

**Digitale Abschrift**

**16 U 3/18 kart**

**14 HKO 154/17 Kart**

**Landgericht Kiel**

**Verkündet am: 25. Juni 2018**



## **Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht**

### **Urteil**

#### **Im Namen des Volkes**

**In dem einstweiligen Verfügungsverfahren**

**- Verfügungsklägerin und Berufungsklägerin -**

**- Prozessbevollmächtigte:**

**gegen**

**- Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte -**

**- Prozessbevollmächtigte:**

**hat der Kartellsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 2018 durch den Vorsit-**

zenden Richter am Oberlandesgericht Ortmann, den Richter am Oberlandesgericht Althoff und die Richterin am Landgericht Mardorf für Recht erkannt:

**Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das Urteil der Kammer für Handelsachen I des Landgerichts Kiel vom 22. Dezember 2017 unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert.**

**Die Verfügungsbeklagte wird im Wege der einstweiligen Verfügung verurteilt,**

**es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft bis zu 2 Jahren, zu unterlassen, das Verfahren zum Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 2 EnWG für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, auf der Basis der Verfahrensbriefe vom 14. September 2016 („1. Verfahrensbrief“) und 4. August 2017 („2. Verfahrensbrief“) fortzusetzen, soweit sie darin**

- **die Kriterien „Finanzausstattung“, „Sachausstattung“, „Personalausstattung“ und „Erfahrung als Netzbetreiber“ (A. I. 1. bis I.4. ihrer Bewertungsmatrix) im 2. Verfahrensbrief als Unterkriterien zur Untergruppe I „Versorgungssicherheit“ führt,**
- **das Kriterium „Sicherungsvorkehrungen zur Vermeidung von Schadensereignissen“ (A. I. 5. c) in den Erläuterungen im 2. Verfahrensbrief ohne Gewichtung in die Aspekte einer „rein netzbezogenen Ausstattung und sonstiger Sicherheitsvorkehrungen, wie z. B. Arbeitssicherheit o. ä.“ einerseits als auch einer „bedarfsgerechten Befriedigung der Nachfrage nach Energie im Konzessionsgebiet“ andererseits differenziert,**

- die Kriterien „sonstige Maßnahmen/Serviceleistungen zur Förderung der Verbraucherfreundlichkeit (III. 1 d) und „sonstige Umwelt- und Klimaschutzmaßnahmen“ (IV. 5.) ohne konkretere weitere Erläuterungen führt und sie
- das Kriterium „Sicherung von Anlagen bei Arbeiten an Versorgungsanlagen“ (B II. 5.) ohne nachvollziehbare Erläuterung denkbarer Inhalte unter den Kriterien für den erwarteten Konzessionsvertragsentwurf führt.

Im Übrigen wird der Antrag der Verfügungsklägerin vom 9. Oktober 2017 zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Verfügungsklägerin 2/3 und die Verfügungsbeklagte 1/3.

#### Gründe:

##### I.

Die Parteien streiten um Rügen, die die Verfügungsklägerin zum Verfahren der Vergabe eines neuen Wegenutzungsvertrags für das Stromnetz auf dem Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten ausgebracht hat, das gegenwärtig noch sie, die Verfügungsklägerin, betreibt.

Nach der Bekanntmachung des Auslaufens des Konzessionsvertrags zu Ende 2017 im Dezember 2015 ließ die Verfügungsbeklagte von ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten einen 1. Verfahrensbrief vom 14. September 2016 (Anlage ASt 2) erstellen, hinsichtlich dessen die Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 29. September 2016 (Anlage ASt 3) und – erneut nach Einführung der präklusionsbewehrten Rügeobliegenheit des § 47 EnWG – mit Schreiben vom 18. April 2017 (Anlage ASt 6) verschiedene Rügen ausbrachte. Mit Schreiben vom 4. August 2017 (Anlage ASt 7) ließ die Verfügungsbeklagte erklären,

man habe sich aufgrund der gesetzlichen Neuregelungen, der bislang ergangenen Rechtsprechung sowie der Rüge dazu entschieden, das laufende Konzessi-

onsverfahren den aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen anzupassen und damit der Rüge im Wesentlichen – mit Ausnahme der Kritik an der Abfrage der zukünftigen Netznutzungsentgelte und der unterlassenen Abfrage des Effizienzwertes sowie der Rüge der Intransparenz der Bewertungsmethode, der gegenüber die relative Bewertungsmethode für zulässig erachtet werde – abzuwehren.

In dem zweiten Verfahrensbrief vom selben Tage (Anlage ASt 8) hat sie mitgeteilt, sie habe

sich dazu entschlossen, eine modifizierte Fassung der Matrix, der Erläuterungen der Auswahlkriterien sowie der Bewertungsmethode dem laufenden Auswahlverfahren zugrunde zu legen. Die Matrix ist insgesamt transparenter gestaltet. Viele Kriterien sind bereits aus sich selbst heraus verständlicher dargestellt und aufgeschlüsselt. (...) Auch sind die Gewichtungen leicht angepasst worden. Die Erläuterungen sind in einer gesonderten Anlage zur Matrix aufgeführt. Diese enthalten Konkretisierungen, die entsprechend zu beachten sind.

Die Matrix im 1. Verfahrensbrief (Anlage ASt 2) umfasste 27 mit einzelnen Punkten belegte Kriterien. Nunmehr waren es 43 Punkte wie folgt:

<b>Hauptgruppe A „Erreichung der Ziele des § 1 EnWG“ (max. 700 Punkte)</b>				
<b>Untergruppe</b>	<b>Kriterium</b>	<b>Unterkriterium</b>	<b>Gewichtung/ Höchstpunktzahl</b>	
<b>I. Versorgungssicherheit (20%)</b>	<b>1. Finanzausstattung</b>		1/10	
	<b>2. Sachausstattung</b>		1/10	
	<b>3. Personalausstattung</b>		1/10	
	<b>4. Erfahrung als Netzbetreiber</b>		1/10	
	<b>5. Störungsvermeidung</b>	a) Zügige und wirksame Störungsbeseitigung		5/50
		b) Störungshäufigkeit, Ausfallzeiten und -dauer		5/50

		c) Sicherheitsvorkehrungen zur Vermeidung von Schadensereignissen	5/50
	8. Instandhaltungsstrategie		5/50
	7. Investitions- und Modernisierungsstrategie	a) Maßnahmen zur Steigerung der Versorgungssicherheit	2/20
		b) Konzept und Monitoring zur Entwicklung des örtlichen Netzes zu einem „intelligenten Netz“	2/20
II. Preisgünstige Energieversorgung (10%)	1. Zu erwartende NNE der Höhe und Struktur nach	a) Haushaltskunden	3/30
		b) Gewerbekunden	3/30
		c) Industriekunden	2/20
	2. Netzanschlusskosten		1/10
	3. Baukostenzuschüsse		1/10
III. Verbraucher- freundliche Energieversorgung (10%)	1. Netzservice vor Ort	a) Standortnahe Betreuung sowie Erreichbarkeit	2/20
		b) Beschwerdemanagement	2/20
		c) Telefon- und Internetservice	2/20
		d) Sonstige Maßnahmen/Serviceleistungen zur Förderung der Verbraucherfreundlichkeit	2/20
	2. Dauer der Herstellung eines Netzanschlusses für Haushaltskunden		2/20
IV. Umweltverträgliche Energieversorgung (10%)	1. Zeitnahe Einbindung von EEG-Anlagen und KWK-Anlagen		3/30
	2. Netzbezogener Beitrag zum Ausbau und der Nutzung Erneuerbarer Energien		3/30

	3. Umweltverträglicher Netzbetrieb		2/20
	4. Umweltverträgliche Netzerrichtung		1/10
	5. Sonstige Umwelt- und Klimaschutzmaßnahmen		1/10
V. Effiziente Energieversorgung (12%)	1. Maßnahmen und Gewährleistung zur Steigerung der Kosteneffizienz		6/60
	2. Effiziente Ressourcennutzung	a) Maßnahmen zur Minimierung der Verlustenergie	3/30
		b) Maßnahmen zur Förderung der Netzeffizienz	3/30
<b>Hauptgruppe B „Belange der örtlichen Gemeinschaft“ (max. 300 Punkte)</b>			
<b>Untergruppe</b>	<b>Kriterium</b>	<b>Unterkriterium</b>	<b>Gewichtung/Höchstpunktzahl</b>
1. Konzessionsabgabenabrechnung und weitere zulässige Leistungen (7 %)	1. Abschlagszahlungen sowie zeitnahe Schlussabrechnung		4/40
	2. Verwaltungskostenbeiträge		2/20
	3. Wegenutzungsentgelt nach Vertragsende		1/10
II. Baumaßnahmen (11 %)	1. Pflicht zur Berichterstattung und Abstimmung mit der Stadt bei Baumaßnahmen		3/30
	2. Folgekosten		3/30
	3. Beseitigung stillgelegter Anlagen		2/20
	4. Verpflichtung zur Gewährleistung der Oberflächenwiederherstellung		2/20

	5. Sicherung von Anlagen- bei Arbeiten an Versor- gungsanlagen		1/10
III. Kündigungsrechte und Rechtsnachfolge sowie Übertragung von Netzeigentum während der Ver- tragslaufzeit (5%)	1. Sonderkündigungsrechte		2/20
	2. Zustimmungsvorbehalte der Gemeinde		2/20
	3. Change-of-Control- Klausel		1/10
IV. Sonstige wesentliche Ver- tragsregelungen (7%)	1. Endschaftsregelungen		2/20
	2. Auskunftsverpflichtungen zum Netz und dessen Entwicklung während der Vertragslaufzeit		2/20
	3. Haftungsregelung		1/10
	4. Entflechtungsregelungen		1/10
	5. Auskunftsrechte bei Be- endigung des Vertrages		1/10
			<b>1000</b>

Der Punkt 4 (Auswahlverfahren) werde, wie sie angegeben hat, „aufgehoben und neu gefasst“. Im vorigen Verfahrensbrief Nr. 1 hatte es geheißen, dass

die Zuordnung der jeweiligen Punktstufe vergleichsweise unter den Angeboten auf Basis der im Vorhinein bzw. im Laufe des Verfahrens von der gefassten Erwartungen zu den einzelnen Kriterien und (Unter-)Unterkriterien erfolgt mit der Maßgabe eines von 10 bis 0 Punkten beschriebenen Grades der Entsprechung von Angebot und Anforderungen.

Nunmehr sollte gelten:

Die wird ihre Auswahlentscheidung ausschließlich anhand der von ihr beschlossenen Auswahlkriterien unter Berücksichtigung Ihrer Gewichtung treffen. Diese sind samt Gewichtung der beigefügten Bewertungsmatrix (Anlage) zu entnehmen. (...)

Die Indikativen Angebote werden nach Einreichung objektiv ausgewertet. Jedes Kriterium und Unterkriterium wird mit einer Punktzahl zwischen 0 und 10 Punkten bewertet und anschließend mit der angegebenen Gewichtungszahl multipliziert.

(...).

Bei der Auswertung bekommt dasjenige Angebot die volle Punktzahl, das im Vergleich zu anderen Angeboten das jeweilige Auswahlkriterium am besten erfüllt. Die übrigen Angebote erhalten in Bezug auf das im jeweiligen Kriterium bzw. Unterkriterium beste Angebot eine entsprechende niedrigere Punktzahl, die der qualitativen Abweichung des Angebots zum besten Angebot entspricht. Das bedeutet:

- Solche Angebote, welche im Verhältnis zum besten Angebot bezogen auf das jeweilige Kriterium qualitativ nur geringfügig abweichen, erhalten eine Punktzahl auf der jeweils zu vergebenden Punkteskala im oberen Drittel der Skala (7 bis 9);
- solche Angebote, welche im Verhältnis zum besten Angebot bezogen auf das jeweilige Kriterium qualitativ mehr als nur geringfügig abweichen, aber noch nicht in erheblichem Maße abweichen, erhalten eine Punktzahl auf der jeweils zu vergebenden Punkteskala im mittleren Drittel der Skala (4 bis 6);
- solche Angebote, welche im Verhältnis zum besten Angebot bezogen auf das jeweilige Kriterium qualitativ im erheblichen Maße abweichen, erhalten eine Punktzahl auf der jeweils zu vergebenden Punkteskala im unteren Drittel der Skala (1 bis 3);
- solche Angebote, welche inhaltlich keine Aussage zum jeweiligen Kriterium enthalten, werden mit 0 Punkten bewertet.

