

Beglaubigte Abschrift

VI-2 U (Kart) 5/21
14d O 11/1
LG Düsseldorf



Verkündet am 16. März 2022

Schmitz, Justizbeschäftigte
Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

[REDACTED] gesetzlich vertreten durch den
[REDACTED]

Antragstellerin und Berufungsklägerin,

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

Antragsgegnerin und Berufungsbeklagte,

[REDACTED]

hat der 2. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 2022 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann, den Richter am Oberlandesgericht Gmelin und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Hanspach

für **Recht** erkannt:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 30. März 2021 verkündete Urteil der 14d. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf (14d O 11/20) teilweise abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro untersagt, die von ihr bekanntgemachte Ausschreibung zur Vergabe der Wasserkonzession der ~~Wasserversorgung Rheinland~~ für die ~~Stadt~~ ~~Wasserversorgung Rheinland~~ und ~~Wasserversorgung Rheinland~~ ~~Wasserversorgung Rheinland~~ ohne Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts weiterzuführen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin machte am 26. November 2019 über den Vergabemarktplatz Rheinland das Auslaufen des Wasserkonzessionsvertrages für einen die ~~Stadt~~ ~~Wasserversorgung Rheinland~~ umfassenden Teil ihres Stadtgebiets zum 31. Dezember 2021 bekannt und forderte qualifizierte Unternehmen zur Interessenbekundung auf ~~Wasserversorgung Rheinland~~. Neben anderen bekundete auch die Antragstellerin, die derzeitige Konzessionsinhaberin, ihr Interesse. Mit Bekanntmachung vom 13. Oktober 2020 forderte die Antragsgegnerin die Interessenten zur Angabe eines indikativen Angebots bis zum 12. November 2020 auf ~~Wasserversorgung Rheinland~~, wobei sie sich vorbehält, den Zuschlag auf der Basis der indikativen Angebote zu

erteilen. Die Frist wurde später auf Bitten der Antragstellerin bis zum 16. November 2020 verlängert.

In dem als Anlage A 6 vorgelegten Verfahrensleitbrief sind die Kriterien 1. Konzessionsvertrag, 2. Technische Ausstattung, 3. Finanzielle Ziele, 4. Umweltfreundlichkeit und 5. Kundenfreundlichkeit aufgelistet. Dabei werden als Beispiele für das Kriterium der Technischen Ausstattung die Leistungsfähigkeit und Ausfallsicherheit des Versorgungssystems über die Stufen Wassergewinnung, Wasseraufbereitung, Wasserverteilung; fachliche Qualifikation des eingesetzten Personals; Organisationsaufbau, Investitionsstrategie und Instandhaltungskonzept; Risiko und Störungsmanagement (unter Berücksichtigung des DVGW Regelwerkes); Nachhaltigkeit der Brunnen- bzw. Trinkwasserqualität; Multi-Barrieren-Prinzip; Vermeidung von Verunreinigungen (DVGW-W1001); Überwachung der Trinkwasserqualität, Mindestdruck an den Zapfstellen und Löschwasserkonzept genannt. Für das Kriterium Finanzielle Ziele sind dies die Prognose der Wasserpreise und Tarifgestaltung, Höhe der angebotenen Konzessionsabgabe, Maßnahme zur Gewährleistung technischer und organisatorischer Effizienz, für das Kriterium Umweltfreundlichkeit die Versorgung aus ortsnahen Wasservorkommen, Maßnahmen und Strategien zur Minimierung von Wasserverlusten, Klimaneutralität und Rücksichtnahme auf Umweltbelange im Übrigen und für das Kriterium Kundenfreundlichkeit die Erreichbarkeit für die Kunden, Informations- und Serviceangebot und Beschwerdemanagement.

Das Kriterium Konzessionsvertrag, dem die Bewertungsmatrix mit 50 Prozent das mit Abstand größte Gewicht zuweist, ist in die Unterkriterien 1.1 Sicheres Netz, 1.2 Leistungsfähiges und effizientes Netz, 1.3 Wasserversorgungskonzept, 1.4 Zuverlässiges Netz, 1.5 Vertragliche Sicherung der kommunalen Einflussnahme u. a. in den Gremien des Konzessionsnehmers, 1.6 Umweltauswirkungen des laufenden Betriebs, 1.7 Folgekostenregelung, 1.8 Prüfungspflicht Rückbau stillgelegter Leitungen bei abweichender Trassenführung, Kostentragung?, 1.9 Mängelbehebungspflicht für 5 Jahre nach Wiederherstellung des öffentlichen Verkehrsweges, 1.10 Einflussrechte, Mitgestaltungsrechte, 1.11 Weitere Kostentragungsregelungen, 1.12 Weitere zulässige Nebenleistungen, 1.13 Wasserentnahmestellen für Löschwasser (z.B. alle 100 Meter eine Stelle), 1.14 Netzauskunft 3 Monate nach Aufforderung im Falle Laufzeitende und 2 Jahre vor Vertragsende in aktualisierter Form, Vertragsstrafe 100.000 €, wenn Netzauskunft

zu spät/unzureichend und 1.5 Informationsangebot unterteilt. Weitergehende Ausführungen zu den Unterkriterien erfolgen nicht.

Nach Abschnitt C.III. des Verfahrensleitbriefs hat der Bieter Konzepte vorzustellen, wie er die vorgenannten Kriterien und Unterkriterien erfüllen möchte. Unter C.I. wird hierzu in Bezug auf das Kriterium Konzessionsvertrag ausgeführt, die Antragsgegnerin habe einen Vertragsentwurf erstellt, der die gesetzlichen Vorgaben gewährleiste und die Kriterien gut erfülle; er entspreche dem Mindestmaß und sei als Grundlage für weitere Angebote zu verstehen. Dem Verfahrensleitbrief war eine Rohfassung eines Konzessionsvertragsentwurfs, das aktuelle Wasserversorgungskonzept und eine Bewertungsmatrix als Anlagen beigefügt. Die Rohfassung eines Konzessionsvertragsentwurfs verpflichtet etwa in § 5 den Konzessionsnehmers zur ununterbrochenen Wasserversorgung mit möglichst gleichbleibenden Druck. Die Bewertungsmatrix sieht eine Bewertung von mindestens 0 bis maximal 10 Punkte für jedes der vorgenannten Kriterien vor. Außerdem werden die Kriterien unterschiedlich gewichtet, wobei die Bewertungsmatrix etwa für Unterkriterium 1.5 „Informationsangebot“ ein Gewicht von 2 Prozent bezogen auf die auf der Kriterium Konzessionsvertrag entfallenden 50 Prozent und für das Kriterium 2. „Technische Ausstattung“ ein Gewicht von 20 Prozent vorsieht. Der nebenstehenden Beispieltabelle kann entnommen werden, dass die Abstufung in einzelnen Punktschritten erfolgt, wobei im Kriterium Konzessionsvertrag infolge der Unterteilung in Unterkriterien auch Dezimalstellen möglich sind. Gleiches gilt für die Endbewertung. Weitergehende Ausführungen zur Punktvergabe finden sich in der Bewertungsmatrix nicht. Wegen der Einzelheiten der Rohfassung eines Konzessionsvertragsentwurfs wird auf Blatt 271 ff, wegen der Einzelheiten des aktuellen Wasserversorgungskonzepts wird auf Bl. 135 ff der elektronischen Akte des Landgerichts verwiesen.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2020 rügte die Antragstellerin die Kriterien Konzessionsvertrag, Technische Ausstattung, Finanzielle Ziele, Umweltfreundlichkeit und Kundenfreundlichkeit als intransparent. Die Antragsgegnerin wies die Rüge der Antragstellerin mit Schreiben vom 5. November 2020 zurück und begründete dies mit der bewusst offenen und funktionalen Ausgestaltung des Verfahrens. Weitere über die zur Beschreibung der Kriterien genannten Fallbeispiele hinausgehende Wertungsaspekte seien derzeit nicht beabsichtigt.

