würdigung des Beklagtenvortrags unrealistische, für das praktische Leben unbrauchbare Maßstäbe angelegt habe.
- 47 Die vom Landgericht in seinen Hilfsüberlegungen herangezogenen Doppelfunktionen von für die Beklagten handelnden Personen seien nicht geeignet, die Gefahr eines diskriminierenden Verhaltens zu begründen. Weder würden sie zu einem unzulässigen Wissenstransfer zwischen der Vergabestelle und der Eigengesellschaft führen, noch sei der verfahrensführende Erste Bürgermeister Diener zweier Herren gewesen:
- 48 Die Oberbürgermeisterin der Beklagten sei im Konzessionierungsverfahren über die Bekanntmachung im Bundesanzeiger hinaus nicht tätig gewesen. Allein ihre Stellung als Dienstherrin und als stellvertretende Vorsitzende im Aufsichtsrat der Eigengesellschaft begründe keinen Verfahrensverstoß, solange die Vertraulichkeit und Unabhängigkeit des Konzessionierungsverfahrens gewährleistet sei. Vorliegend habe der verfahrensführende Erste Bürgermeister aufgrund einer entsprechenden dienstlichen Weisung mit der Oberbürgermeisterin über das Konzessionierungsverfahren weder gesprochen noch ihr über das Verfahren berichtet. Einen Wissenstransfer oder Weisungen hinsichtlich der Auswahlkriterien oder der Bewertung der Angebote hätte das Landgericht daher nicht unterstellen dürfen.
- 49 Es liege auf der Hand, dass die vom Bundesgerichtshof in der Bargteheide-Entscheidung beanstandeten Organisationsstrukturen weder auf die Verfahrensgestaltung noch auf die angeblichen Doppelfunktionen von Herrn D..., Frau O... und der Bürgermeisterin K... zu träfen. Der verfahrensführende Erste Bürgermeister habe vorgetragen, dass die inhaltliche Durchführung des Konzessionierungsverfahrens ausschließlich zwischen ihm, den Rechtsbeiständen und den städtischen Gremien stattgefunden habe. Die Geschäftsführung oder sonstige Mitarbeiter der Eigengesellschaft hätten bei dem Ersten Bürgermeister zu keinem Zeitpunkt Informationen hinsichtlich des Konzessionsverfahrens angefragt und sie hätten solche Informationen auch nicht erhalten. Durch die Büroorganisation sei ausgeschlossen gewesen, dass verwaltungsinterne Personen, die eine Funktion bei der Eigengesellschaft innehatten oder gar deren Mitarbeiter gewesen seien, Dokumente, Unterlagen oder sonstige Informationen zum Konzessionsverfahren erhalten hätten. Die Bürgermeisterin K... habe ihr Amt erst im Frühsommer 2020 und damit nach Abschluss der Auswertung der Konzessionsangebote angetreten und schon deshalb keinen Einfluss mehr auf die Auswahlentscheidung der Beklagten nehmen können.

cc)

- 50 Zudem würde die Rüge des Verstoßes gegen das Trennungsgebot auch die Klägerin selbst betreffen, denn die Beklagte halte 2,3872 % der Geschäftsanteile des Z... N...-E..., der seinerseits 0,63 % der Geschäftsanteile der E... AG halte, die ihrerseits über die E... GmbH und die N... GmbH zu 100 % an der Klägerin beteiligt sei.
- c)
- 51 Nicht gerechtfertigt sei die Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss des Konzessionsvertrags mit der Klägerin. Auf welche Rechtsvorschrift sich das Landgericht hierbei stütze, lege es nicht dar. Die vom Landgericht zur Begründung zitierte Literaturstelle, ein von einem Justiziar der Klägerin mitverfasster Artikel, ende auf Seite 474, der Verweis auf Seite 476 gehe damit ins Leere. Nicht richtig sei auch, dass der Verstoß gegen das Trennungs- und Transparenzgebot in der Regel den Ausschluss des betreffenden Bieters aus dem Konzessionsverfahren zur Folge habe. Die angegebenen Fundstellen seien allesamt Fehlverweise, aus denen sich der zwingende Ausschluss gerade nicht ergebe.
- 52 Ein Ausschluss der Eigengesellschaft komme auch nicht entsprechend den Ausschlussgründen der §§ 123, 124 GWB in Betracht. Ein Verstoß gegen strafrechtliche Vorschriften als Voraussetzung für einen Ausschluss nach § 123 GWB sei fernliegend. Nach § 124 GWB könnten Unternehmen nur unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen werden. Dem öffentlichen Auftraggeber stehe ein Beurteilungsspielraum zu. Zu den in § 124 GWB verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffen („schwere Verfehlung“, „wesentliche Anforderung“, „schwerwiegende Täuschung“, etc.) treffe das Landgericht keine Feststellungen.
- 53 Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führe nicht zu einer zwingenden Zuschlagserteilung zugunsten der Klägerin. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hätte das Angebot des ursprünglich erfolgreichen Bieters schon nach den Vergabebedingungen des konzessionsvergebenden Landes überhaupt nicht gewertet werden dürfen. Hiervon könne im vorliegenden Fall keine Rede sein, da die Eigengesellschaft unstrittig ein hochqualitatives Angebot abgegeben habe.
- 54 Auch prozessual scheidet ein solcher Urteilsspruch als unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache aus.
- d)
- 55 Die Streithelferin der Beklagten führt ergänzend aus, dass der Verfügungsantrag Ziff. 1 wegen eines Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot unzulässig sei, weil im Antrag nicht genau bezeichnet sei, welche gerügten Rechtsverletzungen, denen die Beklagte nicht abgeholfen habe, zu unterlassen seien (OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, 2 U 218/18, juris, Rn. 41).
- 56 Die Beklagte/Berufungsklägerin beantragt:
- 57 Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 24. November 2022, 11 O 157/21, wird aufgehoben und der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.
- 58 Die Streithelferin der Beklagten beantragt:

