

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

13 U 141/15 (Kart)
25 O 42/15 Landgericht Hannover

Verkündet am
17. März 2016
R.,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In der Kartellsache

Stadt H., vertreten durch den Bürgermeister J. D., ...,

Verfügungsklägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro B., ...,

Geschäftszeichen: ...

gegen

W. W. N.GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer D. K. und A. S., ...,

Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro Sch., ...,

Geschäftszeichen: ...

Beteiligte:

Stadtwerke H. GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer R. G., ...,

Nebenintervenientin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B., ...,

Geschäftszeichen: ...

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht W., den Richter am Oberlandesgericht K. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. B. für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hannover abgeändert und der Antrag der Verfügungsklägerin vom 31. August 2015 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgewiesen.

Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens hat die Verfügungsklägerin zu tragen.

Der Wert des Berufungsverfahrens wird auf 255.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Verfügungsklägerin nimmt die Verfügungsbeklagte im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung des Neuabschlusses eines Konzessionsvertrags gem. § 46 Abs. 2 EnWG für den Betrieb des Stromnetzes der allgemeinen Versorgung im Stadtgebiet der Verfügungsbeklagten mit der dem einstweiligen Verfügungsverfahren in zweiter Instanz auf Seiten der der Verfügungsbeklagten beigetretenen Streithelferin, der Stadtwerke H.GmbH (= SWH), in Anspruch.

Die Verfügungsklägerin ist Rechtsnachfolgerin der E. AG, der Altkonzessionärin.

Der Konzessionsvertrag endete mit Ablauf des 31. Dezember 2011 (vgl. Anlage ASt 1). Am 13. Juli 2009 gab die Verfügungsbeklagte gem. § 46 Abs. 3 EnWG bekannt, dass sie beabsichtige, einen neuen Konzessionsvertrag mit einer 20-jährigen Laufzeit abzuschließen (Anlage ASt 2). Die Verfügungsklägerin bekundete daraufhin Interesse, ebenso die Streithelferin, die im Gemeindegebiet u. a. für die öffentliche Wasserversorgung, die Gas- und Wärmeversorgung zuständig und seit 2009 im Stromvertrieb tätig ist. An der Streithelferin ist seit 2011 die G. AG beteiligt, die ihrerseits seit 2014 über die G. Energienetze GmbH ein Stromnetz betreibt.

Im Jahr 2010 entschied sich die Verfügungsbeklagte dazu, den Konzessionsvertrag mit der Streithelferin abzuschließen. Die Verfügungsklägerin wandte sich deswegen an die Landeskartellbehörde Niedersachsen, die Bedenken äußerte, woraufhin sich die Verfügungsbeklagte verpflichtete, das Interessenbekundungsverfahren erneut durchzuführen. Sie hob daher die Beschlüsse zur Konzessionierung der Streithelferin auf und informierte die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen in einem Verfahrensbrief vom 22. Dezember 2011 über das Auswahlverfahren und die maßgeblichen Entscheidungskriterien (Anlage ASt 29). Die Verfügungsklägerin beteiligte sich erneut. Mit Blick auf die zwischenzeitlich ergangenen Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 17. Dezember 2013 (KZR 65 und 66/12) entschied sich die Verfügungsbeklagte jedoch, das Verfahren ein weiteres Mal aufzuheben. Dies machte sie nach vorheriger Information der Bieter (vgl. Anlage ASt 37) und am 17. Juni 2014 im Bundesanzeiger gem. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG bekannt und forderte Interessenten dazu auf, Interessenbekundungen bis zum 15. September 2014 schriftlich bei ihr einzureichen (Anlage ASt 38).

Dieses „*dritte*“ Interessenbekundungsverfahren, bei dem sich die Verfügungsklägerin von ihren Verfahrensbevollmächtigten unterstützen ließ, ist Gegenstand des vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahrens.

Am 7. Oktober 2014 übersandte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin - die ein weiteres Mal Interesse bekundete - einen „*Ersten Verfahrensbrief*“, der Informationen zum Stand und weiteren Verlauf des Verfahrens sowie allgemeine Hinweise für Bewerber, Informationen über die erforderlichen Eignungsnachweise,

Mindestanforderungen an die Angebote und insbesondere die Auswahlkriterien nebst Gewichtung sowie die Aufforderung zur Abgabe indikativer - d. h. unverbindlicher - Angebote enthielt (vgl. Anlage ASt 39). Die Auswahlkriterien wurden in zwei Hauptgruppen - A „*Erreichung der Ziele des § 1 EnWG*“ mit einer maximal zu erreichenden Punktzahl von 650 Punkten und B „*Vertragliche Regelungen der Wegnutzung*“ mit einer Gesamtpunktzahl von 350 Punkten -, gegliedert und in weitere Untergruppen, Kriterien und Unterkriterien unterteilt. Wegen der Einzelheiten wird auf S. 10 bis 13 des Ersten Verfahrensbriefs Bezug genommen, in dessen Anlage 2 die Kriterien näher erläutert sind (ebenfalls Anlage ASt 39). Darüber hinaus enthielt der Verfahrensbrief als Anlage 3 die Gliederung eines mit dem Angebot abzugebenden Netzbewirtschaftungskonzepts und als Anlage 4 ein unverbindliches Muster eines Konzessionsvertrages.

Innerhalb der den Bietern bis zum 21. November 2014 eingeräumten Frist für Verfahrensrügen sowie Anfragen zum Verfahren rügte die Verfügungsklägerin u.a. die Intransparenz des Verfahrens in Bezug auf die unter Abschnitt E. III. des Ersten Verfahrensbriefs angekündigte „relative Bewertungsmethode“ sowie die Zulässigkeit verschiedener der Unterkriterien. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlagen ASt 40 und 41 verwiesen. Die Verfügungsbeklagte wies die Rügen mit Schreiben vom 4. Dezember 2014 zurück, beantwortete die Anfragen zum Verfahren und gab weitere Hinweise (vgl. Anlage ASt 42). Mit Schreiben vom 21. Januar 2015 verhielt sie sich zu weiteren Anfragen (Anlage ASt 44).

Am 18. Dezember 2014 übersandte die Verfügungsklägerin ein indiktives Angebot für die Stromkonzessionsvergabe (Anlage ASt 43).

Am 25. Februar 2015 fand ein Präsentations- und Verhandlungstermin der indikativen Angebote statt (vgl. Anlagen ASt 45 und 50). Im Anschluss an die Bewerbergespräche fertigte die Verfügungsbeklagte Eignungsvermerke an (Anlagen AG 16 und 17).

Mit Verfahrensbrief vom 5. März 2015 (Anlage ASt 51) forderte die Verfügungsbeklagte die Verfügungsklägerin zur Abgabe eines verbindlichen Angebots für den Abschluss eines Konzessionsvertrages für ihr Elektrizitätsversorgungsnetz bis

zum 31. März 2015, 12:00 Uhr, auf. Mit Schreiben vom selben Tag rügte die Verfügungsklägerin erneut die Bewertungsmethode zur Vergabe der möglichen Höchstpunktzahl (vgl. Anlage ASt 52). Am 27. März 2015 überreichte die Verfügungsklägerin ein verbindliches Angebot (Anlage ASt 55). Auch die Streithelferin gab ein verbindliches Angebot ab.

In der Folge wertete die Verfügungsbeklagte die Angebote aus (Anlage AG 40). Die Verfügungsklägerin erhielt für ihr Angebot 959,5 und die Streithelferin 978 von 1000 möglichen Punkten. Davon entfiel eine Punktdifferenz von 16,5 Punkte auf Kriterien der Gruppe A (618,5 zu 635 Punkten) und von 2 Punkten auf Kriterien der Gruppe B (343 zu 341 Punkten). Am 14. Juli 2015 beschloss der Rat auf Grundlage einer (das Auswertungsergebnis zusammenfassenden) Beschlussvorlage der Verwaltung vom 9. Juni 2015 (Anlage ASt 57 = Anlage AG 3), den Zuschlag auf das verbindliche Angebot der Streithelferin zu erteilen (Anlage ASt 61).

Mit Schreiben vom 17. Juli 2015 (Anlage ASt 56) teilte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin mit, sie beabsichtige, den Zuschlag im Stromkonzessionsverfahren entsprechend dem Ratsbeschluss vom 14. Juli 2015 der Streithelferin zu erteilen. Der Vertragsschluss werde frühestens am 15. September 2015 erfolgen. Ebenfalls am 17. Juli 2015 zeigte die Verfügungsbeklagte der Kommunalaufsicht die beabsichtigte Entscheidung an, die Bedenken nicht erhob (Anlagen AG 5 und 22).

Den beabsichtigten Vertragsschluss mit der Streithelferin versucht die Verfügungsklägerin im Wege der einstweiligen Verfügung zu verhindern.

Sie hat geltend gemacht, die Verfügungsbeklagte habe teils unzulässige und teils unklar formulierte Auswahlkriterien verwendet und sie überdies willkürlich gewichtet. Schon die gewählte Bewertungsmethode sei auf die Verdeckung von Manipulationen gerichtet, die Bewertung im Übrigen im Einzelnen nicht nachvollziehbar. Unklar bleibe zudem, auf welcher Grundlage die Verfügungsbeklagte die Eignung der Streithelferin ermittelt habe.

Insbesondere habe die Verfügungsbeklagte nicht hinreichend berücksichtigt, dass

die Auswahlentscheidung vorrangig an Kriterien auszurichten sei, die die Zielsetzung des § 1 EnWG konkretisierten. Die Verfügungsklägerin hat dazu die Auffassung vertreten, dass Kriterien „zweiten Ranges“ (Inhalte des Konzessionsvertrages) erst dann berücksichtigt werden dürften, wenn nach den Kriterien „ersten Ranges“ (Konkretisierung der Ziele des § 1 EnWG) zwei oder mehr Bewerber gleichermaßen geeignet seien. Hinzu komme, dass Kriterien der Gruppe B unzulässig in die Gruppe A verschoben worden seien, auf die allein eine Punktdifferenz von 12,5 Punkten entfalle. Auf diese Kriterien zur vertraglichen Gewährleistung und die damit verbundenen Informations-, Mitwirkungs-, Nachverhandlungs-, Konsultations- und Sanktionsrechte der Verfügungsbeklagten, die deren Einfluss auf den Netzbetrieb absichern sollten, komme es bei der Bewertung schon deshalb nicht an, weil solche Einflussmöglichkeiten in der Leistungsbeschreibung für alle Bewerber verbindlich vorgegeben werden müssten.

Darüber hinaus hat die Verfügungsklägerin u. a. die Unzulässigkeit der allein auf das Netzbewirtschaftungskonzept abstellenden Kriterien der Gruppe A beanstandet. Die Verfügungsbeklagte habe lediglich Aussagen zum Netzbewirtschaftungskonzept bewertet, aber nicht geprüft, ob die Bewerber nach ihrer Ausstattung und fachlichen Kompetenz die Umsetzung des Netzbetriebskonzepts gewährleisten könnten. Stattdessen habe sie systematisch unzutreffend die Ausstattung und fachliche Kompetenz als Kriterium des sicheren Netzbetriebs betrachtet und mit 100 von 1.000 möglichen Punkten gewichtet, wobei auf die fachliche Kompetenz über die Unterkriterien „Mitarbeiterqualifikation“ und „Sicherstellung der Fort- und Weiterbildung“ nur „magere“ zehn Punkte entfielen. Hierdurch habe sie die Möglichkeit geschaffen, das mit 100 zu 95,5 Punkten besser bewertete Angebot der Verfügungsklägerin durch allein auf das Betriebskonzept und die angebotenen Regelungen im Konzessionsvertrag bezogenen Gesichtspunkte im Hinblick auf die die Ziele des § 1 EnWG konkretisierenden Kriterien letztlich schlechter zu bewerten. Dies benachteilige Bewerber mit einer umfassenden Ausstattung und hoher fachlicher Kompetenz gegenüber Bewerbern, die die Umsetzung ihrer Netzbetriebskonzepte in Ermangelung der dafür erforderlichen Ausstattung lediglich versprechen und die fachliche Kompetenz nicht gewährleisten könnten. Von vornherein unzulässig seien die Unterkriterien „Leerrohrkonzept“ (A I. 6. c) und „netzbezogener Beitrag zum Ausbau und der Nutzung Erneuerbarer Energien“ (A V. 5.).

Unklar seien ferner die Kriterien unter Gruppe A I. 1. bis 6. - lit. a) bis c), 7., A II. 1., A III. Nrn. 1. und 2. lit. a) bis d), IV. Nrn. 1. bis 5., A V. Nr. 1. lit. a) und b), Nrn. 2. bis 6. Im Hinblick auf die Kriterien der Gruppe B bleibe unklar, ob und wie eine gegenüber der vollständigen Übernahme des Musterkonzessionsvertrages höhere Punktzahl hätte erreicht werden können und wie Abweichungen zum Musterkonzessionsvertrag bewertet würden, was die Verfügungsklägerin zum Umfang des Wegenutzungsrechts, der Konzessionsabgabenrechnung, Baumaßnahmen des Energieversorgungsunternehmens, den Kündigungsrechten und den Haftungs- und Endschaftsregelungen weiter ausgeführt hat.

Willkürlich mindergewichtet seien die auf Konkretisierung der Ziele des § 1 EnWG gerichteten Auswahlkriterien. Die Kriterien der Gruppe B und die der „vertraglichen Gewährleistung“ dienenden Kriterien der Gruppe A seien mit 455 von 1000 erreichbaren Punkten deutlich zu stark gewichtet worden. Auch das Ziel der Sicherheit des Netzbetriebes habe kein hinreichendes Gewicht erhalten, insbesondere weil insoweit die Kriterien zur *„vertraglichen Gewährleistung des versorgungssicheren Netzbetriebs“* (A I. 7.) mit einbezogen worden seien, die gerade nicht den versorgungssicheren Netzbetrieb konkretisierten, sondern den gemeindlichen Einfluss absichern sollten. Die Kriterien *„Konzept Smart Grid“* und *„netzbezogenes Elektromobilitätskonzept“* (A I. 6.) dienten ebenfalls nicht dem sicheren Netzbetrieb. Ebenso sei das Ziel der Effizienz mit einem Gesamtanteil von 8,5 % willkürlich mindergewichtet, obwohl es für den Wettbewerb von besonderer Bedeutung sei.

Die Angebote seien überdies fehlerhaft bewertet worden, weil unklar bleibe, auf welcher Grundlage die Verfügungsbeklagte die Eignung der Streithelferin ermittelt habe, eine Bewertungsmethode gewählt worden sei, die auf Verdeckung von Manipulationen gerichtet sei, und sich schließlich die Bewertung im Einzelnen nicht nachvollziehbar lasse. Die Streithelferin verfüge weder über eigene Erfahrung im Netzbetrieb noch über die notwendigen sachlichen und personellen Mittel. Die bessere Bewertung des Angebots der Streithelferin beruhe daher offenbar auf der Ausnutzung der durch das intransparente Auswahlverfahren eingeräumten Manipulationsmöglichkeiten und sei nur durch die fortwirkende politische Grundentscheidung für eine Kommunalisierung durch Konzessionierung der Streithelferin

erklärbar. Fehlerhaft sei nicht nur die Bewertung von Kriterien, bei denen das Angebot der Streithelferin besser abgeschnitten habe, sondern auch bei solchen, in denen beide Bieter die gleiche Punktzahl erhalten hätten. Punktabzüge für das Angebot der Verfügungsklägerin seien nicht nachvollziehbar. Insoweit greift die Verfügungsklägerin eine Vielzahl von Kriterien und Unterkriterien an. Wegen der Einzelheiten wird auf S. 64 ff. der Antragschrift sowie den Schriftsatz 29. September 2015 Bezug genommen.

Die Verfügungsklägerin hat beantragt,

eine einstweilige Verfügung des Inhalts zu erlassen, die Antragsgegnerin habe es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, zu unterlassen, mit der Stadtwerke H. GmbH auf der Basis des Beschlusses des Rates vom 14. Juli 2015 einen Wegenutzungsvertrag nach § 46 Abs. 2 EnWG über die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, abzuschließen.

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Sie hat eine Vorfestlegung bei der Auswahlentscheidung in Abrede gestellt. Das Konzessionierungsverfahren sei vielmehr transparent und diskriminierungsfrei im Rahmen des ihr zustehenden Gestaltungsspielraums ausgeführt worden. Eine Ausschließlichkeit der Kriterien des § 1 EnWG bestehe nicht und lasse sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder der Gesetzesbegründung nicht ableiten. Sie habe die einzelnen Ziele der sicheren sowie der effizienten Energieversorgung in zulässiger Weise gewichtet und zulässige Kriterien und Unterkriterien aufgestellt. Konkrete Bewertungsfehler habe die Verfügungsklägerin nicht dargetan oder glaubhaft gemacht. Die Auffassung der Verfügungsklägerin zur un-

zureichenden Bewertung der derzeitigen Ausstattung der Bieter stehe im Widerspruch zu dem vom Gesetzgeber gewollten Wettbewerb um die Netze. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 24. September 2015 (Bl. 96 ff. GA I) Bezug genommen.

Das Landgericht hat dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung stattgegeben und zur Begründung ausgeführt: Der Verfügungsanspruch ergebe sich aus § 33 Abs. 1 i. V. m. §§ 19, 20 GWB und § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG. Die Verfügungsbeklagte habe bei der Vergabe des Konzessionsvertrages die vorrangig zu berücksichtigenden Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG nicht hinreichend beachtet. Soweit die Gemeinde ihre Planungshoheit bei Netzerweiterungen oder Modernisierungen absichern dürfe, sei dies kein echtes Bewertungskriterium, sondern als zwingende Anforderung für alle Bewerber gewissermaßen „*vor die Klammer*“ zu ziehen. Die Kriterien innerhalb der Gruppe A habe die Verfügungsbeklagte zwar an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG orientiert, dies aber faktisch durch die Bewertung der Untergruppen und Unterkriterien wieder verwässert. Die für das Ziel der sicheren Energieversorgung vorrangig wichtigen Kriterien der technischen Ausstattung (Punkt A. I. 1.) und der personellen Ausstattung (A. I. 2.), die zusammen mit den Unterkriterien dieser Gruppe mit 50 Punkten bewertet würden, seien durch das Kriterium der „*vertraglichen Gewährleistung des versorgungssicheren Netzbetriebes*“ (A. I. 7.), das ebenfalls mit 50 Punkten bewertet worden sei, unzulässig nivelliert worden. Dabei bleibe unberücksichtigt, dass eine nur „*vertragliche Gewährleistung*“ des versorgungssicheren Netzbetriebes - anders als die Kriterien „*technische und personelle Ausstattung*“ - kaum operational überprüfbar sei. Eine gleichgewichtige Bewertung mit jeweils 50 Bewertungspunkten verkenne den sich aus den Vorgaben des § 1 EnWG folgenden Rang der Ziele des Verfahrens. Die nicht hinreichend sanktionierte allein vertraglich formulierte Zusage der Gewährleistung des versorgungssicheren Netzbetriebes beruhe bei einer solchen ungleichen Bewertungsgrundlage lediglich auf unsubstantiierten Zusagen des Netzbewerbers, die nicht hinreichend verlässlich nachvollzogen und damit sachlich nicht überzeugend bewertet werden könnten. Bei einer reinen vertraglichen Gewährleistung handele es sich um eine Zusage, die sich im Zeitpunkt der Bewerbungsabgabe nicht verifizieren lasse. Unsicherheiten hätten daher durch geeignete Risiko- oder Sicherheitsabschläge berücksichtigt werden müssen.

