ZNER

26/5
2022

Zeitschrift für Neues Energierecht

Aus dem Inhalt:

Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL. M., M. A.
Für eine integrierte nachhaltige und digitale, sozial (rechtlich) flankierte Transformation

Ass. jur. Theresa Rath
Ein Anschluss- und Benutzungszwang auch für Bestandsbauten?

Dr. Tobias Klarmann
Wanwitz, Ivo Veit, Netzsicherheitsmanagement

BGH
Entschädigung bei Einspeisemanagement (Windpark Högel)

BGH
Preisänderungsklauseln in Fernwärmelieferungsverträgen (Transparenzgebot, einseitiges Anpassungsrecht)

FG Düsseldorf
Stromsteuerbefreiung für Kleinanlagen – Leistung an Letztverbraucher im räumlichen Zusammenhang bei Inanspruchnahme der EEG-Vergütung

OLG Celle
Gerichtliche Überprüfung einer beabsichtigten Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG – mit Anmerkung von Christian Below und Annette König, Hannover

OLG Düsseldorf
Widerruf eines im Ausschreibungsverfahren Windenergie an Land erteilten Zuschlags

BVerwG
Drittanfechtung einer WEA-Genehmigung und Beweisregeln

VGH Mannheim
Erstmalige Zurückstellung von Windenergievorhaben nach § 15 Abs. 3 S. 1 BauGB

OVG Münster
Konkretisierung der Planvorstellungen bei Zurückstellung eines Windenergievorhabens

Wissenschaftlicher Beirat
Prof. Dr. Gabriele Britz
Heinz-Peter Dicks
Prof. Dr. Martin Eifert
Peter Franke
Anne-Christin Frister
Dr. Stephan Gatz
Prof. em. Dr. Reinhard Hendler
Prof. Dr. Georg Hermes
Dr. Volker Hoppenbrock
Prof. Dr. Lorenz Jarass
Prof. Dr. Claudia Kemfert
Prof. Dr. Wolfgang Kirchhoff
Prof. Dr. H.-J. Koch
Prof. Dr. Silke R. Laskowski
Prof. Dr. Uwe Leprich
Prof. Dr. Kurt Markert
Prof. Dr. Bernhard Nagel
Dr. Volker Oschmann
Prof. Dr. Alexander Roßnagel
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker
Prof. Dr. Sabine Schlacke
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Prof. Dr. Joachim Wieland

Redaktion
RA Dr. Peter Becker (Schriftleiter)
RA Dr. Martin Altrock
RA Dr. Hartwig von Bredow
Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.
RA Dr. Wieland Lehnert
RAin Dr. Heidrun Schalle
Dr. Nina Scheer, MdB
RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 26 · Nr. 5
Oktober 2022 · S. 433 – 528
ISSN: 1434-3339

dfv Mediengruppe · Frankfurt am Main

nämlichen Strommenge, sondern nur rein rechnerisch bzw. kaufmännisch-bilanziell zurückerworben werden (BFH, Urteil vom 30. Juni 2021 VII R 1/19, BFH/NV 2022, 36 Randnr. 28).

[38] Die Klägerin hat nicht auch nochmals die Zeitgleichheit zwischen der Erzeugung und der Entnahme der Strommengen durch die Letztverbraucher nachzuweisen. § 11a StromStV ist durch Art. 4 Nr. 13 des Gesetzes vom 22. Juni 2019 (BGBl. I, 856) erst mit Wirkung ab dem 1. Juli 2019 eingefügt worden (Art. 7 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes). Unbeschadet dessen hat die Klägerin bereits im Einspruchsverfahren eine monatliche Aufteilung der zeitgleichen Liefermengen des mit dem BHKW erzeugten Stroms an Letztverbraucher für das Kalenderjahr 2015 (Bl. 5 der Einspruchsakte) übersandt.

[39] Der Klageantrag zu 2. ist nach § 100 Abs. 4 FGO zulässig. Danach ist in dem vorliegenden Verfahren auch die Verurteilung zur Leistung zulässig, soweit die Anfechtungsklage zur Aufhebung des Steuerbescheids vom 31. Mai 2017 führt. Das gilt unbeschadet dessen, dass hinsichtlich der Festsetzung der Zinsen (§§ 239 Abs. 1 Satz 1, 155 Abs. 1 Satz 1 AO) noch kein Verwaltungsakt des beklagten Hauptzollamts ergangen ist und kein Vorverfahren stattgefunden hat (vgl. BFH, Urteile vom 29. Juni 1971 VII K 31/67, BFHE 103, 28; vom 29. Oktober 1981 I R 89/80, BFHE 134, 245).

[40] Da die Klägerin eine Verzinsung nur noch für den Zeitraum von der Entrichtung der Steuer am 10. Oktober 2016 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit am 2. November 2017 begehrt, liegt auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis vor. Insoweit fehlt es – anders als bei einem auf die Zahlung von Prozesszinsen (§ 236 AO) gerichteten Leistungsbegehren (vgl. BFH, Urteil vom 19. März 2013 VII R 15/11, juris) – an einer gesetzlichen Grundlage für einen Zinsanspruch (§ 233 Satz 1 AO). Es ist gerichtsbekannt, dass die Zollverwaltung eine Verzinsung auf Grund des unionsrechtlichen Erstattungsanspruchs bislang ablehnt (vgl. BFH, Beschluss vom 21. Januar 2021 VII B 121/20, BFH/NV 2021, 682 sowie das bei Gericht anhängige Klageverfahren 4 K 2429/21 AO).

[41] Der Klageantrag zu 2. ist hinsichtlich des Zeitraums von der Zahlung der festgesetzten Stromsteuer am 10. Oktober 2016 an bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 66 Satz 1 FGO) auch begründet. Das Unionsrecht begründet einen Anspruch auf die Verzinsung eines Erstattungsbetrags der Stromsteuer, die zu Unrecht erhoben wurde, auch in den Fällen, in denen eine einzelstaatliche Vorschrift fehlerhaft angewendet worden ist, die auf der Grundlage einer von der Richtlinie (EG) 2003/96 des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom (Richtlinie 2003/96) vorgesehenen fakultativen Steuerbefreiung erlassen worden ist (Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 9. September 2021 Rs. C-100/20, ECLI:EU:C:2021:716 Randnr. 33, 36). § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StromStG beruht auf der fakultativen Steuerbefreiung des Art. 21 Abs. 5 Unterabs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2003/96 (BFH, Urteil vom 30. Juni 2021 VII R 1/19, BFH/NV 2022, 36 Randnr. 26). Der BFH hat in seinem vorgenannten Urteil den Verstoß der Verwaltung gegen § 9 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StromStG und damit gegen das Unionsrecht (Art. 21 Abs. 5 Unterabs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2003/96) festgestellt. Daher hat die Klägerin unbeschadet der vom Vertreter der Generalzolldirektion in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten beihilferechtlichen Bedenken, die der BFH für unbeachtlich erachtet hat, nicht nur einen Erstattungsanspruch, sondern auch einen Verzinsungsanspruch.

[42] […]

Gerichtliche Überprüfung einer beabsichtigten Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG – mit Anmerkung von Christian Below und Annette König, Hannover

OLG Celle, U. v. 16.06.2022 – 13 U 67/21 (Kart)
(Verfahrensgang: LG Hannover, 19.08.2021 – 25 O 82/21)

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB; § 19 Abs. 1 GWB; § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB; § 20 Abs. 1 GWB; § 33 Abs. 1 GWB; § 3 Abs. 2 KAV; § 1 EnWG; § 46 Abs. 1 EnWG

1. Angebote im Verfahren zur Neuvergabe von Wegerechtskonzessionen sind von der ausschreibenden Gemeinde näher auf ihre Plausibilität zu prüfen, wenn sich aus ihnen selbst, aus zur Plausibilisierung mit eingereichten Unterlagen oder aus naheliegenden Überlegungen Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten oder die mangelnde Umsetzbarkeit von Zusagen ergeben. Die Plausibilitätsprüfung ist nicht grundsätzlich zu dokumentieren. Das Fehlen einer solchen Dokumentation indiziert daher nicht, dass eine Plausibilitätsprüfung unterblieben wäre.

2. Vertragsstrafen unterfallen grundsätzlich nicht dem Nebenleistungsverbot nach § 3 Abs. 2 KAV.

3. Zur Einsicht in die Angebote – hier: Erforderlichkeit der substantiierten Darlegung eines Einsichtsinteresses.

4. Zur Beurteilung der Kausalität von Wertungsfehlern für die Vergabeentscheidung (Anschluss an OLG Koblenz, Urteil vom 22. August 2019 – U 678/19 Kart – und OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19 Kart).

(amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

A.

[1] Die Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte auf Unterlassung des Neuabschlusses eines Konzessionsvertrages (Wegenutzungsvertrages) mit der Nebenintervenientin über den Betrieb des Stromverteilnetzes der allgemeinen Versorgung für das Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten in Anspruch genommen.

[2] In dem Verfahrensbrief vom 25.07.2018 war unter Nr. 5.1 Abs. 5 bestimmt:

[3] „Die Angebotsinhalte werden jeweils im Verhältnis zueinander bewertet (sogenannte relative Angebotswertung). Das Angebot, das im Vergleich zu den anderen Angeboten das Ziel der Stadt im jeweiligen Wertungskriterium am besten erfüllt, erhält dabei die volle Punktzahl. Vorbehaltlich Ziffer 7 erhält unabhängig von der Zahl der Angebote also mindestens 1 Angebot in jedem Kriterium die volle Punktzahl. Die anderen Angebote erhalten eine Bewertung entsprechend des im Vergleich zum besten Angebot erreichten Erfüllungsgrades."

[4] Unter Abs. 8 war bestimmt:

[5] „Eine „beste Erfüllung für jedes Kriterium" wird von der Stadt nicht festgelegt. Vielmehr sind die Bieter im Sinne einer funktionalen Leistungsbeschreibung aufgefordert, selbst Lösungen zur bestmöglichen Erfüllung zu entwickeln."

[6] Die Bewertung war schließlich anhand einer in Abs. 9 vorgegebenen Skala vorzunehmen, die dem Maß der qualitativen Abweichung von dem jeweils besten Angebot bestimmte Punktwerte zuwies.

[7] Die Verfügungsbeklagte gab den Interessenten den Entwurf eines Wegenutzungsvertrages vor, der in § 20 die Vereinba-

rung von Vertragsstrafen vorsah und von den Interessenten ergänzt werden konnte. Nach § 20 Abs. 2 dieses Entwurfes war die Vertragsstrafe für bestimmte Fälle auf insgesamt 75.000 € pro Jahr beschränkt. Die Verfügungsklägerin erstreckte diese Deckelung in ihrem Angebot auch auf weitere Fälle der danach angebotenen Vertragsstrafenvereinbarungen.

[8] Nach Abgabe der Angebote teilte die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin mit, der Rat der Stadt habe entschieden, den Zuschlag auf das konkurrierende Angebot der Nebenintervenientin zu erteilen. Dem Schreiben war die Auswertung der Angebote beigefügt, der zufolge auf das Angebot der Verfügungsklägerin 508 Punkte entfielen, auf das der Nebenintervenientin 540 Punkte.

[9] Die Verfügungsklägerin beantragte Akteneinsicht, die die Verfügungsbeklagte gewährte. Dabei waren teilweise der Auswertungsvermerk und das Angebot der Nebenintervenientin geschwärzt. Die Verfügungsklägerin erhob verschiedene Rügen gegen die Auswahlentscheidung. Diesen half die Verfügungsbeklagte nicht ab und fügte dem Schreiben einen ungeschwärzten und überarbeiteten Auswertungsvermerk sowie eine weiter offengelegte Version des Angebots der Nebenintervenientin als Anlage bei.

[10] Die Verfügungsklägerin verlangt nunmehr im Wege der einstweiligen Verfügung, es der Verfügungsbeklagten zu untersagen, einen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet […] abzuschließen, bevor nicht den von ihr erhobenen Rügen abgeholfen und unter deren Berücksichtigung eine Auswahlentscheidung getroffen worden ist.

[11] Sie macht zunächst geltend, die Auswahlentscheidung sei intransparent, da sie auch nach vollständiger Offenlegung des Auswertungsvermerks und weiterer Teile des Angebots der Nebenintervenientin aufgrund der verbliebenen Schwärzungen im Konzessionsvertragsangebot nicht hinreichend überprüfbar und nachvollziehbar sei. Transparenzmängel hätten auch nicht durch die nachträgliche Überarbeitung des Auswertungsvermerks beseitigt werden können, da nicht nur redaktionelle Überarbeitungen erfolgt seien, sondern Änderungen auch inhaltlicher Natur seien.

[12] Darüber hinaus sei die Auswahlentscheidung wegen einer unklaren Bewertungsmethode intransparent. Die Verfügungsklägerin rügt, dass die Verfügungsbeklagte bei der Auswertung die vertraglichen Zusagen der Angebote danach bewertet, inwieweit sie die Ziele der Verfügungsklägerin „fördern". Insoweit habe die Verfügungsbeklagte die Angebote jeweils für sich genommen und nicht – entsprechend der vorgesehenen relativen Wertungsmethode – im Verhältnis zueinander bewertet. Es bleibe unklar, ob und wie der Grad des Förderns sich auf die anschließende Abwägung und Einordnung in die im Verfahrensbrief angegebene Bewertungsskala auswirke.

[13] Weiter beanstandet die Verfügungsklägerin unter anderem, dass die Verfügungsbeklagte die Plausibilität verschiedener Inhalte des Angebots der Nebenintervenientin nicht überprüft habe. Auch habe sie zu Unrecht zu Lasten der Verfügungsklägerin berücksichtigt, dass diese die versprochenen Vertragsstrafen in weiterem Umfang „gedeckelt" habe, als dies nach dem vorgegebenen Vertragsentwurf vorgesehen gewesen sei.

[14] Das Landgericht hat den Verfügungsantrag mit dem angefochtenen Urteil zurückgewiesen. Soweit in einem Fall ein Wertungsfehler vorliege, wirke sich dieser im Ergebnis nicht auf die Wertungsreihenfolge aus.

[15] Mit ihrer Berufung verfolgt die Verfügungsklägerin ihren Verfügungsantrag weiter.

[16] Von einer Darstellung des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1, § 542 Abs. 2 ZPO abgesehen.

B.

[17] Die zulässige Berufung ist unbegründet.

I.

[18] Dass das landgerichtliche Urteil unter Verletzung von § 309 ZPO unter anderem von einem Handelsrichter unterschrieben wurde, der der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung nicht beigewohnt hatte, führt nicht zur Aufhebung des Urteils nach § 538 Abs. 2 ZPO.

[19] Insoweit kann offenbleiben, ob die fehlerhafte Besetzung der Richterbank ohnehin nur dann zur Zurückverweisung nötigt, wenn sich der Mangel in zweiter Instanz auswirkt (so etwa Wulf in: BeckOK ZPO, 44. Ed., § 538 Rn. 11; Rimmelspacher in: MüKoZPO, 6. Aufl., § 538 Rn. 37). Jedenfalls führt dieser Fehler nicht zur Nichtigkeit des Urteils (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1986 – IVb ZR 54/85, juris Rn. 11), sondern stellt lediglich einen (wesentlichen) Verfahrensmangel dar, der nur unter den Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits rechtfertigt (OLG Celle, Beschluss vom 6. Februar 2017 – 8 U 5/17, juris Rn. 23). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, weil aufgrund dieses Verfahrensmangels keine umfangreiche Beweisaufnahme durch den Senat durchzuführen ist.

II.

[20] Das Landgericht hat den Verfügungsantrag zutreffend zurückgewiesen.

[21] Ein Verfügungsanspruch gemäß § 935 ZPO, der sich vorliegend allein aus § 33 Abs. 1 i. V. m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB ergeben könnte, besteht nicht. Vielmehr hat die Verfügungsbeklagte bei dem Verfahren betreffend die Vergabe der Netzkonzession die Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren zumindest überwiegend eingehalten. Soweit einzelne Wertungsfehler vorliegen mögen, haben diese sich nicht auf das Ergebnis des Auswahlverfahrens ausgewirkt.

[22] 1. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass Gemeinden wie die Verfügungsbeklagte als nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet sind, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen, wobei die Auswahl in einem transparenten Verfahren erfolgen muss und vorrangig an Kriterien auszurichten ist, die die Ziele 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 (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12 – Stromnetz Berkenthin, juris Rn. 16 ff.; Senat, Urteil vom 17. März 2016 – 13 U 141/15 (Kart), juris Rn. 33 f.).

[23] Ob ein fehlerhaftes Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/

12 – Stromnetz Heiligenhafen, juris Rn. 51; Urteil vom 24. Oktober 2011 – KZR 7/10, juris Rn. 37).

[24] Eine solche unbillige Behinderung ist hier nicht festzustellen. Die Rügen der Verfügungsklägerin greifen zumindest im Ergebnis nicht durch.

[25] a) Allgemein gilt in Anlehnung an die Grundsätze des Vergabeverfahrens, dass der Vergabestelle im Rahmen der Konzessionsvergabe 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 hält, d. h. Besseres besser, Schlechteres schlechter, Gleiches gleich zu werten und Minder- oder Mehrbemessungen nur bei bedeutsamen Abweichungen vorzunehmen. Eine vollständige gerichtliche Nachprüfung ist danach weder geboten noch zweckmäßig. Der Senat darf nicht seine Bewertung an die Stelle derjenigen der Gemeinde setzen (Senat, Urteil vom 19. Oktober 2017 – 13 U 38/17 (Kart), juris Rn. 51 m. w. N.; OLG Schleswig, Urteil vom 16.04.2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 80, 86 m. w. N.; OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19 Kart, juris Rn. 4).

[26] Zuletzt wurde teilweise versucht, die in diesem Zusammenhang maßgebliche gerichtliche Prüfungstiefe dahingehend zu konkretisieren, dass die behördliche Wertungsentscheidung „gut vertretbar" sein müsse (OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 86; Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19, juris Rn. 148 ff.). Dieser Ansatz lässt allerdings klarere Maßstäbe nicht erkennen. Auch nach dieser Auffassung ist letztlich maßgeblich, dass die Wertungsentscheidung entsprechend der für das Kartellvergaberecht entwickelten Grundsätze (dazu: BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17, juris Rn. 53) nachvollziehbar und plausibel ist (OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018, a. a. O. Rn. 85 f.; OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19, juris Rn. 150; Urteil vom 6. Juli 2020 – 16 U 16/20, n. v., Umdruck S. 12 f.).