- 59 Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung wird unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 24.11.2022, 11 O 157/21 zurückgewiesen.
- 60 Die Klägerin/Berufungsbeklagte beantragt,
- 61 die Berufung zurückzuweisen.
- 62 Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil.
- 63 Alle von der Beklagten behaupteten Maßnahmen genügten nicht im Ansatz den Anforderungen, die der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zur Wahrung des Trennungsgebots aufgestellt habe. Eine entsprechende Organisationsstruktur müsse schon vor der Einleitung des betreffenden Vergabefahrens aufgesetzt werden. Dass dies der Fall gewesen sei, behaupte die Beklagte noch nicht einmal. Das Organisationskonzept müsse zudem dokumentiert sein, um später eine rechtliche Prüfung zu ermöglichen. Hierzu fehle ebenfalls jeglicher Vortrag. Eine mündliche Erklärung reiche nicht. Zudem müsse die Gemeinde das Organisationskonzept umgesetzt haben. Auch hierzu fehle es an jeglichem substantiierten Sachvortrag. Mit der mündlichen Aussage, dass er die alleinige Verantwortung zur verwaltungsinternen Durchführung des Konzessionsverfahrens habe, sei der Erste Bürgermeister nicht weisungsfrei geworden, sondern aufgrund der kommunalrechtlichen Rechtsvorschriften weiterhin weisungsgebunden gewesen.
- 64 Die Beklagte habe sich bewusst über die Handlungsempfehlungen von P... hinweggesetzt und das Verfahren nicht bei dem weisungsunabhängigen Rechnungsprüfungsamt angesiedelt, sondern bei dem Ersten Bürgermeister. Zudem sei die Oberbürgermeisterin jedenfalls im Rahmen der Bekanntmachung des Konzessionsverfahrens tätig gewesen. Außerdem habe die Beklagte erstinstanzlich ausgeführt, dass der Erste Bürgermeister jedenfalls in der Anfangszeit von Herrn D... unterstützt worden sei, der unstreitig gegenüber der Oberbürgermeisterin weisungsunterworfen sei. Die Behauptung der Beklagten, sie habe sichergestellt, dass an den Sitzungen der gemeindlichen Gremien keine Vertreter teilgenommen hätten, die mit der Eigengesellschaft in Verbindung stünden, vertrage sich nicht mit der an anderer Stelle herausgestellten Einbindung des Verwaltungs- und Finanzausschusses.
- 65 Soweit das Landgericht die Beklagte zur Erteilung des Zuschlags an die Klägerin verurteilt habe, stütze es sich in nicht zu beanstandender Weise auf die Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 9.3.2021 (KZR 55/19 – Gasnetz Berlin). Entgegen der Ansicht der Beklagten habe der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung gerade nicht maßgeblich darauf abgestellt, dass das Angebot des zweiten Bieters aus weiteren Gründen nicht zu berücksichtigen gewesen sei, sondern prominent herausgestellt, dass die Aufhebung und Neueröffnung eines Vergabeverfahrens jedenfalls dann nicht in Betracht komme, wenn die Gemeinde dadurch zulasten eines externen Bieters eine zweite Chance für einen gemeindeeigenen Bieter ableiten könnte (BGH, aaO., Rn. 43).
- 66 Wegen der Einzelheiten und wegen des weiteren Vortrags der Parteien in zweiter Instanz wird auf die eingereichten Schriftsätze und das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.
- 67 Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin mit Datum vom 17.05.2023 einen weiteren Schriftsatz eingereicht. Der Senat hat den Inhalt dieses Schriftsatzes zur

Kenntnis genommen. Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gab der Schriftsatz aus den nachfolgend unter II. dargestellten Gründen nicht.

II.

- 68 Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.
- 69 A Zum Verfügungsantrag Ziff. 1:
- 1.
- 70 Ein Verfügungsgrund braucht nach § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG nicht glaubhaft gemacht zu werden und ergibt sich im Übrigen aus der Ankündigung der Beklagten im Schreiben vom 06.02.2020, dass sie den Gaskonzessionsvertrag mit der Streithelferin abzuschließen gedenkt.
- 71 Der Verfügungsgrund ist nicht durch den Antrag der Klägerin in erster Instanz, den anberaumten Verhandlungstermin wegen einer Verhinderung ihres Prozessbevollmächtigten zu verlegen, widerlegt. Der Verfügungsgrund kann – anders als in sonstigen einstweiligen Verfügungsverfahren – nicht durch das Verhalten des Verfügungsklägers widerlegt werden, denn der Verfügungsgrund beruht nicht wie im Wettbewerbsprozess darauf, dass lediglich vermutet wird, dass es dem Verfügungskläger eilig ist (vgl. hierzu Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 12, Rn. 2.12 f.), sondern darauf, dass wegen der objektiv drohenden Präklusion feststeht, dass die Sache eilbedürftig ist. Die Rechtsprechung aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs zur Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung durch Fristverlängerungsgesuche ist daher im Rahmen des § 47 Abs. 5 EnWG nicht anzuwenden.
- 2.
- 72 Der Verfügungsantrag Ziff. 1 ist zulässig. Er entspricht insbesondere dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Dem steht nicht entgegen, dass die gerügten Rechtsverletzungen im Antrag nicht aufgeführt sind.
- 73 Ein Verbandsantrag darf nicht derart undeutlich gefasst sein, dass sich der Gegner nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen wäre. Da jede einzelne Rechtsverletzung einen eigenen Streitgegenstand begründet, muss diesbezüglich klar sein, ob sie Gegenstand des Verfahrens ist. Eine solche Bestimmbarkeit lässt sich beispielsweise durch Kurzbezeichnungen der Rügen im Unterlassungsantrag erzielen, die eine Zuordnung zu den näheren Ausführungen in der Antragsschrift erlauben, oder durch einen Verweis auf ein anderes Dokument, welches ebenfalls diese Anforderungen erfüllt (OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 – 2 U 218/18 –, Rn. 41, juris).
- 74 Wenn schon der Verweis auf ein anderes Dokument genügt, muss es auch genügen, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Rügen in der Antragsschrift im Einzelnen aufgezählt und anhand des zugehörigen Sachverhalts erläutert werden, zumal sich der Streitgegenstand nicht nur nach dem Antrag, sondern auch nach dem hierzu vorgetragenen Sachverhalt richtet.
- 3.

- 75 Ob ein Verfügungsanspruch besteht, richtet sich nach § 33 Abs. 1, 3 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB und § 46 EnWG und hängt davon ab, ob die Klägerin als Bewerber um die Konzession durch die Beklagte unbillig behindert wird bzw. deren unbillige Behinderung durch die Beklagte droht.
- a)
- 76 Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Aus § 46 EnWG ergibt sich ein subjektives Recht der Bewerber auf transparente und diskriminierungsfreie Durchführung des Konzessionierungsverfahrens, wie es klarstellend in § 47 Abs. 1 EnWG ausdrücklich anerkannt wird. Die Gemeinde ist verpflichtet, den Wettbewerb um das Netz in der gebotenen Weise jedenfalls alle 20 Jahre rechtzeitig zu eröffnen und nach ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens eine Vergabeentscheidung zu treffen (BGH, Urteil vom 09.03.2021, KZR 55/19, Rn. 18 mwN - Gasnetz Berlin).
- 77 Bei dieser Vergabeentscheidung haben die Gemeinden das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, Rn. 16 f. - Stromnetz Berkenthin). Die kartellrechtlichen und die energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen stimmen insoweit überein. Die Auswahlentscheidung muss im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgen, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht (BGH, Urteil vom 09.03.2021, KZR 55/19, Rn. 19 - Gasnetz Berlin).
- 78 Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, Rn. 16, 36 - Stromnetz Berkenthin). Das Transparenzgebot verlangt, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (BGH, aaO. Rn. 34 mwN).
- b)
- 79 Zur (Haupt-)Rüge: Fehlende organisatorische und personelle Trennung:
- aa)
- 80 Die Rüge ist nicht nach § 47 Abs. 2 EnWG präkludiert.
- 81 Abzustellen ist nicht auf den Umstand, dass sich die Streithelferin an dem Konzessionierungsverfahren beteiligt, denn allein aus diesem Umstand ist ein Verstoß gegen das Trennungsgebot nicht erkennbar. Vielmehr kommt es darauf an, wie die Beklagte ihre Verwaltung im Hinblick auf das Konzessionierungsverfahren organisiert hat, insbesondere wie sie sichergestellt hat, dass es zu keinem Informationsfluss zwischen der Vergabe-

stelle und der Streithelferin bzw. dem Referat, das die Beteiligung an der Streithelferin verwaltet, kommt.

