

Tenor:

Die Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens.

Streitwert: 250.000,00 €

Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten nach übereinstimmender Erledigungserklärung in Bezug auf ein einstweiliges Verfügungsverfahren, mit dem die Verfügungsklägerin die Unterlassung des Abschlusses einer Verwaltungsvereinbarung über eine Stromkonzession verfolgt hat, um die Kostentragungspflicht.

Die Verfügungsklägerin betreibt Stromverteilernetze in Bei der Verfügungsbeklagten handelt es sich um die ..., deren Stadtgebiet in zwei Konzessionsgebiete (Kernstadt und Umland) aufgeteilt ist. Das Stromverteilernetz für das Netzgebiet "Kernstadt" wird vom Eigenbetrieb der Verfügungsbeklagten betrieben. Das Netzgebiet "Umland" betreibt die Verfügungsklägerin. Für das Netzgebiet "Umland" galt bis zum 31.12.2008 ein mit der Rechtsvorgängerin der Verfügungsklägerin abgeschlossener Konzessionsvertrag vom 08.12.1988/23.02.1989. Bereits am 20.12.2006 hatte die Verfügungsbeklagte für das Netzgebiet "Umland" eine Neukonzessionierung im Bundesanzeiger öffentlich bekannt gemacht. Für die Konzession bewarben sich daraufhin die Verfügungsklägerin und der Eigenbetrieb der Verfügungsbeklagten. Beruhend auf einem Gemeinderatsbeschluss vom 20.01.2011 traf die Verfügungsbeklagte schließlich am 21.01.2011 bzgl. des Netzgebietes "Umland" mit ihrem Eigenbetrieb eine Verwaltungsvereinbarung über die Konzession. Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung des Stromnetzes führten sodann im Jahr 2013 zu einem Rechtsstreit zwischen dem Eigenbetrieb der Verfügungsbeklagten und der Verfügungsklägerin vor dem Landgericht Stuttgart (41 O 1/13 KfH). Im Rahmen dieses noch nicht beendeten Rechtsstreits wendet die Verfügungsklägerin die Nichtigkeit der Verwaltungsvereinbarung mit der Begründung ein, das Auswahlverfahren sei diskriminierend gewesen.

Anlässlich dieses Einwandes wiederholte die Verfügungsbeklagte das Konzessionierungsverfahren und übersandte der Verfügungsklägerin einen Verfahrensbrief vom 04.04.2014, der hinsichtlich der Auswahlkriterien auszugsweise wie folgt lautete:

B. Kriterienkatalog

I. Übersicht

Der Gemeinderat der ... hat in seiner öffentlichen Sitzung am 03.04.2014 die im Folgenden aufgeführten Wertungskriterien samt Gewichtung beschlossen. Die Auswahlentscheidung unter den Bietern wird ausschließlich anhand dieser Kriterien getroffen.

Kriterium Unterkriterium		Max. Punktzahl¹
1	Netzsicherheit, Versorgungszuverlässigkeit und Investitionen	35
1.1	Versorgungszuverlässigkeit und Versorgungsqualität	15
1.2	Investitionen in das Netz und Erweiterung des Netzes	10
1.3	Netzpflege und Netzinstandhaltung	5
1.4	Technischer Sicherheits- und Qualitätsstandard	5
2	Preisgünstigkeit, Effizienz und Verbraucherfreundlichkeit	35
2.1	Preisgünstigkeit	15
2.2	Kosten- und Energieeffizienz	10
2.3	Verbraucherfreundlichkeit	10
3	Umweltverträglichkeit	20
3.1	Umweltverträglicher Netzbetrieb	10
3.2	Erdverkabelung	5
3.3	Zeitnahe Einbindung von EE-Anlagen	5
4	Weitere Inhalte des Konzessionsvertrages	10
4.1	Leistungen an die Stadt	5
4.2	Kommunalfreundlicher Netzbetrieb	5

¹ Maximal erreichbare Punktzahl bei den Haupt- und Unterkriterien.

