

## **LG Köln, Urteil vom 07.11.2012 – 90 O 59/12**

### **Tenor:**

Die einstweilige Verfügung vom 10.10.2012 wird aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Verfügungsklägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Verfügungsklägerin kann die Vollstreckung gegen sich durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn die Verfügungsbeklagte nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Der Verfügungsbeklagten bleibt nachgelassen, die Sicherheitsleistung auch durch unwiderrufliche, selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts zu erbringen.

### **Tatbestand:**

Die Verfügungsklägerin ist Inhaberin der Strom-Konzession bezüglich des Stadtgebiets der Verfügungsbeklagten. Der Konzessionsvertrag endet zum 31.12.2012, was die Verfügungsbeklagte mit Datum vom 07.10.2012 im elektronischen Bundesanzeiger und mit Datum vom 12.10.2010 im papierenen Bundesanzeiger bekannt machte, verbunden mit der Aufforderung an potentielle Bewerber, ihr Interesse am Abschluss eines Anschlussvertrages zu bekunden. In der Folgezeit reichten mehrere Unternehmen, unter anderem auch in die Verfügungsklägerinnen, ihre Interessenbekundungen ein.

Mit Ratsbeschluss vom 13.12.2011 legte die Verfügungsbeklagte die Bewertungsmatrix mit ihren Gewichtungen sowie die Einzelheiten eines Muster-Konzessionsvertrages fest. Auf die zur Akte gereichten Kopien (Anlage ASt 1 und 2) wird insoweit Bezug genommen.

Sodann forderte die Verfügungsbeklagte alle Bewerber mit Schreiben vom 26.01.2012 auf, bis zum 29.02.2012 ein indikatives Angebot einzureichen, und kündigte Verhandlungsgespräche mit jedem Bieter hierüber an. Das von der Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 28.02.2012 am selben Tage eingereichte indikative Angebot war unter anderem mit einem überarbeiteten Entwurf des Konzessionsvertrages versehen sowie mit umfangreichen Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Änderungen. Nachdem hierüber in einem Gespräch vom 07.03.2012 verhandelt worden war, legte die Verfügungsklägerin unter dem 19.04.2012 ihr verbindliches Angebot vor. Auch insoweit wird auf die zur Akte gereichten Kopien (Anlagen ASt 3 und AG 2 und 3) verwiesen.

In der Folgezeit holte die Verfügungsbeklagte ein Gutachten der A mbH (A) zur Überprüfung des Vergabevorschlags ihrer Verwaltung ein, welches unter dem 30.07.2012 vorgelegt wurde und wegen dessen Einzelheiten auf die zur Akte gereichte Kopie (Anlage ASt 4) Bezug genommen wird.

Die Antragsgegnerin nahm unter Einbeziehung der in dem Gutachten ausgeführten Erwägungen ihre abschließende Bewertung der letztverbindlichen Angebote vor und vergab an die Klägerin in nahezu allen Bewertungskategorien die höchstzulässige Punktzahl, ausgenommen der Kriterien

"Endschaftsbestimmung", "Sonderkündigungsrecht/verkürzte Laufzeit" und "Auskunftsanspruch", für die sie der Klägerin lediglich 4 von 5 Punkten zuerkannte. Der Rat fasste in seiner Sitzung vom 25.09.2012 sodann den Beschluss, die Stromkonzession an die B AG (B) zu vergeben. Mit Datum vom 02.10.2012 wurde der Beschluss mit seinen maßgeblichen Gründen bekannt gegeben und den Bietern unter dem 04.10.2012 mitgeteilt (Anlage ASt 5).

Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, die Verfügungsbeklagte habe bei ihrer Entscheidung gegen die Vorgaben des europäischen Primärrechts verstoßen sowie kartellrechtswidrig gehandelt. So habe es bereits an einer transparenten Benennung der Auswahlkriterien gefehlt, die derart dehnbar gewesen seien, dass sie für eine Veränderung der Sichtweise nach Einholung des A-Gutachtens Raum geboten hätten. Jedenfalls sei die darin vorgenommene Bewertung für die Verfügungsklägerin unvorhersehbar und unkalkulierbar gewesen. Die beklagtenseits verwendete Bewertungsmatrix leide zudem an einer fehlerhaften Gewichtung der Entscheidungskriterien, die größtenteils nicht den Vorgaben des § 46 Abs. 3 S. 5 in Verbindung mit § 1 EnWG entsprochen habe. Ein aufgrund der Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten geschlossener Konzessionsvertrag wäre daher gemäß § 134 BGB nichtig. Mit dieser Einwendung sei die Verfügungsklägerin auch nicht präkludiert, da die Bestimmung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG im öffentlichen Interesse liege. Diese Einwendung könne die Verfügungsklägerin

Bei ihrer Auswahlentscheidung habe die Verfügungsbeklagte ferner verkannt, dass ihr die klägerseits mit Rücksicht auf den unbestimmten Rechtsbegriff einer "wirtschaftlich angemessenen Vergütung" vorgeschlagene Endschaftsbestimmung eher Vorteile als Nachteile bringe. Jedenfalls sei das von der A in den Vordergrund gestellte Argument eines höheren Konfliktpotenzials der von der Verfügungsklägerin vorgeschlagenen Regelung weder zutreffend noch tragfähig.

Ein weiterer Punktabzug wegen der klägerseits vorgenommenen Streichung der in § 10 Abs. 2 des Vertragsentwurfs der Verfügungsbeklagten enthaltenen Sprechklausel sei ebenfalls nicht nachvollziehbar, da diese Regelung mit § 46 EnWG unvereinbar sei.

Nicht sachgerecht sei zudem die beklagtenseits vorgenommene Punkte Kürzung wegen der durch die Verfügungsklägerin vorgeschlagenen Änderung der Regelung des Auskunftsanspruchs in § 12 des Entwurfs, die sich am Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur orientiere.

Bei der Beurteilung des Kriteriums der Sicherheit des Netzbetriebs sei der Verfügungsbeklagten schließlich deswegen ein Fehler unterlaufen, weil sie entsprechend den Ausführungen im A-Gutachten hierbei Effizienzkriterien habe ins Gewicht fallen lassen, die mit der Sicherheit des Netzbetriebs nichts zu tun hätten und außerdem zum Nachteil der Verfügungsklägerin falsch beurteilt worden seien.

Auf Antrag der Verfügungsklägerin hat die Kammer am 10.10.2012 eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Verfügungsbeklagten untersagt worden ist, einen Stromkonzessionsvertrag für das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten für die Zeit ab dem 01.01.2013 abzuschließen bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren über die Vergabe einer Stromkonzession entschieden ist. Gegen diesen Beschluss hat die Verfügungsbeklagte durch Schriftsatz vom 18.10.2012 Form und fristgerecht Widerspruch eingelegt.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

die einstweilige Verfügung vom 10.10.2012 aufrechtzuerhalten.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die einstweilige Verfügung aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Sie rügt zunächst den Umstand, dass er die Verfügungsklägerin ihre Antragstellung im wesentlichen auf das A-Gutachten stützt, obgleich dieses eine interne Entscheidungsgrundlage darstellte, welche der Verfügungsklägerin jedenfalls nicht auf offiziellem Wege zur Verfügung gestellt worden sei. Mit Rücksicht darauf sei eine faire Abwicklung des vorliegenden Ausschreibungsverfahrens unter Beteiligung der Verfügungsklägerin schon nicht mehr möglich, da diese über mehr Informationen verfüge als die anderen Bieter. Die Verfügungsklägerinnen haben sich demzufolge mit der Annahme des Gutachtens selbst disqualifiziert; jedenfalls müsse dies bei der Abwägung in der Sache berücksichtigt werden.

