

**Gericht:** OLG Düsseldorf 2. Kartellsenat  
**Entscheidungsdatum:** 21.06.2023  
**Aktenzeichen:** 2 U 1/22 (Kart)  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2023:0621.2U1.22KART.00  
**Dokumenttyp:** Urteil  
**Quelle:**   
**Zitiervorschlag:** OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Juni 2023 – 2 U 1/22 (Kart) –, juris

### Tenor

I. Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 28. April 2022 verkündete Urteil der 14d. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf (14d O 7/21) abgeändert.

II. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, letztere zu vollziehen am gesetzlichen Vertreter, untersagt,

1. mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht der mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rüge 4 abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung unter Ausschluss der X. getroffen hat;

2. mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht der mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rüge 4 abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung unter Ausschluss der X. getroffen hat.

III. Die Anschlussberufung der Antragsgegnerin ist gegenstandslos.

IV. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten der Streithelferin zu tragen. Die Streithelferin trägt ihre notwendigen Auslagen selbst.

### Gründe

#### I.

- 1 Die Antragsgegnerin machte am ... über den Bundesanzeiger das Auslaufen des Strom- und des Gaskonzessionsvertrags für ihr Stadtgebiet mit der Antragstellerin zum 31. Dezember 2021 bekannt und forderte qualifizierte Unternehmen zur Interessenbekundung auf. Dabei teilte sie mit, dass sie den Abschluss einer energiewirtschaftlichen Kooperation erwäge, falls der im Rahmen des einstufigen Verfahrens ebenfalls auszuwählende Kooperationspartner das auf der Grundlage der für das Konzessionsverfahren festgelegten Auswahlkriterien beste Angebot abgebe.

- 2 Neben der Antragstellerin bekundete auch die Streithelferin ihr Interesse an den zu vergebenden Konzessionen und der energiewirtschaftlichen Kooperation. Die Streithelferin ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der G.. Mehrheitsgesellschafterin der G. ist mit einem Gesellschaftsanteil von 70 Prozent die T., deren Alleingesellschafterin wiederum die T. ist. Minderheitengesellschafterinnen mit Anteilen von jeweils 15 Prozent sind die F., deren Mehrheitsgesellschafterin mittelbar über die F 1. die Stadt N ist, und die E., deren Mehrheitsaktionärin mittelbar über die E.1 die Stadt E. ist.
- 3 Die Antragsgegnerin übersandte der Antragstellerin und der Streithelferin den 1. Verfahrensleitbrief vom 17. September 2019 in beiden Konzessionsvergabeverfahren mit dem Kriterienkatalog, dessen Ausgestaltung Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens 14d O 14/19 vor dem Landgericht Düsseldorf war, das zur Anpassung des Kriteriums "Reaktionszeiten" führte. Dort wird gleichlautend für die Konzessionsvergaben Strom und Gas in Bezug auf die Eignung der Bieter unter anderem ausgeführt:
- 4 " Zur Erfüllung der Eignungskriterien darf der Bieter Kapazitäten anderer Unternehmen einbeziehen ("Eignungsleihe"). In diesem Fall ist zusätzlich zu den betreffenden Eignungsnachweisen der jeweiligen Unternehmen mit Einreichung des indikativen Angebotes darzulegen und nachzuweisen, dass die Einbeziehung der betreffenden Kapazitäten im Rahmen der Leistungserbringung sichergestellt ist. (...)"
- 5 Die Eignungskriterien legen unternehmensbezogene Anforderungen fest, die seitens des Bieters zwingend erfüllt und nachgewiesen werden müssen. Sofern die Eignung nicht spätestens mit Einreichung des verbindlichen Angebotes nachgewiesen ist, wird der Bieter vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. (...)"
- 6 Außer der Streithelferin gab auch die Antragstellerin fristgemäß am 3. Juli 2020 indikative Angebote für beide Konzessionen sowie fakultative Kooperationsvorschläge ab. In der Folgezeit fanden Bietergespräche statt. Dabei waren Gegenstand jedenfalls beider mit der Antragstellerin geführter Bietergespräche sowohl deren Konzessionsangebote als auch deren Kooperationsvorschläge. Der Personenkreis der Verhandler war identisch, eine personelle Trennung in Bezug auf Verhandlungen über die Konzessionsangebote und die Kooperationsvorschläge fand auf Seiten der Antragsgegnerin nicht statt.
- 7 Mit 3. Verfahrensleitbrief vom 30. Oktober 2020 wurden die Antragstellerin und die Streithelferin zur Abgabe verbindlicher Konzessionsangebote für Strom und Gas bis zum 23. November 2020 12.00 Uhr und zeitgleich zur Abgabe finaler Kooperationsangebote aufgefordert. Dabei sollten die Kooperationsangebote von einem Notar entgegengenommen werden und bei diesem in einem verschlossenen Umschlag verbleiben. Die Antragstellerin reichte fristgerecht finale Konzessionsangebote bei der Antragsgegnerin und nach ihrem eigenen Vortrag am 20. November 2020 finale Kooperationsangebote bei dem Notar ein.
- 8 Auch die Streithelferin reichte finale Konzessionsangebote ein. Ob beim Notar finale Kooperationsangebote liegen und ob die Antragsgegnerin darum weiß, ist streitig. Da die Streithelferin bisher weder Strom- noch Gasnetze betreibt, sieht ihr Konzept einen Netzbetrieb durch die S.im Rahmen mit dieser im Falle der Zuschlagserteilung zu schließenden Netzpachtverträge vor. Sie hat zwei gleichlautende Verpflichtungserklärungen der S. bezüglich ihrer Angebote zum Abschluss des Strom- und des Gaskonzessionsvertrages vorgelegt. Danach verpflichtet sich die S. Dienstleistungen für die Netzbetriebsauf-