[27] b) Mit diesen Grundsätzen korrespondiert die Verteilung der Darlegungs- und Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast.

[28] Den die Wertung angreifenden Bieter trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, aufgrund derer ein Bewertungsfehler vorliegen soll. Der Vergabestelle obliegt es demgegenüber aufgrund ihrer sekundären Darlegungslast, im Einzelnen darzulegen, auf welcher Grundlage sie ihre Auswahlentscheidung getroffen hat. Diese Darlegung muss erkennen lassen, dass die getroffene Wertung nachvollziehbar und plausibel ist (OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19 Kart, juris Rn. 13, 27, 51, 55, 58; OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 87).

[29] c) Im Ausgangspunkt zutreffend weist die Verfügungsklägerin zwar darauf hin, dass die von ihr vor der Darstellung der einzelnen Rügen – sozusagen „vor der Klammer" – zusammengefassten rechtlichen Erwägungen für sich genommen keine Rügen i.e.S. darstellen. Dass das Landgericht diese als Rügen bezeichnet hat und auch als solche aufgefasst haben mag, ist aber in der Sache unschädlich und beschwert die Verfügungsklägerin nicht. Insbesondere hat sich dies weder in der Kostenentscheidung noch in der Streitwertfestsetzung niedergeschlagen.

[30] Entsprechend der von der Verfügungsklägerin gewählten überwiegend sachgerechten Darstellungsweise geht auch der Senat im Folgenden zunächst auf einzelne dieser übergreifenden Erwägungen ein.

[31] aa) Unterbliebene Akteneinsicht beanstandet die Verfügungsklägerin ausdrücklich nicht im Wege einer eigenständigen Rüge, sondern als Transparenzmangel (insoweit übereinstimmend etwa mit OLG Schleswig, Urteil vom 6. Juli 2020 – 16 U 16/20, n. v., Umdruck S. 17 f., 86). Entsprechend ist dieser Gesichtspunkt im Zusammenhang mit den jeweiligen Rügen betreffend diejenigen Wertungsentscheidungen zu behandeln, die sich auf geschwärzte Inhalte des Angebots der Nebenintervenientin beziehen.

[32] bb) Es stellt jedenfalls grundsätzlich keinen Vergabefehler – insbesondere keinen Transparenzmangel – dar, dass die Verfügungsbeklagte im Rahmen der einzelnen Wertungsentscheidungen zunächst mit teilweise unterschiedlichen Begrifflichkeiten herausgearbeitet hat, inwieweit die Angebote ihre Ziele fördern, und dieses Maß der Zielförderung anschließend in Relation zueinander gesetzt hat.

[33] (1) Weder hat die Verfügungsbeklagte hierdurch nachträglich nicht bekannt gemachte Wertungskriterien gebildet oder angewandt, noch hat sie hierdurch entgegen der Bekanntmachung eine absolute Bewertung vorgenommen.

[34] Die in Nr. A.5.1. Abs. 5 der Wettbewerbsunterlagen bestimmte relative Bewertungsmethode ist dadurch gekennzeichnet, dass das beste eingereichte Angebot die bestmögliche Bewertung erhält und die weiteren jeweils im Verhältnis zu ihren Abweichungen eine etwas schlechtere (Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 32 Rn. 82). Hiervon ist die Verfügungsbeklagte nicht abgewichen. Die zunächst vorgenommene – für sich genommen in der Tat absolute – Betrachtung der Zielförderung diente lediglich der Erfassung des jeweiligen Angebotsinhaltes unter Berücksichtigung der entsprechenden Zielförderung. Diese jeweiligen Angebotsinhalte und Zielförderungen hat die Verfügungsbeklagte anschließend entsprechend der nach A.5.1. der Wettbewerbsunterlagen vorgesehenen relativen Bewertungsmethode im Verhältnis zueinander gewertet.

[35] (2) Jedenfalls grundsätzlich ist es auch unschädlich, dass die Verfügungsbeklagte insoweit teilweise unterschiedliche Begrifflichkeiten und Darstellungsformen gewählt hat. Dies macht ihre Entscheidung nicht per se intransparent. Die Nachvollziehbarkeit der Wertungsentscheidungen im Einzelfall ist konkret bei der Betrachtung der jeweiligen Wertung zu erörtern.

[36] cc) Inwieweit Erwägungen berücksichtigungsfähig sind, die erstmals in dem auf die Rügen der Verfügungsklägerin hin überarbeiteten Auswertungsvermerk niedergelegt sind (vgl. zum Nachschieben von Gründen allg.: OLG Schleswig Urteil vom 6. Juli 2020 – 16 U 16/20, n. v., Umdruck S. 19), betrifft nur einzelne Wertungsentscheidungen. Auch dort ist diese Frage aber aus den jeweils angeführten weiteren Gründen nicht entscheidungserheblich.

[37] dd) Auch etwaige Vergabefehler aufgrund unzureichender Prüfung der Plausibilität der Angebotsinhalte sind abschließend im Zusammenhang mit der Beurteilung der jeweiligen Wertungsentscheidung zu betrachten. Allgemein sind dabei folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

[38] (1) Ein Vergabefehler läge im Zusammenhang mit einer solchen Plausibilitätsprüfung nur dann vor, wenn sich aus den Angeboten selbst und naheliegenden Überlegungen Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten in den Angeboten oder die mangelnde Umsetzbarkeit von Zusagen ergeben hätten, die Verfügungsbeklagte diese aber nicht zum Anlass genommen hätte, die sich ergebenden Zweifel näher aufzuklären.

[39] (a) Inwieweit die ausschreibende Gemeinde die Plausibilität von Angebotsinhalten überprüfen, unplausible Angebote aufklären und in letzter Konsequenz gegebenenfalls von der Wertung ausschließen muss, ist in Rechtsprechung und

Rechtslehre noch nicht allgemein abschließend geklärt. Grundsätzlich wird zwischen einer Plausibilitätsprüfung betreffend vertragliche Zusagen und einer solchen betreffend Prognosen unterschieden:

[40] Betreffend vertragliche Zusagen wird vertreten, dass eine konkrete Plausibilisierung nur bei konkreten gegenteiligen Anhaltspunkten erforderlich ist. Durch die vertragliche Fixierung der Zusagen, die ggf. vorgesehenen Überprüfungsmöglichkeiten hinsichtlich ihrer Erfüllung und die ggf. hieran knüpfenden Sanktionsmöglichkeiten gewährleistet die Verfügungsbeklagte die rechtliche Durchsetzbarkeit der für die Auswahlentscheidung abgefragten Zusagen, wodurch zudem einer missbräuchlichen Bieterpraxis durch Abgabe nicht einhaltbarer Zusagen entgegengewirkt und das Vertrauen in die Redlichkeit des die Zusage gebenden Unternehmens abgesichert wird. Die vertragliche Zusage, ggf. nebst Kontrollrechten und Sanktionen, garantiert damit das Erreichen der Ziele nach § 1 Abs. 1 EnWG. Dies genügt regelmäßig zur Wahrung eines Mindestmaßes an grundsätzlicher Plausibilität der Angebote und damit an der Sachlichkeit der Auswahlentscheidung. Soweit ein bei der Auswahlentscheidung unterlegener Bieter Zweifel an der entsprechenden Leistungsfähigkeit des ausgewählten Bieters hegt, ist er als Fachunternehmen besser als die ausschreibende Gemeinde in der Lage, spätestens im Rahmen der Rügefrist nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG – ggf. nach Akteneinsicht und dann innerhalb verlängerter Rügefrist (§ 47 Abs. 3, Abs. 2 Satz 4 EnWG) – der Gemeinde konkrete Anhaltspunkte in Bezug auf den vorläufig siegreichen Bieter mitzuteilen, die objektiv zu Zweifeln an der Plausibilität seines Angebots veranlassen und der Gemeinde danach eine konkrete Plausibilitätsprüfung gebieten (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, juris Rn. 154 m. w. N.).

[41] Sofern nach den Wettbewerbsunterlagen keine durchsetzbare und ggf. sanktionsfähige Zusage anzubieten, sondern Prognosen abzugeben sind, ist es zwar sachgerecht, eine erhöhte Plausibilitätsgewähr sicherzustellen (so i.d.S. auch OLG Karlsruhe, a. a. O. Rn. 188 sowie Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris, insb. Rn. 193). Allerdings bestimmt die ausschreibende Gemeinde letztlich im Rahmen des ihr zustehenden Spielraums die Bewertung und den Grad der hierzu erforderlichen Sachermittlung und Plausibilisierung (OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. August 2019, a. a. O.).

[42] Ähnlich unterscheidet auch das Oberlandesgericht Schleswig in seiner Entscheidung vom 6. Juli 2020 (16 U 16/20 Kart, n. v., vorgelegt als Anlage ASt 29, Umdruck S. 19, 88). Auch bei Prognosen bedarf es hiernach einer besonderen Plausibilitätsprüfung aber nur dann, wenn sich – wie dargestellt – Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten oder Zweifel daran ergeben. Einer generellen Verschriftlichung der erfolgten Plausibilitätsprüfung bedürfe es nicht (OLG Schleswig, a. a. O.).

[43] (b) Den vorliegend von der Verfügungsbeklagten erstellten und bekannt gemachten Wettbewerbsunterlagen liegt diese Differenzierung zwischen verbindlich zugesagten und geschätzten Angaben zugrunde. Auch hiernach war eine besondere Form der Plausibilitätsprüfung nicht erforderlich.

[44] Eine solche Differenzierung nimmt zunächst A.3.4. der Wettbewerbsunterlagen vor. Zwar sollten die Angebote nach dem dortigen Abs. 2 insgesamt auf Plausibilität geprüft werden, „insbesondere“ aber die auf Schätzungen und Prognosen beruhenden wirtschaftlichen Angaben. Nur betreffend Letztere waren nach Abs. 3 bereits dem Angebot alle Unterlagen beizufügen, die notwendig waren, um die Schätzungen und Prognosen des Bieters nachzuvollziehen. Bereits hieraus wird deutlich, dass die Verfügungsbeklagte die Plausibilität vertraglicher Zusagen nicht mithilfe von Umständen zu überprüfen hatte, die außerhalb des Angebots und der bei ihr vorhandenen Kenntnisse lagen. Bei Schätzungen und Prognosen sollte sie zwar ersichtlich die Plausibilität unter anderem anhand der eingereichten Unterlagen überprüfen; eine bestimmte Form, Tiefe und Dokumentation dieser Prüfung war aber nicht vorgesehen.

[45] Diese Differenzierung führt A.7.2.2. Abs. 2 der Wettbewerbsunterlagen fort, wonach (nur) Prognosen betreffend die Wertungskriterien des Hauptkriteriums I. dergestalt nachvollziehbar zu begründen sind, dass diese alle Informationen enthalten, die der Stadt eine Plausibilitätsprüfung ermöglichen. Weiter musste die Begründung hiernach einer Plausibilitätsprüfung standhalten. Auch hiernach war aber für die Prüfung der Plausibilität von Prognosen keine bestimmte Form, Tiefe und Dokumentation vorgesehen.

[46] (c) Jedenfalls nach diesen Bestimmungen in den Wettbewerbsunterlagen sind die dargestellten allgemeinen, von den Oberlandesgerichten Schleswig und Karlsruhe herausgearbeiteten Maßstäbe auch im vorliegenden Fall anzulegen.

[47] (2) Da eine besondere Dokumentation der Plausibilitätsprüfung nicht vorgesehen und angesichts der Offenheit der Maßstäbe für eine solche Prüfung auch aufgrund des Transparenzgebots nicht allgemein erforderlich war, indiziert das Fehlen einer solchen Dokumentation nicht, dass eine Plausibilitätsprüfung unterblieben wäre.

[48] Ein Vergabefehler könnte in diesem Zusammenhang deshalb nur dann angenommen werden, wenn sich aus den Angeboten selbst und naheliegenden Überlegungen Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten in den Angeboten oder die mangelnde Umsetzbarkeit von Zusagen ergeben hätten, die Verfügungsbeklagte diese aber nicht zum Anlass genommen hätte, die sich ergebenden Zweifel näher aufzuklären. Bei Prognosen sind darüber hinaus auch Umstände zu berücksichtigen, die sich naheliegend aus den zur Plausibilisierung der Prognosen eingereichten Unterlagen ergeben.

[49] Für solche tatsächlichen Anhaltspunkte ist die Verfügungsklägerin darlegungs- und beweisbelastet. Sie will die Fehlerhaftigkeit der Vergabeentscheidung aus einem derartigen Verstoß herleiten. Nach allgemeinen Grundsätzen ist eine Partei für die für sie günstigen tatsächlichen Umstände darlegungs- und beweisbelastet (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19 Kart, juris Rn. 82).

[50] (3) Entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin finden diese Grundsätze auch im Hinblick auf Zusagen betreffend Ziele nach § 1 EnWG Anwendung. Auch wenn die ausschreibende Gemeinde sicherstellen muss, dass der Netzbetreiber diese Ziele umsetzen kann, folgt daraus nicht, dass die Plausibilität der einzelnen Angebote unabhängig von konkreten Anhaltspunkten für diesbezügliche Zweifel in jedem Fall gesondert zu prüfen und dies auch ausdrücklich zu dokumentieren wäre.

[51] ee) Die Verfügungsklägerin hat in § 20 Abs. 2 des von ihr angebotenen Wegenutzungsvertrages die Höhe aller gegebenenfalls in einem Jahr zu zahlenden Vertragsstrafen – mit Ausnahme etwaiger Vertragsstrafen nach § 20 Abs. 1 lit. d) – auf insgesamt 75.000 € begrenzt. Sie weicht mit diesem Angebot von der von der Verfügungsbeklagten entworfenen Formulierung des Wegenutzungsvertrages ab, wonach eine entsprechende Einschränkung nur für die Vertragsstrafen nach § 20 Abs. 1 lit. a) und b) vorgesehen war.

[52] Soweit dies zu einer – potentiellen – Einschränkung der versprochenen Vertragsstrafe führt, hat die Verfügungsbeklagte diese im Grundsatz in vertretbarer Weise bei der Wertung zum Nachteil der Verfügungsklägerin berücksichtigt. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot oder ein sonstiger Wertungsfehler liegt hierin nicht.

[53] (1) Zunächst führt diese Einfügung eines verschärften „Vertragsstrafendeckels" unter § 20 Abs. 2 des angebotenen Wegenutzungsvertrages allerdings – anders als von der Verfügungsbeklagten hilfsweise ausgeführt – nicht zu einem Ausschluss des Angebots der Verfügungsklägerin wegen einer unzulässigen Änderung der Vergabeunterlagen gem. A.3.1. Abs. 1 der Wettbewerbsunterlagen. Der als Teil der Angebotsunterlagen mitgeteilte Vertragsentwurf sah unter § 20 Abs. 2 selbst Ergänzungen der Beschränkung der Vertragsstrafe vor.

[54] (2) Die Höhe der angebotenen Vertragsstrafe konnte bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden, was die Verfügungsklägerin im Grundsatz auch nicht in Abrede nimmt.

[55] Vertragsstrafen zählen zu den Sanktionsmöglichkeiten, die nach A.7.2.3. Abs. 1 und 6 der Wettbewerbsunterlagen wertungsrelevant sein sollten. Umso höher eine angebotene Vertragsstrafe ist, desto effektiver wird der Konzessionsnehmer regelmäßig zur Einhaltung der eingegangenen Verpflichtungen angehalten. Entsprechend ist anerkannt, dass die Höhe einer angebotenen Vertragsstrafe wertungsrelevant sein kann (vgl. KG, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19 EnWG, juris Rn. 365, 416, 428; allg. auch Senat, Urteil vom 26. Januar 2017 – 13 U 9/16 (Kart), juris Rn. 63 ff.).

[56] Dass die von der Verfügungsklägerin ergänzte Vertragsstrafendeckelung grundsätzlich wertungsrelevant war, ergab sich bereits hinreichend aus dem Hinweis zu § 20 Abs. 2 des Entwurfs des Wegenutzungsvertrages.

[57] Eine der Verfügungsklägerin nachteilige Berücksichtigung des ihrem Angebot zugrundeliegenden weitergehenden sog. Vertragsstrafendeckels wäre deshalb im Grundsatz nur dann fehlerhaft, wenn sich diese weitergehende Begrenzung im Ergebnis nicht auswirkte, weil – was die Verfügungsklägerin vertritt – eine höhere Vertragsstrafe gegen das sog. Nebenleistungsverbot nach § 3 Abs. 2 KAV verstieße. In einem solchen Fall dürften höhere und insoweit rechtswidrige Vertragsstrafeversprechen anderer Bieter auch nach A.7.1. Abs. 2, 7 der Wettbewerbsunterlagen nicht zu einer besseren Bewertung ihrer Angebote führen. Ein derartiger Verstoß ist aber nicht zu erkennen:

[58] Die Vorschrift des § 3 KAV regelt abschließend, welche Nebenleistungen neben Konzessionsabgaben zwischen Kommunen und Energieversorgungsunternehmen vereinbart und gewährt werden dürfen (Begründung des Verordnungsentwurfs, BR-Drs. 686/91, S. 18). Leistungen in diesem Sinne sind nach dem Sinn und Zweck des Nebenleistungsverbots jegliche Leistungen – mithin zweckgerichtete und bewusste Mehrungen fremden Vermögens – geldwerter oder vermögensrechtlicher Art (Theobald/Templin in: Theobald/Kühling, Energierecht, 114. EL Januar 2022, KAV § 3 Rn. 100). Während der Leistungsbegriff im Kondiktionsrecht der §§ 812 ff. BGB zwar auch etwa Verbesserungen von Rechtsstellungen umfasst (Sprau in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 812 Rn. 9), so dass dort auch das Versprechen einer Vertragsstrafe als Verbesserung der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs umfasst sein kann, ist eine derart weite Auslegung nach Sinn und Zweck des Nebenleistungsverbots im Konzessionsabgabenrecht aber nicht vorzunehmen. Das Nebenleistungsverbot soll maßgeblich die Aushöhlung der Höchstsätze des § 2 KAV durch eventuell schrankenlose Gewährung zusätzlicher (Neben-)Leistungen verhindern (Theobald/Templin, a. a. O., Rn. 23). Soweit nur Leistungsversprechen abgesichert werden sollen, die für sich genommen zulässig sind, besteht nach dieser Zielsetzung kein Grund, diese Absicherung dem Nebenleistungsverbot zu unterstellen. Dies gilt nach Auffassung des Senats im Grundsatz auch für das Versprechen von Vertragsstrafen. Für den Fall ihrer Verwirkung führen sie zwar zu einer zusätzlichen Mehrung des Vermögens der konzessionsgebenden Gemeinde. Hierauf zielen sie aber typischerweise nicht ab.