Die Verfügungsbeklagte beruft sich ferner auf eine Verwirkung der klägerseits erhobenen formalen Einwendungen analog § 107 Abs. 3 GWB, jedenfalls aber gemäß § 242 BGB (Verbot widersprüchlichen Verhaltens), da die Verfügungsklägerin bis zur abschließenden Entscheidung weder Intransparenz noch fehlerhafte Gewichtung der Bewertungskriterien gerügt habe. Unabhängig davon sei dem Transparenzgebot genüge getan, da die von der Verfügungsbeklagten gewählten Bewertungskriterien und Gewichtungen in der Bewertungsmatrix sowie den zugehörigen Erläuterungen jeweils genau definiert und etwaige Ausdifferenzierungen ergänzend in den Verhandlungsgesprächen vermittelt worden seien. Der im A-Bericht enthaltene Hinweis auf eine fehlende Ausdifferenzierung der Bewertungsmatrix sei schon deswegen, weil er allein auf der Grundlage der darin erwähnten schriftlichen Unterlagen ergangen sei, unbeachtlich. Auch sei die Gewichtung der Bewertungskriterien nicht zu beanstanden und entspreche insbesondere den Zielen des § 1 EnWG.

Des weiteren behauptet die Verfügungsbeklagte, ihre Entscheidung keineswegs vollständig an den Erwägungen des A-Gutachtens ausgerichtet zu haben; vielmehr habe sie diese teilweise hinterfragt und sich letztlich unter Berücksichtigung der als valide erkannten Gesichtspunkte dieses Berichts ein eigenständiges Urteil gebildet. Hierbei sei ein Punktabzug zulasten der Klägerin lediglich in den oben genannten Bereichen vorgenommen worden.

Der Punktabzug wegen des abweichenden Vorschlags der Verfügungsklägerin zur Endschaftsbestimmung sei maßgeblich deswegen vorgenommen worden, weil die Verfügungsbeklagte hiermit in der Sache benachteiligt worden wäre. Dies gelte einerseits für die Streichung der Bestimmung in § 13 Abs. 8 ihres Entwurfs, wonach der Konzessionär bei Verzögerung der Übergabe unter bestimmten Voraussetzungen die Konzessionsabgabe auch über ein Jahr nach Vertragsende hinaus zu entrichten habe. Entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin beruhe auch die von ihr vorgeschlagene Regelung zur Kaufpreisbestimmung einen Nachteil für die Verfügungsbeklagte, da § 13 Abs. 2.4 des Vertragsentwurfs der Verfügungsklägerin darauf hinauslaufe, dass beispielsweise bei Änderung der Rechtsprechung für die Kaufpreisbestimmung allein der Sachzeitwert gelte. Zudem habe die Verfügungsbeklagte sich kein Regelungskorsett der vorgeschlagenen Art oktroyieren lassen, sondern der Kaufpreisbestimmung im Verhandlungswege den Vorrang einräumen wollen, wie dies in § 13 Abs. 5 ihres Entwurfs vorgesehen gewesen sei.

Die Einschränkung des Auskunftsanspruchs durch die Verfügungsklägerin habe nicht akzeptiert werden können, da die Datenherausgabe durch den Altkonzessionär regelmäßig Probleme bereite, wenn diese erst nach der Entscheidung über die Konzessionsvergabe zu erfolgen habe.

Schließlich beruhe die Abwertung beim Kriterium "Sonderkündigung/verkürzte Laufzeit" darauf, dass sich eines der Bieterangebote von den übrigen (auch demjenigen der Verfügungsklägerin) positiv

abgesetzt habe, weil es vorteilhaftere Regelungen als im Muster-Konzessionsvertrag der Verfügungsbeklagten vorgesehen hatte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen (außer dem Anlagenheft II, welches die der Verfügungsklägerin vorenthaltenen Unterlagen enthält und entsprechend der Ankündigung in der mündlichen Verhandlung unberücksichtigt blieb) sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 31.10.2012 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die einstweilige Verfügung war aufzuheben, da die Voraussetzungen des geltend gemachten Verfügungsanspruchs aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1, 280 Abs. 1 BGB beziehungsweise aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und § 46 Abs. 3 die EnWG nicht dargetan beziehungsweise glaubhaft gemacht worden sind.