Gesamt	100
---------------	------------

II. Bewertung

Nur fristgerecht eingereichte Angebote von Bietern, die ihre Leistungsfähigkeit nachgewiesen und ein rechtsverbindliches Angebot auf Abschluss eines Konzessionsvertrags bzw. einer entsprechenden Verwaltungsvereinbarung vorgelegt haben, werden anhand der unter I. abschließend aufgeführten Kriterien und der festgelegten Gewichtungsvorgaben bewertet.

Soweit die benannten Oberkriterien in Unterkriterien unterteilt sind, ist für diese Unterkriterien eine bestimmte Gewichtung ausgewiesen. Die Ober- und Unterkriterien sind abschließend. Die Bewertung für ein Unterkriterium erfolgt durch eine Zusammenschau der Angebotsinhalte zu diesem spezifischen Punkt. Daher wird für einzelne Aspekte auch keine eigenständige Gewichtung ausgewiesen.

Grundlage für die Bewertung sind ausschließlich der vom Bieter vorgelegte Konzessionsvertrag bzw. die Verwaltungsvereinbarung sowie seine Angaben zu den Wertungskriterien, wie sie nachfolgend in Abschnitt III. beschrieben sind. Das Konzessionsvertragsangebot bzw. die Verwaltungsvereinbarung sowie die Angaben zu den Kriterien dürfen sich nicht widersprechen. Bei Widersprüchen zwischen dem Inhalt des Konzessionsvertragsangebots bzw. der Verwaltungsvereinbarung und dem sonstigen Angebotstext ist die im angebotenen Konzessionsvertrag bzw. der Verwaltungsvereinbarung enthaltene Regelung für die Bewertung maßgeblich.

Bei der Bewertung werden die Glaubhaftigkeit und Verbindlichkeit der getroffenen Aussagen und Zusagen maßgeblich berücksichtigt.

Das in dem jeweiligen Unterkriterium beste Angebot erhält die volle Punktzahl. Bei den anderen Angeboten werden angemessene relative Abschläge vorgenommen. Bei fehlenden Angaben zu einem Unterkriterium wird das Angebot in diesem Punkt mit null Punkten bewertet.

Die Abschläge werden wie folgt vorgenommen:

- Geringfügig schlechtere Erfüllung: 20 % Abschlag
- Schlechtere Erfüllung: 40 % Abschlag
- Wesentlich schlechtere Erfüllung: 60 % Abschlag

Die Punktzahl für jedes Hauptkriterium wird durch Addition der bei den jeweiligen Unterkriterien erreichten Punktzahlen ermittelt. Der Zuschlag wird auf das Angebot erteilt, das insgesamt die höchste Gesamtpunktzahl erreicht.

III. Beschreibung der Wertungskriterien

1. Netzsicherheit, Versorgungszuverlässigkeit und Investitionen (max. 35 Punkte)

1.1. Versorgungszuverlässigkeit und Versorgungsqualität (max. 15 Punkte)

- Geben Sie die aktuellen SAIDI-Werte in den Bereichen Nieder- und Mittelspannung in den bislang von Ihnen betriebenen Stromverteilernetzen an.
- Beschreiben Sie Ihr Konzept zur Gewährleistung einer möglichst hohen Netzzuverlässigkeit und Produktqualität im Konzessionsgebiet einschließlich angestrebter Zielwerte (SAIDI) und geplanter Maßnahmen zur Zielerreichung.
- Bewertet werden Zusagen zu maximalen Eingriffszeiten bei Störungen.
- Bewertet werden Zusagen zur Spannungsqualität des Netzes.

1.2 Investitionen in das Netz und Erweiterung des Netzes (max. 10 Punkte)

- Bewertet werden Festlegungen zum Investitionsniveau, insbesondere die vertragliche Zusicherung, eine konkrete Kenngröße zur Erhaltung der Netzsubstanz einzuhalten.
- Stellen Sie Ihr Asset-Management-Konzept dar.
- Bewertet werden Zusagen zum Netzausbau und zur Fortentwicklung des Netzes im Hinblick auf die Herausforderungen der Energiewende (insbes. intelligentes Netz, Einbindung von Energiespeicher und Elektromobilität).

