

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 09.03.2015 - 11 W 47/14 (Kart)

Tenor:

Die Kosten des Verfügungsverfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Der Beschwerdewert wird auf EUR 90.000 festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Parteien streiten darüber, ob die Antragsgegnerin ein Auswahlverfahren ordnungsgemäß durchgeführt hat und damit zum Abschluss eines Stromkonzessionsvertrags berechtigt war.

Die Antragstellerin ist ein regionales Energieversorgungsunternehmen. Die Antragsgegnerin ist die Stadt X. Zwischen den Parteien bestand ein Stromkonzessionsvertrag, dessen Auslaufen die Antragsgegnerin mit Anzeige vom ...9.2014 öffentlich bekannt machte. Die Antragstellerin bekundete fristgerecht ihr Interesse. Mit erstem Verfahrensbrief vom 5.12.2013 (Anlage ASt 2, Bl. 39ff. d.A.) gab die Antragstellerin die Auswahlkriterien zur Abgabe von indikativen Angeboten bekannt. Es wurde darauf hingewiesen, dass Rechtsgrundlage des Verfahrens § 46 EnWG und die Konzessionsabgabeverordnung seien und das Vergabeverfahren nicht dem GWB, der Sektorenverordnung oder dem Vergabe- und Vertragsverfahren für Leistungen Teil A unterliege. Die Antragstellerin gab fristgerecht ein indikatives Angebot ab, über das am 4.3.2014 verhandelt wurde. Mit Schreiben vom 11.4.2014 (Anlage ASt 5, Bl. 48ff. d.A.) erklärte die Antragsgegnerin die "Zurückversetzung des Konzessionsverfahrens und Einleitung eines Auswahlverfahrens" mit der Begründung, erst am 12.3.2014 seien die Entscheidungsgründe einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 17.12.2013 (AZ KZR 66/12) bekannt gemacht worden, aus denen sich weitere Anforderungen an Konzessionsverfahren ergäben. Daher werde das bisherige Auswahlverfahren abgebrochen und das Verfahren in den Stand nach dem Ablauf der in der Bekanntmachung im Bundesanzeiger zurückversetzt. Es werde ein gänzlich neues Auswahlverfahren durchgeführt, die eingereichten Unterlagen würden zurückgesandt. Alle diejenigen, die sich um den Neuabschluss des Konzessionsvertrags beworben hätten, erhielten in Kürze einen ersten Verfahrensbrief, in dem sie über den Verfahrenslauf und die Kriterien informiert würden. Mit einem "ersten Verfahrensbrief" vom 5.5.2014 wurden Auswahlkriterien für das Verfahren mitgeteilt. Diese stimmten mit denen überein, die mit dem ersten Verfahrensbrief vom 5.12.2013 mitgeteilt worden waren. Jedoch wurde die Gewichtung der Kriterien der Gruppe A (Erreichung der Ziele des § 1 EnWG) gegenüber der Gruppe B (Ausgestaltung des Konzessionsvertrags) deutlich erhöht. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage ASt 6, Bl. 49f. d.A. Bezug genommen. Es wurde unmittelbar zur Abgabe eines verbindlichen Angebots aufgefordert, das die Antragstellerin fristgerecht abgab. Die Antragsgegnerin teilte mit Schreiben vom 1.10.2014 mit, dass der Zuschlag nicht der Antragstellerin, sondern einem anderen Unternehmen (nachfolgend "Zuschlagsunternehmen") erteilt werde. Der Abschluss des Konzessionsvertrags werde frühestens am 20.10.2014 erfolgen. Das Zuschlagsunternehmen erzielte nach der Bewertung der Antragsgegnerin 422 Punkte, die Antragstellerin 408 Punkte und ein weiteres Unternehmen 404 Punkte. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Anlage ASt7, Bl. 55f. d.A., Bezug genommen. Die Antragstellerin beantragte

Akteneinsicht. Die Antragsgegnerin sagte zu, den Konzessionsvertrag nicht vor Ablauf von 10 Kalendertagen nach deren Gewährung abzuschließen. Akteneinsicht erfolgte am 8.12.2014.