Jede Punktzahl, auch die von 10, kann von mehreren Bewerbern erreicht werden, wenn diese im Vergleich zueinander gleichwertig (was ausdrücklich nicht gleichbedeutend mit inhaltsgleich sein muss) sind“.

Hierauf brachte die Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 21. August 2017 (Anlage ASt 9) verschiedene Bedenken vor zu Aspekten der „Überschreitung der Grenzen eines zulässigen Ideenwettbewerbs“, zu Auswahl und Gewichtung der Kriterien, zur Intransparenz der Bewertungsmatrix und schließlich zur Intransparenz der Bewertungsmethode, wobei sie (S. 27f.) in letzterer Hinsicht



geltend machte, die Bewertungssystematik lasse in Verbindung mit den offenen Kriterien nicht erkennen, wie die Höchstpunktzahl oder eine Bewertung im oberen Drittel, geschweige denn im oberen Bereich der Punktespanne zu erreichen sei; es sei völlig unklar, nach welchem Maßstab ein Angebot qualitativ nur geringfügig abweiche und wann mehr.

Unter dem 26. September 2017 (Anlage ASt 11) teilte die Verfügungsbeklagte dazu mit, dass sie die in dem Schreiben formulierten „Bedenken“ nicht als erneute Rüge auffasse. Daran hielt sie auch im Schreiben vom 2. Oktober 2017 (Anlage ASt 14) fest, in dem sie allerdings des Weiteren angab, man teile die dortige Auffassung in rechtlicher Hinsicht nicht.

Mit ihrem am 10. Oktober 2017 angebrachten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat die Antragstellerin begehrt, der Verfügungsbeklagten die Fortführung des Verfahrens strafbewehrt zu untersagen, weil sie, die Verfügungsklägerin, dadurch diskriminiert werde, namentlich da, wovon sie ausgehe, die , eine 100%ige Tochter der Verfügungsbeklagten, die gegenwärtig das Gasnetz der . betreibt, sich an dem Verfahren beteiligen werde (Bl. 3).

Die Maßgaben des 2. Verfahrensbriefes, so hat sie weiter geltend gemacht, überschritten (1.) die Grenzen eines „Ideenwettbewerbes“: Die habe – woran sie sich nicht gehalten habe – dreistufig zwischen Leistungsbeschreibungen (= Zielen), Eignungskriterien (wie der wirtschaftlichen, technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit) und Zuschlagskriterien (die hier weitgehend durch den Zweck des Wettbewerbs um die Netze als der Grad der Gewähr für einen Netzbetrieb im Sinne der Ziele des § 1 EnWG vorgegeben seien). zu unterscheiden (Bl. 17ff.). Ein Ideenwettbewerb sei – weiter - in Ansehung der örtlichen Belange unzulässig (hier könne die Stadt selbst sagen, was sie wolle) und auch im Übrigen nur insoweit zulässig, als die für die einzelnen Elemente der Leistungsbeschreibung entwickelten Zuschlags-/Auswahlkriterien auf die Qualität der „Ideen“ abstelten; das könne aber nur im Hinblick auf abgefragte Betriebskonzepte so sein; die Zuschlags-/Auswahlkriterien müssten aber auch

auf die personelle und sachliche Ausstattung sowie die Kompetenz der Bewerber abstellen (Bl. 21).

Daneben sei (2.) die Bewertungsmatrix fehlerhaft: Sie vermische unzulässig Elemente der funktionalen Leistungsbeschreibung (wie die Unterkriterien zu den Zielen des § 1 EnWG) mit Eignungskriterien und Zuschlags-/Auswahlkriterien (wie der Finanz-, Sach- und Personalausstattung) (Bl. 22). Auch seien die Hauptgruppen gegeneinander fehlerhaft gewichtet (Bl. 23), ferner auch die in der Hauptgruppe A angeführten Ziele des § 1 EnWG: Ohne die Aspekte der Finanz-, Sach- und Personalausstattung (I.1. – I.4.), die nicht das Ziel der sicheren Versorgung konkretisierten, liege das Gewicht der Versorgungssicherheit unter den mindestens erforderlichen 25 % (Bl. 23). Ferner sei die in § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG neben der Versorgungssicherheit als zentrales Ziel hervorgehobene Kosteneffizienz sowohl wegen der Beschränkung auf die gerade für ineffiziente Bewerber besonders leicht zu erfüllende „Steigerung“ der Kosteneffizienz (V.1.) als auch durch die zu geringe Gewichtung mit nur 6% nicht angemessen berücksichtigt. Das Gleiche gelte für das Ziel der Effizienz insgesamt mit nur 12 % (Bl. 23).

Weiter sei (3.) die Bewertungsmatrix intransparent. Die Eröffnung und Überprüfung eines fairen, unverfälschten Wettbewerbes könne nur sichergestellt werden, wenn die nachgefragten Leistungen, die Eignungskriterien sowie die Zuschlags-/Auswahlkriterien und deren Gewichtung offengelegt würden. Das misslinge der Verfügungsbeklagten bei nahezu allen Kriterien und deren Erläuterungen. Namentlich fehlten Angaben zu dem Maßstab, anhand dessen die geforderten Angaben bewertet werden sollten (Bl. 25ff.).

Schließlich sei (4.) die Bewertungsmethode aus den schon erwähnten Gründen (vgl. S. 7 u.) intransparent (Bl. 48).

Die Verfügungsbeklagte hat geltend gemacht, bei dem Schreiben der Verfügungsklägerin vom 21. August 2017 handele es sich schon nicht um ein Rügeschreiben. Füglich seien die jetzt ausgebrachten Rügen gemäß § 47 Abs. 1

EnWG präkludiert; denn sie habe im 2. Verfahrensbrief vom 4. August 2017 nicht etwa die Auswahlkriterien und deren Gewichtung *neu* aufgesetzt, sondern dem Auswahlverfahren lediglich eine *modifizierte* Fassung der Bewertungsmatrix zugrunde gelegt (Bl. 60), sodass die Verfügungsklägerin spätestens am 23. August 2017 einen Antrag bei Gericht habe anbringen müssen (Bl. 61). Würde jede bloße Modifikation eine neue Rügefrist auslösen können, würde die Kommune den Vorstellungen der Bieter hinterherlaufen müssen mit der Folge, dass ein an Ihren Vorstellungen ausgerichtetes Auswahlverfahren nicht mehr würde möglich sein.

Im Übrigen hat sie Ihr Vorgehen in der Sache verteidigt. Die (1.) Auswahlkriterien sowie die Erläuterungen hierzu stellten die an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG ausgerichtete und seitens der Gemeinde nachgefragte Leistung dar; weiterer Differenzierungen bedürfe es nicht (Bl. 69). Des weiteren (2. und 3.) orientiere sich ihr Kriterienkatalog am Musterkriterienkatalog des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg und dem Hinweispapier der Landeskartellbehörde Schleswig-Holstein, an welchem letzteren die Verfügungsklägerin selbst mitgearbeitet habe, so dass sich nicht erschließe, aus welchem Grund sie diese nunmehr nicht mehr anerkennen wolle (Bl. 70ff.). Die Bewertungsmatrix entspreche sämtlichen Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren (Bl. 78 ff.), und es sei (4.) schließlich auch die Bewertungsmethode zulässig und transparent (Bl. 103).

Das Landgericht hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2017 mit dem angefochtenen Urteil den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Zwar sei die Verfügungsklägerin mit ihren Rügen – mit Ausnahme derjenigen der Transparenz der Bewertungsmethode, der bereits mit Schreiben vom 4. August 2017 nicht abgeholfen worden sei – nicht ausgeschlossen; durch den 2. Verfahrensbrief habe die Verfügungsbeklagte das Verfahren zur Fehlerbehebung zurückgesetzt, sodass etwaige Rechtsverletzungen erneut hätten gerügt werden können. Indes seien der Verfügungsbeklagten keine Verfahrensfehler

vorzuwerfen. Die Erfüllung der Kriterien der Ziele des § 1 EnWG werde mit 70 % angemessen bewertet, das fundamentale Kriterium der Versorgungssicherheit herausgehoben mit 28 %. Im Rahmen des Letzteren sei es zulässig, als Unterkriterien Finanz-, Sach- und Personalausstattung zu bilden, weil es sich dabei um Anforderungen handele, die für die Zuverlässigkeit des Betreibers und damit für die Versorgungssicherheit von Bedeutung seien; sie seien mit jeweils 1 % auch ausreichend bewertet, weil eine Prüfung der nach § 4 EnWG vorzunehmenden grundsätzlichen Zuverlässigkeit der Bewerber damit nicht ersetzt werde.

Die Transparenz der Auswahlkriterien sei im Rahmen einer zulässigen sog. funktionalen Beschreibung der Aufgabenerfüllung gegeben. Eine Gemeinde dürfe sich darauf beschränken, Zielvorgaben – freilich im Rahmen des gesetzlich Zulässigen – zu machen, für deren Erreichung die Bieter dann Maßnahmen im Sinne eines Ideenwettbewerbs vorzuschlagen hätten. Dabei müsse sie auch im Rahmen der Erläuterung keinen Hinweis darauf geben, ob ihr ein Element besonders wichtig erscheine; denn dadurch könne der Wettbewerb gezielt gesteuert und im Übrigen konstruktiven Vorschlägen der Bewerber der Boden entzogen werden. Die im Gewichtungskatalog aufgeführten Kriterien seien für den fachkundigen Bewerber verständlich und bildeten eine sachgerechte Grundlage für die Erstellung der Angebote.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Verfügungsklägerin, die ihren erstinstanzlichen Antrag wiederholt.

Sie macht geltend, keine ihrer Rügen sei verfristet, auch nicht die der intransparenten Ausgestaltung der relativen Bewertungsmethode. Das Landgericht habe übersehen, dass die Verfügungsbeklagte ihre frühere Rüge nur insoweit zurückgewiesen habe, als diese sich auf die relative Bewertungsmethode als solche bezogen habe, während sie die konkrete Ausgestaltung ebenso neu gestaltet habe wie die Bewertungsmatrix (Bl. 152f.).

Was die vom Landgericht zugelassenen Rügen angehe, so habe es Ihre Ausführungen zur Überschreitung der Grenzen des Ideenwettbewerbes schlicht übergangen; diese würden daher hier erneut geltend gemacht (Bl. 154f.).

Festgehalten werde auch an der Rüge der fehlerhaften Gewichtung der Hauptgruppen. Die Belange der örtlichen Gemeinschaft dürften nur nachrangig im Sinne eines echten Rangverhältnisses herangezogen werden (Bl. 156). Auch sei die Versorgungssicherheit untergewichtet, weil die Verfügungsbeklagte Elemente einer (funktionalen) Leistungsbeschreibung mit Zuschlags-/Auswahlkriterien vermenge. Wann der BGH (im Stromnetz Berkenthin-Urteil) verlange, dass die Netzsicherheit mit mindestens 25 % der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten sei, so beziehe sich diese Aussage auf die funktionale Leistungsbeschreibung und nicht etwa auf die den einzelnen Leistungszielen zugeordneten Zuschlags-/Auswahlkriterien. Es sei deshalb systematisch verfehlt, Elemente der Leistungsbeschreibung (hier etwa die Störungsbeseitigung) auf eine Ebene mit Zuschlags-/Auswahlkriterien wie die Ausstattung und die Kompetenz zu stellen (Bl. 156f.). Aufrechterhalten werde auch die – vom Landgericht ebenfalls übergangene – Kritik der Mindergewichtung der Kosteneffizienz (Bl. 158).