gaben gegenüber der Streithelferin zu erbringen, sämtliche Aufgaben als Netzbetreiber zu erfüllen und an der Ausgestaltung des Netzpachtvertrags als echter Vertrag zugunsten Dritter mitzuwirken. Die als Anlagen ASt 56 und ASt 58 vorgelegten Verpflichtungserklärungen, auf die wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, lauten auszugswise wie folgt:

- 9 " Die S.("S.") verpflichtet sich rechtsverbindlich gegenüber der X.("X") im Fall der Konzessionierung (...) Dienstleistungen für die Netzbetriebsaufgaben, wie im Rahmen eines künftig zu schließenden Konzessionsvertrags zwischen der Stadt I. und der X. geregelt, gegenüber der X. zu erbringen und die hierfür notwendigen Mittel der X. zur Verfügung zu stellen. (...)
- 10 Die S. ist verpflichtet, sämtliche Aufgaben als Netzbetreiber nach Maßgabe des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und weiterer einschlägiger gesetzlicher und untergesetzlicher Vorschriften sowie als Pächterin auf Grundlage eines zwischen der X. und der S. noch zu schließenden Netzpachtvertrags, der die vertraglichen Regelungen des Konzessionsvertrags zwischen der Stadt I. und der X. (...) in angemessener und den Interessen der Stadt I. Rechnung tragender Weise berücksichtigt, zu erfüllen.
- 11 Die S. wird (...) sicherstellen, dass die Rechte und Pflichten aus dem Konzessionsvertrag einschließlich etwaiger besonderer Anforderungen an die Durchführung des Netzbetriebes von der X. vollumfänglich gegenüber der S. durchgesetzt werden können. (...)
- 12 Auf Wunsch der Stadt I. wird die S. darüber hinaus darauf hinwirken, dass der oben genannte Netzpachtvertrag zwischen ihr und der X. ausdrücklich als echter Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet wird, so dass die Stadt I. dadurch neben der X. als Verpächterin ausdrücklich berechtigt wird, von der S. unmittelbar mit oder ohne Beteiligung der X. die Erfüllung sämtlicher vertraglichen Pflichten der S. zu verlangen."
- 13 Mit Informationsschreiben vom 21. April 2021 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin, dass aufgrund des Stadtratsbeschlusses vom 14. April 2021 die Streithelferin den Zuschlag erhalten soll, da deren Angebot im Stromkonzessionsverfahren 679 Punkte erreicht habe, das der Antragstellerin hingegen nur 638, und im Gaskonzessionsverfahren 676 Punkte, das der Antragstellerin nur 614 Punkte. Es sei beabsichtigt, in die Konzessionsverträge mit der Streithelferin die S. als Unterauftragnehmerin einzubeziehen.
- 14 Mit Schreiben vom 26. April 2021 beantragte die Antragstellerin Akteneinsicht, woraufhin sie Zugang zu einem virtuellen Datenraum mit teilgeschwärzten Auszügen aus den Angeboten der Streithelferin für die Strom- und die Gaskonzession und den ebenfalls teilgeschwärzten Auswertungsgutachten für die Strom- und die Gaskonzession erhielt, wobei die Antragsgegnerin die Schwärzungen mit dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen begründete.
- 15 Mit Anwaltsschreiben vom 18. Juni 2021 rügte die Antragstellerin die Akteneinsicht als aufgrund der Schwärzung wesentlicher Teile unzureichend, worin eine unbillige Behinderung liege. Der Vermerk über die Auswahlentscheidung sei vollständig offenzulegen, um eine Überprüfung zu ermöglichen. Die rechtlichen Anforderungen an eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts des unterlegenen Bieters seien hoch, im Regelfall habe das Geheimhaltungsinteresse des obsiegenden Bieters zurückzutreten (Rüge 1). Zudem seien ihr keinerlei Unterlagen betreffend die Auswahl des Kooperationspartners offenge-