Dagegen wendet sich die Verfügungsbeklagte mit der Berufung, mit der sie ihren Abweisungsantrag weiterverfolgt. Bei der Beurteilung dürfe die Gewährleistungsverantwortung der Verfügungsbeklagten für die Energieversorgung als Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung im Rahmen der Daseinsvorsorge nicht außer Acht gelassen werden. Die für die Bewertung der Angebote maßgeblichen Kriterien habe sie zutreffend festgelegt und gewichtet. Die Kriterien zu den Zielen des § 1 EnWG habe sie mit 65 % den weiteren Kriterien deutlich vorangestellt. Einflussmöglichkeiten der Gemeinde als Wertungskriterium habe der Bundesgerichtshof für unbedenklich erklärt. Solche müssten schon wegen der langen Laufzeit einer Konzessionierung über 20 Jahre bestehen. Ganz bestimmte vertragliche Einflussmöglichkeiten habe die Verfügungsbeklagte jedoch nicht für unverzichtbar gehalten, sondern habe sie zu Auswahlkriterien beim Angebotsvergleich gemacht. Sie habe durch die Kriterien gerade zum Ausdruck gebracht, dass ihr die vertraglichen Gewährleistungsrechte wichtig seien und welches Gewicht sie ihnen im Vergleich zu anderen Kriterien beimesse (nämlich 105 Punkte = 10,5 %). Die möglichen konkreten Zusagen und Informationspflichten zum Netzbetrieb hingen von den unterschiedlichen Netzbetriebskonzepten der Bewerber ab. Die vertraglichen Zusagen seien überprüf- und nachvollziehbar und im Gegensatz zu rein konzeptionellen Aussagen verbindlich und sanktionierbar. Die Forderung nach pauschalen Risiko- oder Sicherheitsabschläge sei nicht nachvollziehbar. Gesetzliche Vorgaben zur Gewichtung einzelner Kriterien gebe es nicht. Ebenso wenig habe der Bundesgerichtshof eine bestimmte Gewichtung von Einzelzielen des § 1 EnWG vorgegeben. Die Kommunen bewerteten im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht den Status Quo, sondern die Aussagen zur zukünftigen Ausstattung während der regelmäßig 20-jährigen Laufzeit. Die Verfügungsklägerin habe keinen konkreten Aspekt vorgetragen oder glaubhaft gemacht, dass unplausible Angaben der Streithelferin bewertet worden seien. Schließlich habe sich das Landgericht nicht mit der Kausalität einer Unzulässigkeit oder Fehlgewichtung der Kriterien auseinandergesetzt. Auf die Berufungsbegründung sowie die Schriftsätze vom 25. Februar und 4. März 2016 wird ergänzend verwiesen.

Auch die Streithelferin hält die getroffene Auswahlentscheidung für beanstandungsfrei. Sie verfüge über die nötige Eignung und habe auch entsprechende

Nachweise - ggf. im Wege der Eignungsleihe über die G. Energienetze GmbH - vorgelegt. Die Auswahlkriterien seien transparent und zulässig sowie ordnungsgemäß gewichtet worden. Ihre Leistung habe sie ausreichend plausibilisiert. Im Gegensatz zu der Verfügungsklägerin vertritt sie die Ansicht, bei einem Teil der Kriterien sei sie zu schlecht und die Verfügungsklägerin zu gut bewertet worden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 4. März 2016 Bezug genommen.

Die Verfügungsbeklagte und die Streithelferin beantragen,

das Urteil des Landgerichts Hannover vom 22. Oktober 2015 abzuändern und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft nach weitergehender Einsichtnahme in den - nunmehr ganz überwiegend ungeschwärzt vorliegenden - Auswahlvermerk der Verfügungsbeklagten ihren erstinstanzlichen Vortrag und erhebt in diesem Zusammenhang weitere Rügen. Auf die Schriftsätze vom 1. und 7. März 2016 wird ebenfalls verwiesen. Mit Schriftsatz 11. März 2016 hat die Verfügungsklägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung weitere Ausführungen gemacht.

II.

Die Berufung der Verfügungsbeklagten hat Erfolg. Durchgreifende Einwände gegen das von der Verfügungsbeklagten zuletzt geführte Konzessionsverfahren, die einer Konzessionsvergabe und damit des Abschlusses des Konzessionsvertrages zwischen der Verfügungsbeklagten und der Streithelferin entgegenstehen könnten, bestehen nicht.

1. Ein Verfügungsanspruch i. S. v. § 935 ZPO, der sich vorliegend allein aus § 33 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB ergeben könnte, ist nicht gegeben. Vielmehr hat die Verfügungsbeklagte bei der Vergabe der Konzession die Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren eingehalten.

a) Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen i. S. d. deutschen Kartellrechts und haben dabei eine marktbeherrschende Stellung (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 66/12 = BGHZ 199, 289 ff., juris Rn. 19 ff. m. w. N.; Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 65/12, RdE 2014, 191 ff., juris Rn. 19 ff., u. st.).

Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Ziele des § 1 EnWG (Gewährung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren. Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind. Dies steht mit den Regelungen des Energiewirtschaftsrechts und dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) im Einklang (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 65/12, a. a. O., Rn. 24 und 66/12 a. a. O., Rn. 25, 30 ff.). Insbesondere greift die Vorschrift des § 46 Abs. 1 EnWG nicht in verfassungswidriger Weise in den Kernbestand des Selbstverwaltungsrechts ein, denn dadurch wird grundsätzlich nur die Möglichkeit der Gemeinde zur wirtschaftlichen Betätigung als solche geschützt, nicht aber einzelne Ausprägungen wirtschaftlicher Tätigkeit (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013, KZR 66/12, Rn. 32). Jedenfalls ist die Verpflichtung der Gemeinden, auch Eigenbetriebe, Eigengesellschaften oder kommunale Beteiligungsgesellschaften bei der Konzessionsvergabe nicht ohne sachlichen Grund zu bevorzugen, verhältnismäßig und verfassungsrechtlich unbedenklich (BGH, a. a. O., Rn. 33).

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 (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013, KZR 66/12, Rn. 35 und 65/12, Rn. 44 ff.). Dabei müssen Angaben zu den Kriterien nicht bereits in der Bekanntmachung gem. § 46 Abs. 3 EnWG erfolgen. Ausreichend ist, wenn sie allen Unternehmen - wie hier - in einem gleichlautenden Verfahrensbrief rechtzeitig mitgeteilt werden, nachdem sie aufgrund der Bekanntmachung ihr Interesse an der Konzession bekundet haben (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013, KZR 65/12, Rn. 48).

Das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, wird für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 65/12, Rn. 49, KZR 66/12, Rn. 36 ff.). Es soll derjenige neue Netzbetreiber ermittelt werden, der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, beim Netzbetrieb eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität zu gewährleisten (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 66/12, Rn. 38).

Ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der

Marktzugänge gerichtet ist (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 65/12, Rn. 51; Urt. v. 24. Okt. 2011 - KZR 7/10, juris Rn. 37). Die Gemeinden dürfen ihre eigenen Interessen bei der Auswahlentscheidung nur im gesetzlich zulässigen Rahmen verfolgen (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 65/12, Rn. 53), wobei etwa finanziellen Interessen durch die Regelungen der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung, KAV, vgl. insbesondere §§ 2, 3, KAV) enge Grenzen gesetzt sind (vgl. BGH, Urteil v. 17. Dez. 2013 - KZR 66/12, Rn. 43 ff.). Daraus ergibt sich zugleich, dass die weiteren, nicht auf den zulässigen Inhalt des Konzessionsvertrages bezogenen Auswahlkriterien an den energiewirtschaftsrechtlichen Zielen orientiert sein müssen, die mit dem Wettbewerb um das Netz und der Auswahl des bestgeeigneten Bieters erreicht werden sollen (BGH, a. a. O., Rn. 46).

Der Zweck des Gesetzes, einen Wettbewerb um das Netz zu erreichen, lässt mithin weitere Auswahlkriterien, die weder konzessionsabgabenrechtlich zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung noch die Ausrichtung des Netzbetriebes auf die Ziele des § 1 EnWG betreffen, nicht zu. Anderenfalls bestünde die Gefahr, entweder in Widerspruch zu den Schranken zu treten, die das Gesetz der Berücksichtigung des finanziellen Interesses der Gemeinde als Anbieter zieht, oder Fehlanreize im Wettbewerb um das Netz zu setzen und damit den Zweck dieses Wettbewerbs zu verfehlen (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 66/12, Rn. 47).

Dies bedeutet jedoch nicht, dass den Gemeinden bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien kein Spielraum verbliebe, und steht daher auch nicht im Widerspruch zu den Anforderungen, die sich aus der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung ergeben (BGH, a. a. O., Rn. 48).

Das energiewirtschaftsrechtliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas vereinbart mehrere Einzelziele, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zugänglich sind. Damit wird auch der Planungshoheit der Gemeinde als einer wesentlichen Ausprägung der durch die Gemeindeorgane

vermittelten wirksamen Teilnahme der Gemeindebürger an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen. So lässt sich etwa den Kriterien der Preisgünstigkeit einerseits und der Umweltverträglichkeit andererseits unterschiedliches Gewicht einräumen. Zulässig sind auch Auswahlkriterien, die qualitative Eigenschaften und Unterschiede der Angebote bei Netzbetrieb und Netzverlegung bewerten, etwa den Umfang der Bereitschaft zur Erdverkabelung oder zur Verlegung von Leerrohren. Die Gemeinde kann daher durch die konkreten Kriterien, die sie der Auswahlentscheidung zugrunde legt, und deren Gewichtung ihren Auftrag zur Daseinsvorsorge erfüllen und in der ihr sachgerecht erscheinenden Weise konkretisieren (zu allem Vorstehenden: BGH, a. a. O., Rn. 49).

b) Dies zugrunde gelegt, genügen das zur Überprüfung gestellte Auswahlverfahren sowie die darauf beruhende Auswahlentscheidung den an sie zu stellenden Anforderungen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit. Insbesondere lassen sich eine fehlerhafte Auswahl, Darstellung und Gewichtung der Kriterien oder deren fehlerhafte Bewertung nicht feststellen.

aa) Auswahl und Gewichtung der Vergabekriterien

(1) Die Auswahlkriterien sind - anders als die Verfügungsklägerin meint - nicht unzulässig. Vielmehr sind lediglich Kriterien aufgestellt worden, die entweder die Ziele des § 1 EnWG oder die Gestaltung des Konzessionsvertrags betreffen.

(a) Die grundsätzliche Gewichtung der Kriterien der Gruppe A - Erreichung der Ziele des § 1 EnWG - mit 65 % einerseits und der Gruppe B - der vertraglichen Regelungen der Wegenutzung - mit 35 % andererseits ist nicht zu beanstanden. Sie hält sich im Rahmen des der Verfügungsbeklagten zustehenden Beurteilungsspielraums.

Die Gewichtung der Obergruppen liegt nur geringfügig unter der Marke von 70 % für die Ziele des § 1 EnWG, die das Bundeskartellamt als „*Safe harbour*“ für die Gemeinde bezeichnet hat (vgl. Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. überarbeitete Auflage vom 21. Mai 2015,

Rn. 32), die aber ohnehin nur eine Empfehlung darstellt. Demgegenüber hat sich die Bundesnetzagentur zu dieser Frage nicht positioniert (Gemeinsamer Leitfaden, a. a. O., Fn. 52). Den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 17. Dezember 2013 ist im Ergebnis nur zu entnehmen, dass die Gewichtung der Auswahlkriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG jedenfalls über 50 % liegen muss (vgl. BGH KZR 66/12, a. a. O., Rn. 84). Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg hat ein Gewicht von mindestens 50 % für erforderlich gehalten (Urteile v. 11. Sept. 2013 - 10 ME 87 und 88/12, juris Rn. 45 und 44). Auch die Niedersächsische Landeskartellbehörde steht auf dem Standpunkt, die Gemeinde habe ihre Auswahlkriterien „mit mehr als 50 %“ an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten (Hinweise der Nds. Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG, Stand 25. August 2015). Zuletzt hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf dafür ausgesprochen, dass die an § 1 EnWG ausgerichteten Auswahlkriterien nicht zwingend mit mehr als 50 % zu gewichten sind (vgl. Urteil vom 23. Dezember 2015 - V-2 U (Kart) 4/15, Umdruck, S. 5 m.w.N., Anlage ASt 80). Die vorliegend vorgenommene Gewichtung steht zudem mit dem - vom Bundesgerichtshof ebenfalls herangezogenen - Musterkriterienkatalog des Ministerium für Umwelt-, Klima- und Energiewirtschaft des Landes Baden-Württemberg vom 6. September 2013 (zuletzt geändert am 5. März 2015, Az.: 4-4452.85/145), der eine Orientierungshilfe darstellt, in Einklang.

Der Senat folgt der Auffassung, dass die Gewichtung der Kriterien nach § 1 EnWG jedenfalls über 50 %, was deren Schwergewicht hinreichend zum Ausdruck bringt, jedoch nicht zwingend bei 70 % liegen muss, weshalb die von der Verfügungsbeklagten vorgenommene Gewichtung sich im Rahmen der dieser Vorgaben hält.

(b) Die von der Verfügungsbeklagten vorgenommene Einzelgewichtung der Ziele des § 1 EnWG (26,5 % für den Aspekt „sichere Energieversorgung“, je 10 % für die Aspekte „preisgünstige, verbraucherfreundliche und umweltverträgliche Energieversorgung“ sowie 8,5 % für den Aspekt „effiziente Energieversorgung“) lässt Fehler nicht erkennen.

Der Bundesgerichtshof hat lediglich eine Bewertung des Kriteriums „Versorgungssicherheit/sicherer Netzbetrieb“ in Anlehnung an den Musterkriterienkatalog der

Energiekartellbehörde Baden-Württemberg mit mindestens 25 % für erforderlich gehalten (BGH, a. a. O., Rn. 84), wobei letztlich offenbleibt, ob dies eine feste Größe sein soll. Da dieser Prozentsatz hier ohnehin überschritten worden ist, kann dies jedoch dahinstehen. Eine weitergehende Quantifizierung bei der Gewichtung der Kriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG hat der Bundesgerichtshof nicht vorgegeben. Stattdessen hat er den der Gemeinde zuzubilligenden Beurteilungsspielraum betont. Es gibt vorliegend auch keinen Grund für die Annahme, die Verteilung der Gewichtung auf die einzelnen Kriterien im Einzelnen sei nicht mehr davon gedeckt. Die vorgenommene Gewichtung der Einzelziele entspricht dem Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde des Landes Baden-Württemberg.

(c) Dass die Kriterien der Gruppen A und B gleichrangig - wenn auch mit unterschiedlichem Gewicht (65 % zu 35 %) - behandelt worden sind, ist ebenso wenig zu beanstanden. Die Ansicht der Verfügungsklägerin, die Kriterien der Gruppe B seien nur „nachrangig“ anzuwenden, d.h. für den Fall, dass bei den Kriterien der Gruppe A die Bewerber gleich bewertet würden, findet weder im Gesetz - auch § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG verhält sich dazu nicht - noch in der dazu ergangenen Rechtsprechung eine Stütze.

Insbesondere ist den Grundsatzurteilen des Bundesgerichtshofs vom 17. Dezember 2013 nichts zu einem Vorrang in dem Sinne, dass Kriterien außerhalb der Ziele des § 1 EnWG nur zum Tragen kommen sollen, wenn eine Pattsituation besteht, sie mithin in einem Stufenverhältnisses zueinander stehen, zu entnehmen. Diese Bedeutung ist auch der Formulierung, die Auswahl des Netzbetreibers sei „vorrangig an Kriterien auszurichten“, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisierten, nicht beizulegen, die lediglich dahin zu verstehen sein dürfte, dass das Schwergewicht der Bewertung bei den Zielen des § 1 EnWG liegen muss. Das schließt nicht aus, dass andere zulässige Kriterien auf gleicher Stufe aber mit geringerem Gewicht miteinfließen. Das von der Verfügungsklägerin verlangte Stufenverhältnis würde hingegen das der Gemeinde grundsätzlich zuzubilligende Recht, neben den Kriterien des § 1 EnWG auch andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, im Ergebnis unterlaufen.

Davon abgesehen hat die Streithelferin nur zwei Punkte ihres insgesamt 18,5 Punkte betragenden Vorsprungs bei den Kriterien der Gruppe B erzielt, was sich auf das Gesamtergebnis nicht entscheidend ausgewirkt hat.

(d) An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass die Verfügungsbeklagte in den Kriterienkatalog der Gruppe A verschiedene „*vertragliche Gewährleistungen*“ mit aufgenommen hat (im Einzelnen: A I. 7. lit. a) bis c), III. 3. lit. a) bis c), IV. 5. lit. a) - d) und V. 6. lit. a) bis d), denen insgesamt ein Gewicht von 10,5 % zukommt.

Weder handelt es sich um Punkte, die verbindlich hätten vorgegeben werden müssen und daher gar nicht in die Wertung hätten einbezogen werden dürfen, noch ist anzunehmen, dass damit Kriterien, die an sich der Gruppe B zuzurechnen waren, unzulässig in Gruppe A verschoben worden sind und dort zu einer falschen Gewichtung geführt haben.

(aa) Die Verfügungsklägerin vertritt die Auffassung, die von der Verfügungsbeklagten für erforderlich gehaltenen Informations-, Mitwirkungs-, Nachverhandlungs-, Konsultations- und Sanktionsrechte im Rahmen der vertraglichen Gewährleistung - bei denen Verfügungsklägerin 90 von 105 möglichen Punkten erreicht hat und die Streithelferin 102,5 Punkte (vgl. Auswertungsmatrix, Anlage ASt 57) - hätten bereits nicht als Auswahlkriterien fungieren dürfen, sondern seien im Rahmen der Leistungsbeschreibung fest vorzugeben gewesen. Dem ist nicht zu folgen.

Der Bundesgerichtshof hat es grundsätzlich gebilligt, dass eine Gemeinde ein Angebot besser bewertet, das es ihr erlaubt, auch nach der Konzessionsvergabe ein legitimes Interesse an der Ausgestaltung des Netzbetriebs zu verfolgen. Dazu zählen Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit des Netzbetriebes oder zur Absicherung ihrer Planungshoheit bei Inhalts- oder Kapazitätserweiterungen oder Maßnahmen zur Modernisierung des Netzes (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 66/12, Rn. 52). Folglich sieht der Bundesgerichtshof derartige Einflussmöglichkeiten als zulässige Ausformung der Kriterien gem. § 1 EnWG an. Die hier in Rede stehenden „vertraglichen Gewährleis-

tungen“ sind mithin zulässige Gesichtspunkte bei der Auswahl des zukünftigen Netzbetreibers. Sie beziehen sich auf die verschiedenen Ziele des § 1 EnWG und dienen der Sicherstellung deren ausreichender Beachtung während der Vertragslaufzeit.

Der Bundesgerichtshof hat es ferner für unbedenklich gehalten, derartige Einflussmöglichkeiten (insbes. Informations- und Nachverhandlungspflichten, Mitwirkungs- und Konsultationsrechte) als Wertungskriterium beim Angebotsvergleich [Hervorhebung durch den Senat] zu berücksichtigen, wie sie auf vertraglicher Grundlage geschaffen werden können, um insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Entwicklung der Gemeinde über die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrags und die sich hieraus ergebenden veränderten Anforderungen an den Netzbetrieb nicht zuverlässig vorhersehbar sind (BGH, a. a. O.). Dies lässt sich nicht anders verstehen, als dass diese Rechte (hier „*vertragliche Gewährleistungen*“) zulässige Bewertungskriterien sind.