Was des Weiteren die Bewertungsmatrix angehe, so verkenne das Landgericht, dass bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die Zuschlagskriterien klar erkennen lassen müssten, nach welchen Maßstäben die Gemeinde die Ideen beurteilen wolle. Insoweit müsse die Verfügungsbeklagte auch Hinweise darauf geben, wenn ihr ein Element der Erläuterungen besonders wichtig erscheine (Bl. 159). Zu seiner Bewertung, der Gewichtungskatalog sei für jeden fachkundigen Bewerber verständlich, habe das Landgericht im Einzelnen keinerlei Feststellungen getroffen (Bl. 160).

Intransparent sei auch die Bewertungsmethode. Die Verfügungsbeklagte habe ein Punkteschema eingeführt, welche auf das Maß der qualitativen Abweichung zum besten Angebot abstelle. Dabei sei völlig unklar, nach welchen Kriterien die Qualität der Angebote im Hinblick auf das konkrete Zielkriterium bewertet werden solle (Bl. 160).

Die Verfügungsklägerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Verfügungsbeklagte im Wege der einstweiligen Verfügung zu verurteilen,

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung Ordnungshaft bis zu 2 Jahren, zu unterlassen, das Verfahren zum Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 2 EnWG für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, auf der Basis der Verfahrensbriefe vom 14. September 2016 („1. Verfahrensbrief“) und 4. August 2017 („2. Verfahrensbrief“) fortzusetzen.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Das Landgericht habe allerdings zu Unrecht angenommen, dass die Verfügungsklägerin ihre Rügeobliegenheiten teilweise eingehalten habe. Diese habe bereits auf die nur modifizierte Fassung des Verfahrensbriefs hin gerichtlich vorgehen müssen. Sie, die Verfügungsbeklagte, habe das Verfahren nicht „zurückgesetzt“, sondern den Rügen der Verfügungsklägerin nur teilweise abgeholfen (Bl. 194ff.). Würde durch jede Abhilfe eine neue Rügefrist in Gang gesetzt, würde den Bietern die Möglichkeit gegeben, neue Rügen vorzutragen. Unklar sei dann, wie zu verfahren sei, wenn mehrere Bieter inhaltlich voneinander abweichende Rügen vorbrächten; die Kommune dürfe dann keiner Rüge abhelfen, wenn das Ziel, nach jedem Verfahrensschritt mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten, erreicht werden solle. Erst bei Nichtabhilfe seien die Bieter angewiesen, gerichtlich vorzugehen. Anders könne es nur sein, wenn die verfahrensleitende Stelle selbst kommuniziere, dass sie das Verfahren zurücksetze (Bl. 197). Lese

man § 47 Abs. 5 EnWG (wonach gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen gerichtlich geltend gemacht werden können) so, dass für den nicht abgeholffenen Teil bereits ein Antrag bei Gericht gestellt werden müsse, wohingegen für den anderen Teil zunächst wieder die außergerichtliche Rügefrist in Gang gesetzt werde, so würde das dazu führen können, dass parallele Verfahren rechtshängig würden. Das würde für die Gemeinden eine große zeitliche und finanzielle Belastung darstellen. Ein Bieter müsse daher schon dann gerichtlich vorgehen, wenn die Abhilfe der Gemeinde seiner Meinung nach nicht ausreichend sei (Bl. 197ff.).

In der Sache treffe das Landgericht in jeder Hinsicht das Richtige (Bl. 202ff.).

## II.

Die Berufung hat teilweise Erfolg, § 513 Abs. 1 ZPO.

Die Verfügungsklägerin kann verlangen, dass die Verfügungsbeklagte die Fortsetzung des Vergabeverfahrens in seiner derzeitigen Ausgestaltung unterlässt, §§ 46, 47 EnWG, 935, 940 ZPO. Ein – allerdings verhältnismäßig geringer – Teil ihrer Rügen erweist sich als berechtigt.

### A.

Zunächst sind die Rügen der Verfügungsklägerin, wie das Landgericht – allerdings zu Unrecht eine noch zu erörternde Rüge ausnehmend – weitestgehend zutreffend befunden hat, nicht verfristet, § 47 EnWG.

Danach kann jedes beteiligte Unternehmen eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nur geltend machen, soweit es diese gerügt hat (Abs. 1). Die Rüge ist – binnen bestimmter Fristen – in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen (Abs. 2). Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen (Abs. 4). Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15

Kalendertagen ab Zugang der Information nach Absatz 4 vor den ordentlichen Gerichten geltend machen (Abs. 5).

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes – „eine Rechtsverletzung“ – ist die Einhaltung der Rüge- und Klagefristen für eine jede ausgebrachte Rüge gesondert zu bestimmen und nicht etwa, wie die Verfügungsbeklagte will, darauf abzustellen, ob einem Bündel von Rügen insgesamt oder nur teilweise abgeholfen worden ist. Daraus folgt, dass für rügebedingte Modifizierungen (Teil-Abhilfen) die Fristen für Rügen erneut zu laufen beginnen. Entsprechend bestimmt § 47 Abs. 5 EnWG, dass – natürlich: konkrete einzelne - Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abgeholfen hat, fristgerecht gerichtlich geltend zu machen sind.

Bei solcher Lesart bleibt das Verfahren auch handhabbar. Aus der schriftlich vorgebrachten Rüge lässt sich deren Stoßrichtung ersehen, aus der Antwort der Gemeinde, ob sie der konkreten einzelnen Rüge abgeholfen hat oder nicht. Dann ist gut entscheidbar, ob die Klagefrist – für die jeweilige Rüge – zu laufen beginnt oder nicht. Die Eröffnung einer weiteren Rügefrist für Punkte, denen die Gemeinde aus ihrer Sicht (und nach ihren Ausführungen in ihrer Entscheidung nach § 47 Abs. 4 EnWG) abgeholfen hat, ist sachgerecht. Denn durch die Modifikation werden neue Gehalte in das Verfahren eingeführt, über deren Richtigkeit sich sinnvoll neu streiten lässt. Nur, wenn man die jeweils vereinzelt Kritik „abarbeitet“, lässt sich auch gewährleisten, dass – worauf gerade die Verfügungsbeklagte abstellt – die Ausschreibung *ihren* Vorstellungen entsprechen soll; damit ist es nicht gut vereinbar, einen Bieter schon dann zur Klage zu zwingen, wenn das modifizierte Verfahren nicht in toto *seinen* ursprünglichen Vorstellungen entspricht. Soweit daraus für unterschiedliche Rügen unterschiedliche Fristen resultieren, führt das auch nicht zu unlösbaren prozessualen Problemen und auch nicht zu unzuträglichen zeitlichen und finanziellen Belastungen: Angesichts der knappen Fristen, die § 47 EnWG vorsieht, werden sich - und das zeigen auch die Erfahrungen des Senats mit verschiedenen bislang anhängigen Vergabeverfahren- die Rügen vorprozessual zumeist rasch abarbeiten lassen, und Verzögerungen resultieren dabei eher daraus, dass die



anwältlich vertretene Gemeinde sich mit der Bearbeitung der Rügen biswellen erheblich mehr Zeit lässt, als sie das Gesetz dem Bieter für die Anbringung und Durchsetzung seiner Rügen gewährt. Dagegen ziehen sich – ebenfalls erfahrungsgemäß – die gerichtlichen Verfahren regelmäßig ein wenig hin, dies zumal dann, wenn sich die unterlegene Partei (wie die hiesige Verfügungsklägerin) zum Rechtsmittel entschließt. Es ist dann gut möglich und auch prozessual sinnvoll, das schon auf erste Rügen gestützte Begehren, das Verfahren in der bisherigen Form nicht weiterzuführen, auch auf die später klagereif gewordenen Aspekte zu erstrecken; dazu, dass das möglich wird, kann namentlich die Gemeinde selbst maßgeblich beitragen, indem sie die gegen Ihre Modifikationen ausgebrachten Rügen rasch bescheidet. Schließlich ist es auch kein Problem der Normen des § 47 EnWG, dass es zu Misslichkeiten kommen kann, wenn verschiedene Bieter unterschiedliche Rügen ausbringen; abgesehen davon, dass dies nach den bisherigen Erfahrungen des Senats ein eher theoretischer Fall ist, kann diesem Sonderproblem durch eine Verbindung von Verfahren zu einheitlicher Entscheidung Rechnung getragen werden.

Hier hat die Verfügungsbeklagte auf die Rügen der Verfügungsklägerin aus dem Schreiben vom 18. April 2017 (Anlage ASt 6) mit Schreiben vom 4. August 2017 (Anlage ASt 7) dahin reagiert, dass man sich aufgrund der gesetzlichen Neuregelungen, der bislang ergangenen Rechtsprechung sowie der Rüge dazu entschieden hat, das laufende Konzessionsverfahren den aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen anzupassen und damit der Rüge im Wesentlichen abzu- helfen. Dem folgt eine partielle Zurückweisung einzelner Punkte, nämlich der Kritik an der Abfrage der zukünftigen Netznutzungsentgelte und der unterlassenen Abfrage des Effizienzwertes sowie der Rüge der Intransparenz der Bewertungsmethode, der gegenüber die relative Bewertungsmethode für zulässig erachtet wird. Nur für diese drei zurückgewiesenen Rügen lief hernach die Klagefrist des § 47 Abs. 5 EnWG. Für die „modifikationshalber“ neu eingeführten Elemente und das insgesamt veränderte „Ausschreibungsdesign“ liefen dagegen neu die vorprozessualen Rügefristen des § 47 Abs. 2 EnWG.

Selbst wenn man das – mit der Verfügungsbeklagten – sehen wollte, wäre das Ergebnis kein anderes. Denn auch diese meint, dass die Fristen des § 47 Abs. 2 EnWG neu liefen, wenn die verfahrenslitende Stelle selbst kommuniziere, dass sie das Verfahren zurücksetze (Bl. 197), und genau so liegt es, wenn es in dem Schreiben vom 4. August 2017 (Anlage ASt 7) heißt, man habe sich dazu entschlossen, der Rüge der Verfügungsklägerin im Wesentlichen abzuhefen. Daran durfte sich die Verfügungsklägerin orientieren.

**B.**

In der Sache greift ein – wenn auch insgesamt nur geringer – Teil der Rügen der Verfügungsklägerin durch. Das von der Verfügungsbeklagten gewählte „Design“ des Vergabeverfahrens erweist sich in einigen Hinsichten als nicht völlig bedenkenfrei.

Gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG dürfen solche Verträge höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Nach § 46 Abs. 3 EnWG haben die Gemeinden den durch Zeitablauf notwendig gewordenen Neuabschluss eines solchen Vertrages öffentlich bekannt zu machen. Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet; unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden; bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen, § 46 Abs. 4 EnWG. Weitere inhaltliche Vorgaben enthält das Gesetz nicht.

Der Bundesgerichtshof hat den Vorgängervorschriften, die allein die Verpflichtung der Gemeinde auf die Ziele des § 1 EnWG (und also u.a. noch nicht den Zusatz zur Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft) enthielt, sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die

Auswahlentscheidung der Gemeinde entnommen (Urteile vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, – Stromnetz Heiligenhafen, juris Rn 43ff.; KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, juris Rn 34ff.).

Das Auswahlverfahren muss danach so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Nur dann ist gewährleistet, dass diese Entscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das daraus folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden; außerdem ist die Gewichtung der Kriterien offenzulegen, damit die Bewerber erkennen können, wie die einzelnen Kriterien die Entscheidung beeinflussen.

In der Sache ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an den Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren, also an der Gewährleistung einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas. § 1 Abs. 1 EnWG vereint 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 Teilnahme der Gemeindeglieder an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen. Zulässig sind dabei auch Auswahlkriterien, die qualitative Eigenschaften und Unterschiede der Angebote bei Netzbetrieb und Netzverlegung bewerten (BGH, Stromnetz Heiligenhafen, juris Rn 49; Stromnetz Berkenthin, juris Rn 49).

Die Gemeinden dürfen bei der Auswahlentscheidung im gesetzlich zulässigen Rahmen auch ihre eigenen Interessen verfolgen (BGH, Stromnetz Heiligenhafen, juris Rn 52f.). Dabei ist zu beachten, dass mit einer Konstellation, in der ei-

ne gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen der Gemeinde und einem Anbieter besteht, in besonderem Maße die Gefahr des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde und der Verletzung der gesetzlichen Vorgaben für die Bewertungskriterien bei der Konzessionsvergabe verbunden ist (BGH, Stromnetz Berkenthin, Rn 53).