Die Antragstellerin hat zunächst beantragt, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, es zu unterlassen, den Konzessionsvertrag abzuschließen, bis in einem neuen Auswahlverfahren über die Vergabe der Stromkonzession entschieden sei.

Sie hat die Auffassung vertreten, ihr stehe ein Verfügungsanspruch gemäß § 33 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB und § 46 EnWG zu. Das Auswahlverfahren, beginnend mit dem "ersten Verfahrensbrief vom 5.5.2014, stelle gegenüber dem zunächst begonnenen kein neues Auswahlverfahren dar. Denn ein neues Verfahren hätte eine erneute Bekanntmachung im Bundesanzeiger und die erneute Gelegenheit zu Interessenbekundungen vorausgesetzt; es sei auch keine erneute Verhandlung über die Angebote vorgesehen gewesen. Die Änderung der Gewichtung der Auswahlkriterien sei daher im laufenden Verfahren erfolgt und damit unzulässig. Eine Notwendigkeit zur Änderung der Kriterien habe sich nicht aus den Vorgaben des BGH in der genannten Entscheidung ergeben. Die Änderung hätte es der Antragsgegnerin ermöglicht, das Ergebnis des Verfahrens zu steuern. Sie, die Antragstellerin, gehe davon aus, dass bei der rechtlich gebotenen Beibehaltung der ursprünglichen Gewichtung ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre. Das Verfahren sei nicht transparent ausgestaltet gewesen, da die Antragsgegnerin Unterunterkriterien durch eine offene Definition ("...jedenfalls folgende Punkte...") nicht abschließend dargelegt habe und deren Gewichtung pflichtwidrig unterlassen habe.

Schließlich sei die Antragstellerin bei der Auswahlentscheidung diskriminiert worden. Ihr Angebot weise kürzere und damit bessere Ausfallzeiten als das des Zuschlagsunternehmens auf. Das Letztere sei trotzdem besser bewertet worden, offenbar deshalb, weil das Zuschlagsunternehmen für die Zukunft geringere Ausfallzeiten zugesichert habe. Dass die Antragsgegnerin die bessere Zusicherung berücksichtigt habe, belege, dass sie pflichtwidrig die Plausibilität der Angaben vorliegend nicht geprüft habe. Zudem seien zu Lasten der Antragstellerin geringere beabsichtigte Investitionen berücksichtigt worden, obwohl dies lediglich darauf beruhe, dass für die Antragstellerin laufende Investitionen, wie sich aus den geringen Ausfallzeiten in der Vergangenheit ergebe, nicht notwendig gewesen seien. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, die geltend gemachten Mängel vorab gemäß § 107 Abs. 3 GWB zu rügen. Es liege der Verfügungsgrund vor, da seit dem 18.12.2014 der Abschluss des Konzessionsvertrags drohe, was nach der Rechtsprechung des BGH (AZ. KZR 66/12) zur Folge habe, dass die Antragstellerin im Hauptsacheverfahren sich auf die Nichtigkeit des Vertrags nicht berufen könne.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 16.12.2014 (Bl. 135f. d.A.) den Antrag zurückgewiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, die Antragstellerin habe den Erlass einer sog. Leistungsverfügung beantragt, deren Voraussetzungen vorliegend nicht dargetan seien. Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt (Bl. 137f. d.A.), mit der sie ihr Begehren zunächst weiterverfolgt hat. Die beantragte Verfügung sei nicht auf die endgültige Erfüllung, sondern nur auf eine vorläufige Sicherung gerichtet. Zudem lägen auch die Voraussetzungen einer sog. Leistungsverfügung vor.

