

OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.11.2017 – 11 U 51/17 (Kart)

Tenor:

Auf die für die Verfügungsbeklagte eingelegte Berufung der Nebenintervenientin wird das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 5.4.2017, Az. 12 O 16/17, abgeändert:

Der Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsklägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, unter Einschluss der außergerichtlichen Kosten der Nebenintervenientin.

Tatbestand:

I.

Die Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin), eine Stromverteilernetzbetreiberin, begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung Unterlassung des Neuabschlusses eines Stromkonzessionsvertrages seitens der verfügungsbeklagten Gemeinde (im Folgenden: Beklagte) mit der Nebenintervenientin.

Am 12.01.2016 machte die Beklagte das Auslaufen des bisherigen Stromkonzessionsvertrages mit der Klägerin in Bundesanzeiger bekannt und führte in der Folgezeit ein Konzessionsvergabeverfahren durch. Unter dem 20.05.2016 übersandte die Beklagte interessierten Bietern, darunter der Klägerin und der Nebenintervenientin, einen Verfahrensbrief mit der Aufforderung, bis 31.08.2016 verbindliche Angebote vorzulegen

Zur Bewertung heißt es in dem Verfahrensbrief unter Ziff. III. 2. wie folgt:

2. Bewertungsmaßstab

Die Angebote werden hinsichtlich Nachvollziehbarkeit, Detailtiefe und Verbindlichkeit der Ausführungen bewertet. In jeder Kategorie können zwischen 0 und 10 Punkten erreicht werden. Die Angebote werden nach dem bekannten Schulnotensystem verwendet. Für ein *sehr gut* werden 10 bzw. 9 Punkte vergeben, für ein *gut* 8 bzw. 7 Punkte, für ein *befriedigend* 6 bzw. 5 etc. Wegen der herausragenden Relevanz der Ziele des §1 EnWG müssen in den Unterkategorien 1.1 bis 1.5 mindestens drei Punkte (ausreichend) erreicht werden.

Die Angebote werden für sich und zunächst ohne Rücksicht auf die übrigen Angebote bewertet. Ein Abgleich mit den Konkurrenzangeboten findet in einem zweiten Schritt und getrennt für jede einzelne Wertungskategorie statt, wenn mehrere Angebote ein "sehr gut", "gut", "befriedigend", etc. erzielen und zusätzlich eine Binnendifferenzierung erforderlich wird.

Wird der Konzessionsvertrag unverändert angeboten, erhält der Bewerber in jeder Unterkategorie zum Oberkriterium "Konzessionsvertrag" 7 Punkte, sofern der Musterkonzessionsvertrag bereits vollständige Regelungen zu einem Wertungskriterium enthält.

Für die Punkteverteilung gilt folgender Bewertungsmaßstab:

- 10 Punkte Hervorragende Umsetzung des Leistungsziels
- 9 Punkte Sehr gute Umsetzung des Leistungsziels
- 8 Punkte Gute Umsetzung des Leistungsziels
- 7 Punkte Insgesamt noch gute Umsetzung des Leistungsziels
- 6 Punkte Zufriedenstellende Umsetzung des Leistungsziels
- 5 Punkte Insgesamt noch zufriedenstellende Umsetzung des Leistungsziels
- 4 Punkte Angebot mit deutlichen Mängeln, aber insgesamt ausreichender Umsetzung des Leistungsziels
- 3 Punkte Angebot mit deutlichen Mängeln, das aber gerade noch die Umsetzung des Leistungsziels erwarten lässt
- 2 Punkte Angebot, das des Leistungsziels nicht mehr umsetzt, aber immerhin noch brauchbare Ansätze zeigt
- 1 Punkt Angebot, das des Leistungsziels nicht mehr umsetzt und auch keine brauchbaren Ansätze zeigt
- 0 Punkte Es fehlt überhaupt an Angaben zu einem Wertungskriterium

Dem Verfahrensbrief war folgende Bewertungsmatrix nebst Erläuterungen beigefügt, des weiteren ein Musterkonzessionsvertrag, der verbindliche (Mindest-)Standards enthalten sollte.

Bewertungsmatrix

Neuabschluss des Wegenutzungsvertrags Strom nach § 46 Abs. 2 EnWG
in der Gemeinde

Bewertungsmatrix

Nr.	Wertungskriterien	Gewichtungszahl
1.	Ziele des § 1 EnWG	70
1.1	Sicherheit des Netzbetriebs	30
1.1.1	Investition ins Netz	14
1.1.2	Störfallmanagement	8
1.1.3	Ausfallzeiten	5
1.1.4	Erfahrung im Netzbetrieb	3
1.2	Preisgünstigkeit	10
1.2.1	aktuelle Netzentgelte	3
1.2.2	aktuelle BK2/HAK	3
1.2.3	Entwicklung Netzentgelte	4
1.3	Verbraucherfreundlichkeit	13
1.3.1	Erreichbarkeit 24/7	3
1.3.2	persönliche Erreichbarkeit	5
1.3.3	Umsetzung Vorgaben aus Anhang I der RL 2009/72/EG	5
1.4	Effizienz	9
1.4.1	Effizienzwert nach ARegV	4
1.4.2	Kosteneffizienz	4
1.4.3	Reduzierung der Leitungsverluste	1
1.5	Umweltverträglichkeit	8
1.5.1	Anschluss EEG-/KWK-Anlagen	4
1.5.2	Maßnahmen zu Klimaschutz und Energieeffizienz beim Netzbetrieb	4
2.	Konzessionsvertrag	30
2.1	Konzessionsabgaben	6
2.1.1	Recht der Kommune auf Abschlagszahlungen	2
2.1.2	Dokumentation durch WP-Testat	2
2.1.3	Anpassung KA bei Rechtsänderung	2
2.2	Netzbetrieb	8
2.2.1	Dokumentation und Auskünfte	4
2.2.2	Einwirkungsmöglichkeiten des Konzessionsgebers	4
2.3	Baumaßnahmen	6
2.3.1	Erweiterung der Gewährleistungsrechte	2
2.3.2	Mitverlegung von Leerrohren	2
2.3.3	Änderung von Oberflächen	2
2.4	Sonderkündigungsrecht	3
2.5	Informationsrechte der Stadt	5
2.5.1	Allgemeine Informationsrechte	3
2.5.2	Informationsrechte zu Vertragsende	2
2.6	Endschäftsregelung	2

Wegen des Inhalts des Verfahrensbriefes nebst Erläuterungen im Einzelnen wird auf die Anlage Ast 3 Bezug genommen.

Die Klägerin und die Nebenintervenientin gaben fristgerechte Angebote ab und erläuterten diese jeweils in einem Präsentationstermin. Die Auswertung der Angebote durch die Verfahrensbevollmächtigten der Beklagten ergab eine Gesamtpunktzahl von 965 Punkten für die Nebenintervenientin (in der folgenden Matrix mit "B" bezeichnet), 896 Punkten für die Klägerin (in der Matrix mit "A" bezeichnet) sowie 910 bzw. 629 Punkten für zwei weitere Bieter. Im Einzelnen wurden die Angebote der Klägerin und der Nebenintervenientin wie folgt bewertet:

Neuabschluss des Wegenutzungsvertrags Strom nach § 46 Abs. 2 EnWG
in der Gemeinde