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 eine Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (BGH, Stromnetz Berkenthin, Rn 55).

Nach diesen Vorgaben ist das Vergabeverfahren der Verfügungsbeklagten nicht in jeder Hinsicht zu billigen.

#### 1. „Überschreitung der Grenzen“ des Ideenwettbewerbes

Die unter diesem Stichwort vorgebrachten Rügen der Verfügungsklägerin gehen fehl.

Wie der Senat schon wiederholt entschieden hat (Urteil vom 13. Juli 2017, 16 U 32/17 Kart, S. 18f., Hinweisbeschlüsse vom 19. September 2017, 16 U 68 Kart bis 16 U 88 Kart, S. 4f.), ist im Rahmen der Vergabe von Wegennutzungsrechten eine ergebnisoffene („funktionale“) Ausschreibung statthaft: Bei der Ausgestaltung der Kriterien steht der Gemeinde ein Entscheidungsspielraum zu. Im Hinblick auf den vom Gesetzgeber selbst mit dem „Wettbewerb um die Netze“ nicht zuletzt verfolgten Zweck eines Ideenwettbewerbes darum, wie die vom Gesetz vorgegeben Ziele im Einzelnen am besten zu erreichen sind, ist eine funktionale Ausschreibung, die ergebnisoffen Ziele vorgibt, wenn nicht sogar als geboten, so doch jedenfalls als zulässig anzusehen. Das darf unterdes - spätestens nach dem Urteil des BGH vom 4. April 2017, VI ZB 3/17 – als allgemein anerkannt gelten. Das nimmt auch die Verfügungsklägerin (vgl. etwa Berufungsbeurteilung S. 5, Bl. 155) so hin.

Die Verfügungsbeklagte hat sich, was die hier in Rede stehende „grobe“ Ausgestaltung des – von ihr (2. Verfahrensbrief, Anlage ASt 8, S. 3) ausdrücklich ausgeschriebenen – Ideenwettbewerbs angeht, an die durch das Gesetz und die höchstrichterliche Rechtsprechung vorgezeichneten Grenzen gehalten.

a)

So ist es im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung von Rechts wegen *nicht* erforderlich, dass, wie es die Verfügungsklägerin verlangt, dreistufig zwischen Leistungsbeschreibungen, Eignungskriterien und Zuschlagskriterien unterschieden werden muss und Kriterienkatalog und Bewertungsmethode das jeweils so zum Ausdruck bringen müssten.

Die Konzessionsvergabe-Richtlinie (Richtlinie 2014/23/EU), aus der die Verfügungsklägerin (Bl. 123f.) das herleiten will, ist auf das vorliegende Vergabeverfahren nicht anzuwenden; sie gilt nach ihrem Art. 1 Abs. 1 für die Vergabe zur Beschaffung im Wege von Bau- oder Dienstleistungskonzessionen. Dort mag zwischen (1.) technischen und funktionellen Anforderungen, (2.) einer qualitativen Bewertung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bewerber und schließlich (3.) Zuschlagskriterien streng unterschieden werden müssen. Für die Vergabe von Wegerechten nach § 46 EnWG ist indes „nur“ erforderlich, dass die Bieter erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt (s.o. vor 1.). Dem kann bereits dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass aus den vorgegebenen Zielen (nämlich denen des § 1 EnWG einerseits und den Belangen der örtlichen Gemeinschaft andererseits) entwickelte Unterkriterien aufgestellt werden und diese dann - auch das freilich erfordert ein transparentes Verfahren: - ihrer Bedeutung entsprechend gewichtet werden. Im Rahmen des Ideenwettbewerbs versteht es sich von selbst, dass die einzelnen Zielkriterien und Unterkriterien die jeweils nachgefragte („funktionale“) Leistung darstellen und dass die Bewertung der Angebote – dies die vermissten Zuschlagskriterien – danach erfolgt, inwieweit diese die vergleichsweise beste Gewähr für die Erreichung des jeweiligen Ziels bieten. Bei einer solchen qualitativen Bewertung ist – ebenso selbstverständlich

– auch jeweils mit zu berücksichtigen, ob der jeweilige Bieter nach seinen Mitteln zur Umsetzung des angebotenen Konzepts auch tatsächlich in der Lage ist. Zu weit geht es aber wie die Verfügungsklägerin (BB S. 7, Bl. 157) zu verlangen, dass für jede einzelne Anforderung der funktionalen Leistungsbeschreibung personelle und sachliche Ausstattung, Kompetenz und Betriebskonzept als die vom BGH vermeintlich vorgegebenen Zuschlags-/Auswahlkriterien im Vorhinein konkretisiert und gewichtet werden. Es ist auch gar nicht zu erkennen, wie das konkret überhaupt umsetzbar sein könnte. Allemaal würde dadurch das Vergabeverfahren übermäßig formalisiert und erschwert, und es würde zudem – da die tatsächliche Möglichkeit der Umsetzung des jeweils angebotenen Konzepts stets mitzudenken ist – für eine qualitativ überzeugende Auswertung auch nichts gewonnen. Woraus die Verfügungsklägerin (BB S. 5, Bl. 155) ableiten will, dass die Verfügungsbeklagte anders zu verfahren gedenke, sich insbesondere allein auf die Bewertung der Ideen bzw. Konzepte beschränken wolle, erschließt sich bei verständiger Lektüre des Katalogs nicht.

b)

Nicht berechtigt ist auch die Rüge der Verfügungsklägerin (Bl. 20), ein mit einer funktionalen Methode verbundener, offener Ideenwettbewerb sei im Hinblick auf das zweite Hauptkriterium (der Rücksichtnahme auf die Belange der örtlichen Gemeinschaft) unzulässig, weil die Gemeinde auf das Know-how der Bieter nicht angewiesen sei und die von ihr angestrebte Regelung ohne Weiteres selbst darlegen könne. Das trifft nicht.

Auch bei einer vertraglichen Gestaltung gibt es Spielräume, deren Ausfüllung, wie der Senat etwa aus dem (um den konkreten Zuschlag geführten) Verfahren 16 U 110/17 Kart weiß, der Auftraggeber im Sinne eines Wettbewerbes mit Gewinn den Bietern überlassen kann. Das betrifft – dort – etwa die Formulierung der Informations- und Beteiligungsrechte der Stadt, aber auch eine Reihe von Dokumentations- und Leistungspflichten, z.B. bei der Wiederherstellung von Oberflächen oder beim etwaigen Netzübergang. Anhaltspunkte dafür, dass dabei das von Gesetzes wegen zulässige Maß überschritten würde, vermag der

Senat hier nicht zu erkennen und hat er auch in dem genannten Verfahren nicht zu erkennen vermocht.

## 2. Bewertungsmethode

Fehl geht auch die Rüge der vermeintlichen Intransparenz der Bewertungsmethode.

a)

Die Verfügungsbeklagte hat sich für eine qualitative Bewertung der Angebote entschieden. Das ist schon im 1. Verfahrensbrief (Anlagen ASt 2) deutlich geworden, in dem es hieß:

Die Angebote werden in vergleichender Betrachtung zu den übrigen Angeboten bewertet. Daher erfolgt die Zuordnung aus der Punkteskala relativ in Anbetracht der übrigen Angebote.

Dass es dabei auf die maximale Zielerfüllung ankommt, ergibt sich ausdrücklich aus dem 2. Verfahrensbrief, in dem es heißt:

„Bei der Auswertung bekommt dasjenige Angebot die volle Punktzahl, das im Vergleich zu den anderen Angeboten das jeweilige Auswahlkriterium am besten erfüllt.“

Zunächst ist die Anwendung dieser sog. relativen Bewertungsmethode die logische Folge (und praktische Konsequenz) einer ergebnisoffenen Ausschreibung: Wenn die Gemeinde selbst die ihr erst zu unterbreitenden Ideen noch nicht kennt und auch selbst naturgemäß das Know-how zur überlegenen Entwicklung der Vielzahl der abzufragenden Konzepte nicht hat, so versteht sich von selbst, dass nicht schon im Vorhinein vorhergesehen und fest bestimmt werden kann, bei welcher genauen Angebotsgestaltung bei einem Kriterium oder Unterkriterium die volle Punktzahl zu vergeben sein wird. Das wird vielmehr erst bei Vorliegen aller Angebote und nach deren Auswertung im Hinblick auf die einzelnen angeführten Bewertungsgesichtspunkte möglich sein, und zwar dahin, dass, wie es in allen dem Senat bekannten gewordenen Ausschreibungen vorgesehen ist, das vergleichsweise beste Angebot die höchste Punktzahl erhält. Dass das

zulässig ist, hat der Senat bereits wiederholt (In den Hinweisschlüssen vom 19. September 2017, 16 U 68/17 Kart – 16 U 88/17 Kart, S. 5) entschieden; es entspricht auch der Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil vom 4. April 2017, VI ZB 3/17, juris Rn 46 für das Vergabeverfahren für Postdienstleistungen, wonach die Unterlegung der erzielbaren Noten bzw. Punkte mit konkretisierenden Informationen zu den näheren Erwartungen der Auftraggeberin auf ein partiell anderes Vergabeverfahren hinausliefe). Dem Senat erschließt sich daher ungeachtet wiederholter Lektüre die Auffassung des von der Verfügungsklägerin regelmäßig (und auch hier) für sich reklamierten OLG Karlsruhe (Urteil vom 3. April 2017, 6 U 151/16, juris Rn 129) nicht, dass sich im Falle der Anwendung der relativen Bewertungsmethode „im Vorhinein bestimmen lassen muss, welchen Erfüllungsgrad (Zielerreichungsgrad) die Angebote bei den jeweiligen Unterkriterien aufweisen, um das beste Angebot mit dem höchsten Erfüllungsgrad und die darauf zu machenden Abschläge für die schlechteren Angebote ermitteln zu können“. Der Satz erscheint als unverständlich und damit letztlich auch als falsch: Bei einer ergebnisoffenen Ausschreibung ist es weder praktisch sinnvoll noch auch nur theoretisch denkbar, eine finale Bewertungsskala bereits im Vorhinein zu entwerfen; so etwas geht nur, wenn man das als eindeutig richtig geltende Ergebnis bereits vorher kennt. Zu Recht hat die Verfügungsklägerin dementsprechend auch die im 1. Verfahrensbrief vorgesehene Bewertung „auf der Basis der im Vorhinein bzw. im Laufe des Verfahrens von der Stadt gefassten Erwartungen“ kritisiert und hat ebenfalls zu Recht die Verfügungsbeklagte sich von dieser Beschreibung „verabschiedet“.

b)

Vor diesem Hintergrund (der - deshalb ist der Aspekt hier entgegen der Reihenfolge der Verfügungsklägerin hier vorgezogen - auch noch für ihre Kritik an der Auslegung und Erläuterung der einzelnen Kriterien von Belang ist) geht die auf die neue Erläuterung der Bewertungsmethode im 2. Verfahrensbrief bezogene Rüge der Verfügungsklägerin fehl.

Sie rügt insoweit (Bl. 48f., 160f.) noch, dass die dort angegebenen Maßgaben nicht hinreichend verständlich seien und insbesondere unklar sei, wie das Maß



der qualitativen Abweichung gebildet werden solle. Die Bewertungssystematik in Verbindung mit den offenen Kriterien lasse nicht erkennen, wie die Höchstpunktzahl oder eine Bewertung im oberen Drittel, geschweige denn im oberen Bereich der Punktespanne zu erreichen sei; es sei völlig unklar, nach welchem Maßstab ein Angebot qualitativ nur geringfügig abweiche und wann mehr.

Diese Rüge ist allerdings nicht, wie das Landgericht gemeint hat, präkludiert; denn insoweit bringt die Verfügungsklägerin nicht etwa eine bereits abschlägig beschiedene Rüge erneut vor, sondern rügt neu, was die Verfügungsbeklagte, nach eigener Diktion die Maßgaben des 1. Verfahrensbriefes zum Auswahlverfahren *aufhebend und diese neu fassend*, im 2. Verfahrensbrief neu eingeführt hat, nämlich die Unklarheit der Vergabe der Punkte nach dem Grad der qualitativen Abweichung. Die Rüge ist indes unberechtigt.

