

Beglaubigte Abschrift

VI-2 U 13/21 [Kart]
8 O (Kart) 29/21
Landgericht Dortmund



Verkündet am: 17.08.2022

Schmitz, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

Antragstellerin, Berufungsbeklagte und
Anschlussberufungsklägerin,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte BBH Becker Büttner Held,
Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin,

gegen

Antragsgegnerin, Berufungsklägerin und
Anschlussberufungsbeklagte

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB, Münsterstr. 1-3, 59065 Hamm,

hat der 2. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 22.06.2022
durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann, den Richter
am Oberlandesgericht Gmelin und die Richterin am Oberlandesgericht Dr.
Hanspach

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 08.09.2021
verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund, Az.
8 O 29/21 (Kart) aufgehoben.

Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen
Verfügung wird insgesamt zurückgewiesen.

Die Anschlussberufung der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des
Berufungsverfahrens trägt die Antragstellerin.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Untersagung der Fortsetzung eines seitens der
Antragsgegnerin eingeleiteten Gaskonzessionierungsverfahrens wegen
behaupteter diskriminierender und intransparenter Verfahrensführung.

Der streitgegenständliche Gaskonzessionsvertrag war am 31.12.2014
ausgelaufen. Altkonzessionärin und Eigentümerin der Gasverteilungsanlagen im
Gebiet der Antragsgegnerin war die . Die
Antragstellerin erwarb im Wege der Umwandlung durch Ausgliederung den
Teilbetrieb Netze von der und trat damit bezogen auf

den Teilbetrieb Netze als Gesamtrechtsnachfolgerin in alle Rechte und Pflichten der ein.

Am 13.11.2012 machte die Antragsgegnerin erstmals im Bundesanzeiger das Auslaufen des Gaskonzessionsvertrages öffentlich bekannt und forderte Interessenten zur Abgabe von Interessenbekundungen auf (vgl. Anlage Ast 3). Die Antragstellerin war nicht Bestbieterin. Gegen die beabsichtigte Vergabe an den Bestbietenden in diesem Verfahren erwirkte die Antragstellerin eine einstweilige Verfügung, welche durch Urteil des Landgerichts Dortmund vom 29.04.2015 (LG Dortmund 10 O 90/13 [Kart]) bestätigt wurde. Das Hauptsacheverfahren (LG Dortmund 8 O 24/15) wurde für erledigt erklärt, nachdem sich die Antragsgegnerin zur Zurückversetzung des Konzessionsverfahrens auf den Stand vor Versendung der Wertungskriterien verpflichtet hatte.

Mit Schreiben vom 15.06.2016 forderte die Antragsgegnerin die Bewerber erneut zur Abgabe indikativer Angebote auf (Anlage Ast 6). Nachdem die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt hatte, dass sie ihrem Angebot nicht den Zuschlag erteilen werde, erwirkte die Antragstellerin gegen die beabsichtigte Vergabe wiederum eine einstweilige Verfügung, welche durch Urteil des Landgerichts Dortmund vom 15.02.2018 (LG Dortmund 16 O 90/16 [EnW]) bestätigt wurde.

Unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Reform der §§ 46 ff. EnWG setzte die Antragsgegnerin das ursprüngliche Verfahren nicht erneut zurück, um dieses fortzusetzen, sondern leitete ein neues Konzessionsvergabeverfahren ein. Sie machte mit Bekanntmachung vom 11.03.2021 das Auslaufen des streitgegenständlichen Konzessionsvertrags erneut bekannt (Anlage Ast 8) und forderte interessierte Unternehmen auf, innerhalb von drei Monaten ihr Interesse am Abschluss des Gaskonzessionsvertrags zu bekunden. Die Antragstellerin bekundete fristgerecht ihr Interesse (vgl. Anlage Ast 9).

Mit Verfahrensbrief vom 08.07.2021 (Anlage Ast 10) forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin zur Abgabe eines indikativen Angebots bis zum 26.08.2021 auf. Der Verfahrensbrief verwies auf die diesem als Anlage 3 beigefügten „Wertungskriterien Konzessionsvergabeverfahren Gas gemäß § 46 Abs. 2 EnWG“ (Anlage Ast 11) sowie die als Anlage 4 eingefügten „Erläuterungen zu den Wertungskriterien Gas“ (Anlage Ast 12). Die Wertungskriterien sahen wie folgt aus:

Die „Erläuterungen zu den Wertungskriterien Gas“ enthalten weitergehende Beschreibungen der Wertungskriterien des Konzessionsvergabeverfahrens. Den Erläuterungen der einzelnen Bewertungskriterien sind allgemeine Erläuterungen vorangestellt. Im Rahmen der einführenden allgemeinen Erläuterungen heißt es wie folgt:

„Die nachfolgenden Ausführungen beschreiben die Wertungskriterien des Konzessionsvergabeverfahrens. Sie haben rein deskriptiven Charakter. Sie begründen keine weiteren Unterkriterien sowie Unter-Unterkriterien (... ; OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.03.2015, 11 W 47/14 Kart; ...)

Die Bewertung der einzelnen Kriterien erfolgt teils nach der absoluten und teils nach der relativen Bewertungsmethode (die jeweiligen Kriterien sind entsprechend gekennzeichnet).

...

Soweit die Auswertung der Kriterien nach der relativen Bewertungsmethode erfolgt, findet ein Wettbewerb der Ideen statt. ...“

Mit Rügeschreiben vom 20.07.2021 (Anlage Ast 13) erhob die Antragstellerin 20 Rügen, mit denen sie neben zu kurzen Fristen insbesondere die Intransparenz von Wertungskriterien, eine fehlende Gewichtung von Unterkriterien sowie eine intransparente und diskriminierende Ausgestaltung der Bewertungsmethode rügte. Zudem stellte sie zwei Bieterfragen. Die Antragsgegnerin half mit Schreiben vom 27.07.2021 der Rüge zu 1) ab, indem sie die Frist zur Abgabe der indikativen Angebote verlängerte, was sie mit einer „Verfahrensinformation 1“ vom selben Tag (Anlage Ast 15) den Bietern mitteilte, mit der sie auch die Bieterfragen beantwortete. Weitere Bieterfragen beantwortete die Antragsgegnerin mit einem als „Verfahrensinformation Nr. 2“ bezeichneten Schreiben. Den Rügen 9, 11, 12 und 17 half die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13.08.2021 (Anlage Ast 18) teilweise ab und erklärte, den weitergehenden Rügen im Übrigen nicht abzuwehren. Im Zuge der teilweisen Abhilfe betreffend die Rügen 9, 11, 12, und 17 passte die Antragsgegnerin die „Erläuterungen zu den Wertungskriterien Gas“ an, und teilte dies den Bietern mit Schreiben vom 13.08.2021, bezeichnet als „Verfahrensinformation Nr. 3“ (Anlage Ast 19), mit.

Auf die im Wesentlichen nicht erfolgte Abhilfe hin, hat die Antragstellerin den streitgegenständlichen Verfügungsantrag vom 26.08.2021, eingegangen am 27.08.2021, gestellt, mit dem sie einen Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB i. V. m. § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB sowie § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 46, 47 EnWG wegen intransparenter und diskriminierender Verfahrensführung geltend macht. Sie verfolgt die Rügen 5-10, 12-16 sowie 18-20 weiter. Sie ist der Ansicht:

- Das Wertungskriterium 1.1.2 Störungsbeseitigungskonzept (Rüge 5) sei intransparent, da Reaktionszeiten abgefragt würden, ohne exemplarisch einige beispielhafte Störfälle aufzuführen. Zudem seien ungewichtete Unterkriterien enthalten, bei denen unklar bleibe, mit welchem Gewicht sie in die Auswertung einfließen sollen.
- Das Wertungskriterium 1.1.3 Störungspräventionskonzept (Rüge 6) sei intransparent und enthalte mit „Maßnahmen und Vorkehrungen, die der Bieter trifft, um technische Störungen im Netz zu verhindern“ einerseits und „Umgang mit konkreten Gefährdungslagen“ andererseits eigenständige Unterkriterien, die nicht selbständig gewichtet seien. Zudem seien die abgefragten Inhalte nicht unter einem gemeinsamen Oberbegriff subsumierbar.
- Das Wertungskriterium 1.2 Ungefährlichkeit des Netzbetriebs (Rüge 7) sei intransparent. Nach der gegenwärtigen Gestaltung könne die Antragstellerin nicht erkennen, worauf es der Antragsgegnerin bei ihrer Auswahlentscheidung zu diesem Kriterium ankomme. Insbesondere habe die Antragsgegnerin den Bietern nicht mitgeteilt, was sie selbst unter der Vermeidung von „Gefährdungen Dritter sowie eigener Mitarbeiter“ verstehe.
- Das Wertungskriterium 1.3.1 Netzkonzept (Rüge 8) sei intransparent. Die Begriffe „Netzbetrieb“, „Wartung“, „Netzinstandhaltung“, „Netzerneuerung“, „Investitionskonzept“, „Personaleinsatz und –qualifikation“, „Einsatz neuer Technologien“ und „Zielnetzplanung“ stellten undefinierte Begriffe dar. Zudem handle es sich um ungewichtete Unterkriterien.
- Das Wertungskriterium 1.3.2 Sicherung der Einhaltung des Netzkonzeptes (Rüge 9) sei intransparent. Zudem sei die konkrete Ausgestaltung der absoluten Bewertungsmethode durch die Antragsgegnerin unzulässig. Insbesondere aufgrund der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sei offen, ob für alle Vertragsverletzungen entsprechende Angebote (Informationspflichten, Kontrollmöglichkeiten, Pönalen und Sonderkündigungsrechte) eingeräumt werden müssten, um diese Punktstufe zu erreichen, oder ob bereits die Einräumung entsprechender Pflichten beziehungsweise Rechte für einzelne Fälle von Verletzungen der konzeptionellen Zusagen ausreichten. Auch seien die Begriffe „Verletzung der wesentlichen im Netzkonzept geregelten Pflichten“ und „angemessene Pönale“ zu unbestimmt und somit intransparent.

