

Gericht:	OLG Karlsruhe Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	27.04.2022
Aktenzeichen:	6 U 318/21 Kart
ECLI:	ECLI:DE:OLGKARL:2022:0427.6U318.21KART.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 1 Abs 1 EnWG, § 46 Abs 4 S 4 EnWG, § 47 EnWG
Zitiervorschlag:	OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart –, juris

Leitsatz

1. Werden Ausschreibungsunterlagen in ihren Bedingungen durch weitere Ausschreibungsunterlagen ergänzt und/oder modifiziert, so liegt darin nur dann eine zur Abhilfe (und gegebenenfalls Auslösung einer erneuten Rügefrist) geeignete Änderung der mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung, wenn diese Änderung dem Bieter durch verbindliche und klare Formulierungen vor Augen geführt wird. Daran fehlt es, wenn die Gemeinde sich gerade weigert, die Kriterien zu ändern, und lediglich ihr Verständnis bzw. ihre Bewertung als Teil der Begründung einer Nichtabhilfeentscheidung mitteilt.
2. Die Zuschlagskriterien der Gemeinde müssen insbesondere objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar sein und einen Bezug zum Netzbetrieb haben bzw. die netzwirtschaftlichen Anforderungen wahren, wobei namentlich die Gewichtung der Zuschlagskriterien sachgerecht an den Zielen des § 1 EnWG orientiert sein muss. Der Ausgestaltungsspielraum der Gemeinde findet eine Grenze – auch – dort, wo die Auswahlkriterien und deren Gewichtung die objektiven Anforderungen an den Netzbetrieb mit Rücksicht auf die gebotene Ausrichtung an Kriterien, die das Ziel des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren, ersichtlich unzureichend abbilden (Festhaltung und Klarstellung zu Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137).
3. Auch bei zu erwartender Bieterbeteiligung der Gemeinde gilt der Grundsatz, dass in der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung das Offenlassen der Bewertungsmaßstäbe insoweit unzulässig ist, wenn diese so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, auf deren Grundlage das beste Angebot ermittelt wird, und sie in Folge dessen auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotsbewertung nicht mehr effektiv geschützt sind (Festhaltung Senat, Urteil vom 3. April 2017 - 6 U 153/16 Rn. 129 und Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 344).
4. Der Senat hält auf der Grundlage der seit dem 3. Februar 2017 geltenden Regelungen in §§ 46, 47 EnWG nicht daran fest, dass in der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG im Fall einer relativen Bewertungsmethode in Ansehung einer Beteiligung der Gemeinde als Bieterin schlechthin vermieden werden müsste, an bloße unbestimmte Wertungen anzuknüpfen, ohne die beabsichtigte Bewertungsmethode weiter offenzulegen. Vielmehr kann jedenfalls bei einem Konzeptwettbewerb die Ankündigung einer (relativen) Bewertungsmethode genügen, die bei der späteren Auswahlentscheidung eine objektiv nachvollziehbare Bewertung ermöglicht, auch wenn diese nicht aufgrund genauer Festlegung der Bewertungsmethode an vorab festgelegte Zielerreichungsgrade anknüpfen

kann, sondern qualitative Wertungen erfordern wird, die erst auf der Grundlage des Kreises der eingegangenen Gebote zu treffen sind. Ob und wenn ja welchen Detailgrad hingegen die Darstellung der einzelnen Auswahlkriterien haben muss, um die Bieter je nach etwaigen Besonderheiten des jeweiligen Kriteriums vor der vermeidbaren Gefahr späterer Manipulationen bei der Auswertung der Angebote zu schützen, bleibt offen.

Verfahrensgang

vorgehend LG Mannheim, 20. Oktober 2021, 14 O 129/21 Kart

Diese Entscheidung wird zitiert

Praxisreporte

Heiko Hofmann, Lena Güldenstein, jurisPR-VergR 8/2022 Anm. 4 (Anmerkung)

Literaturnachweise

Heiko Hofmann, Lena Güldenstein, jurisPR-VergR 8/2022 Anm. 4 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Festhaltung OLG Karlsruhe Kartellsenat, 27. Januar 2021, 6 U 95/20 Kart

Festhaltung OLG Karlsruhe Kartellsenat, 28. August 2019, 6 U 109/18 Kart

Festhaltung OLG Karlsruhe Kartellsenat, 3. April 2017, 6 U 153/16 Kart

Tenor

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin und die Anschlussberufung der Verfügungsbe-
klagten gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 20. Oktober 2021, Az. 14 O
129/21 Kart, werden zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Anschlussberufung
werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe

A.

- 1 Die verfügungsbeklagte Stadt (fortan: Beklagte) führt ein Verfahren zur Neuvergabe der
Wegenutzungsrechte für die Stromversorgung im Sinn von § 46 Abs. 2 EnWG (Strom-
konzession) in fünf ihrer Ortsteile (...) durch, an dem sich die Verfügungsklägerin (fort-
an: Klägerin) beteiligt. Im vorliegenden Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG wendet sich
die Klägerin gegen einzelne im „1. Verfahrensbrief“ mitgeteilte Auswahlkriterien und die
zugrundeliegende Bewertungsmethodik. Sie verfolgt mit ihrem Antrag auf Erlass einer
einstweiligen Verfügung das Ziel, der Beklagten zu untersagen, das Verfahren zur Ver-
gabe der Stromkonzession fortzusetzen, ohne zuvor mehreren der vorgerichtlich erhobe-
nen Rügen der Klägerin abgeholfen, hilfsweise über deren Abhilfe unter Beachtung der
Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden zu haben.
- 2 Die Stadtwerke B GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Beklagte ist, ist bereits als
Verteilnetzbetreiber in anderen Teilen des Stadtgebiets der Beklagten tätig. Nach unwi-
dersprochenem Vortrag der Klägerin ist damit zu rechnen, dass die Stadtwerke B GmbH
auch als Bewerberin am hier gegenständlichen Auswahlverfahren teilnimmt.

- 3 Die Beklagte teilte mit dem 1. Verfahrensbrief vom 17. Mai 2021 (Anlage AS 3) Auswahlkriterien (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, Anlage AS 4) sowie einen Musterkonzessionsvertrag (Anlage 2 zum 1. Verfahrensbrief, Anlage AS 5) mit und forderte zur Abgabe indikativer Angebote auf. Mit Schreiben vom 2. Juni 2021 (Anlage AS 6) beanstandete die Klägerin die Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens und rügte Verstöße gegen den Grundsatz eines diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens. Die Beklagte half den Rügen mit Schreiben vom 16. Juli 2021 (Anlage AS 9), der Klägerin am 19. Juli 2021 auf dem Postweg zugegangen, nur teilweise ab, wobei sie die Nichtabhilfe im Übrigen in der Anlage 1 zu diesem Schreiben (Anlage AS 10) begründete. Die Klägerin reichte den vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung am 3. August 2021 beim Landgericht ein.
- 4 Die Klägerin hat geltend gemacht, die Auswahlkriterien des 1. Verfahrensbriefs würden den Grundsätzen eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach den Vorgaben in §§ 46 ff EnWG, § 19 GWB nicht vollumfassend gerecht. Aus der begründeten Annahme, dass sich eine Eigengesellschaft der Beklagten an dem Konzessionierungsverfahren beteilige, folgten gesteigerte Anforderungen an die Transparenz und Diskriminierungsfreiheit der vorab mitzuteilenden Auswahlkriterien und Bewertungsmaßstäbe zum Schutz der übrigen Bieter, die hier nicht gewahrt seien.
- 5 Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt,
- 6 1. der Beklagten zu untersagen, das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 26. Januar 2021 eingeleitete Verfahren zur Vergabe der Konzession für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in den Ortsteilen [...] im Stadtgebiet [...] auf Grundlage des 1. Verfahrensbriefs vom 17. Mai 2021 (Anlage AS 3) fortzusetzen, ohne zuvor den nachfolgend im Einzelnen wiedergegebenen (unter Beibehaltung der Antragszählung in der Formulierung dieses Antrags) vier Rügen der Antragstellerin in Bezug auf die Verfahrensunterlagen der Antragsgegnerin vom 17. Mai 2021 (insbesondere den 1. Verfahrensbrief vom 17. Mai 2021) abgeholfen
- 7 - hilfsweise über die Abhilfe unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden -
- 8 zu haben:
- 9 a) **Rüge 1.2** [...];
- 10 b) **Rüge 1.7** [...];
- 11 c) **Rüge 1.8** (Antragsschrift, Rn. 52 bis 73) betreffend die Ausgestaltung des Kriteriums C.II.3.3 (Serviceangebot vor Ort);
- 12 d) **Rüge 1.16** (Antragsschrift, Rn. 75 bis 98) betreffend die Ausgestaltung der relativen Bewertungsmethodik unter D. (Auswahlkriterien) des 1. Verfahrensbriefs;
- 13 2. der Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagung nach Nr. 1 ein festzusetzendes Ordnungsgeld bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dies nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen am Oberbürgermeister der Beklagten, anzudrohen.

- 14 Die Beklagte hat beantragt,
- 15 den Antrag zurückzuweisen.
- 16 Die Beklagte hat vorgebracht, der Antrag sei nicht hinreichend bestimmt. Die Rügen seien zum Teil formal nicht ordnungsgemäß erhoben bzw. würden nicht in der ursprünglich erhobenen Gestalt weiterverfolgt. In der Sache sei die Verfahrensweise der Beklagten rechtmäßig.
- 17 Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen und Entscheidungsgründe ergänzend verwiesen wird, dem Antrag zu c) in der Fassung des Hilfsantrags stattgegeben und den Verfügungsantrag im Übrigen zurückgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung, soweit sie die im Berufungsverfahren noch gegenständlichen Anträge zu c) und d) betrifft, hat es ausgeführt, das Konzessionsverfahren werde den sich aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG ergebenden Anforderungen nicht in jeder Hinsicht gerecht. Die Klägerin rüge – zu c) – mit Recht, dass die Regelung in Nr. 3.3 der mitgeteilten Auswahlkriterien „Serviceangebot vor Ort“ intransparent sei. Hierdurch drohe eine Beeinträchtigung (auch) der Klägerin in ihren subjektiven Rechten. Nach dem Hauptantrag, der auf Abhilfe der Rügen gerichtet sei, könne nicht erkannt werden, weil die Rechtsauffassung der Kammer nicht deckungsgleich mit der Argumentation der Klägerin sei. Der Beklagten sei (lediglich) die Fortsetzung des Auswahlverfahrens zu verbieten, bevor nicht die Gemeinde unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über eine Abhilfe der benannten Rüge entschieden habe. Ohne Erfolg rüge die Klägerin – zu d) – das Fehlen einer konkretisierenden Feineinteilung bei der relativen Bewertungsmethode als intransparent und diskriminierend.
- 18 Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer **Berufung** insoweit, als der Antrag zu d) zurückgewiesen worden ist.
- 19 Die Klägerin macht zur Begründung der Berufung geltend, das Landgericht habe die besonders hohen Anforderungen an die Transparenz der relativen Bewertungsmethode im Fall gemeindlicher Eigenbeteiligung unter Übergehung klägerischen Vortrags missachtet. Es sei sodann rechtsirrig davon ausgegangen, die Bewertungsmethode und deren Maßstäbe seien vom Beurteilungs-, Bewertungs-, Entscheidungs- und Ermessensspielraum der Beklagten gedeckt, ohne konkret zu prüfen, ob die Bewertungsmethode der Beklagten die Grenze der noch zulässigen Offenheit überschreite.
- 20 Die Klägerin **beantragt**,
- 21 der Beklagten unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Mannheim vom 20. Oktober 2021 (Az.: 14 O 129/21 Kart) zu untersagen, wie in erster Instanz zu 1.d) i.V.m. 2. beantragt.
- 22 Die Beklagte **beantragt**,
- 23 die Berufung zurückzuweisen.
- 24 Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil im von der Berufung betroffenen Umfang unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

- 25 Die Beklagte wendet sich mit der **Anschlussberufung** gegen den stattgebenden, also Buchst. c) betreffenden Teil des Urteils des Landgerichts, mit der sie die Zurückweisung des Antrags auch insoweit erstrebt.
- 26 Die Beklagte führt zur Begründung der Anschlussberufung an, das Auswahlkriterium sowie die entsprechenden Erläuterungen des 1. Verfahrensbriefs ließen entgegen der Ansicht des Landgerichts erkennen, dass die Beklagte ein umfassendes Angebot der Bewerber zum Serviceangebot vor Ort bewerten werde, wozu auch Beratungsgespräche beim Kunden vor Ort zählten. Im Übrigen übergehe das Landgericht zu Unrecht die diesbezüglichen Ausführungen im Nichtabhilfeschildern. Soweit das Landgericht als entscheidend hervorhebe, dass für die Interessenten, die die Rügen nicht selbst erhoben haben, eine Intransparenz anzunehmen sei, fehle es am Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin, sich auf Rechte ihrer Konkurrenten zu berufen. Im Übrigen habe die Klägerin, anders als das Landgericht unterstelle, eine entsprechende Rüge zur angeblich unklaren Berücksichtigung von Beratungsgesprächen beim Kunden vor Ort mit dem Rügeschreiben nicht rechtzeitig gegenüber der Beklagten erhoben. Schließlich sei das Landgericht fehlerhaft davon ausgegangen, dass die Sachwidrigkeit der Bewertung von Angeboten derzeit durch die angeblich fehlende transparente Umsetzung der Klarstellung, dass auch Beratungsgespräche vor Ort zum Kriterium „Serviceangebot“ gewertet würden, nicht abschließend beurteilt werden könne.
- 27 Die Beklagte **b e a n t r a g t**,
- 28 das angefochtene Urteil abzuändern und die „Klage“ auf die Anschlussberufung in vollem Umfang „abzuweisen“;
- 29 Die Klägerin **b e a n t r a g t**,
- 30 die Anschlussberufung zurückzuweisen.
- 31 Die Klägerin verteidigt den zu ihren Gunsten ergangenen Ausspruch im landgerichtlichen Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.
- 32 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 27. April 2022 verwiesen.
- B.**
- 33 Die Berufung und die Anschlussberufung sind zulässig. Die Anschlussberufung wendet sich ohne Erfolg dagegen, dass das Landgericht dem zulässigen und begründeten Hilfsantrag zu c) stattgegeben hat. Die Berufung greift die Zurückweisung des zulässigen Antrags zu d) ebenfalls erfolglos an, weil dieser wie vom Landgericht erkannt unbegründet ist.
- 34 I. Die Zurückweisung des – in der auflösenden Bedingung des geforderten Unterlassungsgebots auf Abhilfe abstellenden – Hauptantrags zu c) ist nicht Gegenstand der Berufung der Klägerin, die insoweit allein beschwert ist. Ob nach der materiell-rechtlichen Beurteilung, auf die das Landgericht die Entscheidung gemäß dem – anstelle von Abhilfe auf eine Neubescheidung abstellenden – Hilfsantrag gestützt hat, schon der Hauptantrag hätte Erfolg haben müssen und ob dessen prozessualer Anspruch überhaupt einen ande-

ren (weitergehenden) Inhalt als der Hilfsantrag hat (siehe dazu Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 330 ff), bedarf daher keiner Entscheidung.