1.3 Netzpflege und Netzstandhaltung (max. 5 Punkte)

Stellen Sie Ihr Konzept zur Pflege und Instandhaltung des Netzes dar. Bewertet werden konkrete Zusagen zur regelmäßigen Durchführung von Wartungs- und Überprüfungsarbeiten am Netz nach bestimmten Zeitabschnitten.

1.4 Technischer Sicherheits- und Qualitätsstandard (max. 5 Punkte)

Bewertet wird die vertragliche Zusicherung eines bestimmten Anforderungsniveaus an den Betrieb des Netzes (z. B. allgemein anerkannte Regeln der Technik, Stand der Technik).

2. Preisgünstigkeit, Effizienz und Verbraucherfreundlichkeit (max. 35 Punkte)

2.1 Preisgünstigkeit (max. 15 Punkte)

- Geben Sie die aktuellen (nicht rabattierten) Netznutzungsentgelte für die von Ihnen betriebenen Stromverteilernetze an.
- Geben Sie eine Prognose zur voraussichtlichen Entwicklung der Netznutzungsentgelte im Konzessionsgebiet ab. Begründen Sie die Prognose substantiiert.

2.2 Kosten- und Energieeffizienz (max. 10 Punkte)

Bewertet werden konkrete Konzepte zum kosteneffizienten Netzbetrieb und deren Verankerung im Konzessionsvertrag.

2.3 Verbraucherfreundlichkeit (max. 10 Punkte)

Bewertet werden konkrete Konzepte zur Gewährleistung eines möglichst verbraucherfreundlichen Netzservice vor Ort, insbesondere die Einrichtung einer ortsnahen und kundenfreundlichen Betriebsstelle zur ständigen Ansprechbarkeit für Netzbetriebsfragen, der angebotene Internet- und Telefonservice, die Reaktionszeiten bei Kundenanfragen, die Einrichtung einer 24-h-Bereitschaft bei Netzstörungen sowie weitere Service-Standards.

3. Umweltverträglichkeit (max. 20 Punkte)

3.1 Umweltverträglicher Netzbetrieb (max. 10 Punkte)

Bewertet werden Konzepte zur Rücksichtnahme auf Umweltbelange bei Planung, Bau und Betrieb des Netzes, insbesondere der Einsatz umweltschonender Materialien und Fahrzeuge sowie Baum- und Vogelschutzmaßnahmen.

3.2 Erdverkabelung (max. 5 Punkte)

Bewertet wird die vertragliche Zusicherung zur Erdverkabelung bei Neuverlegungen.

3.3 Zeitnahe Einbindung von EE-Anlagen (max. 5 Punkte)

Bewertet werden die vertragliche Zusage zur zeitnahen und problemlosen Einbindung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien sowie konkrete Konzepte zur Einhaltung dieser Zusagen.

4. Weitere Inhalte des Konzessionsvertrags (max. 10 Punkte)

4.1 Leistungen an die Stadt (max. 5 Punkte)

Bewertet werden Leistungen an die Stadt im Rahmen des konzessionsabgabenrechtlich Zulässigen:

- Regelungen zur Zahlung der Konzessionsabgabe.
- Regelungen zur Gewährung des Kommunalrabatts.

Hinweis: Aus Gründen der Rechtssicherheit wird davon ausgegangen, dass der Preisnachlass ausschließlich auf die Netzentgelte für den Eigenverbrauch der Gemeinde und den mit ihr rechtspersonlich identischen Eigenbetrieben gewährt werden darf.

- Regelungen zur Übernahme von Verwaltungskostenbeiträgen.

4.2 Kommunalfreundlicher Netzbetrieb (max. 5 Punkte)

Bewertet werden konzessionsabgabenrechtlich zulässige Regelungen zu einem kommunalfreundlichen Netzbetrieb:

- Abstimmungs- und Rücksichtnahmepflichten hinsichtlich des Baus von Leitungen und Anlagen;
- Regelungen zu Folgepflichten und Folgekosten;

- Haftungsregelungen;
- Regelungen bezüglich stillgelegter Anlagen;
- Regelungen zur Gewährleistung/Absicherung der vertraglichen Zusagen, etwa durch Kündigungsmöglichkeiten der Stadt bei der Verletzung vertraglicher Pflichten.