Ein Anspruch der Verfügungsklägerin, gerichtet auf Unterlassung weiterer Maßnahmen zur Umsetzung der von der Verfügungsbeklagten getroffenen Auswahlentscheidung und auf eine diskriminierungsfreie bzw. sachlich gerechtfertigte Durchführung des Ausschreibungsverfahrens - sei es durch vollständige oder auch nur teilweise Wiederholung desselben - ist nach den im Widerspruchsverfahren hinzugewonnenen Erkenntnissen nicht ersichtlich.

1. Es ist bereits zweifelhaft, ob aufgrund der in der mündlichen Verhandlung ungeklärt gebliebenen Umstände, unter denen die Verfügungsklägerin in den Besitz des A-Gutachtens gelangt ist, eine künftige Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten nicht ohnehin ausscheidet. Denn die Verfügungsklägerin hat das Vorbringen der Verfügungsbeklagten zur Definition des Personenkreises, dem das Gutachten offiziell zugänglich gemacht worden ist, nicht wirksam bestritten. So hat sie durch ihren Prozessbevollmächtigten lediglich mitteilen lassen, dass zu der Frage, wie sie in den Besitz des Gutachtens gelangt ist, keine Erklärung abgegeben werden könne; mit ihrem Schreiben vom 29.10.2012 hat sie eine Stellungnahme zu diesem Sachverhalt gegenüber der Verfügungsbeklagten sogar ablehnt. Der Schriftsatz vom 06.11.2012 enthält hierzu auch keine weitere Erklärung. Dem kann schon kein Bestreiten, jedenfalls aber kein beachtliches Bestreiten des Vorbringens der Verfügungsbeklagten entnommen werden. Denn es handelt sich um einen Sachverhalt aus dem eigenen Wahrnehmungsbereich der Verfügungsklägerin, dessen Bestreiten mit Nichtwissen gemäß § 138 Abs. 4 ZPO grundsätzlich unzulässig ist; etwaige Ausnahmen sind nicht dargetan.

Ist jedoch entsprechend dem nicht beziehungsweise nicht wirksam bestrittenen Vorbringen der Verfügungsbeklagten davon auszugehen, dass die Verfügungsklägerin nicht auf offiziellem Wege in den Besitz des Gutachtens gelangt ist, so ist es bereits zweifelhaft, ob sie als zuverlässige Verhandlungs- und Vertragspartnerin eines langfristigen Stromkonzessionsvertrages in Betracht kommt. Dies stellt ihr rechtliches Interesse an dem Erlass der einstweiligen Verfügung in Frage, selbst wenn die Vergabeentscheidung der Verfügungsbeklagten unter Mängeln leiden sollte.

2. Unabhängig davon hat die Verfügungsklägerin unter Berücksichtigung des Vorbringens der Verfügungsbeklagten jedoch auch keine Gründe dargetan, die den geltend gemachten Anspruch rechtfertigen. Dies gilt insbesondere für ihre Einwendungen gegen die Verfahrensweise der Verfügungsbeklagten.

a) Mängel in Bezug auf die beklagteits beschlossene Bewertungsmatrix vermag die Verfügungsklägerin ohnehin nur insoweit geltend zu machen, als sich diese erst im Rahmen der Zuschlagsentscheidung herausgestellt haben. Soweit sie bereits zu Beginn oder im Laufe des Verfahrens hätten erkannt und gerügt werden können, ist die Verfügungsklägerin mit ihren Einwendungen präkludiert.