- 35 II. Das einstweilige Verfügungsverfahren ist, (insbesondere) soweit es auf die Berufung und die Anschlussberufung fortgesetzt wird, als solches nach § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG mit den gestellten Unterlassungsanträgen grundsätzlich statthaft und scheidet auch nicht an besonderen Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes (siehe Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 73 ff mwN). Es ist auch im Übrigen zulässig.
- 36 1. Im Ergebnis mit Recht hat das Landgericht die in erster Instanz geäußerten Bedenken der Beklagten gegen die nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderliche Bestimmtheit (siehe dazu Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 78 ff), auf die die Berufung nicht mehr zurückkommt, nicht durchgreifen lassen. Der Antragschrift mit deren auf die vorgerichtlichen Rügen bezugnehmendem Antrag und der Antragsbegründung ist entgegen der Ansicht der Beklagten insbesondere hinsichtlich des Antrags zu c) zu entnehmen, welche Rügen die Klägerin aufrechterhält und welche sie fallen lässt. Sie lässt hinreichend bestimmt erkennen, welche (potenzielle) subjektive Rechtsverletzung der Klägerin der Antrag abzuwehren sucht. Gegen eine Tenorierung als „Bescheidungsurteil“ hat die Beklagte sich nicht gewandt. Auch bei ihr ist jedenfalls klar, dass der Beklagten aufgrund der vom Gericht festgestellten (potentiellen) Rechtsverletzung untersagt ist, das Konzessionsverfahren mit den dieser Rechtsverletzung zugrundeliegenden Bedingungen fortzusetzen.
- 37 2. Insbesondere die hier noch gegenständlichen Anträge richten sich in Einklang mit § 47 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 EnWG allein gegen Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG erkennbar sind. Entgegen der Ansicht der Beklagten beanstandet die Beklagte damit nicht Rechtsverstöße bei der erst künftig erfolgenden Bewertung etwaiger Angebote im Rahmen der nach § 47 Abs. 2 Satz 3 und gegebenenfalls Abs. 5 EnWG angreifbaren Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sein würden. Das Landgericht (LGU 12) hat hinsichtlich des Antrags zu c) in jeder Hinsicht zutreffend ausgeführt, dass die Rüge sich dagegen wendet, dass der Bieter nicht hinreichend erkennen könne, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt, wie sie also welche Angebotsinhalte später bewerten und gewichten wird. Gerügt wird mithin eine aus dem 1. Verfahrensbrief als Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung erkennbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs bereits im Stadium der Angebotsabgabe. Das gilt entsprechend für die mit dem Antrag zu d) geltend gemachten Transparenzmängel der Mitteilungen im 1. Verfahrensbrief hinsichtlich der Bewertungsmethode, auf die der Bieter sich zur Gestaltung seines Angebots einstellen will. Diesbezügliche Einwände bringen die Berufungserwiderung und die Anschlussberufung auch nicht mehr vor.
- 38 3. Ob ein Anspruch nach § 33 Abs. 1, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 46, 47 EnWG mit Erfolg im Weg des Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG geltend gemacht werden kann, hängt - im Rahmen der Zulässigkeit oder Begründetheit des Antrags - bereits davon ab, ob die erhobenen Rügen von der antragstellenden Partei zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden können oder dieser Überprüfung entzogen sind. Eine Rüge kann der gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht werden, wenn der gerügte objektive Rechtsverstoß das Auswahlverfahren betrifft und sonach die Auswahlentscheidung, mithin die Chancen des Bewerbers auf die Konzession beeinflussen kann (dazu ausführlich Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 109 ff; Urteil

vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 91 ff). Auch diesen Anforderungen genügen die hier noch gegenständlichen Anträge.

- 39 Lediglich die Anschlussberufung bringt hinsichtlich des Antrags zu c) betreffend das Unterkriterium der „Serviceangebote vor Ort“ vor, insoweit bleibe nach der (von der Beklagten als vorsorgliche Abhilfe angesehenen) Klarstellung im Nichtabhilfeschildern lediglich der Aspekt, dass das Landgericht für andere Interessenten als die Klägerin eine Intransparenz annehme. Die angesprochene Klarstellung liege darin, dass das Nichtabhilfeschildern insbesondere (S. 49; siehe auch S. 47, 52) dem Vorwurf der Intransparenz abschließend (unter Übernahme der Formulierung einer Klarstellungsforderung der Rüge) entgegenhält, bei diesem Kriterium werde „nicht nur die Einrichtung eines Kundencenters bewertet, sondern auch beispielsweise Serviceangebote in Form von Beratungsgesprächen vor Ort“. Die aus dem Vorliegen dieser Klarstellung abgeleiteten Bedenken der Anschlussberufung gegen die Prozessführungsbefugnis oder Sachlegitimation greifen aber nicht durch.
- 40 Zunächst hat das Landgericht in Einklang mit der Stoßrichtung der Rüge auf eine behauptete Intransparenz der ursprünglichen Mitteilung, also des 1. Verfahrensbriefs, in dem hier in Rede stehenden Punkt der Serviceangebote vor Ort abgestellt. Die mit dem diesbezüglichen Antrag vorgebrachte Behauptung einer Intransparenz der ursprünglichen Auswahlkriterien begründet die Prozessführungsbefugnis der Klägerin. Mit den von der Anschlussberufung als vermeintlicher Rechtsschutz für Dritte aufgegriffenen Erwägungen hat das Landgericht lediglich das Vorliegen einer Abhilfe verneint. Es kann hier dahinstehen, ob ein mehrere Interessenten gleichermaßen beeinträchtigender Rechtsverstoß, insbesondere in Gestalt eines Transparenzmangels, einer subjektiv beschränkten Abhilfe zugänglich ist. Insbesondere kann offenbleiben, ob ein Verstoß gegen das Transparenzgebot mangels fortbestehender Betroffenheit nicht mehr durch denjenigen potentiellen Bewerber mit Erfolg gerichtlich geltend gemacht werden könnte, dem gegenüber der Intransparenz durch eine allein ihm offengelegte Information „abgeholfen“ worden ist. Dies ist allerdings zweifelhaft (vgl. Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 328). Selbst eine solche individuelle Abhilfe zu Gunsten (allein) der Klägerin liegt nicht vor, wovon auch das Landgericht zutreffend ausgegangen ist.
- 41 a) Das Landgericht (LGU 13) hat nämlich mit Recht bei der Begründung für die Verneinung einer Abhilfe andere Interessenten nur „insbesondere“ genannt und unabhängig davon allgemein angenommen, es könne von den Interessenten zumutbarer Weise nicht erwartet werden, die Nichtabhilfebegründung auf verborgene Erwägungen mit Modifikationen der bisherigen Vorgaben durchzuarbeiten. Dies steht nicht in Widerspruch zu der Ansicht der Anschlussberufung, von einem spezialisierten Bieter könne verlangt werden, das Schreiben mit seinen 77 Seiten insgesamt zu lesen. Wie die Anschlussberufung aber selbst zutreffend ausführt, enthält dieses gerade keine Änderung der Vergabebedingungen, sondern (im hier in Rede stehenden Punkt) nur eine klarstellende Erläuterung. Zwar hat nach der Rechtsprechung des Senats nicht jede Änderung der Vergabebedingungen zur Folge, dass den Bietern eine konsolidierte Fassung zur Verfügung zu stellen ist. Werden Ausschreibungsunterlagen in ihren Bedingungen durch weitere Ausschreibungsunterlagen (sei es von Anfang an oder nachträglich, etwa zur Abhilfe auf Rügen eines Bieters) ergänzt und/oder modifiziert, so kommt es darauf an, ob die Betrachtung der gesamten Ausschreibungsunterlagen vom objektiven Empfängerhorizont eines durchschnittlich fachkundigen und sorgfältigen Bieters keinen vernünftigen Zweifel daran lassen, welche Vergabekriterien gelten sollen (Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6

U 95/20 Kart, juris Rn. 373). Zutreffend hat das Landgericht dafür verbindliche und klare Formulierungen verlangt, die dem Bieter die Änderungen vor Augen führen und geeignet sind, gegebenenfalls die erneute Rügefrist in Lauf zu setzen. Daran fehlt es, wenn die Gemeinde sich – wie hier – gerade weigert, eine intransparente Gestaltung in den nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung zu ändern und lediglich das ihrer Ansicht nach gebotene Verständnis bzw. die beabsichtigte Bewertung bestimmter Angebote klarstellt (offengelassen Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 122). Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Klarstellung lediglich Teil der Begründung einer Nichtabhilfeentscheidung ist. Denn im vorliegenden Fall folgt in der Begründung unmittelbar auf das Zitat der Ansicht der Klägerin, eine Klarstellung zu Serviceangeboten in Form von Beratungsgesprächen bei Kunden vor Ort könne eine Abhilfe sein, die Entscheidung der Beklagten mit den Worten: „Der Rüge wird nicht abgeholfen.“ Dass es im vierten Absatz der Begründung danach dann überraschend heißt: „Bei diesem Kriterium wird nicht nur die Einrichtung eines Kundencenters bewertet, sondern auch beispielsweise Serviceangebote in Form von Beratungsgesprächen vor Ort bei Kunden.“, macht aus einer ausdrücklichen Nichtabhilfe keine konkludente Teilabhilfe, denn dies lässt Zweifel an der Ernsthaftigkeit und Verbindlichkeit einer ggf. vorliegenden Änderung der Bewertungskriterien offen. Das gilt auch dann, wenn das Nichtabhilfes Schreiben sämtlichen Interessenten zur Kenntnis gebracht worden sein mag.

- 42 b) Dass die Rüge der Klägerin eine „Klarstellung“ mit gerade dem hier erreichten Inhalt erbeten und angegeben hatte, damit würde der Rüge der sachwidrigen Ausgestaltung des Kriteriums abgeholfen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Ohnehin spricht diese Anregung insoweit nur die Sachwidrigkeit des Kriteriums der Serviceangebote vor Ort an, ohne anzukündigen, dass sie bei der erbetenen Klarstellung auch die zudem beanstandete Intransparenz behoben sähe. Ersichtlich war die Rüge auf eine Beseitigung u.a. der Intransparenz gerichtet, gegebenenfalls durch eine Änderung der Mitteilung der Auswahlkriterien, in der diese in dem hier interessierenden Punkt gegebenenfalls „klargestellt“ sein sollten. Da eine solche Klarstellung lediglich als ungenügende Erläuterung in der Begründung der Nichtabhilfe erfolgt ist, ist die Weiterverfolgung der Rüge auch nicht rechtsmissbräuchlich.
- 43 4. Nach alledem scheidet insbesondere die Zulässigkeit des Antrags zu c) auch nicht am Erfordernis nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG, dass die Gemeinde der Rechtsverletzung nicht abgeholfen hätte.
- 44 III. Von den aufgrund der Berufung und der Anschlussberufung zur Entscheidung gestellten Anträgen ist, wie das Landgericht richtig entschieden hat, nur der Antrag zu c) begründet. Der Antrag zu d) ist unbegründet.
- 45 1. Die Klägerin hat die hier geltend gemachten Rechtsverstöße auch in Einklang mit § 47 Abs. 1 EnWG und innerhalb der Frist nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG durch eine Rüge in Textform gegenüber der Gemeinde erklärt und begründet sowie die gerügten Rechtsverletzungen sodann nach Zugang der Nicht-Abhilfeentscheidung binnen der Frist nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG vor Gericht geltend gemacht (siehe zu diesen Anforderungen Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 98 f). Das gilt auch für die zu c) u.a. gerügte Intransparenz. Entgegen der Ansicht der Anschlussberufung ist unschädlich, dass die Klägerin in der Antragschrift geltend gemachte hat, aus der unbeachtlichen Klarstellung im Nichtabhilfes Schreiben ergebe sich „im Gegenteil sogar“ eine Vergrößerung der Unklarheiten. Ersichtlich handelte es sich bei dieser Erwägung der Antragschrift nur um ein unterstützendes Argument, mit dem eine ungemindert fortbeste-

hende Intransparenz der ursprünglichen, nicht geänderten Bedingungen des 1. Verfahrensbriefs verdeutlicht werden sollte. Im Kern wendet sich der Antrag, soweit er auf eine Intransparenz der Vorgaben zu dem zu bewertenden Serviceangebot vor Ort abstellt, ausweislich der Begründung, die deutlich über die von der Anschlussberufung herausgegriffene Erwägung hinausgeht, unverändert gegen Unklarheiten hinsichtlich der Art (stationär oder beim Kunden) und des Wegs der Erreichbarkeit, die bereits (fristgerecht) Gegenstand der vorgerichtlichen Rüge waren.