Aus der neuen Darstellung im 2. Verfahrensbrief (Anlage ASt 8, wiedergegeben oben S. 8) wird hinreichend deutlich, dass es im Kern um eine vergleichende qualitative Bewertung der Angebote geht. Das versteht sich schon daraus, dass für die Bestbewertung der vergleichsweise höchste Grad der Zielerreichung maßgeblich sein soll. Dabei lässt sich, wie schon ausgeführt, schlechterdings im Vorhinein nicht bestimmen, was für die Erreichung der Höchstpunktzahl notwendig und/oder hinreichend ist. Logischerweise lässt sich dann auch nicht angeben, was ein Angebot zu enthalten oder nicht zu enthalten hat, das eine abgestufte Bewertung erhält. Es ist jeweils eine Frage der – freilich entsprechend extensiv zu begründenden – Bewertung im Einzelfall, welcher Abstand bei dem einzelnen Kriterium für die weniger guten Bieter angemessen ist. Aus den Erläuterungen der Verfügungsbeklagten ergibt sich genügend, dass offensichtlich eine graduelle Abstufung gemeint und gewollt ist; wie diese Abstufung im Einzelfall ausfällt, lässt sich verständigerweise eben nur in einer konkreten qualitativen Auswertung der Angebote feststellen, die durch allgemeine Bewertungsmaßstäbe angeleitet ist: Besseres ist besser, Schlechteres ist schlechter, gleich Gutes ist gleich zu bewerten; geringfügige Abweichungen haben geringfügige Abzüge zur Folge, mehr als nur geringfügige erheblichere, erhebliche Abweichungen drastische. Mehr kann man dazu im Voraus nicht sagen.

### 3. Bewertungsmatrix

Was die nähere „Anlage“ der Bewertungsmatrix, insbesondere die verschiedenen Gewichtungen angeht, so erscheint eine der vier insoweit ausgebrachten Rügen der Verfügungsklägerin als berechtigt.

a)

Unberechtigt ist allerdings die Rüge, dass das „Verhältnis der Hauptgruppen“ (Schreiben vom 21. August 2017, Anlage ASt 9, S. 3/4) bzw. die Gewichtung der Ziele nach § 1 EnWG mit 70 % und der Belange der örtlichen Gemeinschaft mit 30 % fehlerhaft sei.

Die Verfügungsbeklagte war insbesondere nicht gehalten, die Auswahlkriterien so anzulegen, dass, wie die Verfügungsklägerin will, die kommunalen Belange nur nachrangig im dem Sinne zu berücksichtigen sind, dass sie überhaupt nur dann heranzuziehen sind, wenn sich nach einer Auswertung im Hinblick auf die Ziele des EnWG „kein Sieger“ ergeben hat (weil es, wie es im Rügeschreiben heißt, nicht sein könne, dass ein Betreiber, der in erster Hinsicht obsiegt, im Ergebnis wegen eines höheren Punkteabstands in der Hauptgruppe B unterliege).

Wenn nach der eingangs angeführten Rechtsprechung des BGH (Stromnetz Heiligenhafen, Rn 36) die Auswahl des Netzbetreibers *vorrangig* an Kriterien auszurichten ist, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren, so ist damit nicht eine von der Verfügungsklägerin gewünschte gleichsam „grundbuchliche“ Rangordnung gemeint, sondern vielmehr lediglich, dass den energiewirtschaftlichen Kriterien das *größere* Gewicht beizumessen ist und den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die allerdings *auch* berücksichtigt werden dürfen, *geringerer* Rang zukommt. Nur damit ist es vereinbar, wenn es etwa (Stromnetz Berkentin, Rn 49) heißt, dass zulässig auch Auswahlkriterien sind, die qualitative Eigenschaften und Unterschiede bei Netzbetrieb und Netzverlegung bewerten und dass die Gemeinde durch die konkreten Kriterien und deren Gewichtung ihren Auftrag zur Daseinsvorsorge erfüllen kann. Die Erfül-

lung dieses Auftrags wäre praktisch nicht möglich, wenn man zu diesen Aspekten nur in dem höchst unwahrscheinlichen Fall vordränge, dass über hunderte von Punkten die Bewerber bei den energiewirtschaftlichen Kriterien genau gleichauf liegen.

Diese Auslegung entspricht im Übrigen allgemeinem Verständnis (vgl. etwa OLG Celle, Urteil vom 17. März 2016, 13 U 141/16, Rn 42ff. mit Hinweisen auf die Musterkriterienkataloge etwa der Niedersächsischen Landeskartellbehörde oder des Ministeriums für Umwelt-, Klima- und Energiewirtschaft des Landes Baden-Württemberg; vgl. auch etwa das Hinwelspapier der Landeskartellbehörde für Energie des Landes Schleswig-Holstein sowie den gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom 21. Mai 2015 sowie schließlich die Hinweisbeschlüsse des Senats vom 19. September 2017, 16 U 68/17 Kart – 16 U 88/17 Kart, S. 4ff.). Das von der Verfügungsbeklagten gewählte Verhältnis von 70 : 30 bezeichnet der eben erwähnte gemeinsame Leitfaden (Rn 32) zu Recht als „safe harbour“.

b)

Zu Recht allerdings rügt die Verfügungsklägerin, dass die Matrix unzulässig Elemente vermische.

In der Bewertungsmatrix werden unter dem Ziel Versorgungssicherheit zunächst (I. 1. bis I. 4.) als Kriterien die Finanzausstattung, die Sachausstattung, die Personalausstattung und die Erfahrung als Netzbetreiber abgefragt und mit jeweils mit 1 % gewichtet. Es folgt das Kriterium Störungsvermeidung (15 %), sodann Instandhaltungsstrategie (5 %) und schließlich Investitions- und Modernisierungsstrategie (4 %).

Das erscheint als verfehlt. Tatsächlich liegen die erstgenannten vier Kriterien nicht auf derselben Ebene wie die letztgenannten drei. Nur bei den letzten Dreien handelt es sich um ausdifferenzierte Unterkriterien zu dem vorgegebenen Hauptziel der Versorgungssicherheit. Die Aspekte der Finanz-, Sach- und Personalausstattung sowie die Erfahrung als Netzbetreiber mögen generelle Eig-

nungskriterien darstellen, die man vorab abfragen kann, um festzustellen, ob es sich überhaupt um einen seriösen Bewerber handelt (das Landgericht siedelt sie daher bei der gesonderten Prüfung der allgemeinen Zuverlässigkeit nach § 4 EnWG an); insoweit werden die Aspekte allerdings weniger praktische Bedeutung haben, weil sich kaum „bloße Phantasiebewerber“ (so der Vortrag der Gemeinde in einem früheren Verfahren des Senats) an den Vergabeverfahren beteiligen werden, die so ausgeschlossen werden. Wohl sinnvoller handelt es sich um Aspekte, die, wie schon zu 1. a) ausgeführt, bei einer jeden qualitativen Bewertung der jeweils angebotenen Betriebskonzepte stets mitzudenken sind; sie sind dann in der schon oben beschriebenen Weise gleichsam „mitlaufende“ Beurteilungskriterien für die Gewähr der Zielerreichung bei den jeweiligen einzeln abgefragten Leistungen/Zielen.

In der einen wie der anderen Perspektive eignen sich die Aspekte indes nicht gut zur Operationalisierung des Ziels der Versorgungssicherheit. Denn Ausstattung und Erfahrung spielen zwar *auch*, aber eben keinesfalls *ausschließlich* bei der Versorgungssicherheit eine Rolle, sondern können auch bedeutsam sein, wenn es um die konkrete Bewertung von Konzepten und Plänen für eine verbraucherfreundliche Versorgung (etwa das Beschwerdemanagement oder den Kommunikationsservice), für die umweltverträgliche Versorgung (etwa die Qualität der Einbindung regenerativer Energieanlagen oder einen allgemein umweltverträglichen Netzbetrieb) oder schließlich für Maßnahmen der Effizienz geht.

Danach liegt in der Anlage der Matrix der Verfügungsbeklagten ein systematischer Bruch. Die derartig ausgelegte Matrix muss als sachlich verfehlt erscheinen und ist deshalb für ein sachgerechtes Vergabeverfahren nicht geeignet.

Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass ein solches Vorgehen sowohl im Baden-Württembergischen Musterkriterienkatalog als auch im Hinweispapier der Landeskartellbehörde für Energie Schleswig-Holstein vorgeschlagen worden ist. Diese Kataloge sind nicht verbindlich und stehen unter dem Vorbehalt der Überprüfung durch die Rechtsprechung. Diese dürften sich darin bestätigt

gesehen haben, dass der BGH (in der Stromnetz Berkenthin-Entscheidung, Rn 38) davon gesprochen hat, dass im Vergabeverfahren „derjenige (neue) Netzbetreiber ermittelt werden solle, der *nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept* am besten geeignet sei, beim Netzbetrieb eine sichere (usw.) Versorgung (...) zu gewährleisten“. Das kann man so lesen, dass Ausstattung, Kompetenz und Betriebskonzept auf einer Ebene liegen sollen. Bei näherer Betrachtung erweist sich das aber als nicht richtig und darf deshalb verständigerweise nicht als eine „Bauanleitung“ für einen konkreten Kriterienkatalog gelesen werden.

c)

Damit ist indes nicht zugleich auch schon die daran anschließende Rüge der Verfügungsklägerin berechtigt, die Verfügungsbeklagte habe die Versorgungssicherheit nicht mit den „mindestens erforderlichen 25 %“ gewichtet.

Zwar trifft zu, dass, wenn man die Aspekte der Ausstattung und der Erfahrung abzieht, lediglich noch ein Anteil von 24 % für den Aspekt der Versorgungssicherheit verbleibt, der, wie sich schon aus der Fassung des § 1 Abs. 1 EnWG ergibt, das erstgenannte und damit wichtigste energiewirtschaftliche Ziel darstellt. Damit ist aber noch nicht ausgemacht, dass die Gewichtung wirklich verfehlt wäre.

Anders als die Verfügungsklägerin will, hat der BGH keineswegs fest ausgesprochen, dass die Versorgungssicherheit mit mindestens 25 % der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten sei. Ausgesagt hat er (in der Stromnetz Berkenthin-Entscheidung, Rn 84) lediglich, dass der sichere Netzbetrieb von fundamentaler Bedeutung sei und bei der Bewertung angemessen berücksichtigt werden müsse. Insoweit könne der Musterkriterienkatalog Baden-Württemberg eine *Orientierungshilfe* bieten, der die Netzsicherheit mit mindestens 25 % der möglichen Gesamtpunktzahl gewichte. Daraus lässt sich das Diktum eines verbindlichen Mindestwert von 25 % schwerlich ableiten. Zum einen umfasst, wie schon erwähnt, auch der Baden-Württembergische Kriterienkatalog unter dem Aspekt der Netzsicherheit gerade eben auch die Finanz-, Sach- und Personal-

ausstattung und die Erfahrung als Netzbetreiber (was nach der hier vertretenen Auffassung das Gewicht der Kriterien der Netzsicherheit erheblich schwächt, dies zumal, wenn man – wie dort - die Ausstattung mit maximal 30 % und die Erfahrung mit maximal 25 % der vorgeschlagenen insgesamt 25 bis 35 Prozentpunkte für die Netzsicherheit gewichten wollte). Zum anderen heißt es in der BGH-Entscheidung (a. a. O.) weiter, dass der Musterkriterienkatalog keine verbindliche Vorgabe enthalte; allein die (im dortigen Fall) um demgegenüber mehr als den Faktor 4 niedrigere Gewichtung (von letztlich nur 10 von 170 Punkten für die Versorgungssicherheit) hat der BGH für unzulässig erachtet.