[59] Dem Nebenleistungsverbot können Vertragsstrafen hiernach allenfalls dann unterfallen, wenn sie ein Umgehungsgeschäft darstellen. Hierfür kann im Einzelfall sprechen, dass die Gemeinde in der Sache kein Interesse an der Erfüllung der zu sichernden Verpflichtung hat, eine sehr hohe Eintrittswahrscheinlichkeit besteht oder die angebotene Sanktion außer Verhältnis zu dem zu ahndenden Verstoß steht (so auch: Strohe, in: RdE 2014, 261, 267). Sollte das Landgericht Köln in der von der Verfügungsklägerin insoweit in Bezug genommenen Entscheidung (Urteil vom 6. Juni 2014 – 90 O 35/14, juris Rn. 75) weitergehende Einschränkungen annehmen, teilt der Senat diese Auffassung nicht.

[60] Dafür, dass vorliegend die Vertragsstrafeversprechen ohne den dem Angebot der Verfügungsklägerin zugrundeliegenden erweiterten Vertragsstrafendeckel nach diesen Grundsätzen dem Nebenleistungsverbot unterfielen, ist nichts ersichtlich und auch nichts mit Substanz von der Verfügungsklägerin vorgebracht worden. Insbesondere spricht nichts dafür, dass Vertragsstrafen pauschal stets dann außer Verhältnis zu den zu ahndenden Verstößen stünden, wenn ihre jährliche Summe einen bestimmten Anteil des jährlichen Konzessionsabgabenaufkommens überstiege, wie es die Verfügungsklägerin vertritt.

[61] (3) Es stellt auch keine unzulässige Doppelverwertung dar, dass die Verfügungsbeklagte den weitergehenden Vertragsstrafendeckel im Rahmen verschiedener Wertungskriterien zulasten der Verfügungsklägerin berücksichtigt hat. Diese Einschränkung der Vertragsstrafe schränkte im Ausgangspunkt die Durchsetzbarkeit aller betroffenen vertraglichen Zusagen ein. Diese Einschränkung ist im Grundsatz bei jedem betroffenen Kriterium gesondert zu berücksichtigen.

[62] (4) Im Ausgangspunkt zutreffend weist die Verfügungsklägerin zwar darauf hin, dass die nachteilige Berücksichtigung der weitergehenden Deckelung der versprochenen Vertragsstrafe einen Wertungsfehler darstellte, wenn diese Deckelung letztlich nicht zum Tragen kommen könnte oder eine solche Auswirkung jedenfalls fernliegend wäre. Zumindest im Hinblick auf die letzten Jahre der Vertragslaufzeit ist es aber unstreitig, dass die weitergehende Deckelung tatsächlich und nicht bloß fernliegend zu einer Einschränkung einer etwaig verwirkten Vertragsstrafe führen kann. Im Übrigen ist auch dieser Gesichtspunkt bei jedem betroffenen Wertungskriterium gesondert zu berücksichtigen.

[63] d) Die einzelnen angegriffenen Wertungen der Verfügungsbeklagten sind überwiegend frei von Wertungsfehlern. Die entsprechenden Rügen der Verfügungsklägerin greifen jedenfalls überwiegend nicht durch. Soweit in Einzelfällen Wertungsfehler oder Transparenzmängel vorliegen, haben sich diese nicht auf die abschließend ermittelte Rangfolge der Bieter ausgewirkt.

[64] aa) Eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist 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, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12, juris Rn. 99). Sind die Angebote fehlerhaft bewertet worden, kommt es nur darauf an, inwiefern sich festgestellte Bewertungsfehler auf das Ergebnis der Angebotsbewertung und die sich daraus ergebende Rangfolge der Bieter ausgewirkt haben. Zwar genügt es, wenn eine solche Auswirkung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht ausgeschlossen werden kann. Dass es sich so verhält, es mithin zumindest möglich ist, dass der unterlegene Bieter durch den

Abschluss des Konzessionsvertrages unbillig behindert oder diskriminiert wird, hat aber derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich auf die Fehlerhaftigkeit des Vergabeverfahrens beruft (BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 – EnZR 116/18, juris Rn. 20, 24; vgl. auch BGH, Urteil vom 9. März 2021 – KZR 55/19, juris Rn. 39; Theobald/Schneider, a. a. O. § 47 EnWG Rn. 42).

[65] Wie die Kausalität von Wertungsfehlern im Einzelfall festzustellen ist, ist bislang nicht abschließend geklärt.

[66] (1) Das Oberlandesgericht Schleswig hatte zunächst zu jedem fehlerhaft gewerteten Kriterium eine Bewertung festgestellt, die mit Rücksicht „sowohl auf die Sache als auch auf den gemeindlichen Beurteilungsspielraum vorzugswürdig ist", und abschließend geprüft, ob die Angebote des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters sich im Ergebnis „mit danach guten oder mit Rücksicht auf den Beurteilungsspielraum jedenfalls noch gut vertretbaren Gründen" immer noch als die besseren erweisen (OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 88, 440 und z. B. 105).

[67] In einer jüngeren Entscheidung hat es mit Rücksicht auf den gemeindlichen Beurteilungsspielraum zumindest diese Terminologie aufgegeben und sich einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz vom 12. September 2019 (U 678/19 Kart, juris Rn. 31 ff., 34) angeschlossen. Sachgerecht sei eine Betrachtung, die die von der Gemeinde vorgegebenen Kriterien für die Gewichtung berücksichtige, ohne dass das Gericht seine eigene Bewertung an die Stelle derjenigen der Gemeinde setze. Das lasse sich dadurch erreichen, dass unter Beachtung des Bewertungsspielraums der Gemeinde auf den Punkteabstand abgestellt werde, den der unterlegene Bieter ohne den Bewertungsfehler bestenfalls (nicht ausschließbar) hätte erreichen können. Lasse sich danach zweifelsfrei feststellen, dass auch ohne den Bewertungsfehler ein Punkteabstand verblieben wäre, müsse der unterlegene Bieter das hinnehmen. Welchen Punkteabstand der Bieter bestenfalls hätte erreichen können, sei aus den Beurteilungserwägungen des Auswertungsvermerks im Übrigen abzuleiten und zu entwickeln.

[68] Maßgeblich sei eine Bewertung, die den festgestellten Beurteilungsfehler ausblende, nicht aber eine solche, die die unrichtige Bewertung durch eine eigene „zutreffende" ersetze; denn dadurch würde die Wahrung des gemeindlichen Beurteilungsspielraumes, den die Bestbewertung respektieren soll, geradewegs wieder aufgegeben. Schon wegen des bestehenden Beurteilungsspielraums, aber auch deshalb, weil nur ein gewisses Nachschieben von Gründen, aber kein Auswechseln der Gründe möglich sei, könne im Rahmen einer bestmöglichen Alternativbewertung auch nicht in Betracht gezogen werden, dass sich eine Beurteilung auch mit anderen als den im Auswertungsvermerk angeführten Erwägungen (möglicherweise) rechtfertigen lasse (OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19 Kart, juris Rn. 172 ff.).

[69] (2) Diese Auffassung der Oberlandesgerichte Schleswig und Koblenz trifft zu. Sie wahrt bei zutreffender Anwendung einerseits den gemeindlichen Beurteilungsspielraum, vermeidet aber andererseits Zurückversetzungen des Vergabeverfahrens allein aus formalen Gründen, ohne dass sich festzustellende Fehler in ihrer Gesamtschau ausgewirkt haben können.

[70] Soweit das Kammergericht demgegenüber deshalb, weil eine „richtige" Bewertung durch das Gericht nicht möglich sei, ein zu positiv bewertetes Angebot für die Frage der Kontrollerwägung fiktiv mit 0 Punkten bewertet, während es die Auswirkungen ungerechtfertigter Abwertungen durch fiktive Gleichstellung der Angebote im jeweiligen Kriterium erfasst (KG Berlin, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19 . EnWG, juris Rn. 280), vermeidet diese Vorgehensweise zwar in stärkerem Maße, dass Gerichte eigene Wertungsentscheidungen an die Stelle derjenigen der Gemeinde setzen. Diese pauschalere Betrachtung wird aber Fällen nicht gerecht, in denen festgestellt werden kann, dass sich Wertungsfehler allenfalls in einem geringeren Maße ausgewirkt haben können. Im Übrigen mag auch der dort vorgeschlagene Korrekturschritt die Auswirkung eines Wertungsfehlers nur unzureichend kompensieren, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich die Wertungsreihenfolge betreffend das einzelne Kriterium ohne den Fehler umkehrte. Maßgeblich kann deshalb nur eine jeweils individuelle Betrachtung der nicht auszuschließenden Auswirkungen jedes einzelnen Wertungsfehlers unter Anknüpfung an die Wertungsentscheidung im Übrigen sein.

[71] Aufgrund der in dem Urteil des Kammergerichts gewählten Formulierung als Option („kann") ist aber ohnehin nicht auszuschließen, dass das Kammergericht im Einzelfall auch geringere Punktdifferenzen zur angemessenen Berücksichtigung eines Wertungsfehlers berücksichtigen mag.

[72] Letztlich kann dies vorliegend aber offenbleiben. Selbst ausgehend von dem zurückhaltenden Ansatz des Kammergerichts ist vorliegend auszuschließen, dass sich die Wertungsfehler auf das Ergebnis ausgewirkt haben.

[73] bb) Die einzelnen Wertungsentscheidungen sind überwiegend frei von Fehlern. Soweit im Einzelfall Wertungsfehler vorliegen mögen, ist – ausgehend von den vorstehenden allgemeinen Erwägungen – auszuschließen, dass sie Auswirkungen auf die festgestellte Rangfolge der Bieter hatten.

[74] (1) Die zu dem Kriterium I.1.1. („Vertragliche Zusage zur maximalen Zeit vom Eingang einer Störungsmeldung bis zum Eintreffen an der Störungsstelle […]") vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. […]

[75] (a) Die Rüge einer mangelnden Transparenz ist ersichtlich unbegründet. Die Verfügungsbeklagte hat die Angebotsinhalte nachvollziehbar dargestellt und ihre Wertungsentscheidung nachvollziehbar begründet. Ihr Vorgehen in Übereinstimmung mit der vorgesehenen relativen Bewertungsmethode erschließt sich entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin unmittelbar. Ihre – nachvollziehbare – Einordnung des Angebots der Nebenintervenientin als „gute Erfüllung" entspricht auch der unter A.5.1. Abs. 9 Wettbewerbsunterlagen vorgegebenen Wertungsskala.

[76] Die Verfügungsbeklagte ist insbesondere hinreichend auf alle wesentlichen Gesichtspunkte eingegangen. Dass sie abschließend pauschal bemerkt hat, weitere Vor- und Nachteile der Angebote glichen sich aus, ist entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin unschädlich. Ohnehin dürfte diese Aussage auf die in dem fraglichen Absatz zuvor erörterten Vor- und Nachteile bezogen sein. Aber auch sonst wäre dieser dann floskelhafte Zusatz unschädlich, weil nur die wesentlichen, die Abwägung tragenden Gesichtspunkte in der Begründung der Wertungsentscheidung näher darzustellen sind. Die Beurteilung der gegenübergestellten Angebotsbestandteile ist so nachvollziehbar zu begründen, dass eine Überprüfung dahingehend stattfinden kann, ob das Beurteilungsermessen beanstandungsfrei ausgeübt worden ist; eine vollständige detaillierte Erläuterung eines jeden Angebotsdetails ist demgegenüber nicht erforderlich (OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19 Kart, juris Rn. 154 ff. m. w. N.).

[77] (b) Die Zusicherung der Höchstdauer bis zum Eintreffen der Nebenintervenientin musste entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin nicht näher auf ihre Plausibilität hin untersucht werden. Es bestehen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit oder Unerfüllbarkeit.

[…]

[79] Zweifel könnten allenfalls insoweit bestehen, als die Nebenintervenientin keine Sanktionen für den Fall einer Verletzung dieser Verpflichtung angeboten hat und sich die Durchsetzung dieser Zusage daher im Konfliktfall schwierig gestalten dürfte. Dies hat die Verfügungsbeklagte aber bei der Wertungsentscheidung angemessen berücksichtigt.

[80-88] […]

[89] (b) Dass die Verfügungsklägerin aktuell einen besseren SAIDI-Wert als die Nebenintervenientin aufweist, ist unerheblich. Auch ein möglicher besserer Wert zum Zeitpunkt der Angebotsauswertung wäre nicht wertungsrelevant. Die angebotene Zusage eines Wertes unterhalb des veröffentlichten Durchschnittswertes war bei beiden Bietern – abgesehen von den durch die Verfügungsbeklagte berücksichtigten Relativierungen seitens der Nebenintervenientin – identisch.

[90] Ein über dem veröffentlichten Durchschnittswert liegender SAIDI-Wert der Nebenintervenientin wäre allenfalls dann im Ausgangspunkt relevant, wenn sich hieraus Anhaltspunkte für eine Unplausibilität der angebotenen Zusage der Nebenintervenientin ergäben. Dies ist aber abgesehen davon, dass dieser schlechtere Wert der Nebenintervenientin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht vorlag, nicht der Fall. Schon deshalb, weil dieser einen Durchschnittswert für die – bekanntermaßen – umfangreichen Netzgebiete der Nebenintervenientin darstellt, gibt er für die zu erwartenden Verhältnisse bei einem Betrieb des Netzes im Gemeindegebiet der Verfügungsbeklagten keine maßgeblichen Anhaltspunkte.

[91] Dem der Auswertung zugrunde gelegten Vergleich der entsprechenden Zusagen beider Bieter steht auch nicht entgegen, dass das gesamte Netz der Nebenintervenientin deutlich größer als das der Verfügungsklägerin ist. Die angebotene Zusage bezieht sich nicht auf das gesamte Netzgebiet, sondern auf das Konzessionsgebiet.

[92] Angesichts der von der Verfügungsbeklagten herausgearbeiteten Relativierungen der diesbezüglichen Zusage der Nebenintervenientin erschiene zwar auch ein größerer Punkteabstand beider Angebote zu diesem Kriterium vertretbar. Es dürfte absehbar sein, dass diese Zusage aufgrund der Einschränkungen nur schwer kontrollierbar und durchsetzbar wäre. Allerdings hat auch die Verfügungsklägerin zur Absicherung ihrer – allerdings verbindlicheren – Zusage keine Sanktionen angeboten, sodass die insoweit vorgenommene Wertung letztlich noch gut nachvollziehbar ist.

[Vom Abdruck wurde abgesehen]

[96] (d) Es ist auch nicht erkennbar, dass die Verfügungsbeklagte zielförderliche Zusagen im Angebot der Verfügungsklägerin unberücksichtigt gelassen hätte. In der vorangestellten Darstellung der wesentlichen Angebotsinhalte sind diese bezeichnet und entsprechend gewertet. Dass dort wesentliche Angebotsbestandteile unberücksichtigt geblieben wären, zeigt die Verfügungsklägerin nicht auf. Eine ins Einzelne gehende Auseinandersetzung in der abschließenden Abwägung war nicht erforderlich. Ebenfalls war eine ins Einzelne gehende Gewichtung jeder einzelnen Zusage entbehrlich. Es drängt sich auch nicht auf, dass aufgrund einzelner dieser Angebotsinhalte oder auch in der Gesamtschau eine im Ergebnis abweichende Bewertung erforderlich gewesen wäre.

[97] (3) Die zu dem Kriterium I.1.3.1. („Vertragliche Zusagen zu einem Mindest-Restwertfaktor […]“) vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. […]

Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Transparenzmängel liegen aus den bereits ausgeführten Gründen nicht vor.

[98] (a) Die Verfügungsbeklagte hat erkannt und bei der Bewertung berücksichtigt, dass die Nebenintervenientin keine konkrete Zusage zur Höhe des Mindestrestwertfaktors für die gesamte Vertragslaufzeit angeboten hat. Entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin fördert ihre Zusage im Übrigen aber das Ziel der Verfügungsbeklagten immer noch teilweise.

[99] Ob die Verfügungsbeklagte dabei dem Umstand ein genügendes Gewicht beigemessen hat, dass der Restwertfaktor nach dem Angebot der Nebenintervenientin bis zum Jahr 2025 mindestens auf Höhe des Ausgangswertes gehalten werden soll, wohingegen die Verfügungsklägerin nur einen um 10% niedrigeren Restwertfaktor zugesagt hat – wenn auch über die gesamte Vertragslaufzeit –, kann vorliegend offenbleiben, weil dies die Verfügungsklägerin jedenfalls nicht beschwerte.

[100] Über den überwiegenden Teil der 20-jährigen Laufzeit hat die Nebenintervenientin zwar keinen konkreten Mindest-Restwertfaktor zugesagt. Sie hat aber – wenn auch in der Durchsetzbarkeit relativiert – zugesagt, betragsmäßig näher bezifferte Investitionen vorzunehmen. Dass diese Investitionen im Grundsatz geeignet sind, das Ziel der Verfügungsbeklagten zu fördern, einen möglichst hohen Restwertfaktor zu erhalten, hat die Verfügungsbeklagte zutreffend zugrunde gelegt. Anhaltspunkte dafür, dass Investitionen in diesem Umfang nicht ausreichend wären, ein erhebliches Absinken des Restwertfaktors zu verhindern, sind nicht dargelegt. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass die Verfügungsbeklagte eine Zielförderung nicht nur für den kurzen Anfangszeitraum bis 2025, sondern auch darüber hinaus angenommen hat.