zu dessen Unterkriterien unter Ziffer 1.1 „Sicheres Netz“, Ziffer 1.2 „Leistungsfähiges und effizientes Netz“, Ziffer 1.3 „Wasserversorgungskonzept“, Ziffer 1.4 „Zuverlässiges Netz“, Ziffer 1.6 „Umweltauswirkungen des laufenden Betriebes“, Ziffer 1.8 Ziffer „Prüfungspflicht Rückbau stillgelegter Leitungen bei abweichender Trassenführungen. Kostentragung?“, Ziffer 1.11 „Weitere Kostentragungsregelungen“, Ziffer 1.12 „Weitere zulässige Nebenleistungen“ und Ziffer 1.13 „Wasserentnahmestellen für Löschwasser (z.B. alle 100 Meter eine Stelle)“ und den Kriterien „Technische Ausstattung“ (Ziffer 2), „Finanzielle Zielgröße/Finanzielle Ziele“ (Ziffer 3) die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Bewertungsmethode unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes offen zu legen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Sie hält den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bereits für unzulässig. Er sei teilweise unbestimmt und in Teilen auf ein im einstweiligen Verfügungsverfahren unstatthafes Rechtsschutzziel gerichtet. Jedenfalls aber sei er unbegründet. Die Aufstellung und konkrete Ausgestaltung der Auswahlkriterien sowie die Festsetzung der Bewertungsmethode lägen in ihrer originären Zuständigkeit. Gegen vermeintliche Fehler bei der Auswahlentscheidung könne noch nach Information der Interessenten über deren Ausgang vorgegangen werden. Mit Rügen, welche die in der Zukunft liegende Bewertung von Angeboten betreffen, sei eine zielführende Auseinandersetzung noch nicht möglich.

Das Landgericht hat der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 12. November 2020 zwar die Fortführung des Konzessionsvergabeverfahrens zunächst vorläufig bis zur Entscheidung in erster Instanz untersagt, letztendlich den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aber mit Urteil vom 30. März 2021 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Antragstellerin habe ihre unbillige Behinderung als Bewerberin um die Konzession im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht dargetan. Die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit seien nicht verletzt. Bei der Festlegung der Auswahlkriterien und der Bewertungsmethode komme der Antragsgegnerin ein weiter Ermessensspielraum zu. Bei der Erstellung ihres

Angebots könne sich die Antragstellerin wie alle Bieter am offengelegten aktuelle Versorgungskonzept und dem Rohentwurf des abzuschließenden Konzessionsvertrag orientieren. Durch eine zu starke Konkretisierung der Auswahlkriterien werde Ideenwettbewerb und der Gestaltungsspielraum der Bieter unnötig eingeschränkt. Dabei sei es ihre Sache, Zielkonflikte zwischen einzelnen Kriterien im Rahmen ihres Angebots aufzulösen. Die in der Bewertungsmatrix genannten Kriterien seien sachgerecht und aus sich heraus verständlich. Dies gelte auch für die Hausanschlusskosten, die ein Aspekt der Preisgünstigkeit der Wasserversorgung seien. Der verbleibende Gestaltungsspielraum sei dem Ideenwettbewerb immanent, einer weiteren Ausdifferenzierung bedürfe es nicht. Die Antragsgegnerin habe auch klargestellt, dass der Kriterienkatalog abschließend sei, daran ändere der Zusatz „derzeit“ nichts. Das Kriterium der Verpflichtung, im Versorgereigentum stehende stillgelegte Leitungen nicht im fremden Wegeigentum zu belassen, sondern zurückzubauen, sei eine Selbstverständlichkeit und keine Nebenleistung für die Gewährung des Wegerechts.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Berufung. Das Landgericht habe verkannt, dass es nicht um weitere Unterkriterien gehe, sondern um die Festlegung von deren Inhalten. Dies sei umso notwendiger als für Wasserkonzessionen im Unterschied zu Strom- und Gaskonzessionen keine gesetzlichen Vorgaben für die Kriterien bestünden. Dass Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe sei unzulässig, wenn der Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und die Modalitäten der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots informiert werde. Die Bewerbung um die Konzession gleiche hier einem Glücksspiel. So sehe die Bewertungsmatrix zwar zwischen 0 und 10 Punkten vor, es sei aber in keiner Weise erkennbar, wonach sich die Abstufung richte. Gerade in Anbetracht des Zielkonflikts zwischen Sicherheit und Wirtschaftlichkeit des Netzes bleibe völlig offen, wann ein Bieter 10 und wann nur 9 Punkte erhalte. Es sei auch unklar, ob die inhaltlichen Anforderungen abschließend seien oder nicht und falls nein, in welchen Verfahren die Kriterien, deren Erweiterung „derzeit“ nicht beabsichtigt sei, um weitere Aspekte ergänzt werden könnten. Bieter hätten so keine Möglichkeit ihr Angebot an gegebenenfalls geänderte Wertungsaspekte anzupassen, zumal sich die Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung auf der Basis der indikativen Angebote vorbehalten habe. Die Unterkriterien Sicheres Netz, Leistungsfähiges und effizientes Netz, Wasserversorgungskonzept, Zuverlässiges Netz sowie Umweltauswirkungen des laufenden Betriebs blieben inhaltlich unklar,