Am 19.12.2014 hat die Antragsgegnerin den Konzessionsvertrag mit dem Zuschlagsunternehmen abgeschlossen. Nachdem die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren hiervon Kenntnis erlangt hat, haben die Parteien das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Antragsgegnerin meint, die Voraussetzungen für die beantragte Verfügung hätten nicht vorgelegen. Es habe neben dem Verfügungsgrund auch von Anfang an ein Verfügungsanspruch gefehlt. Die Antragsgegnerin sei nach der Veröffentlichung der Entscheidungsgründe des Urteils des

BGH vom 17.12.2013 (AZ. KZR 66/12) berechtigt gewesen, dass Verfahren in den Stand vor der Beschlussfassung der Stadtverordnetenversammlung über die Auswahlkriterien zurückzusetzen. Insbesondere das Kriterium der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Netzbetriebes als eines der Kriterien nach § 1 EnWG, das zuvor nur mit 10,17 % bewertet gewesen wäre, habe entsprechend der genannten Rechtsprechung jedenfalls zur Rechtssicherheit auf 25 % angehoben werden müssen, was eine gleichzeitige entsprechende Anhebung der weiteren Ziele nach § 2 EnWG erfordert habe. Eine Zurückversetzung an den Beginn des Konzessionsverfahrens sei nicht erforderlich gewesen. Jedenfalls ergebe sich insoweit kein Rechtsfehler zu Lasten der Antragstellerin, da eine erneute Bekanntmachung für weitere Bewerber das Verfahren eröffnet hätte. Auf die Zurückversetzung seien die Bieter auch ausdrücklich hingewiesen worden. Soweit die Antragstellerin das Fehlen erneuter initialer Angebote rüge, ergebe sich ein solches Erfordernis bereits nicht aus § 46 EnWG. Die mit dem Verfahrensbrief vom 5.5.2014 bekannt gegebenen Auswahlkriterien seien rechtmäßig und hinreichend transparent gewesen. Der Kriterienkatalog habe keine ungewichteten Unterunterkriterien, sondern lediglich Erläuterungen der Unterkriterien enthalten, zu welchen Punkten vorgetragen werden solle. Dies habe der Herstellung einer besonderen Transparenz gedient; die Antragsgegnerin habe hierdurch auf ausdrücklich nicht abschließende bewertungsrelevante Punkte hingewiesen, wozu sie auch verpflichtet sei, um insbesondere innovative Angebotsinhalte von Bietern berücksichtigen zu können. Die jetzt erstmalige Rüge widerspreche der in jedem Vergabeverfahren zu beachtenden vorvertraglichen Rücksichtnahmepflicht. Die Antragstellerin sei durch die Bewertung der Angebote nicht diskriminiert worden. Die Auswahl habe nicht auf sachfremden, unzutreffenden oder rechtsfehlerhaften Annahmen beruht. Alle Angebote seien anhand derselben Prüfungs- und Bewertungsmaßstäbe beurteilt worden, insbesondere auf Plausibilität. Zudem wäre die Antragstellerin auch bei Beibehaltung der ursprünglichen Gewichtung unterlegen, so dass sich die gerügten Fehler jedenfalls nicht zu Lasten der Antragstellerin ausgewirkt hätten.

II.

Nachdem die Parteien das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt haben, war über die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes zu entscheiden (§ 91a ZPO).

Danach waren der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, da anzunehmen ist, dass der Antrag der Antragstellerin auf Erlass der beantragten Verfügung zunächst zulässig und begründet war und sich erst durch Abschluss des Konzessionsvertrags erledigt hat.

1.

Es bestand der erforderliche Verfügungsgrund für die beantragte einstweilige Verfügung.

