

IBRRS 2023, 2092

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Rüge per E-Mail: Zugang nur zu normalen Behördenöffnungszeiten!

OLG Dresden

Urteil

vom 11.05.2022

U 30/21 Kart

BGB § 130; EnWG § 47 Abs. 2, 5; GWB § 160 Abs. 3

1. Ein Urteil im einstweiligen Rechtsschutzverfahren steht einer nochmaligen Entscheidung über denselben Sachverhalt im Hauptsacheverfahren nicht entgegen.*)

2. Aus Wortlaut und Gesetzgebungsgeschichte von § 47 EnWG ergibt sich zweifelsfrei, dass Einwände gegen das Vergabeverfahren und das Ergebnis des Auswahlverfahrens in den Fristen des § 47 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 1 EnWG erhoben werden sollen und im Falle der Versäumung der dort vorgesehenen Fristen abgeschnitten sind.*)

3. Auf die Rüge nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG ist § 130 BGB anwendbar. Zugegangen ist eine Rüge damit dann, wenn sie so in den Bereich der Behörde gelangt ist, dass die dortigen Bediensteten unter normalen Umständen die Möglichkeit haben, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen.*)

4. Bei einer Gemeinde ist bei einem Eingang der Rüge an einem Freitag um 17:03 Uhr von einem Zugang am Montag auszugehen.

OLG Dresden, Urteil vom 11.05.2022 - U 30/21 Kart

vorhergehend:

LG Leipzig, 24.08.2021 - 5 O 381/21

Tenor

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 24.08.2021 (Az. 5 O 381/21) wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Nebenintervenientin.

III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts Leipzig sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung abwenden gegen Zahlung von 110 % des vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Beklagte zuvor 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages hinterlegt.

Gründe

I.

Die Klägerin ist ein kommunales Energieversorgungsunternehmen und Bieterin im Verfahren der

Beklagten zur Vergabe der Stromkonzession für den Ortsteil ###.

Die Beklagte machte am 25.01.2018 das Auslaufen des Stromkonzessionsvertrages im Ortsteil ### zum 31.12.2019 im Bundesanzeiger bekannt und teilte mit, dass sie einen neuen Stromkonzessionsvertrag mit einer Laufzeit von 20 Jahren ab dem 01.01.2020 bis zum 31.12.2039 abschließen wolle. Mit Beschluss vom 28.03.2018 bekundete die Klägerin ihr Interesse am Abschluss des Stromkonzessionsvertrages. Die Beklagte übersandte am 14.01.2019 per E-Mail den ersten Verfahrensbrief, dem als Anlage der Entwurf eines Konzessionsvertrages sowie die vom Rat der Stadt am 06.12.2018 beschlossenen Auswahlkriterien beigefügt waren. Sie fordere zur Abgabe indikativer Angebote bis zum 15.03.2019 auf. Mit Schreiben vom 28.02.2019 rügte die Klägerin gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG die Auswahlkriterien. Die Beklagte versendete einen zweiten Verfahrensbrief vom 05.02.2019 und forderte zur Abgabe des indikativen Angebotes bis zum 29.03.2019 auf.

Am 29.03.2019 reichte die Klägerin ihr Angebot ein. Nach Bietergesprächen am 27.05.2019 forderte die Beklagte mit dem dritten Verfahrensbrief vom 05.06.2019 die Bieter auf, ihre verbindlichen Angebote bis zum 26.07.2019 abzugeben. Die Klägerin reichte am 25.07.2019 ihr Angebot ein.

Mit Schreiben vom 12.11.2019, das bei der Klägerin per E-Mail am 13.11.2019 einging, teilte die Beklagte mit, dass das Angebot der Mitbieterin mit 93,2 Punkten, das der Klägerin mit 85,1 Punkten bewertet wurde und der Stadtrat in seiner Sitzung am 07.11.2019 beschlossen habe, dass die Beklagte beabsichtige, den Stromkonzessionsvertrag mit der Mitbieterin zu schließen. Diese ist die bisherige Konzessionärin bezüglich des Ortsteils ###.

Die Klägerin beantragte mit Schreiben vom 22.11.2019 Akteneinsicht gemäß § 47 Absatz 3 EnWG. Die Beklagte gewährte der Klägerin mit E-Mail vom 06.12.2019 Akteneinsicht. In einer begleitenden E-Mail vom 06.12.2019 (Anlage K1 = Bl. 81 dA) führte die Beklagte aus:

"Trotz des Fristversäumnisses gemäß § 47 Absatz 3 Satz EnWG gewähren wir hiermit die begehrte Akteneinsicht. Bitte beachten Sie, dass dies ohne Anerkennung einer Rechtspflicht geschieht."

Mit E-Mail vom 13.12.2019, die bei der Beklagten am 13.12.2019 um 17.03 Uhr einging, erhob die Klägerin Rügen bezüglich der Auswertung.

Die Beklagte half den Rügen mit Schreiben vom 12.02.2020 wegen Verfristung und materieller Präklusion etwaiger Rechtsverletzung im Rahmen der Auswahlentscheidung vom 07.12.2019 nicht ab. Sie teilte mit, dass ihr das Schreiben mit den Rügen gemäß § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB erst am 16.12.2020 und damit nach Ende der 30-Tage-Frist zugegangen sei. Auf die Rügen erwidere sie nachrichtlich.

Der Senat hat mit Urteil vom 27.01.2021 (**U 6/20 Kart**) - in Abänderung eines Urteils des Landgerichts Leipzig vom 25.08.2020 (Az. **5 O 452/20**) - einen Antrag der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung der Netzvergabe zurückgewiesen. Hierauf hat die Beklagte am 22.04.2021 mit der Streithelferin einen neuen Konzessionsvertrag geschlossen.

Die Klägerin macht im vorliegenden Verfahren weiter geltend, dass die Konzessionsvergabe nicht den aus § 19 Absatz 2 Nr. 1 GWB und § 46 Absatz 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen genüge. Der von der Beklagten am 22.04.2021 geschlossene Vertrag sei nichtig. Die Beklagte habe über ihre fristgemäß am 13.12.2019 um 17.03 Uhr eingereichten Rügen nicht entschieden. § 130 BGB gelte für die Frist des § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG nicht. Die Rügefrist sei zudem erst am 05.01.2020 abgelaufen, da sie nach der Gewährung der Akteneinsicht am 06.12.2019 zu laufen begonnen habe (§ 47 Abs. 2 S. 4 EnWG). Die Beklagte habe den Konzessionsvertrag mit der Streithelferin geschlossen, ohne

zuvor über die Rügen der Klägerin entschieden zu haben, hierdurch seien ihre Chance auf die Konzession beeinträchtigt und sie unbillig behindert worden.

Die Klägerin hat in erster Instanz zuletzt beantragt,

festzustellen, dass der Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet ###, den die Beklagte auf Grund ihres Stadtratsbeschlusses vom 07.11.2019 mit der ### AG geschlossen hat, nichtig ist.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin, die den Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten ist, haben in erster Instanz beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Verfahren im Rahmen der Auswahlentscheidung sei transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt worden. Die kartellrechtlichen und energiewirtschaftlichen Anforderungen für das Stromkonzessionsverfahren im Ortsteil ### habe sie eingehalten. Die Klägerin sei nicht unbillig behindert worden. Die von der Klägerin mit dem Schreiben vom 13.12.2019 geltend gemachten Rügen seien nicht innerhalb der Frist des § 47 Absatz 2 Satz 3 EnWG i.V.m. § 130 Absatz 1 und 3 BGB erhoben worden. Den Rügen habe sie bereits wegen der Verfristung nicht abhelfen können. Dies habe sie in dem Nichtabhilfes Schreiben vom 12.02.2020 mitgeteilt. Nachrichtlich habe sie zudem zu jeder einzelnen Rüge Stellung bezogen.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 24.08.2021 die Klage abgewiesen. Die Klägerin könne nicht geltend machen, dass die Beklagte gegen den Grundsatz eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens verstoßen habe, weil sie die in dem Schreiben vom 13.12.2019 erhobenen Rügen nicht beschieden habe, denn mit diesen Rügen sei die Klägerin ausgeschlossen, weil sie sie nicht gemäß § 47 Absatz 2 Satz 3 EnWG innerhalb von 30 Kalendertagen ab Zugang der Information erhoben habe. Auf die Frist des § 47 Absatz 2 Satz 3 EnWG sei § 130 Absatz 1 BGB anzuwenden, wonach eine zugangsbedürftige Willenserklärung erst dann wirksam wird, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt, dass er unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, von deren Inhalt noch innerhalb der Frist Kenntnis zu nehmen. Zwar sei das Schreiben der Klägerin bereits am 13.12.2019 um 17.03 Uhr in die Verfügungsgewalt der Beklagten gelangt, eine Kenntnisnahme nach Schluss der Dienstzeiten habe die Klägerin bei gebotener objektiver Betrachtung aber nicht erwarten können. Die Frist des § 47 Absatz 2 Satz 3 EnWG habe auch nicht mit der am 06.12.2019 gewährten Akteneinsicht neu zu laufen begonnen, weil die Klägerin die Akteneinsicht nicht - wie von § 46 Absatz 3 Satz 1 EnWG verlangt - innerhalb von einer Woche beantragt habe. Das die Beklagte die Akteneinsicht gleichwohl gewährt habe, sei ein Realakt, dem kein eigener Erklärungswert zukomme, zumal das Fristregime für die Beklagte auch nicht disponibel sei.

Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 27.08.2021 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 16.09.2021 Berufung eingelegt und diese am 25.10.2021 begründet. Sie habe ihre Rügen gemäß § 47 Absatz 2 Satz 3 EnWG fristgerecht vorgebracht, weil § 130 GWB vorliegend nicht anwendbar sei und sie den gesamten Tag des Fristablaufs habe ausschöpfen dürfen. Hinzu komme, dass die von der Beklagten gewährte Akteneinsicht eine neue Frist gemäß § 47 Absatz 2 Satz 4 EnWG habe zu laufen beginnen lassen. Die von ihr erhobenen Rügen griffen auch durch und würden die Nichtigkeit der Auswahlentscheidung zur Folge haben. Im Übrigen sei der geschlossene Vertrag gemäß § 47 Absatz 6 EnWG i.V.m. § 134 BGB nichtig, weil sich die Beklagte mit den Rügen inhaltlich nur "nachrichtlich" auseinandergesetzt habe.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Leipzig vom 24.08.2019 - 0 5 0 381/21 -, wird festgestellt, dass der Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet ###, den die Beklagte auf Grund ihres Stadtratsbeschlusses vom 07.11.2019 mit der ### AG geschlossen hat, nichtig ist.

Die Beklagte beantragt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags, die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf ihre Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Inhalt der beigezogenen Akte **5 O 452/20 (U 6/20 Kart)** verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Zwar geht der Senat davon aus, dass sein Urteil vom 27.01.2021 im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (**U 6/20 Kart**) einer nochmaligen Entscheidung über denselben Sachverhalt im vorliegenden Hauptsachverfahren nicht entgegensteht (dazu 1.). Die Klägerin hat aber die Frist des § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG versäumt und ist deswegen mit ihren Rügen ausgeschlossen (dazu 2.). Überdies würden ihre Rügen auch nicht in einem Umfang durchgreifen, der ausreicht, um zu einem anderen Auswahlergebnis zu gelangen (dazu 3.).

1. Die Überprüfung der bei der Netzvergabe getroffenen Auswahl ist nicht auf das fristgebunden anhängig zu machende Verfügungsverfahren beschränkt, in dem der Senat bereits über die Rechtzeitigkeit und Richtigkeit der Einwände der Klägerin gegen den Zuschlag entschieden hat.

Zwar wird teilweise angenommen, dass sich die gesetzgeberischen Ziele des § 47 EnWG nur effektiv erreichen ließen, wenn im dort vorgesehenen Verfahren eine abschließende und verbindliche Entscheidung im Rechtsstreit um die Wirksamkeit einer streitigen Vergabeentscheidung getroffen werden kann (KG, Urteil vom 24.09.2020, **2 U 93/19 EnWG**, Rn. 34; Urteil vom 25.10.2018, **2 U 18/18 EnWG**, Rn. 48; Huber in Kment, EnWG, 2. Aufl., § 47 Rn. 30; Dünchheim in Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, 142. AL Juni 2020, § 47 EnWG Rn. 49, 53; Theobald/Schneider in Theobald/Kühling, Energierecht, 106. EL April 2020, § 47 Rn. 53; Meyer-Hetling/Schneider, NZBau, 2020, S. 142, 146; Albrecht/Pöhl in Schneider/Theobald, RdE, 5. Aufl., § 10 Rn. 105 Fn. 182; Dümke, ER 2019, 142, 144 f.).

Nach anderer Ansicht hat die ablehnende Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren wegen einer Netzvergabe keine solche Ausschlusswirkung (Höch, RdE 2017, 157, 164; Kupfer NVwZ 2017, S. 428, 433; Säcker in Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 47 EnWG Rn. 4, 47; vgl. auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.02.2018, **11 W 2/18 Kart**).

Der BGH (Urteil vom 12.10.2021, **EnZR 43/20**, Rn. 27) hat die Frage bisher offengelassen.

Aus Sicht des Senats ist die Beschränkung des Rechtsschutzes auf die Überprüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes de lege ferenda sinnvoll, de lege lata aber nicht gegeben. Aus Wortlaut und Gesetzgebungsgeschichte von § 47 EnWG ergibt sich zweifelsfrei, dass Einwände gegen das Verfahren und das Ergebnis des Auswahlverfahrens in den Fristen des § 47 Abs. 2 und Abs. 5 S. 1 EnWG erhoben werden sollen und im Falle der Versäumung der dort vorgesehenen

Fristen abgeschnitten sind. Dass darüber hinaus auch der rechtzeitig Rügende - abweichend von den allgemeinen Regeln (vgl. BGH a.a.O. Rn. 27) - nur einstweiligen Rechtsschutz erlangen kann, lässt sich indes weder dem Text noch der Begründung von § 47 EnWG (BT-Drs. 18/8184) mit der notwendigen Klarheit entnehmen.

2. Die Berufung ist aber unbegründet, weil die Klägerin mit ihren Rügen nach § 47 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 3 EnWG ausgeschlossen ist.

Nach § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG sind Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 1 EnWG über die beabsichtigte Vergabe an einen Konkurrenten erkennbar sind, innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Erfolgt eine Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG, beginnt die Frist für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat (§ 47 Abs. 2 S. 4 EnWG). Unstreitig ging der Klägerin das Schreiben der Beklagten vom 12.11.2020 (Anlage ASt 10) mit den Informationen nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG am 13.11.2019 zu. Die 30-Tage-Frist des § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG begann daher gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 14.11.2019 zu laufen und endete gemäß § 188 Abs. 1 BGB am 13.12.2020. Die Rügeschrift der Klägerin im Sinne des § 47 Abs. 2 EnWG vom 13.12.2019 (Anlage ASt 13 in **U 6/20 Kart**) ist bei der Beklagten unstreitig am letzten Tag der Frist, also am Freitag, dem 13.12.2019, per E-Mail um 17:03 Uhr eingegangen.

Entgegen der Ansicht der Klägerin hat sie die Frist des § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG damit nicht gewahrt, weil auf die Rüge § 130 BGB anwendbar ist (dazu a)) und die Rügeschrift der Beklagten daher erst am Montag, dem 16.12.2019, zugegangen ist (dazu b)). Es hat auch keine neue Frist gemäß § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG zu laufen begonnen (dazu c)). Die Frist ist nicht schuldlos versäumt (dazu d)). Deswegen ist die Klägerin mit ihren Rügen präkludiert (dazu e)).

a) Auf die Rüge nach § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG ist § 130 BGB anwendbar.

aa) Bei der Rüge handelt es sich zwar um keine Willenserklärung, für die § 130 BGB unmittelbar gilt, denn sie stellt keine Äußerung eines auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens dar. Sie ist jedoch - wie etwa auch die Mahnung, die Fristsetzung, das Abhilfeverlangen gemäß § 651k BGB und die Anmeldung nach § 651o BGB (Ellenberger in Grüneberg, BGB, 82. Aufl., Überbl. v. § 104 Rn. 6) - eine geschäftsähnliche Handlung, weil sie den Ausschluss von Einwänden verhindert (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 11.04.2012, **1/SVK/005-12**, zur Rüge nach § 107 GWB a.F.). Für geschäftsähnliche Handlungen gilt § 130 BGB grundsätzlich entsprechend (ganz h.M., vgl. nur Ellenberger, a. a. O. § 130 Rn. 3, m.w.N.).

Zugegangen ist eine geschäftsähnliche Handlung damit dann, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen (Ellenberger a. a. O. § 130 Rn. 1). Der körperliche Eingang als solcher reicht also nicht aus, sondern es muss noch die im Allgemeinen bestehende Möglichkeit hinzukommen, dass der Empfänger vom Inhalt Kenntnis nehmen kann. Das gilt nach § 130 Abs. 3 BGB auch dann, wenn eine geschäftsähnliche Handlung gegenüber einer Behörde zu erfolgen hat und damit erst recht, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft - wie hier - nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich als Anbieter von Wegerechten tätig wird.

bb) Zu Unrecht verweist die Klägerin auf § 188 BGB und meint, aus diesem ergebe sich, dass Tagesfristen ohne Rücksicht auf § 130 BGB und die Möglichkeit der Kenntnisnahme immer bis Mitternacht des letzten Tages ausgeschöpft werden könnten. Das entspricht einer von ihr in der Berufungsbegründung (S. 9 f.) zitierten, aber vereinzelt gebliebenen Ansicht von Singer/Benedict (in Staudinger, BGB, 2021, § 130 Rn. 76). Die ganz herrschende Meinung unterscheidet demgegenüber von der Frage der Berechnung der Frist nach § 188 BGB die Frage, was innerhalb der Frist zu

geschehen hat, insbesondere der Zugang einer Erklärung oder geschäftsähnlichen Handlung nach § **130** BGB (BAG, Urteil vom 22.08.2019, **2 AZR 111/19**; Ellenberger in Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 188 Rn. 4 m.w.N.; Reppen in Staudinger, BGB, 2019, § 188 Rn. 4; Maier-Reimer/Finkenauer in Erman, BGB, 16. Aufl., § 188 Rn. 4).

cc) Auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach für den Zugang zu den Gerichten und zu den in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Instanzen § **130** BGB nicht anwendbar ist, weil sonst in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise der Zugang zu den Gerichten erschwert werde (vgl. nur Beschluss vom 14.05.1985, **1 BvR 370/84= BVerfGE 69, 381, 385**; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Juni 1989, **VIII ZR 252/88**). Dasselbe nimmt das Bundesverwaltungsgericht auch bereits seit längerem für bei Behörden einzulegende Rechtsmittel gegen Verwaltungsentscheidungen an (vgl. Urteile vom 13.03.1962, **I C 158/60**, und 12.02.1964, **IV C 95.63**).