- 82 Insoweit ist eine verspätete Rüge nicht ersichtlich und zudem bereits fraglich, ob § 47 Abs. 5 EnWG überhaupt anwendbar ist. Die (angeblich) fehlende organisatorische und personelle Trennung ist weder aus der Bekanntmachung im Bundesanzeiger (§ 46 Abs. 3 EnWG), noch aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Textform (§ 46 Abs. 4 EnWG) noch aus den mitgeteilten Gründen der vorgesehenen Ablehnung des Angebots (§ 46 Abs. 5 EnWG) erkennbar, so dass die Fristen des § 47 Abs. 3 EnWG jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar sein können.
- 83 Da die Klägerin die verwaltungsinterne Organisation in Bezug auf das Konzessionsverfahren nicht kennen konnte – das auf der Homepage der Beklagten veröffentlichte allgemeine Verwaltungsorganigramm sagt hierzu nichts aus –, konnte sie diesen Punkt zudem nur allgemein rügen.
- 84 Etwas Anderes könnte allenfalls für die Doppelrolle der Oberbürgermeisterin als stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende der Streithelferin gelten. Auch insoweit kommt es aber auf die im Einzelfall getroffenen Organisationsverfügungen an, denn die bloße Doppelrolle für sich begründet aus den nachfolgenden Gründen keinen Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot.
- 85 Selbst wenn das Rügeregime des § 47 EnWG anwendbar sein sollte, kann die Rügefrist jedenfalls frühestens mit der Mitteilung der Abschlussentscheidung zu laufen begonnen haben. Sie wäre dann aus den vom Landgericht dargelegten Gründen eingehalten.
- bb)
- 86 Aus dem Diskriminierungsverbot folgt das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber. Dies soll sicherstellen, dass die Gemeinde – insbesondere in den Fällen, in denen durch eine gleichzeitige Stellung als Vergabestelle und Bieter ein Interessenkonflikt besteht – gegenüber allen Bewerbern um das Wegenutzungsrecht die gebotene Neutralität wahrt und zudem die gebotene diskriminierungsfreie Vergabeentscheidung gewährleistet ist (BGH, Urteil vom 12.10.2021, EnZR 43/20, Rn. 34 mwN – Stadt Bargteheide).
- 87 Beteiligt sich die Gemeinde mit einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft am Wettbewerb um das Wegenetz, kann die Trennung erfolgen, indem die Gemeinde die Vergabestelle einer personell und organisatorisch vollständig vom Eigenbetrieb oder der Eigengesellschaft getrennten Einheit der Gemeindeverwaltung zuweist. Eine solche vollständige Trennung erfordert eine Organisationsstruktur, die sicherstellt, dass ein Informationsaustausch zwischen den für die Vergabestelle und den für den Eigenbetrieb oder die Eigengesellschaft handelnden Personen nur innerhalb des hierfür vorgesehenen Vergabeverfahrens für das Wegerecht erfolgt, so dass bereits durch strukturelle Maßnahmen – also nach dem äußeren Erscheinungsbild – die Bevorzugung des Eigenbetriebs oder der Eigengesellschaft und der „böse Schein“ mangelnder Objektivität der Vergabestelle vermieden wird. Anders als im Fall eines Gemeinderats, der lediglich an einem abschließenden Beschluss des Gemeinderats über die Neuvergabe des Wegerechts mitwirkt, besteht bei einer fehlenden formalen Trennung in dem – der abschließenden Beschlussfassung vorgelagerten – Verfahren, insbesondere bei der Bestimmung und Ausgestaltung der Vergabekriterien, die Möglichkeit, dass die Bewerbung des Eigenbetriebs

durch die Vergabestelle bevorzugt wird. Bereits dies stellt eine Benachteiligung der übrigen Bewerber dar. Insoweit ist es nicht erforderlich, eine konkrete Doppelbefassung von Mitarbeitern des Eigenbetriebs oder der Vergabestelle nachzuweisen. Ein solcher Nachweis ist wegen der fehlenden formalen Trennung und dem dadurch generell eröffneten, intransparenten Informationsaustausch regelmäßig nicht möglich. Für die Annahme eines Verstoßes gegen das Trennungsgebot genügt deshalb die strukturelle Beeinträchtigung des Wettbewerbs um das Wegenetz, die sich daraus ergibt, dass in der personellen Aufgabenverteilung Interessenkonflikte angelegt sind, die die Neutralität der Vergabestelle gefährden können. Es muss schon durch eine geeignete Organisationsstruktur ausgeschlossen werden, dass die Mitarbeiter in Loyalitäts- und Interessenkonflikte geraten und zum „Diener zweier Herren“ werden (BGH, aaO., Rn. 35).

88 Der Verstoß gegen das Trennungsgebot führt bereits dann zu einer unbilligen Behinderung von Mitbewerbern, wenn nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann, dass sich dieser auf das Vergabeverfahren und die sich daraus ergebende Rangfolge der Bieter ausgewirkt hat, wenn also nicht feststeht, dass sich auch ohne den Verfahrensfehler dieselbe Rangfolge ergeben hätte (BGH, aaO., Rn. 36).

(i)

89 Diese Rechtsprechung ist auch auf eine Konstellation wie im vorliegenden Fall anwendbar, bei der die Gemeinde mit 25,1 % der Geschäftsanteile nur eine Minderheitsbeteiligung an dem Mitbewerberbetrieb innehat.