Ein Verfügungsgrund liegt vor, wenn die objektiv begründete Gefahr besteht, dass durch Veränderung des Status quo die Rechtsverwirklichung des Antragstellers mittels des im Hauptsacheprozess erlangten Urteils einschließlich dessen Vollstreckung vereitelt oder erschwert werden könnte (Drescher in: MüKo, ZPO, 4. Auflage, § 935 Rn. 15). Es kann dabei dahinstehen, ob die beantragte Verfügung als sog. Leistungsverfügung einzuordnen ist. Denn jedenfalls lagen auch deren Voraussetzungen vor. Diese setzt voraus, dass der Gläubiger dringend der sofortigen Erfüllung seines Anspruchs bedarf, die geschuldete Handlung so kurzfristig zu erbringen sein muss, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht mehr möglich erscheint und die dem Antragsteller aus

der Nichtleistung drohenden Nachteile schwerer wiegen und außer Verhältnis stehen zu dem Schaden, den der Antragsgegner erleiden würde (Musielak/Huber, ZPO, 11. Auflage, § 940, Rn. 14).

Diese Voraussetzungen lagen vor. Die Antragstellerin musste befürchten, dass sie sich dann, wenn es zum Abschluss des Konzessionsvertrags käme, gegenüber der Antragsgegnerin nicht mehr auf die - geltend gemachte - Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gemäß §§ 134 BGB, 19 GWB nF würde berufen können. Nach der genannten Entscheidung (BGH, aaO - KZR 66/12 - Rn. 103ff.) ist grundsätzlich ein Konzessionsvertrag nach § 46 EnWG, dessen Abschluss andere Bewerber im Sinne von § 20 GWB nF unbillig behindert, nichtig. Eine andere Beurteilung kommt aber dann in Betracht, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht genutzt haben. In diesem Fall muss die fortdauernde Behinderung im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden. Dies ist besonders in Betracht zu ziehen, wenn - in Anlehnung an § 101a GWB - die Gemeinde alle Bewerber um die Konzession über die beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Tage nach Absendung der Information schließt. Vorliegend war die Antragsgegnerin durch ihr Schreiben vom 1.10.2014 (Anlage ASt 7, Bl. 55 d.A.) entsprechend verfahren. Gemäß ihrer Zusage (Anlage ASt 10, Bl. 60 d.A.) drohte der Abschluss des Konzessionsvertrags 10 Kalendertage nach Akteinsicht, mithin ab dem 18.12.2014. Damit war die Antragstellerin nach der genannten Entscheidung des BGH gehalten, ihre Rechte zu wahren. In welcher Weise dies geschehen soll, ist in der Entscheidung des BGH nicht ausgeführt. Der Hinweis dürfte aber dahin zu verstehen sein, dass damit ein Antrag der unterlegenen Bieter auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemeint ist, mit der der Gemeinde, gestützt auf § 46 Abs. 1 EnWG, § 20 GWB nF, § 19 GwB aF i.V.m. § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB, der Abschluss des geplanten Konzessionsvertrags untersagt werden soll (OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.3.2014 - 6 U 68/13 -juris Rn. 66). Eine andere gerichtliche Wahrung der Rechte kam für die Antragstellerin nicht in Betracht, da es ihr nicht möglich gewesen wäre, einen Unterlassungstitel im Hauptsacheverfahren zu erwirken.

Das erforderliche Eilbedürfnis bestand für die Antragstellerin unter diesem Aspekt, auch wenn sie vorliegend nicht nur ein "einfacher" unterlegener Bieter, sondern der Altkonzessionär war, mit dem der bisherige Konzessionsvertrag bestand. Zwar wird zum Teil angenommen (vgl. OLG Karlsruhe, aaO Rn. 75ff.), dass der unterlegene Altkonzessionär im Fall eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot der § 46 Abs. 1 EnWG, §§ 19, 20 GWB auch dann nicht gehindert sei, die Nichtigkeit des fehlerhaft zustande gekommenen neuen Konzessionsvertrags geltend zu machen, wenn er seine Rechte im Eilverfahren nicht geltend gemacht habe. Denn der Altkonzessionär sei in besonderer Weise von der diskriminierenden Konzessionsentscheidung betroffen, da er nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG verpflichtet sei, seine für den Netzbetrieb notwendigen Verteilungsanlagen an den Neukonzessionär gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Allerdings stehen diese Erwägungen im Spannungsfeld zu dem dogmatischen Ausgangspunkt, den der BGH in seiner Entscheidung (aaO, KRZ 66/12) zugrunde gelegt hat (so auch OLG Karlsruhe, aaO Rn. 76). Aufgrund der damit bestehenden Rechtsunsicherheit kann auch für den Altkonzessionär das Bedürfnis auf Erlass der einstweiligen Verfügung nicht verneint werden.