Dem steht nicht entgegen, dass der Bundesgerichtshof weiter ausgeführt hat, wenn die Gemeinde legitime Einflussmöglichkeiten auf den Netzbetrieb für *unverzichtbar* [Hervorhebung durch den Senat] halte, müssten diese bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung für den Konzessionsvertrag für alle Angebote verbindlich vorgegeben werden; ihre zusätzliche Berücksichtigung sei bei der Bewertung der ordnungsgemäßen Angebote dann nicht mehr möglich (BGH, a. a. O.). Dies bedeutet zugleich, dass eine „*verzichtbare*“ Einflussnahme nicht „vor die Klammer“ gezogen werden muss, sondern als Wertungskriterium herangezogen werden kann.

Hier waren die Inhalte der „vertraglichen Gewährleistungen“ nicht verbindlich vorgegeben. Dagegen spricht schon, dass in den Erläuterungen zu dem Ersten Verfahrensbrief - Anlage 2, etwa zu A, Hauptkriterium I. Kriterium 7, Unterkriterien c) und d) - nur Beispiele genannt worden sind. Im Verfahrensbrief ist ferner von dem beigefügten „unverbindlichen“ Konzessionsvertragsentwurf die Rede, mit dem die Verfügungsbeklagte über ihre „Erwartungen“ an die Ausgestaltung der Angebote informieren wollte. Weiter heißt es, komme die Verfügungsbeklagte aufgrund der indikativen Angebote zu dem Ergebnis, dass eine Überarbeitung des

Konzessionsvertragsentwurfs sinnvoll sei, werde sie „den Vertragsentwurf überarbeiten“ und die Bewerber mit dem aktualisierten Entwurf über ihre Vorstellungen informieren. Der Konzessionsvertragsentwurf stelle „keine Mindestanforderungen“ an das vertragliche Angebot auf. Vielmehr könnten die Bewerber hiervon (...) „abweichen“ oder „völlig eigenständige Vorstellungen entwickeln“ und Regelungen anbieten (vgl. zu allem Vorstehenden S. 3 f. und 15 des Ersten Verfahrensbriefs).

Damit in Einklang steht, dass die Verfügungsbeklagte mit der Berufung vorgetragen hat, sie habe *bestimmte* vertragliche Einflussmöglichkeiten nicht für unverzichtbar gehalten, sondern habe vielmehr die Möglichkeiten der vertraglichen Gewährleistung zu Auswahlkriterien beim Angebotsvergleich gemacht. Dem weiteren Vorbringen der Verfügungsbeklagten ist sinngemäß zu entnehmen, dass vertragliche Gewährleistungsrechte zwar in die Verträge aufgenommen werden mussten, ihre Ausgestaltung aber dem Bieter überlassen war (vgl. Bl. 260 GA II). Sie hat dazu nachvollziehbar erläutert, dieses Vorgehen habe gute Gründe gehabt, denn mögliche konkrete Zusagen und Informationspflichten zum Netzbetrieb hingen von den unterschiedlichen Netzbetriebskonzepten der Bewerber ab. Die Bewerber hätten beispielsweise unterschiedliche Konzepte zur Störungsbeseitigung gehabt, weswegen es unsinnig oder möglicherweise diskriminierend gewesen wäre, festgelegte vertragliche Zusagen zu bestimmten Abläufen oder Zeiten zu verlangen. Welche Mitwirkungs-, Nachverhandlungs- und Konsultationsrechte ein Netzbetreiber anbieten könne, hänge zudem von seiner Unternehmensstruktur und -politik ab. All dies ist plausibel und spricht gegen eine verbindliche Vorgabe unverzichtbarer Inhalte der vertraglichen Gewährleistungen.

(bb) Die Gewährleistungsrechte durfte auch bei den Kriterien der Gruppe A berücksichtigt werden, denn sie dienen der Aufrechterhaltung und Sicherstellung der sicheren, effizienten, verbraucherfreundlichen und umweltverträglichen Energieversorgung (vgl. schon oben BGH - Urt. v. 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, Rn. 52).

(cc) Den tragenden Erwägungen des Landgerichts zur Verschiebung des grundsätzlichen Gewichts der Wertungskriterien kann daher nicht beigetreten werden. Nicht überzeugen kann auch die Überlegung des Landgerichts, eine nur

„vertragliche Gewährleistung“ des versorgungssicheren Netzbetriebes sei kaum operational überprüfbar. Zu Recht hat die Verfügungsbeklagte darauf hingewiesen, dass vertragliche Zusicherungen und Gewährleistungen gerade entweder gerichtlich durchgesetzt werden können oder ihre Nichteinhaltung die vorzeitige Beendigung des Konzessionsvertrages - etwa durch Kündigung - zur Folge haben kann. Ebenso wenig besteht das Erfordernis eines Sicherheitsabschlags, denn etwaige Unsicherheiten betreffend die Durchsetzbarkeit der vertraglichen Gewährleistungen betreffen alle Bieter gleichermaßen.

(e) Auch im Übrigen ist die Zulässigkeit oder Gewichtung der einzelnen Kriterien und Unterkriterien nicht in Zweifel zu ziehen.

(aa) Weshalb durch das in Gruppe B Nr. 3. aufgeführte Unterkriterium lit. a) „Koordination und Abstimmung bei Baumaßnahmen des EVU mit der Stadt H.“ die Streithelferin in diskriminierender Weise gegenüber der Verfügungsklägerin bevorzugt werden und es deshalb unzulässig sein könnte, ist nicht ersichtlich. Eine Koordination der beabsichtigten Baumaßnahmen mit der Verfügungsbeklagten ist der Verfügungsklägerin ebenso möglich wie der Streithelferin. Der Bezug in den Erläuterungen gem. Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief auf § 11 des Musterkonzessionsvertrages ergibt nichts anderes. Abweichendes zeigt die Verfügungsklägerin nicht auf.

(bb) Das unter dieselbe Obergruppe und Hauptkategorie fallende Unterkriterium „Beseitigung stillgelegter Anlagen“ auf Verlangen der Verfügungsbeklagten und auf Kosten des Unternehmens (B. 3. e) ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Nach der Erläuterung gem. Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief (S. 11) ist eine Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens zur Entfernung stillgelegter Anlagen binnen sechs Monaten nach Stilllegung erwünscht. Eine verbotene Gegenleistung nach § 3 KAV liegt darin nicht, denn als Eigentümer der Anlage hat der Netzbetreiber ohnehin die Beseitigungskosten zu tragen. Dass die Verpflichtung zur Beseitigung jeglicher stillgelegter Anlagen gegenüber der in § 15 des Musterkonzessionsvertrags aufgezeigten Variante (Beseitigung auf Verlangen der Verfügungsbeklagten, wenn von der Anlage Gefahren ausgehen oder Behinderungen

etwa von Baumaßnahmen entstehen oder andere Gründe des öffentlichen Interesses für eine Entfernung sprechen) präferiert war, ist eindeutig zu erkennen.

(cc) Das beanstandete Unterkriterium „Zustimmungsvorbehalt der Stadt H. bei Übertragung von wesentlichen Netzteilen und Kündigungsrecht bei Verstoß“ (B. 4. c) ist zulässig, denn die Verfügungsbeklagte muss sich darauf verlassen können, während der 20-jährigen Konzessionsvertragsdauer mit dem von ihr ausgewählten als zuverlässig angesehen Vertragspartner oder einem gleichwertigen Ersatz verbunden zu sein. Soweit die Verfügungsklägerin beanstandet, dies beeinträchtige ohne sachlichen Grund Umstrukturierungen im Konzern eines konzernangehörigen Bieters und benachteilige einen solchen von vornherein gegenüber dem Streithelfer, ist dies nicht nachvollziehbar. Eine solche Vertragsklausel (vgl. § 28 Musterkonzessionsvertrag) sollte der Verfügungsbeklagten vor allem ermöglichen, die Erfüllung der an das Netzeigentum geknüpften konzessionsvertraglichen Verpflichtungen des Netzbetreibers sicherzustellen. Daran hat sie ein berechtigtes Interesse. Der Zustimmungsvorbehalt bedeutet zudem nicht gleichzeitig, dass deswegen konzerninterne Übertragungen von vornherein nicht möglich sind. Einen etwaigen strukturbedingten Nachteil muss die Verfügungsklägerin aus o.g. Gründen hinnehmen.

(dd) Die von der Verfügungsklägerin angegriffene Haftungsregelung unter Gruppe B Punkt 5 ist nicht zu beanstanden und stellt insbesondere keine unzulässige Regelung gem. § 3 KAV dar. Ein solches Kriterium ist auch im Musterkriterienkatalog der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg vorgesehen (a. a. O., S. 8).

(ee) Die Verfügungsklägerin vertritt weiterhin die Auffassung, die Kriterien der Gruppe A seien unzulässig, soweit sie allein auf das Netzbewirtschaftungskonzept abstellden. Damit ist offenbar gemeint, aufgrund dessen könne nicht geklärt werden kann, wie gut und/oder sicher ein Bewerber die Ziele des § 1 EnWG umzusetzen in der Lage ist, etwa weil er bereits auf dem Markt tätig ist und über eine umfassende Ausstattung und qualifizierte Mitarbeiter verfügt. Die Verfügungsklägerin wirft der Verfügungsbeklagten insoweit vor, sie habe nur die Netzbewirtschaftungskonzepte bewertet, aber nicht geprüft, ob die Bewerber nach ihrer Ausstattung und fachlichem Kompetenz die Umsetzung „gewährleisten“ könnten.

Soweit im Wettbewerb um die Netze derjenige (neue) Netzbetreiber ermittelt werden soll, der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, beim Netzbetrieb eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträglich leitungsgebundene Versorgung „zu gewährleisten“, sollte dies ersichtlich nicht dazu führen, die Vergabe an sog. „Newcomer“ gegenüber dem Betreiber eines funktionierenden Netzes zu erschweren. Vielmehr muss es genügen - und anders sind auch die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 17. Dezember 2013 nicht zu verstehen -, wenn abzusehen ist, dass der Bewerber zu Beginn der im Konzessionsvertrages vorgesehenen Laufzeit in der Lage sein wird, seine Aufgaben zu erfüllen und damit die sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung zu gewährleisten. Dies zu beurteilen, ist nur im Wege einer Prognose möglich, wobei der Verfügungsgeklagten auch insoweit eine Einschätzungsprärogative zuzubilligen ist. Wollte man dies anders sehen, bestünde die Gefahr, dass der Bestandsanbieter bevorzugt würde. Die technische, personelle und wirtschaftliche Ausstattung als Kriterien für das Ziel der sicheren Energieversorgung zu betrachten, entspricht im Übrigen dem Musterkriterienkatalog des Landeskartellamts Baden-Württemberg.

Die Bewertung der Unterkriterien „*Mitarbeiterqualifikation*“ und „*Sicherstellung der Fort- und Weiterbildung*“ (A. I. 2., lit. b) und c) mit je 5 Punkten (insgesamt 10 Punkte) hält sich innerhalb des der Verfügungsbeklagten zuzubilligenden Spielraums bei Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien (vgl. auch Musterkriterienkatalog des Landeskartellamts Baden-Württemberg).

(ff) Entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin ist ferner der in Untergruppe I. („sichere Energieversorgung“) und dem Kriterium „*Modernisierung des Netzes*“ vorgesehene Unterpunkt „*Leerrohrkonzept*“ (A. I. 6. c) nicht zu beanstanden.

Dieses Unterkriterium betrifft die Ermöglichung der Zukunftsfähigkeit des Netzes, was zum einen ohne weiteres dem Oberpunkt Netzsicherheit/Versorgungssicherheit zugeordnet werden kann und zum anderen nicht ge-

gen § 3 KAV verstößt und deswegen unzulässig sein könnte. Aus der Regelung gem. § 12 des Musterkonzessionsvertrages ergibt sich nicht, dass das Energieversorgungsunternehmen von § 3 KAV nicht gedeckte Kosten übernehmen soll. Gem. § 12 Abs. 4 des Musterkonzessionsvertrages sollten vielmehr sämtliche Kosten im Zusammenhang mit der Mitwirkung erstattet werden, es sei denn, es handelt sich um betriebsnotwendige Kosten des Netzbetreibers. Wieso das Kriterium deshalb unzulässig sein sollte, weil es auf Leistungen gerichtet sei, die nur die Streithelferin als Betreiberin des Gas- und Abwassernetzes soll erbringen können, erschließt sich nicht. Auch die Verfügungsklägerin dürfte ohne weiteres zur Verlegung von Leerrohren im Bereich des Stromnetzes in der Lage sein.

Dass das Leerrohrkonzept als Auswahlkriterium grundsätzlich zu akzeptieren ist, hat der Bundesgerichtshof bereits bestätigt (BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 66/12 Rn. 49).

Die unter dem Kriterium „*Modernisierung des Netzes*“ als Unterkriterien vorgesehenen Zukunftstechnologien „Konzept Smart Grid“ und „Elektromobilitätskonzept“ sind als solche mit dem Ziel der sicheren Energieversorgung vereinbar und dürfen folglich auch in diesem Zusammenhang gewichtet werden. Die Zukunftsfähigkeit und Modernisierung des Netzes kann ohne weiteres unter das Kriterium der Netz-/Versorgungssicherheit subsumiert werden. Die Annahme der Verfügungsklägerin, neue Technologien erhöhten nicht notwendigerweise die Versorgungssicherheit, ist demgegenüber in dieser Pauschalität unbeachtlich. Es liegt zudem nahe, dass die Anpassung des Netzes an Anforderungen und Technologie der Zukunft die Versorgungssicherheit erhöht und unterbleibende Investitionen sich eher negativ auswirken. Auf die drei Unterkriterien „*Modernisierung des Netzes*“ entfallen jeweils 15 Punkte, mithin insgesamt 4,5 % der insgesamt erreichbaren Punktzahl, was eine willkürliche Falschgewichtung ohnehin als fernliegend erscheinen lässt.

(gg) Ebenfalls keinen Erfolg hat die Beanstandung der Verfügungsklägerin, das Kriterium „*netzbezogener Beitrag zum Ausbau und der Nutzung erneuerbarer Energien*“ (A. V. 5.) als Teil der Ausformung des Ziels der „umweltverträglichen und zunehmend auf Erneuerbaren Energien beruhenden Energieversorgung“ sei unzulässig, weil es sich auf die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Netzbe-

treibers beziehe und deshalb kein Auswahlkriterium sein könne. Die Verfügungsbeklagte hat demgegenüber überzeugend vorgetragen, mit dem - ausschließlich netzbezogenen Kriterium - werde u. a. der Prozess und die Dauer des Anschlusses von EE-Anlagen bewertet, wobei die Bewerber in ihren Konzepten und Vertragsangeboten über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehen und den Anschlussprozess kundenfreundlicher ausgestalten oder sich zu kürzeren Bearbeitungsdauern verpflichten könnten, als in § 8 Abs. 6 EEG 2014 vorgesehen. Soweit die Verfügungsklägerin dem entgegenhält, kürzere als die dort vorgesehenen „*unverzöglichen*“ Bearbeitungsdauern könne die Verfügungsbeklagte nicht verlangt haben, übersieht sie, dass der Begriff „*unverzöglich*“ im Folgenden als „*spätestens innerhalb von 8 Wochen*“ konkretisiert worden ist. Deswegen ist es naheliegend, dass eine Zusage kürzerer Zeiträume positiv bewertet werden kann. Auch gesetzlich vorgesehene Vorgaben können - jedenfalls soweit ein Beurteilungsspielraum besteht - besser oder schlechter umgesetzt werden.

(ff) Schließlich musste die Verfügungsbeklagte bei dem Ziel effiziente Energieversorgung (Hauptgruppe A, Untergruppe III, Kriterium 1.) nicht zwingend dem Effizienzwert gem. § 12 oder § 24 ARegV ein eigenes Gewicht im Sinne eines eigenen Bewertungskriteriums beimessen. Dass der Effizienzwert bei der Wertung von Bedeutung war, ergab sich aus der Erläuterung auf S. 5 des Ersten Verfahrensbriefs. Er floss mithin in das Bewertungskriterium „*Gewährleistung und Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz*“, das 5 % am Gesamtergebnis ausmachte, ein. Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf die Vorgabe eines punktemäßig bewerteten Effizienzwerts in den Kriterienkatalog nicht beanstandet hat (Urteil vom 23. Dezember 2015 - VI-2 U (Kart) 4/15, Anlage ASt 80), ist damit nichts darüber ausgesagt, ob dies zwingend zu geschehen hat, was mit Blick auf Bewerber, denen es an belastbaren Daten fehlt, problematisch erscheint.

Die Gewichtung als solche ist mit 5 %, was deutlich über dem von dem Oberlandesgericht Düsseldorf (a. a. O.) als zu gering erachteten Anteil von 1,7 % liegt, - anders als Verfügungsklägerin meint - nicht zu beanstanden.

bb) Darstellung

Die von der Verfügungsbeklagten bekannt gegebenen Auswahlkriterien - Haupt- und Unterkriterien - sind hinreichend klar. Ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz kommt daher nicht in Betracht. Insbesondere besteht kein Zweifel daran, dass die Bewerber erkennen konnten, worauf es der Verfügungsbeklagten bei der Auswahlentscheidung tatsächlich ankam.

(1) Das Transparenzgebot bedeutet, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, präzise und eindeutig u. a. in der Vergabebekanntmachung zu formulieren sind, so dass zum einen alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter die genaue Bedeutung dieser Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen der Auftraggeber tatsächlich überprüfen kann, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (EuGH, Urt. v. 10. Mai 2012 - C-368/10, juris Rn. 87, 109).

(2) Der von der Verfügungsbeklagten aufgestellte Kriterienkatalog unterscheidet sich deutlich von den Bewertungsmaßstäben, die in der Rechtsprechung beanstandet worden waren. Die Kriterien nebst Unterkriterien sind gemäß dem im Ersten Verfahrensbrief abgedruckten Katalog im Einzelnen ausdifferenziert und durch Angabe der auf sie im Einzelnen entfallenden Bewertungspunkte in ihren Schwerpunkten klar erkennbar gewichtet worden. Zudem sind die Auswahlkriterien durch die Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief eingehend erläutert worden. Soweit gleichwohl ein Spielraum belassen wird, den der Bewerber auszufüllen hat, steht dies mit dem hier gegebenen Ideenwettbewerb ohne weiteres im Einklang.

Die Verfügungsklägerin beanstandet, trotz des mitgeteilten umfangreichen Kriterienkatalogs sei nicht ersichtlich, worauf es der Verfügungsbeklagten bei der Auswahlentscheidung wirklich ankomme, weshalb es der Verfügungsklägerin unmöglich gewesen sei, ihr Angebot auf die Bedürfnisse der Verfügungsbeklagten zuzuschneiden. Dem ist nicht zu folgen. Insbesondere ist der Verfügungsbeklagten nicht anzulasten, dass sie die Kriterien zum Teil näher beschrieben hat, um zu erläutern, was sie sich darunter vorstellt (z.B. Unterkriterium A.I.1.a: Lage und Ausstattung wesentlicher Einrichtungen: Leitstelle, Störungsstelle, Lager, Werkstatt, Verwaltung), ohne einen Hinweis darauf zu geben, ob ihr ein Element davon

besonders wichtig erscheint. Vielmehr könnten durch einen solchen Hinweis zum einen der Wettbewerb - im Gegenteil - gezielt gesteuert und zum anderen konstruktiven Vorschlägen der Bewerber der Boden entzogen werden. Dafür, dass die Ausschreibung hinreichend transparent war, spricht zudem, dass die Verfügungsklägerin auf ihr Angebot 959,5 von 1000 möglichen Punkten erhalten und bei einer Reihe Kriterien besser abgeschnitten hat als die Streithelferin.