90 Die Höhe der Beteiligung bestimmt naturgemäß den Grad etwaiger zu befürchtender Interessenkonflikte maßgeblich mit, ebenso wie das Ausmaß der personellen Verflechtung. Naheliegend erscheint deshalb eine Übertragung der Grundsätze, wenn es sich um einen von der Gemeinde beherrschten Netzbetreiber handeln würde, die Beteiligung also – anders als im vorliegenden Fall – mehr als 50 % betragen würde. Handelt es sich hingegen um eine nur mittelbare Beteiligung im Promillebereich, wie es bei der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin der Fall ist (ca. 0,015 %), dürften die Grundsätze eher nicht anwendbar sein. Im hier zu entscheidenden Fall der Beteiligung zu einem Viertel ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anwendbar und eine vollständige personelle und organisatorische Trennung erforderlich, weil diese Beteiligung so gewichtig ist, dass aus objektiver Sicht durch die gleichzeitige Stellung als Vergabestelle und als ein am Bieter in beträchtlichem Umfang Beteiligter ein Interessenkonflikt besteht, zumal hinzukommt, dass die Oberbürgermeisterin der Beklagten zugleich stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende des Mitbewerbers ist und damit eine personelle Verflechtung zwischen Vergabestelle und Bewerber besteht.

(ii)

91 Ist eine organisatorische und personelle Trennung erforderlich, dann ist diesem Gebot nicht bereits dadurch genügt, dass die inhaltliche Bearbeitung – wie hier – durch eine beratende Anwaltskanzlei erfolgt, weil dies einen Informationsaustausch zwischen Vergabestelle und Gesellschaft außerhalb des hierfür vorgesehenen Verfahrens über die Vergabe des Wegerechts nicht ausschließt (BGH, Urteil vom 12.10.2021, EnZR 43/20, Rn. 44 – Stadt Bargteheide).

92 (iii)

- 93 Soweit im landgerichtlichen Urteil anklingt, dass es eines schriftlichen Konzepts zur Vermeidung eines Wissenstransfers zwischen der verfahrensleitenden Stelle und der Streit-
helferin bedurft hätte (LGU S. 13 unter b. aa.), ist dies nicht richtig. Zwar kann mit einem
schriftlichen Konzept einfacher dokumentiert werden, dass dem Trennungsgebot Rech-
nung getragen wurde. Voraussetzung für eine ausreichende personelle und organisato-
rische Trennung ist die Schriftform des Konzepts aber nicht. Etwas anderes wird - soweit
ersichtlich - auch weder in Rechtsprechung noch Literatur vertreten.
- 94 Anderes gilt auch nicht im Hinblick auf den Transparenzgrundsatz, der verlangt, dass die
Gemeinde die wesentlichen Entscheidungen des Auswahlverfahrens in den Verfahrens-
akten dokumentiert, damit die Entscheidungen transparent und für die Überprüfungs-
instanzen und die Bieter überprüfbar sind (vgl. Huber in Kment, Energiewirtschaftsge-
setz, 2. Aufl. 2019, § 47 EnWG, Rn. 16, unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des
OLG München zum Vergaberecht). Denn das Transparenzgebot bezieht sich nach der
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf die Entscheidungskriterien der Gemeinde
und ihre Gewichtung. Es kommt darauf an, dass die am Netzbetrieb interessierten Un-
ternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung an-
kommt (BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 35 - Stromnetz Berkenthin; Urteil
vom 28.01.2020, EnZR 116/18, Rn. 15 - Stromnetz Steinbach). Dass auch die innerorga-
nisierten Verfügungen entsprechend dokumentiert sein müssen, ist der Rechtspre-
chung des Bundesgerichtshofs nicht zu entnehmen. Dies gilt entgegen der Ansicht der
Klägerin auch für die „Rösrath-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs. An der von der
Klägerin für die gegenteilige Auffassung zitierten Stelle (BGH, Urteil vom 07.09.2021,
EnZR 29/20, Rn. 8) führt der Bundesgerichtshof lediglich aus, dass das Transparenzge-
bot die Einhaltung des Diskriminierungsverbots sicherstellen soll und die Gemeinde ver-
pflichtet ist, den unterlegenen Bietern Auskunft darüber zu erteilen, aus welchen Grün-
den sie den Zuschlag einem anderen Bieter erteilen will. Für die Ansicht der Klägerin,
dass das Organisationskonzept schriftlich niedergelegt und der Verfahrensakte des Ver-
gabeverfahrens beigefügt sein muss, gibt diese Stelle nichts her.
- (iv)
- 95 Ein Verstoß gegen das Trennungsgebot kann nicht schon daraus hergeleitet werden,
dass die Oberbürgermeisterin der Beklagten zugleich Mitglied des Aufsichtsrats der Mit-
bewerberin ist, denn § 46 Abs. 6 EnWG lässt die Teilnahme eines Eigenbetriebs am Kon-
zessionsverfahren ausdrücklich zu, obwohl die personelle Verflechtung im Falle der Be-
werbung eines Eigenbetriebs noch deutlich stärker ausgeprägt ist.
- 96 Ein Verstoß ergibt sich insoweit auch nicht daraus, dass die Oberbürgermeisterin an der
Bekanntmachung im Bundesanzeiger, dass der bestehende Gaskonzessionsvertrag zum
31.12.2019 ausläuft, beteiligt war. Es ist nicht ersichtlich, welcher Informationsfluss in
die eine oder andere Richtung durch die Beteiligung an der Bekanntmachung ermöglicht
worden sein könnte.
- (v)
- 97 Die von der Beklagten vorgetragene und durch die eidesstattliche Versicherung des
Ersten Bürgermeisters glaubhaft gemachten organisatorischen Maßnahmen genügen
dem Trennungsgebot:

(1)

98 Auf der Seite der Beklagten waren die alleinigen Ansprechpartner für die verfahrensleitende Stelle Herr D..., der der Leiter des Fachbereichs 5 „Organisation und Personal“ ist, das zu dem von der Bürgermeisterin K... geführten Dezernat 2 gehört, sowie der Bürgermeister G..., der Leiter des Dezernats 3 ist. Diese waren für die Durchführung des Gaskonzessionsverfahrens bei der Beklagten ausschließlich zuständig. Die Beklagte trägt insoweit vor, dass beide bei der Durchführung des Gaskonzessionsverfahrens keinen internen Weisungen unterliegen würden. Sie seien von der verwaltungs- bzw. dienstrechtlichen Weisungsgebundenheit befreit worden. Auch Herr D... sei insoweit zur Vertraulichkeit verpflichtet worden.

(a)

99 Ausreichend glaubhaft gemacht hat die Beklagte ihren Vortrag durch die eidesstattliche Versicherung des Bürgermeisters G... (Anlage AG7). Anlass, an der Richtigkeit des eidesstattlich versicherten Sachverhalts zu zweifeln, besteht nicht.