Nach all dem wird man nicht sagen können, dass eine Gewichtung von 24 % sachwidrig wäre. Indessen hat sich im Anschluss an die BGH-Entscheidung eine mindestens 25 %ige Bewertung der Versorgungssicherheit in den Kriterienkatalogen so weit durchgesetzt, dass die Verfügungsbeklagte erwägen möge, bei der Neuauflage der Matrix eine entsprechende Anhebung vorzunehmen; das Herausfallen der Eignungskriterien gäbe dazu genügend Spielraum .

d)

Fehl geht schließlich auch die Kritik, die Verfügungsbeklagte habe Effizienzgesichtspunkte fehlerhaft gewichtet.

Die Verfügungsbeklagte hat den nach der Versorgungssicherheit noch verbleibenden vier in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zielen folgende Gewichtung beigemessen: Preisgünstigkeit 10 % (= 14 % von 70), Verbraucherfreundlichkeit 10 % (= 14 % von 70), Umweltverträglichkeit 10% (= 14 % von 70) und schließlich Effizienz 12 % (= 17 % von 70). Dabei hat sie in letzterer Hinsicht Maßnahmen zur Gewährleistung und Steigerung der Kosteneffizienz mit 6% und eine (noch weiter aufgeschlüsselte) effiziente Ressourcennutzung mit den übrigen 6% gewichtet. Das ist nicht zu beanstanden.

Soweit die Verfügungsklägerin rügt, das Kriterium V. 1. beschränke sich fehlerhaft auf eine gerade für ineffiziente Bewerber besonders leicht zu erfüllende Steigerung der Kosteneffizienz, beruht das augenscheinlich auf einem – aller-

dings durch den bloßen Wortlaut nahe gelegten – Missverständnls. Das Kriterium muss richtig nicht „Maßnahmen *und* Gewährleistung *zur* Steigerung der Kosteneffizienz“ lauten, sondern vielmehr „Maßnahmen *zur* Gewährleistung *und* Steigerung der Kosteneffizienz“ (H.v.S.). Es sind bei der Formulierung lediglich das „und“ und das „zur“ vertauscht worden. Das ergibt sich ganz eindeutig aus der Erläuterung (Anlage zur Bewertungsmatrix Strom, S. 8) in der es heißt, die Stadt verlange von den Bietern eine Darlegung geeigneter Maßnahmen und Standards *zur Sicherstellung und Steigerung der Kosteneffizienz*. Danach geht es bei dem Kriterium sowohl darum, die gegenwärtige Kosteneffizienz - die mit hin inzident abgefragt wird – sicherzustellen, als auch um deren Steigerung in der Zukunft. Damit wird sowohl auf den Ist-Zustand als auch die zukünftige Entwicklung abgestellt. Das ist im Hinblick darauf, dass es um einen Konzessionsvertrag mit einer Laufzeit von 20 Jahren geht, sicherlich nicht unangemessen.

Sachlich ohne Weiteres plausibel ist es auch, unter dem Aspekt der Effizienz neben der Kosteneffizienz (also sozusagen der Aufwandsseite) auch nach der betrieblichen Effizienz (also gleichsam der Leistungsseite) zu fragen.

Nicht zu beanstanden ist schließlich auch die Gewichtung der Effizienz mit insgesamt 12 % (bzw. 17 % der 70 %, die für die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG zu vergeben sind). Nach den Vorgaben des Gesetzes müssen alle genannten Ziele angemessen berücksichtigt werden. Es ist nicht unangemessen, sondern vielmehr gut vertretbar, wenn die nach der herausgehobenen Bewertung der Versorgungssicherheit verbleibenden Punkte relativ gleichmäßig auf die weiteren Kriterien verteilt werden mit der Maßgabe, dass dabei der Effizienz das relativ größte Gewicht zukommt. Weder aus dem Gesetz noch aus der Sache ergibt sich ein Anhaltspunkt dafür, dass hier zwingend anders zu gewichten wäre.

#### 4.(In-)Transparenz der Auswahlkriterien

Zu einem – wenn auch nur geringen – Teil berechtigt sind auch die Rügen zur mangelnden Transparenz der Auswahlkriterien.

a)

Fehl geht allerdings die allgemeine Kritik, dass bei der funktionalen Leistungsbeschreibung die Zuschlagskriterien nicht hinreichend klar erkennen ließen, nach welchen Maßstäben die Verfügungsbeklagte die Ideen beurteilen wolle.

Die Auswahlkriterien müssen, wie schon eingangs ausgeführt, so gefasst und gestaltet werden, dass die interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung ankommt. Das ist hier im Allgemeinen der Fall. Die von der Verfügungsbeklagten angelegten Kriterien sind für einen fachkundigen Bieter praktisch selbsterklärend, dies zumal unter Heranziehung der dazu jetzt noch gegebenen Erläuterungen. Dem Senat ist aus einem anderen Verfahren (erneut: 16 U 110/17 Kart) bekannt, dass die Verfügungsklägerin auch durchaus in der Lage ist, auf der Grundlage eines ausdifferenzierten Katalogs von Zielvorgaben umfassende und detaillierte Angebote zu machen, die jeweils die nachgefragten Punkte sachlich treffen.

b)

Verfehlt ist insoweit auch die Rüge, die Verfügungsbeklagte müsse besondere Hinweise darauf geben, wenn ihr ein Element der Erläuterung besonders wichtig erscheine.

Zutreffend hat das Landgericht (U 10) dazu bemerkt, dass ein solcher Hinweis tatsächlich untunlich sei, weil dadurch zum einen der Wettbewerb gezielt gesteuert und zum anderen konstruktiven Vorschlägen der Bewerber der Boden entzogen werden könne. Es ist auch insoweit – erneut – eine Frage der sachgerechten Auswertung der Angebote und ggf. deren gerichtlichen Nachvollzugs, ob den dann herangezogenen qualitativen Unterscheidungsmerkmalen die dann jeweils beigemessene Bedeutung plausiblerweise zukommt oder nicht. Im Vorhinein auch nur näherungsweise zu bestimmen, „nach welchen Maßstäben die Verfügungsbeklagte beurteilen will, ob und in welchem Maße die Angebote geeignet sind, das jeweilige Ziel zu erreichen“ (Antragsschrift S. 28/29), ist, wie schon ausgeführt, mit einem ergebnisoffenen Ideenwettbewerb nicht vereinbar, und der effektive Schutz vor „einer willkürlichen und/oder diskriminierenden An-



gebotsauswertung" (Bl. 29) liegt in einem entsprechend strengen ggf. gerichtlichen Nachvollzug der im Einzelnen zu dokumentierenden und begründenden Auswahlentscheidung (vgl. dazu ausführlich das Urteil des Senats vom 16. April 2018, 16 U 110/17 kart, S. 23ff.)

Kriterien sind danach nur dann zu beanstanden, wenn sich nicht ersehen lässt, worauf sie jeweils sachlich überhaupt zielen. Problematisch sind ferner Kriterien, die sachlich voneinander verschiedene Unterkriterien zusammenfassen; in einem solchen Fall – aber auch nur in einem solchen – ist anzugeben, wie die disparaten Aspekte untereinander gewichtet werden sollen.

Dies vorausgeschickt, gilt in Ansehung der einzelnen Kriterien das Folgende:

#### (1.) Finanzausstattung

Zu diesem Aspekt sind nähere Erwägungen an sich schon deshalb nicht mehr erforderlich, weil dieses Kriterium, wie schon ausgeführt, im Rahmen der Beurteilung der Gewähr für die Versorgungssicherheit systematisch deplatziert ist.

Die Frage der Finanzausstattung hat sinnvollerweise eine Frage der generellen Eignung bzw. ein mitlaufender Aspekt bei der Bewertung des Bieterkonzepts zu den jeweils einzelnen Leistungskriterien zu sein. Dann müsste die Verfügungsbeklagte, woran sich die Verfügungsklägerin durchaus mit einigem Recht stößt, auch nicht eigens ausführen, dass es nicht auf die absolute Höhe des Stamm- oder Eigenkapitals, sondern darauf ankomme, das Ausfallrisiko des zukünftigen Konzessionärs weitgehend auszuschließen. Vor dem Hintergrund, dass ein Ausfallrisiko (das *freilich*, was die Verfügungsklägerin noch wissen will, das Insolvenzrisiko bezeichnet) bei einem Netzbetreiber praktisch zu vernachlässigen ist, schimmert in der Erläuterung, was nachvollziehbar die Verfügungsklägerin verstimmt, wohl in der Tat in gewisser Weise die „Absicht durch, die Aussichten der eigenen Stadtwerke auf die begehrte Konzession zu fördern“ (Antragsschrift S. 29), indem man die – annehmbar überlegene – Ausstattung der Verfügungsklägerin schon im Ansatz nivelliert.

**(2.) Sachausstattung**

Hier gilt im Ergebnis dasselbe wie zur vorigen Ziffer, wobei auch hier anzumerken ist, dass die Erläuterung, dass es um eine für die Größe des Versorgungsgebietes „angemessene“ Sachausstattung gehen soll, ebenfalls den Gedanken aufkommen lässt, es solle bei der Bewertung die erwartbar überlegene Sachausstattung der Verfügungsklägerin relativiert werden.

**(3.) Personalausstattung**

Es gilt dasselbe wie vor, ebenfalls mit der Maßgabe, dass der auch hier in den Erläuterungen enthaltene Hinweis, es gelte bei der Anzahl der Mitarbeiter, das „Gebot der ‚Verhältnismäßigkeit‘ und der ‚schonende Umgang mit Ressourcen‘ schon fast ein wenig ärgerlich stimmen muss.

**(4.) Erfahrung als Netzbetreiber**

Auch dieses Kriterium ist, wie schon zu 2. ausgeführt, im Rahmen einer sachgerechten Gewichtungsmatrix fehlplatziert.

Insoweit bestehen allerdings entgegen den Rügen der Verfügungsklägerin keine wirklichen Unklarheiten. Die Erfahrung als Netzbetreiber lässt sich in sachlicher, personeller und zeitlicher Hinsicht, also in den klassischen Sozialdimensionen, verständlich beschreiben. Das ist nicht weiter erläuterungsbedürftig.

**(5.) Zügige und wirksame Störungsbeseitigung**

Das Kriterium ist entgegen der Rüge der Verfügungsklägerin nicht unklar.

Nach den Erläuterungen verlangt die Stadt von den Bietern eine Darlegung geeigneter Maßnahmen und Standards zur Gewährleistung einer wirksamen Störungsbeseitigung. Angestrebt werde eine möglichst rasche Behebung mit der Folge einer nur kurzen Versorgungsunterbrechung. Darzulegen sind die Prozessabläufe für die Störungsbeseitigung.

Die Konzepte der jeweiligen Bieter lassen sich ohne weiteres – und ohne dass die Verfügungsbeklagte besondere Eignungskriterien aufführte oder ein konkretes Störungsszenario vorgäbe – durch die Bieter darstellen. Es kann auch kein Zweifel daran bestehen, dass, wonach die Verfügungsklägerin allerdings fragt, dabei Angaben nicht nur zur Zügigkeit, sondern auch zum *Umfang der Versorgungsunterbrechung* bzw. der dagegen dem Bieter zu Gebote stehenden Maßnahmen gefordert und sinnvoll sind; das versteht sich schon aus dem Merkmal der *wirksamen* Störungsbeseitigung.

(6.) Störungshäufigkeit, Ausfallzeiten und -dauer

Insoweit ergibt sich entgegen der Frage der Verfügungsklägerin (Bl. 33) zunächst ganz eindeutig, dass die SAIDI-Werte der letzten drei Jahre erbeten werden. Leicht missverständlich ist, dass dann die BNetzA-veröffentlichten Gesamtwerte für die Jahre 2013, 2014 und 2016 angegeben werden (2016 wohl versehentlich statt 2015). Gleichwohl kann (und wird) jeder Bewerber vorsorglich die Werte der letzten vier Jahre seit 2013 angeben oder könnten, wenn die verschiedenen Bieter Angaben zu differierenden Jahren machen, im Auswahlverfahren die etwa bei einem von Ihnen noch „fehlenden“ Jahre nacherfragt werden.