Zwar sind die strengen Anforderungen des Vergaberechts gemäß §§ 97 ff. GWB auf das Auswahlverfahren für Konzessionsverträge nicht anwendbar, so dass auch das Nachprüfungsverfahren mit § 107 Abs. 3 GWB insoweit keine unmittelbare Geltung beansprucht. Jedoch ist diese Bestimmung Ausdruck des auch die Bieterseite schon im Rahmen der vorvertraglichen Beziehung gemäß §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB treffenden Erfordernisses eines fairen Umgangs und einer Rücksichtnahme auf die Interessen des Verhandlungspartners. Somit kann die Verfügungsklägerin - auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB - nicht mehr mit solchen Einwendungen gehört werden, die angesichts der eingehenden Auseinandersetzung mit den von der Verfügungsbeklagten geforderten Konditionen bereits vor der Auswahlentscheidung hätten erhoben werden können.

Die Verfügungsklägerin vermag sich demgegenüber auch nicht mit Erfolg darauf zu berufen, dass eine Präklusion ungeachtet ihrer späten Rüge deswegen nicht in Betracht komme, weil die Bestimmungen des EnWG zur Vergabe von Konzessionsverträgen vorrangig dem in § 1 EnWG zum Ausdruck gebrachten öffentlichen Interesse dienen und nicht nur dem Schutz der Bieter, auf den allein wirksam verzichtet werden könne. Dieser Argumentation vermag die Kammer deswegen nicht zu folgen, da sie einen Widerspruch zur Regelung in § 107 Abs. 3 GWB für das Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff. GWB darstellte. Denn auch dieses dient nicht allein dem Bieterinteresse, sondern auch, wie sich aus den Vergabekriterien in § 97 Abs. 4 GWB (zum Beispiel den Anforderungen an Zuverlässigkeit und Gesetzestreue) ergibt, weitgehend öffentlichen Interessen, schon weil öffentliche Aufträge häufig mit Steuergeldern finanziert werden.

Zu den von der Verfügungsklägerin deutlich verspätet erhobenen Einwendungen zählen ihre Bedenken gegen die in der Bewertungsmatrix vorgenommene Gewichtung der Entscheidungskriterien mit Rücksicht auf § 46 Abs. 3 in Verbindung mit § 1 EnWG. Die ausweislich ihres Schreibens vom 29.10.2012 mit einer Rechtsabteilung ausgestattete Verfügungsklägerin ist mit der Rechtslage des Energiewirtschaftsrechts bestens vertraut, wie sich dies unter anderem aus ihren Kommentaren zum Muster-Konzessionsvertrag ergibt. Insofern ist davon auszugehen, dass ihr etwaige kritische Mängel in Art und Gewichtung der Bewertungskriterien bereits zu Beginn des Verfahrens aufgefallen sind. Wenn sie ungeachtet ihrer umfangreichen Einwendungen und Anregungen im indikativen beziehungsweise endgültigen Angebot hierauf mit keinem Wort eingeht, ist sie mit der entsprechenden Rüge nunmehr präkludiert.

Die Verfügungsklägerin kann auch nicht entsprechend ihrer Argumentation im Termin zur mündlichen Verhandlung sowie vertiefend im Schriftsatz vom 06.11.2012 mit Erfolg geltend machen, dass der Abschluss des Konzessionsvertrages mit einem Bieter, welcher nach den streitgegenständlichen Bewertungskriterien ausgewählt worden sei, wegen erheblicher Abweichung von den Zielen des EnWG prohibitiv und damit gemäß § 134 BGB nichtig sei, mit der Folge, dass jedenfalls dies ungeachtet einer etwaigen Präklusion beachtlich sei. Denn die Kriterien der Bewertungsmatrix tragen entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin überwiegend den Vorgaben des EnWG, namentlich der Sicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit des Netzbetriebs Rechnung.