- 46 2. Ein Verfügungsanspruch setzt hinsichtlich der vorliegenden Streitgegenstände jeweils in materieller Hinsicht voraus, dass die Klägerin als Bewerberin um die Konzession durch die Beklagte unbillig behindert wird bzw. dass deren unbillige Behinderung durch die Beklagte droht.
- 47 Das Landgericht ist bei der Beurteilung der mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vorgebrachten Rügen von einem im Allgemeinen zutreffenden Prüfungsmaßstab ausgegangen, wie er auch vom Senat (Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 80 ff) zugrunde gelegt wird:
- 48 Eine (drohende) unbillige Behinderung von Bewerbern ist danach aufgrund der gebotenen Gesamtwürdigung grundsätzlich anzunehmen, wenn das Auswahlverfahren gegen die kartellrechtlichen Pflichten der Gemeinde, insbesondere gegen § 46 EnWG verstößt, und dadurch die Chancen der Bewerber auf die Konzession beeinträchtigt werden (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 55 ff, 58 - Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2015, 29 Rn. 53 - Stromnetz Homberg; RdE 2020, 422 Rn. 14 - Stromnetz Steinbach). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es den Gemeinden als marktbeherrschenden Anbietern der Wegenutzungsrechte im Sinn von § 46 Abs. 2 EnWG in ihrem Gebiet gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB untersagt, ihre marktbeherrschende Stellung durch unbillige Behinderung der Bewerber um den Abschluss eines Konzessionsvertrags missbräuchlich auszunutzen. Die Gemeinden sind vielmehr nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 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 das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen, leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 16 ff, 34 ff - Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2020, 358 Rn. 31 f - Gasnetz Leipzig; RdE 2021, 477 Rn. 19 - Gasnetz Berlin).
- 49 a) 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 erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 35 - Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2015, 29 Rn. 52 - Stromnetz Homberg; RdE 2020, 358 Rn. 32 - Gasnetz Leipzig; RdE 2020, 422 Rn. 15 - Stromnetz Steinbach; RdE 2021, 477 Rn. 20 - Gasnetz Berlin; WuW 2022, 90 Rn. 10 - Gasnetz Rösrath). Die notwendige Transparenz ist im Allgemeinen dann hergestellt, wenn alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter - al-

so die an der Konzession interessierten Unternehmen (vgl. BGH, RdE 2020, 422 Rn. 16 - Stromnetz Steinbach; WuW 2022, 90 Rn. 10 - Gasnetz Rösrath) – die genaue Bedeutung der Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können, und auch die Gemeinde überprüfen kann, ob und in welchem Umfang die Angebote der Bieter die geltenden Kriterien erfüllen (vgl. Senat, Urteil vom 3. April 2017 - 6 U 153/16 Kart, juris Rn. 126 mwN; Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 136; siehe auch EuGH, VergabeR 2012, 569 Rn. 109 - Kommission/Königreich der Niederlande).

- 50 b) Bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien für die Konzessionsvergabe durch Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung der energiewirtschaftsrechtlichen Einzelziele gegeneinander und der hieran knüpfenden Bewertung der Bieterangebote steht der Gemeinde als Ausfluss ihrer durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Planungshoheit ein weiter Spielraum (Beurteilungs-/Bewertungs-/Entscheidungs-/Ermessensspielraum) zu (Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; Urteil vom 11. Dezember 2019 - 6 U 81/19 Kart, S. 24, unveröffentlicht; vgl. ferner BT-Drucks. 18/8184, S. 13, 15; BGHZ 199, 289 Rn. 48 - Stromnetz Berkenthin; OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 486, 488; KG, EnWZ 2019, 76, 81 f). Hierbei kann die Gemeinde den Anforderungen des jeweiligen Netzgebiets Rechnung tragen (§ 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG) und unter Wahrung der netzwirtschaftlichen Anforderungen auch die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigen (§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG). Der Spielraum der Gemeinde ist nur daraufhin überprüfbar, ob von keinem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen eingeflossen sind, der Spielraum diskriminierungsfrei wahrgenommen worden ist und sich Wertungsentscheidungen auch im Übrigen im Rahmen der Gesetze und allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe halten (Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; vgl. OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 488). Die Zuschlagskriterien der Gemeinde müssen danach insbesondere objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar sein und einen Bezug zum Netzbetrieb haben bzw. die netzwirtschaftlichen Anforderungen wahren, wobei namentlich die Gewichtung der Zuschlagskriterien sachgerecht an den Zielen des § 1 EnWG orientiert sein muss (Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; vgl. Senat, Urteil vom 3. April 2017 - 6 U 156/16 Kart, NJOZ 2018, 1809, 1818 f), die die Gemeinde gegebenenfalls unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse konkretisieren kann (vgl. BGH, RdE 2020, 422 Rn. 16 - Stromnetz Steinbach). Der bei der Bestimmung der Kriterien bestehende Spielraum der Gemeinde wird dort überschritten, wo die Bedeutung eines Kriteriums in der Ausschreibungsgewichtung so grundlegend von dessen Bedeutung nach den energiewirtschaftsrechtlichen Zielsetzungen abweicht, dass daraus eine Verkennung des Kriteriums offenkundig wird, weil von einer angemessenen Bewertung auch im Lichte des Spielraums nicht mehr ausgegangen werden kann (Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; vgl. OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 486).
- 51 Zur Klarstellung dieses in der mündlichen Verhandlung über die Berufung angesprochenen Gesichtspunkts weist der Senat darauf hin, dass die letztgenannte Formulierung zu dem vom Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht (Urteil vom 7. März 2022 - 16 U 166/21 Kart, juris Rn. 87) formulierten Rechtssatz nicht in dem Widerspruch steht, der von diesem (aaO Rn. 89) angenommen wird. Das vom Senat verwendete Wort „dort“ bedeutet nicht „ausschließlich falls“, sondern war im Sinne von „jedenfalls falls“ und daher nicht abschließend und nicht in dem vom Kartellsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts verstandenen „zu großzügigen“ Sinn gemeint. Der Senat sieht in einer grundlegenden Abweichung von den energiewirtschaftlichen Zielsetzungen also

lediglich eine hinreichende Bedingung für eine Überschreitung des Spielraums der Gemeinde, erklärt diese grundlegende Abweichung aber nicht zu einer notwendigen Bedingung. In der Sache teilt der Senat die vom Oberlandesgericht Schleswig (aaO Rn. 87) in der Sache vertretene Auffassung, dass der Ausgestaltungsspielraum der Gemeinde eine Grenze – auch – dort findet, wo die Auswahlkriterien und deren Gewichtung die objektiven Anforderungen an den Netzbetrieb mit Rücksicht auf die gebotene Ausrichtung an Kriterien, die das Ziel des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren, ersichtlich unzureichend abbilden. Dies folgt bereits aus der schon bisher vom Senat formulierten Forderung, dass die Zuschlagskriterien der Gemeinde die netzwirtschaftlichen Anforderungen wahren müssen und dabei ihre Gewichtung sachgerecht an den Zielen des § 1 EnWG orientiert sein muss (Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 137; Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 82). Diese Anforderung gilt auch für die Gestaltung der Kriterien insgesamt und wird danach verfehlt, wenn sich darin eine ersichtlich objektiv nicht mehr zu rechtfertigende Untergewichtung eines nach § 1 EnWG bedeutenden Ziels ausdrückt.

- 52 3. Hiervon ausgehend hält die Beurteilung des Landgerichts, wonach die mit dem **Antrag zu c)** beanstandeten Vorgaben im Unterkriterium 3.3 (**Serviceangebot vor Ort**) nicht den Anforderungen an eine transparente Angabe dessen genügen, worauf es der Gemeinde ankommt, der durch die Anschlussberufung veranlassten Nachprüfung stand.
- 53 a) Der 1. Verfahrensbrief bestimmt insoweit:
- 54 *„3.3 Serviceangebot vor Ort
Der Bewerber soll auch für ein persönliches Gespräch mit dem Verbraucher örtlich möglichst gut erreichbar sein.
Der Bewerber soll hierbei darlegen, auf welche Art und Weise einschließlich der personellen und technischen Ausstattung Verbrauchern möglichst umfassende netzbezogene Dienstleistungen und Informationen vor Ort zur Verfügung gestellt werden.
In diesem Zusammenhang erwartet die Stadt eine zeitlich möglichst lange Verfügbarkeit von kompetenten Ansprechpartnern des Bewerbers zur Inanspruchnahme des Serviceangebots an einer für im Konzessionsgebiet ansässige Verbraucher örtlich möglichst gut erreichbaren Stelle.“*
- 55 b) Das Landgericht hat angenommen, diese Vorgaben ließen nicht mit hinreichender Klarheit erkennen, worauf es der Gemeinde bei diesem Unterkriterium ankomme. Allerdings mache die Klägerin ohne Erfolg geltend, mit den Vorgaben einer „zeitlich möglichst lange[n] Verfügbarkeit“ von kompetenten Ansprechpartnern einerseits und deren Verfügbarkeit an einer „örtlich möglichst gut erreichbaren Stelle“ andererseits habe die Gemeinde Unter-Unterkriterien aufgestellt, deren jeweilige Gewichtung gesondert ausgewiesen werden müsse. Es handele sich dabei nicht um zusätzliche Gesichtspunkte, die dem Kriterium „Serviceangebot vor Ort“ selbst nicht immanent wären oder dieses abwandeln würden. Es sei auch entgegen der Argumentation der Klägerin nicht unklar, ob es der Gemeinde nur um „ein“ Serviceangebot gehe oder ob mehrere solcher Angebote – etwa mehrere Servicecenter in verschiedenen Stadtteilen – bewertet würden. Unter einem „Serviceangebot“ sei ersichtlich die Gesamtheit der Maßnahmen gemeint, mit der der Bieter eine örtliche Erreichbarkeit für den Verbraucher herstelle. Im Übrigen ergebe sich aus dem Wortlaut des Unterkriteriums klar, dass die „möglichst gut erreichbare Stelle“ selbst nicht zwingend im Konzessionsgebiet liegen müsse. Die Gemeinde habe bei der Optimierungsaufgabe im offenen Ideenwettbewerb entgegen der Ansicht der Klägerin auch keine näheren Vorgaben dazu machen müssen, ob sich die „gute Erreichbar-

keit“ primär auf Fußgänger, Radfahrer oder Nutzer des ÖPNV oder eines privaten PKW beziehe. Den gleichwohl angenommenen Erfolg dieser Rüge hat das Landgericht vielmehr daraus abgeleitet, dass die Klägerin aber zu Recht geltend mache, dass aus den Vorgaben nicht mit hinreichender Klarheit hervorgehe, ob als „Serviceangebot vor Ort“ auch ein solches in die Wertung gelangen könne, welches darin bestehe, dem Kunden nach Vereinbarung mittels Fernkommunikationsmitteln ein Beratungsgespräch in den eigenen Räumen des Kunden anzubieten.

- 56 c) Der letztgenannten tragenden Begründung des Landgerichts schließt sich der Senat an.
- 57 aa) Das Verständnis des 1. Verfahrensbriefs hat das Landgericht ersichtlich – entgegen der Kritik der Anschlussberufung am angefochtenen Urteil – nicht etwa aus der Sicht eines objektiven Empfängers, sondern mit Recht aus der eines verständigen Bieters beurteilt. Ob sich insoweit überhaupt Unterschiede ergäben, kann dahinstehen.
- 58 bb) Das Landgericht hat berücksichtigt, dass zwar aus Sicht eines verständigen (fachkundigen und sorgfältigen) Bieters die Möglichkeit besteht, die ersichtlich an den Bedürfnissen und Interessen des Verbrauchers (an einem – wie das Landgericht zusammenfasst – „möglichst verbraucherfreundlichen Netzbetrieb“) orientierten Vorgaben zum „Serviceangebot vor Ort“ im 1. Verfahrensbriefs auch dadurch zu verwirklichen, dass die mit Strom belieferten oder an einer solchen Belieferung interessierten Bürger und Unternehmen zunächst per Fernkommunikation (also beispielsweise durch Brief, Postkarte, Telefax, E-Mail o.ä.) einen Termin vereinbaren und ihnen anschließend in ihren eigenen (Wohn- oder Geschäfts-)Räumen ein Mitarbeiter oder Beauftragter des Netzbetreibers als „kompetenter Ansprechpartner“ zur Verfügung steht. Ein solches Verständnis legt die Beklagte in der Anlage 1 zum Nichtabhilfeschreiben ausweislich der vom Landgericht zitierten Passage (S. 52; ebenso S. 49) an. Das Landgericht hat sich aber auch zutreffend darauf gestützt, dass der Wortlaut des 1. Verfahrensbriefs eine andere Deutung nahelegt. Dass der Bewerber *„auch für ein persönliches Gespräch mit dem Verbraucher örtlich möglichst gut erreichbar sein“ soll, ist nämlich – wie das Landgericht zutreffend erläutert hat – sinnvoll naheliegend dahin zu verstehen, dass der Verbraucher den persönlichen Kontakt „vor Ort“ herstellen können soll, indem er den Netzbetreiber dort „erreicht“, ihn also selbst in dessen Geschäftsräumen aufsucht. In die gleiche Richtung deutet nach den zutreffenden Darlegungen des Landgerichts auch die Äußerung der Erwartung einer „zeitlich möglichst lange[n] Verfügbarkeit von kompetenten Ansprechpartnern“ an einer „örtlich möglichst gut erreichbaren Stelle“.* Diese Wendung ist ersichtlich auf ein örtliches oder regionales Servicecenter des Netzbetreibers und dessen Öffnungszeiten zugeschnitten und lässt sich auf einen individuellen Besuchstermin beim Kunden nicht sinnvoll lesen. Dem hält die Berufung zu Unrecht entgegen, gut erreichbar sei ein Netzbetreiber in diesem Sinn auch, wenn er seine Beratungsleistungen vor Ort beim Kunden anbiete und „Verfügbarkeit“ bedeute in diesem Zusammenhang selbstverständlich nicht, dass der Kundenberater des Netzbetreibers sich ständig beim Kunden zu Hause aufhalten solle, wo er nur dann vor Ort verfügbar sein solle, wenn der Kunde dies wünsche. Diese Deutung widerspricht der im Verfahrensbrief gewählten Formulierung, die auf eine *„möglichst lange Verfügbarkeit [...] an einer für um Konzessionsgebiet ansässige Verbraucher örtlich möglichst gut erreichbaren Stelle“* abstellt. Deren Sinngehalt umfasst nicht die Möglichkeit, dass eine Verfügbarkeit an einer gut erreichbaren Stelle (nämlich auf dem Grundstück des Kunden selbst) nicht möglichst lange, sondern immer nur zu diskreten Zeitpunkten und auf Wunsch des Kunden hergestellt wird.