zumal auch gesetzliche oder von der Rechtsprechung entwickelte Vorgaben fehlten, und seien daher zur Irreführung der Bieter geeignet. Ziele das Kriterium Sicherheit auf die Versorgungssicherheit, die IT-Sicherheit oder die Sicherheit vor Manipulationen? Was unterscheidet die Leistungsfähigkeit von der Sicherheit? Sei die Effizienz technisch oder ökonomisch zu verstehen? Auch Zuverlässigkeit und Sicherheit ließen sich nicht voneinander abgrenzen. Es bleibe unklar, ob insoweit bestimmte Aspekte des Angebots doppelt anzuführen seien. Soweit etwa in § 4 Trinkwasserverordnung lediglich Mindestanforderungen definiert seien, sei Raum für Differenzierung nach Bewertungspunkten nicht ersichtlich. Wo es keine Abstufung gebe, sei eine Wertungsmethode irreführend. Das 130-seitige Wasserversorgungskonzept der Antragsgegnerin gebe lediglich den Status Quo des Netzes wieder und helfe daher dem Bieter bei einer Konkretisierung nicht. Die uneingeschränkte Verpflichtung zum Rückbau stillgelegter Leistungen verstoße gegen das Nebenleistungsverbot des § 6 Abs. 1 KAEAnO. Bieter, die den Rückbau aller Leitungen anböten, würden daher in einen nichtigen Vertrag getrieben. Gebe es für ein solches Angebot die volle Punktzahl oder 0 Punkte, weil etwas Gesetzeswidriges angeboten werde. Gleiches gelte für die Unterkriterien Weitere Kostentragungsregelungen, Nebenleistungen und Löschwasserentnahmestellen. Unklar und intransparent bleibe auch, was mit technischer Ausstattung gemeint sei und wie sich dies vom Sicheren Netz, Leistungsfähiges und effizientes Netz, Wasserversorgungskonzept und Zuverlässiges Netz unterscheide. Auch das Kriterium finanzielle Zielgrößen lasse offen, welche formale Anforderung ihm zugrunde liege. Der Aspekt Hausanschlüsse bevorteile zudem unzulässig Mehrspartenunternehmen. Ihr Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei auch hinsichtlich der nachstehenden Anträge zu 2. und 3. zulässig, da es der hierin liegenden Leistungsverfügung zur Vermeidung des mit einem Zuschlag verbundenen irreparablen Schadens bedürfe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. das am 29. März 2021 verkündete Urteil des Landgerichts Düsseldorf (Az.: 14d O 11/20) aufzuheben;
2. hinsichtlich der im Verfahrensleitbrief vom 14. Oktober 2020, Buchst. B und der Bewertungsmatrix vom 14. Oktober 2020 der Antragsgegnerin bekannt gemachten Kriterien „Konzessionsvertrag“ (Ziffer 1) sowie dessen Unterkriterien unter

Ziffer 1.1 „Sicheres Netz“, Ziffer 1.2 „Leistungsfähiges und effizientes Netz“, Ziffer 1.3 „Wasserversorgungskonzept“, Ziffer 1.4 „Zuverlässiges Netz“, Ziffer 1.6 „Umweltauswirkungen des laufenden Betriebes“, Ziffer 1.8 Ziffer „Prüfungspflicht Rückbau stillgelegter Leitungen bei abweichender Trassenführungen. Kostentragung?“, Ziffer 1.11 „Weitere Kostentragungsregelungen“, Ziffer 1.12 „Weitere zulässige Nebenleistungen“ und Ziffer 1.13 „Wasserentnahmestellen für Löschwasser (z.B. alle 100 Meter eine Stelle)“ und den Kriterien „Technische Ausstattung“ (Ziffer 2), „Finanzielle Zielgröße/Finanzielle Ziele“ (Ziffer 3) die Antragsgegnerin zu verpflichten, die inhaltlichen Anforderungen an die Kriterien unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes offen zu legen;

3. hinsichtlich der in dem Verfahrensleitbrief Buchst. B und der Bewertungsmatrix vom 14. Oktober 2020 der Antragsgegnerin bekannt gemachten Kriterien „Konzessionsvertrag“ (Ziffer 1) sowie zu dessen Unterkriterien unter Ziffer 1.1 „Sicheres Netz“, Ziffer 1.2 „Leistungsfähiges und effizientes Netz“, Ziffer 1.3 „Wasserversorgungskonzept“, Ziffer 1.4 „Zuverlässiges Netz“, Ziffer 1.6 „Umweltauswirkungen des laufenden Betriebes“, Ziffer 1.8 Ziffer „Prüfungspflicht Rückbau stillgelegter Leitungen bei abweichender Trassenführungen. Kostentragung?“, Ziffer 1.11 „Weitere Kostentragungsregelungen“, Ziffer 1.12 „Weitere zulässige Nebenleistungen“ und Ziffer 1.13 „Wasserentnahmestellen für Löschwasser (z.B. alle 100 Meter eine Stelle)“ und den Kriterien „Technische Ausstattung“ (Ziffer 2), „Finanzielle Zielgröße/Finanzielle Ziele“ (Ziffer 3) die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Bewertungsmethode unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes offen zu legen;

4. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro zu untersagen, die von ihr bekanntgemachte Ausschreibung zur

~~Verfahren zur Ausschreibung von Wasserentnahmestellen für Löschwasser (z.B. alle 100 Meter eine Stelle) und~~
~~Verfahren zur Ausschreibung von Wasserentnahmestellen für Löschwasser (z.B. alle 100 Meter eine Stelle) und~~
~~Verfahren zur Ausschreibung von Wasserentnahmestellen für Löschwasser (z.B. alle 100 Meter eine Stelle) und~~