Hinweis: Eine vertragliche Ausgestaltung, die in ihrer Wirkung einer Finanz- oder Sachleistung i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gleichkommt (z. B. Vertragsstrafeversprechen zugunsten der Stadt), wird nicht positiv gewertet.

Rückfragen wurden der Verfügungsklägerin bis zum 23.04.2014 ermöglicht. Die Angebotsabgabefrist wurde auf den 16.05.2014 bestimmt und - auf Antrag der Verfügungsklägerin - schließlich bis zum 30.06.2014 verlängert.

Nach Abgabe der Angebote der Verfügungsklägerin und des Eigenbetriebs der Verfügungsbeklagten sowie Vorlage der Vergabeempfehlung durch ein beauftragtes Rechtsanwalts-, Wirtschaftsprüfer- und Steuerberaterbüro vom 17.07.2014 beschloss der Gemeinderat der Verfügungsbeklagten am 31.07.2014, die Stromkonzession an ihren Eigenbetrieb zu vergeben. Entsprechendes wurde der Verfügungsklägerin mit Schreiben der Verfügungsbeklagten vom 01.08.2014 unter Darstellung der von den Bewerbern zu den einzelnen Kriterien erzielten Punkte mitgeteilt. Mit Schreiben vom 12.08.2014 wurde der Verfügungsbeklagten des Weiteren die Vergabeempfehlung vom 17.07.2014 zur Überprüfung übersandt und zugleich mitgeteilt, dass die Verwaltungsvereinbarung nicht vor dem 28.08.2014 abgeschlossen werde.

Die Verfügungsklägerin hat daraufhin am 21.08.2014 beim Landgericht Stuttgart den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der der Verfügungsbeklagten untersagt werden sollte, die in Bezug auf die Konzession beabsichtigte Verwaltungsvereinbarung mit ihrem Eigenbetrieb abzuschließen, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren über die Vergabe der Stromkonzession entschieden ist. Trotz des Antrags der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und der Terminierung des Verfahrens vor der Kammer am 18.09.2014 hat die Verfügungsbeklagte am 28.08.2014 die Verwaltungsvereinbarung mit ihrem Eigenbetrieb getroffen. Die Parteien haben daraufhin das einstweilige Verfügungsverfahren übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Verfügungsklägerin ist der Ansicht, sie sei sowohl durch das Auswahlverfahren als auch durch die Auswahlentscheidung in unbilliger Weise diskriminiert und behindert worden.

Das im Streit stehende Konzessionsvergabeverfahren sei bereits unzulässig gewesen, weil es eine unrechtmäßige Wiederholung des vorherigen rechtswidrigen Konzessionsvergabeverfahrens dargestellt habe.

Darüber hinaus werde aus dem vorherigen rechtswidrigen Vergabeverfahren deutlich, dass dem im Streit stehenden Vergabeverfahren eine unzulässige Vorabfestlegung der Verfügungsbeklagten auf deren Eigenbetrieb zu Grunde gelegen habe. Da die Verfügungsbeklagte bereits eine Verwaltungsvereinbarung mit ihrem Eigenbetrieb getroffen habe, habe diese einem "Vertragsbruch" nur dadurch entgehen können, wenn ihr Eigenbetrieb auch im neuen Vergabeverfahren als Sieger

hervorgegangen wäre. Auch die unangemessen kurze Fristsetzung hinsichtlich der Angebotseinreichung spreche für eine Vorabfestlegung, da es der Verfügungsklägerin innerhalb der Kürze der Zeit nicht möglich gewesen sei, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben.