- Das Wertungskriterium 3.1 Konzept Netzservice (Rüge 10) sei intransparent und enthalte ungewichtete Unterkriterien, bei denen unklar bleibe, mit welchem Gewicht sie in die Auswertung einfließen sollen. Ausweislich der Erläuterungen erwarte die Antragsgegnerin Angaben dazu, inwieweit der Netzbetreiber den Netzkunden einen „persönlichen und/oder technisch niederschwelligen, effektiven Service, der zeitlich flexibel und inhaltlich umfassend ist“, anbiete. Wenn hierzu „Ausführungen zu einem etwaigen Kundencenter“, „Angaben zur Erreichbarkeit“ sowie „zum Umfang des angebotenen Kundenservices“ als auch zu „internet-gestützten Angeboten“ sowie „Möglichkeiten der Individualberatung“ gemacht werden und das Konzept Auskunft darüber geben solle, „ob und wenn ja, auf welche Art und in welchem Umfang das Angebot des Bieters qualitätsgesichert werde“, handle es sich um eigenständige Unterkriterien. Die aufgestellten Themenkomplexe stellten nicht bloß erläuternde Aspekte dar, sondern voneinander unabhängige Gesichtspunkte des Netzservices.
- Das Wertungskriterium 4.1 Abstimmung konkreter Baumaßnahmen (organisatorische Effizienz) (Rüge 12) sei in seiner Ausgestaltung intransparent. Die Punktstufen enthielten unbestimmte Rechtsbegriffe. Insbesondere sei unklar, worauf sich der Widerspruch (+2 Punkte) beziehe und welche Folgen an den Widerspruch geknüpft sein sollen. Darüber hinaus enthielten die Bepunktungsstufen unbestimmte Rechtsbegriffe. So sei, wenn ein „differenziertes und effizientes Konfliktlösungsverfahren“ gefordert werde, unklar, wie das Konfliktlösungsverfahren auszugestalten sei. Zudem sei die Ausgestaltung des Kriteriums diskriminierend, da bei der Anwendung der additiven Bepunktungsmethode die Gefahr bestünde, dass für die Antragsgegnerin vorteilhafte Angebotsinhalte willkürlich nicht berücksichtigt würden, nur weil die erste Punktstufe der „Informationspflicht“ nicht erreicht sei.
- Das Wertungskriterium 4.2 Konzept technische Netzeffizienz (Rüge 13) sei intransparent ausgestaltet und enthalte zudem ausweislich der Erläuterungen ungewichtete Unterkriterien. Die Antragsgegnerin erwarte gemäß der Erläuterung Darstellungen zu „Maßnahmen zur technischen Effizienzverbesserung“, „Maßnahmen zur Reduktion von Netzverlusten“, „Maßnahmen der Effizienzsteigerung“ sowie zur „zeitlichen und sachlichen Realisierung der Maßnahmen“. Hierbei handle es sich um die Darstellung von Maßnahmen zur Erreichung dreier voneinander unabhängiger Ziele, wobei

zusätzliche Gesichtspunkte in die Wertung aufgenommen würden, die dem Kriterium „Konzept technische Netzeffizienz“ nicht immanent seien.

- Das Wertungskriterium 4.3 Konzept Kosteneffizienz (Rüge 14) sei aufgrund der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe intransparent. Es bleibe unklar, was die Antragsgegnerin unter „kostendämpfenden sowie kostenstabilisierenden Maßnahmen“ verstehe und wie sie die Konzepte verschiedener Bieter vergleichen wolle.
- Das Wertungskriterium 5.1 Konzept umweltverträglicher Netzbetrieb (Rüge 15) sei intransparent und enthalte ungewichtete Unterkriterien. Die Antragsgegnerin erwarte ausweislich der Erläuterungen Darstellungen zum „Einsatz umweltfreundlicher Materialien“, „Angaben zur Schonung des Ortsbildes“, „des im Netzgebiet konkret eingesetzten Fuhrparks“, „zur Verantwortung für Flora und Fauna, insbesondere den lokalen Baumbestand“ sowie ein „zertifiziertes Umweltmanagement“. Diese von der Antragsgegnerin aufgestellten Themenkomplexe enthielten nicht bloß erläuternde Aspekte, sondern voneinander unabhängige Gesichtspunkte eines umweltverträglichen Netzbetriebs, da etwa der Fuhrpark einen völlig anderen Aspekt darstelle, der in keinem erkennbaren Abhängigkeitsverhältnis zu den anderen Themen stehe, auch weiche der Aspekt der Beeinträchtigung des Ortsbildes inhaltlich erkennbar von den anderen Themenkomplexen ab. Für die Antragstellerin sei nicht erkennbar, wie die Antragsgegnerin die Konzepte der Bieter in Bezug auf diese fünf Unterkriterien bewerte.
- Betreffend das Wertungskriterium 5.2 Umgang mit Altleitungen (Rüge 16) sei die gewählte Bepunktungsmethode diskriminierend, da Angebote mit 0 Punkten bewertet werden könnten, wenn sie nicht die erste Wertungsstufe erreichten, obwohl die Angebotsinhalte wesentliche Vorteile für den öffentlichen Auftraggeber enthielten, wenn etwa eine stillgelegte Leitung als Leerrohr angeboten werde.
- Das Wertungskriterium 6.2 Qualitätssicherung von Netzbaumaßnahmen (Rüge 18) sei intransparent, seine Ausgestaltung erfülle nicht die Anforderungen der Rechtsprechung bei Anwendung einer absoluten Bewertungsmethode. Die Antragsgegnerin habe in den Erläuterungen gefordert, dass eine Darstellung von Fragen der Baustellenabsicherung sowie des Bauzeitmanagements erfolgen solle, ohne dass diese Aspekte in der Bepunktungstabelle wieder

auffauchten. Es müsse jedoch zur Wahrung des Transparenzgrundsatzes erkennbar sein, welchen Punktestufen die Erläuterungen zuzuordnen seien.

- Das Wertungskriterium 6.3 Gewährleistungsmanagement (Rüge 19) sei aufgrund der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe intransparent. So sei unklar, welche „Informationen“ die Antragsgegnerin zu „abgeschlossenen Baumaßnahmen“ erwarte. Zudem seien die gewählten Punktestufen diskriminierend aufgrund des Umstandes, dass Angebote mit 0 Punkten bepunktet würden, wenn sie die erste Bewertungsstufe nicht erreichten, obwohl sie die übrigen Punktestufen gegebenenfalls erfüllten.
- Das Wertungskriterium 6.4 Information über und Abstimmung mit der Kommune über Netzzustand, Planungen, Netzentwicklung etc. (Rüge 20) sei intransparent und enthalte ungewichtete Unterkriterien. Die enthaltenen Unterkriterien „Kenntnis des Zustands und der weiteren Entwicklung des Gasverteilernetzes“, Kenntnis von grundlegenden Netzzustandsdaten der Netzentwicklung“, und „Darstellung des Umfangs der Verbindlichkeit der Abstimmung zwischen Konzessionsnehmerin und Antragsgegnerin“ unter „Einbeziehung der angebotenen Abstimmungsprozesse hinsichtlich der dadurch eingeräumten Möglichkeiten für die Kommune Synergien betreffend die kommunale Infrastrukturplanung zu heben oder Baumaßnahmen der Konzessionsnehmerin in rechtlich zulässiger Weise zu Mitverlegungszwecken zu nutzen“ ließen sich nicht unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsumieren und seien nicht gegeneinander abwägbar.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, das mit Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 11.03.2021 eingeleitete Gaskonzessionsverfahren auf dem Gebiet der _____ auf Grundlage des Verfahrensbriefs vom 08.07.2021 in der Fassung vom 13.08.2021 fortzusetzen, bevor sie nicht den mit Schreiben vom 20.07.2021 erhobenen und mit der Antragschrift weiterverfolgten Rügen 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, und 20 der Antragstellerin abgeholfen hat;
2. der Antragstellerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00

EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monate, zu vollziehen an dem Bürgermeister, anzudrohen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat im vollen Umfang ihre Bewertungskriterien verteidigt und hält sämtliche Beanstandungen für rechtlich nicht erheblich.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung – soweit er sich nicht auf die Rügen 7, 14, 19 und 20 bezieht – stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, es sei betreffend die den Rügen 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16 und 18 zugrundeliegenden Wertungskriterien nicht gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolge, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspreche. Die einer relativen Bewertung unterliegenden Wertungskriterien 1.1.2 Störungsbeseitigungskonzept (Rüge 5), 1.1.3 Störungspräventionskonzept (Rüge 6), 1.3.1 Netzkonzept (Rüge 8), 3.1 Konzept Netzservice (Rüge 10), 4.2 Konzept technische Netzeffizienz (Rüge 13), 5.1 Konzept umweltverträglicher Netzbetrieb (Rüge 15) seien intransparent und enthielten ungewichtete Unterkriterien, so dass nicht sichergestellt sei, dass alle Bieter gebührend informiert und mit der üblichen Sorgfalt handelnde Bieter die genaue Bedeutung der Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können. Die als absolute Bewertungskriterien ausgestalteten Wertungskriterien 1.3.2 Sicherung der Einhaltung des Netzkonzeptes (Rüge 9), 4.1 Abstimmung konkreter Baumaßnahmen (organisatorische Effizienz) (Rüge 12), 5.2 Umgang mit Altleitungen (Rüge 16) und 6.2 Qualitätssicherung von Netzbaumaßnahmen (Rüge 18) seien als absolut ausgestaltete Bewertungskriterien intransparent, da aufgrund bestehender Unschärfen bei den Beschreibungen zu den Punktestufen Beurteilungsspielräume entstünden, die im Rahmen der Ausgestaltung absolut bewerteter Kriterien nicht bestehen dürften. Die Bewertungskriterien 4.1 Abstimmung konkreter Baumaßnahmen (organisatorische Effizienz) (Rüge 12) und 5.2 Umgang mit

Altleitungen (Rüge 16) seien zudem in der gewählten additiven Bepunktungsmethode willkürlich beziehungsweise diskriminierend, da Angebotsinhalte mit null Punkten bewertet werden könnten, allein weil die vorherige Punktestufe nicht erfüllt sei, obwohl mit dem Erreichen weiterer Punktestufen wesentliche Vorteile für die Antragsgegnerin bestünden. Das Wertungskriterium 6.2 Qualitätssicherung von Netzbaumaßnahmen (Rüge 18) sei bereits deshalb intransparent, weil sich Punkte aus der Erläuterung nicht in der Bepunktungstabelle wiederfinden würden. Demgegenüber seien die Wertungskriterien 1.2 Ungefährlichkeit des Netzbetriebs (Rüge 7), 4.3 Konzeptkosteneffizienz (Rüge 14), 6.3 Gewährleistungsmanagement (Rüge 19) und 6.4 Informationen über und Abstimmung mit der Kommune über Netzzustand, Planung, Netzentwicklung etc. (Rüge 20) hinreichend transparent und enthielten auch keine Unterkriterien.

Wegen der Feststellungen des Landgerichts sowie seiner rechtlichen Erwägungen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils (Bl. 128 ff. d. A.) Bezug genommen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.

Gegen das ihr am 11.10.2021 zugestellte Urteil hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 21.10.2021 Berufung eingelegt und die Berufung mit Schriftsatz, eingegangen am 03.12.2021 (offensichtlich versehentlich mit Datum 13.12.2021 bezeichnet) unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens begründet.

Die Antragsgegnerin beantragt,

unter Abänderung der Entscheidung des Landgerichts Dortmund vom 08.09.2021, Az. 8 O 29/21 [Kart], den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 26.08.2021 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Wege der Anschlussberufung beantragt sie, folgende einstweilige Verfügung zu erlassen:

1. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, das mit Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 11.03.2021 eingeleitete Gaskonzessionierungsverfahren auf dem Gebiet der auf Grundlage des Verfahrensbriefs vom 08.07.2021 in der Fassung vom 13.08.2021 fortzusetzen, bevor sie nicht den mit Schreiben vom 20.07.2021 erhobenen und mit der Antragschrift weiterverfolgten Rügen 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, und 20 der Antragstellerin abgeholfen hat;
2. der Antragstellerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehende Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monate, zu vollziehen an dem Bürgermeister, anzudrohen.

Die Antragstellerin verteidigt unter Vertiefung ihres Vorbringens die Entscheidung des Landgerichts Dortmund und wendet sich gegen die Entscheidung des Landgerichts Dortmund, soweit ihr Antrag im Hinblick auf die Rügen 7, 14, 19 und 20 zurückgewiesen worden ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,
die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in zweiter Instanz wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte sowie begründet Berufung ist zulässig (§ 520 Abs. 3 S. 2 ZPO). Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Düsseldorf ergibt sich aus §§ 93, 92 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 Kartellsachen-KonzentrationsVO. Die Berufung hat in der Sache Erfolg. Die zulässige Anschlussberufung hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Auf die Berufung ist das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stattgegeben worden ist, und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtet auf Unterlassen der Fortsetzung des Konzessionsvergabeverfahrens ist zwar zulässig und innerhalb der Frist des § 47 Abs. 5 S. 1 EnWG geltend gemacht worden. Der Antrag ist jedoch unbegründet. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Unterlassen der Fortsetzung des Gaskonzessionsvergabeverfahrens aus den §§ 33 Abs. 1 S. 1, 19 Abs.1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. § 46 Abs. 1 EnWG in Bezug auf die Rügen 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16 und 18.

a. Nach § 19 Abs.2 Nr.1, 1. Alt. GWB liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert.

b. Die Antragsgegnerin erfüllt die Voraussetzungen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Marktbeherrschend im Sinne dieser Vorschrift ist gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Unternehmen, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Städte und Gemeinden handeln bei Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts. Auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt sind sie ohne Wettbewerber. Der für die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung sachlich relevante Markt ist der des Angebots von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Gasversorgungsnetz gehören. Auf diesem Markt stehen sich die Städte und Gemeinden als ausschließliche Anbieter des Wegerechts und Gasversorgungsunternehmen als Nachfrager gegenüber. Der relevante Markt ist örtlich auf das Gebiet der jeweiligen Kommune beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeinde- und Stadtgebiet eignen (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 Stromnetz Heiligenhaften Rn 21; BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12 Stromnetz Berkenthin Rn 22, jeweils zitiert nach juris).

c. Der betroffene Markt ist gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich; der Zugang zum Wegenutzungsrecht ist bereits dadurch eröffnet, dass die Gemeinden aufgrund der Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG fremde Unternehmen dazu aufzufordern haben, sich am Wettbewerb um die Konzession zu beteiligen (BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 Stromnetz Heiligenhafener Rn 23; Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12 Stromnetz Berkenthin Rn 24, jeweils zitiert nach juris).

d. Als Normadressaten des kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Behinderungsverbots sind Gemeinden nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet, im Auswahlverfahren zur Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte keinen Bewerber unter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ungerechtfertigt zu beeinträchtigen und ihn weder unbillig zu behindern noch zu diskriminieren. Die Missachtung der kartellrechtlichen Verbotsnormen führt zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags nach § 134 BGB (BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“ Rn. 101ff., zitiert nach juris).

e. Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung. Eine unbillige Behinderung im Sinne des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt vor, wenn die Chancen eines oder mehrerer Bewerber auf den Abschluss des Konzessionsvertrags dadurch beeinträchtigt werden, dass die Auswahlentscheidung die an sie zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 „Stromnetz Heiligenhafen“ und KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, jeweils zitiert nach juris, Tz. 50 bzw. 54). Ob ein Auswahlverfahren Bewerber um eine Konzession im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 17.12.2013 – KZR 65/12 „Stromnetz Heiligenhafen“ und KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, jeweils zitiert nach juris, Rn 51 bzw. 55; BGH, Urt. v. 24.10.2011 - KZR 7/10, WuW/E DE-R 3446 Rn. 37 – Grossistenkündigung; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.08.2017 – 6 U 1/17 Kart, zitiert nach juris, Rn 157).

aa. Das aus dem Diskriminierungsverbot abzuleitende allgemeine Gebot, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, wird für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt (materielle Anforderungen). Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien auszurichten, welche die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren (BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 – „Stromnetz Heiligenhafen“, Rn. 49; zit. nach juris). Der Zweck des EnWG, einen Wettbewerb um das Netz zu erreichen, lässt nur solche Auswahlkriterien zu, die entweder die Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 EnWG oder konzessionsabgabenrechtlich zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung betreffen (BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12 – Stromnetz Berkenthin, Rn. 47; zit. nach juris). Das energiewirtschaftsrechtliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, vereint allerdings mehrere Einzelziele, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zugänglich sind. Damit wird der Planungshoheit der Gemeinde und der durch die Gemeindeorgane vermittelten wirksamen Teilnahme der Gemeindeglieder an den Angelegenheiten des örtlichen Gemeinwesens Rechnung getragen (BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12 – Stromnetz Berkenthin, Rn. 49; zit. nach juris; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.08.2017 – 6 U 1/17 Kart zitiert nach juris Rn 90).