legt worden, ihr müsse die Möglichkeit zur Überprüfung gegeben werden, ob die Zusage, dass es keinen unmittelbaren Zusammenhang der beiden Verfahren gebe und etwaige Kooperationsvorschläge keinerlei Berücksichtigung bei der Auswertung gefunden hätten, eingehalten worden sei (Rüge 2). Intransparent sei auch die Eignungsprüfung. Ihr lägen keinerlei Eignungsunterlagen der Streithelferin vor, was insbesondere aufgrund der speziellen Bewerberkonstellation mit der S. als Unterauftragnehmerin besonders relevant sei (Rüge 4). Desweiteren habe die Antragsgegnerin gegen das Neutralitätsgebot verstoßen, indem sie die Auswahl des Konzessionärs mit der Abfrage von Kooperationsangeboten verknüpft habe (Rüge 6). Zudem drohe mit der Annahme des Kooperationsangebots des obsiegenden Bieters ein unzulässiger Bieterwechsel (Rüge 7). Auch müsse bei der Auswertung berücksichtigt werden, wer im Verhältnis der Streithelferin und der S. für die Einhaltung des jeweiligen Konzepts und der jeweiligen Zusage verantwortlich sei (Rüge 9). Im Übrigen sei eine Vielzahl von Einzelwertungen fehlerhaft. Wegen der weiteren Einzelheiten und der insgesamt 64 Rügen wird auf die die Strom- und die Gaskonzession betreffenden Schreiben Bezug genommen (Anlagen ASt 49 und ASt 51).

- 16 Die Antragsgegnerin wies die Rügen mit Schreiben vom 12. Juli 2021 zurück, das Akteneinsichtsrecht werde durch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der anderen Bieter beschränkt, zu deren Wahrung sie verpflichtet sei. Die Auswahl des Kooperationspartners erfolge strikt getrennt. Sie wisse bislang nicht einmal, ob überhaupt ein Kooperationsangebot eingereicht worden sei. Der erhobenen Rüge 4 half die Antragsgegnerin ab, indem sie der Antragstellerin die von der Streithelferin zum Eignungsnachweis vorgelegten Unterlagen übermittelte, darunter die vorstehend auszugsweise wiedergegebenen Verpflichtungserklärungen der S. GmbH.
- 17 Die Antragstellerin hat daraufhin am 26. Juli 2021 den vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht, zu dessen Begründung sie ihre Rügen 1, 2, 4, 6, 7 und 9 bis 64 wiederholt und vertieft hat. Die Auswahlentscheidung sei schon deswegen rechtsfehlerhaft, weil keine genügende Eignungsprüfung durchgeführt worden sei. Aus den nunmehr übermittelten Unterlagen zur Eignung der Streithelferin ergebe sich, dass diese mangels nachgewiesener Eignung aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müsse. Aus der Verpflichtungserklärung der S. folge, dass diese sämtliche Aufgaben als Netzbetreiber nach Maßgabe des Energiewirtschaftsgesetzes, weiterer einschlägiger gesetzlicher und untergesetzlicher Vorschriften sowie des noch zu schließenden Netzpachtvertrags zu erfüllen habe. Dieser Pacht- und Dienstleistungsvertrag bestehe noch nicht; für die Bewertung der Eignung der Streithelferin seien dessen konkrete Festlegungen aber unerlässlich. Zudem hat sie zur Rüge 6 vorgetragen, in dem der Abgabe finaler Angebote vorangegangenen Bietergesprächen sei es schwerpunktmäßig um ihren Kooperationsvorschlag und weniger um ihre indikativen Konzessionsangebote gegangen.
- 18 Mit Beschluss vom 26. Juli 2021 hat das Landgericht der Antragsgegnerin den Abschluss von Wegenutzungsverträgen für Strom und Gas im Konzessionsgebiet vorläufig bis zur instanzabschließenden Entscheidung untersagt.
- 19 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 20 der Antragsgegnerin unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,
- 21 1. mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht sämtli-