So können auch die von der Verfügungsklägerin als ausschließlich im Interesse der Gemeinde liegend gerügten Vertragsregelungen der Endschaftsbestimmung, des Sonderkündigungsrechts und des Auskunftsanspruchs im weiteren Sinne durchaus diesen Zielen dienen, wenn sie etwa den Weg und

den Übergang zu einer Neuvergabe der Konzession unter veränderten/verbesserten Bedingungen zu ebnen helfen, die den Zielen des § 1 EnWG (noch) besser gerecht werden. Die Kriterien der Netzentflechtung und der Förderung dezentraler Stromerzeugung können gleichermaßen zumindest der Preisgünstigkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit dienen. Bewertungsansätze, die mit den Zielen des § 1 EnWG nicht vereinbar wären, ergeben sich jedenfalls weder aus den Kriterien der Bewertungsmatrix noch aus deren Gewichtung. Insofern ist der vorliegende Sachverhalt mit denjenigen, die den Urteilen des LG München vom 01.08.2012 (37 O 23668/10) sowie des LG Kiel vom 03.02.2012 (14 O 12/11) zu Grunde lagen, nicht vergleichbar.

Im übrigen gibt § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG auch keinen Anhaltspunkt dafür, in welchem Umfang den Zielen des § 1 EnWG Rechnung zu tragen ist, insbesondere wenn diese sich in ihrer Richtung teilweise konträr verhalten. Der hierdurch der Gemeinde zugedachte Bewertungsspielraum ist nach Auffassung der Kammer vorliegend jedenfalls nicht überstrapaziert worden.

b) Auch soweit die Verfügungsklägerin geltend macht, dass sich erst im Laufe des Verfahrens beziehungsweise erst durch die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten das im A-Gutachten angesprochene Defizit einer Ausdifferenzierung der Bewertungskriterien und ihrer Gewichtung gezeigt habe, indem beispielsweise bei der Beurteilung der Endschafftsbestimmung eine unerwartete Bewertung anhand von fernliegenden Aspekten vorgenommen worden sei, vermag sie im Ergebnis nicht durchzudringen. Insoweit hält die Kammer mit Rücksicht auf das Vorbringen der Verfügungsbeklagten nicht mehr an ihrer im Beschluss vom 10.10.2012 geäußerten Auffassung fest.

Denn die Verfügungsbeklagte hat klargestellt, dass es sich bei dem A-Gutachten ausschließlich um eine interne Hilfe zur Entscheidungsfindung gehandelt habe, deren Wirkung auf diese Funktion beschränkt gewesen sei, ohne dass dies von der Verfügungsklägerin (wirksam) bestritten worden wäre. Die Verfügungsklägerin kann sich daher zur Glaubhaftmachung von Mängeln in der Ausgestaltung und Gewichtung von Entscheidungskriterien nicht ausschließlich auf dieses Gutachten stützen, da es die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Überlegungen nicht zwingend und abschließend enthält und auch nicht als offizielle Information der Bieter über die entscheidenden Auswahlgesichtspunkte diene.

Im Hinblick auf die von der Kammer im Beschluss vom 10.10.2012 beanstandete unvorhergesehene Gewichtung des Gesichtspunkts der Konflikträchtigkeit hat die Verfügungsbeklagte konkret ausgeführt, insoweit mitnichten dem Gutachten gefolgt zu sein, sondern die Bewertung der von der Verfügungsklägerin vorgeschlagenen Endschafftsbestimmung maßgeblich im Hinblick auf darin enthaltenen Einschränkungen der beklagenseitigen Rechtsposition vorgenommen zu haben. Dem vermochte die Verfügungsklägerin nichts Relevantes entgegenzusetzen.