100 Die eidesstattliche Versicherung ist zu berücksichtigen. Zwar ist sie erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz vorgelegt worden und daher in zweiter Instanz neuer und von der Klägerin zudem bestrittener Vortrag. Nach § 531 Abs. 2 ZPO, der auch im einstweiligen Verfügungsverfahren gilt (Zöller/Heßler, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 531, Rn. 1; Althammer in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 531, Rn. 1; a.A. Rimmelpacher in MüKo/ZPO, 6. Aufl. 2020, § 531, Rn. 3), ist neuer Vortrag in zweiter Instanz nur unter den dort genannten Voraussetzungen zuzulassen. Die Beklagte hat aber bereits in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz in erster Instanz vorgetragen, dass für das Landgericht im ersten Verhandlungstermin entscheidend gewesen sei, ob Informationen an den Bieter gelangt seien und ob der Verdacht einer Einflussnahme auf das Konzessionsverfahren bestehe, worauf Herr G... unwidersprochen die Einzelheiten des Verfahrens dargestellt habe, wonach ihm die alleinige Verantwortung für das Verfahren von der Oberbürgermeisterin übertragen worden sei und er dieses zusammen mit Herrn D... unabhängig, weisungsfrei und vertraulich durchgeführt habe. Auf der Basis dieses Vortrags liegt ein Zulassungsgrund nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO vor, denn unstreitiges Vorbringen musste die Beklagte nicht glaubhaft machen. Die Klägerin hat dieser Darstellung zwar widersprochen, allerdings vor allem mit dem falschen Hinweis auf eine angebliche negative Beweiskraft des Verhandlungsprotokolls (vgl. zur fehlenden negativen Beweiskraft Zöller/Feskorn, aaO., § 314, Rn. 5). Angesichts dessen sieht der Senat keine Veranlassung, von der Beklagten eine Glaubhaftmachung gem. § 531 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu verlangen. Der neue Vortrag ist daher zuzulassen, zumal sich der Streit der Parteien im Wesentlichen darum dreht, ob die vorgetragenen Maßnahmen ausreichend waren, nicht aber darum, ob die behaupteten Maßnahmen glaubhaft gemacht sind.

(b)

101 Durch die genannte Verwaltungsmaßnahme ist die erforderliche organisatorische und personelle Trennung erfolgt. Die inhaltlichen Aufgaben zur Durchführung des Gaskonzessionsverfahrens wie beispielsweise die Aufstellung des Verfahrensbriefs und des Kriterienkatalogs wurden durch eine beratende Anwaltskanzlei, d.h. durch eine Stelle außerhalb der Gemeindeverwaltung durchgeführt und innerhalb der Gemeindeverwaltung waren ausschließlich der Erste Bürgermeister G... und anfänglich noch Herr D... mit dem

Verfahren befasst, die beide zur Vertraulichkeit gegenüber jedermann und damit auch gegenüber ihren mittelbaren und unmittelbaren Dienstvorgesetzten verpflichtet waren.

- 102 Der Erste Bürgermeister G... war bei der Durchführung des Verfahrens auch „weisungs-frei“ gegenüber jedermann und hat insbesondere keine Weisungen der Oberbürgermeis-terin erhalten. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass die Weisungsbefugnis der Oberbürgermeisterin gem. § 44 Abs. 4, § 49 Abs. 2 GemO gar nicht ausgeschlossen werden könne, ist das zwar in der Sache richtig (vgl. Behrendt in BeckOK Kommunalrecht BW, 21. Edition, Stand 01.04.2023, § 49 GemO, Rn. 12). Dies hilft der Klägerin aber nicht weiter, denn auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Doppelstellung des Bürgermeisters vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen wor-den ist, wie die Regelung in § 46 Abs. 6 EnWG zeigt. Würde allein die grundsätzlich be-stehende Weisungsbefugnis des (Ober-)Bürgermeisters ausreichen, um einen Verstoß gegen das Trennungsgebot zu begründen, könnte sich keine Gemeinde mit einem Eigen-betrieb an einem Konzessionierungsverfahren beteiligen.
- 103 Nicht richtig ist insoweit auch der Vorwurf, die Oberbürgermeisterin der Beklagten ha-be es versäumt, das weisungsunabhängige Rechnungsprüfungsamt mit der Durchfüh-rung des Konzessionsverfahrens zu betrauen. Dieser Vorwurf übersieht bereits, dass das Rechnungsprüfungsamt nur bei der Erfüllung der ihm zugewiesenen Prüfungsaufga-ben unabhängig und an Weisungen nicht gebunden ist (§ 109 Abs. 2 GemO). Sofern das Rechnungsprüfungsamt Aufgaben wahrnimmt, die keine Prüfungsaufgaben darstellen - wie beispielsweise die Durchführung eines Konzessionsverfahrens -, ist es ebenso wie die anderen Mitglieder der Gemeindeverwaltung an Weisungen gebunden (Pautsch in BeckOK Kommunalrecht BW, aaO., GemO, § 109, Rn. 5).
- 104 Entgegen der Ansicht der Klägerin ist ferner davon auszugehen, dass die personelle und organisatorische Trennung rechtzeitig erfolgt ist. Dem steht nicht entgegen, dass die Be-klagte den genauen Zeitpunkt der Aufgabenübertragung nicht vorgetragen hat. Denn aus der eidesstattlichen Versicherung des Ersten Bürgermeisters G... geht hervor, dass mit Ausnahme der anfänglichen Unterstützung durch Herrn D... ausschließlich er mit der verwaltungsinternen Durchführung des Gaskonzessionsverfahrens befasst war. Dies be-deutet zwar nicht notwendigerweise, dass die Aufgabenübertragung schon vor dem Be-ginn des Konzessionsverfahrens erfolgt ist. Gegen eine so frühzeitige Aufgabenübertra-gung spricht bereits der Umstand, dass die Oberbürgermeisterin der Beklagten unstrei-tig an der Bekanntmachung im Bundesanzeiger, dass der bestehende Gaskonzessions-vertrag ausläuft, noch beteiligt war. Die Aufgabenübertragung ist aber damit jedenfalls vor den weiteren in § 46 EnWG bestimmten Verfahrensabschnitten und damit insbeson-dere auch vor der Bestimmung und Ausgestaltung der Vergabekriterien erfolgt. Dies ge-nügt, weil es zu einem früheren Zeitpunkt mangels einer inhaltlichen Befassung mit den Vergabekriterien noch keine Loyalitäts- oder Interessenkonflikte geben konnte und damit der „bösen Schein“ mangelnder Objektivität vermieden ist.

(c)

- 105 Der Vortrag zu den weiteren Personen bei der Beklagten führt zu keinem anderen Ergeb-nis:
- 106 Frau O... ist die Leiterin des Dezernats, in dem die Beteiligung an der Streithelferin ver-waltet wird. Mit dem Gaskonzessionsauswahlverfahren hat sie selbst bzw. ihr Dezernat nichts zu tun. Ein Verstoß gegen das Trennungsgebot leitet die Klägerin allein daraus

her, dass sowohl das Dezernat „städtische Beteiligungen“ als auch das Dezernat des Herrn D... der Leitung der Bürgermeisterin K... bzw. ihres Vorgängers unterstehen. Damit kommt ein Verstoß gegen das personelle Trennungsgebot in Gestalt der Frau O... nicht in Betracht.