chen, mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rügen abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung getroffen hat,

- 22 2. mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ...  
ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes der all-  
gemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht sämtlichen,  
mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift  
weiterverfolgten Rügen abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung getroffen hat,
- 23 Die Antragsgegnerin und ihre Streithelferin hatten beantragt,
- 24 die Anträge der Antragstellerin unter Aufhebung der Zwischenverfügung vom 26. Juli  
2021 zurückzuweisen.
- 25 Das Landgericht hat der Antragsgegnerin mit Urteil vom 28. April 2022 unter Zurückwei-  
sung des weitergehenden Antrags den Abschluss der ausgeschriebenen Wegenutzungs-  
verträge zum Betrieb des Gas- und zum Betrieb des Stromversorgungsnetzes bei Mei-  
dung vor Ordnungsmitteln untersagt. Zur Begründung hat es ausgeführt, zwar sei die  
Rüge der Intransparenz der Auswahlentscheidung wegen unzureichender Akteneinsicht  
unbegründet, weil eine unzureichende Akteneinsicht keine Rechtsverletzung im Sinne  
von § 47 Abs. 2 EnWG darstelle, da die Akteneinsicht der Vorbereitung von Rügen die-  
ne. Allerdings sei das Akteneinsichtsrecht der Antragstellerin nach § 47 Abs. 3 EnWG ver-  
letzt; hierin liege ein Verstoß gegen das Transparenzgebot, der eine unbillige Behinde-  
rung begründe. Die Antragsgegnerin habe den Umfang des Akteneinsichtsanspruchs  
grundsätzlich verkannt. Ausweislich der Entscheidung "Gasnetz Rösrath" des Bundesge-  
richtshofs sei dem unterlegenen Bieter grundsätzlich eine ungeschwärzte und vollstän-  
dige Kopie des Auswertungsvermerks zu überlassen. Dies sei nicht geschehen, eine ein-  
gehende und tragfähige Begründung zur ausnahmsweisen Notwendigkeit jeder einzel-  
nen Schwärzung sei nicht erfolgt. Ein darüberhinausgehendes Akteneinsichtsrecht be-  
stehe allerdings derzeit nicht, denn es erfordere Vortrag der Antragstellerin dazu, wes-  
halb der vollständige Auswertungsvermerk nicht ausreiche. Ein Anspruch auf Einsicht in  
die Akte des Kooperationsverfahrens sei nicht gegeben, da dies organisatorisch getrennt  
vom Konzessionsvergabeverfahren laufe. Konkrete Anhaltspunkte für eine Beeinflussung  
trage die Antragstellerin nicht vor. Auch die Rüge einer fehlerhaften Eignungsprüfung  
der Streithelferin sei unbegründet, diese könne sich auf die Eignung der S. stützen. Die  
Grundsätze der sogenannten Eignungslleihe seien im Interesse eines möglichst umfas-  
senden Wettbewerbs auf das Konzessionsvergabeverfahren zu übertragen. Die Rüge ei-  
ner Verletzung des Neutralitätsgebots durch eine Verknüpfung der Konzessions- und der  
Kooperationsverfahren sei bereits unzulässig, weil dies nicht erfolgreich innerhalb von  
14 Tagen nach Bekanntmachung gerügt worden sei. Sie sei aber auch unbegründet, weil  
die Verfahren getrennt liefen und der Notar eidesstaatlich bestätigt habe, die Antrags-  
gegnerin nicht vor Abschluss des Konzessionsverfahrens über die Kooperationsangebo-  
te informiert zu haben. Die Rüge eines Austauschs des Vertragspartners sei ebenfalls un-  
begründet, weil die beabsichtigte Kooperation keinen Einfluss auf ihre Stellung als Ver-  
tragspartnerin des Konzessionsvertrags habe. Die Einzelheiten des Pachtvertrags müss-  
ten auch nicht feststehen oder in die Bewertung einfließen. Eine Vorhaltung von Mitar-  
beitern und Ausstattung vor Vergabe sei unzumutbar. Die weiteren, die Einzelwertungen  
betreffenden Rügen 10 bis 64 seien nur unter dem Gesichtspunkt unzureichender Ak-  
teneinsicht und der daraus folgenden Intransparenz der Auswahlentscheidung begrün-