- 59 Zwar kann der fachkundige und sorgfältige Bieter zu der Auffassung gelangen, dass es sachgerecht sein wird, die Vorzüge eines kundennahen Serviceangebots, wie es nach alledem im Wortsinn des Verfahrensbriefs auf ein örtlich und für den Kunden zugängliches Geschäftslokal zugeschnittenen beschrieben wird, in abstrahierter oder entsprechender Weise gegebenenfalls auch bei einer Rufbereitschaft für Ortstermine zu identifizieren. Von ihm kann aber nicht erwartet werden, die Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Bewertung über ihren hinreichend gesicherten Sachgehalt hinaus anhand solcher materieller Erwägungen gleichsam gedanklich fortzuschreiben und sich darauf zu verlassen, dass die Gemeinde sich bei der späteren Anwendung der formulierten Auswahlkriterien von denselben Erwägungen leiten lassen wird. Entgegen der Ansicht der Anschlussberufung genügt es dafür nicht, dass dem Bieter die einem Konzept- und Ideenwettbewerb zugrundeliegende Offenheit des Kriteriums und der Erläuterungen bewusst wird. Die Vorgaben des Verfahrensbriefs beschränken sich nicht auf die Mitteilung der Ziele, sondern beschränken naturgemäß eine (sonst uferlose) Offenheit der dazu geeigneten Mittel durch Mitteilung, auf welche Art und Weise die Zielerreichung durch bestimmte – dem Bieter im so definierten Rahmen in der näheren Ausgestaltung überlassenen – Maßnahmen gefördert werden sollen. Auch die Offenheit eines Kriteriums ist danach nur insoweit transparent, als sie nicht durch die Formulierung seiner Bedeutung in der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung in intransparenter Weise infrage gestellt ist. Der 1. Verfahrensbrief schafft somit zumindest nicht die gebotene Klarheit aus Sicht eines verständigen Bieters darüber, ob eine Bepunktung unter dem Gesichtspunkt des Serviceangebots vor Ort ausschließlich durch ein örtliches oder regionales Servicecenter des Netzbetreibers zu erreichen ist.
- 60 Dass die Beklagte – subjektiv – ihre eigenen Verlautbarungen so versteht, dass auch eine Rufbereitschaft zu Kundengesprächen vor Ort als zielfördernd bewertet werden wird, gibt keine Veranlassung dazu, dies mit dem Verständnis eines – objektiven – fachkundigen und sorgfältigen Bieters gleichzusetzen. Demgegenüber wäre es der Gemeinde ohne weiteres möglich, die Reichweite des Kriteriums durch andere Formulierungen oder Erläuterungen wie hier in der Anlage 1 zum Nichtabhilfeschildern schon in der Mitteilung der Auswahlkriterien (oder einer Änderung derselben) transparent festzulegen.
- 61 Ohne dass es noch entscheidend darauf ankäme, hat das Landgericht im Übrigen nachvollziehbar seine Überlegungen zum Wortsinn der Erläuterungen des Unterkriteriums „Serviceangebot vor Ort“ mit einer Gegenüberstellung des zuvor abgefragten Unterkriteriums 3.1 „Serviceangebot über Fernkommunikationsmittel“ plausibilisiert. Diese Gegenüberstellung kann zumindest das Missverständnis fördern, die mit dem Unterkriterium 3.3 abgefragte „Erreichbarkeit vor Ort“ meine etwas kategorial Anderes als die Möglichkeit, den Bewerber per Telefon oder E-Mail zu kontaktieren und einen Termin zu vereinbaren. Dieses Missverständnis mag bei genauer Analyse, wie die Anschlussberufung sie vornimmt, aus Sicht eines fachkundigen und sorgfältigen Bieters vermeidbar sein. Denn Nr. 3.1 befasst sich mit Service durch Fernkommunikation, während Nr. 3.3 sich mit Service vor Ort (unabhängig von dessen Anbahnung ggf. durch Fernkommunikation) beschäftigt. Das führt aber zumindest in der Gesamtschau nicht dazu, dass dem Unterkriterium 3.3 klar zu entnehmen ist, dass davon auch eine (bloße) Rufbereitschaft für Ortstermine beim Kunden erfasst ist.
- 62 d) Eine Entscheidung über den weitergehenden Vorwurf der Sachwidrigkeit des Unterkriteriums 3.3 ist im Rechtsmittelverfahren nicht zu treffen.

- 63 Denn das Landgericht hat die dem Verfügungsantrag zu c) zusätzlich zugrunde gelegte Beanstandung, die Ausgestaltung des Unterkriteriums „Serviceangebot vor Ort“ sei sachwidrig, weil abzusehen sei, dass netzbezogene Dienstleistungen künftig nahezu ausschließlich online oder fernmündlich nachgefragt würden und für den Besuch in einem Kundencenter keine Nachfrage mehr bestehe, keiner Entscheidung mehr unterzogen. Dies hat es damit begründet, dass die bisherige Formulierung der Vorgabe im 1. Verfahrensbrief zum „Serviceangebot vor Ort“ aufgrund ihrer Intransparenz hinsichtlich einer etwaigen Beschränkung auf ein Servicecenter vor Ort keinen Bestand haben könne, während der Vorwurf der Sachwidrigkeit aber unter der Prämisse erhoben sei, dass allein ein solches Servicecenter gefordert würde, wobei auch die im Nichtabhilfeschreiben vorgenommene Klarstellung (wonach diese Prämisse im Übrigen gerade nicht zuträfe) noch nicht Gegenstand (etwa künftig) geänderter Vergabebedingungen geworden sei. Dies beanstandet die Anschlussberufung der Beklagten lediglich, indem sie die Annahme der Intransparenz durch das Landgericht als unzutreffend rügt und meint, deshalb sei der daran geknüpfte Schluss des Landgerichts fehlerhaft, wonach eine vermeintliche Sachwidrigkeit noch nicht abschließend beurteilt werden könne. Dass deren Beurteilung (noch dazu zu Gunsten der Beklagten) auch dann geboten ist, wenn schon die Transparenz verneint wird, macht die Anschlussberufung nicht geltend. Auch die Klägerin erhebt keine Einwände. Insbesondere macht die Klägerin nicht geltend, das Landgericht habe dem Antrag zu c) in einem weiteren Punkt, nämlich der Rüge der Sachwidrigkeit, stattgeben müssen. Insoweit wäre im Übrigen, wollte man die angefochtene Entscheidung in diesem Punkt für unvollständig halten, bei keiner der Parteien eine Beschwer ersichtlich (siehe BGH, NJW-RR 2010, 19 Rn. 11 mwN).
- 64 4. Der Zurückweisung des **Antrags zu d)**, dem eine Beanstandung der Vorgaben unter D. zur **relativen Bewertungsmethode** zugrunde liegt, hält der Berufung stand. Der Antrag ist unbegründet.
- 65 a) Die beanstandete Vorgabe, die im Abschnitt „D. Auswahlkriterien“ des 1. Verfahrensbriefs enthalten ist, lautet (Hervorhebung nur hier):
- 66 *„Die Stadt hat für die Auswahl des zukünftigen Konzessionsvertragspartners zur Erfüllung der unter C. II. genannten Anforderungen und Ziele Auswahlkriterien einschließlich einer Gewichtung festgelegt. Diese Kriterien sind in der Anlage 1 zu diesem Verfahrensbrief beigefügt. Die Stadt wird die späteren verbindlichen Angebote der Bewerber anhand dieser Kriterien und dieser Gewichtung auswerten. Anschließend wird sie den Zuschlag auf das beste Angebot erteilen.*
- 67 *Der Zuschlag wird auf das Angebot mit der höchsten Gesamtpunktzahl erteilt. Jedes in der Anlage 1 aufgeführte Kriterium wird auf einer Skala von 0 - 10 Punkten bewertet und mit der im Kriterienkatalog angegebenen Gewichtungszahl multipliziert sowie anschließend mit den Ergebnissen der anderen Kriterien addiert. Insgesamt ergibt sich damit ein Maximalwert von 10.000 Punkten. Das Angebot, das von allen Angeboten insgesamt die höchste Punktzahl erreicht, wird als bestes Angebot gewertet.*
- 68 *Die Bewertung der Angebote erfolgt relativ. Das bedeutet: Die Angebote werden mit Blick auf jedes Kriterium wertend verglichen. Der Vergleich erfolgt anhand der oben genannten Punkteskala von 0 - 10 Punkten. Das in einem Kriterium im Vergleich zu den anderen Angeboten jeweils beste Angebot erhält bei diesem Kriterium 10 Punk-*

te. Das beste Angebot zum jeweiligen Kriterium ist dasjenige, welches die in diesem Verfahrensbrief unter C.II. genannten Anforderungen und Ziele zu dem jeweiligen Kriterium im Vergleich aller Angebote am besten erfüllt. Die übrigen Angebote erhalten in Bezug auf das im jeweiligen Kriterium beste Angebot eine entsprechende niedrigere Punktzahl, die der qualitativen Abweichung des Angebots zum besten Angebot entspricht.

- 69 *Bei fehlenden Angaben zu einem Kriterium wird das Angebot mit null Punkten bewertet.*
- 70 *Die höchste Punktzahl von 10 Punkten für ein Kriterium kann für mehrere Angebote vergeben werden, wenn diese im relativen Vergleich aller Angebote die Anforderungen und Ziele eines Kriteriums am besten erfüllen und im Vergleich untereinander gleichwertig sind.*
- 71 *Es werden nur volle Punkte vergeben.“*
- 72 b) Das Landgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe sich in zulässiger Weise dafür entschieden, das Konzessionsvergabeverfahren als offenen Ideen- und Konzeptwettbewerb zu gestalten. Dem entspreche die hier gewählte relativ-vergleichende Bewertungsmethode. Bei der relativ-vergleichenden Bewertungsmethode auf der Basis eines offenen Ideen- und Konzeptwettbewerbs reiche es aus, wenn als Bewertungsmaßstab vorgegeben werde, dass die hinter dem besten Angebot zurückbleibenden Angebote eine der „qualitativen Abweichung“ entsprechende niedrigere Punktzahl erhalten.
- 73 c) Diese Beurteilung lässt keine durchgreifende Verletzung des Rechts zu Lasten der Klägerin erkennen. Im Ergebnis ohne Erfolg macht die Berufung geltend, das Landgericht habe besondere Anforderungen des Neutralitätsgebots an solche Konzessionsvergabeverfahren, an denen sich kommunaleigene Unternehmen als Bieter beteiligten und die durch eine relative Bewertung offener Konzepte geprägt seien, verkannt und die Intransparenz der vorliegenden Bedingungen rechtsfehlerhaft verneint.
- 74 Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass nicht bereits die Entscheidung der Beklagten zu beanstanden ist, das Konzessionsvergabeverfahren als offenen Ideen- und Konzeptwettbewerb in Verbindung mit der Ankündigung einer relativ-vergleichenden Bewertungsmethode auszugestalten (dazu nachfolgend aa)). Die bisher nicht höchstrichterlich geklärte Frage, ob insoweit insbesondere im Fall eines absehbaren Interesses der Gemeinde am Netzbetrieb verschärfte Anforderungen an die Ausgestaltung der Vergabebedingungen insbesondere hinsichtlich deren Transparenz zu stellen sind (dazu nachfolgend bb)), wie insbesondere im Urteil vom 3. April 2017 (6 U 151/16 Kart, juris Rn. 129 f; dazu nachfolgend cc)), hat das Landgericht zwar nicht erörtert. Der Berufung ist auch zuzugeben, dass die Anforderungen, von denen der Senat im genannten Urteil (aaO) ausgegangen ist, durch den vorliegenden 1. Verfahrensbrief möglicherweise nicht gewahrt wären (dazu nachfolgend dd)). An diesen Anforderungen hält der Senat aber nicht mehr uneingeschränkt fest (dazu nachfolgend ee)). Bei Anlegung der nunmehr gebotenen Maßstäbe verstößt die Ausgestaltung der vorliegenden Bewertungsmethodik weder gegen das Transparenzgebot noch sonst gegen die Pflichten der Gemeinde nach § 19 GWB, § 46 EnWG (dazu nachfolgend ff)).
- 75 aa) Die Ausgestaltung der Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG in einem Konzeptions- und Bieterwettbewerb bzw. einem Ideen- und Konzeptwettbewerb unter Angabe der -

für die konkrete eine Förderung durch die Merkmale des Angebots des Bieters offenen – Auswahlkriterien und deren Gewichtung unter Ankündigung einer relativ-vergleichenden Bewertungsmethode ist grundsätzlich zulässig.