107 Auch auf der übergeordneten Ebene der Leiterin des Dezernats 2 (bis 05.01.2020 Erster Bürgermeister A..., ab Frühsommer 2020 Bürgermeisterin K...) liegt kein Verstoß gegen das Trennungsgebot vor. Anders als in dem vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung Gasnetz Berlin entschiedenen Fall gab es eine Regelung, um einen Wissenstransfer zu verhindern (vgl. BGH, Urteil vom 09.03.2021, KZR 55/19, Rn. 50 – Gasnetz Berlin), denn die Beklagte hat mit der eidesstattlichen Versicherung des Bürgermeisters G... glaubhaft gemacht, dass Herr D... auch gegenüber seiner unmittelbaren Dienstvorgesetzten, dem Leiter bzw. der Leiterin des Dezernats 2 zur Vertraulichkeit verpflichtet war und ist. Anders als in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist der Leiter des Dezernats 2 auch nicht gegenüber der Streithelferin weisungsbefugt.

(2)

108 Auch auf der Ebene des Gemeinderats bzw. der Gemeinderatsausschüsse liegt kein Verstoß vor:

109 Die Entscheidungen des Gemeinderats wurden im Verwaltungs- und Finanzausschuss vorberaten. Alle an den Vorberatungen beteiligten Mitglieder des Verwaltungs- und Finanzausschusses waren keine Mitglieder im Aufsichtsrat der Streithelferin und auch nicht in ähnlichen Gremien (Beirat etc.). Soweit die Klägerin der Ansicht ist, dass es nicht ausreichend gewesen sei, die Mitglieder des Verwaltungs- und Finanzausschusses auf die erforderliche personelle, informatorische und organisatorische Trennung zur Streithelferin hinzuweisen, wie es die Beklagte nach ihrem Vortrag in erster Instanz getan hat, erschließt sich nicht, welche weiteren Maßnahmen die Beklagte hätte treffen sollen.

110 Die Beratung und finale Beschlussfassung im Gemeinderat erfolgte unter Ausschluss der befugten Gemeinderatsmitglieder.

(3)

111 Besondere informationstechnische Maßnahmen in Gestalt einer sog. „Chinese Wall“ zur Verhinderung eines Informationsflusses zwischen Vergabestelle und Eigengesellschaft waren nicht geboten.

112 Der Begriff „Chinese Wall“ wird als Metapher für die Praxis benutzt, Abteilungen eines Unternehmens, die von unterschiedlichen Zielsetzungen geleitet werden, so voneinander zu trennen, dass es zu keinem Informationsaustausch kommt und Interessenkonflikte vermieden werden.

113 Im vorliegenden Fall ist bei der Anforderung an technische Maßnahmen zu berücksichtigen, dass diese im Wesentlichen gegen eine versehentliche Kenntnisnahme schützen können, nicht aber gegen einen bewusst vorgenommenen Informationsaustausch, denn dieser wäre auch bei der Einrichtung gesonderter Datenräume weiterhin problemlos möglich, beispielsweise durch die Übergabe ausgedruckter Unterlagen. Angesichts dessen steht der zusätzliche Aufwand, den eine derartige informationstechnische Trennung verursachen würde, in keinem Verhältnis zu dem damit erzielten Gewinn in Bezug auf die Trennung des Informationsflusses. Diese ist bereits durch die passwortgeschützte

EDV und die gesonderte Aufbewahrung der Unterlagen in ausreichendem Maße gewährleistet.

(vi)

114 Da das Trennungsgebot durch Aufteilung der Zuständigkeiten in der Gemeindeverwaltung und beim kommunalen Bieter formell eingehalten ist, müsste die Klägerin darlegen und ggf. beweisen, dass gleichwohl ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot begangen worden ist und dieser wenigstens konkret geeignet ist, die in Rede stehende Vergabe zu beeinflussen (BGH, Urteil vom 28.01.2020, EnZR 99/18, Rn. 45 – Gasnetz Leipzig). Vortrag hierzu hat die Klägerin nicht gehalten.

c)

115 Die weiteren Rügen sind mit Ausnahme der Rügen 2 und 3 präkludiert. Die Rügen 2 und 3 sind in der Sache nicht begründet. Im Einzelnen:

aa)

116 Die weiteren Rügen sind mit Ausnahme der Rügen 2 und 3 präkludiert, weil die Klägerin sie erstmals mit Schreiben vom 04.01.2021 erhoben hat, obwohl sie bereits im Juli 2020 Akteneinsicht hatte und die gerügten Rechtsverletzungen hieraus bereits erkennbar waren.

(i)

117 Da es um Rügen gegen die Auswahlentscheidung geht, ist zunächst die Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG einschlägig. Danach sind Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG, d.h. der Information über die vorgesehene Ablehnung des Angebots, erkennbar sind, innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Abweichend davon bestimmt allerdings § 47 Abs. 4 EnWG, dass in den Fällen, in denen eine Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG erfolgt, die Frist für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag zu laufen beginnt, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat.

118 Damit stellt sich die Frage, ob mit jeder neuen Akteneinsicht insgesamt eine neue Rügefrist läuft oder ob dies nur bzgl. derjenigen Rechtsverletzungen gilt, die erstmals aufgrund der neuen Akteneinsicht erkennbar waren. Die Frage ist dahingehend zu beantworten, dass eine neue Rügefrist nur zu laufen beginnt, wenn die erneute Akteneinsicht im Hinblick auf die zu erhebende Rüge zusätzliche Erkenntnisse erbringt.

119 Das Wortlautargument der Klägerin, dass das Gesetz auf „die Akten“ abstelle und nicht auf „Teile der Akten“, weshalb die Frist erst zu laufen beginne, wenn die Gemeinde die vollständige Akte zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt habe, erscheint wenig überzeugend, weil in § 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG von einer Akteneinsicht nach Absatz 3 die Rede ist, und nicht von der Akteneinsicht nach Absatz 3. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich damit nicht zwingend, dass der Gesetzgeber nur von einer einzigen, einheitlichen Akteneinsicht ausgeht und die Frist erst nach der letzten Akteneinsicht zu laufen beginnt.