det. Es handele sich um potenzielle Rechtsverstöße, deren Begründetheit ohne vollständige Kenntnis des Auswertungsvermerks nicht bewertet werden könne.

- 26 Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Berufung, soweit ihr Antrag zurückgewiesen worden ist. Eine unzureichende Akteneinsicht sei nicht unter dem Gesichtspunkt des Fehlens einer Nachvollziehbarkeit der Auswahlentscheidung rügefähig, sondern stelle eine isoliert rügefähige Rechtsverletzung dar. Zudem habe das Landgericht die Reichweite ihres Akteneinsichtsrechts verkannt, das sich nicht auf den Auswertungsvermerk beschränke. Die aus dem allgemeinen Transparenzgebot abgeleitete Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs in "Gasnetz Rösrath" sei auf den neugeschaffenen § 47 Abs. 3 EnWG nicht zu übertragen. Danach bestehe ein Anspruch auf Einsicht in die Akten, wozu sämtliche Aktenbestandteile gehörten. Nur dann könne der unterlegene Bieter die Auswahlentscheidung umfassend und effektiv prüfen. Dabei erstrecke sich der Akteneinsichtsanspruch aus § 47 Abs. 3 EnWG vorliegend auch auf das Kooperationsverfahren, weil dieses gerade nicht vollständig von dem Konzessionsverfahren getrennt durchgeführt worden sei. So seien die Angebote parallel erarbeitet und abgegeben worden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe die Streithelferin den Nachweis ihrer Eignung mit den vorgelegten Verpflichtungserklärungen der S. nicht geführt, da sie sich nicht freihändig eine Eignungsleihgeberin suchen, sondern diesen Auftrag aufgrund ihrer mehrheitlich kommunalen Anteilseignerstruktur als Sektorenauftraggeberin vergeben müsse. Beschaffungsgegenstand seien die im angestrebten Pacht- und Dienstleistungsvertrag mitumfassten Netzbetriebsleistungen. Der Netzbetrieb solle vollständig von der S. übernommen werden. Der sich nach dem 48-fachen Monatswert bestimmende Schwellenwert sei bei Weitem überschritten, denn ihre für die 3. Regulierungsperiode genehmigten operativen Kosten hätten 1.859.419 Euro (Strom) beziehungsweise 1.036.779 Euro (Gas) betragen. Auch mit ihrer Rüge eines Verstoßes gegen die Neutralitätspflicht sei sie nicht präkludiert, da sie nicht die Verfahrensgestaltung, sondern die Nichtumsetzung der festgelegten Trennung der Verfahren beanstandete. Wirtschaftliche Überlegungen in Bezug auf gesellschaftsrechtliche Beteiligungen dürften Konzessionsvergabeentscheidung nicht beeinflussen, was eine strikte organisatorische und personelle Trennung von Konzessions- und Kooperationsverfahren erfordert hätte. Mit dem Abschluss des Kooperationsvertrags gehe zudem ein Austausch des Vertragspartners einher. Hinsichtlich ihrer Rüge einer mangelnden Berücksichtigung der konkreten Bewerbersituation gehe es um eine Prüfung der Plausibilität des Angebots. Preisgünstigkeit und Versorgungssicherheit könnten aber nicht losgelöst von den Verhältnissen bei der tatsächlichen Netzbetreiberin und damit im Falle der Streithelferin unabhängig von den Bedingungen des Unterauftrags beurteilt werden. Ihre Rügen zu 10 bis 64 seien auch nicht im Hinblick auf die mangelnde Transparenz, sondern auch inhaltlich begründet. Soweit wegen der teilweisen Schwärzung des Auswertungsvermerks der zu prüfende Sachverhalt nicht vollständig bekannt sei, habe das Landgericht die die Antragsgegnerin insoweit treffende sekundäre Darlegungslast verkannt.
- 27 Die Antragstellerin hat ursprünglich beantragt,
- 28 das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 28. April 2022 (Az. 14d O 7/21) aufzuheben, soweit das Landgericht ihre Verfügungsanträge hinsichtlich der Rügen 1), 2), 4), 6), 7), 9) und 10) bis 64) (Strom) beziehungsweise der Rügen 1), 2), 4), 6), 7), 9) und 10) bis 62) (Gas) zurückgewiesen hat und
- 29 1. der Antragsgegnerin zu untersagen, mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb

- des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht sämtlichen, mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rügen abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung getroffen hat,
- 30 2. der Antragsgegnerin zu untersagen, mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht sämtlichen, mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rügen abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung getroffen hat,
- 31 3. der Antragsgegnerin für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehenden Verpflichtungen ein Ordnungsgeld bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen, wobei die Ordnungshaft am gesetzlichen Vertreter der Antragsgegnerin zu vollziehen ist.
- 32 Mit Schriftsatz vom 24. April 2023 hat die Antragstellerin ihr auf die Rüge 4 (mangelnder Eignungsnachweis der Streithelferin) gestütztes Unterlassungsbegehren vorangestellt, während sie ihr Unterlassungsbegehren im Übrigen nur noch hilfsweise weiterverfolgt.
- 33 Die Antragstellerin beantragt nunmehr,
- 34 das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 28. April 2022 (Az. 14d O 7/21) aufzuheben, soweit das Landgericht ihre Verfügungsanträge hinsichtlich der Rügen 1), 2), 4), 6), 7), 9) und 10) bis 64) (Strom) beziehungsweise der Rügen 1), 2), 4), 6), 7), 9) und 10) bis 62) (Gas) zurückgewiesen hat und folgende einstweilige Verfügung zu erlassen:
- 35 1. Der Antragsgegnerin wird es im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht der mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rüge 4 abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung unter Ausschluss der X. getroffen hat.
- 36 2. Hilfsweise wird es der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Stromversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht sämtlichen, mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rügen abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung getroffen hat.
- 37 3. Der Antragsgegnerin wird es im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht der mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rüge 4 abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung unter Ausschluss der X. getroffen hat.

- 38 4. Hilfsweise wird es der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, mit der X. oder einem anderen Unternehmen den von ihr im Bundesanzeiger vom ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrag zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. abzuschließen, bevor sie nicht sämtlichen, mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Juni 2021 erhobenen und in der Antragschrift weiterverfolgten Rügen abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung getroffen hat.
- 39 5. Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorstehenden Verpflichtungen ein Ordnungsgeld bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht, wobei die Ordnungshaft am gesetzlichen Vertreter der Antragsgegnerin zu vollziehen ist.
- 40 Die Antragsgegnerin und ihre Streithelferin beantragen,
- 41 1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,
- 42 2. im Wege der Anschlussberufung, das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 28. April 2022 (Az. 14d O 7/21) abzuändern, soweit das Landgericht erkannt hat, dass
- 43 i. die Antragsgegnerin das Akteneinsichtsrecht der Antragstellerin aus § 47 Abs. 3 EnWG verletzt und damit gegen die Grundsätze der transparenten und diskriminierungsfreien Führung des Auswahlverfahrens zum Nachteil der Antragstellerin verstoßen hat;
- 44 ii. die Antragsgegnerin den Umfang des Einsichtsanspruchs der Antragstellerin grundsätzlich verkannt hat;
- 45 iii. die Antragsgegnerin die Antragstellerin durch die unvollständige Erfüllung des Anspruchs aus § 47 Abs. 3 EnWG grundsätzlich unbillig behindert hat;
- 46 iv. die Auswahlentscheidung unwirksam ist;
- 47 v. die Antragsgegnerin die Schwärzungen auch in konkretem Zusammenhang mit den einzelnen Auswertungskriterien nicht ausreichend begründet hat;
- 48 vi. eine mögliche fehlerhafte Bewertung der Antragsgegnerin ohne vollständige Kenntnis des Auswertungsvermerks nicht im Sinne des § 47 Abs. 2 S. 3 EnWG in vollem Umfang aus der Mitteilung der Auswahlentscheidung erkennbar ist;
- 49 3. die im Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 28. April 2022 (Az: 14d O 7/21) im Urteilstenor (dort Ziffern: I. 1., I. 2. und II.) ausgesprochene einstweilige Verfügung aufzuheben;
- 50 4. den Beschluss des Landgerichts Düsseldorf vom 26. Juli 2021 (Az: 14d O 7/21; Zwischenverfügung) aufzuheben.
- 51 Die Antragstellerin beantragt,
- 52 die Anschlussberufung zurückzuweisen.
- 53 Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil, soweit das Landgericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen hat. Eine unzureichende Akteneinsicht könne nicht im Sinne eines generellen Transparenzverstößes gerügt wer-