bb. Das Auswahlverfahren muss darüber hinaus so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Entscheidung ankommt (verfahrensbezogene Anforderungen). Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten des Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht (BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 Rn 44). Daher ergibt sich eine Pflicht zur Offenlegung aller vorgesehenen Entscheidungskriterien bereits vor Abgabe des Angebots, wobei eine solche im ersten Verfahrensbrief genügt (BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 Rn 46f; NJW 2007, 2184). Dies gilt auch für sogenannte Unterkriterien und für die Gewichtung der Kriterien und Unterkriterien (OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.03.2015 – 11 W 47/14 (Kart); Beschl. v. 28.05.2013 – 11 Verg 6/13 -, juris Rn. 58ff. zur Vergabe nach VOL/A, Senat, Beschl. v. 17.04.2014 – 2 (Kart) 3/13 n. st. Rspr.). Alle Bieter sollen bereits bei Abfassung der Angebote

gleichermaßen vorhersehen können, worauf es dem Auftraggeber in besonderem Maße ankommt, um ihre Angebote entsprechend den Vorstellungen des Auftraggebers optimal gestalten zu können (OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.03.2015 – 11 W 47/14 (Kart)).

Die Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe vergaberechtlich unzulässig ist, wird erst dann überschritten, wenn die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, anhand deren das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, und sie in Folge dessen auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotsbewertung nicht mehr effektiv geschützt sind (OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.01.2021 – 6 U 95/20 Kart, zitiert nach juris Rn 349; OLG Frankfurt, Urt. v. 03.11.2017 – 11 U 51/17 Kart, zitiert nach juris Rn 66; OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.06.2016 - 11 Verg 4/16 - juris Rdnr. 55; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013 - VII-Verg 8/13,-, juris Rdnr. 21). Nur unter diesem Gesichtspunkt ist die vorherige Offenlegung von Unterkriterien beziehungsweise Unter-Unterkriterien geboten (OLG Frankfurt, Urt. v. 03.11.2017 – 11 U 51/17 Kart, zitiert nach juris Rn 66; vgl. OLG Düsseldorf aaO Rdnr. 22; EuGH, Urteil vom 24.01.2008 - C 532/06 - Lianakis, Rdnr. 38).

f. Ausgehend von diesen Bewertungsmaßstäben genügt das bisherige Verfahren zur Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit unter Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen auch unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist.

Die von der Antragstellerin geltend gemachten Rügen 5-10, 12-16 und 18-20 haben allesamt keinen Erfolg. Ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz und das Diskriminierungsverbot liegen nicht vor. Weder hat die Antragsgegnerin über die in der Anlage 3 („Wertungskriterien Konzessionsvergabeverfahren Gas Gemäß § 46 Abs. 2 EnWG“) zum Verfahrensbrief vom 08.07.2021 genannten Zuschlagskriterien hinaus weitere ungewichtete Unterkriterien aufgestellt (siehe unter aa.), noch sind die Unter-Kriterien 1.2 Ungefährlichkeit des Netzbetriebs, 3.1. Konzept Netzservice, 4.1 Abstimmung konkreter Baumaßnahmen, 4.2 Konzept technische Netzeffizienz, 4.3 Konzept Netzeffizienz, 5.1 Konzept

umweltverträglicher Netzbetrieb, 5.2 Umgang mit Altleitungen, 6.2 Qualitätssicherung von Netzbaumaßnahmen, 6.3 Gewährleistungsmanagement, 6.4 Information über und Abstimmung mit der Kommune sowie die Unter-
 Unterkriterien 1.1.2 Störungsbeseitigungskonzept, 1.1.3 Störungspräventionskonzept, 1.3.1 Netzkonzept und 1.3.2 Sicherung der Einhaltung des Netzkonzepts zu beanstanden (siehe unter bb.).

aa. Die Antragstellerin macht geltend, die „Erläuterungen zu den Wertungskriterien Gas“ (Anlage 4 zum Verfahrensbrief vom 08.07.2021) zu den Wertungskriterien 1.1.2 Störungsbeseitigungskonzept, 1.1.3 Störungspräventionskonzept, 1.3.1 Netzkonzept, 3.1. Konzept Netzservice, 4.2 Konzept technische Netzeffizienz, 5.1 Konzept umweltverträglicher Netzbetrieb, 6.4 Information über und Abstimmung mit der Kommune enthielten weitere Unterkriterien, weshalb die fehlende Gewichtung der Unterkriterien zueinander ein Verfahrensfehler darstelle.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Erläuterungen zu den genannten Wertungskriterien enthalten keine weiteren Unter-Kriterien. Hierfür sprechen folgende Erwägungen:

(1) Die Antragsgegnerin wollte ausdrücklich keine weiteren als die in Anlage 3 zu ihrem Verfahrensbrief bekannt gemachten und gewichteten Wertungskriterien aufstellen. Aus diesem Grund hat sie den Bietern in den Erläuterungen vorab mitgeteilt, dass die nachfolgenden Ausführungen die Wertungskriterien beschreiben und rein deskriptiven Charakter haben. Dass die Antragsgegnerin im Widerspruch hierzu nicht bloß beschreiben wollte, welche inhaltlichen Ausführungen sie in den geforderten Konzepten in jedem Fall erwartet, sondern die Konzeptinhalte abschließend aufzählen und definieren wollte, findet in den Vergabeunterlagen keinerlei Stütze. Vielmehr sprechen die Formulierungen der Erläuterungen teilweise im Gegenteil sogar ausdrücklich gegen abschließend formulierte Unterkriterien.

(2) Das Transparenzgebot begründet die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers die Zuschlagskriterien hinreichend bestimmt und eindeutig zu formulieren, um den fachkundigen Bietern ein gleiches Verständnis darüber zu vermitteln, was er diesbezüglich für Erwartungen an das Angebot hat. Ist das gewählte Zuschlagskriterium nach seiner Begrifflichkeit nicht selbsterklärend, bedarf es einer weiteren inhaltlichen Konkretisierung. Dabei hat der Auftraggeber die Wahl, ob er Unterkriterien bildet oder rein deskriptiv erläutert, welche zentralen

inhaltlichen Anforderungen er stellt. Entscheidend für das Vorliegen von Unterkriterien ist nicht, so wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat noch einmal betont hat, ob die Konkretisierung des Wertungskriteriums „eigene abgrenzbare Themenkomplexe“ enthält. Entscheidend ist vielmehr, ob die genannten inhaltlichen Anforderungen an das Wertungskriterium abschließend durch den Auftraggeber definiert worden sind mit der Folge, dass inhaltlich darüber hinausgehende konzeptionelle Ausführungen nicht gefordert sind und, sollten sie doch erfolgen, bei der Konzeptbewertung unberücksichtigt bleiben. Macht der Auftraggeber hingegen lediglich Angaben dazu, zu welchen zentralen Gesichtspunkten er in dem Konzept Ausführungen erwartet, ohne dass die Themen abschließend aufgezählt sind und dem Bieter infolgedessen ein Freiraum verbleibt, eigene (neue) Gesichtspunkte einzubringen, die unter den erläuterten Begriff fallen und demzufolge bei der Bewertung des Konzepts auch Berücksichtigung finden sollen, liegen bloße Erläuterungen vor (siehe auch OLG Karlsruhe Urt. v. 27.01.2021 – 6 U 95/20 Kart, zitiert nach juris Rn 349; KG Berlin, Urt. v. 25.10.2018 - 2 U18/18 EnWG, zitiert nach juris Rn 95). Bereits der Formulierung der Erläuterungen zum Störungsbeseitigungskonzept ist zu entnehmen, dass die Ausführungen zu Reaktionszeiten, einer etwaigen Ersatzversorgung, zum einzusetzenden Personal, zur Materialvorhaltung und zur Krisenkommunikation inhaltlich nicht abschließend gemeint sind. So heißt es in Satz 2, dass das Konzept „auch“ Ausführungen hierzu umfassen soll, also weitere Inhalte nicht ausgeschlossen sind. In den Erläuterungen zum Netzkonzept heißt es zudem, dass „unter anderem“ Aspekte des Betriebs, der Wartung, der Instandhaltung und der Erneuerung des Netzbetriebs erwartet werden.

Zwar enthalten die Erläuterungen zu den übrigen der oben genannten Wertungskriterien solche oder ähnliche Formulierungen nicht. Dies ist aber unschädlich. Da die Antragsgegnerin ausdrücklich erklärt hat, in den Erläuterungen keine Unterkriterien begründen zu wollen, müsste sich aus den Formulierungen der Erläuterungen eindeutig ergeben, dass sie die Inhalte der Konzepte dennoch abschließend vorgeben wollte mit der Folge, dass Ausführungen zu Themen, die in den Erläuterungen nicht ausdrücklich angesprochen sind, aber inhaltlich unter den Begriff des Wertungskriteriums fallen, bei der Konzeptbewertung unberücksichtigt zu bleiben haben. Anhaltspunkte hierfür fehlen jedoch und werden von der Antragstellerin auch nicht aufgezeigt.