120 Ambivalent ist der Sinn und Zweck der Regelung. Einerseits bezweckt das Rügeregime des § 47 EnWG, dass Rechtsverletzungen alsbald gerügt werden müssen, wenn sie er-

kennbar sind. Vor diesem Hintergrund ergibt es wenig Sinn, für eine Rüge auf den Zeitpunkt der letzten Akteneinsicht abzustellen, wenn dem Antragsteller bereits zu einem früheren Zeitpunkt alle Umstände bekannt waren, deren Kenntnis zur Erhebung der Rüge erforderlich waren. Auf der anderen Seite dürfte der Gesetzgeber in § 47 Abs. 3 EnWG von einer ordnungsgemäßen, vollständigen Akteneinsicht ausgegangen sein und bei einer ordnungsgemäßen Akteneinsicht liefe für den Antragsteller eine einheitliche Rügefrist. Bei einer „scheibchenweise“ erfüllten Akteneinsicht hingegen müsste der Antragsteller ggf. immer wieder neue Rügen erheben und die Gemeinde hätte ihm das Risiko aufgebürdet, jeweils einschätzen zu müssen, ob mit der bislang gewährten Akteneinsicht schon genügende Anhaltspunkte für die Erhebung einer Rüge vorliegen. Zudem kann je nach Inhalt der Rüge erst nach vollständiger Akteneinsicht beurteilt werden, ob sich in dem letzten Teil der offengelegten Akte noch Informationen befinden, die einer zuvor ggf. als begründet erscheinenden Rüge die Grundlage entziehen. Letzteres erscheint beispielsweise im Hinblick auf die Rüge der fehlenden personellen und organisatorischen Trennung naheliegend.

- 121 Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente für eine Präklusion der Rügen der Rechtsverletzungen, die aus der früheren Akteneinsicht bereits erkennbar waren (so auch OLG Koblenz, Urteil vom 28.10.2021, Az. 218/21 Kart, S. 13, vorgelegt als Anlage NI 2, nicht veröffentlicht), denn dies ist zweifelsohne der Hauptzweck des mit § 47 EnWG errichteten Rügeregimes. Zugunsten des Antragstellers ist dabei allerdings ein großzügiger Maßstab anzulegen, wenn es darum geht, ob aus der unvollständigen Akteneinsicht tatsächlich schon alle relevanten Umstände erkennbar waren bzw. ob mit der später erfolgten, erweiterten Akteneinsicht noch weitere für die Rüge wesentliche Informationen erteilt wurden.

(ii)

- 122 Damit sind alle weiteren Rügen außer den Rügen 2 und 3 präkludiert. Der Behauptung der Beklagten, dass alle mit dem Schreiben vom 04.01.2021 erhobenen Rügen spätestens zum Zeitpunkt der ersten Akteneinsicht erkennbar waren, was sich insbesondere daran zeige, dass die Klägerin bei ihren Rügen an keiner Stelle auf das weniger geschwärzte Angebot der Streithelferin vom 03.12.2020 eingegangen sei, hat die Klägerin nur hinsichtlich der Rügen 2 und 3 widersprochen mit dem Hinweis darauf, dass die Beklagte in ihrer Nichtabhilfeentscheidung selbst auf das im Rahmen der dritten Akteneinsicht zur Verfügung gestellte, weniger geschwärzte Angebot der Streithelferin Bezug genommen habe.

- 123 Der Einwand der Klägerin zu den Rügen 2 und 3 ist begründet. Dem steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Einsichtnahme in das Angebot des Mitkonkurrenten nur ausnahmsweise in Betracht kommt, nämlich dann, wenn der Antragsteller substantiiert darlegt, dass dies notwendig ist, um erkennen zu können, aufgrund welcher Erwägungen die Gemeinde zu dem Ergebnis gelangt ist, dass das Angebot des Mitkonkurrenten nach den mitgeteilten Auswahlkriterien das bessere ist (BGH, Urteil vom 07.09.2021, EnZR 29/20, Rn. 33 – Gasnetz Rösrath). Denn wenn die Beklagte schon selbst auf das Angebot des Mitkonkurrenten Bezug nimmt, ist damit die Notwendigkeit ausreichend belegt.

bb)

- 124 Die nicht präkludierten Rügen 2 und 3 sind nicht begründet:
- 125 Rüge 2: Bewertung des Kriteriums „A.I.1. Technische Ausstattung“
- 126 Der Verfahrensbrief enthält hierzu u.a. folgende Aussage:
- 127 *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 oder eingesetzt werden soll.*
- 128 In der Bewertung der Angebote durch die Beklagte ist hierzu ausgeführt:
- 129 *Ein Alleinstellungsmerkmal beim Angebot der Bewerberin [d.h. der Streithelferin] ist der Gaskugelspeicher einschließlich der Druckregler- und Verdampferstation mit Flüssiggas-Luft-Mischanlage, der im gesamten Netzgebiet der Bewerberin u.a. für ein geregeltes konstantes Niveau der Gasbezugsmenge sowie für die Kompensation bei einer Begrenzung der Transportkapazitäten in vorgelagerten Netzen sorgt.*
- 130 Das Angebot der Klägerin wurde von der Beklagten deshalb mit einem geringfügigen Abschlag bewertet (2,7/3).
- 131 Die Klägerin rügt die Berücksichtigung des Gaskugelspeichers, weil dieser nicht Bestandteil des Gasnetzes in K... sei - der Gaskugelspeicher befindet sich im Hochdrucknetz der Stadt L... - und bei einem Wechsel des Netzbetreibers nicht im Übergabegegenstand enthalten wäre. Würde man der Bewertungslogik der Beklagten folgen, würden auch die Gasspeicher der Klägerin im vorgelagerten Gasnetz in S... der Versorgungssicherheit der Städte L... und K... dienen. Die Klägerin habe zu deren Funktion keine Angaben im Angebot gemacht, weil das Kriterium diese explizit exkludiert habe. Schlussendlich obliege es jedem Gasnetzbetreiber selbst, ob er seine Spitzenlasten durch Gasspeicher oder durch entsprechende Übernahmestationen mit Gaslieferverträgen zu vorgelagerten Transportnetzbetreibern absichere. Mit der technischen Ausstattung im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet habe dies keinen Zusammenhang.
- 132 Die Rüge ist unbegründet. Entgegen der Ansicht der Klägerin ergibt sich aus dem Verfahrensbrief nicht, dass nur Anlagen aufgeführt werden dürfen, die in den Netzdaten zur Konzessionsausschreibung erwähnt sind und bei einem Netzbetreiberwechsel mit zu übergeben sind. Wenn der Gaskugelspeicher in L... der Abdeckung von Spitzenlasten im Konzessionsgebiet von K... dient, dann ist er im Sinne des Verfahrensbriefs im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet einsetzbar und kann daher auch bei der Auswertung berücksichtigt werden. Dass die Klägerin gleichfalls Gasspeicher unterhält, die ebenfalls der Versorgungssicherheit der Stadt K... dienen, hilft ihr nicht, weil sie diese nicht in ihrem Angebot aufgeführt hat. Und die weitere Behauptung, dass die Absicherung der Spitzenlasten in keinem Zusammenhang mit der technischen Ausstattung im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet stehe, erschließt sich von vornherein nicht, da auch nach den Ausführungen der Klägerin eine Absicherung der Spitzenlasten erforderlich ist.
- 133 Rüge 3: Bewertung des Kriteriums „A.I.2.b. Fort- und Weiterbildungskonzept“