Ferner seien die von der Verfügungsbeklagten verwendeten Auswahlkriterien intransparent gewesen. U.a. sei unklar gewesen,

- wie die Verfügungsbeklagte die die Unterkriterien konkretisierenden Unter-Unterkriterien gewichtet habe,

- wie die von der Verfügungsbeklagten teilweise geforderten Konzepte beschaffen sein mussten,

- wie die Verfügungsbeklagte die zum Teil sich wiederstreitenden Ziele des § 1 EnWG - z.B. Gewährung eines Kommunalrabattes und preisgünstige Versorgung - in Einklang gebracht habe und

- was ein Bewerber genau anbieten müssen, um jeweils die volle Punktzahl zu erzielen.

Eine erhebliche Intransparenz habe auch daraus resultiert, dass im Rahmen der Bewertung der Unterkriterien für das beste Angebot jeweils die volle Punktzahl zu vergeben gewesen sei und für andere Angebote angemessene relative Abschläge vorzunehmen gewesen seien. Zudem lasse dieses Abschlagsystem die Vergleichbarkeit des einzelnen Punktegewichts zwischen verschiedenen Kriterien entfallen.

Einige Kriterien seien schließlich generell ungeeignet gewesen, wie z.B. der "SAIDI-Wert" und das "Nutzungsentgelt".

Aber auch die Auswahlentscheidung der Verfügungsbeklagten sei intransparent. Soweit mit Schreiben der Verfügungsbeklagten vom 01.08.2014 der Verfügungsklägerin ohne konkrete Erläuterung der von ihr erreichten Punkte lediglich mitgeteilt worden sei, dass der Eigenbetrieb der Verfügungsbeklagten die Kriterien des Verfahrensbriefs am besten erfüllt habe, sei dies nicht ausreichend gewesen.

Auch auf die Vergabeempfehlung vom 17.07.2014 könne sich die Verfügungsbeklagte nicht berufen, da dies die eigenverantwortliche Auswertung und Entscheidung der Verfügungsbeklagten, von der unklar sei, ob sie getroffen worden sei, nicht ersetze. Hinzu komme, dass das Rechtsanwalt-, Wirtschaftsprüfer- und Steuerberaterbüro, von dem die Vergabeempfehlung stamme, in Kooperation mit einer ... stehe, die wiederum den Eigenbetrieb der Verfügungsbeklagten in dem laufenden Gerichtsverfahren vor dem Landgericht Stuttgart berate.

Aber selbst wenn sich die Verfügungsbeklagte auf die Vergabeempfehlung vollumfänglich gestützt und sich diese zu eigen gemacht habe, seien jedenfalls einzelne Bewertungskriterien falsch gewertet worden.

Nicht nachvollziehbar sei z.B., warum der Eigenbetrieb der Verfügungsbeklagten bei dem Unterkriterium "Versorgungszuverlässigkeit und Versorgungsqualität" (Ziff. 1.1) ein aussagekräftigeres Angebot abgegeben habe, nachdem die Verfügungsklägerin im Bereich der Mittelspannung einen SAIDI-Wert von 4,9 min, der Eigenbetrieb der Verfügungsbeklagten hingegen einen Wert von bis zu 79,70 min erreicht habe.

Auch die Bewertung des Unterkriteriums "Netzpflege und Netzinstandhaltung" (Ziff. 1.3) sei unzutreffend gewesen, da es auf die für die Bewertung offenbar als maßgeblich erachtete Häufigkeit der Wartung nicht entscheidend ankomme.

Fehlerhaft sei des Weiteren die Bewertung des Unterkriteriums "Preisgünstigkeit" (Ziff. 2.1), da nur auf die Netzentgelte für Kleinkunden abgestellt worden sei, ohne hinreichend zu berücksichtigen, dass die Netzentgelte der Verfügungsklägerin für Gewerbekunden "Niederspannung" ganz erheblich unter den Netzentgelten des Eigenbetriebes der Verfügungsbeklagten lägen. Hinzu komme, dass die Verfügungsbeklagte insoweit bei den Netzentgelten der Verfügungsklägerin die besondere Struktur der von ihr versorgten Konzessionsgebiete - ländliche Prägung - nicht berücksichtigt habe.