(3) Zu den Beanstandungen im Einzelnen:

(a) Gruppe A.: Ziele des § 1 EnWG

(aa) Ziel der sicheren Energieversorgung (Untergruppe I)

(aaa) Die Verfügungsklägerin hält die Kriterien A. I. 1. bis 3. - technische, personelle und wirtschaftliche/finanzielle Ausstattung - für völlig nichtssagend, weshalb unklar sei, anhand welcher Maßstäbe die Verfügungsbeklagte die Angebote habe überprüfen wollen. Dem ist nicht zu folgen.

Gerade bei der Bewertung von noch zu erstellenden Bieterkonzepten sind detaillierte Vorgaben problematisch, weil sie die Möglichkeiten der Bieter zur konzeptionellen Darstellung einschränken (VK Lüneburg, Beschl. v. 4. Okt. 2011 - VgK 26/2011, juris 182). Eine Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe unzulässig ist, ist in Anlehnung der Grundsätze Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich - bei der Vergabe von Konzessionen kann im Ergebnis nichts anderes gelten - erst 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 wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, und sie infolge dessen auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotsbewertung nicht mehr effektiv geschützt sind (Senatsbeschl. v. 24. Febr. 2015, 13 Verg 1/15, Rn. 94; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19. Juni 2013 - Verg 8/13, juris Rn. 21; Beschl. v. 21. Okt. 2015 - Verg 28/14, juris Rn. 74 f.). Auch das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur vertreten die Auffassung, dass durch eine zu starke Konkretisierung der Auswahlkriterien die Möglichkeit für die Berücksichtigung innovativer Angebotsinhalte

- im Sinne eines Ideenwettbewerbs - eingeschränkt wird und im Gegenteil gerade die Gefahr des Zuschnitts der Auswahlkriterien und damit der Ausschreibung auf einzelne Bieter besteht (Gemeinsamer Leitfaden, a. a. O, Rn. 33).

Die Kriterien sind für sich betrachtet hinreichend aussagekräftig und außerdem in der Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief („Untergruppe I, Ziel der sicheren Energieversorgung“) näher erläutert worden. Was das Verhältnis zu der - vorgeschalteten - Frage der grundsätzlichen Eignung des Bieters anbelangt, hat die Verfügungsbeklagte in dem Antwortschreiben auf Bieterfragen zum Verhältnis von Eignungsprüfung und Angebotswertung vom 21. Januar 2015 (Anlage ASt 44) ausgeführt, der Eignungsprüfung für die grundsätzliche Befähigung zum Betrieb eines Elektrizitätsversorgungsnetzes liege keine vergleichende Wertung zugrunde. Dagegen würden für geeignet befundene Bewerber auch anhand der Kriterien zur technischen, personellen, wirtschaftlichen und finanziellen Ausstattung vergleichend gegenübergestellt. Eingereichte Unterlagen, mit denen eine grundsätzliche Befähigung zum Netzbetrieb im Rahmen der Eignungsprüfung nachgewiesen werde, könnten zugleich bei der vergleichenden Bewertung anhand der Kriterien A I. 1. bis 3. berücksichtigt werden. Dabei werde es darauf ankommen, welche Angebote zur technischen, personellen, wirtschaftlichen und finanziellen Ausstattung für einen höheren Grad der Versorgungssicherheit sprächen. Dies ist in Anbetracht des von der Verfügungsbeklagten ausdrücklich ausgeschriebenen Konzeptwettbewerbs (vgl. S. 14 des Ersten Verfahrensbriefs) klar genug. Die Berücksichtigung von Finanz-, Sach- und Personalausstattung entspricht den Vorgaben des Musterkriterienkatalogs des Landeskartellamts Baden-Württemberg.

Indiziell gegen eine Unklarheit spricht zudem, dass die Verfügungsklägerin die volle Punktzahl erreicht hat.

(bbb) Was den Punkt „*Schnelle Störungsbeseitigung*“ (A I. 4.) betrifft, war es im Hinblick auf die von dem Bieter abzugebende Prognose der durchschnittlichen Dauer der Versorgungsunterbrechung bei Störungsursachen im Verteilnetz unter Beachtung vorstehender Ausführungen nicht geboten, dass die Verfügungsbeklagte vorgab, binnen welchen Zeitraums sie eine Störungsbeseitigung erwartete. Dass es der Verfügungsbeklagten auf eine schnelle Reaktionszeit ankam, ergibt

sich aus den Erläuterungen zur Untergruppe I. Kriterium 4. der Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief.

(ccc) Auch die Rüge zu Punkt A I. 5., wonach sich die Erwartungen der Verfügungsbeklagten zu Unterpunkt a) „*Wartung und Instandhaltung*“ nicht von der Bedeutung des weiteren Unterpunkts b) „*Investitionen zum Erhalt und zur Steigerung der Versorgungssicherheit*“ abgrenzen lassen sollen, ist unberechtigt. Den Erläuterungen gemäß Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief (zu A I. Kriterium 5.) ist vielmehr zu entnehmen, dass insoweit zwischen dem Ziel, die Versorgungssicherheit mindestens auf den aktuellen technischen Niveau zu halten, einerseits und der Darlegung einer Investitionsstrategie zum Erhalt und zur Verbesserung Versorgungssicherheit - mithin Investitionen in Neuerungen - andererseits abzugrenzen ist.

(ddd) Eine weitergehende Konkretisierung durfte die Verfügungsklägerin ferner nicht im Hinblick auf das Kriterium „*Modernisierung des Netzes*“ (A I. 6.) mit den Unterkriterien „*Konzept Smart Grid*“ (a) und „*Elektromobilitätskonzept*“ (b) erwarten. Das Unterkriterium „*Leerrohrkonzept*“ steht damit ersichtlich im Zusammenhang. Bereits die Unterkriterien als solche ließen erkennen, worauf es der Verfügungsbeklagten bei der Modernisierung des Netzes ankam. Dies ist durch die Erläuterungen in Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief weiter konkretisiert worden. Gefordert waren Konzepte zur Einbindung von Zukunftstechnologien und der damit einhergehenden Verbesserung des Netzes. Dass es bei der Verlegung der Leerrohre auch darum ging, dass die Verfügungsbeklagte diese würde nutzen können, ergibt sich hinreichend bereits aus § 12 Abs. 1 des Musterkonzessionsvertrages.

(eee) Was an dem Kriterium „*Vertragliche Gewährleistung des versorgungssicheren Netzbetriebes*“ (A I. 7.) unklar sein soll, erschließt sich ebenfalls nicht. Die Verfügungsbeklagte hat in den Erläuterungen zum Ersten Verfahrensbrief gem. Anlage 2 hervorgehoben, sie werde neben der konzeptionellen Darstellungen im Netzbewirtschaftungskonzept auch berücksichtigen, inwieweit die Einhaltung der Zusagen zu den vorgenannten Kriterien des versorgungssicheren Netzbetriebes während der gesamten Laufzeit des Konzessionsvertrages gewährleistet sei, wo-

bei sie auf verschiedene Vorschriften des Musterkonzessionsvertrages (§ 4 Abs. 1 und 2, § 5, § 9 Abs. 2 lit. a), b), d) und g), § 5 Abs. 3 Satz 2 und § 29 Abs. 1 lit. b), § 30 Abs. 2 Nr. 1) verwiesen hat. In den Bewertungshinweisen unter III. des Ersten Verfahrensbriefs hat die Verfügungsbeklagte überdies darauf hingewiesen, dass sie berücksichtigt wird, inwieweit die Erfüllung der energiewirtschaftlichen Ziele vertraglich sichergestellt wird und sie die Möglichkeit hat, die Einhaltung zu überwachen und auf die Erfüllung der gemachten Zusagen hinzuwirken. Zugleich hat sie darauf aufmerksam gemacht, dass der beigelegte Entwurf eines Konzessionsvertrages die Erwartungen der Verfügungsbeklagten beschreibt, jedoch keine Mindestanforderungen aufstellt, die Bewerber hiervon mithin abweichen und insbesondere über das Niveau des Vertragsentwurfes hinausgehen können, wobei denkbar sei, dass ein solches Angebot die höhere Punktzahl erhalte und ein anderes, das die vorgeschlagene Regelung übernehme, eine niedrigere Bewertung. Umgekehrt sei es möglich, dass Angebote, die von dem Vertragsentwurf zu Lasten der Verfügungsbeklagten abwichen, dennoch die höchste Punktzahl bei einem Kriterium erhielten, weil kein anderes Angebot besser sei. Hiermit sind die Vorstellungen der Verfügungsbeklagten sehr genau zum Ausdruck gebracht.

Es kommt nicht darauf an, ob sich die Regelungen in §§ 4 und 5 des Musterkonzessionsvertrages ohnehin auf gesetzliche Pflichten beziehen. Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob sich die in Bezug genommenen Vorschriften des Konzessionsvertrages in den Kriterien zu A. I. 1. bis 6. widerspiegeln. Worauf sich die vertraglichen Gewährleistungen beziehen sollten, ist den genannten Beschreibungen hinreichend zu entnehmen.

(bb) Ziel der preisgünstigsten Energieversorgung (Untergruppe II.)

Die in diesem Zusammenhang erhobenen Einwände der Verfügungsklägerin vermögen nicht zu überzeugen. In der Erläuterung heißt es dazu:

„Grundsätzliches Ziel sind möglichst niedrige Kosten für die Netznutzung und den Netzanschluss. Bei der Bewertung der Anschlusskosten und Baukostenzuschüsse werden aber auch die sachgerechte Ermittlung sowie die Auswirkung auf die Allgemeinheit (Sozialisierungseffekt) berücksichtigt.“

Weiterhin wird bewertet, inwiefern der Baukostenzuschuss seine Steuerungsfunktion zur Vermeidung unnötiger Investitionen (...) erfüllt.“

Hiernach sollen die Kosten - Netznutzungsentgelte, Netzanschlusskosten und Baukostenzuschüsse - möglichst niedrig gehalten, die Anschlusskosten und Baukostenzuschüsse aber nicht sozialisiert werden, auch um unnötige Kosten zu vermeiden. Soweit die Verfügungsklägerin beanstandet, es bleibe unklar, welche Ermittlungsmethode die Verfügungsklägerin für sachgerecht halte, ist dies ohne Relevanz. Dass eine bestimmte Methode zwingend oder nur vorzugswürdig wäre, ist nicht ersichtlich. Nach der Stellungnahme der Verfügungsbeklagten sind vielmehr mehrere Methoden denkbar sind. Es kommt danach lediglich darauf an, dass eine nachvollziehbare und sachgerechte Methode verwendet wurde. Eine konkrete Bewertungsmethode brauchte vor diesem Hintergrund nicht vorgegeben zu werden. Im Übrigen weist die Verfügungsbeklagte zutreffend darauf hin, dass die Verfügungsklägerin mit den Gepflogenheiten vertraut ist und sie daher weiß, welche Auswirkungen die Erhebung von Anschlusskostenbeiträgen und Baukostenzuschüssen auf die Allgemeinheit hat. Dass mit der weiter geforderten Plausibilisierung des Konzepts durch ergänzende Aussagen über die derzeitigen Netzentgelte, Anschlusskosten und Baukostenzuschüsse im aktuellen Netzgebiet verhindert werden soll, dass Bewerber einseitig möglichst niedrige Netzanschlusskostenbeiträge oder Baukostenzuschüsse anbieten, obwohl dies zu einer Erhöhung der Netzentgelte führt, liegt hingegen auf der Hand. Die Verfügungsklägerin hat im Übrigen die volle Punktzahl erhalten, was gegen die mangelnde Transparenz des Kriteriums spricht.

Konkreten Anhalt dafür, dass Netznutzungsentgelte mit disparaten Anforderungsprofilen und die nicht rabattierten Netznutzungsentgelte in dem zur Vergabe anstehenden Konzessionsgebiet verglichen werden (vgl. OLG Stuttgart - 2 U 60/15, Anlage ASt 79, Umdruck, S. 21), gibt es nicht.

(cc) Ziel der effizienten Energieversorgung (Untergruppe III.)

Die Untergruppe III. gliedert sich in die Kriterien „Gewährleistung und Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz“ (III. 1.), „Maßnahmen zur Minimierung der Ver-

lustenergie“ (III. 2.) sowie deren „*vertragliche Gewährleistung*“ (III. 3.). Die auf die mangelnde Transparenz bezogenen Einwände der Verfügungsklägerin vermögen nicht zu überzeugen. Die Kriterien sind auf S. 5 f. der Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief hinreichend erläutert. Danach soll der Bewerber angeben, wie er im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet die Kosteneffizienz des Netzbetriebs gewährleisten und steigern kann - z.B. durch eine effiziente Organisations- und Personalstruktur, gemeinsamen Einkauf, gemeinsame Bevorratung, Skaleneffekte, spartenübergreifende Zusammenarbeit. In diesem Zusammenhang hat die Verfügungsbeklagte auch die Angabe eines Effizienzwerts verlangt, wobei Neubewerber ergänzend darlegen sollten, wie sich die technische Umsetzung (Netzentflechtung und Netzeinbindung) der angestrebten Netzübernahme auf die Kosteneffizienz des Netzbetriebes im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet auswirken werde.

Insoweit musste die Verfügungsbeklagte nicht genauer angeben, nach welchen Kriterien sie die Kosteneffizienz - insbesondere im Hinblick auf den Effizienzwert i. S. v. § 12 Abs. 2 ARegV - beurteilte und welche Bedeutung sie dem beimessen wollte. Dass der Effizienzwert von Bedeutung war, ergibt sich bereits aus den oben wiedergegebenen Erläuterungen.

Mit Blick auf das Kriterium A III. 2 („Maßnahmen zur Minimierung der Verlustenergie“) hält es die Verfügungsklägerin für unklar, wie die Verfügungsbeklagte die im Hinblick auf die Effizienz relevanten Kosten solcher Maßnahmen bewertet. Zu den Wechselwirkungen von Kosten etwaiger Effizienzmaßnahmen einerseits und der Preisgünstigkeit/Effizienz andererseits hat die Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 4. Dezember 2014 (Anlage ASt 42) der Verfügungsklägerin gegenüber Stellung genommen (S. 2 Abs. 3 „*Wechselwirkung der Kriterien zur Versorgungssicherheit einerseits sowie zu Preisgünstigkeit und Effizienz andererseits*“). Dort heißt es, sofern ein Bewerber ein Konzept mit hohen Investitionen vorlege, könne dieser Vorteil in der Gesamtwertung ggf. dadurch ausgeglichen werden, dass seine Angebotsinhalte seine Angebotsinhalte weniger preisgünstig oder effizient seien. Diese Wechselwirkung sei bereits den gesetzlichen Zielen des § 1 EnWG zu eigen, weswegen nicht auf einzelne Ziele aus dem Kriterienkatalog verzichtet werden könne. Vor diesem Hintergrund erscheint eine weitergehende Transparenz im

Vorfeld gar nicht möglich. Abgesehen davon drängt sich auf, dass die „Gesamtbilanz“ ausschlaggebend sein muss.

Was den erneut beanstandeten Punkt der „*vertraglichen Gewährleistung*“ betrifft, kann zunächst auf vorstehende Ausführungen Bezug genommen werden. Unklarheiten sind nicht erkennbar. Vielmehr hat die Verfügungsbeklagte mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck gebracht, was sie erwartete und wie sie die Angebote zu bewerten gedachte.

(dd) Ziel der verbraucherfreundlichen Energieversorgung (Untergruppe IV.)

Die Untergruppe gliedert sich in die Kriterien „*Kundenservice in örtlicher Nähe*“ (IV. 1.), „*Telefon- und Internetservice*“ (IV. 2.), „*Beschwerdemanagement*“ (IV. 3.), „*Dauer der Netzanschlussbereitstellung für Haushaltskunden*“ (IV. 4.) und die darauf bezogene vertragliche Gewährleistung (IV. 5. nebst Unterkriterien lit. a bis d) auf. Die Kriterien sprechen bereits für sich. Eine weitere Ausdifferenzierung erscheint nicht erforderlich. Die Punkte sind zudem in Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief näher erläutert worden. Was die vertragliche Gewährleistung anbelangt, kann auf die Ausführungen zu den vorstehenden Punkten Bezug genommen werden.

(ee) Ziel der umweltverträglichen und zunehmend auf Erneuerbaren Energien beruhenden Energieversorgung (Untergruppe V.).

Diese Untergruppe ist in die Kriterien „*umweltschonende Materialien*“ (V. 1.) mit den Unterkriterien lit. a) und b) „*Verwendung umweltschonender Materialien*“, und „*Entfernung umweltschädlicher Stoffe aus bestehenden Anlagen*“, sowie „*Schonung des Ortsbildes*“ (V. 2.), „*Schonung von Natur und Umwelt bei Errichtung und Betrieb von Versorgungsanlagen*“ (V. 3.), „*Sonstige Umwelt- und Klimaschutzmaßnahmen*“ (V. 4.), „*Netzbezogener Beitrag zum Ausbau und der Nutzung Erneuerbarer Energien*“ (V. 5.) und die darauf bezogenen vertraglichen Gewährleistungen (V. 6.) unterteilt, denen bereits hinreichende Aussagekraft zukommt.

Die Forderung der Verfügungsklägerin nach weiterer Ausdifferenzierung, insbesondere Darlegung, nach welchen Kriterien die Verfügungsbeklagte die einzelnen Punkte hat bewerten wollen, überspannt die an jene zu stellenden Anforderungen. Die Kriterien werden zudem durch die weiterführenden Hinweise in Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief (S. 7 ff.) näher erläutert. Ob sich das Kriterium A V. 5. - so der Vortrag der Verfügungsklägerin - lediglich auf die Erfüllung der Regelungen des Erneuerbare Energien Gesetz (EEG) bezieht, spielt keine Rolle. Auch gesetzliche Verpflichtungen können - wie ausgeführt - besser oder schlechter erfüllt werden. Den Erläuterungen gem. Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief ist zu entnehmen, dass die Verfügungsbeklagte zum einen eine Einschätzung des Bewerbers zum zukünftigen Bedarf und zum anderen eine Darlegung des angestrebten Konzepts der Erweiterung und Umgestaltung des Elektrizitätsverteilungsnetzes für die dezentrale Einspeisung von Elektrizität aus Erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Koppelungsanlagen sowie für die Einbringung dezentraler Energiespeichertechnologien erwartete, ferner Aussagen zum Prozess und den durchschnittlichen Zeitabläufen der Netzanschlussbereitstellung für Erneuerbare Energieanlagen.

Was die „*Vertraglichen Gewährleistungen*“ anbelangt, kann wiederum auf obige Ausführungen Bezug genommen werden.

(b) Gruppe B (Vertragliche Regelungen der Wegenutzung)

Auch die Kriterien der „*Gruppe B*“ sind hinreichend transparent.