- 76 (1) Die ausschreibende Gemeinde hält mit der konzeptoffenen Ausschreibung nicht etwa entgegen dem Transparenzgebot (Unter-)Auswahlkriterien vor den Bietern geheim, sondern fordert diese auf, hinsichtlich der mitgeteilten Auswahlkriterien gebotene Vorzüge ihrer Angebote bei einem Konzept- und Ideenwettbewerb vorzustellen. Auch ein solcher Wettbewerb kann so ausgestaltet werden, dass letztlich das gesetzgeberische Ziel eines diskriminierungsfreien und an den Zielen des § 1 EnWG orientierten Auswahlverfahrens nicht verfehlt wird (vgl. Senat, Urteil vom 11. Dezember 2019 - 6 U 81/19 Kart, S. 25 ff, nicht veröffentlicht; KG, Urteil vom 24. September 2020 - 2 U 93/19 EnWG, juris Rn. 115 mwN, insoweit nicht abgedruckt bei EnWZ 2021, 20).
- 77 (2) Die Verwendung einer relativen Bewertungsmethode bei der Auswahl des Konzessionärs nach § 46 EnWG unterliegt dabei keinen grundlegenden Bedenken (vgl. nur Senat, Urteil vom 3. April 2017 - 6 U 151/16 Kart, juris Rn. 127; KG, Urteil vom 24. September 2020 - 2 U 93/19 EnWG, juris Rn. 112 ff mwN; siehe auch OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 - 2 U 218/18, juris Rn. 87), sofern die Bieter erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt, welche Gesichtspunkte eines Angebots also als positiv bewertet werden. Letzteres ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfügungsantrags zu c), sondern anhand der jeweils mitgeteilten Vergabekriterien zu beurteilen (vgl. Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 342). Im vorliegenden Fall von konzeptionell – im Rahmen der mitgeteilten Auswahlkriterien – offenen Zielvorgaben ermöglicht eine relativ-vergleichende Bewertungsmethode es dem Auftraggeber, die ihm angetragenen Konzepte ergebnisoffen zu beurteilen und die beste angebotene Leistung, die auch über seinen vor Beginn des Auswahlverfahrens bestehenden Erwartungshorizont hinausgehen mag, als solche zu bewerten; sie erlaubt damit die erforderliche flexible, an die konkreten Angebote angepasste Wertung (vgl. KG, aaO, juris Rn. 115 mwN). Daher können in den Bewertungsvorgaben ausfüllungsbedürftige Begriffe verwendet werden, die erst bei der Bewertung und Einstufung der Angebote im Einzelfall – ohne Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung – konkretisiert werden können (vgl. Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 343).
- 78 bb) Welche – etwa besonderen – Anforderungen in diesem Rahmen an die mitzuteilenden Auswahlkriterien und der Gewichtung insbesondere im Fall einer lediglich absehbaren Verfahrensbeteiligung der Gemeinde als Bieterin gelten, ist höchstrichterlich nicht geklärt.
- 79 Es ist zwar allgemein anerkannt, dass sich aus dem Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG Anforderungen an die Herbeiführung der Auswahlentscheidung ergeben, die spezifisch den Umgang mit Bietern betreffen, die wirtschaftlich der Gemeinde zuzuordnen sind, sei es als Eigenbetrieb oder aufgrund einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung der Gemeinde. Aus dem Diskriminierungsverbot und der Verpflichtung zur Neutralität gegenüber allen Bietern folgt namentlich in verfahrensmäßiger Hinsicht 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 gewährleisten (Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, ju-

ris Rn. 85; vgl. BGH, RdE 2020, 358 Rn. 33, 41, 43 - Gasnetz Leipzig; NZBau 2017, 236 Rn. 39 f - Landesbetrieb Berlin Energie). Daneben bedingt das Diskriminierungsverbot, dass insbesondere den durch die Doppelfunktion eines Gemeinderats im Fall einer Bieterbeteiligung der Gemeinde begründeten Gefahren, dass die Eigengesellschaft der Gemeinde einen Informationsvorsprung erhält oder ihre Interessen in einer besonderen Weise in die Entscheidungsfindung der Gemeinde einfließen lassen kann, auch bei den inhaltlichen Anforderungen an die Auswahlentscheidung Rechnung zu tragen ist. Diese müssen so ausgestaltet sein, dass der Interessenkonflikt der Gemeinde weder zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots noch des Neutralitätsgebots führt (BGH, RdE 2020, 358 Rn. 43 - Gasnetz Leipzig; Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 86). Hierzu besteht das Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber (vgl. BGH, NZBau 2022, 167 Rn. 34 ff - Stadt Bargteheide).

- 80 Wie der Senat (Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 87) bereits ausgeführt hat, ist damit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings noch nicht zu entnehmen, dass die ohnehin bestehenden Anforderungen an Klarheit, Präzision und Eindeutigkeit der mitgeteilten Vergabebedingungen und insbesondere der beabsichtigten Bewertungsmethode im Fall des Interesses der Gemeinde am (mittelbaren) Erhalt der Wegenutzungsrechte höher sind, als wenn die Gemeinde keine Beteiligung auf Bieterseite beabsichtigt.
- 81 cc) Der Senat hat diesbezüglich in einer früheren, noch auf der Grundlage der bis zum 3. Februar 2017 geltenden Fassung von § 46 EnWG getroffenen Entscheidung (Urteil vom 3. April 2017 - 6 U 151/16 Kart, juris Rn. 130) angenommen, dass die Gemeinde in dem Fall, dass sie sich durch ein Beteiligungsunternehmen selbst an dem Konzessionierungsverfahren beteiligt, den potenziellen Bietern die Bewertungsmethode zur Kenntnis zu bringen hat, anhand der sie eine konkrete Bewertung der Angebote hinsichtlich der zuvor in den Auftragsdokumenten festgelegten Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung vornimmt, da andernfalls die Gefahr einer willkürlichen Auswahl bestünde; der Wettbewerb als solcher sowie die Bieterunternehmen seien vor der Gefahr von Manipulationen durch Festlegen und Bekanntgeben transparenter Bewertungsmaßstäbe zu schützen. Dabei hat der Senat (aaO) angenommen, dass zumindest für diesen Fall der vom Europäischen Gerichtshof im Urteil vom 14. Juli 2016 (C-6/15, VergabeR 2016, 721 Rn. 27 - TNS Dimarso/Vlaams Gewest) zum Vergaberecht klargestellte Grundsatz, wonach aus dem Transparenzgebot keine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers folgt, den potenziellen Bietern durch Veröffentlichung in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen die Bewertungsmethode zur Kenntnis zu bringen, anhand der er eine konkrete Bewertung der Angebote hinsichtlich der zuvor in den Auftragsdokumenten festgelegten Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung vornimmt, im Rahmen der Wegerechtseineräumung nach § 46 EnWG nicht gelte. Insbesondere hat der Senat (aaO Rn. 129 f) ausgeführt, dass sich im Fall der Anwendung der relativen Bewertungsmethode im Vorhinein und bei gemeindlicher Bieterbeteiligung in besonderem Maß transparent bestimmen lassen müsse, welchen Erfüllungsgrad (Zielerreichungsgrad) die Angebote aufweisen, um das jeweils beste Angebot mit dem höchsten Erfüllungsgrad und die darauf zu machenden Abschläge für die schlechteren Angebote ermitteln zu können. Eine Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe unzulässig ist, sei jedenfalls dann erreicht, wenn die aufgestellten Bewertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, auf deren Grundlage das beste Angebot ermittelt wird, und sie in Folge dessen auch vor ei-

ner willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotsbewertung nicht mehr effektiv geschützt sind. Zumindest im Fall gemeindlicher Bieterbeteiligung hat der Senat es danach für unzulässig erachtet, an bloße unbestimmte Wertungen wie die eines „geringfügigen“, „deutlichen“, „großen“ oder „sehr großen“ Abstands zum besten Angebot anzuknüpfen, ohne die beabsichtigte Bewertungsmethode weiter offenzulegen.

- 82 Dieser Sichtweise ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Schleswig, Urteil vom 25. Juni 2018 - 16 U 3/18 Kart, Versorgungswirtschaft 2019, 51 [juris Rn. 76]; OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 - 2 U 218/18, juris Rn. 89) und der Literatur (Kment/Huber, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 88; Lüninghöner-Glöckner/Polat, IR 2017, 159, 160) widersprochen worden. Der Senat hat zuletzt im Urteil vom 27. Januar 2021 (6 U 95/20 Kart, juris) – entgegen den (gegensätzlichen) Interpretationen beider Parteien – weder in die eine noch in die andere Richtung entschieden, ob er an den in seiner früheren Rechtsprechung für den Fall einer Bieterbeteiligung der Gemeinde aufgestellten verschärften Transparenzanforderungen hinsichtlich der Offenlegung der beabsichtigten Bewertungsmethode festhält. Dort (aaO Rn. 88, 344) hat er seine frühere Rechtsprechung unter Darstellung der dortigen Maßstäbe lediglich referiert. Dass er bei deren Wiedergabe auf die abweichende Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts hingewiesen hat, sollte ersichtlich lediglich den Meinungsstand verdeutlichen und ließ nicht erkennen, dass der Senat sich dazu äußern wollte, ob er dieser abweichenden Meinung entgegentreten wollte. Dies ist vielmehr offen geblieben. Denn der Senat hat im Urteil vom 27. Januar 2021 (aaO Rn. 90) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es auf die bisher durch ihn formulierten Maßstäbe in dem nunmehr zu entscheidenden Fall nicht ankam. Solche gesteigerten Transparenzanforderungen hinsichtlich der beabsichtigten Bewertungsmethode im Rahmen der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung vor Angebotsabgabe konnte der Senat bei den dort von dieser Frage berührten Streitpunkten jeweils zu Gunsten der insoweit unterliegenden Klägerin, also mithin nicht tragend, unterstellen, ohne dass sich daraus ein Transparenzmangel ergeben hätte, weil selbst solche hohen Anforderungen nicht zur Feststellung einer Rechtsverletzung führen konnten (siehe Senat, aaO Rn. 128, 184, 235, 294, 344 i.V.m. 356, 363, 372).
- 83 dd) Der Berufung mag möglicherweise darin zuzustimmen sein, dass die vorliegende Mitteilung der Bewertungsmethodik den im Urteil des Senats vom 3. April 2017 (6 U 151/16 Kart, juris Rn. 129 f) formulierten Anforderungen, übertrüge man sie unverändert von der Entscheidung über die Frage, ob der beabsichtigte Konzessionsvertrag geschlossen werden darf, auf die nunmehr allein zur Entscheidung stehende Frage der Ausgestaltung der Mitteilung über die Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG (bzw. der Berechtigung dagegen erhobener Rügen gem. § 47 Abs. 2 Satz 2, § 47 Abs. 5 EnWG), nicht genügen würde.
- 84 (1) Der 1. Verfahrensbrief der Beklagten sieht zunächst noch ohne Wertungsmöglichkeit hinsichtlich der Punkthöhe die Vergabe der vollen Punktzahl (nämlich durch Vergabe des Faktors 10) für ein Kriterium an das Angebot vor, das die zu diesem Kriterium genannten Anforderungen und Ziele im Vergleich aller Angebote am besten erfüllt. Insofern besteht nur der – wegen der zulässigen Offenheiten der Kriterien unvermeidbare – Wertungsbedarf für die jeweils binäre Entscheidung, ob ein Angebot im Vergleich zu jedem anderen besser oder schlechter ist. Etwasige Bedenken dagegen, wie sie in der Rüge 1.16 unter Buchst. b) (gänzlich pauschal) ergänzt worden sind, würden an der Ausformulierung des jeweiligen Kriteriums ansetzen und sind jedenfalls nicht (mehr) Gegenstand des Verfügungsantrags zu c). Dieser nimmt zwar auf die Rüge 1.16 Bezug, befasst

sich in der entsprechenden Passage Antragsbegründung (auf die schon der Antragswortlaut durch Bezugnahme auf Randziffern verweist) nur mit dem im Rügeschreiben unter Buchst. a) der Rüge 1.16 diskutierten Umstand der vermeintlichen Intransparenz der relativen Bewertungsmethodik. Der Verfügungsantrag macht mithin nicht etwa eine Rechtsverletzung (auch) unter dem Gesichtspunkt geltend, wie die Bewertungsmethode das im einzelnen Kriterium beste Angebot zu bestimmen wird.