den. Das Akteneinsichtsrecht diene zur Vorbereitung der Rüge nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG und sei daher dem Rügeverfahren vorgelagert. Eine Intransparenz wegen unzureichender Akteneinsicht hinsichtlich des Kooperationsverfahrens scheidet schon deswegen aus, weil diese Akten nicht die des Konzessionsverfahrens seien. Auch eine unzureichende Eignungsprüfung, für die die Antragstellerin darlegungs- und beweisbelastet sei, sei nicht gegeben. Der neue Vortrag zu einer etwaigen Ausschreibungspflicht sei gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht zuzulassen. Es sei aber auch keine Ausschreibungspflicht gegeben. Die S. erbringe die operativen Tätigkeiten nicht für die Streithelferin, sondern für sich selbst zur Erfüllung ihrer eigenen Netzbetreiberaufgaben. Zumindest aber sei eine solche Ausschreibungspflicht im Rahmen der Eignungsleihe von ihr nicht zu überprüfen. Für sie habe keine Veranlassung bestanden, an der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der Erklärung der Unterauftragnehmerin zu zweifeln. Letztendlich sei aber auch der Verpflichtungserklärung als Minus zur tatsächlichen Leistung die Verpflichtung zur Beteiligung an der Ausschreibung zu entnehmen, so dass kein Risiko bestünde, dass der ausgeschriebene Pachtvertrag hinter den Inhalten der Verpflichtungserklärung zurückbleibe. Eine vorherige Ausschreibungspflicht sei der Streithelferin auch nicht zumutbar und im Rahmen der Angebotsfristen auch gar nicht umsetzbar. Die Behauptung eines Verstoßes gegen die Neutralitätspflicht erfolge "ins Blaue hinein". Eine Konkurrenzsituation zwischen der mit einer Eigengesellschaft am Wettbewerb teilnehmenden Gemeinde und den übrigen Bietern sei vorliegend nicht gegeben. Es drohe auch kein Austausch des Vertragspartners. Die konkrete Bewerberkonstellation der Streithelferin sei angemessen berücksichtigt. Eine Festlegung sämtlicher bezüglich der Eignungsleihe erforderlichen Vertragsverhältnisse könne von Newcomern nicht verlangt werden.