- 134 Im Auswertungsvermerk ist zur personellen Ausstattung, Unterpunkt „Fort- und Weiterbildungskonzept“, u.a. Folgendes ausgeführt:
- 135 *Da die N... – wie von der Großen Kreisstadt K... angestrebt – sehr vielseitige und regelmäßige Maßnahmen zur Fort- und Weiterbildung des eingesetzten Personals – auch im Hinblick auf neue Entwicklungen – dargestellt hat, war ihr Angebot mit der Höchstpunktzahl zu bewerten. Demgegenüber waren die von der Bewerberin zu diesem Kriterium gemachten Darstellungen sehr oberflächlich und wenig aussagekräftig. Auf die konkrete Ausgestaltung der Schulungsprogramme / Angebote ist die Bewerberin nicht eingegangen. Vor dem Hintergrund des Verfahrensbriefs rechtfertigen die dargelegten Mängel einen Abschlag von zwei Punktwerten.*
- 136 Mit ihrer Rüge bemängelt die Klägerin, dass die Streithelferin trotz der sehr oberflächlichen und wenig aussagekräftigen Darstellung drei von fünf Punktwerten (= 0,6/1) erhalten hat.
- 137 Die Rüge ist nicht begründet. Mit dem Abzug von 2 von möglichen 5 Punktwerten hat die Beklagte die sehr oberflächliche Darstellung ähnlich bewertet wie bei anderen Kriterien einen vorhandenen deutlichen Unterschied. Damit erscheint der Umstand, dass es sich nur um eine sehr oberflächliche Darstellung handelt, ausreichend berücksichtigt, jedenfalls bewegt sich die Beurteilung der Beklagten im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums.
- 138 B Zum Verfügungsantrag Ziff. 2:
- 139 Die Berufung hat auch hinsichtlich des Verfügungsantrags Ziff. 2 Erfolg.
- 1.
- 140 Der mit dem Verfügungsantrag Ziff. 2 gestellte Hauptantrag ist im einstweiligen Verfügungsverfahren bereits unzulässig.
- 141 Mit Rücksicht auf den vorläufigen Charakter des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung als summarisches Erkenntnisverfahren darf die Anordnung grundsätzlich nicht zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen. Dieses Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache gilt grundsätzlich auch im Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG. Durch § 47 Abs. 5 EnWG wird lediglich die Möglichkeit geschaffen, im laufenden Konzessionsverfahren eine Unterbrechung des Verfahrens zur gerichtlichen Überprüfung der gerügten Rechtsverletzungen und ggf. Rückversetzung zur Beseitigung eines festgestellten Rechtsfehlers zu erreichen (Theobald/Schneider in Theobald/Kühling, Energierecht, 118. EL November 2022, § 47 EnWG, Rn. 50). § 47 Abs. 5 EnWG dient jedoch nicht dazu, schon im einstweiligen Verfügungsverfahren endgültig eine Entscheidung über den Zuschlag herbeizuführen.
- 142 Aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.03.2021 zum Gasnetz Berlin (KZR 55/19) folgt nichts anderes, denn dieses Urteil erging im Hauptsacheverfahren. Der Umstand, dass der Bundesgerichtshof mit diesem Urteil entschieden hat, dass das laufende Konzessionsverfahren durch Annahme des Vertragsangebots der Klägerin abzuschließen ist

(aaO., Rn. 46), lässt daher keine Rückschlüsse für das vorliegende Verfügungsverfahren zu.

143 Im Übrigen käme die Erteilung des Zuschlags unter Berücksichtigung der Kriterien, die der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Gasnetz Berlin“ zur Begründung der Zuschlagserteilung herangezogen hat (Urteil vom 09.03.2021, KZR 55/19, Rn. 57 ff.), ohnehin nicht in Betracht. Anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall (aaO., Rn. 57) ist hier das Angebot des Mitkonkurrenten nicht nach den Vergabebedingungen von der Wertung ausgeschlossen. Entgegenstehende Interessen des Mitbewerbers – hier also der Streithelferin – sind daher anders als im Fall des Bundesgerichtshofs zu berücksichtigen (aaO., Rn. 60). Die faktische Restlaufzeit beträgt auch nicht lediglich vier Jahre (aaO., Rn. 61), sondern noch mehr als 17 Jahre, so dass eine Neuausschreibung angesichts der verbleibenden Restlaufzeit mit zusätzlichen Wettbewerbsimpulsen verbunden sein kann (aaO., Rn. 64). Da auch ein Verstoß gegen das Trennungsgebot nicht vorliegt, lässt sich zudem schwerlich begründen, warum nur ein Zuschlag an die Klägerin in Betracht kommen soll.

2.

144 Zu den Hilfsanträgen aus erster Instanz zum Verfügungsantrag Ziff. 2:

a)

145 Da das Landgericht den mit dem Verfügungsantrag Ziff. 2 geltend gemachten Hauptantrag zuerkannt hat, fallen auch die Hilfsanträge hierzu ohne weiteres im Berufungsverfahren an (vgl. Zöllner/Heßler, aaO., § 528, Rn. 20 mwN auch zur Gegenansicht).

b)

146 Auch der erste Hilfsantrag auf Verpflichtung der Beklagten, das Gaskonzessionierungsverfahren unter Ausschluss der Streithelferin fortzusetzen, ist unzulässig, weil damit gleichfalls eine Vorwegnahme der Hauptsache verbunden wäre.

c)

147 Anderes gilt für den zweiten Hilfsantrag auf Wiederholung des Gaskonzessionierungsverfahrens. Dieser Antrag ist zwar zulässig. Er wäre allerdings allenfalls dann begründet, wenn die Rüge zur fehlenden organisatorischen und personellen Trennung begründet wäre, denn nur dann müsste das Verfahren insgesamt wiederholt werden. Wie oben ausgeführt, liegt ein Verstoß gegen das Trennungsgebot jedoch nicht vor, so dass dieser Antrag zwar nicht unzulässig, aber unbegründet ist.

III.

148 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Der Klägerin sind gem. § 101 Abs. 1 ZPO auch die durch die Nebenintervention verursachten Kosten aufzuerlegen.

149 Eine Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ist nicht veranlasst, weil die Entscheidung mangels statthaften Rechtsbehelfs mit ihrem Erlass formell rechtskräftig wird (vgl. Zöllner/Herget, aaO., § 708, Rn. 1).

- 150 Die Revision kann nicht zugelassen werden. Diese ist im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht statthaft (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO).
- 151 Der Streitwert ist auf 100.000 € festzusetzen. Auch unter Berücksichtigung des Antrags auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung des Zuschlags kommt ein höherer Streitwert nach § 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG nicht in Betracht.