Die Verfügungsbeklagte vertritt die Ansicht, die Wiederholung des Konzessionsvergabeverfahrens sei zulässig gewesen. Die bereits getroffene Verwaltungsvereinbarung habe dem nicht entgegengestanden, da es der Verfügungsbeklagten jederzeit möglich gewesen sei, die vorherige Verwaltungsvereinbarung entsprechend anzupassen bzw. - sofern ein anderes Unternehmen den Zuschlag erhalten hätte - aufzuheben.

Folglich bestehe auch keine Vorfestlegung seitens der Verfügungsbeklagten. Auch die Frist zur Angebotsabgabe von sechs Wochen sei angemessen gewesen. Abgesehen davon sei die Frist um weitere sechs Wochen verlängert worden.

Die von der Verfügungsbeklagten herangezogenen Auswahlkriterien seien auch transparent. Durch Bildung von Unterkriterien und weitere Erläuterungen sei die erforderliche Transparenz gewährleistet.

Die von der Verfügungsbeklagten angewandte Methode der relativen Bewertung sei ebenfalls nicht zu beanstanden und werde auch von der ... für zulässig gehalten.

Ferner seien die Auswahlkriterien auch geeignet gewesen. Diese hätten sich mit einer Gewichtung von 90 % an den Zielen des § 1 EnWG und mit 10 % an weiteren zulässigen Inhalten des Konzessionsvertrages orientiert und den Kriterien aus dem Musterkriterienkatalog der ... entsprochen.

Schließlich sei die Auswahlentscheidung diskriminierungsfrei und transparent. Der Beschlussfassung des Gemeinderates der Verfügungsbeklagten über die Vergabe der Stromkonzession sei eine intensive Diskussion über die Vergabeempfehlung vom 17.07.2014 vorausgegangen.

Entscheidungsgründe:

II. Der Verfügungsbeklagten sind gemäß § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens aufzuerlegen.

Haben die Parteien das Verfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt, entscheidet das Gericht gemäß § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen (vgl. zur Anwendbarkeit des § 91a ZPO auch im einstweiligen Verfügungsverfahren: Vollkommer in Zöller, ZPO, 30. Aufl., 2014, § 91a Rn7, 58). Maßgeblich ist in

erster Linie der ohne die Erledigung zu erwartende Verfahrensausgang, d. h. derjenige hat die Kosten zu tragen, dem sie auch nach den allgemeinen kostenrechtlichen Bestimmungen der ZPO aufzuerlegen gewesen wären (BGH NJW 2007, 3429 - zitiert nach juris).

Ohne die Erledigung wäre dem Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung indes stattgegeben worden, da die Verfügungsklägerin sowohl einen Verfügungsgrund als auch einen Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht hatte.

1. Ein Verfügungsgrund bestand. Bei einer Leistungsverfügung besteht der Verfügungsgrund dann, wenn der Gläubiger auf die sofortige Erfüllung dringend angewiesen ist, also insbesondere die geschuldete Handlung so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht möglich ist (Vollkommer in Zöller, ZPO, 30. Aufl., 2014, § 940 Rn. 6). Ohne den Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung wäre die Verfügungsbeklagte nicht gehindert gewesen, mit ihrem Eigenbetrieb auf Grundlage der Auswahlentscheidung eine Verwaltungsvereinbarung über die Stromkonzession zu treffen, wodurch die Durchsetzung des Anspruchs der Verfügungsklägerin auf Durchführung eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens zumindest erschwert gewesen wäre (LG Düsseldorf, Urt. v. 26.02.2014, 37 O 87/13 (EnW) U - zitiert nach juris). Zudem war die Sache dringlich, nachdem die Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 12.08.2014 mitgeteilt hatte, dass die Verwaltungsvereinbarung mit ihrem Eigenbetrieb nicht vor dem 28.08.2014 getroffen werde und daher ab dem 28.08.2014 jederzeit mit dem Abschluss der Verwaltungsvereinbarung zu rechnen war.