~~Beauftragte~~ zum 1. Januar 2022 aus dem der einstweiligen Verfügung zugrunde liegenden Gründen bis zum Zeitpunkt der Abgabe der indikativen Angebote am 12. Mai 2021 und zeitlich darüber hinaus die vorbezeichnete Ausschreibung ohne Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts weiterzuführen bis nicht der Antragstellerin die in den Ziffern 2 und 3 des Berufungsantrags beantragte Auskunft erteilt wurde.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil. Soweit die Antragstellerin die erstinstanzlichen Hilfsanträge als Berufungsanträge zu 2. und 3. zu Hauptanträgen gemacht habe, sei der Antrag bereits unzulässig, da er auf das unstatthafte Rechtsschutzziel einer Leistungsverfügung gerichtet sei. In der Sache stehe ihr bei der Vergabe von Wasserkonzessionen ein weiter Spielraum bei der Aufstellung und Gewichtung von Auswahlkriterien zu. Dabei ergebe sich aus dem dem Verfahrensleitbrief beigefügten Unterlagen, was sie unter einem Wasserversorgungskonzept verstehe, wobei ihr Konzept keinesfalls nur den Status Quo wiedergebe, sondern auch die zukünftige Entwicklung darstelle. Es werde detailliert auf die Sicherstellung der Wasserversorgung eingegangen. Auch im Übrigen seien sämtliche Kriterien und Unterkriterien im Verfahrensleitbrief ausdrücklich benannt und damit transparent gemacht. Durch eine stärkere Konkretisierung bestehe die Gefahr eines Zuschnitts auf einzelne Bewerber. Soweit die Antragstellerin auf den Zielkonflikt zwischen sicherem Netz und Wirtschaftlichkeit verweise, habe sie ihre Prioritäten durch die unterschiedliche Gewichtung der Kriterien deutlich gemacht. Die Auswahlentscheidung zum Kriterium Konzessionsvertrag erfolge ausschließlich anhand der genannten 15 Unterkriterien. Derzeit würden weder weitere Wertungsaspekte aufgestellt, noch seien solche angedacht. Falls sich das ändern sollte, würde dies selbstverständlich bekanntgemacht und den Interessenten die Möglichkeit zur Rüge gegeben. Hinsichtlich der Unterkriterien Sicheres Netz, Leistungsfähiges und effizientes Netz, Wasserversorgungskonzept, Zuverlässiges Netz sowie Umweltauswirkungen des laufenden Betriebs existierten umfangreiche Normen und Regelwerke wie § 50 Abs. 1 WHG, § 38 Abs. 1 Satz 2 LWG NRW und § 4 TrinkwV, der verbleibende Gestaltungsspielraum sei dem Ideenwettbewerb

immanent. Die Verpflichtung zum Rückbau stillgelegter Leitungen sei üblich und verstoße nicht gegen § 6 Abs. 1 KAEAnO, die gegenteilige Auffassung des Landeskartellamts habe bislang keine Zustimmung gefunden. Das Kriterium der technischen Ausstattung sei für jeden verständigen Bieter aus sich heraus verständlich.

Der Senat hat mit Beschluss vom 12. Mai 2021 der Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlags in dem Streitgegenständlichen Wasserkonzessionsverfahren vorläufig zur Rechtswahrung bis zur Entscheidung über die Berufung untersagt. In der mündlichen Verhandlung hat er die Sach- und Rechtslage mit den Parteien erörtert. Für Konzessionsvergaben gelte der aus dem Primärrecht abgeleitete Transparenzgrundsatz und der Grundsatz der Gleichbehandlung, auf denen auch das Vergaberecht fuße. Die Kriterien müssten folglich dergestalt hinreichend bestimmt sein, dass sich jeder Bieter danach ausrichten könne. Dabei müsse auch die Bewertung klar, berechenbar und nachprüfbar sein. Es müsse für den Bieter etwa erkennbar sein, was mit einem sicheren Netz gemeint sei und wie sich das Unterkriterium des sicheren von dem des zuverlässigen Netzes abgrenze. Auch in § 5 des Rohentwurfs des Konzessionsvertrages finde sich hierzu nicht viel. Gleiches gelte für die Abgrenzung der Unterkriterien der Leistungsfähigkeit und der Effizienz sowie vom Hauptkriterium „Technische Ausstattung“. Klare Vorgaben des Ausschreibenden seien vorliegend umso wichtiger, als gesetzliche Vorgaben wie etwa für Gasnetze fehlten. Dies schlage auch die Bewertung durch. Es bleibe völlig offen, wann es 0, 1, 2, 9 oder 10 Punkte gebe.

II.

Die zulässige Berufung der Antragstellerin hat in der Sache Erfolg, soweit sie eine Untersagung der Weiterführung des Wasserkonzessionsvergabeverfahrens auf der Grundlage der derzeitigen Ausschreibungsunterlagen erstrebt. Hingegen ist für ihr Auskunftsbegehren im vorliegenden Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kein Raum.

1. Soweit die Antragstellerin mit ihren Berufungsanträgen zu 2. und 3. eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Offenlegung der inhaltlichen Anforderungen an die Kriterien und der Bewertungsmethode erstrebt, fehlt es bereits an dem für

den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO erforderlichen Verfügungsgrund.

Bei einer im Wege einstweiliger Verfügung geltend gemachten Auskunft handelt es sich um eine Leistungsverfügung. Ein solcher Verfügungsantrag ist nach dem Sinn und Zweck des Eilverfahrens grundsätzlich nicht zuzulassen (Zöller-Vollkommer, ZPO, 33. Aufl., § 940 Rn. 8.3 „Auskunft“). Ausnahmen hiervon können nur dann gemacht werden, wenn der Gläubiger auf die Erfüllung dringend angewiesen ist, wobei an die Dringlichkeit jedoch hohe Anforderungen zu stellen sind (OLG Hamburg, Beschluss vom 16. November 2018, 12 W 6/18, BeckRS 2018, 37434 Rn. 17; Musielak/Voit/Huber, 18. Aufl. 2021, ZPO § 940 Rn. 18).

Ein Verfügungsgrund für eine die Hauptsacheentscheidung vorwegnehmende Leistungsverfügung ist daher nur unter engen Voraussetzungen anzunehmen. Dass ohne den Erlass einer einstweiligen Verfügung die Verwirklichung eines Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (vgl. § 935 ZPO), genügt hierfür ebenso wenig wie das Bestreben des Gläubigers, durch den Erlass der einstweiligen Verfügung wesentliche Nachteile abzuwenden (vgl. § 940 ZPO). Erforderlich ist vielmehr eine bestehende oder jedenfalls drohende Notlage des Gläubigers, der so dringend auf die Erfüllung seines Anspruchs angewiesen sein muss, dass ihm ein Zuwarten bei der Durchsetzung seines Anspruchs oder eine Verweisung auf die spätere Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht zuzumuten ist. In die rechtliche Beurteilung ist hierbei auch einzubeziehen, inwieweit die Ablehnung einer Leistungsverfügung zu einer Rechtsverweigerung führt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. März 2004, VI-U (Kart) 35/03, MMR 2004, 618, 619; OLG München, Endurteil vom 20. Juni 2018, 7 U 1079/18, BeckRS 2018, 13312 Rn. 30). Eine Leistungsverfügung auf Auskunft kann daher grundsätzlich nur angenommen werden, wenn die Realisierung des Hauptanspruchs für den Gläubiger von existenzieller Bedeutung ist und von der umgehenden Erteilung der Auskunft abhängt (OLG Hamburg, Beschluss vom 16. November 2018, 12 W 6/18, BeckRS 2018, 37434 Rn. 17).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend schon deswegen nicht erfüllt, weil der Antragstellerin auch ohne die Offenlegung der inhaltlichen Anforderungen an die bekanntgemachten Kriterien und der Bewertungsmethode kein irreparabler Schaden droht, solange der Antragsgegnerin die Weiterführung des Konzessionsvergabeverfahrens untersagt werden kann, was Gegenstand des nunmehrigen Verfügungsantrags zu 4. ist. Diese Untersagung verhindert die von

der Antragstellerin befürchtete Konzessionsvergabe auf der Grundlage der als intransparent beanstandeten Kriterien und Bewertungsmethode. Dass schon durch die mit der Verfolgung ihres Auskunftsbegehrens in Hauptsachverfahren einhergehende Verzögerung unzumutbare Nachteile der Antragstellerin verursacht würde, hat diese weder vorgetragen, noch ist dies ersichtlich.