Die Ausübung der Rügen nach § **47** Abs. 2 EnWG ist nicht bereits Teil des gerichtlichen Rechtsschutzverfahrens. Richtig nehmen das LG Stuttgart (Urteil vom 23.07.2020, 11 O 151/20) sowie das LG Mannheim (Urteil vom 29.01.2020, **14 O 194/19**) zwar an, dass die Mitteilung der Nichtabhilfe durch die Gemeinde nach § **47** Abs. 4 EnWG eine Voraussetzung nicht nur für den Anlauf der Frist zur gerichtlichen Geltendmachung, sondern darüber hinaus für den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz in diesem Verfahrensstadium überhaupt ist. Die Rüge gegenüber der Verfügungsbeklagten nach § **47** Abs. 2 Satz 3 EnWG bewirkt jedoch noch nicht den Zugang zum Gericht oder zu einem gerichtlichen Verfahren. Das gerichtliche Verfahren wird mit eigener Frist in § **47** Abs. 5 EnWG geregelt; nur auf diese Frist findet § **130** BGB nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Anwendung. Die Frist des § **47** Abs. 2 Satz 3 EnWG dient dagegen der Vermeidung unnötiger gerichtlicher Verfahren (Huber in Kment, EnWG, 2. Aufl., § 47 Rn. 2). Die rechtzeitige Rüge ist eine Obliegenheit - keine Rechtspflicht - für den Bewerber im eigenen Interesse zur Abwendung eines "Verschuldens gegen sich selbst" (Huber a.a.O. Rn. 4). Zwar hat die Präklusionswirkung der Frist erhebliche Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten eines später nach § **47** Abs. 5 EnWG eingeleiteten gerichtlichen Überprüfungsverfahrens, da ein Kläger bei einer Präklusion den Nachteil erleidet, mit nicht gerügten Beanstandungen im gerichtlichen Verfahren abgeschnitten zu sein (Huber a.a.O. Rn. 4). Dies ist aber bei anderen Fristen für Willenserklärungen oder geschäftsähnliche Handlungen, für die § **130** BGB gilt, nicht anders. So gilt § **130** BGB auch für die Kündigung eines Mietvertrags (BGH, Urteil vom 05.12.2007, **XII ZR 148/05**) oder eines Arbeitsvertrags (BAG, Urteil vom 22.08.2019, **2 AZR 111/19**), den Festsetzungsantrag nach § 171 Abs. 3 AO (BFH, Urteil vom 20.01.2016, **VI R 14/15**) oder die Annahme eines Angebots zum Vertragsschluss innerhalb einer Frist (OLG Rostock, Urteil vom 24.09.1997, **5 U 23/96**). Ein Grund, weshalb anderes für eine - letztlich auf zivilrechtlichen Vertragsschluss gerichtete - Rügeerklärung in einem Ausschreibungsverfahren über einen Wegenutzungsvertrag gegenüber der angestrebten Vertragspartnerin gelten soll, kann allein aus dem Umstand, dass es sich bei dieser um eine Gemeinde handelt, nicht abgeleitet werden.

dd) Auch für fristgebundene Anträge an eine Verwaltungsbehörde wird die Ansicht vertreten, es komme allein auf den Eingang in den Machtbereich des Empfängers an, weil ein Bürger das Recht habe, Fristen voll - bis 24.00 Uhr des maßgeblichen Tages, auszunützen (Ramsauer in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Auflage, § 31 Rn. 22; Faust in Herdel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, 4. Aufl., § 130 Rn. 15; anders Einsele in Münchner Kommentar zum BGB, 9. Aufl., § 130 Rn 44). Zur Begründung wird insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Fristen in Gerichtsverfahren verwiesen. Teilweise folgt die Rechtsprechung dieser Ansicht (vgl. etwa BayVGh, Urteil vom 13.11.2013, **1 N 11.2263**), teilweise verlangt sie Zugang i.S.d. § **130** BGB (vgl. etwa BayVGh, Beschluss vom 21.02.2022, **6 ZB 21.3041**; VG Frankfurt, Urteil vom 30.10.2019, **5 K 1161/18**. F; SächsLSG, Beschluss vom 19.04.2021, **L 3 AL 26/20 B ER**; BSG, Urteil vom 11.07.2019,

B 14 AS 51/18, wobei allerdings bei einem Antrag nach dem SGB II etwas anderes gelte; BFH, Urteil vom 20.01.2016, **VI R 14/15**). Hier kommt es auf die Frage der Anwendung des § 130 BGB auf Anträge an eine Behörde bzw. den Verwaltungsverfahrensgesetzen unterworfenen Verfahren nicht an, weil ein solcher Fall nicht in Rede steht.

ee) Für die Auffassung des Senats spricht vielmehr auch die Rechtslage in der ähnlich gelagerten Konstellation des § 160 GWB.

Das System der Rügefristen im Konzessionsvergabesystem des § 47 EnWG lehnt sich seit 2017 an § 160 GWB an (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 12.09.2019, **13 U 41/19** (Kart); OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, **2 U 218/18**; Hofmann, jurisPR-VergR 9/2019 Anm. 1; Huber in Kment, EnWG, 2. Aufl., § 47 Fußnote 2), der für allgemeine Vergabeverfahren auch eine gestaffelte Rügepflicht mit Ausschlusswirkungen vorsieht.

Zu § 160 GWB (bzw. § 107 GWB a.F.) wird zur Fristwahrung bei den Rügen gegenüber der Vergabestelle in der Rechtsprechung (OLG Dresden, Beschluss vom 11.09.2006, **W Verg 13/06**; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011, **Verg 81/11**; offen OLG München, Beschluss vom 19.12.2013, **Verg 12/13**; siehe auch 2. Vergabekammer des Bundes, BKartA, Beschluss vom 18.08.2017, **VK 2-82/17**, Vergabekammer Sachsen, Beschluss vom 11.04.2012, **1/SVK/005-12**) sowie in der Literatur (Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 23. Edition, § 160 GWB Rn. 202 f.; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB, Stand: 21.06.2021, Rn. 136 und Rn. 170; Nowak in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 160 GWB Rn. 75 und 81; Dicks in Ziekow/Völlink, GWB, 4. Aufl., § 160 Rn. 47b; Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl., § 41 Rn. 67; a.A.: Dreher in Immenga-Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 160 Rn. 80; Byok in Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn. 111; Hofmann in Müller-Wrede, GWB, § 160 Rn. 53, 66; wohl auch Jaeger in MüKoEuWettbR, 2. Aufl., GWB § 160 Rn. 60) überwiegend die Auffassung vertreten, dass auf den Zugang dieser Rügen § 130 BGB Anwendung finde und mithin der fristgerechte Zugang nur bewirkt ist, wenn die Rüge so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass er unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, von dessen Inhalt noch innerhalb der Frist Kenntnis zu nehmen. Zur Begründung wird insbesondere die Rechtsnatur des Rügeverfahrens als Teil des zivilrechtlichen Vertragsschlussverfahrens angeführt.

b) Bei einer Gemeinde ist bei einem Eingang an einem Freitag um 17:03 Uhr nach § 130 BGB von einem Zugang am Montag auszugehen, da bei der im Rahmen des § 130 BGB gebotenen objektiven Betrachtung jedenfalls nicht zu erwarten ist, dass in der Gemeinde zu dieser Zeit noch eine Kenntnisnahme erfolgt (vgl. VK Sachsen a.a.O.; Ellenberger in Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 130 Rn. 7; OLG Rostock, Urteil vom 24.09.1997, **5 U 23/96**). Dies wird durch die von Klägerin selbst vorgetragene Öffnungszeiten von "Bürgerservice" und "Stadtverwaltung" (vgl. Bl. 136 d.A.) bestätigt.

c) Ein Neubeginn der Frist nach § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG durch eine Akteneinsicht ist nicht erfolgt.

Zwar hat die Verfügungsklägerin Akteneinsicht genommen. Dies hätte aber nur dann einen Neubeginn der Frist zur Folge gehabt, wenn es sich um "eine Akteneinsicht nach Absatz 3" des § 47 EnWG gehandelt hätte. Die Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG setzt indes einen Antrag binnen einer Woche nach Zugang der Information nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG voraus (§ 47 Abs. 3 S. 2 EnWG). Diese Wochenfrist lief gemäß § 188 Abs. 2 BGB am 20.11.2019 ab. Das Akteneinsichtsgesuch hat die Verfügungsklägerin jedoch erst am 22.11.2019 gestellt (Anlage ASt 12 im Vorverfahren **U 6/20 Kart**).

Soweit die Beklagte meint, jede Akteneinsicht - auch die verspätet beantragte - lasse die Frist des § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG zu laufen beginnen, spricht dagegen nicht nur der Wortlaut der Norm ("Akteneinsicht nach Absatz 3"), sondern auch die Gesetzgebungsgeschichte. Zutreffend verweist die

Beklagte unter Vorlage des Referentenentwurfs des BMW eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung mit Stand 02.12.2015 (Anlage B 1) darauf, dass § 47 Abs. 2 S. 4 und Abs. 3 S. 2 EnWG erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt worden sind; dabei hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Frist zur Beantragung der Akteneinsicht auf die Notwendigkeit der Beschleunigung verwiesen (BT-Drs. 18/8184, S. 17). Diesem Zweck steht es entgegen, den Fristlauf ins Belieben von Bewerber und Kommune zu stellen. Im Übrigen geben der Wortlaut des Gesetzes und die Gesetzgebungsgeschichte keine Hinweise darauf, dass die Frist des § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG disponibel sein soll. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die Rügefrist mit der Aktenübersendung gemäß § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG neu auslösen wollte. Soweit die Klägerin auf Rechtsprechung zu den §§ 68 ff VwGO verweist, überzeugt das schon nicht, weil es hier um kein Widerspruchsverfahren geht.

d) Es liegt auch kein Sonderfall einer schuldlosen Fristversäumung vor, in dem eine Wiedereinsetzung für möglich gehalten wird (vgl. Dünchheim in Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, 142. AL, § 47 EnWG Rn. 15, 20).

Das gilt zunächst mit Blick auf die Frist des § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG. Die Rechtsauffassung der Beklagten - und des Senats - war für die Klägerin nicht überraschend, denn sie hätte durchaus erkennen können, dass § 130 BGB Anwendung findet. Der Umstand, dass sich § 47 EnWG an die Regelung des § 160 Abs. 3 GWB anlehnt, liegt auf der Hand. In den Kommentierungen zu § 160 GWB findet sich der Hinweis auf § 130 BGB; selbst in Stellungnahmen, die die Auffassung der Klägerin vertreten, finden sich Hinweise auf die abweichende herrschende Auffassung. Es überspannt daher nicht die Anforderungen an Energiewirtschaftsunternehmen, die regelmäßig über eine eigene Rechtsabteilung verfügen, diese Vorschrift zu beachten.