Bewertungsmatrix

Nr.	Wertungskriterien	Gewichtungszahl	Punkte				Gesamt			
			A	B	C	D	A	B	C	D
1	Ziele des § 1 EnWG	70					619	673		
1.1	Sicherheit des Netzbetriebs	30					266	293		
1.1.1	Investition ins Netz	14	9	10			126	140		
1.1.2	Störfallenmanagement	8	9	10			72	80		
1.1.3	Ausfallrisiko	5	9	9			45	45		
1.1.4	Erfahrung im Netzbetrieb	3	10	10			30	30		
1.2	Prägnanzigkeit	10					79	93		
1.2.1	aktuelle Netzregeln	5	8	10			24	30		
1.2.2	aktuelle RKZ/NAK	3	9	9			27	27		
1.2.3	Entwicklung Netzeingabe	4	7	9			28	36		
1.3	Verbraucherfreundlichkeit	11					117	130		
1.3.1	Erreichbarkeit 24/7	3	9	10			27	30		
1.3.2	persönliche Erreichbarkeit	5	10	10			50	50		
1.3.3	Umsetzung Vorgaben aus Anhang I der RL 2009/72/EG	5	8	10			40	50		
1.4	Effizienz	9					77	77		
1.4.1	Effizienzwert nach AllgV	4	10	7			40	28		
1.4.2	Kosteneffizienz	4	7	10			28	40		
1.4.3	Reduzierung der Leitungsverluste	1	9	9			9	9		
1.5	Umweltverträglichkeit	8					76	88		
1.5.1	Anschluss EEG-/KWK-Anlagen	4	9	10			36	40		
1.5.2	Maßnahmen zur Klimaschutz und Energieeffizienz beim Netzbetrieb	4	10	10			40	40		
2	Konzessionsvertrag	30					279	230		
2.1	Konzessionsabgaben	6					60	58		
2.1.1	Recht der Kommune auf Abschlagsabgaben	2	10	10			20	20		
2.1.2	Dokumentation durch WP-Testat	2	10	9			20	18		
2.1.3	Anpassung KA bei Rechtsänderung	2	10	10			20	20		
2.2	Netzbetrieb	8					72	80		
2.2.1	Dokumentation und Auskünfte	4	9	10			36	40		
2.2.2	Einwirkungsmaßnahmen des Konzessionsgebers	4	9	10			36	40		
2.3	Baumaßnahmen	6					56	58		
2.3.1	Erweiterung der Gewährleistungsrechte	2	9	10			18	20		
2.3.2	Mitverlegung von Leitrohren	3	9	9			27	27		
2.3.3	Änderung von Oberflächen	2	10	10			20	20		
2.4	Sonderkündigungsrecht	3					27	27		
2.5	Informationsrechte der Stadt	5					44	47		
2.5.1	Allgemeine Informationsrechte	3	8	9			24	27		
2.5.2	Informationsrechte zu Vertragsenda	2	10	10			20	20		
2.6	Endschlichtungsregelung	2					20	20		
Summe aller Punkte							965	965	910	629
Rangfolge der Bewerber							1.	2.	3.	4.

Mit Schreiben vom 14.11.2016 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die Verwaltung der Gemeindevertretung vorschlagen werde, das Angebot der Nebenintervenientin anzunehmen. Dem Schreiben war ein Verfahrensvermerk beigefügt, der die Einzelheiten der Bewertung des Angebots der Klägerin enthielt. Hinsichtlich des Angebotes der Nebenintervenientin wurde ihr neben der Gesamtpunktzahl lediglich die bei den Hauptkriterien (1.1., 1.2, 1.3 etc) jeweils insgesamt erreichte Punktzahl mitgeteilt.

Nach einer im Internet veröffentlichten Beschlussvorlage vom 21.11.2016 für die Beratungen zunächst des Gemeindevorstandes, sodann des Haupt-, Finanz- und Sozialausschusses und zuletzt der Gemeindevertretung sollten diese beschließen, das Angebot der Nebenintervenientin anzunehmen und mit dieser einen neuen Stromkonzessionsvertrag schließen. Im Hinblick auf das vorliegende einstweilige Verfügungsverfahren wurde die Beschlussfassung zurückgestellt.

Mit Schreiben vom 29.11.2016 beantragte die Klägerin bei der Beklagten Akteneinsicht und rügte die Teilschwärzung des Auswertungsvermerks sowie das Fehlen der Bewertung der Nebenintervenientin. Mit Schreiben vom 02.12.2016 erhob die Klägerin weitere Rügen und äußerte Zweifel an der

richtigen Bewertung einzelner Positionen. Nachdem die Beklagte Akteneinsichtsansprüche der Klägerin zurückgewiesen und die Rügen für unberechtigt erklärt hatte, beantragte die Klägerin mit Schriftsatz vom 14.12.2016 den Erlass einer einstweiligen Verfügung dahingehend, dass der Beklagten der Abschluss eines Wegenutzungsvertrages über den Betrieb des Stromverteilernetzes der allgemeinen Versorgung für das Gemeindegebiet der Beklagten untersagt werden solle, bis in einem neuen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführenden Auswahlverfahren über die Vergabe des Stromnetzes entschieden ist.

Zur Begründung hat sie sich zunächst auf eine unzureichende Begründung der beabsichtigten Auswahlentscheidung und eine unrechtmäßige Verweigerung der beantragten Akteneinsicht durch die Beklagte berufen. Darüber hinaus sei die Bewertungsmethode intransparent. Auch seien die Auswahlkriterien fehlerhaft. Zum einen seien das Auswahlkriterium Umweltverträglichkeit zu niedrig und das Hauptkriterium Konzessionsvertrag zu hoch gewichtet worden. Zum anderen seien die Auswahlkriterien "aktuelle Netzentgelte" und "Änderung von Oberflächen" unzulässig. Weitere Auswahlkriterien seien mangels Benennung und Gewichtung von Unter-Unter-Kriterien intransparent. Der vorgegebene Konzessionsvertrag enthalte unzulässige Mindestanforderungen. Die Bewertung des Angebotes der Klägerin sei teilweise nicht nachvollziehbar und fehlerhaft. Des Weiteren bestünden Zweifel an der Eignung der Nebenintervenientin als Netzbetreiberin. Darüber hinaus habe die Veröffentlichung der Beschlussvorlage für den Gemeinderat im Internet zu einer unzulässigen Vorfestlegung der Beklagten geführt.

Wegen des Sachverhalts und des erstinstanzlichen Vorbringens im Einzelnen sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat die begehrte einstweilige Verfügung durch das angefochtene Urteil erlassen.

Zu Begründung hat es ausgeführt, ein entsprechender Anspruch der Klägerin ergebe sich aus §§ 46 Abs. 1, 19 Abs. 2 Nr.1, 33 Abs. 1 Satz 1 GWB. Das von der Beklagten geführte Auswahlverfahren genüge nicht den durch die Rechtsprechung des BGH konkretisierten Anforderungen des GWB an ein transparentes und diskriminierungsfreies Konzessionsvergabeverfahren und führe zu einer unbilligen Behinderung der Klägerin.

Das Landgericht hat das Auswahlkriterium 1.2.1 "aktuelle Netzentgelte" als unzulässig angesehen und das Kriterium 1.1.1 "Investitionen in das Netz" als nicht hinreichend transparent erachtet; insoweit hätten Unter-Unter-Kriterien mitgeteilt werden müssen. Im Musterkonzessionsvertrag seien unzulässige Mindestanforderungen enthalten, so die "Change-of-Control-Klausel" in § 12 sowie die Regelungen zur Konzessionsabgabe in § 4 Abs. 3; letztere verstießen gegen § 1 Abs. 2 KAV. Auch sei das Angebot der Klägerin insoweit falsch bewertet worden, als beim Kriterium 1.1.2 "Ausfallzeit" zu Unrecht eine Anfahrtszeit von 30 Minuten angenommen worden sei. Weiter seien beim Auswahlkriterium 2.4. "Sonderkündigungsrechte" fälschlich nur zwei statt tatsächlich drei Sonderkündigungsrechte zugrunde gelegt worden.

Die Fehler seien auch kausal geworden, da nicht zweifelsfrei feststehe, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben könne.

Die weiteren Rügen der Antragstellerin hat das Landgericht hingegen nicht für durchgreifend erachtet.

Gegen dieses Urteil hat die Nebenintervenientin für die Beklagte Berufung eingelegt und diese innerhalb verlängerter Frist begründet. Die vom Landgericht gerügten Verfahrensfehler lägen nicht vor.

Ein Bezug des Auswahlkriteriums "aktuelle Netzentgelte" zum Versorgungsgebiet sei gegeben, weil die Netzentgelte für das gesamte Netz jedes Netzbetreibers unter Berücksichtigung der von der BNetzA festgesetzten Erlösobergrenzen einheitlich zu bilden seien. Deshalb handele es sich bei den "aktuellen Netzentgelten" um das verlässlichste Kriterium zur Abbildung des Ziels der Preisgünstigkeit nach § 1 EnWG. Es sei auch sachgerecht, dieses Kriterium der Vergangenheitswerte als eigenständiges Kriterium neben dem Zukunftswert für das Konzessionsgebiet gesondert zu berücksichtigen. Selbst wenn das Kriterium "aktuelle Netzentgelte" unzulässig wäre, so fehle es jedenfalls an der Kausalität für die Auswahlentscheidung, weil fernliegende hypothetische Kausalverläufe - wie eine völlig andersartige Gestaltung der Bewertungsmatrix - nicht relevant seien.