2. Soweit die Antragstellerin mit ihrem Berufungsantrag zu 4. eine ordnungsmittelbewehrte Untersagung der Weiterführung des Konzessionsvergabeverfahrens erstrebt, ist hingegen der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO erforderlichen Verfügungsgrund gegeben. Ohne die erstrebte einstweilige Verfügung droht der Antragstellerin ein endgültiger Rechtsverlust, da sich die Antragsgegnerin die Konzessionsvergabe auf der Grundlage der indikativen Angebote vorbehalten hat.

Der auf Untersagung der Weiterführung des Konzessionsvergabeverfahrens gerichtete Berufungsantrag zu 4. sichert auch nicht bloß die auf Auskunft gerichteten Berufungsanträge zu 2. und 3. Ihm kommt auch ohne die Titulierung eines Auskunftsanspruchs ein eigenständiger Regelungsgehalt in Gestalt der Untersagung der Weiterführung des Konzessionsvergabeverfahrens auf der Grundlage der derzeitigen Ausschreibungsunterlagen zu.

3. Soweit ein Verfügungsgrund gegeben ist, ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auch begründet. Die Antragstellerin hat gegenüber der Antragsgegnerin einen Anspruch auf Untersagung der Weiterführung des Konzessionsvergabeverfahrens aus §§ 33 Abs. 1, Abs. 2, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB. Durch die beabsichtigte Vergabe der Konzession auf der Grundlage der bekanntgemachten Kriterien droht eine unbillige Behinderung im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und damit einen Verstoß gegen das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB.

Nach § 33 Abs. 1, Abs. 2 GWB kann derjenige, der gegen eine Vorschrift des ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt oder zu verstoßen droht, vom Betroffenen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Zu diesen Vorschriften gehört § 19 GWB, der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, der nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 GWB insbesondere dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen

als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

- a) Die Antragsgegnerin ist ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Gemeinden, die beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handeln (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, juris Rn. 18), haben auf dem relevanten Markt für Wegenutzungsrechte zur Verlegung und zum Betrieb von Wasserleitungsrohren im Gemeindegebiet eine Monopolstellung; es stehen sich Gemeinden als Anbieter des Wegerechts und Wasserversorgungsunternehmen als Nachfrager gegenüber (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, juris Rn. 21 - Stromnetz Heiligenhafen; Senatsurteil vom 21. März 2018, 2 U (Kart) 6/16, BeckRS 2018, 11739 Rnm. 26-28).
- b) Die Antragsgegnerin hat jedenfalls mit dem Abschluss des bis zum 31. Dezember 2021 befristeten Konzessionsvertrag mit der Antragstellerin auch einen Geschäftsverkehr im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB eröffnet, der Wasserversorgungsunternehmen wie der Antragstellerin üblicherweise zugänglich ist (Senatsurteil vom 21. März 2018, 2 U (Kart) 6/16, BeckRS 2018, 11739 Rnm. 29, 30).
- c) Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 GWB findet auf Wasserkonzessionsverträge Anwendung, eine Freistellung ist in § 31 GWB nicht vorgesehen (Senatsurteil vom 21. März 2018, 2 U (Kart) 6/16, BeckRS 2018, 11739 Rn. 31). Eine Gemeinde, die in Ausübung ihres kommunalen Selbstverwaltungsrechts die Wasserversorgung nicht hoheitlich ausgestaltet, sondern eine privatrechtliche Konzession in einem wettbewerblichen Verfahren vergibt, ist an die Verbote der unzulässigen Behinderung und Diskriminierung gebunden (BGH, Beschluss vom 26. Februar 2019, KZR 22/18, BeckRS 2019, 3270 - Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das vorzitierte Senatsurteil).
- d) Die von der Antragsgegnerin festgelegten Kriterien und Unterkriterien verstoßen mangels hinreichender Bestimmtheit gegen den Transparenzgrundsatz und behindern die Antragstellerin daher unbillig, weil sich ihr wie allen an der Konzession Interessierten die mit ihnen verfolgten Ziele nicht erschließen.

Überdies genügt auch das an Punkten orientierte Bewertungssystem nicht den Anforderungen.

- aa) Die Auswahl des Konzessionärs muss in einem transparenten Verfahren erfolgen. Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, werden diejenigen Bewerber unbillig behindert, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt werden (BGH, Urteil vom 7. September 2021, EnZR 29/20, NVwZ-RR 2022, 26 Rn. 9).

Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl materielle als auch verfahrensbezogene Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Die Gemeinde muss ihre Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien treffen. Die Entscheidungskriterien und ihre Gewichtung müssen für die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen transparent sein und die Bieter darüber unterrichten, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt, um sie in die Lage zu versetzen, ihr Angebot bestmöglich an den von der Gemeinde gestellten Anforderungen auszurichten (BGH, Urteil vom 7. September 2021, EnZR 29/20, NVwZ-RR 2022, 26 Rn. 10). 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 (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, juris Rn. 44-46 - Stromnetz Heiligenhafen). Dies gilt vorliegend umso mehr, als aufgrund Binnenmarktrelevanz - ~~das Unternehmen ist~~ von der niederländischen Grenze entfernt und der Auftragswert ist bei der beabsichtigten Vertragslaufzeit von 19 Jahren gewichtig - auch die primärrechtlichen Grundsätze der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, und der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV, zu beachten sind (Senatsurteil vom 21. März 2018, 2 U (Kart) 6/16, BeckRS 2018, 11739 Rn. 34).