Die Antragstellerin hat sich schließlich nicht in solcher Weise verhalten, dass anzunehmen wäre, ihr sei die Sache nicht eilig. Zwar waren ihr die Gründe, aus denen sie die Diskriminierung herleitet, zum Teil bereits durch den "ersten Verfahrensbrief vom 5.5.2014 (Anlage ASt 6, S. 49ff. d.A.) bekannt geworden. Auf das Verfahren der Konzessionsvergabe ist jedoch § 107 Abs. 3 GWB nicht anwendbar (BGH, aaO, KZR 66/12 Rn. 112). Auch durfte sich die Antragstellerin, nachdem sie durch Schreiben vom 1.10.2014 (Anlage ASt 7, Bl. 55 d.A.) erfahren hatte, dass nicht sie, sondern die Mitbewerberin den Zuschlag erhalten sollte, zunächst durch Akteneinsicht genauere Kenntnis verschaffen.

2.

Der Unterlassungsanspruch der Antragstellerin ergab sich vorliegend aus §§ 46 Abs. 1 EnWG, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nF, 33 Abs. 1 Satz 1 GWB. Gemeinden sind beim Abschluss energierechtlicher Konzessionsverträge Normadressaten der Verbotsvorschriften des GWB. Sie handeln hierbei als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts (BGH, Urteil vom 17.12.2013 - KZR 65/12 -, juris Rn. 17ff.; aaO - KZR 66/12 Rn. 18). Sie haben bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten eine marktbeherrschende Stellung. Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet eignen (BGH, aaO - KZR 65/12 Rn. 20; aaO - KZR 66/12 Rn. 21). Der betroffene Markt ist gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich; der Zugang zum Wegenutzungsrecht ist bereits dadurch eröffnet, dass die Gemeinden aufgrund der Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG fremde Unternehmen dazu aufzufordern haben, sich am Wettbewerb um die Konzession zu beteiligen (BGH, aaO - KZR 65/12 Rn. 23; aaO - KZR 66/12 Rn. 24).

Als Normadressaten des kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Behinderungsverbots sind Gemeinden nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB nF verpflichtet, im Auswahlverfahren zur Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte keinen Bewerber unter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ungerechtfertigt zu beeinträchtigen und ihn weder unbillig zu behindern noch zu diskriminieren. Die Missachtung der kartellrechtlichen Verbotsnormen führt zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags nach § 134 BGB (BGH, aaO, KZR 66/12 Rn. 101ff.).

Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin dadurch diskriminiert, dass sie das Vergabeverfahren nicht hinreichend transparent gestaltet hat.

Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Das Auswahlverfahren muss so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Entscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zu Gunsten des Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht (BGH, aaO - KZR 65/12 Rn. 44). Daher ergibt sich eine Pflicht zur Offenlegung aller vorgesehenen Entscheidungskriterien bereits vor Abgabe des Angebots, wobei eine solche im ersten Verfahrensbrief genügt (BGH, aaO - KZR 65/12 Rn. 46f; NJW 2007, 2184 [BGH 07.11.2006 - KZR 2/06]). Dies gilt auch für sog. Unterkriterien und für die Gewichtung der Kriterien und Unterkriterien (Senat, Beschluss vom 28.5.2013 - 11 Verg 6/13 -, juris Rn. 58ff. zur Vergabe nach VOL/A, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014, 2 (Kart) 3/13 n. st. Rspr.). Alle Bieter sollen bereits bei Abfassung der Angebote gleichermaßen vorhersehen können, worauf es dem Auftraggeber in besonderem Maße ankommt, um ihre Angebote entsprechend den Vorstellungen des Auftraggebers optimal gestalten zu können (Senat, aaO).