(3) Die Antragsgegnerin war vorliegend aufgrund des Transparenzgrundsatzes auch nicht verpflichtet, weitergehende gewichtete Unterkriterien (Unter-Unter-

Kriterien betreffend Ziff. 3.1, 4.2, 5.1 und 6.4 beziehungsweise Unter-Unter-Unter-Kriterien betreffend Ziff. 1.1.2, 1.1.3 und 1.3.1) zu bilden.

Die Kommune ist nicht gehalten, sämtliche materiellen Aspekte, die sie bei der vorzunehmenden Wertung der Angebote berücksichtigen will, im Vorhinein bis ins letzte Detail wertungsmäßig aufzuschlüsseln. Dies gilt umso mehr, wenn die zur Erläuterung der Unterkriterien aufgeführten Aspekte – wie vorliegend – keine abschließende Auflistung, sondern vielmehr die aus Sicht der Kommune zentralen Gesichtspunkte darstellen. Dies ist notwendige Folge, soweit eine inhaltliche Offenheit des Bieterwettbewerbs den Bewerbern Spielraum dafür lässt, auch eigene (neue) Gesichtspunkte einzubringen (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.01.2021 – 6 U 95/20 Kart, zitiert nach juris Rn 349; KG, Urteil vom 25. Oktober 2018 - 2 U 18/18 EnWG, juris Rn. 95). Die Forderung der Antragstellerin, nach weitergehenden gewichteten Unterkriterien würde dazu führen, dass die Antragsgegnerin gezwungen wäre, weitere Aufgaben der Bieter zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen der funktionalen Ausschreibung in rechtlich unbedenklicher Weise auf die Bieter delegieren wollte (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.01.2021 – 6 U 95/20 Kart, zitiert nach juris Rn 348).

bb. Soweit die Antragstellerin mit ihren Rügen 5-9, 12-16 und 18-20 die nachfolgenden Wertungskriterien zusätzlich auch noch aus weiteren Gründen als intransparent und diskriminierend kritisiert, bleibt ihr Vorbringen ebenfalls erfolglos.

(1) Wertungskriterium 1.1.2 „Störungsbeseitigungskonzept“ – Rüge 5

Das Zuschlagskriterium „Störungsbeseitigungskonzept“ ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Ein Verstoß gegen den in § 97 Abs. 1 GWB normierten Transparenzgrundsatz kann – anders als das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat – nicht damit begründet werden, dass die Antragsgegnerin nach ihren Erläuterungen zwar konzeptionelle Ausführungen zu Reaktionszeiten bei Netzstörungen erwartet, hingegen beispielhaft keine für die Dauer der Reaktionszeit maßgeblichen Störungsszenarien nennt.

Die Abfrage der Reaktionszeit ohne Angabe beispielhafter Störfälle führt vorliegend nicht zur Intransparenz des Wertungskriteriums. Die notwendige

Transparenz ist in der Regel dann hergestellt, wenn alle potentiellen Bieter gebührend informiert und mit der üblichen Sorgfalt handelnde Bieter die genaue Bedeutung der Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können, und auch die Gemeinde überprüfen kann, ob und in welchem Umfang die Angebote der Bieter die geltenden Kriterien erfüllen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.01.2021 – 6 U 95/20 Kart, zitiert nach juris Rn 81, Urt. v. 03.04.2017 - 6 U 153/16 Kart, juris Rn. 126 mwN). Im Rahmen der Ausgestaltung der Kriterien darf die Antragsgegnerin von einem Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters und dessen verständiger Würdigung der Kriterien ausgehen (BGH, Urt. v. 28.01.2020 – EnZR 116/18, zitiert nach juris, Rn 9 und 17). Der interessierte und fachkundige Netzbetreiber weiß aufgrund rechtlicher Regelungen und technischer Regelwerke, welche Reaktionszeiten gefordert sind.

Soweit die Dauer der jeweiligen Reaktionszeiten von konkreten Störungsszenarien abhängt, ist es Sache des jeweiligen Bieters, ob und in welchem Umfang er in seinem Konzept eine differenzierte Darstellung der Reaktionszeiten nach bestimmten Störungsszenarien unterteilt darstellen möchte.

(2) Wertungskriterium 1.1.3 „Störungspräventionskonzept“ – Rüge 6

Die Erläuterungen zum Störungspräventionskonzept begründen nicht deshalb einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz, weil – so wie das Landgericht ausgeführt hat – die Darstellung von „Maßnahmen zur Verhinderung technischer Störungen nebst den unternehmerischen langfristigen Maßnahmen“ und der „Umgang mit konkreten Gefährdungslagen“ nicht unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsumierbar sind und sich nicht gegenseitig ausgleichen können.

In den Erläuterungen zum Störungspräventionskonzept heißt es:

„Darstellung der Maßnahmen und Vorkehrungen, die der Bieter trifft, um technische Störungen im Netz zu verhindern. Hierzu zählen sowohl langfristige unternehmensstrategische Maßnahmen wie auch der Umgang mit konkreten Gefährdungslagen.“

Die Ausgestaltung des Kriteriums einschließlich der Erläuterungen ist hinreichend transparent. Zwar ist der Antragstellerin zuzugeben, dass die Freiheit der Kommunen, im Rahmen eines Ideenwettbewerbs Bewertungskriterien offen zu gestalten, nicht unbegrenzt besteht und eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes gegeben ist, wenn die Kriterienerläuterungen das Kriterium selbst nicht lediglich inhaltsgleich abbilden und umsetzen, sondern zusätzliche Gesichtspunkte aufnehmen, die dem Kriterium selbst nicht immanent

sind oder dieses abwandeln (OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.03.2015 – 11 W 47/14 (Kart), zitiert nach juris Rn 22 f.; KG Berlin, Urt. v. 03.03.2019 – 2 U 5/15 (Kart), zitiert nach juris Rn 85 f.). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Vorliegend wird eine Darstellung von Maßnahmen und Vorkehrungen gefordert, damit es erst gar nicht zu Störungen im Netz kommt (Satz 1 der Erläuterung). Hierzu zählen demnach neben „langfristigen unternehmensstrategischen Maßnahmen“ auch der „Umgang mit konkreten Gefährdungslagen“ (Satz 2 der Erläuterung). Diese in Satz 2 der Erläuterungen genannten zwei Punkte erwartet demnach die Antragsgegnerin im Rahmen der nach Satz 1 der Erläuterung geforderten Darstellung zum Störungsbeseitigungskonzept. Bereits mit dem Wortlaut der Erläuterung ist es somit nicht vereinbar, wenn die Antragstellerin annimmt, dass die beiden Aspekte „Maßnahmen und Vorkehrungen, die der Bieter trifft, um technische Störungen im Netz zu verhindern“ und „der Umgang mit konkreten Gefährdungslagen“ gegeneinander unter dem Punkt „Störungspräventionskonzept“ abzuwägen seien. Vielmehr sind „langfristige unternehmensstrategischen Maßnahmen“ einerseits und der „Umgang mit konkreten Gefährdungslagen“ andererseits (vgl. Satz 2 der Erläuterungen) als „Maßnahmen und Vorkehrungen, die der Bieter trifft, um technische Störungen im Netz zu verhindern“ (Satz 2 der Erläuterungen), im Angebot unter dem streitgegenständlichen Wertungskriterium darzustellen. Beides lässt sich unter das Kriterium des Störungspräventionskonzepts subsumieren.

(3) Wertungskriterium 1.3.1 „Netzkonzept“ – Rüge 8

Die Ausgestaltung des Kriteriums einschließlich seiner Erläuterungen ist hinreichend transparent. Die Erläuterungen des Wertungskriteriums 1.3.1 „Netzkonzept“ durch die Begrifflichkeiten „Betrieb“, „Wartung“, „Netzinstandhaltung“, „Netzerneuerung“, „Investitionskonzept“, „Personaleinsatz“, „Personalqualifikation“, „Einsatz neuer Technologien“ und „Zielnetzplanung“ sind hinreichend bestimmt. Stellt man auf den Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters und dessen verständige Würdigung der Kriterien ab (vgl. BGH, Urt. v. 28.01.2020 – EnZR 116/18 zitiert nach juris Rn 9), ist von einem Energieversorgungsunternehmen zu erwarten, dass es deren Bedeutung kennt und sie zur Grundlage eines zu erstellenden Netzkonzeptes macht. Alle aufgeführten Aspekte sind zudem als Teil eines Netzkonzepts in einem solchen zusammenfassbar. Die vorgenannten Aspekte beschreiben zusammen die seitens

der Antragsgegnerin (zumindest) erwarteten Inhalte eines Netzkonzeptes. Einer weitergehenden Konkretisierung bedurfte es nicht. Die Grenze der gewählten offenen Gestaltung der Wertungskriterien ist vorliegend nicht überschritten.