[101] Ob das Angebot der Nebenintervenientin insoweit möglicherweise zu schlecht bewertet sein mag, weil die von ihr zugesagten Investitionen zu einer Erhöhung des Restwertfaktors führten, kann im vorliegenden Zusammenhang offenbleiben.

[102] (b) Die Zertifizierung der Verfügungsklägerin mag für die Plausibilität ihrer Zusage sprechen. Diese hat die Verfügungsbeklagte aber nicht in Zweifel gezogen. Zutreffend hat sie der Zertifizierung deshalb im Rahmen der Bewertung keine weitere Bedeutung beigemessen.

[Vom Abdruck wurde abgesehen]

[108] (b) Die Verfügungsbeklagte hat es auch nicht fehlerhaft unterlassen, die Plausibilität der Zusage näher zu überprüfen, Stichleitungen und Ortsnetzstationen in den Ringschluss mit einzubeziehen.

[109] Die Verfügungsklägerin beanstandet insoweit, dass eine entsprechende Einbeziehung außerhalb der 20 kV-Ebene, auf der der Ringschluss bereits vollzogen sei, technisch und wirtschaftlich kaum realisierbar sei. Dieser Einwand bietet keine derartigen Anhaltspunkte für Zweifel an der gewerteten Zusage, dass die Verfügungsbeklagte diese gesondert näher hätte aufklären müssen. Sie hat bereits erkannt und ihrer Wertung zugrunde gelegt, dass die fragliche Zusage ohnehin wenig verbindlich sei und Spielräume belasse. Sie hat ausdrücklich erkannt, dass aus dieser Zusage nicht geschlussfolgert werden könne, dass alle Stichleitungen in den Ringschluss einbezogen würden. Auch darüber hinaus hat sie die geringe Belastbarkeit der Zusagen zu diesem Kriterium erkannt und bei der Wertung berücksichtigt. Eine ins Einzelne gehende weitere Aufklärung war vor diesem Hintergrund nicht erforderlich, zumal die Verfügungsklägerin auch keine Umstände geltend gemacht hat, die eine Einbeziehung jeder einzelnen Stichleitung in den Ringschluss als fernliegend erscheinen ließen, sondern nur – wiederum vage – eingewandt hat, die Einbindung sei „kaum“ realisierbar; die Einbindung „aller“ Stationen in das Ringschlusskonzept wäre mit sehr hohen Kosten ohne spürbare Verbesserung der Versorgungssicherheit verbunden. Die „pauschale“ Einbindung stünde deshalb auch den Zielen des § 1 EnWG entgegen.

[110] (c) Betreffend die nach dem Angebot vorzuhaltenden Notstromaggregate ist die Begründung der Wertungsentscheidung zwar tatsächlich unsauber. Es kann aber auch in der Gesamtschau ausgeschlossen werden, dass sich dies auf die abschließende Wertungsentscheidung zu diesem Kriterium ausgewirkt hat.

[111] Die Verfügungsbeklagte hat erkannt, dass die Vorhaltung von Notstromaggregaten nicht der Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen, sondern ihrer schnellen Beseitigung dient. Sie hat dennoch ausgeführt, dass die entsprechende Zusage das Ziel der Stadt in diesem Kriterium „allenfalls in sehr geringem Maße" fördere.

[112] Zum einen lässt diese Formulierung bereits erkennen, dass dieser Gesichtspunkt die Wertungsentscheidung zu diesem Kriterium nicht beeinflusst hat. Hierauf kann zwar noch nicht daraus geschlossen werden, dass er nicht ausdrücklich in der abschließenden Abwägung aufgeführt ist; dort sind nur wesentliche Gesichtspunkte erwähnt. Schon die Formulierung „allenfalls" lässt aber hinreichend erkennen, dass die Verfügungsbeklagte nicht angenommen hat, dass dieser Gesichtspunkt betreffend das vorliegende Kriterium überhaupt förderlich sei, sondern dies gerade offengelassen hat. Anhaltspunkte dafür, dass sie diesen Gesichtspunkt dennoch in die Wertung hat einfließen lassen, bestehen nicht.

[113] Zum anderen wäre selbst eine Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts mit einem sehr geringen Gewicht bei der vorliegenden Wertungsentscheidung nicht fehlerhaft. Die Ausführungen zu den Notstromaggregaten stehen noch in einem Zusammenhang mit der Netztopologie, weil sie erläutern, dass die nach den vorstehenden Ausführungen ausdrücklich mögliche Aufrechterhaltung einzelner Stichleitungen ohne Einbindung in den Ringschluss durch diese Notstromaggregate abgesichert wäre. Auch wenn die Notstromaggregate nicht geeignet sind, Versorgungsunterbrechungen insgesamt vorzubeugen, sind sie doch geeignet, erheblichen Versorgungsunterbrechungen vorzubeugen, indem sie diese möglichst kurz halten. Die Zusage steht damit durchaus noch in einem hinreichenden Zusammenhang zu dem Ziel, auf das sich das vorliegende Kriterium bezieht.

[114] (d) Die Begründung der Wertungsentscheidung ist aber zumindest ausweislich der erfolgten Dokumentation insoweit widersprüchlich und nicht ohne weiteres nachvollziehbar, als in der abschließenden Abwägung die Zusicherung, alle (neuen) Ortsnetzstationen fernwirktechnisch an die Netzleitstelle anzubinden, ersichtlich zugunsten der Nebenintervenientin berücksichtigt wurde. Ob insoweit ein im Ausgangspunkt erheblicher Transparenzmangel vorläge, kann aber letztlich offenbleiben.

[115] Zum einen wird insoweit – unabhängig von der aufgeworfenen Problematik der nachträglichen Ergänzung der Dokumentation der Wertungsentscheidung – nicht hinreichend deutlich, von welchem Sachverhalt die Verfügungsbeklagte ausgegangen ist. Zwar hat sie in der abschließenden Abwägung zutreffend darauf abgestellt, dass sich die Zusage nur auf „neue" Ortsnetzstationen beziehe. In der vorangegangenen Darstellung der Angebotsinhalte ist diese Einschränkung aber nicht enthalten. Im vierten Absatz der Darstellung der Angebotsinhalte der Nebenintervenientin hat sie vielmehr ausgeführt, dass „alle" Schaltstationen fernwirktechnisch angebunden werden sollten. Auch wenn sie hier von Schaltstationen und nicht von Ortsnetzstationen spricht, dürften sich beide Ausführungen doch auf dieselbe Zusage beziehen. Hierfür spricht schon die Verwendung der Formulierung der „fernwirktechnischen Anbindung", wohingegen die Ausstattung neuer Ortsnetzstationen – aufgeführt im vorletzten Absatz der Zusammenfassung der Angebotsinhalte – als Schaffung „intelligenter Ortsnetzstationen" beschrieben wird und als solche in der abschließenden Abwägung im Zusammenhang mit der angebotenen Vertragsstrafe angeführt ist. Auch wenn dieser Bezug nicht eindeutig ist, spricht einiges dafür, dass die Dokumentation der Auswertung insoweit jedenfalls Transparenzmängel aufweist, sodass von der der Verfügungsklägerin günstigeren Verständnismöglichkeit auszugehen wäre.

[116] Zum anderen mag eine Widersprüchlichkeit darin liegen, dass die Verfügungsbeklagte im Rahmen der Darstellung der Angebotsinhalte zu dem Schluss gekommen ist, dass die Zusage der fernwirktechnischen Anbindung der Schaltstationen die Netztopologie nicht erkennbar fördere. Hierzu setzte sie sich mit der – aufgrund der unklaren Dokumentation anzunehmenden – Berücksichtigung dieser Zusage im Rahmen der abschließenden Abwägung in Widerspruch.

[117] (e) Weitere Wertungsfehler liegen demgegenüber nicht vor.

[…]

[120] (f) Auch im Übrigen hat die Verfügungsbeklagte Zusagen der Verfügungsklägerin nicht fehlerhaft mit einem zu geringen Gewicht in die Wertung einfließen lassen.

[121] Die Zusage in § 13 Abs. 16 des Vertragsentwurfs, Änderungen der Planung verlangen zu können, hat sie in nachvollziehbarer Weise nur mit der Einschränkung berücksichtigt, dass angesichts der teilweise einander entgegenstehenden Ziele des § 1 EnWG erhebliche Spielräume blieben. Schon deshalb gäbe diese Zusage der Verfügungsbeklagten kaum greifbare Möglichkeiten, die Planungen der Verfügungsklägerin im Sinne einer Förderung der Netztopologie zu beeinflussen; die Einstufung als nur in sehr geringem Maße förderlich drängt sich insoweit auf.

[122] Die in § 13 Abs. 17 des Vertragsentwurfs enthaltenen einzelnen Zusagen hatte die Verfügungsbeklagte zwar ursprünglich nicht ausdrücklich in die Darstellung der Angebotsinhalte aufgenommen. Dass diese unkonkreten Ausführungen keine wesentlichen Wertungsgesichtspunkte waren, liegt aber auf der Hand.

[123] (g) Die abschließende Wertungsentscheidung mit der um zwei Punkte besseren Wertung des Angebots der Nebenintervenientin ist – den dargestellten möglichen Wertungsfehler unterstellt – nicht in vollem Umfang nachzuvollziehen.

[124] Die Wertungsentscheidung zu diesem Kriterium legt zwar nachvollziehbar ein maßgebliches Gewicht darauf, dass die Angebote beider Bieter insoweit in durchaus erheblichem Maß unkonkret sind. Ausgehend von der relativen Wertungsmethode ist aber auch bei Ausklammerung des u. U. fehlerhaft berücksichtigten Gesichtspunkts ohne weiteres die Wertung nachvollziehbar, dass die Zusagen der Nebenintervenientin konkreter sind und dass Ziel der Verfügungsbeklagten zu diesem Kriterium besser fördern. Es ist deshalb ohne weiteres nachvollziehbar, dass die Nebenintervenientin die Höchstpunktzahl erhalten hat und das Angebot der Verfügungsklägerin jedenfalls in einem sehr geringen Maß hiervon abweicht und damit nur mit einer geringeren Punktzahl zu werten ist.

[125] Es liegt auch nicht fern, dass – ausgehend von den grundsätzlich fehlerfreien Wertungsmaßstäben der Verfügungsbeklagten – die Wertung auch ohne Berücksichtigung des als fehlerhaft herausgearbeiteten Gesichtspunkts im Ergebnis dahingehend vorzunehmen wäre, dass das Angebot der Verfügungsklägerin in einem geringen Maß vom Angebot der Nebenintervenientin abweicht, so dass die vorgenommene Wertung im Ergebnis vertretbar ist. Zweifelsfrei lässt sich dies aber nicht feststellen. Es kann damit nicht ausgeschlossen werden, dass der Punktabstand ohne den unterstellten Wer-

tungsfehler zu diesem Kriterium tatsächlich nicht 2 Punkte, sondern nur 1 Punkt (ungewichtet) betragen hätte.

[126] Bezüglich dieses Kriterium ist daher eine bessere Bewertung der Verfügungsklägerin um gewichtete 3 Punkte zu berücksichtigen.

[127] (5) Die zu dem Kriterium I.1.3.3. („Vertragliche Zusagen zu einem hohen Grad an Erdverkabelung") vorgenommene Wertung ist im Wesentlichen nicht zu beanstanden. Dort hat die Nebenintervenientin wiederum die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Verfügungsklägerin nur 4 Punkte erzielt hat. Diesen Vorsprung der Nebenintervenientin hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen damit begründet, dass diese sich verpflichte, bestehende Freileitungen schneller zu beseitigen, als dies die Verfügungsklägerin zugesagt habe, und die Verpflichtung der Nebenintervenientin in verschiedener Hinsicht besser durchsetzbar sei.

[128] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Transparenzmängel liegen aus den bereits ausgeführten Gründen nicht vor.

[129] (a) Zutreffend hat die Verfügungsbeklagte den Zeithorizont der jeweiligen Angebote in die Wertung mit einbezogen. Dass der Grad der Zielförderung auch davon abhängt, wann die Ziele erreicht sein sollen, wie lange mithin die Nachteile von Freileitungen bestehen sollen, bedurfte keiner ausdrücklichen Hervorhebung in den Wettbewerbsunterlagen.

[130] (b) Auch die Berücksichtigung des „regulatorischen Vorbehalts" zulasten der Verfügungsklägerin ist frei von Wertungsfehlern.

[131] Fehlerhaft wäre diese Berücksichtigung, wenn der Vorbehalt der Einhaltung gesetzlicher Pflichten diente (A.7.1. Abs. 2 der Wettbewerbsunterlagen) oder ohne diesen Vorbehalt eine Gesetzesverletzung vorläge. Beides ist aber nicht festzustellen:

[132] Nach § 6 Abs. 14 des angebotenen Vertragsentwurfs der Verfügungsklägerin sollte die Verpflichtung, neu zu verlegende Leitungen nur als Erdkabel zu verlegen, unter dem Vorbehalt stehen, dass der entstehende Mehraufwand bei der Kalkulation der Netznutzungsentgelte berücksichtigungsfähig ist. Eine fehlende Berücksichtigungsfähigkeit hätte unmittelbar nur zur Folge, dass die Konzessionsnehmerin den Mehraufwand anderenfalls selbst tragen müsste und nicht über die Netznutzungsentgelte umlegen dürfte. Die in einem solchen Fall infrage stehende Maßnahme mit dem damit verbundenen Mehraufwand müsste jedoch nicht aus Rechtsgründen unterbleiben.

[133] Dies verstieße auch nicht gegen das konzessionsabgabenrechtliche Nebenleistungsverbot. Die Verpflichtung zur Erdverkabelung ist regelmäßig unproblematisch, weil schon keine Finanz- oder Sachleistung an die Gemeinde erfolgt (vgl. i. E. Theobald/Templin in: Theobald/Kühling, a. a. O., KAV § 3 Rn. 116).

[134] Dass die Verfügungsbeklagte verkannt hätte, dass das Risiko des Eintritts dieses Vorbehaltes gering ist, ist der Wertungsentscheidung aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht zu entnehmen; anderenfalls wäre ein größerer Punktabstand zu erwarten gewesen.

[135] (6) Die zu dem Kriterium I.1.4. („Vertragliche Zusagen zur Instandhaltung […]") vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. Beide Bieter haben dort die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten. Diese Gleichbewertung hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen damit begründet, dass beide Angebote betreffend dieses Kriterium recht unkonkret bleiben, das Angebot der Nebenintervenientin die zwar konkret beschriebenen derzeitigen Instandhaltungsintervalle nicht für die Zukunft verbindlich zusichere und das Angebot der Verfügungsklägerin zwar in die Zukunft gerichtete verbindliche Zusagen enthalte, die aber allgemeiner gehalten seien.

[136] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Transparenzmängel liegen aus den bereits ausgeführten Gründen nicht vor.

[137] (a) Es ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die Zusage betriebsgewöhnlicher Inspektions- und Wartungsintervalle durch die Nebenintervenientin, die für den derzeitigen Zeitpunkt näher konkretisiert sind, als (eingeschränkt) zielfördernd gewertet hat, auch wenn keine konkrete Zusage für die Zukunft erfolgt. Die Nebenintervenientin hat insoweit zumindest „betriebsgewöhnliche" Intervalle zugesagt, was dahingehend auszulegen ist, dass die Vergleichsgruppe sämtliche durch die Nebenintervenientin betriebene Netze und nicht bloß das Netz im streitgegenständlichen Konzessionsgebiet ist. Die Zusage bietet damit zumindest die Gewähr, dass der Standard im streitgegenständlichen Konzessionsgebiet nicht hinter dem allgemeinen Standard der Nebenintervenientin zurückbleibt.

[138] Die Einschränkungen, die mit dieser Zusage verbunden sind, hat die Verfügungsbeklagte zutreffend dargestellt.

[139] Nicht zu beanstanden ist auch, dass die Verfügungsbeklagte die Zusage, das Instandhaltungskonzept so auszulegen, dass unter anderem eine möglichst lange Nutzungsdauer der Anlagen erzielt wird, als in geringem Maße zielfördernd bewertet hat. Zum einen ist die möglichst lange Nutzungsdauer nicht das einzige Ziel der hier zugesagten Auslegung. Zum anderen steht dieses Auslegungsziel auch in einem noch hinreichenden Zusammenhang zu dem mit dem Kriterium I.1.4. verfolgten Ziel der Versorgungssicherheit, weil es naheliegend einen insoweit erheblichen Rückschluss rechtfertigt: Soll durch regel- und ordnungsgemäße Wartungen und Instandhaltungen eine möglichst lange Nutzungsdauer der Anlagen erzielt werden, spricht dies indiziell für eher häufigere und gründlichere Kontrollen und Wartungen.

[140] (b) Die auch insoweit vergleichbare Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin ist ebenfalls nachvollziehbar.

[141] Während die Nebenintervenientin die derzeitigen Wartungsintervalle konkret bezogen auf verschiedene Anlagenbestandteile differenziert dargestellt und mit Zeiträumen von zwei bis vier, vier, vier bis sechs und acht Jahren angegeben hat, bezieht sich die auch für die Zukunft verbindliche Zusage der Verfügungsklägerin mit einem Intervall von vier Jahren allein auf oberirdische Anlagen. Dass die Verfügungsbeklagte diese Zusage trotz der herausgearbeiteten jeweiligen Unterschiede als im Ergebnis vergleichbar mit der Zusage der Nebenintervenientin gewertet hat, überschreitet den Beurteilungsspielraum nicht.

[142] Zumindest im Ergebnis hat die Verfügungsbeklagte in diesem Zusammenhang nachvollziehbar berücksichtigt, dass die Zusage des Betriebs des Netzes auf Grundlage des technischen Sicherheitsmanagements TSM zwar das Ziel der Verfügungsbeklagten fördere, jedoch recht abstrakt bleibe. Auch unter Berücksichtigung dieser Zusage ist die vergleichbare Wertung der Zusagen beider Bieter zu den Inspektions- und Wartungsarbeiten nicht zu beanstanden.