Die Gruppe B gliedert sich in folgende Kriterien: „*Umfang der Wegenutzungsrechte für Verteilungsanlagen des Netzes der allgemeinen Versorgung*“ (B 1.), „*Konzeptionsabgabenabrechnung und weitere zulässige Leistungen*“ (B 2. mit Unterkriterien lit. a) bis d), „*Baumaßnahmen des Energieversorgungsunternehmens*“ (B 3. mit Unterkriterien lit. a) bis e), „*Kündigungsrechte/Rechtsnachfolge und Übertragung von Netzeigentum während der Vertragslaufzeit*“ (B 4. mit Unterkriterien lit. a) bis c)), „*Haftungsregelungen*“ (B 5.), „*Endschaftsregelungen*“ (B 6. mit Unterkriterien lit. a) bis e)). Alle Punkte sind in der Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief ausreichend erläutert. Der Kriterienkatalog enthält mehr und genauere Auswahlkri-

terien, als etwa im Musterkriterienkatalog der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg vorgesehen.

Die Verfügungsklägerin rügt, es sei unklar, ob und wie eine gegenüber der vollständigen Übernahme des Musterkonzessionsvertrages höhere Punktzahl erreicht werden könne und wie Abweichungen zum Musterkonzessionsvertrag bewertet würden, was sie im Folgenden auf alle genannten Kriterien und - ggf. - Unterkriterien bezieht. Wie vorstehend ausgeführt, sollte der Entwurf des Konzessionsvertrages lediglich die Erwartungen der Verfügungsbeklagten beschreiben und ein Beispiel für eine vertragliche Regelung darstellen, ohne dass der Bieter daran gebunden war, weshalb er hinter dem Vertragsentwurf zurückbleiben oder darüber hinausgehen konnte (vgl. die bereits wiedergegebenen Erläuterungen auf S. 15 des Ersten Verfahrensbriefs). Es liegt in der Natur der Sache, dass im Vorhinein keine Aussagen dazu möglich sind, wie Abweichungen im Einzelnen bewertet werden, weil sich nicht ermitteln lässt, worin diese bestehen werden. Was der Verfügungsbeklagten wichtig war, konnten die Bieter aus dem Konzessionsvertragsentwurf ersehen. Zutreffend hat die Verfügungsbeklagte in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sie nicht einmal verpflichtet gewesen wäre, einen solchen Musterkonzessionsvertrag der Ausschreibung beizufügen.

Bedenken in Bezug auf die Transparenz der Kriterien zur Endschaftsregelung und der insoweit in Bezug genommenen Vorschriften des Musterkonzessionsvertrags bestehen nicht.

Die Verfügungsbeklagte hat in dem Musterkonzessionsvertrag „Endschaftsregelungen“ vorgesehen, die über das Gesetz (§ 46 Abs. 2 EnWG) hinausgehen, um einen möglichst rechtssicheren und reibungslosen Eigentums- und Besitzübergang nach Vertragsablauf zu schaffen und kostenintensive Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden (vgl. Anlage 2 zum 1. Verfahrensbrief zu Kriterium 6., sowie §§ 20 bis 24 - Teil VI. - des Musterkonzessionsvertrages). Insbesondere sieht der Konzessionsvertrag die Übertragung der Versorgungsanlagen auf die Verfügungsbeklagte und nicht nur - wie in § 46 Abs. 2 EnWG geregelt - auf den neuen Konzessionsnehmer vor, wobei die Verfügungsbeklagte ihrerseits Rechte und Pflichten aus den Endschaftsbestimmungen auf den neuen Inhaber des Wegenutzungsrechts

übertragen können soll. Entsprechende konzessionsvertragliche Endschafftsregelungen neben dem gesetzlichen Eigentumsübertragungsanspruch des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich gebilligt (Urt. v. 29. Sept. 2009 - EnZR 14 und 15/08). Es lässt sich der Beklagten daher - ungeachtet dessen, ob dies überhaupt die Frage der Transparenz betreffen kann - nicht vorwerfen, sie habe die Regelungen des EnWG umgangen.

Im Übrigen gilt in Bezug auf die Rüge, es sei unklar, wie Angebote, die allein auf die gesetzlichen Regelungen verwiesen, bewertet werden würden, das oben zu dem Inhalt des Konzessionsvertrages Gesagte entsprechend. Es erschließt sich von selbst, dass ein Vertrag, der keine entsprechenden Zusagen macht, in Abhängigkeit von den Geboten anderer Bieter schlechter bewertet werden kann. Dies gilt gleichermaßen für die Regelungen zu Scheinbestandteilen (vgl. § 3 Abs. 8, § 21 Abs. 1 des Musterkonzessionsvertrages) oder eine vom Bieter vorgeschlagene von der Regelung in § 22 des Musterkonzessionsvertrages (Übernahmeentgelt) abweichende Methode zur Ermittlung des Übernahmeentgelts. Dass das von der Verfügungsbeklagten in § 22 des Musterkonzessionsvertrages zugrunde gelegte Ertragswertverfahren nicht gesetzlich verankert worden ist - abweichende Bestrebungen gibt es aber aktuell (vgl. BR-Drs. 73/16 vom 5. Februar 2016) - und auf der Grundlage des sog. Kaufering-Urteils des Bundesgerichtshofs (Urteil v. 16. November 1999 - KZR 12/97 = BGHZ 143, 128 ff.) auch die Vereinbarung des sog. Sachzeitwerts als angemessene Vergütung denkbar ist, spielt keine Rolle. Abgesehen davon, dass dieser Gesichtspunkt nicht die Transparenz des Auswahlkriteriums betrifft, hat die Verfügungsbeklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich jedenfalls um eine zulässige Methode handelt (BT-Drs. 17/6072, S. 88; BGH - Kartellsenat, Beschl. v. 3. Juni 2014 - EnVR 10/13, juris Rn. 45; Urt. v. 16. Nov. 1999, a. a. O., juris Rn. 69 ff. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24. Okt. 2012 - 6 U 168/10 (Kart), RdE 2013, 88 ff.).

Die Regelung in § 23 des Musterkonzessionsvertrages („*Entflechtung, Kosten*“) ist ebenfalls nicht unklar. Dass die Kosten der Entflechtung und Einbindung gering gehalten werden sollen, ergibt sich nicht nur aus der Vorschrift selbst, sondern auch aus den Erläuterungen in Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief (S. 13). Soweit darüber hinaus die Netzentflechtung abweichend von § 46 EnWG zwischen

Konzessionsnehmer und Verfügungsbeklagter verhandelt werden soll, ist dies in Anlehnung an vorstehende Ausführungen als zulässig zu erachten.

Nichts anderes gilt für den gem. § 24 Abs. 1 des Musterkonzessionsvertrages vorgesehenen Auskunftsanspruch, der der Verfügungsbeklagten - abweichend von § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG - bereits vom vierten Jahre vor Ablauf des Vertrages an zustehen soll und etwa Daten zur Beurteilung des Übernahmeentgelts durch den neuen Netzbetreiber und der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen betrifft, und für Auskunftsrechte des neuen Konzessionsnehmers gem. § 24 Abs. 2 und 3 des Musterkonzessionsvertrages und die *„Abstimmung von wesentlichen Investitionsvorhaben in den letzten drei Jahren vor Vertragsablauf“*. Dass weitergehende Informations- und Auskunftsansprüche möglich sind, ist anerkannt (vgl. Gemeinsamer Leitfaden, a. a. O., Rn. 44, 47 f.). Letztlich beanstandet die Verfügungsklägerin nur, dass es unklar sei, wie Angebote bewertet würden, die sich nicht an den Musterkonzessionsvertrag halten, sondern lediglich auf die gesetzlichen Regelungen verweisen (vgl. o.).

Da die Verfügungsklägerin nach - unbestrittenem - Vortrag der Verfügungsbeklagten Endschaftsbestimmungen angeboten hat, die über den Musterkonzessionsvertrag hinausgingen, ist eine Kausalität eines - unterstellten - Verstoßes ohnehin fraglich.

cc) Durchgreifende Bedenken gegen die von der Verfügungsbeklagten gewählte relative Bewertungsmethode hat der Senat nicht.

Im Ersten Verfahrensbrief der Verfügungsbeklagten heißt es dazu auf S. 16:

„Bei der Auswertung bekommt dasjenige Angebot die volle Punktzahl, das im Vergleich zu den anderen Angeboten das jeweilige Auswahlkriterium am besten erfüllt. Die anderen Angebote erhalten eine dem Erfüllungsgrad, bezogen auf das Angebot des besten Bewerbers, entsprechende niedrigere Bepunktung.“

Hiernach sollte das am besten bewertete Angebot die Höchstpunktzahl erhalten, während die anderen Angebote daran gemessen und mit einem Abschlag versehen wurden.

Die Verfügungsklägerin hat die von Beginn an - etwa mit Schreiben vom 19. November 2014 (Anlage ASt 40) - gerügt. Es sei bereits unklar, welche Angebotsinhalte zu einer hohen oder einer niedrigeren Bepunktung führten. Auch die Rügeantwort (Schreiben vom 4. Dezember 2015, Anlage ASt 42), wonach ein Angebot mit einer im Vergleich zum besten Angebot durchschnittlichen Erfüllung des jeweiligen Auswahlkriteriums eine mittlere Bepunktung erhalte und ein Angebot mit einer im Vergleich zum besten Angebot unterdurchschnittlichen Erfüllung des jeweiligen Auswahlkriteriums unterdurchschnittlich wenige Punkte, mache die Methode nicht transparenter. Unklar sei, was eine im Verhältnis zum besten Angebot „*durchschnittliche*“ Erfüllung sein solle, was Manipulationen erleichtere. Die Bewertungsmethode müsse es dem Bieter ermöglichen, die Bepunktung des eigenen Angebots vorherzusehen.

Der Senat hält die angewandte Bewertungsmethode weder für intransparent noch für diskriminierend.

Der Auftraggeber hat einen Entscheidungsspielraum, welche Bewertungsmethode er für geeignet hält und auswählt, solange sie nachvollziehbar und vertretbar ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Mai 2015 - VII-Verg 2/15, juris Rn. 39). Offensichtliche Beurteilungsfehler oder ein Ermessensfehlgebrauch sind insoweit nicht zu erkennen.

Die Zulässigkeit der relativen Bewertungsmethode wird nicht einheitlich beurteilt. In vergleichbaren gerichtlichen Verfahren, in denen die Überprüfung von Konzessionsvergaben in Rede stand, haben etwa das Landgericht Stuttgart (Beschl. v. 21. Nov. 2015 - 11 O 180/14, juris) oder das Landgericht Berlin (Urt. v. 9. Dez. 2014 - 16 O 224/14 Kart., juris) bzw. zuletzt das Oberlandesgericht Stuttgart (Urt. v. 19. Nov. 2015 - 2 U 60/15) die Auffassung vertreten, die relative Bewertungsmethode sei intransparent und diskriminierend. Es bleibe unklar, wie der Erfüllungsgrad im Verhältnis zum Angebot des besten Bieters bestimmt werde, also in

welchem Umfang Punktabzüge gerechtfertigt sein könnten (LG Berlin, a. a. O., juris Rn. 92; LG Stuttgart, a. a. O., Rn. 100; OLG Stuttgart, a. a. O., Umdruck S. 22 ff.), wobei den Entscheidungen des Landgerichts und des Oberlandesgerichts Stuttgart - anderes als hier - ein vorgegebenes Bewertungssystem mit prozentual bezeichneten Abschlägen für den Grad der schlechteren Erfüllung (geringfügig schlechter: 20%, schlechter: 40 %, wesentlich schlechter: 60 %) zugrunde lag. Demgegenüber hat das Landgericht Leipzig angenommen, dem Auftraggeber stehe als Herr des Konzessionsvergabeverfahrens ein Spielraum zu, der nur eingeschränkt überprüft werden könne. Die Auswahl der relativ-vergleichenden Bewertungsmethode als Alternative zur Bewertung aufgrund absoluter Kriterien überschreite die Grenzen des Ermessens des Auftraggebers nicht. Anders als eine absolute Bewertung, bei der zwingend das maximal zu erreichende Ergebnis vorgegeben wäre, um einen Vergleich überhaupt erst zu ermöglichen, erweise sich im Rahmen einer Vergabeentscheidung gerade die Offenheit der relativ-vergleichenden Bewertung als Vorteil. Realistisch würden bei der Offenlegung von absoluten Kriterien diese von allen Interessenten erfüllt und so eine Differenzierung unmöglich. Eine Fixierung eines Erwartungshorizonts hätte außerdem zur Folge, dass sich das Vergabeverfahren auf einen bestimmten Status Quo verfestige. Dies würde dem Charakter des Verfahrens - grundsätzlich sei ein Ideenwettbewerb gewünscht - nicht gerecht, weil neue Ideen keinen Raum hätten. Hierdurch würde wiederum gerade den Zielen nach § 1 EnWG nicht hinreichend Rechnung getragen (Urt. v. 17. Juni 2015 - 5 O 1339/15, juris Rn. 36). Gemessen an diesen Vorteilen erscheine die skizzierte Möglichkeit einer Beeinflussung der Relevanz der Kriterien bei einer Anwendung eines relativen Vergleichs unerheblich und daher nicht offensichtlich unsachgemäß (LG Leipzig, a. a. O. Rn. 37).

Der Senat hält die relative Bewertungsmethode für zulässig. In Vergabeverfahren gem. §§ 97 ff. GWB ist die relative Bewertungsmethode - jedenfalls soweit Angebotspreise in Relation zueinander gesetzt wurden - nicht beanstandet worden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3. März 2010 - VII Verg 48/09; BKartA Beschl. v. 21 Dez. 2014 - VK 2-81/14, juris Rn. 66). Ungeachtet dessen, dass die Bewertung hier viel komplexer ist, ist ein Rechtssatz des Inhalts, dass Angebote bei der Wertung nicht in Relation zueinander betrachtet werden dürfen, dem geltenden Recht nicht zu entnehmen (vgl. BKartA, a. a. O., Rn. 67). Hinzu kommt, dass die relative

Bewertungsmethode mit dem grundsätzlich zu fordernden Ideenwettbewerb (vgl. Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur, a. a. O.) besser zu vereinbaren ist als die Vorgabe fester Maßstäbe, die ihrerseits die Gefahr bergen, den Wettbewerb zu stark einzuschränken bzw. die Qualität von über die Vorgaben hinausgehenden Angeboten nicht hinreichend würdigen zu können und damit die Chancen des einen Bieters zu verschlechtern und des anderen zu erhöhen. Gerade dann, wenn noch keine festen Vorstellungen über das Optimum bestehen, wird die relative Bewertung den Angeboten im Grundsatz besser gerecht. Im Übrigen kommen die Vorteile der relativen Bewertung, wenn es eine Vielzahl von Kriterien - hier mehr als 60 - gibt, regelmäßig teils dem einen und teils dem anderen Bieter zugute, wodurch sich Unterschiede im Grundsatz wieder aufheben. Zudem ändern auch feste Bewertungskategorien - etwa nach einem Schulnotensystem - nichts daran, dass die Bewertung nun einmal eine Abstufung der Angebote erfordert und diese Wertung vom Auftraggeber getroffen wird. Eine rechnerisch exakte Einordnung des Erfüllungsgrads eines Angebots in eine Punkteskala ist ohnehin praktisch nicht möglich, schon gar nicht, wenn die Vorstellungen des Auftraggebers im Sinne eines Ideenwettbewerbs übererfüllt werden können.

c) Bedenken gegen die von der Verfügungsbeklagten vorgenommene Eignungsprüfung bestehen nicht.

aa) Es ist Sache des Auftraggebers, das Anforderungsprofil an die Eignung zu bestimmen und die zum Nachweis erforderlichen Unterlagen festzulegen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. Apr. 2014, a. a. O., Rn. 59 m. w. N.). Die Gemeinde darf jedoch keine Konzessionsvergabe an ein Unternehmen befürworten, das aufgrund gesicherter Erkenntnisse nicht fachkundig und/oder nicht leistungsfähig oder aus rechtlichen Gründen gehindert ist, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen (OLG Stuttgart, a. a. O., Rn. 60 unter Hinweis auf Beschl. v. 5. Juli 2006 - VII - Verg 25/06, Rn. 22). Der der Gemeinde bei der Prognoseentscheidung über die Eignung eines Unternehmens zustehende Beurteilungsspielraum kann nur darauf überprüft werden, ob sie die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet, das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, den zugrunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht ge-

gen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat (OLG Düsseldorf, a. a. O., mit zahlr. w. N.). In Anlehnung an die Grundsätze des § 7 EG Abs. 9 VOL/A darf sich ein Bieter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten eines anderen Unternehmens bedienen, und zwar ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen.

bb) Um die Eignungsprüfung durchführen zu können, sind die Bewerber im Ersten Verfahrensbrief dazu aufgefordert worden, Informationen über ihr Unternehmen und dessen Tätigkeit, über ihre Zuverlässigkeit sowie über ihre technische, personelle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu übermitteln (vgl. Abschnitt D, S. 7). Dazu gehörten die Unternehmensdarstellung mit Angaben zur Tätigkeit und zum Inhaber/Gesellschafter und Geschäftsführer des Bewerbers, bei Personen- oder Kapitalgesellschaften ein Handelsregisterauszug, die letzten drei Geschäftsberichte oder Jahresabschlüsse oder jedenfalls die vorhandenen Geschäftsberichte und Jahresabschlüsse bzw. Unterlagen, aus denen sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ergeben sollte, sofern möglich, eine Aufstellung der in den letzten drei Jahren durch das Unternehmen aufgrund von Konzessionsverträgen für Elektrizitätsversorgungsnetze erbrachten Leistungen und/oder - sofern möglich - eine Darstellung der in den letzten drei Jahren durch das Unternehmen erbrachten sonstigen Leistungen bzw. Erläuterungen zur grundsätzlichen Befähigung zum Betrieb eines Elektrizitätsversorgungsnetzes im Bereich der Verfügungsbeklagten, eine Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit, bei beabsichtigter Verpachtung an einen Dritten eine verpflichtende Zusage des Pächters zum Abschluss eines im Entwurf zu übermittelnden Pachtvertrages und für den Fall, dass der Bewerber Dienstleister mit wesentlichen Aufgaben des Netzbetriebes beauftragte, deren verbindliche Zusagen, entsprechende Dienstleistungen tatsächlich zur Verfügung zu stellen. Für den Fall, dass ein Bewerber beabsichtigte, im wesentlichen Umfang den Betrieb des Elektrizitätsversorgungsnetzes im Zusammenwirken mit Dritten zu gewährleisten, waren die entsprechenden Angaben auch von den betreffenden Dritten vorzulegen.

Nach den Vorgaben der Verfügungsbeklagten sind Bewerber als geeignet anzusehen, die selbst oder durch Verweis auf den Vorgaben entsprechende Zusagen

Dritter über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügen und rechtlich nicht daran gehindert sind, den Netzbetrieb zu übernehmen und die erforderlichen Verpflichtungen gegenüber der Verfügungsbeklagten einzugehen. Darüber hinaus musste nach den vorgelegten Eignungsnachweisen davon ausgegangen werden können, dass die wirtschaftliche, technische und personelle Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt einer Netzbetriebsaufnahme ausreichen werde, um das Elektrizitätsversorgungsnetz im Bereich der Verfügungsbeklagten entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zu betreiben (S. 8 unten, 9 oben des Ersten Verfahrensbriefs).

cc) Die Verfügungsbeklagte hat - wie aus den Eignungsvermerken (Anlagen AG 16 und 17) hervorgeht - die Eignung der Bewerber geprüft und festgestellt, dass beide über die grundsätzliche Befähigung verfügen, das Stromnetz zu betreiben. Anhalt, dies in Zweifel zu ziehen, besteht nicht.