(4) Wertungskriterium 1.3.2 „Sicherung der Einhaltung des Netzkonzeptes“ –
Rüge 9

In den Erläuterungen zu diesem Kriterium heißt es in der durch die „Verfahrensinformation Nr. 3“ vom 13.08.2021 angepassten Fassung (Anlage Ast 19):

„Das Netzkonzept bedarf zu seiner verbindlichen Umsetzung und Durchsetzung entsprechender vertraglicher Regeln. Erwartet werden Angaben dazu, inwieweit der Bieter die regelmäßige Information der Kommune über die Einhaltung der getroffenen Zusagen sicherstellt. Zudem, welchen Regularien (Pönalien etc.) sich der Bieter bis hin zur Ersatzvornahme und ihrer Finanzierung für den Fall der Verletzung der gegebenen Zusagen unterwirft.

...

Bepunktung:

- 1 *Der Bieter bietet keine über die gesetzlichen und zu anderen Kriterien angebotenen vertraglichen Regelungen hinausgehende Vertragsinhalte an*
- 3 *Der Bieter verpflichtet sich dazu, die Kommune bei Verstößen gegen die im Netzkonzept festgelegten Verpflichtungen aktiv zu informieren*
- 5 *Der Bieter verpflichtet sich dazu, die Kommune bei Verstößen gegen die im Netzkonzept festgelegten Verpflichtungen aktiv zu informieren und räumt der Kommune Kontrollmöglichkeiten ein*
- 8 *Der Bieter verpflichtet sich dazu, die Kommune bei Verstößen gegen die im Netzkonzept festgelegten Verpflichtungen aktiv zu informieren und räumt der Kommune Kontrollmöglichkeiten ein und bietet für die Verletzung der wesentlichen im Netzkonzept geregelten Pflichten die Zahlung einer angemessenen Pönale an*
- 10 *Der Bieter verpflichtet sich dazu, die Kommune bei Verstößen gegen die im Netzkonzept festgelegten Verpflichtungen aktiv zu informieren und räumt der Kommune Kontrollmöglichkeiten ein und bietet für die Verletzung der wesentlichen im Netzkonzept geregelten Pflichten die Zahlung einer angemessenen Pönale an und räumt der Kommune ein Sonderkündigungsrecht ein“*

Die Ausgestaltung des Kriteriums einschließlich der Erläuterungen ist hinreichend transparent.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist bei den Punktstufen 3, 5 und 10 vorliegend nicht unklar, auf welche Pflichtverletzungen sich die geregelten Informationspflichten (3 Punkte), Kontrollrechte (5 Punkte) und Sonderkündigungsrecht (10 Punkte) beziehen, und ob für alle Verpflichtungen entsprechende Angebote gemacht werden müssen oder ob bereits die Einräumung entsprechender Rechte / Pflichten für einzelne konzeptionelle Verletzungen ausreichen.

Bei verständiger Würdigung aus Sicht eines fachkundigen Bieters beziehen sich die einzuräumenden Informationspflichten, Kontrollrechte, Pönalen und Sonderkündigungsrechte auf alle im Netzkonzept des Bieters festgelegten Verpflichtungen. Insoweit ist die Formulierung der Erläuterung zu dem Kriterium 1.3.2 „Sicherung der Einhaltung des Netzkonzeptes“ eindeutig, wenn es dort heißt: „die im Netzkonzept festgelegten Verpflichtungen“. Die Formulierung „die im Netzkonzept festgelegten Verpflichtungen“ enthält keine Einschränkungen, so dass die einzuräumenden Informationspflichten (3 Punkte) und Kontrollrechte (5 Punkte) bei jeglichen Verletzungen der festgelegten Verpflichtungen greifen, die Pönalen (8 Punkte) und Sonderkündigungsrechte (10 Punkte) nur bei der Verletzung von wesentlichen im Netzkonzept geregelten Pflichten. Damit ist auch eindeutig geregelt, wann die für die Erreichung der 3-Punkte-Stufe erforderliche Verpflichtung zur aktiven Information gegeben ist, nämlich bei jeglichen Verstößen gegen das eigene Netzkonzept

Dass eine „aktive Information“ auf verschiedenen Wegen erfolgen kann, begründet ebenfalls keine Intransparenz. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Einräumung verschiedener Kontrollmöglichkeiten denkbar ist. Auch bedurfte es keiner weiteren Konkretisierung des Begriffs der „wesentlichen im Netzkonzept geregelten Pflichten“ (8- und 10-Punkte-Stufe). Dieser Begriff ist der Auslegung durch die Bieter zugänglich dergestalt, dass eine Pönale, welche nur im Falle der Verletzung einiger ausgewählter oder unwesentlicher Pflichten greift, nicht ausreichend ist. Andererseits aber eine Pönale oder ein Sonderkündigungsrecht für unwesentliche Pflichtverletzungen nicht erforderlich ist. Die Begriffe „wesentlich“ und „angemessen“ sind nicht intransparent. Es handelt sich um durch die Rechtsprechung ausgestaltete Begriffe. Wesentlich ist etwas, das den Kern einer Sache ausmacht. Eine Pönale ist angemessen, wenn sie im Verhältnis zur konkreten Pflichtverletzung steht.

(5) Wertungskriterium 3.1 „Konzept Netzservice“ – Rüge 10

Die Antragstellerin stützt die Rüge der Intransparenz dieses Wertungskriteriums allein auf die fehlende Bildung von gewichteten Unterkriterien. Hierzu wird auf die Ausführungen unter oben unter Ziff. II.1.f.aa. der Gründe verwiesen.

(6) Wertungskriterium 4.1 „Abstimmung konkreter Baumaßnahmen (organisatorische Effizienz)“ – Rüge 12

In den Erläuterungen hierzu heißt es in der durch die „Verfahrensinformation Nr. 3“ vom 13.08.2021 angepassten Fassung (Anlage Ast 19):

„Baumaßnahmen im Netz erfordern fast ausnahmslos Aufbrüche, die mit Beeinträchtigungen einhergehen. Ziel ist es, im Zusammenwirken mit der Kommune einen möglichst effizienten Netzbetrieb zu erreichen. Die Koordinierung und Abstimmung von Baumaßnahmen, insbesondere Tiefbau, dient der Steigerung und Sicherstellung eines effizienten Netzbetriebs.

Darstellung, inwieweit die Kommune in die konkrete Planung und Umsetzung von Baumaßnahmen eingebunden wird und inwieweit die Kommune auf die Art, den Umfang und den Zeitpunkt der Durchführung im Rahmen der technischen und rechtlichen Notwendigkeiten/Möglichkeiten Einfluss nehmen kann. Zudem Angaben über den Umfang mit erwartbaren Konflikten der Vertragsparteien in diesem Falle.

Punktzahl

- 1 *Kein Einfluss*
- 2 *Reine Informationspflicht mindestens 3 Wochen vor Baubeginn bei geplanten Maßnahmen*
- +2 *Widerspruch*
- +2 *Einflussnahme auf die zeitliche Umsetzung einzelner Maßnahmen*
- +3 *Einfluss auf die sachliche Umsetzung von Maßnahmen*
- +2 *Differenziertes und effizientes Konfliktlösungsverfahren*

Hinweis:

Sieht das Angebot keine Informationspflicht des Bieters vor, so erhält der Bieter an dieser Stelle unabhängig von seinen sonstigen Zusagen 0 Punkte“

Ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz liegt nicht vor. Das einzuräumende Widerspruchsrecht hat sich gegen die Durchführung der Baumaßnahme zu richten. Mögliche Einflussnahmemöglichkeiten der Gemeinde auf die Ausgestaltung von Maßnahme in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht sind demgegenüber Gegenstand weiterer gesonderter Bepunktungsstufen.

Auch erweist sich die gewählte additive Bepunktungsmethode vorliegend nicht als willkürlich, da es im Ermessen der Gemeinde liegt für das Vergabeverfahren festzulegen und zu bestimmen, dass die rechtzeitige Information drei Wochen vor Baubeginn über eine Baumaßnahme ein essentielles Bewertungskriterium für sie darstellt, und dass das Vorliegen weiterer Voraussetzungen, wie etwa die sachliche und zeitliche Einflussnahmemöglichkeit auf die Umsetzung von Baumaßnahmen nur dann von Bedeutung sein kann, wenn sie rechtzeitig über die geplante Maßnahme informiert wurde. Die vorliegend gewählte additive Bepunktungsmethode, bei der das Erreichen weiterer Punkte voraussetzt, dass die Stufe der Informationspflicht erfüllt wird, ist damit hinreichend sachlich begründet und nicht diskriminierend.