Dass die Punktevergabe nach einem im Voraus nicht zu bestimmenden Maß der Abweichungen der Angebote voneinander bestimmt wird, ist, wie schon oben zu 2. ausgeführt, selbstverständlich und rechtfertigt eine Rüge nicht. Nur zu begrüßen (und nicht etwa unklar) ist des Weiteren, dass in den Erläuterungen darauf hingewiesen wird, dass die Gelegenheit besteht, Ausfallzeiten in Ausnahmesituationen zu rechtfertigen. Davon hat in einem anderen Verfahren des Senats (16 U 110/17 Kart) die Verfügungsklägerin in ihrem Interesse (nämlich angesichts einer mehrstündigen Unterbrechung) auch ohne einen solchen Hinweis von sich aus Gebrauch gemacht – wo soll das sachliche Problem eines Hinweises liegen?

Wie ein Angebot zu bewerten ist, dass keinen SAIDI-Wert ausweisen kann, ist keine Frage der Auswahlkriterien, sondern eine der Begründung der Auswahlentscheidung.

**(7.) Sicherheitsvorkehrungen zur Vermeidung von Schadensereignissen**

Dieses Kriterium erscheint allerdings unklar.

Nach der Erläuterung werden allgemeine Maßnahmen und Standards zur Aufrechterhaltung einer sicheren Versorgung im Konzessionsgebiet abgefragt, wobei es um eine ausreichende und nachhaltige Aufrechterhaltung der Pflege der Netzinfrastruktur mit dem Ziel einer bedarfsgerechten Befriedigung der Nachfrage nach Energie im Konzessionsgebiet gehen soll.

Das erscheint nicht ganz verständlich. Bei unbefangener Lektüre kann man den Eindruck gewinnen, dass mit dem Verweis auf „sowohl die rein netzbezogene Ausstattung als auch auf sonstige Sicherheitsvorkehrungen, wie z. B. Arbeitssicherheit o. ä.“ auf die Sicherheit gegen die Schädigung von Sachen und Personen abgestellt werden soll, ein Aspekt, den keines der anderen Kriterien abfragt. Das passt allerdings nicht gut zusammen mit der weiter angeführten „bedarfsgerechten Befriedigung“, die eher, wenn nicht auf die Effizienz, so doch auf die Sicherstellung durchgängiger Leistung abzielt. Wenn beides abgefragt wird, ist das Gewicht des jeweiligen Einzelaspektes – wie hier nicht – anzugeben. Mit der Einlassung der Verfügungsbeklagten, dass das Kriterium ausschließlich vor dem Hintergrund der Versorgungssicherheit zu betrachten sei (Bl. 88), ist nichts gewonnen.

**(8.) Instandhaltungsstrategie**

Dieses Kriterium ist nicht unklar.

Die Verfügungsklägerin kann, anders als sie (Bl. 36) begehrt, keine Bestätigung im Voraus verlangen, dass mit einem verbindlichen Konzept, das Verfahrens- und Prozessabläufe erläutert, um die Versorgungssicherheit auf dem aktuellen Niveau zu halten, die Höchstpunktzahl erreicht werden wird. Es kann auch nicht

ernstlich angenommen werden, die Verfügungsbeklagte frage unter diesem Gesichtspunkt auch noch die *Steigerung der Versorgungssicherheit* ab, wenn dieses – wie die Verfügungsklägerin selbst sieht – Gegenstand des nächsten Kriteriums ist.

**(9.) Maßnahmen zur Steigerung der Versorgungssicherheit**

Auch dieses Kriterium ist ganz eindeutig. Angaben dazu, nach welchen Maßstäben die geforderten Angaben bewertet werden sollen, sind, sofern überhaupt möglich, so doch unnötig.

**(10.) Konzept und Monitoring zur Entwicklung des örtlichen Netzes zu einem „Intelligenten Netz“**

Auch dieses Kriterium ist nicht unklar.

Aus den Erläuterungen ergibt sich, dass konkrete Aussagen dazu erwartet werden, wie Stromerzeugung, Speicherung, Netzbetriebsmittel und elektrische Verbraucher kommunikativ miteinander vernetzt und frei von Störungen gesteuert werden sollen. Das ist ohne weiteres verständlich. Angaben dazu, wie die „Intelligenz“ des Netzes im Einzelnen gemessen werden soll, sind, wenn überhaupt möglich, unnötig.

**(11.) zu erwartende Netznutzungsentgelte der Höhe und Struktur nach**

Auch dieses Kriterium ist – die Verfügungsbeklagte fragt nach prognostizierten Netzentgelten für Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden, wozu sie verlässlich Prognosen erwartet – nicht unklar.

Die Verfügungsbeklagte muss nicht darstellen, wie sie die Verlässlichkeit der Prognose beurteilen will. Vielmehr ist es Aufgabe der Bieter, die Verlässlichkeit ihrer Prognosen und deren Grenzen darzustellen. Es wird dann eine Frage der qualitativen Auswertung sein, wie die verschiedenen Netzentgelte zueinander - ggf. auch im Hinblick auf die Verlässlichkeit der jeweiligen Angaben – zu bewerten sind.

**(12.) Netzanschlusskosten**

Dieses Kriterium ist nicht unklar.

Aus den Erläuterungen ergibt sich, dass Netzanschlusskosten für den Bereich zwischen Grundstücksgrenze und Einführungspunkt bei einem Einfamilienhaus angegeben werden sollen, wobei für den Fall, dass keine Pauschale vorhanden ist, die Kosten auf eine Grabenlänge von 15 m zu beziehen sind.

Danach sind konkrete Angaben möglich. Es ist auch nicht erforderlich, im Vorhinein anzugeben, wie verfahren werden soll, wenn ein Bieter Pauschalpreise und ein anderer konkrete Preise mit 15 m Grabenlänge angibt. Insoweit kann man es auf die Angaben in den indikativen Angebot ankommen lassen und für den Fall sich danach abzeichnender Schwierigkeiten ergänzende Angaben verlangen, die eine weitere Vergleichbarkeit ermöglichen.

**(13.) Baukostenzuschüsse**

Gleiches gilt auch für die Baukostenzuschüsse, bei denen die Verfügungsbeklagte die Darstellung der aktuellen und zukünftigen Baukostenzuschüsse erwartet, wobei der Bieter mit den niedrigsten Zuschüssen den höchsten Punktwert erhält.

Die Gewichtung des aktuellen und der zukünftigen Baukostenzuschüsse, nach denen die Verfügungsklägerin (Bl. 38) fragt, wird sich vernünftigerweise nach der jeweils dargestellten Entwicklung für den abgefragten Zeitraum, also die laufende und nachfolgende Regulierungsperiode bemessen. Welche etwaigen Abweichungen als erheblich oder geringfügig oder als noch gleichwertig angesehen werden, wird eine Bewertungsfrage nach Vorliegen der jeweiligen konkreten Angebote sein.

**(14.) Standortnahe Betreuung sowie Erreichbarkeit**

Auch dieses Kriterium ist bei Licht betrachtet nicht, wie aber Verfügungsklägerin (Bl. 38f.) rügt, intransparent.

Auf den ersten Blick mag es so erscheinen, als verbinde es zwei untereinander nicht gewichtete disparate Unterkriterien: Eine standortnahe Betreuung ist in der Tat etwas anderes als die (auch fernkommunikative) Erreichbarkeit. Aus dem weiteren (überrücksten) gesonderten Kriterium lässt sich aber leicht ersehen, dass letztere dort abgefragt wird. Die hier erfragte Erreichbarkeit kann sich danach nur auf die Öffnungszeiten des Standorts und dessen Erreichbarkeit mit privaten und öffentlichen Verkehrsmitteln beziehen.

#### (15.) Beschwerdemanagement

Dieses Kriterium erscheint nicht als unklar.

Es versteht sich von selbst, dass unter diesem Gesichtspunkt, wonach allerdings die Verfügungsklägerin (Bl. 39) fragt, sowohl zu den Kanälen der Entgegennahme von Beschwerden als auch zu den Reaktionszeiten als auch zu der Dauer der Erledigung Angaben sinnvoll und angebracht sind. Erneut kann auch nicht die Angabe eines Bewertungsmaßstabes verlangt werden.

#### (16.) Telefon- und Internetservice

Auch dieses Kriterium erscheint nicht als unklar.

Dargestellt werden soll nach den Erläuterungen, welche Leistungen der Kunde jeweils über Telefon bzw. Internet in Anspruch nehmen kann. Verständlicherweise kann es dabei nicht um die Verarbeitung von Beschwerden gehen, die Gegenstand der vorigen Ziffer gewesen ist. Erneut ist auch nicht schon im Vorhinein anzugeben, was die Verfügungsbeklagte als den – natürlich auch insoweit vergleichsweise zu ermittelnden – „bestmöglichen Service“ ansehen wird.

#### (17.) Sonstige Maßnahmen/Serviceleistungen zur Förderung der Verbraucherefreundlichkeit

Insoweit erscheinen die Rügen der Verfügungsklägerin (Bl. 40) als berechtigt.

Es ist zwar, wie schon ausgeführt, ein Ideenwettbewerb zulässig. Dieser erlaubt aber nur, den Bietern allgemeine Zielvorgaben zu machen, die sie durch ihre jeweiligen Konzepte ausfüllen können. Verfehlt erscheint demgegenüber die Eröffnung eines inhaltlich völlig offenen Kriteriums für „sonstige Maßnahmen“. Soweit sich aus den Erläuterungen ergibt, dass es um Maßnahmen und Standards gehen soll, wie Informations- und Beratungsleistungen zu der Entwicklung einer lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung beitragen können, ist in der Tat ein Bezug zu dem abgefragten Hauptkriterium der verbraucherfreundlichen Energieversorgung nicht recht erkennbar.

**(18.) Dauer der Herstellung eines Netzanschlusses für Haushaltskunden**

Dieses Kriterium ist nicht unklar und auch noch hinreichend sachgerecht.

Von den Bietern wird eine schematische Darstellung der Prozessabläufe ab Eingang der Anmeldung bis zur Herstellung des Netzanschlusses für ein Einfamilienhaus verlangt, wobei relevant für die Bewertung insbesondere der Zeitraum sein soll, welchen die Bieter für die Herstellung eines Netzanschlusses benötigen.

Selbstverständlich lassen sich – ohne dass vorab ein genauer Maßstab dargestellt wird – die Prozesse der verschiedenen Anbieter nach ihrer Darstellung gegeneinander qualitativ bewerten. Soweit die Verfügungsklägerin (Bl. 41) des Weiteren rügt, es sei in aller Regel völlig irrelevant, ob der Hausanschluss in 5, 6 oder vielleicht 10 Tagen erstellt werde, ist dies – erneut – eine Frage der sachgerechten Bewertung etwaiger Unterschiede in den einzelnen Angeboten.

**(19.) Zeitnahe Einbindung von EEG-Anlagen und KWK-Anlagen**

Dieses Kriterium ist nicht unklar.

Zwar trifft, was die Verfügungsklägerin (Bl. 41) rügt, zu, dass die Verfügungsbeklagte keine Vorgaben zur Größe der anzuschließenden EEG-Anlagen



macht. Gleichwohl sind verständliche und konkurrenzfähige Angebote ohne weiteres möglich. Es versteht sich, dass diese dann vernünftigerweise größenabhängig unterschiedliche Angaben enthalten. Sofern sich aus den jeweils unterschiedlichen Darstellungen Bewertungsschwierigkeiten ergeben sollten, wäre es Sache der Verfügungsbeklagten, vor der Auswahlentscheidung für eine entsprechende Sachaufklärung Sorge zu tragen.

**(20.) netzbezogener Beitrag zum Ausbau und der Nutzung erneuerbarer Energien**

Das Kriterium ist nicht unklar.

Nach den Erläuterungen erwartet die Verfügungsbeklagte insbesondere eine Darlegung, wie die leistungsorientierte Ausrichtung der Netzstruktur auf regenerative Erzeugungsanlagen erfolgen soll. Dazu kann man sich als Bieter ohne weiteres verhalten. Es kann auch nicht, wie aber die Verfügungsklägerin (Bl. 41) noch besonders erläutern möchte, zweifelhaft sein, dass nicht „nur allgemeine Angaben zur Erfüllung der sich aus § 11 EnWG oder § 12 EEG ergebenden gesetzlichen Verpflichtungen“, sondern natürlich auch Angaben zur konkreten Netzausbauplanung unter Berücksichtigung zunehmender regenerative Energien hilfreich sind.