Die von der Verfügungsbeklagten vorgenommene Würdigung ist nachvollziehbar und nach den oben aufgezeigten Grundsätzen nicht zu beanstanden. Die Streithelferin hat jahrelangen Erfahrung im Gas- und Wassernetzbetrieb. Die mit der G. AG verbundene G. Energienetze GmbH verfügt über eine Genehmigung zur Aufnahme des Netzbetriebes nach § 4 EnWG (vgl. Anlage N 3) und - anwaltlich versichert - über eine TSM-Zertifizierung betreffend die „Anforderungen an die Qualifikation und die Organisation von Unternehmen für den Betrieb von Elektrizitätsversorgungsnetzen“. Sie betreibt jedenfalls seit 2014 ein Stromnetz ohne Anhalt für Beanstandungen. Ferner hat die Streithelferin eine Verpflichtungserklärung der G. Energienetze GmbH vorgelegt, wonach diese umfängliche Unterstützung für den Fall des Zuschlags zugesichert hat (Anlage N 2). Ebenso haben sowohl die Streithelferin als auch die G. Energienetze GmbH Eigenerklärungen zur Zuverlässigkeit eingereicht (Anlagen N 5 und 6). Die Verfügungsbeklagte hat glaubhaft vorgetragen, es seien bereits Bewerbungsgespräche mit den erforderlichen technischen Mitarbeitern geführt worden, von denen drei Stromnetzmeister aus der Region zur Anstellung bei der Streithelferin bereit gewesen seien. Jedenfalls könne sie auf erfahrene Mitarbeiter der G.-Gruppe zurückgreifen. Dem Vermerk der Verfügungsbeklagten ist ferner zu entnehmen, dass die Streithelferin Planung, Bau, Betrieb und Instandhaltung des Versorgungsnetzes, den Kundenservice und das Billing sowie die zentralen kaufmännischen Aufgaben wahrnehmen sollen, wäh-

rend die G. Energienetze GmbH das Energiedatenmanagement, das Nutzungsmanagement, die Zählerfernauslese und das Prozessleitsystem übernehmen sollte.

Es bestehen daher keinen Bedenken, dass die Verfügungsbeklagte angenommen hat, die Streithelferin werde im Zeitpunkt einer Netzbetriebsaufnahme über die grundsätzliche personelle und technische Befähigung verfügen, das Stromnetz im Bereich der Verfügungsbeklagten entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zu betreiben. Die personellen, technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen zum Betrieb eines Energieversorgungsnetzes (vgl. dazu § 4 Abs. 1 und 2 EnWG) müssen erst im Zeitpunkt der Vertragsausführung vorliegen (OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 62; Beschl. v. 19. Juni 2013 - VII Verg 4/13). Dem entspricht, dass eine Genehmigung nach dem EnWG für die Vergabe von energierechtlichen Wegenutzungsrechten nicht erforderlich ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. April 2014, a. a. O.). Konkrete Hinweise, wieso die Streithelferin gleichwohl nicht geeignet sein soll, ergeben sich aus dem Vortrag der Verfügungsklägerin nicht, die dies nur mit allgemeinen Erwägungen anzweifelt, etwa dass es der Streithelferin nicht gelingen werde, tatsächlich das nötige Personal einzustellen, oder das Unternehmen G. Energienetze GmbH zu klein sei, um zuverlässig aushelfen zu können. Dies genügt jedoch in der Allgemeinheit nicht, um nachhaltige Bedenken an der Eignung der Streithelferin begründen zu können.

d) Schließlich hält die von der Verfügungsbeklagten aufgrund der ihr eingereichten Bewerbungen getroffene Auswahlentscheidung einer Überprüfung stand.

aa) In Anlehnung an die Grundsätze des Vergabeverfahrens gem. § 97 GWB steht der Vergabestelle bei der Konzessionsvergabe bei der Prüfung der Angebote ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Gegenstand der Überprüfung ist, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von keinem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und der allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe halten (vgl. dazu etwa Senatsbeschlüsse vom 11. Juni 2015 - 13 Verg 4/15, VergabeR 2015, 689 ff., juris Rn. 64, und vom 12. Jan. 2012 - 13 Verg 9/11,

VergabeR 2012, 510 ff., juris Rn. 37). Einen - von der Verfügungsklägerin für richtig gehaltene - vollständige gerichtliche Nachprüfung ist weder geboten noch zweckmäßig.

Die Entscheidung der Verfügungsbeklagten genügt den vorstehend wiedergegebenen Anforderungen. Insbesondere fehlen belastbare Hinweise für eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Streithelferin und eine abwertende Tendenz gegenüber dem Angebot der Verfügungsklägerin. Auch der bei einigen Punkten denkbar knappe Abstand lässt ohne greifbare Anhaltspunkte nicht per se auf eine willkürliche Bewertung schließen. Vielmehr hat die Verfügungsbeklagte ihre nach den o.g. Maßstäben nicht zu beanstandende Wertung in einem tabellarischen Vermerk auf 62 Seiten ausführlich niedergelegt (*„Stromkonzession Holzminden, Auswertung der verbindlichen Angebote, gesondert geheftet im Anlagenordner der Verfügungsbeklagten“*, Anlage ASt 40).

Durch den - auf rechtlichen Hinweis des Senats hin - bis auf wenige geschwärzte Stellen vollständig offengelegten und insgesamt sehr ausführlichen Auswertungsvermerk ist die Verfügungsbeklagte ihrer sekundären Darlegungslast ausreichend nachgekommen. Konkreten Anhalt dafür, dass die dort wiedergegebenen Tatsachen nicht zutreffen könnten, hat der Senat nicht. Vielmehr ist für die nachfolgenden Überlegungen davon auszugehen, dass die in dem Vergabevermerk wiedergegebenen Tatsachen mit den eingereichten Unterlagen übereinstimmen. Darüber hinaus war die Verfügungsbeklagte nicht verpflichtet, der Verfügungsklägerin Einsicht in das Angebot der Streithelferin zu geben.

In wettbewerblichen Konzessionierungsverfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der am Verfahren Beteiligten zu beachten und dürfen nicht unbefugt offenbart werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. Okt. 2013 - VI - 2 Kart 4/13 (V), juris Rn. 5, 7; Hinweise der LKartB Niedersachsen zu Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG vom 25. August 2015, S. 7). Auch nach dem Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur ist grundsätzlich der Geheimwettbewerb zu gewährleisten (a. a. O., Rn. 24). Vor diesem Hintergrund ist es unbeachtlich, dass in dem Auswertungsvermerk Angaben zur Bonität (A.I.3.a), zum Finanzierungskonzept (A.I.3.b) und zu Investi-

tionen zum Erhalt und zur Steigerung der Versorgungssicherheit (A.I.5.b) sowie die Bezeichnung der Instandhaltungssoftware (A.I.5.a „Wartungs- und Instandhaltungsstrategie“) weiterhin unkenntlich gemacht worden sind.

bb) Verstöße bei der Bewertung der Angebote sind nicht glaubhaft gemacht.

(1) Soweit die Verfügungsklägerin der Verfügungsbeklagten vorwirft, das Auswahlverfahren sei weiter von der politischen Grundentscheidung für eine Kommunalisierung geprägt, handelt es sich lediglich um eine Vermutung, die nicht durch konkrete Tatsachen belegt ist. Zeitungsveröffentlichungen aus den Jahren 2008 bis 2011 lassen Rückschlüsse auf eine bewusste Bevorzugung der Streithelferin ohnehin nicht (mehr) zu, zumal das Verfahren um die Vergabe des Stromnetzes schon zweimal abgebrochen worden ist. Es kann daher dahinstehen, ob die Artikel überhaupt geeignet gewesen wären, eine Voreingenommenheit zu belegen. Gerade der Abbruch des zweiten Vergabeverfahrens im Zusammenhang mit dem Erlass der Grundsatzurteile des Bundesgerichtshofs vom 17. Dezember 2013 und die nachfolgende Gestaltung des Auswahlverfahrens belegen offenkundig den Versuch, sich an den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen zu orientieren. Dies spricht gegen eine der Verfügungsbeklagten vorgeworfene Vorfestlegung.

(2) Zu der Bewertung im Einzelnen:

(a) Kriterien der Gruppe A

(aa) Ziel der sicheren Energieversorgung (maximal 265 Punkte)

Die Verfügungsklägerin rügt vergeblich, dass die Verfügungsbeklagte in den Punkten „*technische Ausstattung*“ (A. I. 1.), „*Personelle Ausstattung*“ (A. I. 2.), „*Wirtschaftliche und finanzielle Ausstattung*“ (A. I. 3.), „*Schnelle Störungsbeseitigung*“ (A. I. 4.), „*Erhalt und Verbesserung der Versorgungssicherheit*“ (A. I. 5.), in denen sie selbst die volle Punktzahl erhalten hat, der Streithelferin ebenfalls die volle Punktzahl gegeben oder nur geringe Abzüge gemacht hat. Dies gilt gleichermaßen

ßen, soweit die Verfügungsklägerin beanstandet, zu Unrecht eine geringere Punktzahl als die Streithelferin erreicht zu haben (etwa A. I. 6. und 7.).

In Bezug auf das Kriterium „*Sichere Energieversorgung*“ haben die Verfügungsklägerin und die Streithelferin folgende Punkte erreicht:

Lfd.-Nr.	Kriterium	Ergebnis Verfügungsklägerin	Ergebnis Streithelferin
A I. 1. a)	Lage und Ausstattung wesentlicher Einrichtungen: Leitstelle, Störungsstelle, Lager, Werkstatt, Verwaltung, maximale Punktzahl 15	15	15
A I. 1. b)	Ausstattung Material, maximal 10 Punkte	10	9
A I. 2. a)	Organisationsstruktur und Ausstattung mit technischen und kaufmännischen Führungskräften sowie technischen und kaufmännischen Fachpersonal, maximal 15 Punkte	15	15
A I. 2. b)	Mitarbeiterqualifikation, maximal 5 Punkte	5	5
A I. 2. c)	Sicherstellung der Fort- und Weiterbildung, maximal 5 Punkte	5	4
A. I. 3. a)	Bonität des Bewerbers, maximal 25 Punkte	25	22,5
A I. 3. b)	Finanzierungskonzept, maximal 25 Punkte	25	25
A I. 4.	Schnelle Störungsbeseitigung, maximal 20 Punkte	20	20
A I. 5. a)	Wartung und Instandhaltungsstrategie, maximal 25 Punkte	25	25

A I. 5. b)	Investition zum Erhalt und zur Steigerung der Versorgungssicherheit, maximal 25 Punkte	25	25
A I. 6. a)	Konzept Smartgrid, maximale Punktzahl 15	15	15
A I. 6. b)	Elektromobilitätskonzept, maximale Punktzahl 15,	15	15
A I. 6. c)	Leerrohrkonzept, maximal 15 Punkte	13,5	15
A I. 7. a)	Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung, maximal 15 Punkte	12	15
A I. 7. b)	Informationsrechte, maximale 10 Punkte	10	10
A I. 7. c)	Mitwirkungs-, Nachverhandlungs- und Konsultationsrechte, maximal 15 Punkte	12	15
A I. 7. d)	Sanktionsmöglichkeiten, maximal 10 Punkte	8	10

Die Verfügungsklägerin beanstandet in Bezug auf die Kriterien A I. 1.-6. vor allem, dass die Verfügungsbeklagte ihre - auf ihrer langjährigen Erfahrung - beruhende Kompetenz im Vergleich zu der Verfügungsbeklagten, die ein Stromnetz bislang noch nicht betrieben hat, nicht hinreichend berücksichtigt und die Streithelferin außer Konzepten nichts vorzuweisen habe, was ihre bessere oder auch nur gleichrangige Bewertung rechtfertigen würde.

Mit Blick auf den vom Gesetzgeber gewollten Wettbewerb um die Netze muss jedoch auch der neu auf den Markt drängende Bieter gegenüber dem Bestandsbieter eine realistische Chance haben, den Zuschlag zu erhalten. Es bestehen daher keine Bedenken, wenn es etwa im Bereich von technischer und personeller Ausstattung genügt, dass der Bieter ein plausibles Konzept vorlegt, dessen Umsetzung er zugesichert hat, ohne dass daran objektiv begründete Zweifel bestehen. Anders wird es seinem neuen Anbieter nicht möglich sein, gegenüber einem bereits tätigen Wettbewerber bestehen zu können. Demgegenüber wäre es unzu-

mutbar, wollte man von einem Wettbewerber schon im Verfahren um die Vergabe der Konzessionen verlangen, z.B. die nötigen Mitarbeiter sowie die erforderliche technische Ausstattung vorzuhalten. Risikoabschläge für eine fehlende Praxiserprobung sind daher nicht vorzunehmen. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass auch die Streithelferin auf bestehende Einrichtungen - etwa aus dem Betrieb des Gasnetzes - und jedenfalls kaufmännisch ausgebildetes - Personal zurückgreifen kann, wobei darüber hinaus bereits Einstellungsgespräche geführt wurden und drei Stromnetzmeister auf Abruf bereitstehen. Ferner kann sie sich auf die Zusage der G.Stromnetze GmbH in Bezug auf Bereitstellung und Einarbeitung von Personal berufen. Die Überlegungen, dass die personellen, technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes erst zu Vertragsbeginn sichergestellt sein müssen (vgl. obige Ausführungen zur „Eignung“), gelten hier entsprechend. Dass die Verfügungsbeklagte etwa in Bezug auf das „*Störungskonzept*“ (A I. 4.) lediglich die Ausführlichkeit der Pläne der Streithelferin, nicht aber deren Umsetzbarkeit gewürdigt hat, ist ausweislich der Angaben auf S. 11, 12 der Auswertungstabelle nicht zutreffend.

Was die Bewertung des Unterkriteriums „*Leerrohrkonzept*“ (A I. 6. c) betrifft, bei dem die Verfügungsklägerin weniger Punkte als die Streithelferin erhalten hat, weil sie anders als jene der Verfügungsbeklagten zugesagt hat, von ihr verlegte Leerrohre gegen Entgelt mitbenutzen zu dürfen, ist dies - auch wenn dieser Aspekt nicht sofort aufdrängte - nicht zu bemängeln. Dass ein Angebot, das über die Vorgaben in dem Musterkonzessionsvertrag, dessen Regelung gem. § 12 („Verlegung von Leerrohren“) die Verfügungsklägerin übernommen hat, hinausgehen würde, die Chance hatte, besser bewertet werden zu können als eines, das die Vorgaben „nur“ erfüllte, hat die Verfügungsbeklagte mit dem Ersten Verfahrensbrief deutlich gemacht (vgl.o.). Da es nach § 12 des Musterkonzessionsvertrages der Verfügungsbeklagten ersichtlich darauf ankam zu wissen, über welche Leerrohre der Bieter verfügte, und es im Übrigen um Einsparpotentiale und eine möglichst geringfügige Beeinträchtigung der Wegeoberflächen ging, lag es zudem nicht völlig fern, der Verfügungsbeklagten die Nutzung eigener Leerrohre anzubieten, wodurch Synergien genutzt werden konnte und die Bevölkerung von Bauarbeiten beeinträchtigt wurde. Dies war ihm Rahmen des hier geführten Ideenwettbewerbs zu berücksichtigen ist. Die Bewertung des Kriteriums „vertragliche Zusicherun-

gen“, bei dem die Verfügungsklägerin 42 von 50 Punkten in den in den Unterkriterien A.I. 7. a) bis d) erhalten hat, hat jene ebenfalls hinzunehmen. Die im Angebot der Streithelferin von der Verfügungsbeklagten positiv bewertete Verpflichtung, innerhalb von 20 Minuten die Störungsaufnahme durchzuführen (A I. 7. a), hat die Verfügungsklägerin nur pauschal bestritten. In Anbetracht der örtlichen Nähe der Streithelferin gibt es auch keinen Anhalt, an der Umsetzbarkeit der Zusage zu zweifeln. Bei den Punkten A I. 7. c) und d) hat die Verfügungsbeklagte dem Angebot der Streithelferin den Vorzug gegeben, weil diese die Einrichtung eines Infrastrukturbeirates vorgesehen habe, in dem verbindliche Beschlüsse zu Fragen der Netzsicherheit bzw. zur Vertragsstrafe gefasst werden können. Soweit die Verfügungsklägerin beanstandet, dass ein solcher Wunsch den Kriterienkatalog nicht zu entnehmen war, gelten obige Ausführungen entsprechend. Dass es der Verfügungsbeklagten gerade die Umsetzung der Gewährleistungsrechte ankam und sie daher die Verbesserung ihrer Rechtsstellung begrüßen würde, war aus den Ausschreibungsunterlagen klar ersichtlich. Soweit die Beschlüsse des von der Streithelferin beabsichtigten Infrastrukturbeirats - ein vergleichbares Gremium mit Mitwirkungsrechten gab es im Angebot der Verfügungsklägerin nicht - nur bei Einstimmigkeit bindenden Charakter haben sollten, ändert dies nichts daran, dass ihr Angebot im Vergleich zu dem der Verfügungsklägerin ein „Mehr“ beinhaltete. Hinzu kommt, dass die Streithelferin auch bei nur empfehlenden Beschlüssen dem Beirat gegenüber immerhin eine Pflicht zur Prüfung und Begründung von der Empfehlung abweichender Entscheidungen traf.

Anhaltspunkte für sachwidrige Erwägungen oder einen unzutreffend ermittelten Sachverhalt gibt es insgesamt nicht. Zusammenfassend ist darauf hinzuweisen, dass es nicht Aufgabe des Senats ist, seine Bewertung an die Stelle derjenigen der Vergabestelle zu setzen, weshalb auf die Frage, ob einzelne Details besser oder schlechter hätten bewertet werden können nicht ankommt, was für die nachfolgenden Punkte entsprechend gilt.

(bb) Ziel der preisgünstigen Energieversorgung (maximal 100 Punkte)

Durchgreifende Einwände gegen die vorgenommene Bewertung kann die Verfügungsklägerin, die bei diesem Kriterium die volle Punktzahl (100 Punkte = 10 %)

erhalten hat, während das Angebot der Streithelferin mit 98 Punkten bewertet worden ist, nicht vorbringen.

Im Einzelnen verteilen sich die Punkte wie folgt:

Lfd.-Nr.	Bezeichnung	Punkte	
		Verfügungsklägerin	Streithelferin
A II. 1. a)	Haushaltskunden	35	35
A II. 1. b)	Gewerbekunden	35	35
A II. 1. c)	Industriekunden	20	20
A II. 1. d)	Netzanschlusskosten- beiträge	5	4
A II. 1. e)	Baukostenzuschüsse	5	4

Insbesondere stellt es keine sachwidrige Erwägung der Verfügungsbeklagten dar, dass sie der Verfügungsklägerin einerseits und der Streithelferin andererseits bei der Bewertung der zu erwartenden Netznutzungsentgelte für Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden die gleiche Punktezahl vergeben hat, wobei sie den von der Streithelferin angekündigten - günstigeren - Entgelten wegen der bei ihr nicht mit der Verfügungsklägerin vergleichbaren Datenlage eine größere Prognoseunsicherheit zugemessen hat. Dass die Verfügungsbeklagte den ihr insoweit zuzubilligenden Prognosespielraum überschritten hätte, ist nicht ersichtlich. Die Verfügungsklägerin kann daher nicht damit durchdringen, dass ihr eigenes Angebot deutlich günstiger hätte bewertet werden müssen.

cc) Ziel der effizienten Energieversorgung (maximal 85 Punkte):

Ebenso wenig angreifbar ist die Bewertung der Verfügungsbeklagten zu dem Kriterium „effiziente Energieversorgung“, bei dem die Verfügungsklägerin insgesamt 83 von 85 möglichen Punkten und die Streithelferin 83,5 von 85 möglichen Punkten erreicht hat.