Zu Unrecht habe das Landgericht bei dem Auswahlkriterium 1.1.1 eine Mitteilung der Gewichtung von Unter-Unterkriterien gefordert. Es gebe keine Verpflichtung, Wertungsaspekte als eigenständige Unterkriterien auszuformulieren. Entsprechende Vorgaben enthielten weder § 46 EnWG, noch sonstige vergaberechtliche Vorschriften. Dies sei für das allgemeine Vergaberecht durch die neueste Rechtsprechung des EuGH, des EuG und des BGH klar- gestellt worden. Diese Rechtsprechung habe auch Maßstabfunktion für § 46 EnWG. Die unter dem Kriterium "Investitionen in das Netz" zusammengefassten Aspekte "konkrete Maßnahmen zum Netzausbau, Erneuerung und Instandhaltung", "Sach- und Personalausstattung", sowie "Anforderungen des Netzbetreibers an die technische Sicherheit des Netzes und die Datenpflege" hätten sämtlich einen Bezug zur Investition des Netzbetreibers und bedingten sich teilweise wechselseitig; durch eine Aufspaltung in gesondert gewichtete Unter-Unterkriterien würde der innere Zusammenhang zwischen diesen Gesichtspunkten künstlich zerschnitten. Im Übrigen hätte auch eine etwaige nicht hinreichende Transparenz dieses Kriteriums keine Auswirkung auf das Wettbewerbsergebnis.

Die "Change-of-Control-Klausel" sei zulässig. Zum einen treffe es nicht zu, dass eine vertragliche Klausel in einem Musterkonzessionsvertrag nur dann nicht-diskriminierend sei, wenn sie sachlich notwendig sei; es sei vielmehr ausreichend, wenn die Klausel einen sachlichen Bezug zur Konzessionierung habe und nichtdiskriminierend ausgestaltet sei. Zum Anderen bestehe auch ein legitimes Interesse der Gemeinde daran, eine langfristige Bindung an einen Vertragspartner zu vermeiden, dessen wirtschaftliche Identität sich geändert habe und sich Handlungsmöglichkeiten mit Blick auf abstrakte Gefahren, die mit einer solchen Identitätsänderung verbunden seien, zu erhalten. Die daneben bestehenden ordentlichen Sonderkündigungsrechte, die eine andere Zielrichtung hätten, seien hierfür nicht ausreichend.

Die Konzessionsabgabeklausel in § 4 Abs. 3 des Musterkonzessionsvertrages sei durch § 48 Abs. 1 Satz 2 EnWG und durch § 2 Abs. 8 KAV gedeckt. Zwar komme es grundsätzlich auf den Sitz des Letztverbrauchers an. Allerdings liege eine Versorgung von Letztverbrauchern im Sinne dieser Vorschrift auch dann vor, wenn der Weiterversorger seinen Sitz im Versorgungsgebiet habe und ohne Nutzung öffentlicher Verkehrswege Energie an Letztverbraucher weiterliefere, die ihren Sitz im Gebiet einer anderen Gemeinde haben. Im Übrigen ergebe sich auch aus dem Grundsatz vertragserhaltender Auslegung, dass die Beklagte lediglich in dem Umfang Konzessionsabgaben verlange, in dem diese nach der KAV zulässig seien.

Was die Bewertung des Angebots der Klägerin betrifft, so ergäben sich die vom Landgericht angenommenen Angaben zu den Anfahrzeiten bei Störungen aus dem Angebot der Klägerin nicht; es fehle dort an einer Beschreibung, wie das "Starten aus der Fläche" konzipiert sei und wie die Vorgänge tatsächlich und unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Konzessionsgebiet ablaufen. Im Übrigen hätte die Klägerin bei diesem Kriterium ihren Wertungsrückstand gegenüber der Nebenintervenientin lediglich um 8 Wertungspunkte verringern können.

Hilfsweise rügt die Nebenintervenientin die Tenorierung des landgerichtlichen Urteils als zu weitgehend. Selbst wenn die festgestellten Verfahrensverstöße vorlägen, müsste zu deren

Beseitigung das Verfahren nicht vollständig wiederholt werden; es würde vielmehr eine Wiederholung der Auswertung oder jedenfalls eine Verfahrenswiederholung ab dem Zeitpunkt nach Eingang der Interessenbekundungen und vor Angebotsabgabe ausreichen.

Im Übrigen hat die Nebenintervenientin in der Berufungsbegründung die von ihr erzielte Punktzahl (auch) hinsichtlich aller Unterkriterien offen gelegt.

Die Nebenintervenientin beantragt zu erkennen:

- 1) Das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 5.4.2017, 12 O 16/17, wird abgeändert.
- 2) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Klägerin beantragt

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Darüber hinaus wiederholt sie ihre Auffassung, dass das Auswahlverfahren an zahlreichen weiteren Fehlern leide. Auch habe sie Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten und insbesondere in die ungeschwärzten Auswertungsunterlagen der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

II.

Die Berufung der Nebenintervenientin ist zulässig, insbesondere fristgerecht innerhalb der für die Berufungsklägerin laufenden Fristen eingelegt und begründet worden.

Sie hat auch in der Sache Erfolg.

1) Mit zutreffenden Erwägungen, die auch von der Berufung nicht in Zweifel gezogen werden, hat das Landgericht für die vorliegende Konstellation mit der h.M. eine Leistungsverfügung für zulässig erachtet und auch das Vorliegen eines Verfügungsgrundes bejaht. Im Hinblick darauf, dass die in § 47 Abs. 1 und 2 EnWG mit Wirkung vom 3.2.2017 eingeführten Rügepflichten auf das bereits im Dezember 2016 eingeleitete Verfahren noch nicht anwendbar sind, war die Klägerin auch nicht gehindert, die Zulässigkeit von aus dem Verfahrensbrief hervorgehenden Auswahlkriterien anzugreifen.

2) Allerdings steht der Klägerin kein Anspruch gegen die Beklagte zu, den Vertragsschluss mit der Nebenintervenientin zu unterlassen. Zwar genügt die Bewertung des Angebotes der Klägerin nicht in vollem Umfang den Anforderungen an ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren (unten f) und g)). Diese Mängel sind jedoch für die beabsichtigte Auswahlentscheidung nicht kausal geworden (unten h)). Im Übrigen ist das Auswahlverfahren nicht zu beanstanden (unten a) - e)).

Als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet sind die Gemeinden gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist

vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas) konkretisieren. Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 - Stromnetz Berkenthin, Juris Rdnr. 16).

a) Gegen die verwendeten Auswahlkriterien und deren Gewichtung bestehen nach diesen Maßstäben keine Bedenken.

aa) Soweit die Klägerin eine fehlerhafte Gewichtung der Auswahlkriterien rügt, weil das Unterkriterium 1.5. "Umweltverträglichkeit" mit nur 8 % zu niedrig und das Hauptkriterium Nr. 2 "Konzessionsvertrag" mit 30 % zu hoch gewichtet worden sei, kann in vollem Umfang auf die zutreffenden Ausführungen des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen werden (LGU S. 22/23).

Zwar müssen - was von keiner der Beteiligten in Zweifel gezogen wird - die Auswahlkriterien an den Zielen des § 1 EnWG orientiert sein (BGH KZR 66/12 Rdnr. 46, 47). Wie der BGH in seiner Leitentscheidung KZR 66/12 weiter festgestellt hat, vereint das energiewirtschaftsrechtliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas jedoch mehrere Einzelziele, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung durch die Gemeinde zugänglich sind (aaO. Rdnr. 49). Der bei der Bestimmung der Kriterien bestehende Entscheidungsspielraum der Gemeinde wird erst dort überschritten, wo die Bedeutung eines Kriteriums in der Ausschreibungsgewichtung so grundlegend von dessen Bedeutung nach den energiewirtschaftsrechtlichen Zielsetzungen abweicht, dass daraus eine Verkennung des Kriteriums offenkundig wird, weil von einer angemessenen Bewertung auch im Lichte des Ermessensspielraums nicht mehr ausgegangen werden kann (OLG Stuttgart, Urt. vom 05.01.2017, 2 U 66/16 - juris Rdnr. 85).

Auch der Gesetzgeber hat in der Begründung zur Neuregelung des § 46 EnWG es ausdrücklich als sachgerecht angesehen, den Gemeinden bei der Aufstellung der Kriterien einen weiten Entscheidungsspielraum zu überlassen (BTDrucks. 18/8184 S. 13).

Diesen Spielraum hat die Beklagte, wie vom Landgericht dargelegt, vorliegend nicht überschritten.