Ob ein Konfliktlösungsverfahren „differenziert und effizient“ ist, lässt sich anhand objektiver Kriterien bestimmen. Soweit die Antragstellerin rügt, es könnten

qualitative Unterschiede innerhalb der gleichen Bewertungsstufe bestehen, ist es der absoluten Bewertungsmethode immanent und den Bietern bekannt, dass sich dies auf die Bepunktung im Rahmen dieser Stufe nicht auswirkt, da Voraussetzung für die Bepunktung allein das Erreichen der Wertungsstufe ist, was die Bieter bei der Abgabe ihres Angebotes berücksichtigen können.

(7) Wertungskriterium 4.2 „Konzept technische Netzeffizienz“ – Rüge 13

In den Erläuterungen zum Konzept technische Netzeffizienz heißt es:

„Konzeptionelle Darstellung von Maßnahmen zur technischen Effizienzverbesserung unter Angabe konkreter, für das Konzessionsgebiet effizienter Maßnahmen zur Reduktion von Netzverlusten sowie weiterer Maßnahmen der Effizienzsteigerung. Hierzu gehören neben technischen Aspekten auch die Einbeziehung des aktuellen Standes der Technik der geplanten Maßnahmen. Soweit der Bieter Maßnahmen konkret benennt, sind Aussagen auch zur zeitlichen und sachlichen Realisierung zu tätigen.“

Die Ausgestaltung des Kriteriums einschließlich der Erläuterungen ist hinreichend transparent. Soweit das Landgericht angenommen hat, die Erläuterung enthalte eine Darstellung von Maßnahmen zur Erreichung letztlich dreier voneinander unabhängiger Ziele, die nicht unter einem gemeinsamen Oberbegriff subsumierbar seien, ist dem nicht zu folgen.

Die Antragsgegnerin erwartet ausweislich der Erläuterungen Darstellungen zu „Maßnahmen zur technischen Effizienzverbesserung“, „Maßnahmen zur Reduktion von Netzverlusten“, „Maßnahmen der Effizienzsteigerung“ sowie zur „zeitlichen und sachlichen Realisierung der Maßnahmen“. Hierbei handelt es sich um Aspekte mit deskriptivem Charakter, mit denen die Antragsgegnerin definiert, welche Erwartungen sie an die Darstellungen der Bieter unter dem Punkt „Konzept technische Netzeffizienz“ hat, wobei alle erläuternden Punkte Teil des Konzepts technische Netzeffizienz sind und sich unter dieses Kriterium subsumieren lassen, ohne darüber hinauszugehen.

(8) Wertungskriterium 5.1 „Konzept umweltverträglicher Netzbetrieb“ – Rüge 15

In den Erläuterungen zum Konzept umweltverträglicher Netzbetrieb heißt es:

„Darstellung, inwieweit der Bieter im Rahmen des Netzbetriebs, inklusive Erstellung und Instandhaltung des Netzes, Verantwortung für Fauna und Flora, insbesondere den lokalen Baumbestand übernimmt. Hierzu gehören neben dem Einsatz umweltfreundlicher Materialien auch Angaben in Bezug auf die Schonung des Ortsbildes sowie zum im Netzgebiet konkret eingesetzten Fuhrpark (E-Mobility / Gas) des Bieters. Erwünscht ist eine Umweltmanagement-Zertifizierung o.ä.“

Die Ausgestaltung des Kriteriums einschließlich der Erläuterungen ist nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz liegt nicht vor, da dem verständigen Bieter aufgrund der Erläuterungen hinreichend klar ist, zu welchen inhaltlichen Themen die Antragsgegnerin Ausführungen erwartet.

(9) Wertungskriterium 5.2 „Umgang mit Altleitungen“ – Rüge 16

In den Erläuterungen heißt es:

„Der Verbleib von stillgelegten Leitungen im öffentlichen Verkehrsraum wird bei Beibehaltung dieser Praxis zukünftige Leitungsverlegungen verteuern und erschweren. Im Sinne einer nachhaltigen Bewirtschaftung des öffentlichen Verkehrsraums werden vom Bieter Aussagen erwartet, ob und wie der Bieter die Entfernung stillgelegter Leitungen vorzunehmen gedenkt und für die Entfernung wirtschaftlich Vorsorge trifft.“

Bepunktung:

- 0 Keine Bereitschaft zur Beseitigung
- 3 Beseitigung nur bei öffentlichem Interesse
- 6 Beseitigung bei öffentlichem Interesse und auf erklärten Wunsch der Kommune immer dann, wenn frei zugänglich
- 10 Beseitigung bei öffentlichem Interesse und automatisch immer dann, wenn frei zugänglich, wobei die Kommune bei entsprechend geeigneter Leitung auf die Nutzungsmöglichkeit als Leerrohr hingewiesen und diese im Falle eines entsprechenden Wunsches der Kommune im Boden belassen und der Kommune zu Eigentum gegen angemessenes Entgelt überlassen wird, soweit die Scheinbestandteileigenschaft der Altleitung gemäß § 95 BGB nicht erloschen ist.“

Die Ausgestaltung des Kriteriums einschließlich der Erläuterungen ist entgegen den Ausführungen des Landgerichts hinreichend transparent. Die additive Bepunktung beruht auf sachlichen Kriterien und erhöht sich jeweils, je weitergehend die angebotene Beseitigungsverpflichtung ist, nämlich drei Punkte bei Beseitigung von stillgelegten Leerrohren, wenn ein öffentliches Interesse besteht; 6 Punkte bei Beseitigung, wenn ein öffentliches Interesse besteht und auf erklärten Wunsch der Kommune immer dann, wenn sie frei zugänglich sind; und schließlich 10 Punkte, bei Verpflichtung zur Beseitigung, wenn ein öffentliches Interesse besteht und immer dann, wenn die Leitungen frei zugänglich sind automatisch, wobei diese auf Wunsch der Gemeinde im Boden belassen werden können.

Soweit die Antragstellerin bemängelt, es fehle an einer hinreichenden Transparenz, weil offen bleibe, ob dies nur für endgültig stillgelegte Leitungen oder auch für nur vorübergehend stillgelegte Leitungen gelte, greift der Einwand nicht durch. Stillgelegt ist eine Leitung bei Auslegung der Regelung aus objektiver Sicht

eines verständigen und fachkundigen Bieters erst dann, wenn sie dauerhaft nicht mehr genutzt wird.

Schließlich handelt es sich nicht um eine willkürlich gewählte Bepunktung aufgrund des Umstandes, dass die Möglichkeit der Nutzung als Leerrohr (10 Punkte) nur dann Punkte im Rahmen der Bewertung erhält, wenn der Bieter gleichzeitig eine Bereitschaft zur Beseitigung der Rohre erklärt, eine Bepunktung der Nutzungsmöglichkeit als Leerrohr mithin von der grundsätzlichen Beseitigungsbereitschaft abhängt. Es fällt in das Ermessen der Gemeinde zu bestimmen, dass die Bereitschaft zur Beseitigung ein vorrangig zu bewertendes Kriterium darstellt, und weitere Umstände (wie die Nutzungsmöglichkeit von Leerrohren) nur dann mit Punkten berücksichtigt werden können, wenn auch eine grundsätzliche Verpflichtung zur Beseitigung der Rohre erklärt wird, solange die Gemeinde dies – wie vorliegend – hinreichend klar zum Ausdruck bringt und die Bieter sich darauf einstellen können.

(10) Wertungskriterium 6.2 „Qualitätssicherung von Netzbaumaßnahmen“ –
Rüge 18

In den Erläuterungen heißt es:

„Vom Bieter werden Aussagen dazu erwartet, wie er die Qualität durch von ihm oder einem von ihm beauftragten Unternehmen durchgeführter Baumaßnahmen sichert und gewährleistet. Dies betrifft Fragen der Baustellenabsicherung, des Bauzeitmanagements, der Festlegung von Qualitätsstandards, ggf. Zertifizierungen sowie Verdichtungsnachweise etc.

Bepunktung:

- 1 *Keine Baustellenorganisation*
- 2 *Festgelegter und verschriftlichter Standard zur Durchführung von Baumaßnahmen*
- +3 *Regelmäßige Vorlage von Verdichtungsnachweisen nach Abschluss der Bauarbeiten*
- +3 *Etabliertes Bauzeitmanagement zur Verminderung von Bauzeiten*
- +2 *Zertifizierungen für Durchführung von Baumaßnahmen (Leitungsbau)“*

Die Ausgestaltung des Kriteriums einschließlich der Erläuterungen ist hinreichend transparent.

Soweit das Landgericht ausgeführt hat, das Kriterium sei intransparent, weil die Antragsgegnerin in den Erläuterungen gefordert habe, dass eine Darstellung von Fragen der Baustellenabsicherung sowie des Bauzeitmanagements erfolgen solle,

ohne dass diese Aspekte in der Bepunktungstabelle wieder auftauchten, greifen die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe durch.

Die geforderten „Fragen der Baustellenabsicherung“ sind unzweifelhaft Inhalt eines „festgelegten und verschriftlichten Standards zur Durchführung von Baumaßnahmen“ (2 Punkte). Das „Bauzeitmanagement“ ist explizit in der Punktetabelle aufgeführt als Punkt „Etabliertes Bauzeitmanagement zur Verminderung von Bauzeiten“ (+3 Punkte).