[143] Unzutreffend hat die Verfügungsbeklagte das Angebot der Verfügungsklägerin insoweit zwar dahin ausgelegt, dass eine TSM-Zertifizierung nicht verbindlich zugesichert sei. Tatsächlich dürfte das entsprechende Angebot unter § 13 Abs. 18 des angebotenen Vertragsentwurfs schon als entsprechende Zusage zu werten sein. Jedenfalls hat die Verfügungsklägerin den Nachweis einer entsprechenden regelmäßig zu wiederholenden Prüfung zugesagt, was zumindest betreffend die Zielförderlichkeit zu diesem Kriterium gleich zu werten wäre.

[144] Dennoch war das Angebot der Verfügungsklägerin deshalb nicht notwendig besser zu bewerten. Mit der Zusage der TSM-Zertifizierung werden keine zusätzlichen Instandhaltungs- und Wartungsintervalle vertraglich zugesagt. Sie mag zwar – wie die Verfügungsklägerin geltend macht – sogar über solche zugesagten Intervalle hinausgehen, weil sie eine Wartung und Instandhaltung entsprechend den aktuellen Regeln und Anforderung der Technik erfordert. Dass der Netzbetrieb diesen anerkannten Regeln der Technik entsprechen muss, folgt aber schon aus § 3 Abs. 3 des mit den Wettbewerbsunterlagen vorgegebenen Vertragsentwurfs. Hiernach sind ausdrücklich auch die Regeln des Verbandes der Elektrotechnik (…) (VDE) zu beachten. Auch dies deckt sich damit mit dem Anforderungsprofil der TSM-Zertifizierung. Zudem hatte die Nebenintervenientin eine entsprechende Orientierung an den aktuellen Regeln der Technik ausdrücklich auch zu dem Kriterium I.1.4. zugesagt. Ein wesentlicher Vorteil des Angebots der Verfügungsklägerin ist insoweit daher nicht zu erkennen.

[145] Fehler bei der Bewertung der Zielförderung durch das angebotene Instandhaltungscontrolling sind nicht erkennbar und werden auch nicht mit Substanz geltend gemacht.

[146] (c) Eine ausführlichere Dokumentation war nicht erforderlich.

[147] (7) Die zu dem Kriterium I.2.1.1. („Haushaltskunden […]“) vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. Die Verfügungsklägerin hat dort die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Nebenintervenientin nur 3 Punkte erzielt hat. Diesen Vorsprung der Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen damit begründet, dass die Prognosen beider Bieter letztlich plausibel und damit direkt vergleichbar seien. Das Angebot der Nebenintervenientin weiche in erheblichem Maße von demjenigen der Verfügungsklägerin ab, weil die mittleren Netznutzungsentgelte der erstgenannten rund 31 % über denen der Verfügungsklägerin liegen. Es weise damit nur eine befriedigende Erfüllung auf.

[148] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten.

[149] (a) Die Verfügungsklägerin beanstandet in der Antragsschrift vom 5. März 2021 zunächst, dass die Netzentgeltprognose der Nebenintervenientin bestimmten Vorgaben der Wettbewerbsunterlagen nicht genüge. Entgegen diesen Vorgaben habe die Prognose auf dem Ansatz der vorgelagerten Netzkosten und vermiedenen Netzentgelte des Jahres 2018 beruht. Entgegen den Vorgaben habe die Nebenintervenientin zudem Kenntnisse aus dem Verfahren zur Ermittlung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen der dritten Regulierungsperiode nicht für die Prognose der Erlösobergrenzen der dritten Regulierungsperiode herangezogen. Möglicherweise – ganz deutlich wird dies aus der Antragsschrift nicht – beanstandet sie auch, dass die Nebenintervenientin sich aus dem Netzentgeltmodernisierungsgesetz (NEMoG) ergebende Effekte nicht berücksichtigt habe.

[150] Diese Beanstandungen zielen in der Sache darauf, dass die Nebenintervenientin mit ihrem Angebot von zwingenden Verfahrensvorgaben abgewichen sei, was in der Sache aufgrund des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebotes in letzter Konsequenz zu einem Angebotsausschluss führen könnte.

[151] Abgesehen davon, dass diese Beanstandungen teilweise mit dem Rügeschreiben vom 18. September 2020 noch nicht – bzw. betreffend Effekte aufgrund des Netzentgeltmodernisierungsgesetzes noch mit entgegengesetzter Zielrichtung – geltend gemacht worden waren, greifen diese Einwände auch in der Sache nicht durch.

[152] Nach den Vorbemerkungen zu I.2.1.der Wettbewerbsunterlagen hatte die Prognose auf den aktuellen Netzentgelten des Bestandsanbieters bzw. auf den bestehenden Netzentgelten des neuen Netzbetreibers aufzusetzen, sodass im Ausgangspunkt die Anknüpfung an die für das Jahr 2018 geltenden Entgelte zutreffend war, was die Verfügungsklägerin als solches auch nicht beanstandet. Anhaltspunkte dafür, dass die Nebenintervenientin auch bei vorgelagerten Netzkosten und vermiedenen Netzentgelten Daten des Jahres 2018 angesetzt hätte, bestehen nicht. Allein aus dem näher in dem Rügeschreiben in Bezug genommenen Umstand, dass sie grundsätzlich das Preisblatt aus dem Jahr 2018 zugrunde gelegt hat, kann dies nicht geschlossen werden, weil die Berücksichtigung dieses Preisblattes im Ausgangspunkt nach den vorstehenden Erwägungen zutreffend war. Nach dem Vortrag der Verfügungsbeklagten, der sich mit der entsprechenden Darstellungsform in der als Anlage AG 14-04 vorgelegten – allerdings teilweise geschwärzten – Anlage 3 zum Angebot der Nebenintervenientin deckt, hat diese im Übrigen die vorgelagerten Netzkosten und die vermiedenen Netzentgelte des Jahres 2017 berücksichtigt, was den Verfahrensvorgaben entsprach. Auf diesen Vortrag hin hat die Verfügungsklägerin ihre diesbezügliche Beanstandung auch nicht weiter substantiiert.

[153] Konkrete verbindliche Vorgaben, welche Unterlagen zur Plausibilisierung der Ermittlung des Ausgangsniveaus für die dritte Regulierungsperiode – insbesondere betreffend etwaige Kostenkürzungen – vorzulegen waren, enthalten die Wettbewerbsunterlagen nicht. Unter anderem Anhörungsschreiben der Regulierungsbehörden sind bloß beispielhaft aufgeführt. Dass die Nebenintervenientin insoweit pauschal einen Rückgang des Ausgangsniveaus um 15,6 % angenommen hat, ohne Hinweise der Bundesnetzagentur aus dem Verfahren zur Ermittlung des Ausgangsniveaus vorzulegen, greift damit jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Vorwurfs einer Verletzung der Vorgaben der Wettbewerbsunterlagen nicht durch. Abgesehen davon hat die Nebenintervenientin unwidersprochen dargelegt, dass ihr Ergebnisse dieser Kostenprüfung erst nach Angebotsabgabe vorlagen, was die Verfügungsklägerin auch nicht bestritten hat. Auf eine mögliche Bedeutung dieses Sachverhalts im Zusammenhang mit der Plausibilitätsprüfung wird nachfolgend eingegangen.

[154] Schließlich greift auch der teils widersprüchliche Angriff im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Effekten aufgrund des Netzentgeltmodernisierungsgesetzes nicht durch. Soweit die Verfügungsklägerin in der Antragsschrift beanstandet, die Nebenintervenientin hätte solche Effekte nicht berücksichtigt, ist bereits nicht erkennbar, wie dies ihrem Rechtsschutzziel dienen könnte, da bei einer Berücksichtigung eine noch stärkere Absenkung der Erlösobergrenze anzunehmen wäre, wie die Verfügungsklägerin selbst ausführt. Abgesehen davon waren solche etwaigen Effekte aber nach den Vorgaben in den Wettbewerbsunterlagen auch außer Betracht zu lassen. Soweit die Verfügungsklägerin mit Rügeschreiben vom 18. September 2020 noch beanstandet hatte, dass die Nebenintervenientin solche Effekte berücksichtigt hatte, griff auch dieser Einwand nicht durch, weil sie diese Effekte nur zur Erklärung der zur Plausibilisierung vorgetragenen Entgeltentwicklung – konkret zur Erklärung eines Rückgangs von 2017 auf 2018 – angeführt hatte, ohne dass diese Effekte unmittelbar Auswirkungen auf die eigentliche Prognose hatten.

[155] (b) Es bestehen auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die von der Verfügungsbeklagten durchgeführte Prüfung der Plausibilität der von der Nebenintervenientin ihrem Angebot zugrundegelegten Prognose unzureichend gewesen wäre.

[156] (aa) Anhaltspunkte für eine unplausible Prognose – insbesondere für den Ansatz nicht hinreichend detaillierter oder belastbarer Faktoren – ergaben sich nicht daraus, dass die

Nebenintervenientin der Prognose pauschal einen Rückgang des Ausgangsniveaus um 15,6 % zugrunde gelegt hatte.

[157] Zum einen handelt es sich hierbei nach dem unwidersprochenen Vortrag der Nebenintervenientin um einen von der Branche anerkannten Abschlag. Anhaltspunkte für eine Unvertretbarkeit macht die Verfügungsklägerin nicht geltend.

[158] Zum anderen bestanden auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass bei Angebotsabgabe das Verfahren zur Ermittlung des Ausgangsniveaus der Erlösobergrenzen der dritten Regulierungsperiode bereits abgeschlossen gewesen wäre, so das daraus konkretere Erkenntnisse in die Prognose hätten einfließen können und müssen, und die Verfügungsbeklagte aufgrund des Ansatzes eines pauschalen Rückgangs Anlass zu Nachfragen gehabt hätte. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Verfügungsbeklagten war es bei den Regulierungsbehörden im Jahr 2017 und 2018 zu erheblichen Verzögerungen in dem Verfahren zur Festsetzung der Erlösobergrenze gekommen, sodass die Verfügungsbeklagte keine Hinweise auf ein anderes Verfahren hatte, an dem die Nebenintervenientin teilgenommen hätte. Selbst unter der Annahme, dass im Rahmen der Plausibilitätsprüfung eine entsprechende Nachfrage bei der Nebenintervenientin erforderlich gewesen wäre, hätte sich eine solche Obliegenheitsverletzung letztlich auch nicht ausgewirkt, weil der Nebenintervenientin zum Zeitpunkt der Prüfung der Angebote entsprechende Hinweise der Bundesnetzagentur noch nicht vorlagen, ihre Antwort daher nicht anders ausgefallen wäre.

[159] (bb) Sonstige Anhaltspunkte, die eine weitergehende Plausibilitätsprüfung erfordert hätten, als diese tatsächlich stattgefunden hat, legt die Verfügungsklägerin nicht mit Substanz dar.

[160] Ex post spricht auch der Vergleich der prognostizierten Werte mit den tatsächlich noch geringeren Entgelten für das Jahr 2019 dafür, dass die dem Angebot zugrundegelegte Prognose nicht unplausibel war.

[161] (c) Dass die Verfügungsbeklagte die Anlage 3 zu dem Angebot der Nebenintervenientin nur teilweise geschwärzt vorgelegt hat, nämlich mit den in der Anlage AG 14-04 enthaltenen Schwärzungen, verhilft der Rüge der Verfügungsklägerin ebenfalls nicht zum Erfolg.

[162] (aa) Im Ausgangspunkt zutreffend stützt die Verfügungsklägerin ihre Rüge nicht auf die Versagung einer vollständigen Einsicht in das Angebot als solche, sondern nur auf die – vermeintlich – mangelnde Transparenz der Wertungsentscheidung aufgrund der unvollständigen Offenlegung des Angebots.

[163] Der Akteneinsichtsanspruch nach § 47 Abs. 3 EnWG dient allein der Vorbereitung einer Rüge nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG; eine etwaige Verletzung dieses Anspruchs stellte für sich genommen keine Verletzung von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. § 46 Abs. 1 EnWG dar, soweit die Wertungsentscheidungen selbst hierdurch nicht intransparent werden (OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19 Kart, juris Rn. 26; Theobald/Schneider in: Theobald/Kühling, Energierecht (112. EL), § 47 EnWG, Rn. 45 ff.; i. Erg. ebenso etwa OLG Schleswig, Urteil vom 18. Mai 2020 – 16 U 66/19 Kart, juris Rn. 163; anders im Ausgangspunkt zwar OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. November 2020 – I-27 U 3/20, juris Rn. 39, allerdings einschränkend in Rn. 44 a. E.; a. A. KG, Urteil vom 24. September 2020 – 2 U 93/19.EnWG, juris Rn. 94).

[164] Jedenfalls im Hinblick auf die vorliegende Rüge ist damit entscheidungserheblich, ob die getroffene Wertungsentscheidung auch ohne Vorlage der vollständig ungeschwärzten Anlage 3 zum Angebot der Nebenintervenientin hinreichend transparent ist.

[165] (bb) Den die Wertung angreifenden Bieter trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, aufgrund derer ein Bewertungsfehler vorliegen soll. Der Vergabestelle obliegt es demgegenüber aufgrund ihrer sekundären Darlegungslast, im Einzelnen darzulegen, auf welcher Grundlage sie ihre Auswahlentscheidung getroffen hat. Diese Darlegung muss erkennen lassen, dass die getroffene Wertung nachvollziehbar und plausibel ist (OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19 Kart, juris Rn. 13, 27, 51, 55, 58; OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 87).

[166] Auch unter Berücksichtigung dieser sekundären Darlegungslast ist allerdings grundsätzlich keine umfassende Einsicht in die Angebote von Mitbewerbern zu gewähren, die regelmäßig auch schutzwürdige Geschäftsgeheimnisse enthalten. Ausreichend ist regelmäßig vielmehr, die für die Wertung maßgeblichen Umstände im Einzelnen darzulegen – gegebenenfalls auch durch Offenlegung eines Wertungsvermerks, in dem die maßgeblichen, die Überprüfung der Nachvollziehbarkeit und Plausibilität ermöglichenden Umstände allerdings nicht geschwärzt sein dürfen (vgl. Senat, Urteil vom 19. Oktober 2017 – 13 U 38/17 (Kart), juris Rn. 52; Urteil vom 17. März 2016 – 13 U 141/15 (Kart), juris Rn. 139; OLG Schleswig, Urteil vom 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 82).

[167] Nur sofern diese Ausführungen im Rahmen der sekundären Darlegungslast im Einzelfall nicht ausreichen, um die Nachvollziehbarkeit und Plausibilität der Wertungsentscheidung überprüfen zu können, oder soweit im Einzelfall Zweifel an der Richtigkeit der inhaltlichen Wiedergabe des Angebotes weiterer Bieter bestehen, sind die entsprechenden Angebotsinhalte im Grundsatz offenzulegen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12. September 2019 – U 678/19 Kart, juris Rn. 55). Der die Wertung angreifende Bieter muss dabei substantiiert darlegen, wieso dies neben der Kenntnis des Auswertungsvermerks notwendig ist, um erkennen zu können, aufgrund welcher Erwägungen die Gemeinde zu dem angegriffenen Wertungsergebnis gelangt ist (BGH, Urteil vom 7. September 2021 – EnZR 29/20, juris Rn. 33).

[168] Auch in einem solchen Fall können einer vollständigen Einsicht in die Angebote aber im Einzelnen von der Vergabestelle darzulegende überwiegende schutzwürdige Interessen des dritten Bieters entgegenstehen (vgl. näher OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. November 2020 – I-27 U 3/20, juris Rn. 47 ff.; BGH, Urteil vom 7. September 2021 – EnZR 29/20, juris Rn. 12). Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich im Auswertungsvermerk enthaltener Angaben wird aber nur zurückhaltend anerkannt werden können und insbesondere für die Gemeinde selbst oder den erfolgreichen Bieter nur in engen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Auch soweit danach eine Beschränkung des Auskunftsanspruchs ausnahmsweise in Betracht kommt, wird der Schutz eines Geschäftsgeheimnisses es grundsätzlich nicht rechtfertigen, dem auskunftsberechtigten Bieter wertungsrelevante Erwägungen zu dem betreffenden Kriterium vollständig vorzuenthalten. Es muss grundsätzlich hingenommen werden, dass die Auskunft es gegebenenfalls ermöglichen oder erleichtern kann, das eigene Angebot in einem erfolgreich erstrittenen neuen Konzessionsverfahren an das Erstangebot eines Mitbieters anzupassen (BGH, Urteil vom 7. September 2021 – EnZR 29/20, juris Rn. 13 ff.).

[169] (cc) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist nicht zu beanstanden, dass die Verfügungsbeklagte die Anlage 3 zum Angebot der Nebenintervenientin nur mit den in der Anlage AG 14-04 enthaltenen Schwärzungen vorgelegt hat.

[170] (α) Die Verfügungsklägerin hat bereits nicht substantiiert dargelegt, wieso und inwieweit die Offenlegung der wenigen noch geschwärzten Daten neben der Kenntnis des Auswer-

tungsvermerks notwendig wäre, um erkennen zu können, aufgrund welcher Erwägungen die Gemeinde zu dem angegriffenen Wertungsergebnis gelangt ist.

[171] Diese Schwärzungen beschränken sich auf die genaue Höhe der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile, insbesondere vorgelagerter Netzkosten und vermiedener Netzentgelte, für das Jahr 2017 und die entsprechend prognostizierte Entwicklung für die 3. Regulierungsperiode sowie die entsprechenden Daten für den Kapitalkostenabzug und das sog. volatile Kostenelement.

[172] Der Gegenstand einer weiteren Schwärzung im textlichen Teil auf Seite 5 der Anlage 3 erschließt sich im Einzelnen nicht aus sich selbst heraus. Aufgrund des Kontextes ist anzunehmen, dass es sich um eine Erläuterung der in der vorstehenden Tabelle enthaltenen Annahmen handelt.