Entgegen der Auffassung der Klägerin führt auch eine größere Abweichung von dem Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg, der in der zuletzt am 5.3.2015 geänderten Fassung hinsichtlich des Kriteriums "Umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit" eine Gewichtung von 20-30 % und hinsichtlich des Kriteriums "Konzessionsvertrag" eine Gewichtung von 10-15 % vorsieht, noch nicht ohne Weiteres zu einer Überschreitung dieses Ermessensspielraums. Auch der BGH hat in der Entscheidung KZR 66/12 klargestellt, dass es sich bei dem genannten Musterkriterienkatalog nur um eine Orientierungshilfe handele - er hat den der Gemeinde eingeräumten Spielraum bei der Gewichtung des überragenden Ziels der Netzsicherheit als überschritten angesehen, nachdem die Gewichtung um mehr als den Faktor vier von diesem Orientierungswert abwich. Von einer solchen Diskrepanz kann vorliegend nicht die Rede sein.

Dazu kommt, dass auch der Musterkriterienkatalog der Niedersächsischen Landeskartellbehörde (Anlage SH 10, S. 31) für die Umweltverträglichkeit lediglich eine Gewichtung zwischen 6 und 10 % vorschlägt.

Eine Gewichtung des Konzessionsvertrages von - wie vorliegend - 30 % wird im "Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und

Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers", 2. Aufl. vom 21.05.2015 ausdrücklich als "Safe Harbour" bezeichnet (dort Rdnr. 32) - nach dem Musterkriterienkatalog der Niedersächsischen Landeskartellbehörde soll sogar eine Gewichtung von 49 % noch zulässig sein (aaO S. 32)

bb) Auch die Verwendung des Kriteriums 1.2.1 "aktuelle Netzentgelte" hält der Senat - insoweit in Abweichung vom landgerichtlichen Urteil - für zulässig.

(1) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist ein Bezug zum Versorgungsgebiet schon deshalb gegeben, weil aufgrund der Anreizregulierung die Netzentgelte für das gesamte Netz eines jeden Netzbetreibers unter Berücksichtigung der von der BNetzA bzw. von den Landesregulierungsbehörden festgesetzten Erlösobergrenzen einheitlich zu bilden sind. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass das im bisherigen Netz des Netzbetreibers verlangte Netzentgelt auch Aussagekraft hat für das sich im Konzessionsgebiet ergebende, wobei diese Aussagekraft in Bezug auf das Konzessionsgebiet umso größer ist, je größer das bisherige Netz im Verhältnis zum Konzessionsgebiet ist.

(2) Soweit das Landgericht mit dem LG Stuttgart (Urteil vom 5.4.2016 - 41 O 43/14 KfH - juris Rdnr. 52) meint, durch die Berücksichtigung aktueller Netzentgelte finde eine Diskriminierung von Netzbetreibern statt, die überwiegend in der Fläche tätig sind und dadurch tendenziell höhere Netzentgelte hätten als solche in Ballungsräumen, ist dies zwar zutreffend. Dasselbe Diskriminierungspotential besteht aber wegen des Systems der Anreizregulierung auch bei der Abfrage der zukünftigen Netzentgelte - auch diese muss der Bieter aus den Durchschnittskosten aller seiner Verteilnetze berechnen, so dass der Bieter im Vorteil ist, der bereits strukturell "günstige" Gebiete versorgt (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 77, "Energie 2017: Gezielt vorgehen, Stückwerk vermeiden", Rdnr. 348).

(3) Dabei stellt auch die Klägerin nicht in Frage, dass jedenfalls das im Konzessionsgebiet zu erwartende zukünftige Netzentgelt ein zulässiges, wenn nicht sogar zwingend zu berücksichtigendes Kriterium darstellen soll, weil dieses zur Erreichung des in § 1 EnWG formulierten Ziels einer preisgünstigen Stromversorgung von herausragender Bedeutung ist (BGH aaO Rdnr. 85, 87; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Dezember 2015 - VI-2 U (Kart) 4/15, juris Rdnr. 19).

Ob dieses Kriterium tatsächlich sachgerecht ist oder vielmehr aufgrund der regulatorischen Vorgaben volkswirtschaftlich letztlich ineffizient ist (vgl. dazu Monopolkommission aaO. Rdnr. 345 ff), ist vorliegend nicht zu entscheiden. Denn bereits das Interesse der Rechtssicherheit, dem gerade angesichts der großen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Vergabe von Stromkonzessionen und den nicht nur mit der Durchführung des Auswahlverfahrens selbst, sondern erst recht mit seiner gerichtlichen Überprüfung verbundenen hohen Kosten eine große Bedeutung zukommt, gebietet es nach Auffassung des Senats, sich insoweit der herrschenden Rechtsprechung anzuschließen, zumal auch der Gesetzgeber bei der Neuregelung des § 46 EnWG davon ausging, dass die zu erwartende Höhe des Netznutzungsentgeltes ein sachgerechtes Kriterium für die Auswahl des künftigen Netzbetreibers darstelle (BTDrucks 18/8184 S. 14).

(4) Handelt es sich bei dem künftigen Netznutzungsentgelt somit um ein zulässiges Kriterium, bestehen nach den Erwägungen zu oben (1) und (2) keine grundsätzlichen Bedenken, auch das aktuelle Netzentgelt zu berücksichtigen. Denn dabei handelt es sich um eine feststehende Größe, während das zukünftige Netzentgelt nur aufgrund einer mit erheblichen Unsicherheitsfaktoren belasteten Prognose zu ermitteln ist (vgl. Schulte-Beckhausen/Hofmann, RdE 2015, 13, 14). Vor diesem Hintergrund erscheint die von der Beklagten vorliegend vorgenommene Zweiteilung in (feststehende) "aktuelle Netzentgelte" (Ziff. 1.2.1) einerseits und (prognostizierte) "Entwicklung Netzentgelt" (Ziff. 1.2.3) andererseits sachgerecht.

cc) Soweit die Klägerin erstinstanzlich das Kriterium 2.3.3 "Änderung von Oberflächen" wegen vermeintlichen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 KAV beanstandet hat, hat das Landgericht überzeugend ausgeführt, dass das Kriterium bei verständiger Würdigung dahingehend zu verstehen sei, dass Oberflächenveredelung nur gegen Kostenerstattung erfolgen solle.

Hiergegen hat die Klägerin in der Berufung keine konkreten Einwände erhoben.

b) Die Auswahlkriterien und ihre Gewichtung sowie die Bewertungsmaßstäbe sind auch den Bietern hinreichend transparent bekannt gemacht worden.

Das Transparenzgebot folgt aus dem Diskriminierungsverbot und verlangt, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden, damit sie erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht (BGH KZR 66/12 Rdnr. 35; Urteil vom 17.12.2013, KZR 65/12 - Stromnetz Heiligenhafen, Rdnr. 44).

aa) Weitergehende Erläuterungen zu Bewertungsmaßstäben und Bewertungsmethoden waren aus den vom Landgericht dargelegten Gründen nicht veranlasst (vgl. LGU S. 20 ff).

Aus der dem Verfahrensbrief beigefügten Bewertungsmatrix ergaben sich sowohl die Wertungskriterien als auch die jeweilige Gewichtungszahl. Die einzelnen Wertungskriterien werden in der Anlage zur Bewertungsmatrix näher erläutert. Der Bewertungsmaßstab selbst wird auf S. 5 des Verfahrensbriefes dargestellt, wobei jeder der möglichen Punktwerte von 0-10 jeweils mit einer allgemeinen textlichen Erklärung versehen wird (von "Es fehlt überhaupt an Angaben zu einem Wertungsziel" bis zu "Hervorragende Umsetzung des Leistungsziels"). Dies ist eine allgemeinverständliche und übliche Abstufung. Noch weitergehende Informationen dazu, was die Beklagte hinsichtlich jedes Einzelkriteriums inhaltlich erwartete, um etwa von einer "guten" oder "hervorragenden" Umsetzung des Leistungsziels auszugehen, würden die Beklagte zwingen, den Bietern auch dort bereits Antworten gleichsam vorzugeben, wo sie Konzepte und Vorschläge erwartete (vgl. BGH Beschluss vom 04.04.2017, X ZB 3/17 - Postdienstleistungen, juris Rdnr. 46; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.02.2017, VII-Verg 29/16, juris Rdnr. 71). Dass die Bieter durch den dargestellte Bewertungsmaßstab in die Irre geführt wurden, ist nicht ersichtlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017 - VII-Verg 39/16, juris Rdnr. 47, 48).

bb) Auch eine Bekanntgabe der Gewichtung von Unter-Unterkriterien zum Auswahlkriterium 1.1.1 Investitionen ins Netz war entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht erforderlich.