Auch mit Blick auf die Frist des § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG ist nicht von Schuldlosigkeit auszugehen, denn die Beklagte hat bei Aktenübersendung eindeutig darauf hingewiesen, dass das Akteneinsichtsgesuch nicht rechtzeitig gestellt ist; von einer "Selbstheilung" eines Fristversäumnisses, die die Klägerin annimmt (vgl. Bl. 133 dA), kann daher nicht die Rede sein. Zudem legt der Umstand, dass die Klägerin ihre Rügeschrift am 13.12.2020 - und nicht etwa 30 Tage nach erfolgter Akteneinsicht - per Fax versandt hat, nahe, dass sie selbst erkannt hat, dass keine neue Frist nach § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG angelaufen ist. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin mit Schreiben vom 29.11.2019 (Anlage B 3) die Akteneinsicht verlangt hat, um "noch rechtzeitig vor Ablauf der 30-tägigen Rügefrist die Auswahlentscheidung überprüfen" zu können. Dass sie sich im Vorverfahren **U 6/20 Kart** gar nicht auf § 47 Abs. 2 S. 4 EnWG berufen hat, belegt, dass sie wegen des Nichteingreifens der Vorschrift keine Fehlvorstellungen hatte.

e) Die Verletzung der Rügepflicht bewirkt, dass sich die Klägerin im gerichtlichen Verfahren auf die von ihr nicht rechtzeitig gerügten Rechtsverletzungen nicht berufen kann (OLG Brandenburg, Urteil vom 18.08.2020, **17 U 1/19**; OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, **2 U 218/18**; KG, Urteil vom 24.09.2020, **2 U 93/19** EnWG; Theobald/Schneider in Theobald/Kühling, Energierecht, 106. Erg.L., 2020, § 47 EnWG Rn. 19; Huber in Kment, EnWG, 2. Aufl., § 47 Rn. 4; Wegner in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 47 EnWG Rn. 15). Der Senat hat in seinem Urteil vom 18.09.2019, **U 1/19 Kart**, keine abweichende Auffassung vertreten wollen.

3. Selbst wenn man zu Gunsten der Klägerin unterstellt, dass sie die Frist des § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG gewahrt habe, wäre die von ihr begehrte Feststellung nicht zu treffen, weil ihre Rügen - wie im Urteil des Senats vom 27.01.2021 festgestellt - die Annahme einer fehlerhaften Auswahl nicht rechtfertigen.

Dabei besteht im Ausgangspunkt kein Anlass, eine Rechtsverletzung der Klägerin darin zu erblicken,

dass die Beklagte sich mit ihren Rügen nur "nachrichtlich" - hilfsweise neben dem Hinweis auf die versäumte Frist des § 47 Abs. 2 S 3 EnWG - befasst hat, wie die Klägerin das annimmt.

Für die inhaltliche Bewertung der Rügen gilt das Folgende:

a) 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. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Ziele des § 1 EnWG konkretisieren. 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 17.12.2013, **KZR 66/12**). Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Das Auswahlverfahren muss 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 erfolgen kann, 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 a.a.O.). In materieller Hinsicht ist die Gemeinde verpflichtet, ihre Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, die vorrangig an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG ausgerichtet sind (BGH a.a.O.). Die Auswahlentscheidung muss aber nicht nur vorrangig an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG ausgerichtet sein, die die Gemeinde gegebenenfalls unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse konkretisieren kann. Sie muss auch am Maßstab derjenigen Kriterien erfolgen, die die Gemeinde den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen mitgeteilt hat. Diese Kriterien sind dabei so auszulegen und zu handhaben, wie sie von den an der Konzession interessierten Unternehmen verstanden werden müssen. Nur dann kann die Bekanntgabe der Kriterien die Funktion erfüllen, die Bieter darüber zu unterrichten, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt, und sie damit in die Lage zu versetzen, ihr Angebot bestmöglich an den von der Gemeinde gestellten Anforderungen auszurichten (BGH, Urteil vom 28. Januar 2020, **EnZR 116/18**).

Der Gemeinde steht bei der Bewertung der Angebote ein Bewertungsspielraum zu. Dieser ist gerichtlich nur daraufhin überprüfbar, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten und von keinem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und sich die Wertungsentscheidungen im Rahmen der Gesetze und allgemein gültiger Beurteilungsmaßstäbe halten (Senat, Urteil vom 27.01.2021, **U 6/20 Kart**; OLG Schleswig, Urteil vom 18.05.2020, **16 U 66/19**; OLG Frankfurt, Urteil vom 03.11.2017, **11 U 51/17**; für Vergabeverfahren: BGH, Urteil vom 04.04.2017, **X ZB 3/17**). Die Wertungsentscheidung muss widerspruchsfrei und darf im Vergleich der Angebote untereinander nicht willkürlich sein. Die Bewertung muss ohne Benachteiligung plausibel vergeben werden (OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.03.2019, **6 U 113/18 Kart**). Jenseits der Gebote der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit bestehen keine Vorgaben an die Methode der Angebotsbewertung (Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8184, S. 27).

Hinsichtlich der Tiefe der Prüfung, ob sich die jeweilige Beurteilung im Rahmen allgemeingültiger Beurteilungsmaßstäbe gehalten hat, erfordert die Nachvollziehbarkeit der Auswahlentscheidung, dass der jeweils nachvollziehende Betrachter am Ende aufgrund der Plausibilität der angegebenen Gründe im Wesentlichen zu demselben Ergebnis gelange wie derjenige, dessen Verhalten betrachtet wird. In diesem Sinne nachvollziehbar und plausibel ist die Bewertung, wenn sie nach allgemeinen

Beurteilungsmaßstäben - d.h. Besseres besser, Gleiches gleich und nicht schlechter, Schlechteres schlechter, Minder- oder Mehrbemessungen nur bei bedeutsamen Abweichungen - "inhaltlich billigenswert" bzw. "gut vertretbar" ist. Das Nachschieben von Gründen ist möglich, soweit die wesentlichen und tragenden Gründe für die Auswahlentscheidung im Auswertungsvermerk selbst dokumentiert worden sind und bislang nicht dokumentierte Erwägungen nur ergänzend vorgetragen werden.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens 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**). Dem unterlegenen Bieter obliegt die Darlegungs- und Beweislast, 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 (BGH, Urteil vom 28.01.2020, **EnZR 99/18**; OLG Schleswig a.a.O.; OLG Koblenz, Urteil vom 12.09.2019, U 678/19). Unter Beachtung des Bewertungsspielraums der Gemeinde ist auf den Punktestand abzustellen, den der unterlegene Bieter bestenfalls (nicht ausschließbar) hätte erreichen können. Grundlage dieser Bewertung ist 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 Schleswig a.a.O.).

Die Gemeinde darf grundsätzlich davon ausgehen, dass die tatsächlichen Angaben in den Angeboten zutreffen. Eine Verpflichtung zu weiterer Sachaufklärung trifft sie nur dann, wenn sich aus den Angeboten selbst und naheliegenden Überlegungen Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten in den Angeboten ergeben oder aus fraglichen oder unklaren Angaben in der Auswertung Punktabstände gewonnen werden sollen. Entsprechend führt im Rahmen der gerichtlichen Nachprüfung nicht jedes einfache Bestreiten dazu, dass das Gericht die in den Angeboten angegebene oder vorausgesetzte Tatsachengrundlage zu überprüfen hätten. Es ist Sache des unterlegenen Bieters, Umstände für eine womöglich fehlerhafte Tatsachengrundlage jedenfalls ansatzweise aufzuweisen; insoweit sind allerdings nur geringe Anforderungen zu stellen, dies jedenfalls dann, wenn Umstände aus der Sphäre des Konkurrenten betroffen sind, über die der unterlegene Bieter nichts wissen kann. Dann trifft die Gemeinde die Pflicht zur näheren tatsächlichen Einlassung (zum Vorstehenden insgesamt OLG Schleswig a.a.O.; vgl. auch OLG Brandenburg a.a.O.).

b) Diese Maßstäbe führen zum selben Ergebnis wie im Vorverfahren **U 6/20 Kart**. Die Klägerin hat selbst bei unterstellter - tatsächlich nicht vorliegender - Berücksichtigungsfähigkeit der Rügen aus dem Schreiben vom 13.12.2019 nicht dargelegt, dass bei einer fehlerfreien Neubewertung die gewichteten Werte der Ausgangsbewertung durch die Beklagte (Klägerin: 85,1 Punkte, Streithelferin 93,2 Punkte) sich in einem solchen Umfang verändern, dass sich nicht ausschließen lässt, dass ihr der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

aa) Rüge 1: Kriterium 1.1.3 "Konzept Versorgungssicherheit"

Wie im Urteil vom 27.01.2021 geht der Senat davon aus, dass der Klägerin bei einer Neubewertung 1,8 Punkte (gewichtet) zugeteilt werden könnten.

Sie rügt zu Recht, dass die Beklagte die in diesem Teil des Konzepts fehlende Darstellung ihrer Personalausstattung beanstandet und mit einem Punktabzug belegt hat. Zwar liegt nahe, dass zu einer Darstellung der Versorgungssicherheit auch eine Darstellung des Personals gehört. Ausdrücklich verlangt war dies aber in der Darstellung der Anforderungen mit Stand 2.

Verfahrensbrief (ASt 6 in **U 6/20 Kart**) nicht. Es ist auch objektiv nachvollziehbar, dass die Klägerin hier keine derartigen Angaben gemacht hat, weil die nachfolgende Ziffer 1.1.4 "zügige Störungsbearbeitung" ausdrücklich Ausführungen zu den personellen Ressourcen für eine umfassende Entstörung verlangte, so dass nicht nahe lag, die zwar nicht völlig deckungsgleichen, aber doch ähnlichen Angaben direkt aufeinander folgend zu aufeinanderfolgenden Kriterien im Konzept darstellen zu müssen. Wenn die Beklagte die personelle Ausstattung zusätzlich auch bei 1.1.3 bewerten wollte, hätte es das Transparenzgebot erfordert, dies deutlich zu machen. Da sie dies nicht gemacht hat, hätte sie zumindest die Angaben der Verfügungsklägerin zu Ziffer 1.1.4 bei der Bewertung mit berücksichtigen müssen.