- 85 (2) Die Bewertung der im jeweiligen Kriterium unterlegenen Angebote bleibt hingegen, zumindest was Auswahlkriterien mit nicht messbaren Gegenständen anbelangt, weitgehend unbestimmt der Wertung überlassen, welche Punktzahl auf einer Skala von 0 bis 10 ihrer Qualität gemessen an der qualitativen Abweichung vom besten Angebot entspricht. Vor allem liegt keine sachliche Umschreibung der Zielerreichungsgrade vor, die den zu vergebenden möglichen Punktezahlen entsprechen. Mangels rechnerischer Zugänglichkeit von Abweichungen bei nicht messbaren Kriterien ist daher zumindest bei solchen Kriterien keine größere Prognostizierbarkeit der Bepunktung unterlegener Angebote gewonnen, als wenn an ein Maß des Abstands zum besten Angebot angeknüpft würde, das anhand unbestimmter verbalen Umschreibungen („geringfügiger“, „deutlicher“ usw.) bestimmt werden soll, wie es der Senat im Urteil des Senats vom 3. April 2017 (6 U 151/16 Kart, juris Rn. 130) für ungenügend erachtet hat.
- 86 ee) Der Senat hält aber zumindest auf der Grundlage der seit dem 3. Februar 2017 geltenden Regelungen in §§ 46, 47 EnWG nicht daran fest, dass es in Ansehung der in der genannten Entscheidung als Tatsache feststehenden, hier nur möglichen Beteiligung der Gemeinde als Bieterin schlechthin vermieden werden müsste, an bloße unbestimmte Wertungen wie die eines „geringfügigen“, „deutlichen“, „großen“ oder „sehr großen“ Abstands zum besten Angebot anzuknüpfen, ohne die beabsichtigte Bewertungsmethode weiter offenzulegen. Vielmehr kann jedenfalls bei einem Konzeptwettbewerb (und nicht auf Erreichung eines zahlenmäßig vorgegebenen idealen Ziels) auch im Fall möglicher (oder erwarteter) kommunaler Bieterbeteiligung die Ankündigung einer (relativen) Bewertungsmethode genügen, die bei der späteren Auswahlentscheidung eine objektiv nachvollziehbare Bewertung ermöglicht, auch wenn diese nicht aufgrund genauer Festlegung der Bewertungsmethode an vorab festgelegte Zielerreichungsgrade anknüpfen kann, sondern qualitative Wertungen erfordern wird, die erst auf der Grundlage des Kreises der eingegangenen Gebote zu treffen sind. Ob und wenn ja welchen Detailgrad hingegen die Darstellung der einzelnen Auswahlkriterien haben muss, um die Bieter je nach etwaigen Besonderheiten des jeweiligen Kriteriums vor der vermeidbaren Gefahr späterer Manipulationen bei der Auswertung der Angebote zu schützen, muss hier nicht vertieft werden.
- 87 (1) Entgegen der Ansicht der Berufungserwiderung wären allerdings verschärfte Anforderungen an die Gemeinde bei der Vergabe der Wegerechte nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Vergabeverfahren (nicht zum Vorteil, aber auch nicht zum Nachteil der Aussicht eines kommunalen Betriebs auf Betrauung mit dem Netzbetrieb auszugestalten ist (siehe dazu BGH, WuW 2021, 586 Rn. 29 - Gasnetz Berlin). Besondere Transparenzanforderungen im Rahmen der die Gemeinde nach § 19 GWB, § 46 EnWG treffenden verfahrensmäßigen Verpflichtungen würden diese nicht in der Chancengleichheit hinsichtlich des Erhalts der Konzession als (potentielle) Netzbetreiberin beeinträchtigen, sondern ihr nur die Durchführung des Vergabeverfahrens in ihrer Eigenschaft als Wegerechteinhaberin erschweren.

- 88 (2) Nach § 46 EnWG sind die Auswahlkriterien und deren Gewichtung sowie die Mitteilung derselben an die Interessenten so auszugestalten, dass nicht bereits hierdurch ein bestimmter Interessent, mithin insbesondere die Gemeinde als potentielle Bieterin entgegen dem Diskriminierungsverbot gegenüber anderen potentiellen Bietern im Vorteil ist. Soweit dabei zunächst maßgeblich ist, inwieweit alle Bieter gleichermaßen den Inhalt der Vergabebedingungen bestimmen können, hat der Senat schon bisher auf die Sicht aller gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter gerade auch dann abgestellt, wenn die Gemeinde auf Bieterseite am Verfahren beteiligt ist (siehe Senat, Urteil vom 3. April 2017 - 6 U 153/16, juris Rn. 127), woran festzuhalten ist (so zuletzt auch Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 89). Denn die durch die Gemeinde nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG mitgeteilten Auswahlkriterien sind, nicht anders als im Vergaberecht, 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 (Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 89; vgl. BGH, RdE 2020, 422 Rn. 16 - Stromnetz Steinbach; WuW 2022, 90 Rn. 10 - Gasnetz Rösrath).
- 89 (3) Eine Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe unzulässig ist, ist zwar dann erreicht, wenn die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, auf deren Grundlage das beste Angebot ermittelt wird, und sie in Folge dessen auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotsbewertung nicht mehr effektiv geschützt sind (Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 344, insoweit unter Bestätigung von Senat, im Urteil vom 3. April 2017, 6 U 151/16 Kart, juris Rn. 129 mwN zum Vergaberecht). Das Transparenzgebot fordert aber auch im Fall gemeindlicher Bieterbeteiligung nicht, dass die Bewertungsskala hinsichtlich der einzelnen - auch in ihrer Gewichtung im Verhältnis zueinander - bekanntgegebenen Kriterien vorab (transparent) festgelegt ist. Auch ansonsten ist eine solche Anforderung nicht aus § 19 GWB oder § 46 EnWG abzuleiten. Eine diskriminierungsfreie und transparente Chance aller Interessenten auf den Erhalt der Konzession setzt nicht generell eine bestimmte Definition des für die relative Einordnung maßgeblichen Grads schon in der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung (§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG) voraus, zu dem die im Detail offen gestalteten Zielvorgaben bei der Auswertung der Angebote als erreicht anzusehen sein werden.
- 90 Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die allgemein anerkannten Beurteilungsmaßstäbe, wonach Besseres besser, Gleiches gleich und nicht schlechter sowie Schlechteres schlechter zu bewerten und Minder- oder Mehrbemessungen nur bei bedeutsamen Abweichungen angemessen sind, sich bei einem offenen Ideen- und Konzeptwettbewerb, bei dem maßgeblich das Wie der Zielerreichung und nicht lediglich ein zahlenmäßiger Grad des Ob zu werten sein wird, regelmäßig einer sinnvollen Konkretisierung bereits im Vorfeld der Abgabe von Angeboten entziehen. Es hat auch mit Recht darauf hingewiesen, dass es im Fall eines Ideen- und Konzeptwettbewerbs nicht zur Transparenz und Vorhersehbarkeit der Bewertung beiträgt, im Vorhinein einen Zielerreichungs- oder Erfüllungsgrad zu definieren und eine hieran anknüpfende Bewertungsskala

la aufzustellen, weil die Angebotsinhalte der Bieter nicht antizipiert und quasi vorweggenommen hypothetisch zu bewertet werden können.

- 91 (a) Zwar mag fraglich sein, ob auf solche Vorgaben, wollte man sie grundsätzlich schon für die Befähigung zur Teilnahme am Wettbewerb aus Ex-ante-Sicht für beachtlich halten, letztlich mit dem Argument verzichtet werden könnte, dass die Gemeinde die spätere Auswertung der Angebote im Hinblick auf diese Maßstäbe bei der Auswahlentscheidung besonders sorgfältig zu begründen hat. Eine – von der Klägerin angenommene – Beeinträchtigung der Befähigung des Bieters, ein sachgerechtes Gebot abzugeben, könnte durch eine transparente Auswertung nicht mehr geheilt werden (siehe ausführlich Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 345 ff).
- 92 (b) Konkreter Vorgaben zur (relativen) Einordnung von Zielerreichungsgraden bedarf es aber schon nicht zwingend, um den Interessenten die Auswahlkriterien und deren Gewichtung so transparent zu machen, dass sie ihr Angebot daran (bestmöglich) ausrichten können (dazu sogleich näher) und ihre diskriminierungsfreie Chance auf die Einräumung der Wegnutzungsrechte zu wahren. Insoweit besteht auch kein Unterschied zwischen dem Fall, dass die Gemeinde sich als Bieter beteiligt, und dem Fall, dass allein Dritte um die Konzession konkurrieren. In beiden Fällen kann der Interessent anhand der Bekanntgabe der Formulierung der Auswahlkriterien, die im Fall eines offenen Konzeptwettbewerbs eine Zielrichtung ohne abschließende Vorgabe der in Betracht kommenden Umsetzung vorgeben, und deren Gewichtung beurteilen, worauf er sein Angebot in den einzelnen Gesichtspunkten auszurichten hat, um seine Erfolgsaussichten zu fördern.
- 93 (aa) Dass nach der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung keine Festlegung zur Bewertungsmethode erfolgen darf, durch die eine Veränderung der Auswahlkriterien oder ihrer Gewichtung bewirkt würden (siehe dazu entsprechend für das Vergaberecht EuGH, VergabeR 2016, 721 Rn. 32, 35 ff - TNS Dimarso/Vlaams Gewest), steht dem nicht entgegen.
- 94 Der Senat verkennt nicht, dass die Möglichkeit von Wertungen im Rahmen der Angebotsauswertung, wären sie keiner objektiven Überprüfung zugänglich, dazu missbraucht werden könnten, mittelbar nachträglich die bekanntgegebene Gewichtung zu unterlaufen. So könnte theoretisch etwa im Rahmen von Kriterien, zu denen die Gemeinde selbst das beste Angebot abgibt, der relative Punkteabschlag bei einem konkurrierenden Gebot erheblich festgesetzt werden (bei der vorliegenden Skala etwa durch Vergabe von nur einem Punkt für den Konkurrenten), selbst wenn letzteres absolut betrachtet nur wenig vom Bestgebot abweicht. Entsprechend könnte im Rahmen von Kriterien, zu denen die Gemeinde ein deutlich unterlegenes Angebot abgibt, ein nur geringfügiger Punkteabschlag gewählt werden. So ließe sich nachträglich entgegen der bei Angebotsaufforderung gemachten Mitteilung eine Vergabeentscheidung treffen, bei der diejenigen Kriterien besonders ins Gewicht fallen, in denen das Angebot der Gemeinde sich als vorteilhaft erweist.
- 95 Wo indes der – wenn auch Wertungen bei der Auswertung vorbehaltene – Maßstab zur Bepunktung der zu einem Kriterium unterlegenen Leistungsangebote es ermöglicht, diese Bewertung ex post einer objektiven Überprüfung in dem Maß zu unterziehen, dass derartige Manipulationen aufgedeckt würden, ist hinreichend gewährleistet, dass die bekanntgegebene Gewichtung der Kriterien tatsächlich in der gebotenen Form gerade diejenige Gewichtung transparent macht, die später die Auswahlentscheidung leiten wird. Unter solchen Umständen ist auch eine (drohende) Diskriminierung nicht schon anhand

der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung zu greifen. Vielmehr ist später die Auswertung der Angebote darauf zu prüfen, ob die zuvor angekündigte Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien bei der Bewertung der Angebote tatsächlich beachtet wurde oder vielmehr durch sachlich nicht begründete Bewertungsabstufungen unterlaufen wurde (siehe EuGH, aaO Rn. 35 - TNS Dimarso/Vlaams Gewest).

- 96 Unter diesem letztgenannten Gesichtspunkt stimmt der Senat dem Landgericht zu, dass eine (nach der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung noch bestehende) Offenheit der Bewertungsmethode nicht grundsätzlich bedenklich ist, weil das darin theoretisch liegende Missbrauchspotential ein Korrektiv dadurch erfährt, dass zur Gewährleistung effektiven Schutzes vor einer willkürlichen oder diskriminierenden Angebotsauswertung gesteigerte Anforderungen an Dokumentation und Begründung der Auswahlentscheidung zu stellen sind. Von der Gemeinde ist nämlich in derartigen Fällen eine sachlich begründete, diskriminierungsfreie Bewertung der einzelnen angebotenen Leistungen erwarten, die anhand der nach § 46 Abs. 5 EnWG gebotenen Begründung für den abgelehnten Bieter nachzuvollziehen sein muss (siehe auch OLG Schleswig, Urteil vom 25. Juni 2018 - 16 U 3/18 Kart, juris Rn. 80). Ohnehin muss die Gemeinde den unterlegenen Bieter im Allgemeinen jedenfalls auf sein Verlangen darüber unterrichten, aufgrund welcher Erwägungen sie zu dem Ergebnis gelangt ist, dass das Angebot des Bieters, dem die Konzession erteilt werden soll, nach den mitgeteilten Auswahlkriterien das bessere ist, wozu grundsätzlich die umfassende Unterrichtung über das Ausschreibungsergebnis durch Überlassung einer ungeschwärzten und vollständigen Kopie des für die Auswahlentscheidung der Gemeinde erstellten Auswertungsvermerks erforderlich ist (vgl. BGH, WuW 2022, 90 Rn. 10 - Gasnetz Rösrath). Insoweit gilt das bei Konzessionsvergaben grundlegende Transparenzgebot, das die Prüfung der Einhaltung des bei Auswahl- und Vergabeentscheidungen allgemein bestehenden Diskriminierungsverbots sicherstellen soll, und auch im Hinblick auf die Gründe einer Auswahlentscheidung (vgl. BGH, WuW 2022, 90 Rn. 8 - Gasnetz Rösrath; OLG Dresden, ZNER 2019, 35 [juris Rn. 118]). Einer in dieser Hinsicht (ex post) in besonderem Maß transparenten Auswahlentscheidung (in Ergänzung zu der Ex-ante-Transparenz der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung; siehe zur allgemeinen vergaberechtlichen Systematik Renner in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 127 Rn. 44, 51) bedarf es im Fall offener Ausschreibung und relativer Bewertung, um wegen der offenen Gestaltung der Ausschreibung drohende, nicht an den Auswahlkriterien, sondern am Ergebnis orientierte Entscheidungen zu vermeiden (vgl. KG, Urteil vom 24. September 2020 - 2 U 93/19 EnWG, juris Rn. 116, unter berechtigtem Hinweis auf BGH, VergabeR 2017 Rn. 52 f - Postdienstleistungen; siehe bereits Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, Rn. 346, juris; vgl. auch Renner, aaO Rn. 50).
- 97 (c) Danach verbleibt es im Rahmen des hier maßgeblichen Prüfungsprogramms, ob aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung eine Rechtsverletzung zu ersehen ist, bei Folgendem: Auch bei zu erwartender Bieterbeteiligung der Gemeinde gilt der Grundsatz, dass das Offenlassen der (konkreten) Bewertungsmaßstäbe insoweit unzulässig ist, als die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, auf deren Grundlage das beste Angebot ermittelt wird, und sie in Folge dessen auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotsbewertung nicht mehr effektiv geschützt sind (vgl. Senat, Urteil vom 3. April 2017 - 6 U 153/16 Rn. 129 mwN; Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart -, Rn. 344, juris zum Vergaberecht).