**(21.) umweltverträglicher Netzbetrieb**

Auch dieses Kriterium ist nicht unklar.

Zu Unrecht rügt die Verfügungsklägerin (Bl. 42), aus den Erläuterungen gehe nicht hervor, wie sie die „Optimierung der Technik und der Organisation“ und den „Einsatz umweltschonender Materialien und Sachausstattungen“ zu bewerten gedenke. Das ist erneut eine Frage der Begründung bei der Auswertung der Angebote. Problematisch kann eine solche Offenheit allein dann sein, wenn unter einem Kriterium verschiedene Gesichtspunkte mit unterschiedlichem Sachbezug zusammengefasst werden (vgl. schon Senat, Urteil vom 13. Juli 2017, 16 U 32/17 Kart, juris Rn 67; Hinweisbeschlüsse vom 19. September 2017, 16 U 68/17 kart – 16 U 88/17 kart, S. 7). Das ist hier nicht der Fall. Alle genannten

Aspekte beziehen sich auf das Kriterium des umweltverträglichen Netzbetriebes und fächern dieses nur auf.

**(22.) umweltverträgliche Netzerrichtung**

Das Kriterium ist entgegen der Rüge der Verfügungsklägerin (Bl. 42) nicht unklar.

Insbesondere ist auch hier keine vorausgehende Bekanntgabe der beabsichtigten Gewichtung erforderlich. Dahingestellt, ob das überhaupt sinnvoll möglich ist, so fächern doch auch hier die angegebenen Aspekte – umweltfreundliche Trassenplanung (Naturschutzmaßnahmen), Einsatz umweltschonender Materialien und Immissionsschutzmaßnahmen – das Kriterium lediglich auf.

**(23.) sonstige Umwelt-und Klimaschutzmaßnahmen**

Das Kriterium erscheint wiederum unklar.

Es ist nicht zu erkennen, wozu insoweit Angaben gemacht oder Konzepte vorgelegt werden sollen. Die Erläuterung hilft dem nicht ab. Angebracht werden können „sonstige weitere Umwelt-und Klimaschutzmaßnahmen zur Förderung der umweltverträglichen Energieversorgung“. Das ist nicht mehr als eine bloße Wiederholung des Kriteriums selbst sowie des Oberkriteriums. Wie schon (zu 17.) ausgeführt, überschreitet ein nicht näher spezifiziertes Auffangkriterium „Sonstiges“ das Maß an Offenheit, das bei einer funktionalen Ausschreibung zulässig ist.

**(24.) Maßnahmen zur Gewährleistung und Steigerung der Kosteneffizienz**

Das Kriterium ist nicht unklar.

Die Verfügungsbeklagte muss nicht, wie aber die Verfügungsklägerin (Bl. 43) will, vorgeben, was aus Ihrer Sicht geeignete Maßnahmen oder ein geeigneter Standard zur Steigerung der Kosteneffizienz sind, auch nicht, wie sie die einzelnen Angebote dann zueinander ins Verhältnis setzen will. Es trifft (wie schon ausgeführt), wenn man richtig liest, auch nicht zu, dass die bereits erreichte Kosteneffizienz völlig unberücksichtigt bliebe.

**(25.) Maßnahmen zur Minimierung der Verlustenergie**

Das Kriterium ist nicht unklar.

Erwartet wird - wenig überraschend und praktisch selbstverständlich – eine konzeptionelle Darstellung. Bewertungsmaßstäbe muss die Verfügungsbeklagte vorab nicht mitteilen.

**(26.) Maßnahmen zur Förderung der Netzeffizienz**

Das Kriterium ist nicht unklar.

Es gilt – bei identischen Rügen – das zur vorigen Ziffer Ausgeführte.

**(27.) Abschlagszahlungen sowie zeitnahe Schlussabrechnung**

Das Kriterium ist nicht unklar.

Die Verfügungsbeklagte muss nicht, wie aber die Verfügungsklägerin (Bl. 44) will, im Einzelnen schon mitteilen, wie eine „möglichst flexible Regelung“ aussehen soll. Die Verfügungsbeklagte muss den Bewerbern nicht (so die Verfügungsklägerin) die „Möglichkeit geben, die Angebote auf Ihre Bedürfnisse zuzuschneiden“. Das Bedürfnis - man will begreiflicherweise möglichst schnell möglichst viel - ist evident. Wenn die Verfügungsklägerin des Weiteren auf die Schwierigkeiten verweist, die etwa mit einer Schlussrechnung bereits am 2. Ja-

nur des Folgejahres verbunden sind, so zeigt sie, dass ihr ohne weiteres die Grenzen des sinnvoll Möglichen vor Augen stehen. Dazu kann sie sich im Angebot erklären und verhalten.

**(28.) Wegenutzungsentgelt nach Vertragsende**

Das Kriterium ist nicht unklar und auch nicht etwa sinnlos.

Die Stadt wünscht sich eine vertragliche Regelung, die die Pflicht zur Fortzahlung der Konzessionsabgaben nach Ablauf des Konzessionsvertrages gemäß § 48 Abs. 4 EnWG vorsieht. Erkennbar erhält man im Wesentlichen die dafür angesetzten Punkte (1%), wenn man – klarstellend - eine solche Regelung anbietet. Ob es daneben Gestaltungsspielraum zu Gunsten der Gemeinde gibt und ob die Verfügungsklägerin ggf. diesbezüglich etwas anbieten will, mag sie selbst entscheiden.

**(29.) Pflicht zur Berichterstattung und Abstimmung mit der Stadt bei Baumaßnahmen**

Auch dieses Kriterium ist nicht unklar.

Nach den Erläuterungen wünschte die Stadt sich eine frühzeitige Berichts- und Abstimmungspflicht bei sämtlichen Baumaßnahmen innerhalb des Vertragsgebietes. Dazu kann sich ein Bieter – vertragsgestaltend – verhalten. Das hat, wie der Senat aus der Sache 16 U 110/17 Kart weiß, die Verfügungsklägerin in dem dortigen Verfahren auch ohne weiteres vermocht.

**(30.) Folgekosten**

Das Kriterium ist nicht unklar.

Die Verfügungsbeklagte erwartet nach den Erläuterungen, dass die Folgekosten im Rahmen von § 3 KAV vollständig vom Netzbetreiber getragen werden. Sie muss auch insoweit nicht vorab mitteilen, wie sie Punktabzüge vornehmen will, wenn ein Angebot dahinter zurückbleibt.

**(31.) Beseitigung stillgelegte Leitungen**

Auch dieses Kriterium ist nicht unklar.

Insbesondere kann die Verfügungsklägerin, wie sie (Bl. 45) begehrt, keine Klarstellung verlangen, dass der nach den Erläuterungen mögliche Vorbehalt einer Beseitigung nur bei vorliegendem öffentlichen Interesse, zu keinem Punktabzug führt. Zutreffend verweist die Verfügungsbeklagte (Bl. 100) darauf, dass sich das aus den Erläuterungen ergibt: Man kann nicht gut einen prima facie vernünftigen Vorbehalt zulassen und sich dann an dessen Statuierung stoßen.

**(32.) Sicherung von Anlagen bei Arbeiten an Versorgungsanlagen**

Dieses Kriterium erscheint nicht hinreichend klar.

Dabei ist allerdings nicht bedeutsam, dass die Erläuterung - es gehe um den weitest gehenden Ausschluss von Personen- und Sachschäden – nur Selbstverständlichkeiten wiedergibt. Das trifft zwar zu; indes wird dadurch die Erläuterung, mag sie auch überflüssig sein, nicht falsch und auch nicht unklar.

Problematisch aber erscheint, dass, wie die Verfügungsklägerin (Bl. 46) rügt, nicht erkennbar ist, wie sich eine solche Anlagesicherung in einer Regelung des Konzessionsvertrages darstellen lassen sollte. Es dürfte sich im Schwerpunkt um tatsächliche Maßnahmen und Vorgaben handeln, die vorzugsweise unter dem Aspekt des sicheren Netzbetriebes abzufragen wären.

**(33.) Zustimmungsvorbehalte der Stadt**

Das Kriterium ist nicht unklar.

Die Verfügungsbeklagte hat, wie die Verfügungsklägerin (Bl. 46) selbst ausführt, den Inhalt der gewünschten Regelungen angegeben und dazu ausgesagt, dass den maximalen Punktwert derjenige Bieter erzielt, der eine entsprechende Regelung – einschließlich von Ausnahmen von der Zustimmungspflicht bei Um-

strukturierungsmaßnahmen innerhalb eines Konzerns – anbietet. Vernünftigerweise muss die Verfügungsklägerin danach - ebenso wenig wie bei dem Vorbehalt des öffentlichen Interesses bei der Beseitigung stillgelegter Leitungen (s. 31.) - Abzüge besorgen, wenn sie Ausnahmen bei Umstrukturierungsmaßnahmen vorsieht. Möglicherweise *muss* man das nicht so gestalten, wie die Verfügungsbeklagte es getan hat; an ihre Gestaltung aber muss sie sich natürlich halten.

#### (34.) Endschaftsregelung

Das Kriterium ist nicht unklar.

Nach der Erläuterung erhält den höchsten Punktwert der Bieter, der das Stromnetz bei Vertragsbeendigung zum objektiven Ertragswert an die Stadt bzw. den neuen Konzessionär überträgt. Die Klausel trägt den betriebswirtschaftlichen Misslichkeiten der alten *Kaufering*-Entscheidung des BGH, Urteil vom 16. November 1999 – KZR 12/97 –, BGHZ 143, 128-168 Rechnung, in der der BGH die Bemessung des Netzkaufpreises nach dem typischerweise deutlich höheren Sachwert als nicht schlechthin gesetzeswidrig gebilligt hat (obwohl schon nach dem damaligen Stand der ökonomischen Wissenschaften die Anwendung des Sachwertverfahrens als durchaus fraglich erscheinen konnte). Dafür, dass, wie die Verfügungsklägerin wähnt, die Verfügungsbeklagte - weswegen eine Klarstellung angezeigt sei – möglicherweise eine Regelung anstrebe, die unzulässigerweise über § 46 Abs. 2 EnWG (der in Satz 2 die Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung vorsieht) hinausgeht, erschließt sich aus Text und Duktus des Kriterienkatalogs nicht.

#### (35.) Auskunftspflichten zum Netz und dessen Entwicklung während der Vertragslaufzeit

Das Kriterium ist nicht unklar.

Aus der Erläuterung ergibt sich eindeutig, dass, wonach die Verfügungsklägerin (Bl. 47) knapp fragt, die Aspekte, zu denen Regelungen erwartet werden, nur

bispielhaft sind. Es ist dann Sache des jeweiligen Bieters anzubieten, was darüber hinaus sinnvoll und der Gemeinde dienlich ist.

**(36.) Auskunftsrechte bei Beendigung des Vertrages**

Schließlich ist auch dieses Kriterium nicht unklar.

Wenn es in den Erläuterungen heißt, dass „mindestens“ die gesetzlichen Vorgaben gemäß § 46 a EnWG in Verbindung mit dem gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur eingehalten werden sollen, so liegt erneut - wie die Verfügungsklägerin (Bl. 47) ausdrücklich klargestellt sehen will, - fern, dass die Verfügungsbeklagte „kartellrechtswidrig“ Auskünfte über die gesetzliche Vorschrift hinaus verlangen könnte. Zutreffend verweist diese (Bl. 102) darauf, dass auch der erwähnte Leitfaden vorsieht, dass Angaben über die gesetzlichen Informationspflichten hinaus gemacht werden können. Das Darüber-hinaus-Gehen allein vermag daher eine Gesetzeswidrigkeit der vertraglichen Regelung nicht zu begründen; die Annahme, die Verfügungsbeklagte könnte etwa Kartellrechtswidriges prämiieren, ist durch nichts gerechtfertigt.

Nach alledem wird die Verfügungsbeklagte ihre Matrix bzw. die dazu gegebenen Erläuterungen in gewissem Umfang abändern und den Vorgaben des Senats anpassen müssen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Das Urteil ist rechtskräftig, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO, eine Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit daher entbehrlich.