Ferner hat die Beklagte nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Klägerin in den Jahren 2016 und 2017 bessere Werte im System Average Interruption Duration Index (SAIDI) aufweisen konnte als die Mitbewerberin. Die Beklagte gibt zwar an, diesen Umstand berücksichtigt zu haben, sonst hätte die Klägerin noch weniger Punkte erhalten. Vor dem Hintergrund, dass bei der Konzessionsvergabe als Indikator eines zuverlässigen und damit auch sicheren Betriebs auf den SAIDI-Wert zurückzugreifen ist, der die durchschnittliche dem Netzbetreiber zuzurechnende Versorgungsunterbrechung abbildet (Theobald in: Theobald/Kühling, Energierecht, 107. EL 2020, § 46 EnWG Rn. 140; zur Ermittlung des SAIDI-Wertes Herrmann/Stracke/Westermann in Holznagel/Schütz, AnreizregulierungsR, 2. Aufl. 2019, § 20 ARegV Rn. 20; OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, **2 U 218/18**; OLG Frankfurt, Urteil vom 10.12.2019, **11 U 118/19** (Kart); einschränkend aber zur Vergleichbarkeit bei unterschiedlichen Netzgrößen: OLG Koblenz, Urteil vom 12.09.2019, **U 678/19 Kart**), fehlt es aber im Auswahlvermerk an einer Auseinandersetzung damit, weshalb trotz des (viel) schlechteren SAIDI-Wertes der Streithelferin dieser 2 Punkte mehr gegeben werden. Auch das OLG Koblenz geht nur davon aus, dass ein schlechterer SAIDI-Wert durch eine bessere Sachausstattung ausgeglichen werden kann, während hier die Streithelferin trotz schlechteren Wertes von der Beklagten nicht nur mit der Klägerin gleichgesetzt wurde, sondern sogar 2 Punkte mehr erhalten hat. Auch war nach den Ausschreibungsunterlagen zu erwarten, dass dem SAIDI-Werten besondere Bedeutung zukommt. In der Anlage 1 des 2. Verfahrensbriefes heißt es in den Erläuterungen zu 1.1.3 ausschließlich: "Der jeweilige Bewerber legt ein Konzept vor, aus welchem hervorgeht, dass er technisch und wirtschaftlich in der Lage ist, jederzeit eine uneingeschränkte Elektrizitätsversorgung sicherzustellen. In diesem Zusammenhang sind auch die SAIDI-Werte für ungeplante Unterbrechungen getrennt nach Netzgebieten anzugeben. Es steht den Bewerbern frei, Häufigkeit, Dauer und Umfang von Ausfällen zu erläutern."

Aus den vorstehenden Gründen kommt die von der Klägerin verlangte Mehrvergabe von 1,8 Punkten gewichtet (2 Punkte ungewichtet auf volle Punktzahl) in Betracht. Das ist das, was die Klägerin im vorangegangenen (**U 6/20 Kart**, Antrag S. 13) und im vorliegenden Verfahren (Klage S. 5 und Berufungsbegründung S. 14) verlangt hat. Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass sie geltend macht, die Gestaltung und Absicherung der Leitstelle - als Teilaspekt des Kriteriums - sei bei ihr "besser" als bei der Streithelferin. Im Übrigen ist diese Behauptung auch substanzlos und nicht dem angebotenen Sachverständigenbeweis zugänglich.

bb) Rüge 2: Kriterium 1.4.2 "Konzept zur Netzeffizienz"

Die Rüge ist unbegründet.

Aus dem Auswahlvermerk ergibt sich - anders als von Klägerin im Vorverfahren **U 6/20 Kart** moniert - nicht, dass die Beklagte bei der Bewertung nicht berücksichtigt hat, dass die Klägerin auf ihren zentralen Einkauf verwiesen hat. Im Auswahlvermerk ist nur davon die Rede, dass die Streithelferin hier einen Schwerpunkt gesetzt hat; tatsächlich sind ihre Ausführungen im Angebot etwas detaillierter.

Es gibt auch keine Anhaltspunkte darauf, dass die Beklagte Punkte, die - wie der Mehrspartenbetrieb der Klägerin und Netzwerktreffen bei der Streithelferin - in der Tabelle des Auswahlvermerks nebeneinanderstehen, von der Beklagten miteinander gleichgesetzt werden sollten. Auch hat die Beklagte die von der Klägerin reklamierten Synergien durch ihren Mehrspartenbetrieb im Vermerk erwähnt und in die Bewertung einbezogen.

Im Kern erachtet die Beklagte im Auswahlvermerk die Angebote deswegen als im Wesentlichen gleichwertig, weil die Grundaussagen identisch seien und sich im Übrigen die gesetzten unterschiedlichen Akzente aufwiegen würden. Hiergegen bringt die Klägerin nichts Überzeugendes vor. Auch wenn die Ausführungen der Streithelferin zu den Energieeffizienznetzwerken nicht zu berücksichtigen wären, ist nicht erkennbar, dass das Konzept der Klägerin das wesentlich bessere ist. Allein die ausführlichere Darstellung von Synergieeffekten durch Mehrspartenbetrieb durch die Klägerin bringt keinen so wesentlichen Vorteil bei der Kosteneffizienz mit sich, dass dieser Gesichtspunkt eine Besserbewertung des Angebots der Klägerin zu diesem Gesichtspunkt nach sich zöge. Unstreitig hat die Beklagte die Synergieeffekte jedenfalls berücksichtigt. Zudem überschneidet sich dieser Gesichtspunkt mit dem des zentralen Einkaufs; in beiden Fällen geht es darum, dass nicht nur für das ausgeschriebene Netzgebiet eingekauft wird, sondern innerhalb größerer Strukturen. Die Entscheidung der Beklagten bewegt sich innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums.

Insoweit ist auch nicht das von der Klägerin angebotene Sachverständigengutachten einzuholen, dass die von der Nebenintervenientin angebotenen Maßnahmen sich nicht in gleichem Maß auf die Kosteneffizienz auswirken wie die der Klägerin. Dieses Beweisangebot läuft letztlich darauf hinaus, dass ein Sachverständiger die Bewertung durchführt und bestimmt, welches Konzept "besser" ist. Das ließe aber den Beurteilungsspielraum der Beklagten außer acht. Die Klägerin muss darlegen, warum die Bewertung nicht mehr gut vertretbar ist. Nur wenn zur Entscheidung über diese Frage bedeutsame Tatsachengrundlagen im Streit stehen, kann dazu ein Sachverständiger beteiligt werden, nicht aber zur Bewertung selbst.

cc) Rüge 3: Kriterium 1.4.4 "Weiterentwicklung des Netzes zu einem intelligenten Netz"

Die Rüge greift nicht durch.

Im Kern beanstandet die Beklagte an dem Konzept der Klägerin zur Weiterentwicklung des Netzes zu einem intelligenten Netz (ASt 22 in **U 6/20 Kart**), dass es abstrakt gehalten ist und keine konkreten Projekte benennt; das zeigt sich etwa deutlich an den Ausführungen zum Erfahrungs- und Wissensaustausch mit "Forschungspartnern". Bei Vergleich der Ausführungen der Klägerin mit den Ausführungen der Streithelferin in deren Angebot (Seiten 69 bis 78 der ASt 21 in **U 6/20 Kart**) trifft die Einschätzung der Beklagten zu, dass die Angaben der Streithelferin wesentlich konkreter sind als die der Klägerin. Unbeschadet des Umstands, dass es zur Erfüllung des Transparenzgebots nicht erforderlich war, den Angebotstext der Streithelferin zu wiederholen, sondern ausreichte, im Auswahlvermerk darauf abzustellen, dass der eine Anbieter konkrete Angaben gemacht hat, der andere aber nicht, hat die Beklagte deutlich gemacht, dass für ihre Bewertung die Zusage dreier fernsteuerbarer Trafostationen im Konzessionsgebiet und Forschungs- und Entwicklungsinitiativen zu Systemdienstleistungen aus dem Verteilernetz sowie zum netzdienlichen Laden von Elektromobilen von besonderer Bedeutung war.

Zu keinem anderen Ergebnis führen auch die Einwendungen der Klägerin zu dem Umstand, dass ihre Zusage zum Rollout von intelligenten und modernen Messsystemen binnen zwölf Monaten nicht berücksichtigt worden sei. Die Beklagte hat dargelegt, dass ihrer Ansicht nach diese Messsysteme, deren Rollout gesetzlich ohnehin vorgeschrieben sei, keinen gesonderten Beitrag zur Entwicklung eines "Smart Grids" beinhalte und deshalb bei beiden Anbietern übereinstimmend unberücksichtigt geblieben sei. Damit stimmt es überein, dass auch das Konzept der Streithelferin auf Seite 70 unter

der Überschrift "Smart Meter" betont, auf den Rollout der intelligenten Messsysteme optimal vorbereitet zu sein. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, dass der Nichtberücksichtigung dieses Themas in beiden Angeboten ausschlaggebende Bedeutung beikäme.

Schließlich handelt es sich bei der Frage der Konkretheit der Darstellungen der Bewerber und der Vergleichbarkeit ihrer Angebote auch um keine Tatsachen, die dem angebotenen Sachverständigenbeweis zugänglich wären.

dd) Rüge 4: Kriterium 1.5.4 "Konzept Integration EEG-Anlagen"

Der Senat folgt der Rüge nicht.