Die Einzelpunkte verteilen sich wie folgt:

Lfd.-Nr.	Kriterium	Punkte	Punkte
		Verfügungsklägerin	Streithelferin
A III. 1.	Gewährleistung und Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz	50	50
A III. 2.	Maßnahmen zur Minimierung der Verlustenergie	18	20
A III. 3. a)	Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung	5	5
A III. 3. b)	Informationsrechte	5	3,5
A III. 3. c)	Mitwirkungs-, Nachverhandlungs- und Konsultationsrechte	5	5

(aaa) Lfd.-Nr. A III. 1. (Gewährleistung und Maßnahmen zur Steigerung der Kosteneffizienz, maximal 50 Punkte)

Die Verfügungsklägerin beanstandet vergeblich die gleichgute Bewertung ihres Angebots und desjenigen der Streithelferin. Die Verfügungsbeklagte hat, indem sie der Streithelferin ebenso wie der Verfügungsklägerin die volle Punktezahl gegeben hat, den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Die Verfügungsklägerin bezweifelt, dass die Streithelferin - wie die Verfügungsbeklagte angenommen hat - ab der dritten Regulierungsperiode einen Effizienzwert von 100 % erreichen werde, über den sie - die Verfügungsklägerin - bereits jetzt verfügt. Sie vertritt daher die Auffassung, die Verfügungsbeklagte hätte der Streithelferin einen entsprechenden Effizienzwert ab der dritten Regulierungsperiode nicht unterstellen dürfen. Im Übrigen hätte für die Streithelferin lediglich der pauschale Effizienzwert von 96,14 % in Ansatz gebracht werden dürfen. Allerdings stellt der Effizienzwert - anders als in der von der Verfügungsklägerin in Bezug genommenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Dezember 2015 (a. a. O.) - vorliegend kein eigenständiges Wertungskriterium dar, sondern die Angabe eines solchen wurde allein in den Erläuterungen gem. Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief verlangt, wobei der Effizienzwert insoweit ein Aspekt unter mehreren war. Es ist daher zweifelhaft, ob ein genauer Vergleich der Effizienzwerte den

Ausschlag geben musste. Der Senat hält es zudem für fraglich, ob es für die Streithelferin überhaupt möglich war, einen Effizienzwert anzugeben, denn sie betreibt noch kein Stromnetz und nimmt folglich nicht am Effizienzvergleich, auch nicht im vereinfachten Verfahren, teil. Demzufolge sah die Vorgabe in der Anlage 2 zum Ersten Verfahrensbrief vor, dass das Neubewerber im Netzbewirtschaftungskonzept ergänzend darlegen sollte, wie sich die technische Umsetzung (Netzentflechtung und Netzeinbindung) im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet auswirken würde. Im Ergebnis ist - schon zum Schutz eines „Neueinsteigers“ - nicht zu beanstanden, wenn die Verfügungsbeklagte aufgrund der mitgeteilten Daten das Erreichen des Effizienzwerts von 100 % in der dritten Regulierungsperiode prognostizierte, zumal solche Werte grundsätzlich auch von kleineren Netzbetreibern erreicht werden können, was die Verfügungsklägerin als solches nicht in Abrede gestellt hat. Hinzu kommt, dass bei diesem Unterkriterium über den Effizienzwert hinaus ferner Synergieeffekte positiv bewertet worden sind, die die Streithelferin durch die Zusammenarbeit mit dem G.verbund erzielen kann und die sich durch ihre weiteren Aufgaben im Wärme- und Gasnetz - etwa die gleichzeitige Verlegung von Strom- und Gasleitungen - ergeben. Dass bei der Bewertung dieser Synergieeffekte der Beurteilungsspielraum der Verfügungsbeklagten, die Synergiepotentiale der Verfügungsklägerin aus dem Betrieb von Netzen in angrenzenden Kommunen ebenfalls zu deren Gunsten berücksichtigt hat, überschritten worden ist, ist nicht ersichtlich. Darauf, dass sich die Streithelferin auf Synergieeffekte aus anderen Sparten berufen kann, zu denen die Verfügungsklägerin keine Zugang hat, kommt es nicht an. Zum einen hatte auch sie die Möglichkeit, sich auf der Streithelferin verwehrte Synergieeffekte zu berufen. Zum anderen hat die Streithelferin zutreffend darauf hingewiesen, dass die Synergien ausschließlich im Zusammenhang mit dem Betrieb des Stromnetzes, etwa mit Blick auf die Verlegung von Leitungen, entstehen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Verfügungsbeklagte die der Streithelferin zugutegehaltenen Synergieeffekte gerade nicht besser bewertet hat als die der Verfügungsklägerin zuzuschreibenden.

(bbb) Punkt A III. 2. (Maßnahmen zur Minimierung der Verlustenergie, maximal 20 Punkte)

In Anbetracht der obigen Ausführungen zum Konzeptwettbewerb ist der Punktabzug, den die Verfügungsbeklagte in Bezug auf das Angebot der Verfügungsklägerin gemacht und den sie damit begründet hat, in dem Angebot der Streithelferin sei - anders als in demjenigen der Verfügungsklägerin - auch die Beratung von Industriekunden enthalten gewesen, nicht zu beanstanden.

(ccc) Punkt A III. 3. a) (Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung, maximal 5 Punkte)

Es ergibt sich ferner kein die Verfügungsklägerin diskriminierender Vorteil daraus, dass beide Angebote mit der Begründung gleich bewertet sind, am Angebot der Streithelferin sei im Hinblick auf die Kosteneffizienz vorteilhaft, dass sie sich zur Koordination von Baumaßnahmen mit dem Gas- und Wassernetz verpflichtet habe, wohingegen die Verpflichtung der Verfügungsklägerin zu Investitions- und Instandhaltungsplanungen im Gesamtnetz, also über das Konzessionsgebiet hinaus, deutlich vorteilhaft sei. Insoweit gelten die vorstehenden Überlegungen entsprechend. Denn auch zugunsten der Verfügungsklägerin ist die Verpflichtung zur Investitions- und Instandhaltungsplanung im Gesamtnetz - über das Konzessionsgebiet hinaus, was wiederum die Streithelferin nicht bieten konnte - berücksichtigt worden. Die der Streithelferin zugutegehaltenen Synergieeffekten betreffen zudem lediglich die Kosteneffizienz bei der Koordination von Baumaßnahmen mit dem Gas- und Wassernetzbetrieb. Eine solche Koordination war der Verfügungsklägerin als solche ebenfalls möglich. Es geht mithin nicht um ein Detail, das allein die Streithelferin hätte anbieten können.

(dd) Ziel der verbraucherfreundlichen Energieversorgung (maximal 100 Punkte)

Vergeblich beanstandet die Verfügungsklägerin die Bewertung in dieser Kategorie, bei der sie von 100 möglichen Punkten 93,5 Punkte und die Streithelferin 94 Punkte erzielt haben. Dies verteilt sich wie folgt:

Lfd.-Nr.	Kriterium	Punkte	Punkte
		Verfügungsklägerin	Streithelferin
A IV. 1.	Kundenservice in örtlicher	18	20

	Nähe, maximal 20 Punkte		
A IV. 2.	Telefon- und Internetser- vice, maximal 20 Punkte	20	18
A IV. 3.	Beschwerdemanagement, maximal 20 Punkte	20	16
A IV. 4.	Dauer der Netzanschluss- bereitstellung für Haus- haltskunden, maximal 20 Punkte	18	20
A IV. 5. a)	Zusagen zu künftigen Netzbewirtschaftung, ma- ximal 5 Punkte	5	5
A IV. 5 .b)	Informationsrechte, maxi- mal 5 Punkte	4	5
A IV. 5. c)	Mitwirkungs-, Nachver- handlungs- und Konsultati- onsrechte, maximal 5 Punkte	3,5	5
A IV. 5. d)	Sanktionsmöglichkeiten, maximal 5 Punkte	5	5

(aaa) Punkt A IV. 1. (Kundenservice in örtlicher Nähe, maximal 20 Punkte)

Beurteilungsfehler sind nicht ersichtlich. Die Verfügungsbeklagte hat das Angebot der Streithelferin um 10 % besser bewertet, weil sie im Konzessionsgebiet zwei Kundencenter unterhält, die jeweils von Montag bis Freitag von 8.30 Uhr bis 16.00 Uhr, teilweise auch samstags geöffnet sind, während die Verfügungsklägerin einen Service-Punkt im Stadtbereich H. errichten möchte, der an zwei Tagen vormittags von 9.00 Uhr bis 13 Uhr und an einem Tag nachmittags zwischen 14.00 Uhr und 17.00 Uhr geöffnet sein soll, wobei weitere Terminabsprachen möglich sind. Ein weiteres Kundencenter unterhält die Verfügungsklägerin in einer Entfernung von ca. 10 km. Es liegt nahe, dass die Verfügungsbeklagte die von der Streithelferin gebotene größere Zahl von Standorten im Stadtgebiet und die längeren Öffnungszeiten einschließlich der Möglichkeit, dass auch samstags eine Beratung

stattfindet, als vorteilhafter angesehen hat. Ebenso wenig bestehen Bedenken dagegen, dass die Verfügungsbeklagte den angebotenen Beratungsumfang, den Servicestandard nebst konkreter Bearbeitungsfristen für vergleichbar gehalten hat. Dabei kann dahin stehen, ob die jeweiligen Serviceleistungen in jedem Detail übereinstimmen. Warum die Verfügungsbeklagte Anhalt dafür hätte haben sollen, dass die Streithelferin die Kundencenter nicht ausreichend mit Fachkräften würde besetzen können, erschließt sich nicht. Letztlich läuft die Argumentation der Verfügungsklägerin - wie bei den Kriterien „technische und personelle Ausstattung“ - erneut darauf hinaus, dass sie als langjährige Betreiberin diese Aufgabe besser erfüllen kann. Insoweit kann jedoch auf obige Ausführungen Bezug genommen werden.

(bbb) Punkt A IV. 4. (Dauer der Netzanschlussbereitstellung für Haushaltskunden, maximal 20 Punkte)

Ebenso wenig ist die Rechtmäßigkeit der Bewertung der Bewerber in diesem Kriterium, bei dem die Verfügungsklägerin um zwei Punkte schlechter bewertet worden ist als die Streithelferin, anzuzweifeln. Es liegt innerhalb des der Verfügungsbeklagten zustehenden Beurteilungsspielraums, wenn sie das Angebot der Streithelferin deshalb bevorzugt hat, weil jene im Vergleich zu der Verfügungsklägerin eine kürzere Zeit - zehn statt zwölf Tage - zwischen Vertragsunterzeichnung/Kundenauftrag und der Fertigstellung des Netzanschlusses für Standardhausanschlüsse vorsieht. Dass die Verfügungsklägerin in ihrem Netzbewirtschaftungskonzept eine „umgehende“ Anchlusserstellung nach Terminabsprache in Aussicht stellt, ändert nichts daran, dass in das Angebot des Konzessionsvertrages eine Frist von höchstens 12 Werktagen aufgenommen worden ist.

Soweit die Verfügungsklägerin erneut darauf abhebt, dass die Streithelferin noch keinen Haushaltsanschluss hergestellt hat und daher in die Bewertung die Frage miteinbezogen werden müsse, ob sie nach ihrer sachlichen und personellen Ausstattung überhaupt in der Lage sei, die Zusage einzuhalten, beinhaltet dies letztlich wiederum die Erwartung, sie müsse aufgrund ihrer Erfahrung besser eingestuft werden. Auf vorstehende Ausführungen kann Bezug genommen werden. Ein Risikoabschlag kommt nicht in Betracht.

(ccc) Punkt A IV. 5. (Vertragliche Gewährleistung des verbraucherfreundlichen Netzbetriebes, maximal 20 Punkte, fünf Punkte je Unterkriterium)

Auch die Bewertung dieses Kriteriums nebst Unterkriterien hält sich innerhalb des Beurteilungsspielraums der Verfügungsbeklagten. Es ist weder zu beanstanden, dass die Streithelferin bei den Kriterien A IV. 5. a) (Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung) und A IV. 5. d) (Sanktionsmöglichkeiten) die gleiche Punktzahl erhalten hat wie die Verfügungsklägerin, noch dass die Verfügungsklägerin bei den Kriterien A IV. 5. b) und c) (Informationsrechte und Mitwirkungs-, Nachverhandlungs- und Konsultationsrechte) einen Punktabzug bekommen hat.

Der Nachprüfung hält stand, dass die Verfügungsbeklagte angenommen hat, die jeweiligen Vor- und Nachteile in den Angeboten der Verfügungsklägerin und der Streithelferin bei den Punkten „Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung“ und „Sanktionsmöglichkeiten“ hätte sich ausgeglichen - verbindliche Zusage durch die Verfügungsklägerin, bei der Bearbeitung von Netzanschlussbegehren bestimmte Fristen einzuhalten, bessere Sonderkündigungsrechte einerseits und die Zusage der besseren Erreichbarkeit der Kundencenter vor Ort und weitergehende Vertragsstrafen andererseits - und sie die Angebote im Übrigen als gleichwertig erachtet hat. Denn die Bewerber haben ähnliche Regelungen zum Kundenkontakt (schriftlich, über Internet oder Telefon, Beratung vor Ort etc.) in ihre Konzessionsvertragsangebote aufgenommen.

Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte das Angebot der Streithelferin in Punkt A IV. 5. b) („Informationsrechte“) deswegen besser bewertet hat, weil dort - über das Angebot der Verfügungsklägerin hinausgehend, in dem ein Bericht über Verbraucherbeschwerden und Fristen bei Netzanschlussbegehren - vorgesehen waren, was sich aber weitergehend auch im Angebot der Streithelferin findet - ein Bericht über die Einhaltung der [sämtlicher] Kundenservice-standards zugesagt worden ist. Soweit dies über den Musterkonzessionsvertrag hinausging, kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.

Was die Mitwirkungs-, Nachverhandlungs- und Konsultationsrechte (A IV. 5. c) betrifft, hat es die Verfügungsbeklagte beanstandungsfrei als Vorzug des Angebots der Streithelferin erachtet, dass - anders als im Angebot der Verfügungsklägerin - eine verbindliche Mitwirkungsmöglichkeit der Verfügungsbeklagten bei Beschlussfassungen im Infrastrukturbeirat besteht und dort auch die Öffnungszeiten des Kundencenters mit der Verfügungsklägerin abgestimmt werden können. Auf die obigen Ausführungen zu Punkt A I. 7. c kann Bezug genommen werden.

(ee) Ziel der umweltverträglichen und zunehmend auf Erneuerbaren Energien beruhenden Energieversorgung (maximal 100 Punkte)

Beurteilungsfehler ergeben sich in dieser Kategorie, bei der die Verfügungsklägerin die meisten Abzüge hinnehmen müssen und von 100 möglichen nur 86,5 Punkte erzielt hat, wohingegen die Streithelferin 99 Punkte erhalten hat, ebenso wenig.

Die im Einzelnen vergebenen Punkte gliedern sich wie folgt:

Lfd.-Nr.	Kriterium	Punkte	
		Verfügungsklägerin	Streithelferin
A V. 1. a)	Verwendung umweltschonender Materialien, maximal 5 Punkte	4	5
A V. 1. b)	Entfernung umweltschädlicher Stoffe aus bestehenden Anlagen, maximal 5 Punkte	4	5
A V. 2.	Schonung des Ortsbildes, maximal 10 Punkte	10	10
A V. 3.	Schonung von Natur und Umwelt bei Errichtung und Betrieb von Versorgungsanlagen, maximal 10 Punkte	10	10

A V. 4.	Sonstige Umwelt- und Klimaschutzmaßnahmen, maximal 10 Punkte	7	10
A V. 5.	Netzbezogener Beitrag zum Ausbau und der Nutzung Erneuerbarer Energien, maximal 40 Punkte	36	40
A V. 6. a)	Zusagen zur künftigen Netzbewirtschaftung, maximal 5 Punkte	4	5
A V. 6. b)	Informationsrechte, maximal 5 Punkte	5	4
A V. 6. c)	Mitwirkungs-, Nachverhandlungs- und Konsultationsrechte, maximal 5 Punkte	4,5	5
A V. 6. d)	Sanktionsmöglichkeiten, maximal 5 Punkte	2	5

(aaa) A V. 1. a) (Verwendung umweltschonender Materialien, maximal 5 Punkte)

Die Verfügungsbeklagte hat das Angebot der Streithelferin in nicht zu beanstandender Weise etwas besser bewertet als das Angebot der Verfügungsklägerin, von dem sie einen Abschlag von 20 % vorgenommen hat. Dies hat sie vertretbar damit begründet, die Streithelferin habe konkretere Angaben dazu gemacht, inwieweit umweltschonende Materialien beim Ausbau des Netzes verwendet würden und dies anhand von Beispielen konkretisiert, weshalb ihr Konzept eine höhere Nachvollziehbarkeit ermögliche. Dem Netzbewirtschaftungskonzept der Verfügungsklägerin ist demgegenüber nur zu entnehmen, Gefahrstoffe würden systematisch erfasst und ihre Auswirkungen beurteilt. Ferner werde ständig nach Ersatzstoffen oder Verfahren gesucht, sofern solche Gefährdungspotential beinhalten. Das Umweltmanagementsystem der Verfügungsklägerin in Anlehnung an die DIN ISO 14001 (S. 138 des Netzbewirtschaftungskonzepts unter A V. 1 c, ein Punkt, den der Kriterienkatalog gar nicht vorsieht) hat die Verfügungsbeklagte im

Zusammenhang mit dem Punkt A V. 3. gewürdigt. In das Angebot der Verfügungsklägerin aufgenommene vertragliche Verpflichtungen sind hingegen bei Punkt A V. 6. („vertragliche Gewährleistungen“) zu berücksichtigen.

(bbb) Punkt A V. 1. b) (Entfernung umweltschädlicher Stoffe aus bestehenden Anlagen, maximal 5 Punkte)

Von dem Beurteilungsspielraum der Verfügungsbeklagten ebenso gedeckt ist die bessere Bewertung des Angebots der Streithelferin, weil diese - anders als die Verfügungsklägerin - auch eine Bestandsanalyse der umweltschädlichen Stoffe im Stromnetz der Verfügungsbeklagten anbietet, was die Verfügungsklägerin bestritten hat. Die Verfügungsklägerin zeigt konkrete Inhalte ihres Angebots nicht auf, die die Verfügungsbeklagte bei der Bewertung übersehen haben könnte und die eine bessere Beurteilung hätten rechtfertigen können. Soweit das Angebot der Streithelferin über die Anforderungen hinausgegangen sein sollte, kann wiederum auf obige Ausführungen Bezug genommen werden.