- 98 Dabei ist es nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 348) – im Übrigen selbst bei Anlegung strenger Maßstäbe wegen gemeindlicher Bieterbeteiligung (Senat, aaO Rn. 356) – nicht ausgeschlossen, dass die angekündigten Bewertungsmaßstäbe in ihrer Anwendung Wertungen voraussetzen. Solche sind nicht zu vermeiden, soweit – wie hier – die Ausschreibung ergebnisoffene Elemente enthält, was unter dem Gesichtspunkt der Transparenz der Bewertungsabsicht nicht unzulässig ist (vgl. zum Ideen- und Konzeptionswettbewerb: Senat, Urteil vom 11. Dezember 2019 – 6 U 81/19, S. 25 f, unveröffentlicht), sofern die Bieter erkennen können, welche Anforderungen damit an sie gestellt werden (siehe auch zum Vergaberecht: BGH, VergabeR 2017 Rn. 46 – Postdienstleistungen). Insoweit ist es nämlich, wie der Senat (Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 349 f) mit den im Folgenden wiedergegebenen Erwägungen ebenfalls bereits ausgeführt hat, weder praktisch sinnvoll noch auch nur theoretisch denkbar, eine finale Bewertungsskala bereits im Vorhinein zu entwerfen (OLG Schleswig, Urteil vom 25. Juni 2018 – 16 U 3/18 Kart, juris Rn. 76).
- 99 Die Kommune ist nicht gehalten, sämtliche materiellen Aspekte, die sie bei der vorzunehmenden Wertung der Angebote berücksichtigen will, im Vorhinein bis ins letzte Detail wertungsmäßig aufzuschlüsseln. Dies gilt zumindest, wenn die zur Erläuterung der Unterkriterien aufgeführten Aspekte keine abschließende Auflistung, sondern vielmehr die aus Sicht der Kommune zentralen Gesichtspunkte darstellen. Dies ist notwendige Folge, soweit eine inhaltliche Offenheit des Bieterwettbewerbs den Bewerbern Spielraum dafür lässt, auch eigene (neue) Gesichtspunkte einzubringen. In einem solchen Gefüge spielt zwar auch die Art und Weise für die Bewertung eine zentrale Rolle, wie und welche der verschiedenen von der Kommune aufgeführten Aspekte vom jeweiligen Bieter konkret verwirklicht, miteinander in Einklang gebracht oder gegebenenfalls noch ergänzt werden. Dies aber kann – wie auch das Landgericht zutreffend angeführt hat – erst bei Vorliegen der Angebote beurteilt werden und steht einer starren Bewertungsvorgabe hinsichtlich der in Betracht kommenden Einzelaspekte des Kriteriums bzw. des Unterkriteriums entgegen (vgl. Senat, Urteil vom 11. Dezember 2019 – 6 U 81/19, S. 26, unveröffentlicht; KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 2 U 18/18 EnWG, juris Rn. 95). Insoweit fordert das Transparenzgebot bei zulässigen Offenheiten der Ausschreibung für eigene Gestaltungen des Bieters nicht, dass er bei Abgabe seines Gebots weiß, welche Leistungen er bieten muss, um das am höchsten zu bewertende Gebot zu machen oder einen bestimmten Grad in der relativen Bewertungsskala zu erreichen (siehe auch Senat, Urteil vom 11. Dezember 2019 – 6 U 81/19, S. 26, unveröffentlicht; Beck-VergabeR/Opitz, 4. Aufl., GWB § 127 Rn. 133 mwN zum Vergaberecht).
- 100 Das Landgericht hat mit Recht unter Hinweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Vergaberecht (BGH, VergabeR 2017, 460 Rn. 46 f – Postdienstleistungen; siehe EuGH, VergabeR 2016, 721 – Dimarso) ausgeführt, dass die Forderung nach konkretisierenden Informationen zu den mit der Erfüllung der Unterkriterien verbundenen Erwartungen und deren Bewertung darauf hinausliefe, der Gemeinde die Durchführung eines partiell anderen Vergabeverfahrens aufzuerlegen, als es ihren eigentlichen Intentionen entspricht, und den Bietern direkt oder mittelbar Lösungskomponenten vorzugeben, die diese zwangsläufig aufgreifen würden, um in der Angebotswertung bestehen zu können; damit würde die Gemeinde gezwungen, Aufgaben zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen des offenen Ideen- und Konzeptwettbewerbs in rechtlich unbedenklicher Weise auf die Bieter delegieren wollte. Wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, würde mithin ein nach konzeptionellen Kriterien beabsichtigter Ideenwettbewerb konterkariert,

wenn die Gemeinde gezwungen wäre, antizipierte Angebotsinhalte in eine abgestufte Rangfolge zu bringen oder eine Bewertungsskala nach Zielerreichungs- oder Erfüllungsgraden zu erstellen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2019 - 2 U 218/18, juris Rn. 87).

- 101 Das mit der Gewährleistung eines unverfälschten und diskriminierungsfreien Wettbewerbs nach sachlichen Kriterien einhergehende Bedürfnis am Netzbetrieb interessierter Unternehmen, erkennen zu können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt, wird dadurch erfüllt, dass diesen Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (siehe BGHZ 199, 289 Rn. 34 f - Stromnetz Berkenthin, BGH, WuW 2020, 331 Rn. 15 - Stromnetz Steinbach; WuW 2022, 90 Rn. 10 - Gasnetz Rösrath; Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 89). An dieser ex-ante-Transparenz ist die Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung zu messen. Danach ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte erst im Rahmen der Auswahlentscheidung durch wertende Betrachtung aller Leistungsinhalte der jeweiligen individuellen Angebote verschiedener Bieter konkrete materielle Wertungen (im Sinn eines Gütevergleichs) dazu vorzunehmen haben wird. Ob schließlich die Auswahlentscheidung hinreichend transparent in Einklang mit den vorab mitgeteilten Kriterien und deren Gewichtung sowie insbesondere mit sachlich gerechtfertigten Erwägungen hinsichtlich der Bewertungen erfolgt, kann deren Überprüfung vorbehalten bleiben.
- 102 All dies mag nicht ausschließen, dass sich bei Ankündigung einer mit offenen Wertungen verbundenen Bewertungsmethode gewisse Anforderungen an die Beschreibung einzelner Auswahlkriterien ergeben können, um – dem Diskriminierungsverbot nach § 46 Abs. 1 EnWG, § 19 GWB genügend – in der Gemeinde zumutbarer und im Interesse der Bieter gebotener Weise Spielräumen für sachwidrige Bewertungen vorzubeugen. Inwieweit nähere Konkretisierungen – wie etwa die Vorgabe eines Erwartungshorizonts (z.B. „Hausanschlusskosten sollen im bestenfalls ... €, höchstens aber ... € betragen.“), der bei der (relativen) Bewertung der Abweichungen helfen kann – ohne unangemessene Einengung des Ausschreibungsspielraums der Gemeinde erforderlich sind, kann aber nicht allgemein beantwortet werden. Dies mag insbesondere bei „messbaren“ Kriterien eher als bei schon offen formulierten und auf Konkretisierung durch den Bieter (durch Vorstellung von Konzepten oder Ideen) angelegten Kriterien in Betracht kommen. Unter diesem Gesichtspunkt ergäben sich allerdings etwaige Rechtsverletzungen nicht aus der Verlautbarung einer – Wertungen erfordernden – Bewertungsmethode selbst, sondern allenfalls aus deren Zusammenspiel mit einer (ggf. mit Blick auf die beabsichtigte Bewertungsmethode ungenügend transparenten) Ausformulierung des jeweiligen Kriteriums (siehe Senat, Urteil vom 3. April 2017 - 6 U 151/16 Kart, juris Rn. 130: „nicht zuletzt in Kombination mit der teilweise nicht hinreichend bestimmten Beschreibung der Erwartungen der Gemeinde“ und Rn. 132 ff).
- 103 ff) Ausgehend von diesem Maßstab ist die vorliegende mitgeteilte beabsichtigte relative Bewertungsmethode, so wie sie gerügt ist, nicht zu beanstanden. Wie das Landgericht haben im Ergebnis insbesondere auch das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht (Urteil vom 18. Mai 2020 - 16 U 66/19 Kart, juris Rn. 124 ff), das Brandenburgische Oberlandesgericht (WuW 2018, 93 [juris Rn. 118]) und das Oberlandesgericht Celle (Urteil vom 19. Oktober 2017 - 13 U 38/17 (Kart), juris Rn. 43 ff) gerade die hier vorliegende Formulierung der Bewertungsmethode in Verfahren nach § 46 EnWG gebilligt (ebenso in einem vergaberechtlichen Verfahren OLG Celle, ZfBR 2021, 686), insbesondere in Anse-

hung dessen, dass diese auch auf messbare Kriterien wie die Hausanschlusskosten o.ä. (siehe OLG Schleswig, aaO Rn. 136) anzuwenden ist. Diese Beurteilung trifft nach Auffassung des Senats auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien zu.

- 104 (1) Allerdings weist die Berufung im Ansatz mit Recht darauf hin, dass die Bewertung bei „messbaren“ Kriterien (wie der Höhe der Netznutzungsentgelte, Hausanschlusskosten oder Baukostenzuschüsse, ebenso bei Zeiträumen wie Servicezeiten oder Zeit der Störungsbeseitigung; weitere Beispiele in der Berufungsduplik, Rn. 82 f) keine Ideen oder Konzepte des Bieters erfragt werden. Die Berufung führt auch zutreffend aus, dass die Bewertung solcher Kriterien daher eher als bei sonstigen Kriterien einer weiteren Determinierung zugänglich gewesen wäre. So mag es in einer Vielzahl von Konzessionsvergabeverfahren verbreitet sein, bei messbaren Kriterien im Vorhinein konkrete Rechenformeln oder Abstufungen zur Bestimmung der Erfüllungsgrade vorzugeben. Dies lässt aber keine Rechtsverletzung im Rahmen der – hier allein gerügten – Darstellung der beabsichtigten Bewertungsmethode (Abschnitt D. des ersten Verfahrensbriefs) feststellen.
- 105 (a) Entgegen der Ansicht der Berufungserwiderung ist dieser besondere Gesichtspunkt der mangelnden Determinierung der Bewertung gerade (auch) bei messbaren Kriterien nicht mangels konkreter Rüge von vorneherein auszublenden. Die insgesamt gegen die Intransparenz der Vorgaben zur Bewertungsmethode gerichtete vorgerichtliche Rüge umfasst diesen Aspekt, soweit es allgemein darum geht, ob die Bewertungsmethode schlechthin unzulässig bei messbaren Kriterien ist.
- 106 (b) Die Rüge greift aber unter diesem Gesichtspunkt in der Sache nicht durch.
- 107 Zwar zeigen die Ausführungen der Parteien, dass sich bei oberflächlicher Betrachtung Missverständnisse ergeben können, wenn man die hier in Rede stehenden Formulierungen unter D. des 1. Verfahrensbriefs auf bestimmte messbare Kriterien liest. Das Rechenbeispiel der Berufungserwiderung, wonach Gebote mit Hausanschlusskosten von einerseits 800 € und andererseits 1.000 € vermeintlich im Verhältnis von „10 zu 8 Punkten“ bepunktet würden, nimmt den Betrag des schlechtesten Gebots (1.000 €) zur Basis einer rein rechnerischen Ermittlung des Punktabzugs, indem die Abweichung (in Gestalt des Differenzbetrags zwischen dem einen Gebot und dem Bestgebot) ins Verhältnis zu diesem schlechtesten gebotenen Betrag gesetzt wird. Dies hält die Klägerin für unvereinbar mit den Vorgaben des 1. Verfahrensbriefs. Sie zieht stattdessen insbesondere in Betracht, die im Verhältnis zur maximal erreichbaren Punktzahl (Faktor 10) vorzunehmende Abwertung unterlegener Gebote anhand des Verhältnisses (Quotienten) der Abweichung (in Gestalt des besagten Differenzbetrags) zum Bestgebot zu errechnen.
- 108 Indes wären beide angesprochenen Rechenmethoden als Begründung für die Bepunktung des unterlegenen Gebots gemäß den Bewertungsvorgaben des 1. Verfahrensbriefs weder notwendig noch ausreichend. Diese stellen nämlich auf eine „qualitative“ Abweichung zum besten Angebot ab, wobei die Angebote „wertend verglichen“ werden. Für messbare Kriterien, bei denen theoretisch Rechenformeln angewendet werden könnten, ist keine Ausnahme vorgesehen, insbesondere nicht im Sinn eines dann quantitativen Vergleichs. Dementsprechend legen die Vorgaben auch gerade keine „Basis“ für Verhältnisrechnungen fest. Für eine wertende Berücksichtigung der qualitativen Abweichung zwischen dem Bestgebot und einem jeweils anderen Gebot kommt es darauf an, wie diese Gebote sich qualitativ in das in Betracht kommende Leistungsspektrum einordnen. Wo beispielsweise ein gebotener Wert umso besser ist, je höher er ist (z.B. bei Verfügbarkeitszeiten einer Telefonhotline), bedeutet eine Halbierung gegenüber dem Bestge-

bot (z.B. 1 Stunde pro Woche bei einem Bestgebot von 2 Stunden pro Woche) nicht zwingend, dass das schlechtere Gebot nur halb so viele Punkte wert ist. Liegen nämlich beispielsweise beide Beträge weit von dem entfernt, was als günstiges Angebot noch ernsthaft in Betracht gekommen wäre (beispielsweise 40 Stunden pro Woche), so müsste zwar nach den eindeutigen Vorgaben das Bestgebot (2 Stunden) mit 10 Punkten bewertet werden; ein wertend betrachtet ähnlich schlechtes, wenn auch noch etwas schlechteres Gebot dürfte demgegenüber schwerlich mit einem Punktabzug von 5 Punkten versehen werden, der nicht die „qualitative“ Abweichung widerspiegeln würde. Bei dem zwischen den Parteien diskutierten Beispiel der Hausanschlusskosten, die möglichst gering sein sollen, wäre im Übrigen bei einer wertenden Betrachtung in Erwägung zu ziehen, ob die Bewertung der relativen qualitativen Abweichung anhand der Spanne vorzunehmen sein könnte, die zwischen dem Bestgebot (oder einem im günstigsten Fall denkbaren Gebot) und einer erwarteten Mindestgüte (im Beispiel etwa einem bestimmten ungünstigen Höchstbetrag, z.B. 5.000 €) liegt (siehe Beck-VergabeR/Opitz, 4. Aufl., GWB § 127 Rn. 134 mwN).