Zu diesem Thema heißt es im 2. Verfahrensbrief, dass die Beklagte die Vorlage eines Konzeptes erwarte, wie langfristig EEG-Anlagen in das Netz integriert werden sollen, um eine zunehmende Einspeisung von Strom aus EEG-Anlagen zu ermöglichen. In der Bewertung der Beklagten heißt es hierzu, dass beide Angebote erwarten ließen, dass die Bieter über die Erfüllung gesetzlicher Anforderungen hinaus Maßnahmen unternehmen, um die Integration von EEG-Anlagen in das Netz zu verbessern. Insgesamt erfülle das Angebot der Streithelferin die Anforderungen am besten wegen umfassender Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten und der konkreten Planung, im Konzessionsgebiet eine regelbare Ortsnetzstation einzusetzen. Dennoch sei das Angebot der Klägerin im Wesentlichen gleichwertig. Es setze andere Akzente und es sei positiv zu bewerten, dass Anlagenbetreiber im Konzept von der Klägerin umfangreich beraten werden sollen und dass sie sehr kurze Bearbeitungs- und Ausführungsfristen für Netzanschlüsse für Einspeisungen aus EEG-Anlagen zusage. Auch der Einsatz von Technik zur Aufrechterhaltung von Einspeisungen im Fehlerfall sei positiv zu bewerten. Die übrigen Ausführungen der Klägerin beträfen allerdings im Wesentlichen nur die Einhaltung der ohnehin geltenden Gesetze.

Die Beklagte hat damit das Angebot der Klägerin angemessen erfasst und gewürdigt. Dass sie das Angebot der Streithelferin für gleichwertig erachtet, hält sich im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes. Entgegen der Darstellung der Klägerin beschränkt sich die von der Beklagten im Auswahlvermerk hervorgehobene Thematik der regelbaren Ortsnetztransformatoren im Angebot der Streithelferin nicht auf einen einzigen Satz, sondern umfasst auf eine halbe Seite, in der die Vorteile dieser Transformatoren beschrieben und konkret ihr Einsatz im Konzessionsgebiet angekündigt wird (ASt 21 in **U 6/20 Kart**, S. 90 bis 91). Soweit die Klägerin unzureichende Ausführungen im Auswahlvermerk zur Spitzenkappung moniert, hat die Beklagte gut nachvollziehbar darauf verwiesen, dass die Erprobung der Spitzenkappung - auch zunächst außerhalb des Konzessionsgebiets - einen Wert für sie habe, weil sie die Aussicht auf einen Einsatz im Konzessionsgebiet biete. Der weitere Einwand der Klägerin, es fehlten die im Auswertungsvermerk erwähnten Forschungsvorhaben mit Bezug zur EEG-Einbindung im Konzessionsgebiet, greift angesichts des Verweises der Beklagten auf drei konkrete Forschungsprojekte der Streithelferin, die für die Integration von EEG-Anlagen förderlich sind (Anlage ASt 21 in **U 6/20 Kart**, Bl. 92 ff), nicht durch.

Die Einholung eines Gutachtens dazu, welches Konzept das Bessere ist, ist entsprechend der obigen Darstellungen (bb)) nicht veranlasst.

ee) Rüge 5: Kriterium 1.1.4 "Zügige Störungsbeseitigung"

Auch diese Rüge ist unbegründet.

Die Klägerin rügt, dass der Streithelferin gewichtet nur 1,8 Punkte abgezogen worden seien, obwohl die Reaktionszeit der Klägerin mit 45 Minuten gegenüber 90 Minuten bei der Streithelferin in

Mittelspannung und 120 Minuten in Niederspannung wesentlich besser sei, weshalb ein noch größerer Punktabzug habe erfolgen müssen. Hier führt der Bewertungsvermerk der Beklagten aus, dass die Störungsbeseitigungszeit der Klägerin so deutlich besser sei, dass an und für sich eine stärkere Abwertung des Angebots der Streithelferin vorzunehmen sei. Es sei allerdings positiv zu werten, dass die Streithelferin eine deutlich breitete Personalbasis für den Entstörungsdienst bereithalte und dies nicht nur für das größere Netzgebiet, sondern auch für das Konzessionsgebiet gelte. Darin sieht die Klägerin eine unsachgemäße Bevorzugung der großen Regionalversorger gegenüber kleineren Netzbetreibern, weil diese ein größeres Personal hätten.

Das überzeugt nicht. Die Beklagte hat überzeugend dargelegt, dass - wie auch aus dem Auswahlvermerk hervorgeht - nicht das Gesamtpersonal zu der positiven Bewertung der höheren Personaldichte der Streithelferin geführt hat, sondern der Umstand, dass diese "im Konzessionsgebiet und in der näheren Umgebung" 9 Monteure bereithalte (Anlage ASt 21 in **U 6/20 Kart**, S. 18), während die Klägerin nicht nur für das Konzessionsgebiet, sondern für den gesamten "Einsatzbereich West", zu dem das Konzessionsgebiet als Teil gehört, 2 Monteure bereithalte. Soweit die Klägerin dagegen nur noch einwendet, dass die 9 Monteure nicht nur das Konzessionsgebiet, sondern auch die nähere Umgebung abdeckten, gilt das Gleiche nach unbestrittenen Vortrag der Beklagten auch für das eigene Angebot von 2 Monteuren. Das Sachverständigenangebot, dass die größere Personaldecke im kleinen Konzessionsgebiet keine Rolle spiele, läuft auf eine Missachtung des Beurteilungsspielraums hinaus. Das Argument der Beklagten, die Personaldecke spiele bei größeren Störungen durchaus eine Rolle (Bl. 57 in **U 6/20 Kart**), ist nicht von der Hand zu weisen. Ein Sachverständiger könnte nur zu beauftragen sein, wenn die Tatsachengrundlagen zu dieser Frage streitig wären.

Dass das zu bewertende Kriterium nicht die Personalstärke, sondern die "zügige

Durchführung von Störungsbeseitigungen" ist (vgl. OLG Celle, Urteil vom 19.10.2017, **13 U 38/17** (Kart)), hat die Beklagte mit ihrer deutlichen Abwertung des Angebots der Nebenintervenientin in vertretbarer Weise berücksichtigt.

ff) Rüge 6: Kriterium 1.1.5 "Ungefährlichkeit des Netzes"

Zu dieser Rüge hat die Beklagte eingeräumt, dass sie bei einer Neuauswertung der Beanstandung der Klägerin folgend im Hinblick auf eine unterlassene Würdigung des Hochwasserpräventionskonzeptes die von der Klägerin verlangten 0,6 Punkte gewichtet (Klage S. 8, Berufungsbegründung S. 18) mehr zubilligen würde, wenn keine Präklusion vorläge.

gg) Rüge 7: Kriterium 1.1.6 "Investitionsstrategie"

Die Rüge ist unbegründet.

Ihre Begründetheit ergibt sich nicht daraus, dass die von der Klägerin für Investitionen angekündigte Gesamtsumme höher als diejenige der Streithelferin ist. Der Auswahlvermerk (ASt 7 in **U 6/20 Kart**, S. 21 ff.) geht davon aus, dass der Umstand, dass die Streithelferin eine geringere Investitionssumme und diese auch nur für die ersten 10 Jahre des Vertrages ankündigt, nicht nachteilig gegenüber der höheren für die gesamte Laufzeit zugesagten Investitionssumme der Klägerin sei, weil sich aus den von der Streithelferin angegebenen konkreten Maßnahmen ergebe, dass - wegen geringerer Preise - diese mit einer kleineren Investitionssumme mehr Investitionsmaßnahmen durchführen könne als die Klägerin. Zutreffend nimmt die Beklagte an, dass es für die Kunden finanziell günstiger ist, wenn mehr Investitionen mit geringerem Investitionsaufwand betrieben werden können, da dies annehmbar zu geringeren Stromkosten für die Endkunden führt. Auch ist das Kriterium nach dem Kriterienkatalog auf die Erhöhung der Versorgungssicherheit gerichtet, so dass der geplante Verwendungszweck bei

der Bewertung wichtiger ist als die reine Investitionssumme.

Soweit die Klägerin geltend macht, dass der Auswertungsvermerk den Umfang ihrer geplanten Maßnahmen unzureichend erfasst habe, kann dem nicht gefolgt werden. Sie hat in ihrem Angebot zum Niederspannungsnetz (Anlage BB 4, GA 362 in **U 6/20 Kart**) angegeben, 120.000,00 Euro pro Jahr zuzusagen, einen Investitionsbedarf für Niederspannungskabel von 100.000,00 Euro pro Jahr zu sehen und pro Jahr 1,2 Kilometer Niederspannungskabel ersetzen zu wollen. Das dürfte die Beklagten so verstehen, dass die Klägerin für 120.000,00 Euro 1,2 km Niederspannungskabel jährlich ersetzen wolle, wobei unklar blieb, wieso der eingesetzte Betrag höher ist als der benötigte. Jedenfalls erschließt sich nicht, dass die Klägerin mit diesen Angaben - wie sie im Verfahren **U 6/20 Kart** (S. 347) zuletzt behauptet hat - zum Ausdruck bringen wollte, für 120.000,00 Euro 1,5 km Leitung ersetzen zu wollen.