Gegen diese Pflichten hat die Antragsgegnerin verstoßen, indem sie die Gewichtung der in dem ersten Verfahrensbrief vom 5.5.2014 mitgeteilten Unterunterkriterien, wie sie jeweils als Spiegelstriche in der Bewertungsmatrix (Bl. 51 Rf. d.A.) jeweils unterhalb der einzelnen (gewichteten) "Untergruppen" aufgeführt sind, nicht mitgeteilt hat.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin handelt es sich bei den Wertungspunkten jedenfalls auch um Unterunterkriterien. Als Unterunterkriterien werden solche Kriterien verstanden, die die eigentlichen Zuschlagskriterien bzw. Unterkriterien genauer ausformen und präziser darstellen, worauf es dem Auftraggeber im Einzelnen ankommt (Senat, aaO Rn. 68). Ein Unterunterkriterium ist

anzunehmen, wenn es das Kriterium selbst nicht lediglich inhaltsgleich abbildet und umsetzt, sondern zusätzliche Gesichtspunkte aufnimmt, die dem Kriterium selbst nicht immanent sind oder dieses abwandelt.

Dies gilt hinsichtlich sämtlicher Untergruppen I bis V der Gruppe A, soweit nach der Matrix jeweils als Wertungspunkt berücksichtigt werden soll, in welchem Maß die Antragsgegnerin die Möglichkeit hat, auf die Einhaltung der jeweiligen Zusagen hinzuwirken, diese zu überwachen und zu sanktionieren. Zwar ist es nicht zu beanstanden, 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 etwa Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit des Netzbetriebs (BGH, aaO - KZR 66/12 - Rn. 52). Aus Sicht eines Bieters ist es aber den in der Matrix jeweils genannten Untergruppenmerkmalen (Sicherheit und Zuverlässigkeit des Netzbetriebs, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Umweltverträglichkeit und Effizienz) nicht immanent, dass die Antragsgegnerin Wert darauf legen würde, die Einhaltung der Zusagen erwirken, überwachen und sanktionieren zu können und hierzu an den jeweiligen Stellen besondere Ausführungen vorteilhaft wären. Die entsprechenden Wertungspunkte setzen daher das genannte Untergruppenmerkmal nicht lediglich um, so dass ihre Gewichtung im Einzelnen hätte mitgeteilt werden müssen. Der Vefahrensbrief hat den Bietern zwar mitgeteilt, dass diese Gesichtspunkte (Einwirkungs-, Kontroll- und Sanktionsmöglichkeit) untereinander im gleichen Maße berücksichtigt werden. Es fehlt aber eine Angabe, welches Gewicht diese Kriterien gegenüber den weiteren Wertungskriterien der jeweiligen Untergruppe haben.

Auch der Wertungspunkt "Systematik der Berechnung der Anschlusskosten und Baukostenzuschüsse" in der Gruppe A Untergruppe II "Preisgünstigkeit" stellt ein Unterkriterium dar. Insoweit wird der Bieter erwarten, dass bei der Auswahl insbesondere die von ihm prognostizierten Netznutzungsentgelte und ggf. noch die Höhe weiterer anfallender Kosten wie Anschlusskosten und Baukostenzuschüsse berücksichtigt werden. Dem genannten Kriterium ist aber nicht immanent, dass der Bieter auch die Systematik darlegen muss, auf deren Grundlage er die genannten Prognosen erstellt, um hierdurch der Antragsgegnerin eine Überprüfung der Berechnung zu ermöglichen.