Wie dargestellt, kommt es für die Frage der Einhaltung des Transparenzgebotes darauf an, ob die Bieter erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt (BGH aaO). Entsprechend den Grundsätzen des allgemeinen Vergaberechts muss daher für den Bieter erkennbar sein, auf welche Punkte der Auftraggeber Wert legt und welche Erwartungen ihn daher auch bei der Bewertung leiten. Die Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe vergaberechtlich unzulässig ist, wird 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 (zum GWB-Vergaberecht Senat, Beschluss vom 23.06.2016 - 11 Verg 4/16 - juris Rdnr. 55; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013 - VII-Verg 8/13,-, juris Rdnr. 21). Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die vorherige Offenlegung von (Unter-)Unterkriterien geboten (vgl. OLG Düsseldorf aaO Rdnr. 22; EuGH, Urteil vom 24.01.2008 - C 532/06 - Lianakis, Rdnr. 38).

Die Beklagte hat in ihren Erläuterungen zur Bewertungsmatrix zu dem Kriterium "Investitionen ins Netz" wie folgt ausgeführt:

"Die Darstellung soll Angaben enthalten, wie das Netz langfristig entwickelt wird und aus der Zielnetzplanung die konkreten Maßnahmen zum Netzausbau, Erneuerung und Instandhaltung abgeleitet werden. Die Gemeinde erwartet in diesem Zusammenhang die Erläuterung der Finanz-, Sach- und Personalausstattung, den Anforderungen des Netzbetreibers an die technische Sicherheit des Netzes und die Datenpflege. Der Erwerber soll außerdem darlegen, wie das Netz in ... in das bestehende Netzbetriebskonzept eingebunden wird und welche Investitionen während der Laufzeit des Konzessionsvertrages veranschlagt werden. Dabei ist der Investitionsbedarf für den Umbau des Netzes zur Bewältigung der Energiewende näher zu beleuchten."

Damit war für alle Bieter ausreichend erkennbar, welche Vorstellungen die Beklagte im Einzelnen mit der Bestimmung dieses Kriteriums verband und zu welchen Punkten im Rahmen des Angebots Ausführungen veranlasst waren.

Eine weitergehende Erläuterung dahingehend, wie die genannten Wertungsaspekte im Verhältnis zueinander gewichtet würden, war hingegen nicht geboten. Die Beklagte hat das Verfahren ausdrücklich als Konzeptwettbewerb ausgestaltet, der den Bewerbern einen möglichst großen Freiraum bieten sollte (S. 4 des Verfahrensbriefes). Der Sinn eines solchen Wettbewerbs besteht gerade darin, von den Bietern eigenständige Ideen und Vorstellungen zu bekommen. Dem widerspräche es, wenn dem Auftraggeber abverlangt würde, bereits im Vorfeld im Detail festzulegen und zu veröffentlichen, welchen potentiellen Angebotsbestandteil eines Investitionskonzeptes er mit welcher Punktzahl bewerten würde. Denn bei einer solchen Festlegung könnte nicht mehr berücksichtigt werden, dass etwa ein "Minderangebot" hinsichtlich des einen Aspektes (z.B. Personalausstattung) durch ein "Mehrangebot" hinsichtlich eines anderen Aspektes (z.B. Sachausstattung) oder durch eine intelligente Verknüpfung verschiedener Aspekte kompensiert werden könnte.

Auch der BGH hat für das GWB-Vergaberecht nunmehr klargestellt, dass das Transparenzgebot nicht soweit geht, dass der Auftraggeber den Bietern bei einer funktionalen Ausschreibung direkt oder mittelbar Lösungskomponenten vorgeben müsste, die diese zwangsläufig aufgreifen würden, anstatt die vom Auftraggeber gewünschten eigenen Lösungen zu entwickeln (Beschluss vom 04.04.2017, X ZB 3/17 - Postdienstleistungen, juris Rdnr. 46). Diese Grundsätze sind hier ohne Weiteres übertragbar.

cc) Soweit die Klägerin weiter die Intransparenz der Auswahlkriterien 1.1.2, 1.3.1, 1.5.1 und 1.1.4 gerügt hat, sind diese Rügen aus den Gründen des landgerichtlichen Urteils ebenfalls unberechtigt (LGU S. 26). Die Klägerin hat hierzu in der Berufungserwiderung keine weiteren Ausführungen gemacht.

c) Die Beklagte hat auch keine unzulässigen Mindestanforderungen im Konzessionsvertrag gestellt.

aa) § 4 Abs. 3 des Musterkonzessionsvertrages verstößt nicht gegen § 1 Abs. 2 KAV

Nach der vorgesehenen vertraglichen Regelung fallen Konzessionsabgaben an für die Lieferung von Strom aus dem örtlichen Stromversorgungsnetz

- an Letztverbraucher durch den Elektrizitätsverteilernetzbetreiber;

- an Letztverbraucher durch Dritte im Wege der Durchleitung;

- durch den Elektrizitätsverteilernetzbetreiber an Weiterversorger, die den Strom ohne die Nutzung öffentlicher Verkehrswege innerhalb oder außerhalb des Konzessionsgebietes an Letztverbraucher innerhalb oder außerhalb des Konzessionsgebietes weiterleiten;
- durch Dritte im Wege der Durchleitung an Weiterversorger, die den Strom ohne die Nutzung öffentlicher Verkehrswege innerhalb oder außerhalb des Konzessionsgebietes an Letztverbraucher innerhalb oder außerhalb des Konzessionsgebietes weiterleiten.

Diese Regelung stimmt inhaltlich in vollem Umfang mit der gesetzlichen Regelung in § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 EnWG, §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 8 KAV überein. Was die unter Punkt 3 und 4 geregelte Belieferung von Weiterversorgern im Konzessionsgebiet betrifft, so findet sich zwar der Zusatz "innerhalb und außerhalb des Konzessionsgebietes" im Gesetzes- bzw. Verordnungstext nicht. Er ergibt sich aber inhaltlich aus dem Kontext. Konzessionsabgaben werden gezahlt für die Einräumung von Wegennutzungsrechten an gemeindeeigenen öffentlichen Wegen und Straßen (Kermel in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl., § 48 EnWG Rdnr. 12). Durch § 48 Abs. 2 Satz 2 EnWG wird klar gestellt, dass Schuldner der Konzessionsabgabe auch im Durchleitungsfall der Wegerechtsinhaber ist (Theobald in: Danner/Theobald, Energierecht, § 48 EnWG Rdnr. 20). Damit schuldet der Konzessionsinhaber als Inhaber des Wegerechts Konzessionsabgaben auch für den Strom, der vom Konzessionsgebiet aus über nicht öffentliche (und damit keiner Konzessionsabgabepflicht unterliegenden) Wege an Letztverbraucher weitergeleitet wird, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese selbst noch im Konzessionsgebiet ansässig sind.

Im Übrigen verweist die Nebenintervenientin zu Recht darauf, dass § 4 Abs. 1 des Konzessionsvertrages ausdrücklich vorsieht, dass (nur) die nach der KAV höchstzulässigen Konzessionsabgaben verlangt werden; unter Ziff. 2 der Erläuterungen zur Bewertungsmatrix weist die Beklagte explizit darauf hin, dass das Verbot des § 3 KAV von den Bewerbern zu berücksichtigen sei. Damit und in Verbindung mit der salvatorischen Klausel des § 20 des Konzessionsvertrages ist auch für die Bewerber hinreichend klargestellt, dass die Beklagte Konzessionsabgaben ausschließlich im gesetzlich zulässigen Umfang verlangt.

bb) Auch gegen die Change-of-Control-Klausel in § 12 der Konzessionsvertrages bestehen keine Bedenken.

Nach dieser Vorschrift steht der Beklagten ein Sonderkündigungsrecht mit einer Frist von 24 Monaten für den Fall zu, dass nach Abschluss der Konzessionsvereinbarung ein Unternehmen neu einen beherrschenden Einfluss auf den Elektrizitätsverteilernetzbetreiber ausüben kann.

Diese Klausel verstößt weder gegen ein gesetzliches Verbot, noch werden durch sie einzelne Bewerber diskriminiert oder bevorzugt. Entgegen der Auffassung der Klägerin fehlt es auch nicht an einem sachlichen Interesse der Beklagten an einer solchen Regelung.