Auch die weiteren Rügen der Klägerin zu diesem Kriterium lassen keinen Bewertungsfehler erkennen. Die Klägerin hat im einstweiligen Rechtsschutz zunächst auch gerügt (S. 26 der Antragsschrift), dass sie nur unzureichend über das bestehende Netz unterrichtet worden sei und ihr Angebot deshalb nicht so konkret wie dasjenige der Streithelferin habe ausfallen können. Zudem dürfe generell die stets bessere Kenntnis der bisherigen Konzessionärin - hier der Streithelferin - vom bestehenden Netz nicht dazu führen, dass deren Angebote automatisch besser bewertet würden; Mitbewerber dürften hieraus keine Nachteile erleiden. Darauf hat die Beklagte die Ansicht vertreten (Antragserwiderung, S. 58 in **U 6/20 Kart**), dass die Klägerin mit dem ersten Einwand präkludiert sei, denn unzureichende Informationen über das bestehende Netz seien nach §§ 47 Abs. 2 Satz 1, 46 Abs. 3, 46a EnWG zu rügen gewesen, also nach der Bekanntgabe der Daten in der allgemeinen Ausschreibung. Damals habe die Klägerin keine Rüge erhoben. Hinzu komme, dass die Klägerin zwar in der Rüge zu den Auswahlkriterien vom 28.01.2019 (ASt 5 in **U 6/20 Kart**) die mangelnde Datenlage (verfristet) beanstandet habe. Dem habe die Beklagte aber Rechnung getragen, indem sie der Streithelferin aufgegeben habe, die verlangten Daten an die Klägerin zu übermitteln. Eine Datenübermittlung sei dann auch erfolgt. Die Klägerin habe aber in der Folge nicht beanstandet, dass diese unvollständig waren. Im Übrigen liege es unvermeidbar in der Natur der Sache, dass der Altkonzessionär einen besseren Überblick über das bestehende Netz habe; dies könne nicht mit einem Punktabzug bestraft werden, es sei der gleiche Maßstab an alle Angebote anzulegen. Hierauf hat die Klägerin klargestellt, die Qualität der übersandten Daten nicht beanstanden zu wollen, sondern nur den Umstand, dass ein unterschiedlicher Kenntnisstand als Ausgangslage nicht in die Bewertung eingeflossen sei (S. 83 in **U 6/20 Kart**). Mit diesem Vorbringen kann sie keinen Bewertungsfehler geltend machen. Wenn sie die Qualität der übermittelten Daten nicht angreift, läuft ihre Rüge darauf hinaus, dass sie einen generellen Punktabzug beim Altkonzessionär verlangt, um dessen Vorteile wegen genauerer Detailkenntnis auszugleichen. Dies jedoch wäre gegenüber dem Altkonzessionär diskriminierend. Vielmehr eröffnet das Verfahren über die Offenlegungspflicht des Altkonzessionärs nach § 46a EnWG und das daran anknüpfende Rügerecht bei fehlenden Angaben umfassende Auskunftsmöglichkeiten für außenstehende Bewerber. Dann fehlt es aber an einer Grundlage, ein konkretes Angebot des Altkonzessionärs allein wegen dessen besseren Detailkenntnissen abzuwerten.

Soweit die Klägerin die Einholung eines Gutachtens dazu verlangt, welches Konzept das Bessere ist, wird auf die Ausführungen unter bb) verwiesen.

hh) Rüge 8: Kriterium 1.1.7 "Berichtspflicht"

Die Rüge ist begründet. Das Angebot hätte - wie von der Klägerin verlangt (Schriftsatz vom 23.06.2021, S. 9, Berufungsbegründung S. 19) - um gewichtete 0,2 Punkte besser bewertet werden müssen.

Zum einen beanstandet die Klägerin zu Recht, dass im Auswahlvermerk festgehalten wurde, dass der von ihr angebotene Bericht über die Qualifikationsmaßnahmen der Mitarbeiter an der Netzbezogenheit fehle. Dies hat die Beklagte in der Rügebeantwortung zwar dahin korrigiert, dass sie nunmehr eine Netzbezogenheit bejaht, aber meint, hiernach nicht gefragt zu haben. Es wäre jedoch von der Beklagten positiv in die Bewertung mit einzubeziehen gewesen, dass die Klägerin ankündigt, in ihrem jährlichen Bericht auch über Qualifikationsmaßnahmen ihrer Mitarbeiter zu berichten.

Hinzu kommt, dass die Beklagte die von der Klägerin angebotene Konkretisierung zum Inhalt ihrer vertraglich verankerten Berichtspflicht für künftige Neubau- und Instandhaltungsmaßnahmen nicht als belanglos darstellen durfte. Soweit die Beklagte meint, dass dasjenige, was die Klägerin darstelle, ohnehin vertraglich geschuldet war, ergibt sich dies nicht eindeutig aus dem Vertragstext. Die Beklagte hätte positiv bewerten müssen, wenn im Angebot im Rahmen einer Selbstbindung der Inhalt konkretisiert wird (vgl. hier ASt 25 im Verfahren **U 6/20 Kart**, § 3 einerseits und ASt 19 im Verfahren **U 6/20 Kart**, S. 35 andererseits). Soweit sie weiterhin einwendet, dass sich eine Berücksichtigung nicht auswirke, weil die Streithelferin die gleiche Konkretisierung zu ihren Berichten zum 01.07. angeboten habe, ergibt sich dies - worauf die Klägerin hingewiesen hat - aus dem ungeschwärzten Teil der Anlage ASt 21 im Verfahren **U 6/20 Kart** (dort S. 34) nicht.

ii) Rüge 9: Kriterium 1.2.1 "Netzentgelte"

Die Rüge ist unbegründet. Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte das Angebot der Klägerin zu Recht deshalb schlechter bewertet (ASt 7 in **U 6/20 Kart**, S. 25 f.) hat, weil die prognostizierten Entgelte bis zum Jahr 2029 bei der Streithelferin niedriger waren. Die Klägerin hält die Prognosen der Nebenintervenientin für unplausibel. Zudem rügt sie, dass bei der Prognose der Nebenintervenientin nicht beeinflussbare Rahmenbedingungen eine Rolle spielten; entweder hätte auch ihr Angebot mit den gleichen prognostizierten Rahmenbedingungen gewichtet werden müssen oder aber dies hätte bei der Streithelferin außer Betracht bleiben müssen. Schließlich liege eine unzulässige Doppelbewertung mit Blick auf Ziffer 1.4.2 vor.

Wie der Senat im Urteil vom 27.01.2021 (**U 6/20 Kart**) ausgeführt hat, hat die Klägerin bereits die Grundlagen für die prognostischen Angaben bis zum Jahr 2029 nicht näher beschrieben. Soweit nach den "Maßgaben in einem Anhang" zu verfahren war (ASt 3 in **U 6/20 Kart**, Tabelle, dort Ziffer 1.2.1), ist dieser Anhang nicht vorgelegt.

Im Übrigen ist, worauf die Beklagte bereits im einstweiligen Rechtsschutz hingewiesen hat, das bloße Bestreiten der Plausibilität der von einem anderen Bieter prognostizierten Netzentgelte bzw. der Vorwurf an die Gemeinde, diese habe die Plausibilität nicht überprüft, nicht ausreichend, wenn der Konkurrent - wie die Nebenintervenientin - seine Annahmen zum Regulierungsregime und zu den kostensenkenden Aspekten erläutert hat (Anlage ASt 21 in **U 6/20 Kart**, S. 38). Die Klägerin gibt auch keine Anhaltspunkte für eine fehlende Plausibilität an. Der Beklagten war es auch nicht möglich, korrigierend in die Prognose der Klägerin einzugreifen, wenn diese Kostenpositionen nicht berücksichtigt hat. Die Beklagte hat zudem im Vorverfahren **U 6/20 Kart** unbestritten vorgetragen, dass bereits nach dem Kriterienkatalog vorgesehen war, dass die prognostizierten Netzentgelte in voller Höhe - einschließlich der Übertragungsnetzentgelte - anzugeben waren. Dies hätte die Klägerin ggfs. rechtzeitig rügen müssen; auf der Ebene der Auswahlentscheidung war sie mit diesem Einwand präkludiert.

Es liegt auch keine Doppelbewertung mit Kriterium 1.4.2 vor, denn bei diesem Kriterium wird das Bemühen um effiziente Kosten und beim Punkt 1.2.1 das um niedrigere Preise bewertet.

jj) Rüge 10: Kriterium 1.3.3 "Zügige Bearbeitung Kundenanfragen"

Mit dieser Rüge ist die Klägerin präkludiert. Sie verweist auf ihre Antragschrift im einstweiligen Rechtsschutz, wo sie insoweit (nur) gerügt hat, dass die Beklagte bei der Auswertung ihr Angebot zur Erreichbarkeit der zentralen Störrufnummer rund um die Uhr und zum Zählereinbau innerhalb von drei Arbeitstagen nach Inbetriebsetzungsanzeige unberücksichtigt gelassen habe und dass unklar sei, ob die Beklagte das Angebot der Bearbeitung von Leistungsauskünften rund um die Uhr berücksichtigt habe.

Die Klägerin hat zwar in ihrem Rügeschreiben unter Ziffer 10 (S. 13 der Anlage ASt 13 in **U 6/20 Kart**) die Auswertung zu Kriterium 1.3.3 gerügt. Sie hat dort jedoch andere Kritik geübt als nunmehr im Rechtsstreit (Bearbeitungszeit von Anliegen, die [keine] Beschwerden oder sonstige Kundenanfragen sind). Soweit die Klägerin meint, sie habe im Gerichtsverfahren den eingangs der Rüge im Rügeschreiben enthaltenen Satz "Die angebotenen Konzeptinhalte wurden nicht vollumfänglich und zudem falsch berücksichtigt." konkretisiert, steht dies dem nicht entgegen: Da die Präklusionsregelung das Konzessionierungsverfahren durch Abschichtung von Streitpunkten straffen und beschleunigen soll, wobei primär die Gemeinde in die Lage versetzt wird, auf begründete Beanstandungen durch entsprechende Änderungen zu reagieren, liegt eine wirksame Rüge nach § **47 Abs. 1 EnWG** nur vor, wenn der Rügende eine von ihm als rechtswidrig angesehene Verfahrensweise als einen konkreten objektiven Rechtsverstoß beschreibt und begründet. Nicht ausreichend ist es, allgemeine Bedenken gegen eine Verfahrenshandlung zu formulieren oder Nachfragen zu stellen. Nur wenn der Rechtsverstoß so konkret beschrieben wird, dass die Gemeinde erkennen kann, dass und wodurch eine Abhilfe nach dem Petitum des Rügenden möglich ist, liegt eine wirksame Rüge unabhängig davon vor, ob sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Begründungselemente bereits in der textförmlichen Rüge vorgebracht sind (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, **6 U 109/18**, Rn. 140). Diese Anforderungen sind hier nicht erfüllt, zumal der allgemeine Satz den Eindruck erweckt, auf die nachfolgenden Einwände, die nicht mehr weiterverfolgt werden, bezogen zu sein.

kk) Rüge 11: Kriterium 1.3.4 "Informationsangebote für Netzkunden"

Die Rüge greift nicht durch.