Zwar steht dem Konzessionsgeber bei der Vergabe einer Wasserkonzession aufgrund seines Leistungsbestimmungsrechts ein weiter Spielraum zu, da eine § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG entsprechende Zielsetzung, an der bei Konzessionsvergaben für die Versorgung mit Elektrizität und Gas die Kriterien auszurichten sind (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, juris Rn. 49 - Stromnetz Heiligenhafen), auf die Vergabe von Wasserkonzessionsverträgen auch nicht im Wege der Analogie anzuwenden ist (Senatsurteil vom 21. März 2018, 2 U (Kart) 6/16, BeckRS 2018, 11739 Rn. 38,

39). Der Konzessionsgeber ist insbesondere nicht gehindert, die Kriterien im Hinblick auf eine funktionale Leistungsbestimmung festzulegen, um das Wissen und gestalterische Potenzial der Interessenten im Rahmen eines Ideenwettbewerbs zur Ausarbeitung der optimalen Lösung zu nutzen (Trutzel in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 31 VgV Rn. 14) und auf Unternehmenseite vorhandenes Know-how abzuschöpfen (Senatsbeschluss vom 17. April 2014, VI-2 Kart 2/13, NZBau 2014, 577, 583).

Auch bei funktionaler Leistungsbeschreibung muss jedoch die Abgabe vergleichbarer Angebote durch die Festlegung von Einzelheiten sichergestellt sein (Trutzel in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 31 VgV Rn. 14). Hierfür bedarf einer Beschreibung der Kriterien, die so hinreichend eindeutig und so hinreichend detailliert ist, dass sie von jedem fachkundigen Bieter im Hinblick auf deren Zielrichtung und deren Graduierung in gleicher Weise verstanden werden (Wiedemann in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 127 GWB Rn. 68). Bei nicht selbsterklärenden Begriffen sind Erläuterungen erforderlich, um allen Bietern ein gleiches Verständnis zu vermitteln (Wiedemann a. a. O. Rn. 95), wobei mit dem Fehlen § 1 Abs. 1 EnWG entsprechender Zielvorgaben im Bereich der Wasserkonzessionen ein höher Bestimmungsaufwand korrespondiert. Kriterien, die dem Auftraggeber aufgrund ihrer Unbestimmtheit eine willkürliche Bewertung ermöglichen, sind unzulässig (Opitz in Burghi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 127 Rn. 109). Der Konzessionsgeber muss insoweit selbst die notwendigen Festlegungen treffen, als er die Auswahlkriterien, das Leistungsziel, die Rahmenbedingungen und die wesentlichen Einzelheiten der Leistung ebenso wie deren Gewichtungen im Verfahrensleitbrief in der Aufgaben- oder Leistungsbeschreibung anzugeben hat. Nur so können Missverständnisse bei den Bietern vermeiden und damit letztlich sicherstellt werden, dass miteinander vergleichbare Angebote abgegeben und bewertet werden (Senatsbeschluss vom 17. April 2014, VI-2 Kart 2/13, NZBau 2014, 577, 583).

bb) Diesen Anforderungen werden die von der Antragsgegnerin im Verfahrensleitbrief mitgeteilten Kriterien inhaltlich nicht gerecht. Sie sind nicht so gestaltet, dass die an der Konzession interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Antragsgegnerin bei der Bewertung der einzureichenden Konzepte ankommt. Die gerügten Unterkriterien 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.6, 1.8., 1.11, 1.12 und 1.13 zum Kriterium Konzessionsvertrag erschöpfen sich in bloßen

Überschriften, die noch nicht einmal das Leistungsziel erkennen lassen, geschweige denn, dass sie eine die wesentlichen Einzelheiten definierende Ausgestaltung aufweisen. Ihr Inhalt erschließt sich auch dem sachkundigen Interessenten nicht. Die beanstandeten Kriterien 2 „Technische Ausstattung“ und 3 „Finanzielle Ziele“ erfahren zwar durch die genannten Beispiele eine gewisse Konkretisierung, die für eine bestmögliche Angebotsausrichtung erforderlichen notwendigen Festlegungen enthalten aber auch sie nicht.

(1.1) So bleibt unklar, was die Antragsgegnerin unter einem Sicheren Netz erwartet. Soweit in dem dem Verfahrensleitbrief beigelegten Wasserversorgungskonzept Gefährdungen wie den Nitrateintrag infolge landwirtschaftlicher Nutzung oder der Nutzbarkeit des Grundwassers in Anbetracht des Braunkohleabbaus genannt werden, betreffen diese Aspekte die Wassergewinnung und nicht Netzbetrieb. Zwar unterfällt der Überschrift „Sicheres Netz“ die Versorgungssicherheit jedenfalls insoweit als am Netz auftretende Schäden diese beeinträchtigen. Dabei stellt das Alter des Netzes jedoch derzeit gerade kein Problem dar, nach dem Wasserversorgungskonzept betrug die Netzneuerungsrate im 10-Jahresmittel lediglich 0,2 Prozent. Ob unter der Überschrift „Sicheres Netz“ auch Verbesserungen in der Netzsteuerungen erwartet werden und falls ja, ob insofern gewisse Vorgaben an Sicherheit und Kompatibilität der IT bestehen, bleibt vollkommen offen. Daneben betrifft auch die Möglichkeit krimineller oder gar terroristischer Eingriffe in die Trinkwasserversorgung die Sicherheit des Netzes. In welchem Umfang hier Sicherungsmaßnahmen gefordert werden, die mit einer, unter Umständen ganz erheblichen Kostenmehrbelastung einhergehen können, ist eine politische Entscheidung, die die Antragsgegnerin im Rahmen der ihr obliegenden Daseinsvorsorge selbst zu treffen und dementsprechend auch als Zielvorgabe zu formulieren hat.

(1.2) Das Unterkriterium Leistungsfähiges und effizientes Netz lässt sich in Ermangelung weitergehender inhaltlicher Ausführungen schon nicht vom Unterkriterium Sicheres Netz trennen. Die Versorgungssicherheit kann sowohl als Element der Sicherheit als auch der Leistungsfähigkeit begriffen werden. Gleiches gilt für die Steuerung des Netzes, die für die Sicherheit wie auch die Leistungsfähigkeit von entscheidender Bedeutung ist, aber auch das mit einer Gewichtung von 20 Prozent an stärksten gewichtete Kriterium Technische Ausstattung betrifft. Zur Leistungsfähigkeit können aber auch Vorgaben zur Durchleitungsmenge und zum Wasserdruck gehören. Hierzu enthält § 5 der

Rohfassung eines Konzessionsvertragsentwurfs lediglich die Verpflichtung zur Gewährleistung eines gleichbleibenden Drucks und der Aufrechterhaltung des Betriebs. Insoweit bleibt aber schon unklar, ob die Antragsgegnerin unter Leistungsfähigkeit nur eine Aufrechterhaltung des Status Quo versteht oder ob sie eine über die zur derzeitigen Versorgung der angeschlossenen Haushalte und Betriebsstellen hinausgehende Entwicklung will und was deren Zielparameter sind. Der Begriff der Effizienz kann sowohl in technischer als auch in ökonomischer Hinsicht verstanden werden. Insoweit besteht ein Zielkonflikt, weil etwa eine Minimierung von Wasserverlusten Investitionen erfordern kann, die unwirtschaftlich sind, aber aus übergeordneten Gründen unter dem Gesichtspunkt der Ressourcenschonung gleichwohl gewollt sein können. Insoweit bedarf der Festlegung und Priorisierung von Zielvorgaben.