[173] Die Verfügungsklägerin geht bei ihrer Beanstandung einer unzureichenden Akteneinsicht bereits überwiegend nicht auf diese wenigen verbliebenen Schwärzungen im Einzelnen ein, sondern beanstandet in der Sache allein, dass der Ansatz der Werte aus dem Jahr 2017 nicht nachvollziehbar sei. Die genaue Zielrichtung dieser Beanstandung bleibt offen. Sollte sie damit – wie bereits gezeigt zu Unrecht – in Zweifel ziehen, dass die entsprechenden Daten aus dem Jahr 2017 anzusetzen waren, bedurfte es für die Nachvollziehbarkeit dieses Ansatzes der Kenntnis der einzelnen Daten nicht. Sollte sie demgegenüber in Zweifel ziehen, dass die entsprechenden Daten für das Jahr 2017 in der Sache zutrafen, bestehen schon keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesem Ansatz. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich oder dargelegt, dass die Offenlegung dieser Daten ihre inhaltliche Überprüfung ermöglichte.

[174] Auch in der Berufungsbegründung beanstandet die Verfügungsklägerin allein, dass aufgrund der Schwärzungen „im oberen Bereich der Tabelle“ nicht nachvollzogen werden könne, ob die Netzentgeltprognose den Vorgaben der Wettbewerbsunterlagen entspreche. Diese Beanstandung scheint darauf abzuzielen, den Ansatz der entsprechenden Werte aus dem Jahr 2017 infrage zu stellen, was nicht durchgreift.

[175] (β) Es ist nicht zu verkennen, dass die Begründung der Schwärzungen in dem Vermerk Nr. 07 vom 14. August 2020 (Anlage AG 15, S. 9) recht pauschal und ohne vereinzelten Bezug zu den verbliebenen Schwärzungen ist. Andererseits liegt auf der Hand, dass es sich bei den geschwärzten Daten zumindest im Grundsatz um schutzwürdige Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handelt. Angesichts des nicht näher dargelegten Akteneinsichtsinteresses der Verfügungsklägerin war eine ausführlichere Abwägung entbehrlich.

[176] (8) Die zu dem Kriterium I.2.1.2. („Gewerbekunden […]“) vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. Die Verfügungsklägerin hat dort die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Nebenintervenientin nur 5 Punkte erzielt hat. Diesen Vorsprung der Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen damit begründet, dass die Prognosen beider Bieter letztlich plausibel und damit direkt vergleichbar seien. Das Angebot der Nebenintervenientin weiche in sehr geringem Maße von demjenigen der Verfügungsklägerin ab, weil die mittleren Netznutzungsentgelte der erstgenannten rund 12 % über denen der Verfügungsklägerin liegen. Es weise damit eine sehr gute Erfüllung auf.

[177] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier entsprechend den Erwägungen zu dem vorherigen Kriterium nicht überschritten.

[Vom Abdruck wurde abgesehen].

[185] (b) Zutreffend liegt der Wertung auch zugrunde, dass die Verfügungsklägerin keine konkrete Zusage über die gesamte Laufzeit abgegeben und auch nicht abstrakt zugesagt hat, die Kosten während der über die aktuelle Regulierungsperiode hinausgehenden Vertragslaufzeit möglichst niedrig zu halten.

[186] Die Verfügungsklägerin weist zwar im Ausgangspunkt zutreffend darauf hin, dass die Verpflichtung in § 14 Abs. 3 Satz 2 des von ihr angebotenen Vertragsentwurfs sich nicht auf die bloße Vorlage eines Testats beschränkt. Diese Verpflichtung impliziert vielmehr auch die Verpflichtung, dass neu kalkulierte Kosten angemessen sein müssen, was im Übrigen bereits aus § 14 Abs. 3 Satz 1 folgen dürfte.

[187] Der Begriff der Angemessenheit ist aber nicht ohne weiteres mit dem der Kostengünstigkeit gleichzusetzen. Insbesondere folgt hieraus zudem nur, dass die Kalkulation der Netzanschlusskostenbeiträge angemessen sein muss, ohne eine darüber hinausgehende Verpflichtung zu enthalten, die Kostenbestandteile durch bestimmte – wenn auch nicht näher bezeichnete – Maßnahmen niedrig zu halten.

[188] (c) Die Verfügungsbeklagte hält sich mit der zusammenfassenden Bewertung des Angebots der Nebenintervenientin als nur in geringem Maße vom Angebot der Verfügungsklägerin abweichend noch in dem ihr zustehenden Bewertungsspielraum, auch wenn die Nebenintervenientin – anders als die Verfügungsklägerin für den Zeitraum der laufenden Regulierungsperiode – keine konkret bezifferten Kostenbeiträge zusagt. Die Erläuterung des Wertungskriteriums sah nicht vor, nur konkret bezifferte Zusagen zu werten.

[189] Auch im Hinblick auf die Bewertung der Informationsrechte erfordert das Angebot eines Testats eines Wirtschaftsprüfers betreffend die Angemessenheit von Änderungen keinen größeren Punktabstand.

[190] […]

[191] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Transparenzmängel liegen aus den bereits ausgeführten Gründen nicht vor. Insoweit wird im Wesentlichen auf die Erwägungen zu dem vorstehend erörterten Kriterium I.2.2. Bezug genommen.

[192] Ob entsprechend der Auffassung der Verfügungsklägerin der Kostenabstand in Anlehnung an die Wertungsskala für das Kriterium I.2.1.1. (Seite 22 des Wertungsvermerks) zu werten gewesen wäre, kann letztlich offenbleiben. Auch hiernach wäre keine abweichende Bewertung geboten. Der konkret zu ermittelnde Abstand der Baukostenzuschüsse gilt nur für den Zeitraum bis zum Abschluss der laufenden Regulierungsperiode (2023), der im Hinblick auf die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrages von 20 Jahren nicht derart erheblich ins Gewicht fällt, dass diesem Kostenabstand ein größeres Gewicht bei der abschließenden Wertung beizumessen wäre.

[193] (12) […]

[194] Transparenzmängel liegen aus den bereits ausgeführten Gründen nicht vor. Auch die Dokumentation der Wertungsentscheidung genügt noch den Anforderungen. Eine ins Einzelne gehende Bezeichnung des genauen Gewichts der jeweiligen Zusagen ist nicht erforderlich; die Wertungsentscheidung ist insgesamt nachvollziehbar.

[195] Es ist auch nicht zu erkennen, dass der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum in der Sache überschritten wäre. Die Verfügungsbeklagte hat die Bedeutung der Zusagen durch die Verfügungsklägerin insbesondere auch betreffend die Koordinierungsplattform, die gemeinsamen Bauentwürfe und Bauablaufspläne, die Vergabe aufgrund gemeinsamer Ausschreibungen, die gemeinsame Bauleitung und die Koordinierungsverträge nachvollziehbar dargestellt. Dass sie das Angebot der Nebenintervenientin dennoch unter anderem aufgrund konkreterer und umfassenderer Informations- und Sanktionsmöglichkeiten als im Ergebnis gleichwertig einstuft, hält sich im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums.

[196] (13) Die zu dem Kriterium I.3.2. („Vertragliche Zusagen zur Steigerung der Kosteneffizienz") vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. Dort hat die Nebenintervenientin die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Verfügungsklägerin nur 5 Punkte erzielt hat. Diesen Vorsprung der Nebenintervenientin hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen damit begründet, dass die Zusagen beider Bieter recht abstrakt blieben, die Nebenintervenientin aber zumindest zusage, einen Effizienzwert von 96,27 % nicht zu unterschreiten. Trotz des eher geringen Gewichts dieser Zusage werde sie durch Zusagen der Verfügungsklägerin betreffend effiziente Ressourcennutzung und Personalstruktur sowie -fortbildung nicht vollständig kompensiert, zumal die Verfügungsklägerin keine Informationsrechte anbiete.

[197] […]

[199] Die Zusage, den aktuellen Effizienzwert zukünftig gleich zu halten oder weiter zu verbessern, konnte in der Sache bei dem vorliegenden Kriterium berücksichtigt werden, weil er gewisse Rückschlüsse auf die Kosteneffizienz erlaubt, wie die Verfügungsbeklagte bei der Darstellung der Angebotsinhalte zutreffend herausgearbeitet hat (vgl. auch Senat, Urteil vom 26. Januar 2017 – 13 U 9/16 (Kart), juris Rn. 124).

[200] Die Nebenintervenientin hat über die beeinflussbaren Kostenanteile i. S. v. § 12 Abs. 4 ARegV Einfluss auf ihren Effizienzwert, auch wenn dessen Höhe nicht allein in ihrer Hand liegt. Zweifel an der Erfüllbarkeit ihrer Zusage bestehen nicht, sodass eine nähere Plausibilitätsprüfung nicht erforderlich war.

[201] Die Einwände der Verfügungsklägerin betreffend den Vergleich des individuellen Effizienzwertes der Nebenintervenientin mit dem pauschalen Effizienzwert im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV gehen ins Leere. Dieser in der abschließenden Abwägung enthaltene Vergleich diente nicht dem Vergleich mit der Kosteneffizienz des Netzes der Verfügungsklägerin, wozu er in der Tat ungeeignet wäre. Mit diesem Vergleich hat die Verfügungsbeklagte vielmehr allein die Bedeutung der Zusage der Nebenintervenientin relativiert, weil ihr aktueller Effizienzwert bereits nur knapp über dem pauschalen Effizienzwert für das vereinfachte Verfahren liegt und damit – was in dem Wertungsvermerk nicht ausdrücklich ausgeführt ist, aber auf der Hand liegt – kein Ausdruck einer besonders herausgehobenen Kosteneffizienz ist.

[202] (b) Auch sonstige Wertungs- und Dokumentationsfehler liegen nicht vor. Die von der Verfügungsklägerin als übergangen gerügten Zusagen sind in der Darstellung der Angebotsinhalte mit einer jeweils nachvollziehbaren Gewichtung berücksichtigt. Eine detailliertere Gegenüberstellung der einzelnen Vor- und Nachteile war wiederum nicht erforderlich. Die getroffene Wertungsentscheidung ist auch im Ergebnis nachvollziehbar.

[203] (14) Die zu dem Kriterium I.3.3. („Vertragliche Zusagen zur Steigerung der Energieeffizienz") vorgenommene Wertung ist jedenfalls überwiegend nicht zu beanstanden.

[Vom Abdruck wurde abgesehen]

[213] (e) Die abschließende Abwägung zu diesem Kriterium beruht unter anderem darauf, dass die von der Verfügungsklägerin angebotene Vertragsstrafe Nachteile ihres Angebots nur teilweise kompensieren könne. Es ist insoweit nicht von vornherein auszuschließen, dass eine zu weitgehende Berücksichtigung der Vertragsstrafendeckelung Auswirkungen auf dieses Wertungsergebnis hatte.

[214] Ob die Verfügungsbeklagte aber entsprechend der Auffassung der Verfügungsklägerin tatsächlich die möglichen Auswirkungen dieser Vertragsstrafendeckelung verkannt hat, weil naheliegend ohnehin keine Vertragsstrafe verwirkt werden könne, die die Deckelung überstiege, kann letztlich offenbleiben. Aus der Begründung der Wertungsentscheidung ist hinreichend abzuleiten, dass auch bei Berücksichtigung der Deckelung mit einem denkbar geringen Gewicht bestenfalls ein Punktgleichstand beider Bieter anzunehmen wäre, weil die angebotene Vertragsstrafe dann bestenfalls die Nachteile des Angebots der Verfügungsklägerin zu diesem Wertungskriterium vollständig kompensieren könnte. Eine in Relation noch bessere Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin ist jedenfalls auszuschließen.

[215] Bestenfalls – wenn auch eher fernliegend – wäre daher eine ungewichtet um zwei Punkte und gewichtet um vier Punkte bessere Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin denkbar.

[216] (15) Die zu dem Kriterium I.4.1.1.1. („Vertragliche Zusagen zum Kundenservice in örtlicher Nähe: Erreichbarkeit für Kunden") vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden.

[…]

[220] (16) Die zu dem Kriterium I.4.1.1.2. („Vertragliche Zusagen zum Kundenservice in örtlicher Nähe: Serviceumfang und -qualität") vorgenommene Wertung ist jedenfalls überwiegend nicht zu beanstanden. Bei diesem Kriterium hat die Nebenintervenientin die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Verfügungsklägerin nur 4 Punkte erzielt hat. Diesen Vorsprung der Nebenintervenientin hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen mit dem größeren Umfang der angebotenen Dienstleistungen und damit begründet, dass eine abschließende Bearbeitung binnen fester Fristen zugesagt wird.

[221] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die Zusage, persönliche Ansprechpartner für die näher beschriebenen Kundengruppen zu benennen, mit einem nicht mehr vertretbaren Gewicht in die Wertung eingeflossen wäre. Die Verfügungsbeklagte hat insoweit nur festgehalten, dass diese Zusage den Kundenservice „für diese Kundengruppen" fördere. Auch im Übrigen ist die Wertungsentscheidung nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Wegen der Berücksichtigung des Vertragsstrafendeckels wird auf die vorangestellten Erwägungen Bezug genommen, wobei ohnehin nicht erkennbar ist, dass dies im Ergebnis überhaupt maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung genommen hätte.

[222] Transparenzmängel liegen aus den bereits ausgeführten Gründen nicht vor.

[223] Ob die Vertragsstrafendeckelung in einer unvertretbaren Weise bei der Wertung berücksichtigt wurde, kann entsprechend der Erwägungen zu dem Kriterium I.3.3. letztlich offen bleiben. Aus der Begründung der Wertungsentscheidung ist hier ebenfalls hinreichend abzuleiten, dass auch bei Berücksichtigung der Deckelung mit einem denkbar geringen Gewicht bestenfalls ein Punktgleichstand beider Bieter anzunehmen wäre, weil die angebotene Vertragsstrafe dann bestenfalls die Nachteile des Angebots der Verfügungsklägerin zu diesem Wertungskriterium vollständig kompensieren könnte. Eine in Relation noch bessere Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin ist jedenfalls auszuschließen.

[224] Bestenfalls – wenn auch eher fernliegend – wäre daher eine ungewichtet um zwei Punkte und gewichtet um vier Punkte bessere Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin denkbar.

[225] (17) Betreffend das Kriterium I.4.1.2.1. („Telefonservice: Kosten") hat das Landgericht die vorgenommene Wertung als fehlerhaft erachtet, weil die Verfügungsklägerin eine kostenlose Telefonnummer für die Beratung und Störungsmeldungen

zusichere und deshalb der geringe Vorsprung von nur einem Punkt nicht nachvollziehbar sei.

[226] Diese Erwägung begegnet angesichts der geringen Telefonkosten und der verbreitet vorhandenen Flatrate-Verträgen bereits Zweifeln. Selbst bei Annahme eines solchen Wertungsfehlers hätte sich dieser aber im Ergebnis nicht auf die Wertungsreihenfolge ausgewirkt. Das Landgericht hat es insoweit allerdings unterlassen, nähere Feststellungen zu dieser Kausalität zu treffen. Der Senat muss diese Feststellung nachholen, um die Kausalität des angenommenen Wertungsfehlers beurteilen zu können.

[227] Insoweit ist einerseits von Bedeutung, dass Telefonkosten für den Großteil potentieller Serviceanliegen anfallen, nämlich für sämtliche Beratungsanliegen, die sich nicht auf Störungsmeldungen beschränken. Diese machen nach den unwidersprochenen Angaben der Verfügungsklägerin 95% aller Anrufe aus. Andererseits ist die von der Verfügungsklägerin selbst erbrachte Serviceleistung für sich genommen kostenlos; es fallen allein reguläre Telefonkosten an. Dass die Nebenintervenientin keine kostenpflichtige „Hotline" anbietet, fördert zweifelsohne das Ziel der Stadt. Der Nachteil anfallender Telefonkosten trifft zudem – wie die Verfügungsbeklagte zutreffend erkannt hat – nur diejenigen Anrufer, die nicht über eine Mobil- oder Festnetzflatrate verfügen. Vor diesem Hintergrund wäre es ersichtlich fehlerhaft gewesen, das Angebot der Nebenintervenientin zu diesem Kriterium schlechter als eine zumindest gute Erfüllung zu werten. Es ist deshalb auszuschließen, dass es bei fehlerfreier Wertung mit weniger als 4 Punkten hätte gewertet werden können.

[228] Im Ergebnis ist deshalb zu diesem Kriterium allenfalls eine möglicherweise schlechtere Bewertung der Nebenintervenientin um – sowohl ungewichtet als auch gewichtet – einen Punkt zu berücksichtigen.

[229] (18) Die zu dem Kriterium I.4.1.2.2. („Telefonservice: Erreichbarkeit für Kunden") vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. Dort hat die Nebenintervenientin die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Verfügungsklägerin nur 3 Punkte erzielt hat. Diesen Vorsprung der Nebenintervenientin hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen damit begründet, dass die Nebenintervenientin rund doppelt so lange Service-Zeiten und zudem eine direkte Erreichbarkeit zuständiger Mitarbeiter zumindest für einzelne Kundengruppen anbietet.

[230] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Es begegnet keinen Bedenken, dass die persönliche Erreichbarkeit von Ansprechpartnern für bestimmte Kundengruppen positiv gewertet wurde. […]

[239] Nachvollziehbar hat die Verfügungsbeklagte insbesondere betreffend die von der Verfügungsklägerin zugesagte Informationsgeschwindigkeit differenziert. Eine unverzügliche Information hat sie in § 16 Abs. 16 des von ihr entworfenen Konzessionsvertrages nur bei wesentlichen Störungen angeboten, allgemein beschränkte sie sich nach § 16 Abs. 15 auf eine zeitnahe Information. Dieser Unterschied ist in dem Wertungsvermerk zutreffend herausgestellt. Nachvollziehbar berücksichtigt die Verfügungsbeklagte dabei die Abgrenzungsschwierigkeiten betreffend die Wesentlichkeit von Störungen. Jedenfalls aufgrund dieser ausdrücklichen Differenzierung von § 16 Abs. 15 zu § 16 Abs. 16 erfolgte durch die Kundenservicestandards der Verfügungsklägerin keine berücksichtigungsfähige weitere Zusage betreffend allgemeine Störungen, zumal insoweit keine Zuordnung zu dem vorliegenden Kriterium erfolgt war.