Wie die Berufungsbegründung überzeugend darlegt, geht es bei dieser Regelung darum, der Beklagten Reaktionsmöglichkeiten zu gewähren, wenn sich die wirtschaftliche Identität des Vertragspartners ändert. Angesichts der langen Laufzeit des Vertrages kann eine solche Änderung auch Einfluss auf das Investitionsverhalten haben, etwa bei Übernahme durch einen Hedgefonds, der weniger an nachhaltigen Investitionen interessiert ist als an einer kurzfristigen Gewinnoptimierung, und dadurch auch den Zielen des § 1 EnWG nicht in gleicher Weise gerecht wird (vgl. Theobald, RdE 2015, 161, 165). Die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund ist dabei nicht ausreichend, weil hier die Gemeinde erst konkrete nachteilige Folgen des Gesellschafterwechsels nachweisen müsste. Erst recht stellt es kein Äquivalent dar, dass die zuständige Behörde nach § 4 EnWG die erteilte Genehmigung zum Netzbetrieb widerrufen bzw. diesen untersagen könnte, weil dies erst

dann in Betracht kommt, wenn der Netzbetrieb entsprechend den Vorschriften des EnWG überhaupt nicht mehr gewährleistet ist, nicht aber bei qualitativen Verschlechterungen.

Auch wenn man, wie die Klägerin geltend macht, zu ihren Gunsten davon ausginge, dass die Gefahr der wirtschaftlichen Übernahme eines Netzbetreibers durch einen Gesellschafter, der nicht an einem nachhaltigen Netzbetrieb interessiert ist, in der Praxis sehr gering ist, würde dies nach Auffassung des Senats nichts an einem grundsätzlich bestehenden legitimen Interesse der Gemeinde ändern, den Vertrag kündigen zu können, wenn sie durch die Änderung der wirtschaftlichen Identität des Netzbetreibers die Ziele des § 1 EnWG in der Gewichtung, wie sie für sie Grundlage ihrer Auswahlentscheidung waren, gefährdet sieht, ohne weitere Voraussetzungen im Einzelnen nachweisen zu müssen. Dieses Interesse reicht für die Zulässigkeit der Change-of-Control-Klausel aus, nachdem ihr kein Diskriminierungspotential innewohnt. Es geht hier nicht darum, ein Unternehmen, an dem die Gemeinde beteiligt ist oder auf das sie sonst Einfluss ausüben kann, bei der Auswahl gegenüber Mitbewerbern zu bevorzugen. Ebenso wenig ermöglicht die Klausel der Gemeinde eine gesellschaftsrechtliche Einflussnahme auf die Geschäftsführung (vgl. zu der damit verbundenen Problematik BGH KZR 66/12 Rdnr. 12). Die Gemeinde erhält lediglich das Recht, bei einer nachträglichen Änderung der Beherrschungsverhältnisse den Vertrag zu beenden.

Ob diese legitimen Interessen der Beklagten auch durch die von der Klägerin eingeräumten drei Sonderkündigungsrechte (alle fünf Jahre) gewahrt werden könnten, kann dabei offen bleiben. Denn drei Sonderkündigungsrechte gehören nicht zum vorgegebenen Inhalt des Konzessionsvertrages; die Beklagte hat in den Erläuterungen zur Bewertungsmatrix lediglich erklärt, dass sie (nur) ein Sonderkündigungsrecht auf die gesamte Laufzeit erwarte.

d) Mit zutreffender Begründung hat das Landgericht eine fehlende Eignung der Nebenintervenientin als nicht glaubhaft gemacht angesehen.

Die Nebenintervenientin hat erstinstanzlich in ihrer Antragsrüge dargelegt, dass ihre Vorgängerunternehmen schon seit über 100 Jahren die Strom- und Gasnetze in Offenbach und Umgebung betreiben und dass der Netzbetrieb durch eine hundertprozentige Tochtergesellschaft vorgenommen werden soll, von der auch eine Verpflichtungserklärung vorgelegt worden sei.

Im Hinblick darauf hätte es eines substantiierten Vortrages der Klägerin bedurft, weshalb die Nebenintervenientin gleichwohl ungeeignet sein sollte. Ein solcher ist jedoch weder erstinstanzlich noch mit der Berufungsrüge erfolgt.

e) Auch eine unzulässige Vorfestlegung auf die Nebenintervenientin im Vorfeld der Entscheidung des Gemeinderates ist nicht erfolgt.

Zutreffend hat das Landgericht angenommen, die Veröffentlichung der Beschlussvorlage für den Gemeinderat genüge für die Annahme einer Vorfestlegung nicht, da hierdurch keine Bindung der Gemeindevertreter bestehe und auch kein Druck auf diese ausgeübt werde.

Ein Entscheidungsvorschlag der Verwaltung ist ein kommunalpolitisch üblicher Vorgang. Insbesondere nachdem die Gemeindevertreter zwischenzeitlich die Möglichkeit hatten, die Angebote aller Bewerber einzusehen und dadurch die Bewertung durch die Verwaltung konkret nachzuvollziehen (und ggf. auch in Frage zu stellen), ist die Entscheidungsfreiheit der Gemeindevertreter hierdurch in keiner Weise eingeschränkt.

f) Allerdings genügt die Bewertung des Angebots der Klägerin nicht in vollem Umfang den Anforderungen an ein diskriminierungsfreies Verfahren, weil sie in zwei Fällen unzutreffende Tatsachen zugrunde legt.

Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass den Kommunen bei der Prüfung der Angebote ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht. Gegenstand der Überprüfung ist, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von keinem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und der allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe halten (OLG Celle, Urteil vom 17.3.2016, 13 U 141/15 (Kart), juris Rdnr 137; OLG Brandenburg, Urteil vom 22.8.2017, 6 U 1/17 Kart, juris Rdnr. 125).

aa) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das Landgericht zutreffend keine Fehler bei der Bewertung des klägerischen Angebotes hinsichtlich der Auswahlkriterien 1.1.1 Investitionen in das Netz, 1.1.3 Erfahrung im Netzbetrieb und 1.2.1 aktuelle Netzentgelte feststellen können. Insoweit wird auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen, gegen die die Klägerin in der Berufungsinstanz keine konkreten Einwendungen erhoben hat.

bb) Jedoch beruht die Bewertung des Kriteriums 1.1.2 Störfallmanagement auf einer falschen Tatsachengrundlage.

Zutreffend (wenn auch irrtümlich zur Position "Ausfallzeiten") hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte ihrer Bewertung des Angebotes der Klägerin zu Unrecht eine Anfahrtszeit von 30 Minuten statt zugesagter 10-20 Minuten zugrunde gelegt hat.

Tatsächlich hat die Beklagte auf S. 24 ihres Angebotes ausdrücklich erklärt, die tatsächlichen Anfahrtszeiten lägen durchschnittlich bei 10-20 Minuten. Auch auf S. 8 des das Angebot der Klägerin betreffenden Verfahrensvermerks heißt es im 2. Abschnitt wörtlich: "Die tatsächliche Anfahrtszeit im Störfall beträgt zwischen 10 und 20 Minuten". Wenn im Widerspruch dazu auf S. 8/9 des Verfahrensvermerks unter der Teilüberschrift "Bewertung" behauptet wird, es sei eine Anfahrtszeit von 30 Minuten angegeben worden, und diese Annahme der Bewertung zugrunde gelegt wird, so beruht die Bewertung offensichtlich auf falscher Tatsachengrundlage, auch wenn die Beklagte, wie sie erstinstanzlich geltend gemacht hat, diese Zeit ausgehend vom Sitz der Klägerin anhand von Routenplanern ermittelt hat. Wenn die Beklagte anhand dieser Entfernung des Sitzes der Klägerin vom Einsatzgebiet Zweifel an der Richtigkeit der eindeutigen Angaben der Klägerin in ihrem Angebot (10-20 Minuten) hatte, weil dort, wie die Nebenintervenientin mit der Berufung insoweit rügt, nicht dargelegt sei, wie genau das "Starten aus der Fläche" konzipiert sei, wäre es Sache der Beklagten gewesen, dies im Bietergespräch näher aufzuklären.

cc) Auch die Bewertung der Position 2.4 Sonderkündigungsrecht beruht auf falscher Tatsachengrundlage.