(ccc) Punkt A V. 4. (Sonstige Umwelt- und Klimaschutzmaßnahmen, 10 Punkte)

Bedenken gegen die schlechtere Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin, vom dem die Verfügungsbeklagte im Vergleich zu dem Angebot der Streithelferin einen Abschlag von 30 % vorgenommen hat, bestehen nicht. Denn während die Verfügungsklägerin über sechs Elektrofahrzeuge und 37 erdgasbetriebene Fahrzeuge (von insgesamt 495 Pkw) verfügt, ist der Fuhrpark der Streithelferin bereits derzeit zu 90 % mit umweltfreundliche Antriebstechnologie ausgestattet, wobei eine 100 %ige Ausstattung des Fuhrparks für den Stromnetzbetrieb mit erdgas- und strombetriebenen Fahrzeugen in Aussicht gestellt worden ist, wozu sie sich ihrem - nicht in Zweifel zu ziehenden - Vortrag zufolge in dem Konzessionsvertragsangebot verbindlich verpflichtet hat. Mithin kommt es auch nicht entscheidend darauf an, wie der Kooperationspartner „G.“ ausgestattet ist. Das Konzessionsvertragsangebot der Verfügungsklägerin enthält demgegenüber die weniger weitgehende Zusage, einen umweltfreundlichen Fuhrpark zunehmend aufzubauen. Welche Fahrzeuge tatsächlich für den Betrieb des Stromnetzes im Konzessionsvertragsgebiet vorgesehen sind, erschließt sich nicht. Die Bedeutung ei-

nes umweltfreundlichen Fuhrparks ist den Erläuterungen des Kriterienkatalogs explizit hervorgehoben worden. Sonstige Aspekte, die ihr Angebot vorzugswürdig erscheinen lassen würden, zeigt die Verfügungsklägerin nicht auf.

(ddd) Punkt A V. 5. (Netzbezogener Beitrag zum Ausbau und der Nutzung Erneuerbarer Energien, 40 Punkte)

Innerhalb des Beurteilungsspielraums der Verfügungsbeklagten lag auch die Einschätzung, das Angebot Verfügungsklägerin im Vergleich zu dem der Streithelferin mit einem Abschlag von 10 % zu versehen, weil letzteres eine kürzere Frist zur Beantwortung von Netzanschlussbegehren vorsah. Die von der Verfügungsklägerin dagegen erhobenen Einwände bestehen im Ergebnis wiederum in der - bereits mehrfach behandelten - Annahme, es seien lediglich Versprechen eines im Stromnetzbetrieb unerfahrenen Bewerbers berücksichtigt worden. Hinzu kommt, dass die Streithelferin den Prozess der Netzanschlussbereitstellung ausführlicher und damit für Verfügungsbeklagte nachvollziehbarer dargestellt hat. Soweit die Verfügungsbeklagte ferner darauf abgehoben hat, das Angebot der Streithelferin sehe abweichend von § 8 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EEG 2014 bei kleineren Anlagen bis 30 kW eine definitive Antwort auf Netzanschlussbegehren bereits nach sechs statt acht Wochen vor, kann die Verfügungsklägerin dem nicht mit Erfolg entgegenhalten, jene habe übersehen, dass nach ihrem Netzbewirtschaftungskonzept Photovoltaikanlagen bis 15 kW Leistung ganz ohne Rückfrage vom Kunden errichtet und angemeldet werden durften. Die Verfügungsbeklagte, die vorge-tragen hat, diesen Aspekt bei der Bewertung berücksichtigt zu haben, weist zutreffend darauf hin, dass dies einen Sonderfall darstellt.

(eee) Punkt A V. 6. („Vertragliche Gewährleistungen“, 20 Punkte)

Die zu Lasten der Verfügungsklägerin bei dem Unterkriterium a) vorgenommenen Punktabzüge im Umfang von 20 % sind ebenso hinzunehmen wie eine Abwertung des Angebots der Streithelferin bei dem Unterkriterium b) um „nur“ 20 %.

Der Hinweis der Verfügungsklägerin, sie habe in Bezug auf das Unterkriterium „Zusagen der künftigen Netzbewirtschaftung“ (A V. 6.a) die Bestimmungen des

Musterkonzessionsvertrags akzeptiert und sich darüber hinaus an die Aussagen im Netzbewirtschaftungskonzept gebunden (§ 15a des Konzessionsvertragsangebots) und damit vertragliche Zusagen angeboten (S. 147 f. ihres Netzbewirtschaftungskonzepts), lässt mit Blick auf den zu ihren Lasten vorgenommenen Punkteabzug weder die Annahme zu, die Verfügungsbeklagte habe den Sachverhalt nicht hinreichend zur Kenntnis genommen, noch dass sie sachwidrige Erwägungen angestellt haben könnte. Anders als das Angebot der Verfügungsklägerin enthält dasjenige der Streithelferin weitergehende vertragliche Zusagen zur Erdverkabelung und eine Verpflichtung zu einer EMAS-Zertifizierung. Es stellt einen sachlichen Grund dar, eine externe Zertifizierung positiv zu bewerten. Eine von der Streithelferin übernommene Verpflichtung zur Durchführung und Erneuerung einer EMAS-Zertifizierung ist schon deshalb für die Verfügungsbeklagte vorteilhaft, weil sie einen leicht überprüfbaren Umweltschutzstandard verbindlich zugesichert erhält. Der erneute Einwand, aus den Vergabeunterlagen sei nicht ersichtlich gewesen, dass die Verfügungsbeklagte dies positiv bewerten werde, greift aus den mehrfach genannten Gründen nicht durch. Demgegenüber ist die vertragliche Zusicherung, das Netzbewirtschaftungskonzept einzuhalten, eher allgemeiner Natur. Konkrete Einwände in Bezug auf die Bewertung des Unterpunkts „Informationsrechte“, bei denen ihr Angebot ohnehin besser bewertet worden ist als das der Streithelferin, erhebt die Verfügungsklägerin nicht.

Was die Unterkriterien „*Mitwirkungs-, Nachverhandlungs- und Konsultationsrechte*“ (A V. 6. c) und die möglichen „*Sanktionen*“ (A V. 6. d) betrifft, bei denen das Angebot der Verfügungsklägerin im Vergleich zu dem der Streithelferin bei dem erstgenannten Unterkriterium einen Abschlag von 10 % und bei dem zweiten sogar einen solchen von 60 % erhalten hat, geht es erneut zum einen um die Einrichtung des Infrastrukturbeirats und dessen Möglichkeit, verbindliche und empfehlende Beschlüsse unter weitergehender Mitwirkung der Verfügungsbeklagten zu fassen, und zum anderen um den Umfang der von den Bewerbern angebotenen Vertragsstrafen. In Bezug auf Ersteres kann auf obige Ausführungen Bezug genommen werden. Was die Vertragsstrafe anbelangt, hat die Verfügungsklägerin eine solche lediglich bei Verstößen gegen die Frist zur Anschlussherstellung bei Hausanschlüssen und nicht bei EE- oder KWK-Anlagen und darüber hinaus nur in Bezug auf die Einhaltung der Berichtspflicht über den Anschluss von Erzeugungs-

anlagen (EE- und KWK-Anlagen) sowie den Netzausbaubedarf vorgesehen, wogegen sich im Angebot der Streithelferin Vertragsstrafen bei Nichteinhaltung der Vorgaben zur Umweltfreundlichkeit, der Fristen zum Netzanschluss von EE-Anlagen oder nicht rechtezeitiger Umsetzung verbindlicher Beschlüsse des Infrastrukturbeirats finden. Bedenken gegen den insoweit vorgenommenen deutlichen Abschlag bestehen daher nicht.

(b) Kriterien der Gruppe B

Die Wertung der Kriterien der Gruppe B hält einer Nachprüfung ebenfalls stand.

(aa) Konzessionsabgabenrechnung und weitere zulässige Leistungen (B 2, maximal 50 Punkte)

Die Beanstandung der Verfügungsklägerin, die Verfügungsbeklagte habe zu Unrecht beide Gebote gleich bewertet, geht ins Leere.

Bei der Bewertung ging es um folgende Punkte.

Lfd.-Nr.	Kriterium	Punkte	Punkte
B 2		Verfügungsklägerin	Streithelferin
B 2.a)	Abschlagszahlungsmodus, zeitnahe Schlussabrechnung der Konzessionsabgaben sowie Erhalt der Konzessionsabgabe bei Umsatzsteuerbelastung	10	10
B 2.b)	Wegenutzungsentgelt nach Vertragsende	20	20
B 2.c).	Kommunalrabatt	10	10
B 2.d)	Verwaltungskostenbeträge	10	10

Die Verfügungsklägerin rügt konkret nur die gleiche Bewertung bei dem Unterkriterium a), weil sie selbst halbjährliche Abschlagszahlungen angeboten hat, die

Streithelferin jedoch monatliche. Dies ist jedoch schon deswegen unverständlich, weil die monatliche Zahlung die für die Verfügungsbeklagte wirtschaftlich günstigere ist.

(bb) Auch die Wertung zu den Kriterien „*Baumaßnahmen des Energieversorgungsunternehmens*“ (B 3., maximal 100 Punkte), „*Kündigungsrechte*“ (B 4., maximal 80 Punkte) und die „*Haftungsregelung*“ (B 5., maximal 10 Punkte) greift die Verfügungsklägerin vergeblich an.

(aaa) Die Angebote der Verfügungsklägerin und der Streithelferin sind in Gruppe B Punkt 3 wie folgt bewertet worden:

Lfd.-Nr.	Kriterium	Punkte	
		Verfügungsklägerin	Streithelferin
B 3. a)	Koordination und Abstimmung bei Baumaßnahmen des Energieversorgungsunternehmens mit der Stadt H., maximal 20 Punkte	18	20
B 3. b)	Sicherung von Anlagen bei Arbeiten an den Versorgungsanlagen, maximal 10 Punkte	10	10
B 3. c)	Wiederherstellung der Oberflächen und Bauwerke maximal 20 Punkte	20	20
B 3. d)	Folgepflicht und Folgekostentragung des Energieversorgungsunternehmens, maximal 30 Punkte	30	30
B 3. e)	Beseitigung stillgelegter Anlagen, maximal 20 Punkte	16	20

Soweit die Verfügungsklägerin die Unterpunkte moniert, bei denen die Streithelferin ebenso wie sie selbst die volle Punktzahl erhalten hat, fehlt es bereits an einer inhaltlichen Konkretisierung.

Was den Abschlag von 10 % anbelangt, der bei ihrem eigenen Angebot in Bezug auf das Kriterium gem. B 3.a) („Abstimmung und Koordination bei Baumaßnahmen des Elektrizitätsversorgungsunternehmens mit der Stadt H.“) gemacht worden ist, ist dagegen nichts zu erinnern. Die Verfügungsklägerin, die ihrerseits die Regelungen des Musterkonzessionsvertrages (§ 11 Abs. 3, 7, 9 und 10) akzeptiert und weitere Regelungen zugunsten der Verfügungsbeklagten vorgesehen hat (S. 38 f. des allgemeinen Teils des von ihr vorgelegten verbindlichen Angebots, z.B. Vorlage einer Bauliste, Einrichtung eines Netzbeirats, Online-Zugriff auf das Planwerk), rügt in diesem Zusammenhang vergeblich, die Verfügungsbeklagte hätte zugunsten der Streithelferin nicht deren vertragstrafenbewehrte Zusage, Leitungen im Strombereich sowie im Gas- und Wasserbereich zeitgleich zu verlegen und sich dabei mit der Verfügungsbeklagten und Dritten abzustimmen, berücksichtigen dürfen. Zwar dürfte es problematisch sein, wenn ein Umstand, den strukturell bedingt nur ein Bewerber erfüllen kann, zu Lasten der anderen Bewerber ins Gewicht fällt. Es ging vorliegend jedoch vor allem um die Zusage, die Verlegung von Leitungen mit den Erfordernissen beim Gas- und Wassernetz zu koordinieren, damit zeitgleich und nicht nacheinander entsprechende Baumaßnahmen erfolgen konnten, und deren Strafbewehrung. Dass dies nur dann Bedeutung haben kann, wenn die Leitungen auf derselben Straßenseite liegen, versteht sich von selbst. Auf die Angebotsbewertung wirkt sich dies nicht aus. Die Verfügungsklägerin hat eine solche Koordination ihrerseits im Grundsatz ebenfalls angeboten, wobei ihr deren Strafbewehrung gleichermaßen möglich gewesen wäre, und zwar ungeachtet dessen, dass sie anders als die Streithelferin das Gas- und Wassernetz nicht betreibt.

Auch den bei ihrem Angebot in Bezug auf das Kriterium „*Beseitigung stillgelegter Anlagen*“ (B 3. e)) von der Verfügungsbeklagten vorgenommenen Abschlag von 20 % rügt die Verfügungsklägerin vergeblich. Insbesondere berücksichtigt sie nicht, dass die Streithelferin eine der Verfügungsbeklagten günstigere Darlegungs-

und Beweislastregelung vorgesehen hat. Dass über den Musterkonzessionsvertrag hinausgehende Angebote positiver bewertet werden können, war der Verfügungsklägerin indes bekannt (vgl. o.). Wenn die Verfügungsklägerin die Auffassung vertritt, nicht sie, sondern die Streithelferin hätte einen Punktabzug hinnehmen müssen, weil die Beseitigung stillgelegter Anlagen, von denen keine Gefahren ausgingen, nicht im öffentlichen Interesse liegt, weil damit unnötige Nachteile wie die Beeinträchtigung des Verkehrs verbunden seien, versucht sie nur ihre eigene Bewertung an die Stelle der vertretbaren Einschätzung der Verfügungsbeklagten zu setzen.

(cc) Kündigungsrechte/Rechtsnachfolge und Übertragung von Netzeigentum während der Vertragslaufzeit (B 4., maximal 80 Punkte)

Die Verfügungsklägerin und die Streithelferin haben im Einzelnen folgende - nicht zu beanstandende - Bewertungen erhalten:

Lfd.-Nr.	Kriterium	Punkte	
		Verfügungsklägerin	Streithelferin
B 4. a)	Anzeigepflicht und Kündigungsrecht bei Kontrollwechsel, maximal 30 Punkte	30	30
B 4. b)	Zustimmungsvorbehalt der Stadt H. bei Rechtsnachfolge und Kündigungsrecht bei Verstoß, maximal 30 Punkte	30	30
B 4. c)	Zustimmungsvorbehalt der Stadt H. bei Übertragung von wesentlichen Netzteilen und Kündigungsrecht bei Verstoß, maximal 20 Punkte	18	20

Aus welchem Grund die Streithelferin nicht die volle Punktgleichheit hätte bekommen sollen, konkretisiert die Verfügungsklägerin bereits nicht weiter. Im Übrigen hat die Verfügungsbeklagte den Punktabzug bei dem Kriterium B 4. c) mit einer sachlichen Begründung vorgenommen, weil die Verfügungsklägerin zwar die Regelungen zur Übertragung des Eigentums am Elektrizitätsversorgungsnetz aus dem Musterkonzessionsvertrag (§ 28) weitgehend übernommen, einen Zustimmungsvorbehalt nebst Kündigungsmöglichkeit bei der Eigentumsübertragung an verbundenen Unternehmen i. S. d. §§ 15 ff. AktG daher nicht anbieten wollen, wohingegen das Angebot der Streithelferin derartige Einschränkungen nicht vorsah. Die Verfügungsbeklagte hat ihre Entscheidung nachvollziehbar damit begründet, zwar würden bei einer Eigentumsübertragung an ein verbundenes Unternehmen der Verfügungsklägerin die Interessen der Verfügungsbeklagten grundsätzlich dadurch gewahrt, dass die Einhaltung aller konzessionsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Verfügungsbeklagten durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Netzerwerber sicherzustellen sei (vgl. etwa § 20 Musterkonzessionsvertrag). Allerdings bestehe ohne Zustimmungsvorbehalt und Kündigungsmöglichkeit keine Sanktionsmöglichkeit der Verfügungsbeklagten für den Fall, dass die Verfügungsklägerin eine Vereinbarung zur Sicherstellung der Einhaltung aller konzessionsvertraglichen Pflichten nach der Netzübertragung tatsächlich nicht abschließe. Mit Blick auf den Netzübertragungsanspruch musste die Verfügungsbeklagte ein Risiko nicht eingehen. Eine Diskriminierung von im Konzernverbund organisierten Bewerber liegt darin nicht. Dass eine konzerninterne Übertragung grundsätzlich verhindert und der Bewerber in seiner unternehmerischen Freiheit eingeschränkt werden sollte, ist nicht ersichtlich.

(dd) Kriterium B 5. („Haftungsregelung“, maximal 10 Punkte)

Schließlich ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte zugunsten der Streithelferin positiv bewertet hat, dass diese - anders als die Verfügungsklägerin - eine vertragliche Regelung zur Beweislastumkehr zugunsten der Verfügungsbeklagten angeboten hat. Dies hat sie vertretbar damit begründet, der Verschuldensnachweis für Schadensursachen aus der Sphäre des Netzbetreibers falle der Verfügungsbeklagten regelmäßig schwer. Jedenfalls werde durch die vertragliche Beweislastumkehr mehr Rechtssicherheit gewährleistet.

2. Auf das Bestehen eines Verfügungsgrunds, der aber wohl zu bejahen wäre (vgl. BGH, Urt. v. 17. Dez. 2013 - KZR 66/12, Rn. 108 f.; vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 9. März 2015 - 11 W 47/14 (Kart), juris Rn. 14), kommt es daher nicht mehr an.

III.

Die Schriftsätze der Verfügungsklägerin von 11. März 2016 und der Verfügungsbeklagten vom 14. März 2016 geben schon deshalb keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen, weil es sich um ein Verfügungsverfahren handelt, in dem grundsätzlich nur eine einzige mündliche Verhandlung stattfindet, deren Gegenstand der gesamte Streitstoff ist. Soweit eine Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zur Korrektur eines Verfahrensfehlers geboten sein kann, liegt ein solcher Fehler hier nicht vor und wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

IV.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1 ZPO. Den Streitwert hat der Senat nach billigem Ermessen gem. § 3 ZPO festgesetzt. Zur Begründung wird auf den Beschluss vom 10. März 2016 zu Aktenzeichen 13 W 17/16 - der sich mit der Streitwertfestsetzung erster Instanz, für die nichts anderes gilt, auseinandersetzt - Bezug genommen.

W. Richter am Oberlandesgericht K.
ist ortsabwesend und kann daher nicht
unterschreiben.
W.

Dr. B.

13 U 141/15 (Kart)
25 O 42/15 Landgericht Hannover

B e s c h l u s s

In der Kartellsache

Stadt H., vertreten durch den Bürgermeister J. D., ...,

Verfügungsbeklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro B., ...,
Geschäftszeichen: ...

gegen

W. W.N. GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer D. K. und A. S., ...,

Verfügungsklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro Sch., ...,
Geschäftszeichen: ...

Beteiligte:

Stadtwerke H. GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer R. G., ...,

Nebenintervenientin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte B., ...,
Geschäftszeichen: ...

Das Urteil vom 17. März 2016 wird im Rubrum wegen einer offenbaren Unrichtigkeit im Sinn des § 319 Abs. 1 ZPO dahin berichtigt,

dass die Stadt H. die Verfügungsbeklagte und die W. W. N. GmbH die Verfügungsklägerin ist.

Celle, 4. April 2016

Oberlandesgericht

1. Kartellsenat

W.
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Dr. B.
Richter am Oberlandesgericht

M.-H.
Richterin am Oberlandesgericht