(1.3) Das Unterkriterium Wasserversorgungskonzept erfährt durch das beigelegte Wasserversorgungskonzept der Antragsgegnerin zwar eine gewisse Konkretisierung, soweit hierin zur Entwicklung der Grundwasserspiegel einzelner Wassergewinnungsstellen ausgeführt wird. Dieses Konzept betrifft jedoch das gesamte Stadtgebiet der Antragsgegnerin. Welche Beiträge zum Wasserversorgungskonzept vom künftigen Konzessionsnehmer im streitgegenständlichen Konzessionsgebiet erwartet werden, bleibt offen. Soll das Konzessionsgebiet von anderen (teilweise) mitversorgt werden oder zur Versorgung anderer Gebiete beitragen?

(1.4) Endgültig unklar bleibt, welcher Raum für das Unterkriterium „Zuverlässiges Netz“ neben den vorgenannten Kriterien verbleibt. Zudem besteht insoweit ein von der Antragsgegnerin zu beantwortender Zielkonflikt mit dem kosteneffizienten Netz. So kann eine starke Betonung der Zuverlässigkeit trotz der damit verbundenen Mehrkosten dem Aufbau redundanter Systeme gebieten, bei dem alle oder wenigstens besonders wichtige Versorgungsempfänger so angeschlossen werden, dass der Ausfall eines Leitungsstrangs durch eine Umleitung des Wasserflusses unterbrechungslos kompensiert werden kann.

(1.6) Unklar bleibt auch, was mit dem Unterkriterium „Umweltauswirkungen des laufenden Betriebs“ gemeint ist. Sollen diese lediglich erfasst und dokumentiert werden oder geht es der Antragsgegnerin um eine Verminderung schädlicher Umweltauswirkungen. Hier ist etwa eine ressourcenschonendere Vermeidung von Wasserverlusten denkbar, die allerdings auch beim Leistungsfähigen und beim Sicheren Netz erfasst werden könnte. Auch kann eine Reduktion des

Energieverbrauchs und/oder der Rückgriff auf erneuerbare Energien gewollt sein. Hier bedarf es auch im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung der Festlegung von Zielvorgaben.

- (1.8) Offen bleiben der Inhalt und die Reichweite der im Unterkriterium 1.8 vorgesehenen Pflicht zur Prüfung des Rückbaus stillgelegter Leistungen.

Zwar wäre eine umfassende Rückbauverpflichtung rechtlich möglich, da es sich nicht um eine im Rahmen des Konzessionsvertrages freiwillig zu übernehmende, sondern um eine kraft Gesetzes ohnehin bestehende Beseitigungsverpflichtung handelt, die dementsprechend das Nebenleistungsverbot des § 6 Abs. 1 KAEAnO nicht berührt. Die Verpflichtung ergibt sich unmittelbar aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die bloße Existenz der stillgelegten und damit von dem der Versorgung dienenden Wegerecht nicht mehr gedeckten Leitungen das Eigentum der Antragsgegnerin an ihrem Straßengrundstücken beeinträchtigen. Es ist Ausdruck des verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechts, dass der Eigentümer einer Sache, wozu auch ein Grundstück als unbewegliche Sache zählt, mit dieser nach § 903 Satz 1 BGB grundsätzlich nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Der Umstand, dass diese Leitungen die Eigentumsausübung der Antragsgegnerin möglicherweise in der Praxis gar nicht stören, macht ein Beseitigungsverlangen auch nicht rechtsmissbräuchlich. Vor dem Hintergrund der Wertentscheidung des Gesetzgebers, der die Ansprüche aus dem eingetragenen Eigentum in § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich als unverjährbar ausgestaltet hat, bei Verneinung von Eigentumsansprüchen nach Treu und Glauben äußerste Zurückhaltung geboten (vgl. zur Verwirkung des Herausgabeanspruchs: BGH, NJW 2007, 2183 Rn. 9, 10).

Fraglich ist aber, ob eine absolute Rückbauverpflichtung überhaupt gewollt ist. Bei einer rechtlichen eindeutigen Lage bedarf es keiner Prüfung. Ein Bestehen auf einem Rückbau ausnahmslos aller stillgelegten Leitungen wäre im Hinblick auf die Kosteneffizienz des Netzes auch kontraproduktiv, da die damit einhergehenden Kosten letztendlich von den Netznutzern und damit von den Bürgern der Antragsgegnerin zu tragen sind. Unter welchen Umständen die Antragsgegnerin aber von ihrem gesetzlichen Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB im Interesse einer günstigen Daseinsvorsorge im Bereich Wasser abzugehen bereit ist, kann nur sie entscheiden. Es bedarf folglich konkreter Vorgaben ihrerseits, wann Zurückzubauen ist und wann nicht.

- (1.11) Das Unterkriterium Weitere Kostentragungsregelungen lässt die Erwartungen der Antragsgegnerin nicht erkennen, es bleibt offen, welche weiteren kostenrelevanten Regelungen gemeint sind und was die Antragsgegnerin hier vom Bieter erwartet. Gleiches gilt für das Unterkriterium der Weiteren zulässigen Nebenleistungen (1.12):
- (1.13) Das Unterkriterium Wasserentnahmestellen für Löschwasser lässt offen, ob diese zeitnah im gesamten Netz realisiert werden sollen oder nach und nach im Zuge der Netzerneuerung. Auch bleibt unklar, ob die Angabe „z. B. alle 100 Meter“ nur ein unverbindliches Beispiel oder die Erwartung an ein bestmögliches Angebot darstellt.
- (2) Das Kriterium Technische Ausstattung erfährt zwar durch die genannten Beispiele eine gewisse inhaltliche Konkretisierung. Die gebotene Transparenz in Gestalt einer hinreichenden Unterrichtung der Bieter darüber, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt, um sie in die Lage zu versetzen, ihr Angebot bestmöglich an den von der Gemeinde gestellten Anforderungen auszurichten, ist jedoch auch hier nicht gegeben. Zum einen ist nicht ersichtlich, wie sich das Kriterium von den Unterkriterien Sicheres Netz, Leistungsfähiges und effizientes Netz, Wasserversorgungskonzept und Zuverlässiges Netz des Kriteriums Konzessionsvertrag abgrenzt. Die genannten Beispiele lassen sich jeweils auch mindestens einem von diesen zuordnen. Auch hier bleibt unklar, ob lediglich der Status Quo erhalten oder ob die technische Ausstattung in bestimmten Bereichen im Hinblick auf ein konkretes Ziel verbessert werden soll. So bleibt etwa auch hier offen, ob lediglich die bestehende Ausfallsicherheit auch in Zukunft gewährleistet oder Netz unter Inkaufnahme der damit einhergehenden Kosten mit dem Ziel der in 1.4 angesprochenen vollständigen Redundanz fortentwickelt werden soll.
- (3) Das Kriterium Finanzielle Ziele überschneidet mit dem Unterkriterium Leistungsfähiges und effizientes Netz, ohne jedoch den Zielkonflikt zwischen Ressourceneffizienz und Kosteneffizienz durch klare finanzielle Zielvorgaben aufzulösen. Gleiches gilt für das Spannungsverhältnis zwischen Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz. Ohne derartige Vorgaben ist zudem in Ermangelung einer vergleichbaren Kalkulationsgrundlage eine Vergleichbarkeit der Prognosen der Bieter über die Entwicklung der Wasserpreise nicht gewährleistet. Offen bleiben auch die Erwartungen der Antragsgegnerin an die