Unstreitig hat die Beklagte bei dieser Position ihrer Bewertung fälschlich nur zwei statt tatsächlich angebotener drei Sonderkündigungsrechte zugrunde gelegt und der Klägerin deshalb nicht die volle bei diesem Kriterium mögliche Punktzahl zuerkannt (vgl. S. 25 des Verfahrensvermerks).

g) Hinsichtlich einer Reihe weiterer Kriterien erscheint die Bewertung nach derzeitiger Aktenlage intransparent.

aa) Der Senat teilt im Grundsatz die Auffassung der Klägerin, dass das aus dem Diskriminierungsverbot hergeleitete Transparenzgebot sich nicht nur auf die Bekanntgabe der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung erstreckt (vgl. BGH KZR 66/12 Rdnr. 35), sondern sich bei der Bewertung fortsetzt (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 22.8.2017, 6 U 1/17 Kart, juris Rdnr. 127; LG Stuttgart, Urteil vom 30.6.2016, 11 O 78/16, juris Rdnr. 58). Zur Vermeidung auch nur des Anscheins einer willkürlichen und voreingenommenen oder sonst nach sachfremden Erwägungen getroffenen

Auswahlentscheidung müssen Bewertung und Auswahlentscheidung durch den betroffenen Bieter nachvollziehbar sein.

bb) Allerdings geht der Transparenzgrundsatz nicht so weit, dass einem Bieter zur Nachvollziehung und Überprüfung der Auswahlentscheidung ohne Weiteres Einsicht in die gesamten Akten des Verfahrens zu gewähren wären. Denn hierbei wären regelmäßig Geschäftsgeheimnisse der Mitbewerber betroffen, zu deren Wahrung die Beklagte verpflichtet ist.

Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. (BVerfG, Beschluss vom 14.3.2006, 1 BvR 2087/03, juris Rdnr. 87; BGH, Beschluss vom 31.1.2017, X ZB 10/16 - Rettungsdienst, juris Rdnr. 39). Dabei zählen zu den Geschäftsgeheimnissen nicht nur konkrete Unternehmenszahlen und Informationen zu Absatz- und Bezugsquellen, sondern etwa auch Marktstrategien (BVerfG aaO).

Wie die Nebenintervenientin mit Schriftsatz vom 23.2.2017 überzeugend ausführt, ist ihr Angebot insgesamt als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis anzusehen, da es vorliegend entscheidend auf konzeptionelle Inhalte ankommt, die auch in künftigen vergleichbaren Konzessionierungsverfahren Bedeutung erlangen können. Dieselben Erwägungen haben entsprechend für die Angebote der weiteren Bewerber zu gelten. Da der Verfahrensvermerk den Inhalt der jeweiligen Angebote teilweise wiedergibt, unterliegt auch er grundsätzlich dem Geheimhaltungsschutz.

cc) Dies bedeutet freilich nicht, dass diese Unterlagen insgesamt von einer Offenlegung gegenüber Mitbewerbern ausgeschlossen wären. Hier ist vielmehr abzuwägen zwischen den Interessen der Mitbewerber, deren Grundrechte aus Art. 12 GG durch die Offenlegung betroffen werden (BVerfG aaO), und dem Anspruch des Mitbewerbers auf eine diskriminierungsfreie Entscheidung.

Für die vorliegende Fallkonstellation gilt nach Auffassung des Senats Folgendes:

(1) Die Offenbarung von (auch nur potentiellen) Geschäftsgeheimnissen von Mitbewerbern an einen Konkurrenten kommt von vorneherein nur dann in Betracht, wenn die Informationen für die konkrete Auswahlentscheidung von Bedeutung sind. Dies entspricht der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur zu § 165 GWB (vgl. Vavra, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 165 GWB Rdnr. 24; m.w.Nw.). Damit scheidet eine Einsichtgewährung in Unterlagen (einschließlich der entsprechenden Wertungsvermerke), die am vorliegenden Verfahren nicht beteiligte dritte Bieter betreffen, grundsätzlich aus (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.6.2017, VII-Verg 7/17, NZBau 2017, 619 [EuGH 13.07.2017 - C-701/15] Rdnr. 22). Für die Klägerin besteht kein legitimes Interesse daran, Einsicht in solche Unterlagen zu erhalten, die lediglich eine Bewertung von Mitbewerbern betreffen, die im Ergebnis ebenfalls nicht für die Auftragserteilung vorgesehen sind.

(2) Hinsichtlich des Angebotes der Nebenintervenientin, deren Beauftragung die Klägerin mit dem vorliegenden Verfahren verhindern möchte, besteht zwar insofern ein Interesse der Klägerin an einer Einsichtnahme in Angebot und Verfahrensvermerk, als eine etwaige Falschbewertung der Nebenintervenientin (zu deren Gunsten) ihre eigenen Chancen auf die Zuschlagserteilung verringert haben könnte und sie dadurch überprüfen könnte, ob die Bewertung ihres eigenen Angebotes und desjenigen der Nebenintervenientin tatsächlich nach denselben Maßstäben erfolgt ist.

Allerdings rechtfertigt die bloß abstrakte Möglichkeit, dass bei der Wertung des Angebots der Nebenintervenientin ebenfalls Fehler aufgetreten sein könnten - wie dies bei der Wertung des Angebots der Klägerin hinsichtlich der Kriterien 1.1.2 und 2.4 der Fall war - noch keine Akteneinsicht

"ins Blaue hinein", um ohne konkreten Anhaltspunkt die Bewertung der anderen Angebote auf mögliche Fehler hin zu überprüfen (vgl. dazu für das GWB-Vergaberecht OLG Düsseldorf aaO Rdnr. 27 ff).

Zwar hat der BGH für das GWB-Vergaberecht unlängst gefordert, dass in einem Fall, in dem sich der Auftraggeber - wie vorliegend - eines aus Preis und qualitativen Aspekten zusammengesetzten Kriterienkatalogs bediene, bei dem die Angebote hinsichtlich der Qualitätskriterien mittels eines Benotungssystems bewertet würden, die Nachprüfungsinstanzen auf Rüge nicht nur die Benotung des Angebots des Antragstellers als solche, sondern auch in Relation zu den übrigen Angeboten, insbesondere demjenigen des Zuschlagspräferierten untersuchen müssten. Auch wenn dem öffentlichen Auftraggeber bei der Bewertung und Benotung ein Beurteilungsspielraum zustehen müsse, seien seine diesbezüglichen Bewertungsentscheidungen in diesem Rahmen insbesondere auch darauf hin überprüfbar, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden (BGH, Beschluss vom 4.4.2017, X ZB 3/17 - Postdienstleistungen; juris Rdnr. 53). Diese Entscheidung betrifft jedoch nicht den Umfang eines etwaigen Akteneinsichtsrechts des unterlegenen Mitbewerbers, bzw. einer entsprechenden Offenbarungspflicht des Auftraggebers, sondern lediglich den Umfang der Überprüfungspflicht der Nachprüfungsinstanzen, die im GWB-Vergaberecht - anders als im hier vorliegenden kontradiktorischen Verfahren nach der Zivilprozessordnung - zur Amtsermittlung verpflichtet sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen dieser Amtsermittlung ggf. auch Umstände berücksichtigt werden können, deren Offenlegung mit Rücksicht auf Geheimhaltungsinteressen abzulehnen ist (BGH, Beschluss vom 31.1.2017, X ZB 10/16 - Rettungsdienst, juris Rdnr. 56).

(3) Allerdings besteht insoweit eine unmittelbare Verbindung zwischen der Bewertung des Angebots der Klägerin und demjenigen der Nebenintervenientin (und ggf. auch anderer Mitbewerber), als die Beklagte das Angebot der Klägerin nicht allein aus sich selbst heraus bewertet hat, sondern in einer Relation zum Angebot der Nebenintervenientin. Dies betrifft alle Fälle, in denen entsprechend Seite 5 des Verfahrensbriefes eine Binnendifferenzierung stattgefunden hat. In diesen Fällen gebietet es der Transparenzgrundsatz nach Auffassung des Senats, nicht nur pauschal zu erklären, ein Mitbewerber sei insoweit besser gewesen, sondern konkret auch darzulegen, weshalb der Mitbewerber hier besser bewertet wurde.

dd) Nach den oben dargelegten Maßstäben gilt hinsichtlich der konkreten Bewertung Folgendes:

(1) Kein Transparenzmangel besteht hinsichtlich der Kriterien, in denen das Angebot der Beklagten für sich und ohne Rücksicht auf die übrigen Angebote verständlich und nachvollziehbar bewertet worden ist. Insoweit ist keine weitere Aufklärung geboten. Gleiches gilt in Fällen, in denen das Angebot der Klägerin mit der Höchstpunktzahl 10 bewertet worden ist - hier bestünde selbst bei objektiv mangelnder Transparenz der Bewertung kein legitimes Interesse der Beklagten an einer weiteren Aufklärung

Dies betrifft die (Unter-)Kriterien 1.1.1, 1.1.3, 1.1.4, 1.2.1, 1.2.3, 1.3 (mit allen Unterkriterien), 1.4.1, 1.4.2, 1.5.2, 2.1 (mit allen Unterkriterien), 2.3.1., 2.3.3, 2.4, 2.5.1, 2.5.2, 2.6.