2. Es lag auch ein Verfügungsanspruch vor. Der Verfügungsklägerin stand gegen die Verfügungsbeklagte in Bezug auf den beabsichtigten Abschluss der Verwaltungsvereinbarung über die Stromkonzession mit deren Eigenbetrieb ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 33 Abs. 1 S. 1 und 2, 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu.

a) Die Verfügungsbeklagte hat bei der Vergabe der Stromkonzession für das Netzgebiet "Umland" ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt (§ 19 Abs. 1 GWB).

aa) Eine Gemeinde handelt beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen und hat dabei eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 18 Abs.1 Nr. 1 GWB (BGH NVwZ 2014, 807 - Stromnetz Berkenthin - zitiert nach juris). Das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören, stellt insoweit den sachlich relevanten Markt dar. Der örtlich relevante Markt ist auf das jeweilige Gebiet der Gemeinde beschränkt. Hinsichtlich dieses sachlich und örtlich relevanten Marktes ist die Gemeinde daher ohne Wettbewerber.

bb) Sowohl im Verfahren als auch bei der Auswahlentscheidung hat die Verfügungsbeklagte gegen das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verstoßen.

(1) Gemeinden sind nach §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, 46 Abs. 1 S. 1 EnWG gehalten, über die Vergabe von Wegenutzungsrechte diskriminierungsfrei zu entscheiden. Dies gilt sowohl in Bezug auf das Verfahren als auch hinsichtlich der Auswahlentscheidung.

Das Vergabeverfahren muss daher transparent gestaltet sein. Den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen sind die Entscheidungskriterien und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitzuteilen, so dass diese erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt.

Die Auswahlentscheidung ist allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, wobei diese sich in erster Linie an den Zielsetzungen des § 1 Abs. 1 EnWG sowie darüber hinaus an konzessionsabgabenrechtlich zulässigen Nebenleistungen auszurichten haben. Von maßgeblicher Bedeutung ist demzufolge, inwieweit eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leistungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas gewährleistet ist. Weitere Auswahlkriterien, insbesondere rein fiskalischer Art, sind unzulässig. Bei der Formulierung und Gewichtung der Kriterien steht den Gemeinden indes ein Ermessensspielraum zu, der seine Grenze erst in einer willkürlichen Gewichtung findet (vgl. BGH a.a.O.).

(2) Diesen Anforderungen wurden indes weder das Verfahren noch die Auswahlentscheidung gerecht.

(a) Soweit bei einzelnen Unterkriterien mehrere Unter-Unterkriterien gebildet wurden - z.B. Ziff. 1.2 Investition in das Netz und Erweiterung des Netzes (max. 10 Punkte) - unterblieb die Gewichtung der einzelnen Unter-Unterkriterien. Dies wäre jedoch im Hinblick auf das Transparenzgebot erforderlich gewesen. Denn nur in diesem Fall wäre es für am Netzbetrieb interessierte Unternehmen möglich gewesen, zu erkennen, auf welche Unter-Unterkriterien es entscheidend ankommt sowie welchen Unter-Unterkriterien weniger Bedeutung beigemessen wird und wie das "beste" Angebot zu ermitteln ist. Hinzu kommt, dass bei der Bewertung der Angebote Manipulationsmöglichkeiten ausgeschlossen sein müssen. Dies ist jedoch nicht gewährleistet, wenn - wie vorliegend - einzelne Unter-Unterkriterien nicht bepunktet werden und somit die Vergabe von Punkten für Unterkriterien nicht mehr nachvollzogen werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 577; LG Köln, Urte. v. 06.06.2014, 90 O 169/13 - jeweils zitiert nach juris).

(b) Aber auch die Bewertung der vorzunehmenden Abschläge - geringfügig schlechtere Erfüllung - 20 % Abschlag; schlechtere Erfüllung - 40 % Abschlag; wesentlich schlechtere Erfüllung - 60 % Abschlag - war intransparent. Über die Voraussetzungen, unter denen etwa nur eine geringfügig schlechtere Erfüllung und nicht bereits eine schlechtere Erfüllung anzunehmen ist, schweigt sich der Verfahrensbrief gänzlich aus.