Insoweit ist aber keine überraschende Neugewichtung im Vergleich zu den bei Beginn des Verfahrens mit der Bewertungsmatrix und deren Erläuterungen bekannt gegebenen Maßstäben feststellbar, die dem Transparenzgebot widersprochen hätte. Auf die Frage, ob die Verfügungsklägerin im Rahmen der Bietergespräche zusätzliche Erläuterungen zu der Bewertungsmatrix und zum Muster-Vertragsentwurf gegeben hat und ob dies zulässig wäre, kommt es daher insoweit nicht an.

3. Den von der Verfügungsbeklagten vorgenommenen Abwertungen wegen unter Berücksichtigung ihrer Ausführungen jedenfalls keine sachfremden Erwägungen zu Grunde.

a) Zwar hat die Verfügungsbeklagte den Vorschlag der Verfügungsklägerin zur Endschafftsbestimmung offensichtlich missverstanden, indem sie auch noch in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten hat, die von der Verfügungsklägerin vorgeschlagene Regelung postuliere einen Grundsatz der Kaufpreisbestimmung anhand des Sachzeitwerts, welcher auch dann noch gelte, wenn sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ändern sollte. Zu diesem

Missverständnis mögen die Erläuterungen der Verfügungsklägerin in ihrem indikativen Angebot beigetragen haben, wo auf Seite 8 ausgeführt ist, die Ermittlung des Kaufpreises erfolge auf der Ausgangsbasis des Sachzeitwerts der übergehenden Vermögensgegenstände. Zur Erläuterung der unter § 13 Abs. 2.4 ihres Entwurfs vorgeschlagenen Regelung finden sich an dieser Stelle keine Ausführungen. Insofern konnte sich ein Missverständnis ergeben, wie die Bezugnahme auf "diese Regelungen" in § 13 Abs. 2.4 S. 2 des klägerischen Entwurfs zu verstehen war: Entweder dahingehend, dass, wie dies wohl die Verfügungsklägerin meinte, bei Änderung der Gesetzeslage oder der Rechtsprechung die dann geltenden neuen gesetzlichen beziehungsweise durch die Rechtrechnung geprägten Regelungen maßgeblich sein sollten, oder dahingehend, dass, wie dies wohl die Verfügungsbeklagte aufgefasst hat, die in § 13 Abs. 2.3 des Entwurfs getroffene grundlegende Orientierung am Sachzeitwert gelten sollte.

Mag damit die Entscheidung der Verfügungsbeklagten zwar nicht auf sachfremden Erwägungen, wohl aber auf einem Missverständnis beruht haben, so hat dies unter Berücksichtigung der weiteren Ausführungen der Verfügungsbeklagten letztlich keine Relevanz, da die Verfügungsbeklagte unabhängig hiervon und unabhängig von den im A-Gutachten ausgeführten Erwägungen der Konfliktrichtigkeit einer derart ausdifferenzierten Regelung nicht habe näher treten, sondern einer geschmeidigen Regelung entsprechend reinen Gesetzeswortlaut des § 46 Abs. 3 EnWG, verbunden mit einer vorrangigen Verhandlungslösung, den Vorzug einräumen wollen. Dies ist nicht zu beanstanden, sondern liegt im Rahmen des Beurteilungsspielraums der Verfügungsbeklagten, an dem die Prüfungskompetenz der Kammer ihre Grenze findet.

Zudem hat die Verfügungsbeklagte vor allem auch durch ihre unbestritten gebliebenen Äußerungen in der mündlichen Verhandlung aufgezeigt, dass die von der Verfügungsklägerin vorgeschlagene Regelung durch Streichung der Fortzahlungsbestimmung in § 13 Abs. 8 des Muster-Entwurfs eine erhebliche Einschränkung erfahren hat, die sie zur Vermeidung von Verzögerungstaktik des Altkonzessionärs nicht habe hinnehmen wollen, was nachvollziehbar ist.