2. Die Anschlussberufung hat keinen Erfolg.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtet auf Unterlassen der Fortsetzung des Konzessionsvergabeverfahrens ist auch in Bezug auf die Rügen 7, 14, 19 und 20 unbegründet, wie das Landgericht mit dem angefochtenen Urteil zutreffend festgestellt hat. Die Antragstellerin hat auch in Bezug auf diese Rügen keinen Anspruch auf Unterlassen der Fortsetzung des Gaskonzessionsvergabeverfahrens aus den §§ 33 Abs. 1 S. 1, 19 Abs.1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. § 46 Abs. 1 EnWG. Eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung, unbillige Behinderung oder Diskriminierung der Bieter liegt auch in Bezug auf diese Rügen nicht vor. Die mit der Anschlussberufung gerügten Bewertungskriterien sind konzessionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a. Wertungskriterium 1.2 „Ungefährlichkeit des Netzbetriebs“ – Rüge 7

In den Erläuterungen zur Ungefährlichkeit des Netzbetriebs heißt es:

„Darstellung des Konzeptes und der Maßnahmen, mit denen der Bieter sowohl im Rahmen der Planung als auch im Betrieb von Versorgungsanlagen, Gefährdungen Dritter sowie eigener Mitarbeiter vorbeugt (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12, BeckRS 2014, 5313 Rn 84; OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019 – 2 U 218/18, BeckRS 2019, 14361 Rn 90)“

Das Landgericht hat die Rüge zutreffend zurückgewiesen. Das Wertungskriterium ist hinreichend transparent. Zutreffend weist das Landgericht darauf hin, dass die Antragsgegnerin bei der Ausgestaltung der Kriterien von einem Erklärungshorizont und der verständigen Würdigung eines fachkundigen Bieters ausgehen durfte (BGH, Urt. v. 28.01.2020 – ENZR 116/18, Rn 16, zitiert nach juris), und dass der unbestimmte Begriff der „Ungefährlichkeit des Netzbetriebs“ im Energierecht allgemein bekannt sei, zumal auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofes sowie des OLG Stuttgart (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12, BeckRS 2014, 5313 Rn 84; OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019 – 2 U 218/18, BeckRS 2019,

14361 Rn 90) verwiesen wird und sich der Begriff der Ungefährlichkeit einer Anlage zudem in der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 13/727774, S. 114) findet.

b. Wertungskriterium 4.3 „Konzeptkosteneffizienz“ – Rüge 14

In den Erläuterungen hierzu heißt es:

„Gefordert ist ein Konzept des Bieters zum möglichst kosteneffizienten Betrieb des Energieversorgungsnetzes. Der Bieter hat dabei seine kostendämpfenden sowie kostenstabilisierenden Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb darzulegen (BT-Drs. 18/8184 S. 14).

Zu benennen sind die Maßnahmen und ihre Wirkungen, insbesondere unter Bezugnahme auf das in Rede stehende Netzgebiet. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, ob sich die Kostenvorteile im Ergebnis auf die konkreten Netzentgelte des Bieters auswirken.“

Das Landgericht hat die Rüge zutreffend zurückgewiesen. Die Bewertung des Landgerichts, dass eine hinreichende Transparenz gewährleistet sei, ist zutreffend. Die Angriffe der Anschlussberufung greifen nicht durch. Darüber hinaus muss den in diesem Bereich erfahren Bieter erkennbar sein, was unter „kostendämpfenden sowie kostenstabilisierenden Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb“ zu verstehen ist. Weitergehende konkretisierende Angaben erfordert das Transparenzgebot auch mit Blick auf die durchzuführende Bewertung im Rahmen des vorliegenden Ideenwettbewerbs nicht. Ob und wie die Antragsgegnerin die Konzepte der verschiedenen Bieter vergleichen will, muss sich nicht notwendig schon im Vorfeld aus einem bis ins letzte Detail gehenden Bewertungssystem ergeben, sondern kann auch aus einer entsprechenden ins Detail gehenden und belegten Begründung der Bewertung im Rahmen etwa einer eingehenden Dokumentation des Wertungsprozesses hervorgehen (BGH, Beschl. v. 04.04.2017 – X ZB 3/17 „Postdienstleistungen“, NZBau 2017, 366; OLG Schleswig, Ur. v. 13.07.2017 – 16 U 32/17).

c. Wertungskriterium 6.3 „Gewährleistungsmanagement“ – Rüge 19

In den Erläuterungen hierzu heißt es:

„Erwartet werden Angaben, inwieweit der Bieter für Baumaßnahmen in und am öffentlichen Verkehrsraum (insbesondere Oberflächen) über Gewährleistungsrechte hinsichtlich ihres Umfangs und ihrer zeitlichen Geltung informiert und deren Durchsetzung erleichtert.

Bepunktung:

- 0 Keine Information über abgeschlossene Baumaßnahmen
- 2 Information über abgeschlossene Baumaßnahmen

- +2 *Gemeinsame Abnahme der abgeschlossenen Baumaßnahme*
- +3 *Hinweis auf Verjährung der Gewährleistungsrechte jeweils spätestens 3 Monate vor Eintritt*
- +3 *(Erneute) Gemeinsame Inaugenscheinnahme der von der Baumaßnahme betroffenen Örtlichkeit spätestens 3 Wochen vor Verjährungseintritt der Gewährleistungsrechte“*

Das Landgericht hat die Rüge zutreffend zurückgewiesen.

Das Kriterium ist hinreichend transparent. Es ist insbesondere nicht unklar, worüber der Bieter die Gemeinde zu informieren hat. Die Informationspflicht bezieht sich eindeutig auf die abgeschlossenen Baumaßnahmen. Schließlich ist es auch nicht willkürlich, Angebote in diesem Kriterium mit 0 Punkten zu bewerten, wenn die erste bepunktete Stufe nicht erreicht wurde, denn sämtliche folgenden Punktestufen beinhalten notwendig die Weitergabe von Informationen. So ist etwa eine gemeinsame Abnahme ohne vorherige Information über den Abschluss der Baumaßnahme nicht denkbar, und auch die Verjährung hängt von der Beendigung der Baumaßnahme beziehungsweise deren Abnahme ab.

- d. Wertungskriterium 6.4 „Informationen über und Abstimmung mit der Kommune über Netzzustand, Planung, Netzentwicklung etc.“ – Rüge 20

In den Erläuterungen hierzu heißt es:

„Darlegung, inwieweit der zukünftige Netzbetreiber für die Dauer des Konzessionsvertrages die Kommune in die nachgenannten Themen einbindet.

.....“

Das Landgericht hat die Rüge zutreffend zurückgewiesen.

Die Ausgestaltung des Kriteriums einschließlich der Erläuterungen ist hinreichend transparent, der Bekanntgabe einer weitergehenden Gewichtung von Unterkriterien bedurfte es nicht. Die Ausgestaltung des Wertungskriteriums erfolgte rein deskriptiv und ist Ausfluss der seitens der Antragsgegnerin gewählten relativen Bewertung dieses Kriteriums.

Mit dem einleitenden Satz der Erläuterungen legt die Antragsgegnerin näher dar, was sie zu dem Kriterium 6.4 „Informationen über und Abstimmung mit der Kommune über Netzzustand, Planung, Netzentwicklung etc.“ von den Bietern erwartet, nämlich eine Darlegung, inwieweit der zukünftige Netzbetreiber für die Dauer des Konzessionsvertrages die Kommune in die nachgenannten Themen einbindet.

Soweit eine „Kenntnis des Zustands und der weiteren Entwicklung des Gasverteilernetzes“, eine „Kenntnis von grundlegenden Netzzustandsdaten der Netzentwicklung“, sowie eine „Darstellung des Umfangs der Verbindlichkeit der Abstimmung zwischen Konzessionsnehmerin und Antragsgegnerin“ unter „Einbeziehung der angebotenen Abstimmungsprozesse hinsichtlich der dadurch eingeräumten Möglichkeiten für die Kommune Synergien betreffend die kommunale Infrastrukturplanung zu heben oder Baumaßnahmen der Konzessionsnehmerin in rechtlich zulässiger Weise zu Mitverlegungszwecken zu nutzen (Leerrohrmitverlegung gegen Kostenerstattung)“ gefordert werden, handelt es sich um nähere deskriptive Beschreibung der darzulegenden Einbindung der Gemeinde seitens des zukünftigen Netzbetreibers. Es handelt sich aus den oben unter Ziff. II.1.f.aa.(2) dargestellten Gründen nicht um eigenständige Unterkriterien, die einer eigenständigen Gewichtung bedurft hätten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nicht. Die Sache ist kraft Gesetzes nicht revisibel, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren in Übereinstimmung mit der unbeanstandet gebliebenen erstinstanzlichen Festsetzung auf 100.000,00 EUR festgesetzt.

Dr. Maimann

Gmelin

Dr. Hanspach

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Düsseldorf