(d) Angesichts der mangelnden Bepunktung der Unter-Unterkriterien sowie der nicht näher definierten Voraussetzungen für die unterschiedlichen Abschläge leidet auch die Auswahlentscheidung an einer Intransparenz.

(e) Darüber hinaus stellten die Vergabe der vollen Punkte für das beste Angebot sowie die Abschläge für die schlechteren Angebote keine Auswahl nach sachlichen Kriterien mehr dar. Durch diese Vorgehensweise werden die Angebote zu den einzelnen Unterkriterien nicht zutreffend bewertet. Vielmehr können in diesem Fall die einzelnen Unterkriterien, aber auch die Hauptkriterien, eine andere Gewichtung bzw. Wertigkeit erlangen, als im Verfahrensbrief zum Ausdruck gebracht. Es erscheint sachlich nicht gerechtfertigt, einem Bieter, der z.B. zum Unterkriterium "Ziff. 1.1 Versorgungszuverlässigkeit und Versorgungsqualität (max. 15 Punkte)" ein schlechtes Angebot abgegeben hat, gleichwohl die volle Punktzahl zuzusprechen, nur weil ein andere Bieter zu diesem Unterkriterium ein noch schlechteres Angebot oder überhaupt kein Angebot abgegeben hat.

Da weder das Verfahren noch die Auswahlentscheidung aus den aufgezeigten Gründen diskriminierungsfrei erfolgt sind und mithin ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWG, 46 Abs. 1 S. 1 EnWG vorliegt, kann dahinstehen, ob das Vergabeverfahren bzw. die Auswahlentscheidung an den weiteren, von der Verfügungsklägerin gerügten Mängel leidet.

b) Die Beeinträchtigung der Verfügungsklägerin i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB stand angesichts ihrer Bewerbung um die Stromkonzession außer Frage. Auch lag eine Erstbegehungsgefahr vor, da der Abschluss der Verwaltungsvereinbarung mit dem Eigenbetrieb der Verfügungsbeklagten unmittelbar bevorstand.

c) Der Einwand der Verfügungsbeklagte, der ursprünglich gestellte Antrag der Verfügungsklägerin sei über das zur Erreichung ihres Ziels Erforderliche weit hinausgegangen, greift nicht. Die Verfügungsklägerin beantragte nicht, die Verfügungsbeklagte zur Wiederholung des Verfahrens zu verpflichten. Die Formulierung im Antrag "Der Antragsgegnerin wird ... verboten, einen Stromkonzessionsvertrag ... abzuschließen, bis in einem neuen, ... durchzuführenden Auswahlverfahren über die Vergabe der Stromkonzessionsvergabe entschieden ist.", war insoweit lediglich als Befristung der begehrten Unterlassungsverfügung zu verstehen.

Da nach alledem dem Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stattzugeben gewesen wäre, entspricht es der Billigkeit, der Verfügungsbeklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

3. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 GKG, 3 ZPO. Bei einem Unterlassungsanspruch ist die Beeinträchtigung zu schätzen, die von dem beanstandeten Verhalten verständigerweise zu besorgen ist und die mit der begehrten Maßnahme beseitigt werden soll (vgl. Hergert in Zöller, a.a.O., § 3, Rn. 16 "Unterlassung"). Mit dem vorliegenden Verfahren sollte die Verwaltungsvereinbarung über die Stromkonzession verhindert und der Anspruch der Verfügungsklägerin auf ein diskriminierungsfreies Auswahlverfahren gesichert werden. Das Interesse der Verfügungsklägerin hieran liegt als unterlegene Bieterin zum einen in einer frustrierten Gewinnerwartung und zum anderen in der Verhinderung der Rechtsfolge des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG (Netzübertragungsanspruch des Neukonzessionärs). Vor diesem Hintergrund schätzt die Kammer das Interesse der Verfügungsklägerin auf 250.000 € (vgl. auch die Streitwertfestsetzung in dem gleich gelagerten Verfahren LG Köln, Urteil v. 06.06.2014, Az. 90 O 169/13).