[240] Den Inhalt des Angebots der Nebenintervenientin hat die Verfügungsbeklagte nicht unzutreffend erfasst. Obwohl nach dem Wort „unmittelbar" in § 16 Abs. 22 des Vertragsentwurfs ein Komma gesetzt war, bezog sich dieser Begriff ersichtlich nicht auf den Kommunikationsweg, sondern auf den Zeitpunkt der Kommunikation. Es handelte sich um einen offensichtlichen Zeichensetzungsfehler. Der Entwurfsaufbau differenziert systematisch gerade zwischen der zeitlichen Komponente, die Abs. 21 behandelt, und den Kommunikationswegen, die in Abs. 23 geschildert sind.

[241] Dokumentationsmängel liegen nicht vor. Welche wesentliche Zusage die Verfügungsbeklagte übergangen haben sollte, bezeichnet die Verfügungsklägerin bereits nicht.

[242] (22) Die zu dem Kriterium I.4.2. („Vertragliche Zusagen zur schnellen Bereitstellung von Netzanschlüssen für Hausanschlusskunden") vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. Dort hat die Nebenintervenientin die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Verfügungsklägerin nur 3 Punkte erzielt hat. Diesen Vorsprung der Nebenintervenientin hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen damit begründet, dass die Nebenintervenientin kürzere Fertigstellungszeiten zusagt habe und allgemein die durch die Verfügungsklägerin zugesagten Zeiten stärker durch Vorbehalte relativiert seien.

[243] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Transparenzmängel liegen aus den bereits ausgeführten Gründen nicht vor.

[244] (a) In nachvollziehbarer und nicht zu beanstandender Weise hat die Verfügungsbeklagte berücksichtigt, dass die Zusage von Fristen durch die Verfügungsklägerin durch den Vorbehalt der wirtschaftlichen oder technischen Möglichkeit und Zumutbarkeit weniger verbindlich ist. Auch wenn die Formulierung dieser Vorbehalte an § 17 Abs. 2 EnWG anknüpft, handelt es sich doch nicht um schon von Gesetzes wegen bestehende Vorbehalte, die bei der Wertung nicht in einschränkender Weise zulasten der Verfügungsklägerin hätten berücksichtigt werden dürfen. § 17 Abs. 2 EnWG bestimmt Fälle, in denen der Netzanschluss insgesamt verweigert werden kann. Die infrage stehenden Vorbehalte betreffend Fertigstellungsfristen beziehen sich demgegenüber auf Fälle, in denen der Netzbetreiber von dem Vorbehalt des § 17 Abs. 2 EnWG gerade keinen Gebrauch machen will.

[245] Entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin bestehen auch keine Gründe dafür, die gesetzliche Einschränkung der Anschlusspflicht in § 17 Abs. 2 EnWG auch auf zugesagte Fristen zu übertragen. Ein Erst-Recht-Schluss (e majore ad minus) rechtfertigt dies nicht. Es bestehen insbesondere auch keine Anhaltspunkte dafür, dass in Fällen, in denen der Netzanschluss als solcher nicht an einer Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit scheitert, die Einhaltung der zugesagten Frist aufgrund von Zumutbarkeitserwägungen unplausibel wäre.

[246] Nicht völlig fernliegend mag es sein, dass in Einzelfällen die Einhaltung der Frist unmöglich ist. Dies steht der Berücksichtigung der eingeschränkten Verbindlichkeit der Zusagen der Verfügungsklägerin aber nicht entgegen, gerade weil die Bezugnahme auf die Zumutbarkeit in nachvollziehbarer Weise erhebliche Spielräume bei der Anwendung der Zusage befürchten lässt.

[…]

[283] Insbesondere ist es nachvollziehbar, dass die Verfügungsbeklagte das Angebot der Verfügungsklägerin nicht deshalb mit einem größeren Punktabstand besser bewertet hat, weil diese über die vergleichbar gewerteten Angebotsinhalte hinaus „eine Vielzahl weiterer, konkreter Zusagen" gemacht habe. Die insoweit in Bezug genommenen weiteren Zusagen beziehen sich überwiegend auf den Schutz vor bzw. die Beseitigung von Beschädigungen und Verschmutzungen und decken sich damit in ihrer Zielrichtung weitgehend mit dem

als vergleichbar gewerteten Ziel, beschädigte oder verschmutzte Anlagen mit Motiven zu versehen. Allein aufgrund der quantitativen Häufung gleichgerichteter Zusagen war hier nicht eine wesentlich bessere Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin erforderlich.

[…]

[287] (30) Die zu dem Kriterium II.4.1.1. („Gestaltung Zustimmungsvorbehalt (Rechtsnachfolge)") vorgenommene Wertung ist überwiegend nicht zu beanstanden. […]

Zwar kann ein Fehler bei der Wertung der angebotenen Beweislastumkehr aufgrund einer insoweit ungenauen Dokumentation nicht ausgeschlossen werden. Die mögliche Bedeutung dieses Fehlers für das Wertungsergebnis ist aber gering. Sonstige Wertungsfehler, aufgrund derer eine deutlich schlechtere Bewertung der Nebenintervenientin nicht ausgeschlossen werden könnte, sind nicht dargetan.

[289] (a) Wohl zutreffend beanstandet die Verfügungsklägerin zwar, dass die Verfügungsbeklagte die unter Nr. 1 der Darstellung der inhaltlichen Abweichungen erörterte Beweislastumkehr (in sehr geringem Maße) nur zugunsten der Nebenintervenientin berücksichtigt hat. Auch wenn sie ihr eigenes Vertragsangebot insoweit nur lückenhaft vorlegt, spricht doch die Formulierung von § 28 Abs. 3 ihres Entwurfes dafür, dass dort eine vergleichbare Beweislastumkehr vorgesehen ist. Auch wenn insbesondere die Absätze 2 und 4 dieser Vertragsklausel nicht vorgelegt sind, geht der Senat schon deshalb von einer Vergleichbarkeit aus, weil die Verfügungsbeklagte dies in der Antragserwiderung nicht in Abrede genommen hat.

[290] Es ist nicht völlig eindeutig, ob dies tatsächlich einen Fehler in der Sachverhaltsermittlung darstellt oder die Formulierung nur auf eine fehlerhafte Dokumentation zurückzuführen ist. In der abschließenden Abwägung führt die Verfügungsbeklagte nämlich aus, „auch" die Nebenintervenientin müsse nachweisen, dass die Verpflichtungen vollumfänglich erfüllt bzw. wahrgenommen werden. Dies spricht dafür, dass sie betreffend die Regelung der Beweislast in der abschließenden Abwägung eine Gleichwertigkeit der Angebote angenommen hat.

[291] Jedenfalls kann aber ausgehend von den im Übrigen nachvollziehbaren Wertungen der Verfügungsbeklagten ausgeschlossen werden, dass sich die Wertung des Angebots der Verfügungsklägerin ohne diesen Fehler um mehr als einen Wertungspunkt verbessert hätte. Die Verfügungsbeklagte hat der Beweislastumkehr eine nur in sehr geringem Maße zielfördernde Bedeutung beigemessen.

[…]

[297] (d) Im Gegenteil weist die Wertung zu diesem Kriterium wohl einen Fehler auf, der sich allerdings nur zulasten der Nebenintervenientin ausgewirkt haben kann. Es ist nicht nachvollziehbar, dass die Verfügungsbeklagte die Zusage der Verfügungsklägerin positiv gewertet hat, sie vor einer Zustimmung auf Verlangen schriftlich zu informieren und dabei die Vereinbarungen offenzulegen. Es spricht viel dafür, dass es sich hierbei ohnehin um eine Selbstverständlichkeit handelt. Abgesehen davon hätte es die Verfügungsbeklagte aber jedenfalls in der Hand, ihre Zustimmung erst nach einer solchen Information zu erteilen.

[298] Da der Senat seine Bewertung aber nicht an die Stelle derjenigen der Verfügungsbeklagten setzen darf, kann nicht angenommen werden, dass dieser Wertungsfehler den dargestellten möglichen Fehler bei der Wertung der Beweislastregelung kompensierte. Es bleibt damit bei dem dargestellten Ergebnis, dass eine bessere Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin um – ungewichtet und gewichtet – einen Punkt nicht ausgeschlossen werden kann.

[299] (31) Die zu dem Kriterium II.5.3.1. („Umfang des Auskunftsanspruchs […]") vorgenommene Wertung ist jedenfalls überwiegend nicht zu beanstanden. [Vom Abdruck wurde abgesehen] Selbst ausgehend von der Auffassung der Verfügungsklägerin, die von ihr angebotene Differenzierung stelle im Verhältnis zu dem Angebot der Nebenintervenientin einen erheblichen Vorteil dar, kann nach der weiteren Begründung dieser Wertungsentscheidung ausgeschlossen werden, dass letzteres Angebot um mehr als zwei Wertungspunkte (ungewichtet) schlechter hätte bewertet werden können. Der wesentliche die Wertung tragende Gesichtspunkt des angebotenen umfangreichen Datenkatalogs wird von dem möglichen Wertungsfehler nicht in erheblicher Weise eingeschränkt. Das Wertungsverhältnis könnte sich daher allenfalls um gewichtete vier Punkte zugunsten der Verfügungsklägerin verschieben.

[306] (c) Auch in der Gesamtschau sind sonst keine Wertungsfehler dargetan. Die Verfügungsbeklagte hat die in der Antragsschrift erneut herausgearbeiteten Vorteile des Angebots der Verfügungsklägerin berücksichtigt. Sie hat aber deshalb keinen größeren Wertungsabstand zwischen beiden Angeboten angenommen, weil der Gesamtumfang des umfangreichen Datenkatalogs zu großen Teilen übereinstimme. Dass sie damit ihren Beurteilungsspielraum überschritten hätte, lassen die Darlegungen der Verfügungsklägerin nicht erkennen.

[307] (32) Die zu dem Kriterium II.5.3.2. („Zeitpunkt des Auskunftsanspruchs […]") vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. […]

[308] Es wird auf die zutreffenden Ausführungen der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass letztlich offenbleiben kann, ob die eher theoretischen Zweifel in Bezug auf die Auslegung des Angebots der Verfügungsklägerin in nachvollziehbarer Weise bei der Bewertung berücksichtigt werden konnten. Eine zumindest sehr geringe Abweichung beider Angebote liegt schon aufgrund der kürzeren Frist der zugesagten Aktualisierung der Daten zum Stichtag des Vertragsendes durch die Nebenintervenientin vor. Ein – nicht völlig fernliegender – Wertungsfehler im Hinblick auf die bezeichnete Auslegung hätte sich damit zumindest im Ergebnis nicht ausgewirkt.

[309] (33) Ein etwaiger Wertungsfehler zu dem Kriterium II.5.4.1. („Zustimmungsvorbehalt der Stadt [Wesentliche Investitionsvorhaben vor Ablauf]") hat sich jedenfalls im Ergebnis nicht auf die Zuschlagsentscheidung ausgewirkt. Dort hat die Nebenintervenientin die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Verfügungsklägerin nach dem korrigierten Auswertungsvermerk 5 Punkte erzielt hat. Dieser geringe Vorsprung der Nebenintervenientin ist damit begründet, dass die Verfügungsklägerin zur Abgrenzung allein auf die Investitionshöhe abstellt und den Zustimmungsvorbehalt nur auf einen kürzeren Zeitraum vor Auslaufen des Vertrages bezieht, allerdings auch Maßnahmen einem Zustimmungsvorbehalt unterstellt, die über den Übernahmetag hinauswirken.

[310] Es spricht viel dafür, dass die Wertung zu diesem Kriterium zumindest im Ergebnis nicht durch Wertungsfehler beeinflusst wurde, weil das Angebot der Nebenintervenientin zumindest angesichts des längeren Zeitraums, für den ein Zustimmungsvorbehalt greifen soll, vorteilhafter ist. Auch wenn dieser Vorteil gering ist, was die Verfügungsbeklagte berücksichtigt hat, dürfte er doch den Wertungsunterschied von einem Punkt tragen.

[311] Letztlich können die von der Verfügungsklägerin insoweit aufgeworfenen Fragen aber offenbleiben. Selbst bei Annahme eines Wertungsfehlers wären beide Angebote bestenfalls gleich zu werten. Eine solche bessere Wertung des Angebots der Verfügungsklägerin um 1 Rohpunkt bzw. \2 ge-

wichteten Punkt wirkte sich im Ergebnis auf die Zuschlagsentscheidung nicht aus.

[312] (34) Die zu dem Kriterium II.5.4.2. („Sanktionen bei Verstoß gegen den Zustimmungsvorbehalt [Wesentliche Investitionsvorhaben vor Ablauf]") vorgenommene Wertung ist nicht zu beanstanden. Dort hat die Nebenintervenientin die Höchstpunktzahl von 6 Punkten erhalten, wohingegen die Verfügungsklägerin 5 Punkte erzielt hat. Diesen Vorsprung hat die Verfügungsbeklagte im Wesentlichen damit begründet, dass die Verfügungsklägerin die Vertragsstrafe in größerem Umfang gedeckelt habe.

[313] Der der Verfügungsbeklagten zustehende Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Die weitergehende Deckelung des Vertragsstrafeversprechens wurde zutreffend berücksichtigt. Unstreitig kann sich diese Deckelung gerade zum Vertragsende auswirken.

[314] cc) Obwohl damit für mehrere Kriterien offengelassen wurde, ob Wertungsfehler vorliegen, ist der Verfügungsbeklagten die Zuschlagserteilung nicht zu untersagen, weil diese Fehler die Verfügungsklägerin nicht unbillig behindern. Es ist ausgeschlossen, dass sich diese Fehler im Ergebnis auf die Rangfolge der Bieter ausgewirkt haben.

[315] Nach der von der Verfügungsbeklagten vorgenommenen Angebotsauswertung haben die Nebenintervenientin 540 Punkte und die Verfügungsklägerin 508 Punkte erzielt. Selbst bei Berücksichtigung der festzustellenden und möglichen Wertungsfehler verbleibt es bei dieser Rangfolge.

[316] Bei dem Kriterium I.1.3.2. mag eine bessere Bewertung der Verfügungsklägerin um gewichtete 3 Punkte zu berücksichtigen sein, bei den Kriterien I.3.3. und I.4.1.1.2. eine solche von jeweils 4 Punkten. Im Ergebnis ist zu dem Kriterium I.4.1.2.1. eine möglicherweise schlechtere Bewertung der Nebenintervenientin um gewichtet einen Punkt zu berücksichtigen. Zu dem Kriterium II.4.1.1. kann eine bessere Bewertung des Angebots der Verfügungsklägerin um – gewichtet – einen Punkt nicht ausgeschlossen werden. Zu dem Kriterium II.5.3.1. kann sich das Wertungsverhältnis allenfalls um gewichtete vier Punkte zugunsten der Verfügungsklägerin verschieben. Bei dem Kriterium II.5.4.1. kommt allenfalls eine bessere Wertung des Angebots der Verfügungsklägerin um \2 gewichteten Punkt in Betracht.

[317] Der gewichtete Abstand zwischen beiden Angeboten könnte sich damit allenfalls um 17 \2 Punkte auf dann immer noch 14 \2 Punkte verringern.

III.

[318] Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO.

Anmerkung von Christian Below und Annette König, Hannover*

1. Einführung

Dass Gemeinden bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten zum Betrieb und zur Verlegung von Versorgungsleitungen in gemeindlichen Grundstücken marktbeherrschend sind, wird in der Rechtsprechung der letzten zehn Jahre mittlerweile einhellig angenommen. Angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit bei der Durchführung von Konzessionierungsverfahren Strom und Gas nach §§ 46 ff. EnWG ist die Zahl der Urteile, die solche Verfahren als rechtskonform bestätigen, gering. Um so bemerkenswerter ist das vorliegende Urteil, das wichtige Anhaltspunkte für ein „so geht's" bei der Durchführung von Konzessionierungsverfahren enthält.

2. Zur Prüfungstiefe und zur Kausalitätsbeurteilung gerichtlicher Überprüfung

In vielen Urteilen[1] ist zu lesen, dass keine vollständige gerichtliche Nachprüfung einer gemeindlichen Auswahlentscheidung stattfinde, weil der Gemeinde dabei ein Spielraum verbleiben müsse. „Alles vor dem >>aber<< ist gelogen" – diese altbekannte Weisheit drängt sich gelegentlich allerdings bei vertiefter Lektüre dieser Urteile auf. Denn häufig wird der zunächst hergeleitete Beurteilungsspielraum sofort wieder relativiert.

Auch das OLG Celle weist zunächst [Rn. 25] darauf hin, dass eine vollständige Nachprüfung einer gemeindlichen Ermessensentscheidung nicht geboten sei und das Gericht insbesondere nicht seine Bewertung anstelle der gemeindlichen Wertung setzen dürfe. Aber: Da das Gericht gehalten ist, im Rahmen einer Kausalitätsbetrachtung festzustellen, ob etwaige Wertungsfehler sich auf das Ergebnis der gemeindlichen Auswahlentscheidung ausgewirkt haben, trifft es [Rn. 65] konkrete Feststellungen dazu, welche Punkte der unterlegene Bieter unter Beachtung des gemeindlichen Wertungsspielraums *„bestenfalls (nicht ausschließbar)"* [Rn. 67] hätte erreichen können („fiktive Bestbewertung"; vgl. z. B. auch Rn. 125f.). Sodann wird abschließend geprüft, ob sich die Bieterreihenfolge bei einer fiktiven Bestbewertung insgesamt ändern könnte. Mit anderen Worten: Die gemeindliche Wertung wird zwar nicht ersetzt, aber das Gericht bestimmt den Rahmen der aus seiner Sicht maximal möglichen Bepunktung. Führt auch diese „fiktive Bestbewertung" nicht dazu, dass sich die Bieterreihenfolge ändern kann, so ist der Verfügungsantrag unbegründet [vgl. Rn. 314].