Tarifgestaltung, soll diese rein wirtschaftlichen oder auch sozialen Zwecken dienen?

Es bedarf allerdings keiner Regelung zum Ausgleich von Kostenvorteilen, die Mehrspartenunternehmen durch eine Mehrspartenverlegung bei den Hausanschlüssen entstehen. Der Preis ist ein sachliches Kriterium. Eine Verpflichtung, unternehmensindividuelle Nachteile zu Lasten der Anschlussnutzer, denen die Antragsgegnerin die Wasserversorgung als Teil der Daseinsvorsorge schuldet, auszugleichen, besteht nicht. Derartige unternehmensindividuelle Umstände werden nicht umsonst auch bei der Preiskontrolle nicht berücksichtigt (Senatsbeschluss vom 24. Februar 2014, VI-2 Kart 4/12, BeckRS 2014, 6802 unter II.4.I.). Zudem kann ein reiner Wasserversorger wie die Antragstellerin die Kostenvorteile einer Mehrspartenverlegung durch die Absprache den anderen Versorgungsunternehmen realisieren, da diese nicht zwingend einen Unternehmensverbund voraussetzt; hierzu ist sie unter dem Gesichtspunkt der effizienten Aufgabenerfüllung auch gehalten (Senat a. a. O.).

4. Die fehlende Transparenz der Auswahlkriterien und insbesondere das Fehlen klarer Zielvorgaben, an denen die Bieter ihr Angebot ausrichten können, eröffnet einen nicht überprüfbar und damit willkürlichen Spielraum. Ohne diese kann der Bewertungsmatrix nicht entnommen werden, was für die Bewertung besondere Bedeutung hat. Auch muss die Wertung zugeordnet werden können.

Der Konzessionsgeber hat einen Entscheidungsspielraum, welche Bewertungsmethode er für geeignet hält (OLG Celle, Urteil vom 5. Dezember 2017, 13 U 55/17, BeckRS 2017, 155085 Rn. 43). Dabei muss es dem Interessenten auch nicht im Vorhinein möglich sein, zu erkennen, welchen bestimmten Erfüllungsgrad sein Angebot auf der Grundlage der Zuschlagskriterien erreichen muss, um mit einer bestimmten Notenstufe oder Punktzahl bewertet zu werden. Eine solche Bestimmungsmöglichkeit würde eine europarechtlich nicht geforderte Bekanntgabe der Bewertungsmethode voraussetzen (Senatsbeschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16, NZBau 2017, 296 Rn. 29, 32 u. Verw. a. EuGH Urteil vom 14. Juli 2016, C-6/15, NZBau 2016, 772 Rn. 27).

Es steht einer transparenten und rechtskonformen Auftragsvergabe daher dann nicht entgegen, dass die von den Bietern vorgelegten Konzepte im Rahmen der Angebotsbewertung benotet werden und einen der jeweiligen Note zugeordneten Punktwert erhalten, ohne dass die Vergabeunterlagen weitere konkretisierende

Angaben dazu enthalten, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl für das Konzept konkret abhängen soll, wenn die vom Bieter erwarteten Leistungen in den Vergabeunterlagen konkret und erschöpfend beschrieben (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17, NZBau 2017, 366 Rn. 39, 40 - Postdienstleistungen). Je konkreter die Anforderungen definiert sind, desto besser kann der Bieter sein Angebot bestmöglich an den Erwartungen des Konzessionsgebers ausrichten, weshalb auf konkretisierende Angaben zur Benotung verzichtet werden kann, weil für ihn klar ist, nach welchen Maßstäben sein Angebot bewertet werden wird und wann die Höchstpunktzahl vergeben werden wird (OLG Celle, Urteil vom 5. Dezember 2017, 13 U 55/17, BeckRS 2017, 155085 Rn. 44).

Vorliegend fehlt es jedoch gerade an konkreten Leistungsvorgaben oder klar definierten Zielanforderungen, die die Antragstellerin auch ohne konkretisierende Angaben zur Punktevergabe erkennen ließen, nach welchen Maßstäben sein Angebot bewertet werden wird. Zudem hat Antragsgegnerin - anders als im Falle der vorzitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs - gerade keine mit der klassischen Schulnotenskala verknüpfte Punktevergabe gewählt, bei der jeder Note ein bestimmter Punktwert zugeordnet ist; ihre Bewertungsmatrix sieht die Vergabe von 0 bis 10 Punkten in einzelnen Punktschritten vor. Damit fehlt die der Schulnotenskala immanente Definition, nach der etwa die Note „sehr gut“ zu vergeben ist, wenn die Leistung den Anforderungen in besonderem Maße entspricht, die Note „gut“, wenn die Leistung den Anforderungen voll entspricht. Das punktebasierte Wertungssystem der Antragsgegnerin eröffnet hingegen Spielraum für eine intransparente Wertung; gerade vor dem Hintergrund der Vielzahl von Kriterien und Unterkriterien bedarf die Abstufung in einzelnen Punktschritten konkretisierender Informationen, welche Erfüllungserwartungen mit ihnen verbunden sind.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 2, 97 Abs. 1 ZPO. Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nicht, die Sache ist kraft Gesetzes nicht revisibel, § 542 Abs. 2 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird in Übereinstimmung mit der unbeanstandet gebliebenen erstinstanzlichen Festsetzung auf bis 200.000,00 Euro festgesetzt.

Dr. Maimann

Gmelin

Dr. Hanspach

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Düsseldorf