b) Aus dem gleichen Grunde ist es auch nicht sachfremd, die von der Verfügungsklägerin vorgenommene Einschränkung bezüglich der mustervertraglichen Regelung des Auskunftsanspruchs zu einem Punktabzug zum Anlass zu nehmen. Die Verfügungsklägerin hat diese Einschränkung im wesentlichen mit ihrem Interesse an der Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen begründet, welchem durch die von ihr vorgeschlagene Regelung, dass bestimmte Daten erst nach Festlegung des Neukonzessionärs herausgegeben werden, Rechnung getragen werde. Dieses Interesse hätte jedoch der von der Verfügungsbeklagten favorisierten Regelung im Muster-Entwurf nicht entgegengestanden, da die Verfügungsklägerin diejenigen Daten, welche die Verfügungsbeklagte zusätzlich zu den im Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur genannten gefordert hat und die erst für den Neukonzessionär nach seiner Nominierung von Interesse sind, hätte mit der Maßgabe übergeben können, sie erst nach der Auswahlentscheidung dem Neukonzessionär zukommen zu lassen. Denn einer Übermittlung dieser Daten an sämtliche anderen Bieter hätte es auch dann nicht bedurft, wenn sie der Verfügungsbeklagten schon zu den vertraglich vereinbarten Zeitpunkten vor Durchführung des Auswahlverfahrens, allerdings mit der vorerwähnten Maßgabe, zugegangen wären. Für die Situation der Bieter macht es nämlich keinen Unterschied, ob die Übermittlung der Daten von vornherein erst für den Zeitpunkt nach Nominierung des Neukonzessionärs vereinbart ist oder ob der Vertrag eine frühere Übermittlung dieser Daten mit der Maßgabe vorsieht, dass deren Aushändigung lediglich an den Neukonzessionär erfolgen dürfe.

Demgegenüber ist das von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung ausführlich formulierte Interesse daran, sämtliche von ihr gewünschten Daten bereits zu den früheren Zeitpunkten zu erhalten, um zu vermeiden, dass nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung die Übergabe an den Neukonzessionär durch verzögerte Datenübermittlung hinausgezögert werde, nicht von der Hand zu weisen, jedenfalls nicht sachfremd. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Verfügungsbeklagte, wie

sie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, was aber von der Verfügungsklägerin bestritten worden ist, diesbezüglich in der Vergangenheit bereits negative Erfahrungen gemacht hat; es genügt allein die Befürchtung, dass in dieser Hinsicht Schwierigkeiten auftreten können, die durch die Regelung im Muster-Konzessionsvertrag von vornherein vermieden werden, ohne das Geheimhaltungsinteresse der Verfügungsklägerin wesentlich einzuschränken.

c) Soweit die Verfügungsklägerin sich gegen die Abwertung ihres Angebots beim Kriterium "Sonderkündigung/verkürzte Laufzeit" wendet und unter Berufung auf die erst nach der mündlichen Verhandlung eingereichte eidesstattliche Versicherung ihres Mitarbeiters, Herrn G, geltend macht, ihrerseits in einem Verfahrensgespräch am 02.02.2012 die Möglichkeit der Einräumung eines früheren Sonderkündigungsrechts angeboten zu haben, ist ihr Vorbringen irrelevant. Denn vom Ansatz her ist die Abstufung zum besseren Angebot eines anderen Bieters - nicht in der B - sachgerecht. Sollte die Verfügungsklägerin durch Äußerungen der Verfügungsbeklagten im Rahmen des Verfahrens davon Abstand genommen haben, ihrerseits bessere Konditionen anzubieten, so wäre dies für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ohne Bedeutung, da die Verfügungsklägerin hierdurch keine Verbesserung gegenüber der beim Sonderkündigungsrecht ebenfalls abgestuften B erzielen könnte. Denn insoweit müsste unterstellt werden, dass auch die B unter Umständen in Kenntnis der Verbesserungsmöglichkeit günstigere Konditionen angeboten hätte. Das Ergebnis in der Gesamtbewertung bliebe damit gleich.

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 6, 711, 108 ZPO.

Streitwert: 50.000,00 €