Mit diesem Herangehen schließt sich das OLG Celle erneut der Rechtsprechung der OLGe Koblenz und Schleswig an.[2] Ausdrücklich abgelehnt wird die Auffassung des Kammergerichts[3], nach der eine fehlerhafte Wertung für die Kausalitätsbetrachtung durch Bewertung entweder mit 0 Punkten oder einer dem Konkurrenzangebot entsprechender Punktzahl geboten sei [Rn. 70]. Wenngleich zuzugeben ist, dass damit die Bewertung nicht vollständig ersetzt wird, kommt dies einer eigenen Bewertung anstelle der gemeindlichen doch schon sehr nahe.

Den Ansatz des OLG Celle mag man für widersprüchlich halten. Er trägt aber dem gesetzlichen Beschleunigungsgedanken Rechnung, der Ausgangspunkt für die Einführung des Rügeregimes in § 47 EnWG war.[4] Durch die „fiktive Bestbewertung" wird auch die Rechtssicherheit gefördert, welche die gesetzliche Novellierung von § 46 ff. EnWG zwar intendiert, aber nicht erreicht hat: Enthält die Angebotswertung Fehler, so liefert die „fiktive Bestbewertung" zumindest Indizien über die gerichtliche Auffassung, die im Falle einer erforderlichen Wiederholung bei der Ausübung des Beurteilungsspielraumes hilfreich sein können. Zwar ist die Gemeinde keinesfalls verpflichtet, die „fiktive Bestbewertung" bei Wiederholung der Auswertung sklavisch zu übernehmen, denn dann würde das

* Die Autoren sind Rechtsanwälte und Partner der Energiewirtschafts- und Vergaberechtskanzlei kbk Kehr-Ritz Bock König Rechtsanwälte PartGmbB, Hannover und Berlin. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 528.

1 So u. a. OLG Celle, Urteil v. 19. Oktober 2017 – 13 U 38/17 (Kart), juris Rn. 51; OLG Schleswig, Urteil v. 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 80, 86 m. w. N.; OLG Koblenz, Urteil v. 12. September 2019 – U 678/19 Kart, juris Rn. 4.

2 Vgl. OLG Schleswig Urteil v. 16. April 2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 88, 440, 105; OLG Koblenz v. 12.09.2019 – U 678/19 Kart, juris Rn. 31 ff., 34.

3 KG Berlin, Urteil v. 24. September 2020 – 2 U 93/19, juris Rn. 280.

4 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 46 Abs. 5 EnWG, BT Drs. 18/8184, S. 15, zu § 47 Abs. 2 EnWG, S. 17, sowie zu § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG, S. 22.

Gericht zu weit in den gemeindlichen Beurteilungsspielraum eingreifen [Rn. 68]. Die Gemeinde kann vielmehr bei pflichtgemäßer Beurteilung auch weniger Punkte vergeben als nach der „fiktiven Bestbewertung" des Gerichts. Gleichwohl ist die „fiktive Bestbewertung" für die Gemeinde insoweit hilfreich, als die Vergabestelle sich mit der gerichtlichen Herleitung auseinandersetzen kann und Indizien für die gerichtliche Positionierung bei etwaiger Wiederholung des Rechtsstreits erhält.

Die Herangehensweise des OLG Celle ist daher aus kommunaler Sicht unbedingt zu begrüßen. Sie bedingt gleichzeitig, dass das Gericht sich mit jeder einzelnen, gerichtlich verfolgten Beanstandung der Auswahlentscheidung auseinandersetzt, wie es das Gericht nachfolgend dann auch tut. Dies ist beklagenswerter Weise nicht bei allen Gerichten so. Vielmehr wird immer noch vertreten, dass sich nicht mit allen Rügen auseinandergesetzt werden müsse, wenn bereits eine oder wenige Rügen einschlägig sind und die Wiederholung der Wertung erforderlich machen. Als Konsequenz kann es passieren, dass über eine bereits gerichtlich geltend gemachten Rüge, zu der das Gericht keine Stellung genommen hat, erst Jahre später, nämlich im Rahmen einer erneuten Streitigkeit entschieden wird. Wählt das Gericht also „den einfachsten Weg" und entscheidet nur über die Rüge(n), die zu einer Rückversetzung oder Aufhebung des Verfahrens führen, kann die dadurch verursachte Verfahrensverzögerung enorm sein.

Diese Herangehensweise ist zudem in Fällen zu begrüßen, in denen – wie vorliegend – durch die „fiktive Bestbewertung" deutlich wird, dass sich etwaige bestehende Wertungsfehler nicht auf das Verfahrensergebnis auswirken und eine Korrektur der Bewertung entbehrlich ist. Dies versetzte das OLG offenbar in die Position, mehrere durch die Antragstellerin aufgeworfene Fragen ausdrücklich offen zu lassen [vgl. z. B. Rn. 72; 99; 101; 114; 192;214; 308].

3. Relative Wertungsmethode; Darstellung im Auswertungsvemerk

Praxisrelevant ist die eher beiläufige Feststellung des OLG [Rn. 34], dass es zulässig sei, wenn die Vergabestelle bei der Erfassung der Angebotsinhalte im Auswertungsvermerk zunächst eine für sich genommen absolute Betrachtung vornimmt, nämlich feststellt, inwieweit der Angebotsinhalt das mit dem Wertungskriterium bezweckte Ziel überhaupt fördert, und erst anschließend die Angebote im Verhältnis zueinander wertet.

Auch die Verwendung von teilweise unterschiedlichen Begrifflichkeiten und Darstellungsformen innerhalb des Auswertungsvermerks sei unschädlich [Rn. 35]. Dies entspricht der Linie des OLG Schleswig, nach der bei einfachen Kriterien eine stichpunktartige Aufzählung und knappe Bewertung ausreichend sein könne, während umfangreiche Kriterien sehr viel weiterreichende Darstellungen erforderten.[5]

4. Zum Umfang des Akteneinsichtsrechts nach § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG

Das OLG betont, dass eine vermeintlich unzureichende Gewährung der nach § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG geschuldeten Akteneinsicht nicht isoliert angegriffen werden könne, da das Einsichtsrecht nur der Vorbereitung einer Rüge diene. Anders ausgedrückt: Ein auf § 19 GWB gestützter Verfügungs- oder Klageantrag, der sich nur auf die Gewährung einer erweiterten Akteneinsicht richtet, hätte keine Aussicht auf Erfolg.

5 Vgl. OLG Schleswig, Urteil v. 06.07.2020, 16 U 16/20 Kart.

Soweit allerdings die Auswahlentscheidung intransparent wird, weil die zugrunde liegenden Erwägungen nicht mehr nachvollzogen werden können, kann auf Unterlassung der Zuschlagserteilung beantragt werden. Dies entspricht der wohl mittlerweile herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung.[6]

Ohne weitere Begründung zieht das OLG Celle die Linie des Bundesgerichtshofs zum „Gasnetz Rösrath" (Urteil v. 07.09.2021 – EnZR 29/20) für den vorliegenden Fall heran. Das ist insoweit bemerkenswert, als der vom BGH entschiedene Fall einen „Altfall" betraf, also ein Konzessionierungsverfahren, bei dem es das mit der EnWG-Novelle 2016 eingeführte Akteneinsichtsrecht des § 47 Abs. 3 EnWG noch nicht gab. Die dortige Linie fügt sich allerdings in die bisherige Rechtsprechung des OLG Celle und Schleswig ein.[7]

Das OLG Celle hält zunächst fest, dass das Akteneinsichtsrecht nicht schrankenlos gilt. Insbesondere sei eine Einsicht in die der Wertung zugrunde liegenden Angebote von Konkurrenten grundsätzlich nicht zu gewähren [Rn. 166]. Es reiche vielmehr aus, die für die Wertung maßgeblichen Umstände im Einzelnen darzulegen – gegebenenfalls auch durch Offenlegung des Wertungsvermerks. Darin dürften maßgebliche Umstände, die eine Überprüfung der Nachvollziehbarkeit und Plausibilität ermöglichen, allerdings nicht geschwärzt sein. Nur wenn diese Ausführungen nicht ausreichten, um die Nachvollziehbarkeit und Plausibilität der Wertungsentscheidung überprüfen zu können, oder soweit im Einzelfall Zweifel an der Richtigkeit der inhaltlichen Wiedergabe des Angebotes weiterer Bieter bestehen, seien die entsprechenden Angebotsinhalte im Grundsatz offenzulegen. Auch das OLG Celle geht also von einer abgestuften Gewährung der Akteneinsicht aus [Rn. 165]:

1. Im ersten Schritt sei nur der Auswertungsvermerk offenzulegen [vgl. Rn. 166].
2. Legt der Akteneinsicht nehmende Bieter substantiiert dar, dass aus dem Auswertungsvermerk nicht erkennbar ist, aufgrund welcher Erwägungen die Gemeinde zu dem angegriffenen Wertungsergebnis kam, müsse die konzessionsgebende Gemeinde ggf. auch die Angebotsinhalte, die zur Überprüfung im Einzelfall erforderlich sind, offenlegen („erweiterte Akteneinsicht") [Rn. 167]. Das Interesse an der erweiterten Akteneinsicht sei näher darzulegen [Rn. 175], was im vorliegenden Fall allerdings unterblieben war.
3. Auch bei dieser „erweiterten Aktensicht" sei es denkbar, dass überwiegende schutzwürdige Interessen anderer Bieter der Offenlegung der Angebote entgegenstehen. Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich im Auswertungsvermerk enthaltener Angaben könne aber nur zurückhaltend anerkannt werden und insbesondere für die Gemeinde selbst oder den erfolgreichen Bieter nur in engen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Letzteres liegt in diesem Zusammenhang eigentlich auf der Hand: Denn die „im Auswertungsvermerk enthaltenen Angaben" sind dem Akteneinsicht nehmenden Bieter bereits bekannt. Es besteht also kein Anlass, sie im Angebot noch zu schwärzen. Interessanter dürften die Angebotsinhalte sein, die nicht bereits im Auswertungsvermerk wiedergegeben wurden. Diese sollen ja gerade die bisher vermeintlich fehlende Transparenz der Auswertungsentscheidung herstellen. Auch die weitere Feststellung, es dürften keine wertungsrelevanten Erwägungen vorenthalten werden [Rn. 168]

6 Vgl. u. a. OLG Koblenz, Urteil v. 12.09.2019 – U 678/19 Kart –, Rn. 26 juris, Theobald/Schneider, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 114. EL, § 47 EnWG Rn. 47.

7 Vgl. OLG Celle, Urteil v. 19.10.2017 – 13 U 38/17 (Kart), juris Rn. 52; Urteil v. 17.03.2016 – 13 U 141/15 (Kart), juris Rn. 139; OLG Schleswig, Urteil v. 16.04.2018 – 16 U 110/17 Kart, juris Rn. 82.

passt in diesem Zusammenhang nicht vollständig, denn solche gemeindlichen Erwägungen sind ja allenfalls im Auswertungsvermerk, nicht aber im Angebot eines Bieters enthalten.

Im konkreten Fall war der Auswertungsvermerk so umfassend gestaltet, dass er aus Sicht des Gerichts überwiegend aus sich heraus plausibel nachvollziehbar war. Auf etwaige Schwärzungen im Angebot, das – überobligatorisch – im Rahmen der Akteneinsicht mit Schwärzungen bereit gestellt worden war, kam es daher nicht an [Rn. 169].

5. Plausibilitätsprüfung

Hoch umstritten ist, ob und wie die konzessionsgebende Gemeinde die Plausibilität vertraglicher Zusagen in Konzessionsangeboten zu prüfen hat. Teilwiese wird vertreten, dass es einer konkreten Plausibilitätskontrolle vertraglicher Zusagen gar nicht bedürfe, da die konzessionsgebende Gemeinde auf die Zusage eines geeigneten Bieters vertrauen dürfe.[8] Das OLG Celle [Rn. 38; Rn. 76;] ist der Auffassung, dass eine Plausibilitätsprüfung jedoch dann erforderlich sei, wenn sich aus den Angeboten selbst und *„naheliegenden Überlegungen"* [Rn. 38, 48] konkrete Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten in den Angeboten oder die mangelnde Umsetzbarkeit von Zusagen ergeben. Wenn die Vergabestelle diese nicht zum Anlass nehme, die sich ergebenden Zweifel näher aufzuklären, könne ein Vergabefehler vorliegen.

Hervorzuheben ist dabei: Auch das OLG Celle ist offenbar der Auffassung, dass die gemeindlichen Plausibilitätsanforderungen an vertragliche Zusagen im Gegensatz zu bloßen Prognosen unterschiedlich sein dürfen [Rn. 41]. Einer vertieften Prüfung bedarf es aber nur, wenn konkrete Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten bestehen. Eine generell verschriftlichte Plausibilitätsfeststellung sei also nicht erforderlich [Rn. 42].

Bemerkenswert sind außerdem die gerichtlichen Andeutungen, dass die Sanktionierung vertraglicher Zusagen Indiz für deren Plausibilität sein kann [vgl. Rn. 79; Rn. 84]. Dies ist sachgerecht.

Während das OLG Schleswig die Auffassung vertritt, dass es für die Plausibilität von Netzentgeltprognosen nicht relevant sei, ob die Prognose später auch zutrifft,[9] scheint dies aus Sicht des OLG Celle eine bedenkenswerte Erwägung darzustellen [Rn. 160]. Eine solche ex post-Betrachtung ist allerdings der konzessionsgebenden Gemeinde zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung naturgemäß nicht möglich.

6. Vertragsstrafendeckel

Da die konzessionsgebende Gemeinde häufig keinen unmittelbaren Schaden beziffern kann, wenn konzessionsvertragliche Zusagen nicht eingehalten werden, ist vermehrt die Tendenz wahrzunehmen, vertragliche Zusagen mit Vertragsstrafen abzusichern. Um die Vertragsstrafen in kalkulierbarem Rahmen zu halten, werden gelegentlich Höchstgrenzen („Vertragsstrafendeckel") für die Summe aller zugesagten Vertragsstrafen zugesagt. Fraglich war in dem vorliegenden Fall, ob solche Deckelungen bei jedem Kriterium zu bewerten sind, deren Zusagen dem „Vertragsstrafendeckel" unterfallen. Dies hat das OLG ausdrücklich bejaht [Rn. 62].

8 Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil v. 28.08.2019 – 6 U 109/18 Kart –, juris Rn. 152 ff.

9 Vgl. OLG Schleswig, Urteil v. 18.05.2020 – 16 U 66/19 Kart –, juris Rn. 275.

7. Grundsätzlich keine Anwendung der KAV auf Vertragsstrafen

Ein häufiger Streitpunkt bei der Angebotswertung ist die Frage, inwiefern vertragliche Zusagen dem Nebenleistungsverbot des § 3 Konzessionsabgabeverordnung (KAV) unterfallen. Hierzu existiert mittlerweile eine umfangreiche Einzelfallrechtsprechung. Das OLG Celle weist zunächst darauf hin, dass z. B. die Verpflichtung zur Erdverkabelung keine Finanz- oder Sachleistung an die Gemeinde i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV darstelle. Praxisrelevanter ist die Feststellung, dass Vertragsstrafen, mit denen Zusagen im Angebot bewehrt werden, grundsätzlich nicht als unzulässige Finanzleistung einzuordnen seien [Rn. 58]. Abzustellen sei bei der Frage der Zulässigkeit allein auf die Leistung, die mit der Vertragsstrafe abgesichert werden soll. Dies, obwohl es durch die ggf. ausgelöste Vertragsstrafe zu einer Vermögensmehrung bei der konzessionsgebenden Gemeinde kommen könne. Eine Vertragsstrafe ziele typischerweise nicht auf die Vermögensmehrung ab. Zweifel an der konzessionsabgabenrechtlichen Zulässigkeit von Vertragsstrafen könnten allenfalls dann bestehen, wenn

- die Gemeinde kein Interesse an der Erfüllung der zu sichernden Verpflichtung habe,
- eine sehr hohe Eintrittswahrscheinlichkeit bestehe oder
- die angebotene Sanktion außer Verhältnis zu dem zu ahndenden Verstoß stehe.

Ob die zugesicherte Vertragsstrafe auch verhältnismäßig ist, ist damit Frage des Einzelfalls. Der Idee, sie ins Verhältnis zum Konzessionsabgabenaufkommen zu setzen, wobei ein bestimmter Prozentsatz des jährlichen Konzessionsabgabeaufkommens nicht überschritten werden dürfte, folgte das OLG Celle nicht [Rn. 60].

8. Fazit

Die Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit und Plausibilität gemeindlicher Auswahlentscheidungen sind angesichts der neueren Rechtsprechung stetig gestiegen. Wurde 2016 vom OLG Celle ein 62-seitiger Auswertungsvermerk noch als „ausführlich" bezeichnet,[10] werden heute nicht selten mehr als 200 Seiten geschrieben. Auch der Aufwand auf Seiten beteiligter Unternehmen steigt enorm. Dabei war es doch erklärtes Ziel der gesetzlichen Novellierung von §§ 46 ff. EnWG, die Rechtssicherheit bei der Durchführung von Konzessionsverfahren zu stärken.[11] Die Vielzahl der gerichtlichen Auseinandersetzungen zeigt, dass dieses Ziel nicht erreicht wurde.

Verschärft wird das Problem durch den Umstand, dass in den als einstweilige Verfügungsverfahren angelegten Rechtsschutzmöglichkeiten keine Divergenzvorlage stattfindet. Somit sind Kommunen darauf angewiesen, die Rechtsprechung des jeweils zuständigen OLG zu verfolgen und daraus Rückschlüsse auf die von ihnen durchzuführenden Verfahren zu ziehen. Das vorliegende Urteil beseitigt zumindest für den niedersächsischen Raum einige der offenen Streitpunkte und ist daher zu begrüßen. Ob die Zahl der häufig wirtschaftlich motivierten Streitigkeiten um die gemeindliche Auswahlentscheidung allerdings dadurch sinkt, darf bezweifelt werden.

10 Vgl. OLG Celle, Urteil v. 17.03.2016 – 13 U 141/15 (Kart) –, juris Rn. 138.

11 Vgl. BT- DRS 18/8184, S. 1.