(2) Eine Binnendifferenzierung ohne ausreichende Transparenz hat die Beklagte bei den nachfolgenden Kriterien vorgenommen:

- Bei 1.2.2 aktuelle BKZ/HAK heißt es im Verfahrensvermerk: "Wegen deutlich niedriger Hausanschlusskosten war eine Binnendifferenzierung zu einem Mitbewerber erforderlich". Hier ist bereits nicht klar, ob die Klägerin oder der nicht näher benannte Mitbewerber die niedrigeren Hausanschlusskosten aufwies.

- Bei 1.4.3 Reduzierung der Verluste heißt es im Verfahrensvermerk: "Mit Blick auf die Verlustquoten war eine Binnendifferenzierung vorzunehmen". Auch hier ist nicht klar, ob die Differenzierung zu Gunsten oder zulasten der Klägerin erfolgte; im Übrigen fehlt es an einer Erläuterung der Verlustquoten.

- Gleiches gilt für 1.5.1 Anschluss EEG-/KWK-Anlagen, wo es ohne jede konkretisierende Erläuterung heißt "eine Binnendifferenzierung war wegen der Zusage zum tatsächlichen Netzanschluss von EEG-/KWK-Anlagen erforderlich".

- Bei 2.2.1 Dokumentation und Auskünfte werden zwar zunächst die Schwächen des klägerischen Angebots dargestellt; gleichwohl ist die pauschale Aussage "im Verhältnis zu einem Mitbewerber war daher die Binnendifferenzierung erforderlich" nicht aussagekräftig.

- Nur eingeschränkt aussagekräftig ist auch die Bewertung des Kriteriums 2.2.2 Einwirkungsmöglichkeiten des Konzessionsgebers: "Da die von Mitbewerbern angebotenen Einflussmöglichkeiten der Gemeinde über das Angebot der Klägers hinausgehen, war eine Binnendifferenzierung geboten".

- Die abschließende Bewertung des Kriteriums 2.3.2 Mitverlegung von Leerrohren: "Mit Blick auf das Bewerberfeld ist eine Binnendifferenzierung geboten" ist ohne jede Aussagekraft.

Bei diesen Kriterien kann die Klägerin ohne nähere Erläuterungen bzw. Einsicht in die Bewertung der Mitbewerber nicht erkennen, weshalb ihr Angebot im Verhältnis zu den Mitbewerbern eine - möglicherweise - schlechtere Bewertung bekommen hat.

h) Die nach derzeitiger Aktenlage festgestellten Wertungsfehler (oben f) bb) und cc)) und die unzureichende Transparenz der Wertungsentscheidung (oben g) dd) (2)) begründen jedoch keinen Anspruch auf (vorläufige) Unterlassung des Vertragsabschlusses mit der Nebenintervenientin, weil hierdurch keine unbillige Behinderung der Klägerin eingetreten ist.

Denn eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist dann zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte (BGH KZR 66/12 Rdnr. 99; dem folgend Senat, Beschluss vom 9.3.2015, 11 W 47/14, juris Rdnr. 28; OLG Stuttgart, Urteil vom 5.1.2017, 2 U 66/16, juris Rdnr. 86 ff). So liegt der Fall hier.

Die Transparenzmängel hätten entweder durch einen entsprechenden Vortrag der Beklagten im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren (zu dem sie aufgrund einer sekundären Darlegungslast verpflichtet wäre, vgl. OLG Celle, Urteil vom 17.3.2016, 11 U 141/15, juris Rdnr. 139), oder durch nachträgliche Erläuterung bzw. Akteneinsichtsgewährung (unter Abwägung mit den Geheimhaltungsinteressen der Mitbewerber, s.o. g) cc)) geheilt werden können. Allerdings ist es nicht erforderlich, den Vertragsabschluss mit der Nebenintervenientin von einer solchen "Nachbesserung" der Wertungsentscheidung abhängig zu machen, weil selbst dann, wenn man zugunsten der Klägerin unterstellt, dass (auch) alle intransparent gewerteten Kriterien Bewertungsmängel zu Lasten der Klägerin darstellen, dies die Wertungsreihenfolge zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin nicht geändert hätte.

Die Klägerin hätte selbst dann, wenn sie bei allen tatsächlich oder wegen Transparenzmangel unterstellt falsch gewerteten Kriterien die Maximalpunktzahl erhalten hätte, den zwischen ihr und der Nebenintervenientin bestehenden Abstand maximal um 41 Wertungspunkte verringern können. Da die Nebenintervenientin jedoch einen Vorsprung von 69 Wertungspunkten auf die Klägerin hat,

kann ausgeschlossen werden, dass die fehlerhafte Bewertung einen Einfluss auf die Auswahlentscheidung hat.

Hierzu im Einzelnen:

aa) Für das Kriterium 1.1.2 Störfallmanagement stehen der Klägerin bei zutreffender Bewertung weitere 8 Wertungspunkte zu.

bb) Für das Kriterium 2.4. Sonderkündigungsrechte stehen der Klägerin bei zutreffender Bewertung weitere 3 Wertungspunkte zu.

cc) Bei dem Kriterium 1.2.2 aktuelle BKZ/HAK hätte die Klägerin weitere 3 Wertungspunkte erzielen können. Daraus, dass die Nebenintervenientin hier diesselbe Punktzahl wie die Klägerin, nämlich ebenfalls nur 9 Punkte, erzielt hat, ergibt sich, dass die Binnendifferenzierung bei der Klägerin offensichtlich im Verhältnis zu einem anderen Mitbewerber durchgeführt worden ist, so dass eine möglicherweise falsche Vornahme der Differenzierung auf die Punktzahl der Nebenintervenientin keinen Einfluss hätte.

dd) Bei dem Kriterium 1.4.3 Reduzierung der Verluste hätte die Klägerin 1 weiteren Wertungspunkt erzielen können. Auch hier erfolgte die Binnendifferenzierung nicht im Verhältnis zur Nebenintervenientin.

ee) Bei dem Kriterium 1.5.1 Anschluss EEG-/KWK-Anlagen hätte die Klägerin weitere 4 Wertungspunkte erzielen können. Bei diesem Kriterium wurde das Angebot der Nebenintervenientin mit 10 Punkten bewertet, so dass die Binnendifferenzierung im Verhältnis zu ihr stattgefunden haben kann und auch nicht völlig ausgeschlossen werden kann, dass bei unterstellt falscher Differenzierung nicht nur das Angebot der Klägerin um 1 Punkt besser (also mit 10 Punkten), sondern auch das Angebot der Nebenintervenientin mit 1 Punkt schlechter (also nur mit 9 Punkten) bewertet worden wäre. Deshalb ist bei der Untersuchung der Kausalität zu unterstellen, dass von der Bewertung der Nebenintervenientin 4 Wertungspunkte abzuziehen sein könnten. Insgesamt hätte die Klägerin daher im Verhältnis zur Nebenintervenientin bei diesem Kriterium maximal 8 Wertungspunkte "gutmachen" können.

ff) Bei dem Kriterium 2.2.1 Dokumentation und Auskünfte hätte die Klägerin weitere 4 Wertungspunkte erzielen können. Im Übrigen gelten die Ausführungen zu oben ee) entsprechend; es sind daher für Kausalitätserwägungen weitere 4 Wertungspunkte im Hinblick auf eine etwaige Falschbewertung der Nebenintervenientin zu berücksichtigen.

gg) Bei dem Kriterium 2.2.2 Einwirkungsmöglichkeiten des Konzessionsgebers hätte die Klägerin weitere 4 Wertungspunkte erzielen können. Auch hier sind weitere 4 Wertungspunkte im Hinblick auf die Möglichkeit einer Falschbewertung der Nebenintervenientin zu berücksichtigen.

hh) Bei dem Kriterium 2.3.2 Mitverlegung von Leerrohren hätte die Klägerin weitere 2 Wertungspunkte erzielen können. Hier erfolgte die Binnendifferenzierung nicht im Verhältnis zur Nebenintervenientin (s.o. cc))

3) Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 101 ZPO.