Ein Unterkriterium stellt auch der Wertungspunkt "Telefon- und Internetservice an 365 Tagen des Jahres über 24 Stunden" der Gruppe A Untergruppe III "Verbraucherfreundlichkeit" dar. Zwar wird ein Bieter annehmen, dass hier berücksichtigt wird, dass und in welchem Umfang - ggf. auch in welcher örtlichen Entfernung oder ob auch telefonisch und/ oder per Internet - für die Verbraucher eine Erreichbarkeit des Unternehmens gewährleistet ist. Die genannte Angabe, nach der die Antragsgegnerin erwartete, dass das Unternehmen über Internet und Telefon täglich 24 Stunden das gesamte Jahr über erreichbar ist, setzt das Merkmal der Untergruppe nicht lediglich um, sondern geht darüber hinaus.

Dies gilt schließlich auch hinsichtlich der Wertungspunkte "Schaffung der netztechnischen Voraussetzungen für die dezentrale Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen" und "Koordinierungs- und Steuerungsfähigkeit von Elektrizitätserzeugung und -verbrauch (smart grid, smart meter)" hinsichtlich der Gruppe A Untergruppe IV "Umweltverträglichkeit/netzbezogener Beitrag zum Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien". Zwar dienen die genannten Maßnahmen der Umweltverträglichkeit und dem Ausbau erneuerbarer Energien und sind somit berücksichtigungsfähig (§§ 46 Abs. 3 Satz 5, 1 Abs. 1 EnWG). Dass die Antragsgegnerin jedoch speziell Wert auf die Möglichkeit der Einspeisung von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen und den Aufbau sog. intelligenter Stromnetze legt, geht über das genannten Merkmal der Untergruppe hinaus.

Die Antragstellerin war nicht mit dem Einwand, die fehlende Mitteilung der Gewichtung der Unterkriterien diskriminiere sie, präkludiert. Auf das Verfahren der Konzessionsvergabe ist - wie bereits unter 1. ausgeführt - § 107 Abs. 3 GWB nicht anwendbar (BGH, aaO, KZR 66/12 Rn. 112). Die von der Antragsgegnerin insoweit in Bezug genommene Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 9.1.2013 - VIII-Verg 26/12 -, juris) ist durch die genannten Ausführungen des BGH überholt.

Die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens wegen fehlender Gewichtung der Unterkriterien stellt eine unbillige Behinderung der Mitbewerber um die Konzessionsvergabe im Sinne von § 19 GWB nF dar. Eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist nur dann zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte (BGH, aaO KZR 66/12 Rn.99). Dies ist vorliegend nicht anzunehmen.

Soweit die Antragsgegnerin geltend macht, ein etwaiger Verfahrensfehler habe sich nicht ausgewirkt, da die Antragstellerin auch dann nicht den Zuschlag erhalten hätte, wenn sie die Gewichtung der Kriterien im ersten Verfahrensbrief vom 5.12.2013 beibehalten hätte, ist dem nicht zu folgen. Es kommt vorliegend alleine darauf an, ob das Zuschlagsunternehmen zweifelsfrei auch dann die Konzession erhalten hätte, wenn die Antragsgegnerin die Gewichtung der Unterunterkriterien mitgeteilt hätte. Dies macht die Antragsgegnerin selbst nicht geltend. Hiergegen spricht zudem, dass die unterlassene Mitteilung der Gewichtung der Unterunterkriterien im Abschnitt A unterblieb, in dem die Antragstellerin, die nur 14 Punkte hinter dem Gesamtergebnis des Zuschlagsunternehmens zurückblieb, den wesentlichen Punkteverlust erlitt, da sie dort lediglich 264 von 290 möglichen Punkten erzielte.

Da die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin bereits aus den genannten Gründen nicht diskriminierungsfrei erfolgt ist und mithin ein Verstoß gegen § 19 GWB nF, 46 Abs. 1 EnWG vorliegt, kann dahinstehen, ob die Auswahlentscheidung auch an den weiteren, von der Antragstellerin gerügten Mängeln leidet.

Der Streitwert war entsprechend der Angaben der Antragstellerin in der Antragschrift festzusetzen.