Die Klägerin ist mit dieser Rüge präkludiert, soweit sie im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und auch im vorliegenden Verfahren geltend gemacht hat, dass die Beklagte nicht bewertet habe, dass sie geschulte Installateure einsetze, um Netzkunden zu informieren. Dieser Gesichtspunkt ist in der Rügeschrift nicht enthalten (vgl. ASt 13 in **U 6/20 Kart**, S. 13 f.). Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass allein der Umstand, dass die Klägerin im Zusammenhang mit anderen Rügen auf Seite 40 ihres Angebots Bezug genommen habe, nicht ausreiche. Im Übrigen wäre die Rüge auch in der Sache nicht begründet: Im Auswahlvermerk ist davon die Rede, dass die von der Klägerin geschulten Installateure "als Multiplikatoren" wirkten; darin steckt gerade die Feststellung, dass sie andere - namentlich Netzkunden - informieren. Im Übrigen hat die Beklagte in der Berufungsbegründung im einstweiligen Rechtsschutz durch Zitate aus dem Angebot der Streithelferin (ASt 21 in **U 6/20 Kart**, S. 52) glaubhaft gemacht, dass sich die beiden Angebote in diesem Gesichtspunkt auch gar nicht unterscheiden.

Soweit die Klägerin darüber hinaus rügt, sie habe - von der Beklagten unbeachtet - ihre Serviceleistungen bei Störungen oder Baumaßnahmen unter 1.3.3 dargestellt, steht dem entgegen, dass die Gemeinde nicht gehalten ist, Ausführungen zu anderen Kriterien durchzusehen (OLG Koblenz, Urteil vom 12.09.2019, **U 678/19 Kart**, Rn. 16 ff). Hinzu kommt, dass auch bei Berücksichtigung dieses Punkts die Beklagte maßgeblich auch auf die Social-Media-Auftritte der Nebenintervenientin abgehoben hat und dieser Vorzug bleibt. Selbst wenn man der Klägerin aber 0,1 Punkte mehr zubilligen wollte, wie die Beklagte dies im Vorverfahren **U 6/20 Kart** nicht ausgeschlossen hat, ergäbe sich kein anderes Ergebnis (vgl. nachfolgend c)).

II) Rüge 12: Kriterium 1.4.1 "Effiziente Ressourcennutzung"

Die Rüge ist unbegründet.

Teilweise ist die Klägerin mit dieser Rüge präkludiert. Dies betrifft die Beanstandung der Nichtberücksichtigung des Einsatzes von Kompaktrafostationen, zur prophylaktischen Verlegung von Leerrohren zur Entwicklung von nicht genutzten Flächen bzw. Brachflächen zur mittel- und langfristigen Investitionsplanung, zur internetbasierten Plattform und Leitungsauskunft, zur frühzeitigen Bekanntgabe der Leitungsbaumaßnahmen des Folgejahrs und zur Unterstützung bei der Erstellung eines Masterplans für die Errichtung eines Leerrohrnetzes. Diese Gesichtspunkte sind aus der Rüge auf Seite 14 ff. in der Rügeschrift (ASt 13 in **U 6/20 Kart**) nicht ersichtlich; insbesondere genügt der allgemeine Hinweis auf eine "nicht vollumfängliche und zudem falsche Berücksichtigung" der Konzeptinhalte schon angesichts der nachfolgenden Konkretisierungen auf bestimmte (andere) Aspekte nicht.

Nicht präkludiert ist die Klägerin allerdings, soweit sie ihre Rüge unter Berücksichtigung eines Energiemanagementsystems der Streithelferin ebenso weiterverfolgt wie den Vorwurf, das Assetmanagementzertifizierungssystem der Streithelferin sei doppelt - nämlich hier und beim Kriterium 1.4.2 - gewertet worden. Diese Rügen sind bereits in der Rügeschrift enthalten.

Soweit allerdings die Klägerin meint, die Beklagte habe nicht berücksichtigen dürfen, dass die Streithelferin den geplanten Einsatz moderner Informationssysteme und das Energiemanagementsystem dargestellt habe, weil dies nur stichpunktartig geschehen und im Übrigen auf Anlagen verwiesen worden sei, die nach dem eigenen Auswertungsvermerk der Beklagten wegen Zeichenüberschreitung nicht berücksichtigt wurden, ist die Rüge nicht begründet. Auch ohne Berücksichtigung der Anlagen geht die Darstellung der Streithelferin über reine Stichworte hinaus (vgl. Seite 54 f. der Anlage ASt 21 in **U 6/20 Kart**). Die Darstellung ist knapp, aber aus sich heraus verständlich, so dass sie berücksichtigungsfähig war.

Auch liegt keine unzulässige Doppelwertung hinsichtlich der Assetmanagementzertifizierung vor, nur weil diese Zertifizierung beim Kriterium 1.4.2 zur Verbesserung der effizienten Ressourcennutzung und für die Steigerung der Netzeffizienz dargestellt wird, da es sich um unterschiedliche Aspekte handelt.

mm) Rüge 13: Kriterium 1.4.5 "Berichtspflichten"

Die Rüge ist unbegründet. Die Klägerin hält es für fehlerhaft, dass die Beklagte einerseits das - überobligatorische - Angebot der Streithelferin für ein Jahresgespräch zur Überwachung der Einhaltung der vertraglichen Pflichten erwähnt, andererseits aber dem - gleichfalls überobligatorischen - Angebot der Klägerin zu einem Bericht zum 01.07. für geplante Maßnahmen zur Minimierung von Verlustenergie und zur Entwicklung des Smart Meter Rollouts in Sachen Smart Grid keinen Mehrwert beimisst.

Die Bewertung der Beklagten hält sich im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums. Sie hat beiden Konzepten jeweils die volle Punktzahl zugewiesen, weil diese - was letztlich unstreitig ist - die ausdrücklich verlangten Berichte anbieten. Es beinhaltet auch noch keine Diskriminierung oder Willkür, wenn sie die überobligatorischen Angebote beider Bieter erwähnt und einem keinen Mehrwert beimisst, weil es ihr in diesem Punkt auf das Erreichte ankommt und nicht auf Berichte über Planungen.

Es ist schließlich auch nicht erkennbar, wie und anhand welcher Kriterien ein Sachverständiger

überprüfen sollte, ob die von der Klägerin angebotenen Informationen einen "Mehrwert" für die Beklagte haben. Das weitere Angebot, ein Sachverständiger solle die Falschbewertung feststellen, geht erst recht ins Leere.

nn) Rüge 14: Kriterium 1.5.1 "Umweltverträglicher Netzbetrieb"

Zu Recht verlangt die Klägerin einen Abzug bei der Bewertung des Angebots der Streithelferin, da mehrere Angebotsdetails der Klägerin nicht berücksichtigt worden sind. Dies wird von der Beklagten hinsichtlich eines Teils der Beanstandungen eingeräumt, so dass - wenn nicht insgesamt von einer Präklusion der Rügen auszugehen sei - die Bewertung des Angebots der Streithelferin ungewichtet um 1 oder gewichtet um 0,3 Punkte zu verringern sei. Dem ist der Senat im Urteil vom 27.01.2021 (**U 6/20 Kart**) gefolgt.

Da die Klägerin in der Berufungserwiderung im Verfahren **U 6/20 Kart** (dort S. 14) und im vorliegenden Verfahren keinen anderen Punktabzug geltend gemacht, sondern sich vielmehr die Auffassung des Senats zu eigen gemacht hat (Schriftsatz vom 23.06.2021, S. 4; Berufungsbegründung S. 14), verbleibt es bei dem Punktabzug von 0,3 Punkten.

oo) Rügen 15 bis 17: Kriterien 1.5.2, 1.5.3, 1.5.4

Die Rügen haben - wie im Urteil des Senats vom 27.01.2021 (**U 6/20 Kart**) ausgeführt - Erfolg, weil die Beklagte im Nichtabhilfeschreiben bestätigt hat, dass die Klägerin im Nachgang zur Rüge vom 23.12.2019 eine word-Datei übermittelt hat, die die von der Klägerin angegebene Zeichenzahl ausweist und textlich mit dem pdf-Dokument übereinstimmt (ASt 15 in **U 6/20 Kart**, S. 20 f.). Da mithin im Rüge-/Nichtabhilfeverfahren ermittelt worden ist, dass sich der von der Klägerin eingereichte Text mit weniger als 150.000 Zeichen in einem word-Dokument unterbringen lässt, hätte die Beklagte der Rüge der Klägerin abhelfen müssen.

Daher hätten die Klägerin - wie im Auswahlvermerk nachrichtlich ausgeführt - bei einer Neubewertung 4,7 Punkte mehr und die Streithelferin 0,2 Punkte weniger erhalten können. Etwas anderes hat auch die Klägerin im vorliegenden Verfahren nicht verlangt, sondern sich vielmehr auf ihre Ausführungen im vorangegangenen Verfahren (**U 6/20 Kart**) bezogen, wo sie dieselben Punktveränderungen angesetzt hat (dort Antrag, S. 36 f.).

c) Damit ergäbe sich für die Klägerin - wenn sie nicht ohnehin mit ihren Rügen präkludiert wäre - eine Punktzahl von 92,4 (85,1 Punkte + 1,8 Punkte bei Rüge 1+ 0,6 Punkte bei Rüge 6+ 0,2 Punkte bei Rüge 8+ 4,7 Punkte bei Rügen 15 bis 17) und für die Streithelferin eine Punktzahl von 92,7 (93,2 Punkte - 0,3 Punkte bei Rüge 14 - 0,2 Punkte bei Rüge 16). Die Bewertungsfehler sind daher für die Auswahlentscheidung nicht ursächlich.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ **97, 101** Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ **708** Nr. 10, **711, 709** ZPO.

Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Senat hinsichtlich der unter II.1. und 2. erörterten Fragen von Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte abweicht oder diese Fragen grundsätzliche Bedeutung haben. Die Zurückweisung der Berufung erfolgt jedenfalls aus dem selbständig tragenden Grund, dass die Rügen der Klägerin die Annahme einer fehlerhaften Auswahl nicht begründen (II.3.). Insoweit setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu Entscheidungen des Bundesgerichtshofs oder anderer Oberlandesgerichte; ausschlaggebend sind

Gesichtspunkte des vorliegenden Einzelfalls.