- 109 Danach bleibt zunächst festzuhalten, dass die hier gerügten Bewertungsvorgaben keine rechnerische Determinierung der Bepunktung hinsichtlich messbarer Kriterien unter Einsatz der gebotenen Beträge enthält. Ob eine Rechenformel – und gegebenenfalls welche – je nach Kriterium sachgerecht ist, ist durch den 1. Verfahrensbrief (nur) insoweit vorgezeichnet, als die Bepunktung im Ergebnis bei wertender Betrachtung sich aus der qualitativen Abweichung vom Bestgebot ergeben muss. Kaum vorstellbar ist allerdings, dass es dem gerecht werden könnte, den Punktabzug – wie die Klägerin es als zusätzliche denkbare Deutung des Verfahrensbriefs ins Spiel bringt – allein danach vorzunehmen, wie groß absolute Differenz zwischen den Geboten ist und dabei je Punkt einen bestimmten Schritt zu definieren (im Beispiel der Berufungsreplik: 1 Punkt je 100 €).
- 110 Einer solchen Determinierung der Bewertung durch Festlegung einer Rechenmethode bei messbaren Kriterien bedarf es aber auch nicht, um – dem ex-ante-Transparenzgebot genügend – deutlich zu machen, in welchen Leistungskriterien sich Anstrengungen des Bieters lohnen, um seine Bewertung zu verbessern. Es bestehen auch bei messbaren Kriterien keine Bedenken dagegen, dass die Gemeinde offen lässt, welche Leistungen sie insbesondere in ihrer Quantität als möglich und zugleich unübertreffbar ansieht, also in jedem Fall mit maximaler Punktzahl honorieren würde und zum Maßstab von Abwertungen nehmen würde. Auch bei messbaren Kriterien ist es dann aufgrund der (bloß) quantitativen Offenheit der Zielvorgabe, also ohne Festlegung von Mindest- und/oder Höchstgeboten, nicht ohne weiteres möglich, eine feste Bewertungstabelle vorzugeben (siehe auch Decluvé, NZBau 2017, 646, 649 f). Ein Verzicht auf die Vorabfestlegung von Bewertungsabschlägen anhand definierter Zielerreichungsgrade ist (auch) dort insbesondere vor dem Hintergrund legitim, dass im Vorhinein nicht feststeht, in welcher Höhe die messbare Leistung höchstens geboten werden könnte und somit auch offen ist, ob Leistungen geboten werden, die über einen vor Beginn des Auswahlverfahrens etwa bestehenden Erwartungshorizont der Gemeinde hinausgehen mögen (siehe Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 343; OLG Brandenburg, WuW 2018, 93 [juris Rn. 118]). Entsprechend kann das Maß der Abwertung insbesondere von der noch ungewissen Höhe des Bestgebots abhängig gemacht werden.
- 111 Die Gemeinde ist auch zumindest nicht generell gezwungen, Rahmen-, Höchst- oder Mindestvorgaben zu machen. Vielmehr kann die Gemeinde der Auswahlentscheidung unter Umständen auch überlassen, wie sie – insbesondere im Licht des Spektrums der ein-

gegangenen Angebote und gegebenenfalls nach weiterer Ermittlung und Bewertung der Marktverhältnisse – die zutage getretenen Abweichungen qualitativ bewertet. Auch wenn solche Fragen der (relativen) Bewertung in Betracht kommender Angebote in der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung offen bleiben, ist zumindest klar, in welchen Punkten die Gemeinde Vorzüge bewerten wird und in welche Richtung die von der Gemeinde erwarteten Vorzüge der Gebote weisen sollen, so dass die Bieter ihr Angebot danach ausrichten können. Somit kann die Gemeinde insbesondere bei Kriterien, bei denen eine möglichst geringe Quantität günstig ist, also die denkbar ungünstigste Leistung eines grundsätzlich nach oben (also zum Ungünstigsten) offenen Spektrums nicht naturgemäß feststeht, einer sorgfältigen Erwägung im Lichte der eingehenden Gebote und einer Betrachtung der sonst zugänglichen Erkenntnisse über die Marktüblichkeiten überlassen, welche Güte die messbaren Leistungsangebote haben und welches Gewicht den danach konkret auftretenden Differenzen zukommt. Die sich dabei ergebenden Wertungsspielräume sind bei der Auswahlentscheidung in einer Weise auszufüllen, die ex post transparent angegeben wird, um die Überprüfung der Auswahlentscheidung auf diskriminierende Erwägungen zu ermöglichen.

- 112 Allenfalls nach den Besonderheiten des jeweils in Rede stehenden Kriteriums mögen im Einzelfall Rahmenvorgaben von der Gemeinde zu erwarten sein, etwa weil dies bei manchen „messbaren“ Kriterien in zumutbarer Weise durch die Bestimmung eines Rahmens (Erwartungshorizonts) möglich sein mag. Verstöße hiergegen betreffen aber nicht die Transparenz der Bewertungsmethode, sondern wären als Rechtsverletzung bei Mitteilung des betroffenen Kriteriums (in Verbindung mit der offenen Bewertungsmethode) zu rügen. Ob alle Formulierungen der Auswahlkriterien des vorliegenden ersten Verfahrensbriefs insoweit frei von Mängeln sind, steht hier nicht zur Entscheidung des Gerichts. Denn eine konkrete Rüge hinsichtlich bestimmter (etwa bestimmter messbarer) Kriterien hat die Klägerin, die allein darüber disponiert, vorgerichtlich nicht erhoben und mit dem Verfügungsantrag, der auf die vorgerichtliche Rüge 1.16 Bezug nimmt, auch nicht zum Streitgegenstand gemacht.
- 113 All dies schließt nicht aus, dass bei der späteren Auswahlentscheidung je nach dem in Rede stehenden Kriterium und den Umständen insbesondere der durch die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit propagierte Berechnungsansatz (im Beispiel: Bepunktung mit 8 zu 10 bei Hausanschlusskosten von 1.000 € zu 800 €) ein probates Mittel für die Annäherung an eine sachgerechte Bewertung der qualitativen Abweichung und somit der Bepunktung sein kann. Dass die durch die Beklagte zitierten Gerichtsentscheidungen (OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018, Az. 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 186; OLG Celle, Urteil vom 19. Oktober 2017 - 13 U 38/17 (Kart), juris Rn. 59, 60) bei einer Überprüfung von Auswahlentscheidungen auf der Grundlage übereinstimmend formulierter Mitteilungen der Auswahlkriterien und deren Gewichtung solche Begründungen nach dem durch die Beklagte aufgezeigten Rechenschema in bestimmten Punkten gebilligt haben, steht daher nicht in Widerspruch zu den obigen Erwägungen.
- 114 Eine Intransparenz ergibt sich insoweit nicht daraus, dass die Befürchtung bestehen mag, dass die Gemeinde sich an eine solche rechnerische Bewertungsmethode gebunden sieht (zumal sie den objektiven Gehalt ihres 1. Verfahrensbrief im vorliegenden Prozess so fehlinterpretiert). Der insoweit maßgebliche Verfahrensbrief, der allein hier zur Prüfung auf Rechtsverletzungen steht, gibt zur Annahme einer solchen Bindung an eine vermeintlich determinierte Rechenformel keinen Anlass. Die unzutreffende Argumentation im durch einen Bevollmächtigten verantworteten rechtlichen Vorbringen im Pro-

zess veranlasst nicht zu der Annahme, ein sorgfältiger Bieter werde im Unklaren darüber gelassen, ob für die Angebotsbewertung letztlich wertende, qualitative Vergleiche oder vielmehr streng quantitativ anknüpfende Rechenoperationen maßgeblich sein werden. Sollte eine künftige Auswahlentscheidung insoweit den eigenen Vorgaben der Beklagten im 1. Verfahrensbrief nicht gerecht werden, etwa wenn sich die im Prozess angekündigte rechnerische Methode in Ansehung der eingegangenen Angebote als nicht sachgerecht darstellen, aber dennoch aufgrund irrtümlicher Interpretation durch die Beklagte für zwingend gehalten und angewendet würde, so wäre dies ein Fehler (erst) der Auswahlentscheidung und danach zu rügen. Abgesehen davon wären solche Auslegungsfragen hinsichtlich der Bepunktung kaum von relevanter Bedeutung, soweit es um die – hier inmitten stehende – Frage geht, ob der Bieter erkennen kann, auf welche Kriterien und mit welchem Gewicht es der Gemeinde ankommt, um sein Gebot bestmöglich danach auszurichten.

- 115 (2) Bei messbaren wie den sonstigen Kriterien gilt, dass ein hinreichend objektiv nachprüfbarer Maßstab dadurch vorgegeben ist, dass der Punktabzug entlang der Skala von 0 bis 10 der qualitativen Abweichung „entsprechend[e]“ sein wird. Dies lässt aus Sicht eines verständigen und sorgfältigen Bieters erkennen, dass die Gemeinde nach objektiver Betrachtung zu beurteilen haben wird, ob ein in einem Kriterium schlechteres Angebot vom Bestgebot im Rahmen des nach den Gepflogenheiten in der Netzwirtschaft in Betracht kommenden maximal (mit der Folge Bepunktung von 1) oder – und in welchem Maß – nur teilweise abweicht (mit der Folge einer dem äquivalenten Bewertung von bis zu 9 Punkten). Ebenfalls nicht näher zu bestimmen ist bei der auf die Eingabe von Ideen des Bieters gerichteten Ausschreibung die Verwendung des wertenden Begriffs „qualitativ“, der ersichtlich danach fragt, ob und in welchem Maß das Gebot unter dem Blickwinkel der Zielvorgaben des jeweiligen Kriteriums günstig bzw. ungünstig ist (verglichen mit anderen Geboten). Soweit es um messbare Kriterien geht, versteht sich im Übrigen ohnehin von selbst, worin die Qualität liegt (so z.B. bei Netzentgelten in einem möglichst geringen Geldbetrag, bei Erreichbarkeitszeiten in einem möglichst hohen Betrag der Zeiteinheiten). Die hinsichtlich aller Kriterien jeweils gebotene sorgfältige Begründung der Bewertung im Rahmen der Auswahlentscheidung wird die Überprüfung ermöglichen, ob die jeweils festgesetzten Abschlüsse Ausfluss einer an tatsächlich zutreffenden Annahmen und sachgerechten Erwägungen orientierten Beurteilung sind. Ob möglicherweise einzelne, etwa bestimmte messbare Auswahlkriterien insoweit nicht hinreichend bestimmt formuliert sein mögen, um in Verbindung mit der unter D. formulierten Bewertungsmethode Missbrauchsmöglichkeiten bei der Auswahlentscheidung in gebotenen Maß entgegenzuwirken, ist hier nicht zu entscheiden.
- 116 (3) Ob es unter außergewöhnlichen Umständen, etwa wenn die Komplexität des Gegenstands besonders vielschichtige Wertungskriterien erforderlich macht, bei Verwendung eines Benotungs- oder Punktbewertungssystems durch die Vergabestelle zur Vermeidung einer intransparenten Wertung erforderlich sein könnte, dass der Auftraggeber seine Vorstellungen oder Präferenzen zum denkbaren Zielerreichungsgrad erläutert und damit Anhaltspunkte für eine günstige oder ungünstige Benotung vorgibt für (für das Vergaberecht offengelassen bei BGH, VergabeR 2017, 460 Rn. 48 - Postdienstleistungen), bedarf hier keiner Entscheidung. Eine solche außergewöhnliche Komplexität ist weder geltend gemacht noch ersichtlich. Die „Doppelrolle“ der Beklagten rechtfertigt wie ausgeführt keine andere Beurteilung.

- 117 IV. Die hinsichtlich der Kosten der Berufung und der Kosten der Anschlussberufung jeweils der Wertung von § 97 Abs. 1 ZPO folgende Kostenentscheidung ergeht einheitlich entsprechend § 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ZPO. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht veranlasst (§ 542 Abs. 2 ZPO).