- 54 Zu Unrecht habe das Landgericht allerdings einen generellen Transparenzverstoß und eine unbillige Behinderung der Antragstellerin unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO festgestellt. Der Umfang des Akteneinsichtsrechts sei nicht isoliert rügefähig. Die Antragstellerin habe ihre Anträge ausschließlich im Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG angestrengt. Über die gegenständlichen Rügen hinausgehende Feststellungen seien daher nicht umfasst. Die prozessuale Beschränkung auf das Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG hindere die von den Rügen losgelöste Feststellung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Das Landgericht habe allerdings auch Akteneinsicht zu Unrecht für unzureichend erachtet. Zum einen habe sie alle erforderlichen Informationen bereits mit den Bieterinformationsschreiben übermittelt. Zum anderen sei die von ihr vorgenommene Abwägung zwischen dem Interesse des obsiegenden Bieters an der Wahrung seiner Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen und denen des unterlegenen Bieters nicht zu beanstanden. Soweit das Landgericht einen Transparenzverstoß bezüglich der Rügen 10 bis 64 festgestellt habe, fehle es an den erforderlichen Ausführungen zu den einzelnen Rügen.
- 55 Mit nachterminlichem Schriftsatz vom 10. Mai 2023 ist die Antragsgegnerin den neuen Hauptanträgen der Antragstellerin entgegengetreten. Diese könnten schon deswegen keinen Erfolg haben, weil die Antragstellerin kein einklagbares subjektives Recht auf Ausschluss der Angebote der Streithelferin habe. Das kartellrechtliche Behinderungsverbot sei auf Unterlassung des Vertragsschlusses oder Feststellung der Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages gerichtet. Jedenfalls aber laufe eine Verpflichtung zum Ausschluss mit der Folge einer faktischen Kontrahierungspflicht mit der Antragstellerin als dann einziger verbliebener Bieterin auf eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache hinaus. Dabei werde auch der Rechtsschutz der Streithelferin unangemessen beeinträchtigt, weil

diese sich wegen der Interventionswirkung nach § 68 ZPO nicht effektiv gegen ihren Ausschluss wehren könne.

- 56 Die Streithelferin hat mit nachterminlichen Schriftsätzen vom 15. Mai und 20. Juni 2023 die Auffassung vertreten, Konsequenz der Annahme einer Ausschreibungspflicht könne nicht die faktische Verpflichtung zum Abschluss mit der Bestandskonzessionären sein, durch die Wettbewerb ums Netz gerade verhindert werde. Die verfahrensleitende Antragsgegnerin müsse das Ermessen haben, das Verfahren wegen unklarer Vergabeunterlagen zurückzusetzen.

## II.

- 57 Die zulässige Berufung der Antragstellerin, über die das Oberlandesgericht Düsseldorf nach §§ 93, 92 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 Kartellsachen-Konzentrationsverordnung zu befinden hat, hat in der Sache Erfolg. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist bereits mit seinen nunmehr gestellten Hauptanträgen zulässig und begründet.
- 58 1. Der auf Untersagung des Abschlusses der am ... ausgeschriebenen Wegenutzungsverträge zum Betrieb des Strom- und des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung, bevor die Antragsgegnerin nicht Rüge 4 abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung unter Ausschluss der Streithelferin getroffen hat, gerichtete Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig.
- 59 a) Der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO erforderliche Verfügungsgrund ist gegeben. Abgesehen davon, dass bei der Geltendmachung der gerügten Rechtsverletzungen nach § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG ein Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht zu werden braucht, droht der Antragstellerin ohne die erstrebte einstweilige Verfügung ein endgültiger Rechtsverlust, da die Antragsgegnerin ihre Absicht, mit der Streithelferin Wegenutzungsverträge über den Betrieb eines Stromverteilernetzes und eines Gasverteilernetzes der allgemeinen Versorgung für ihr Stadtgebiet abzuschließen, mit Schreiben vom 21. April 2021 angekündigt hat.
- 60 b) Es handelt sich nicht um eine die Hauptsacheentscheidung vorwegnehmende Leistungsverfügung, die nach dem Sinn und Zweck des Eilverfahrens grundsätzlich nicht zuzulassen ist und nur angenommen werden kann, wenn die Realisierung des Hauptanspruchs für den Gläubiger von existenzieller Bedeutung ist (OLG Hamburg, Beschluss vom 16. November 2018, 12 W 6/18, BeckRS 2018, 37434 Rn. 17; Musielak/Voit/Huber, 18. Aufl. 2021, ZPO § 940 Rn. 18; Zöller-Vollkommer, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 940 Rn. 6, 8.3), weshalb ihre Ablehnung zu einer Rechtsverweigerung führen würde (OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. März 2004, VI-U (Kart) 35/03, MMR 2004, 618, 619; OLG München, Endurteil vom 20. Juni 2018, 7 U 1079/18, BeckRS 2018, 13312 Rn. 30). Mit den Hauptanträgen wird der Antragsgegnerin nur der Abschluss der Wegenutzungsverträge für das Strom- beziehungsweise das Gasversorgungsnetz untersagt. Die Antragsgegnerin genügt dem Titel folglich schon dadurch, dass sie schlicht nicht handelt. Es handelt sich somit um eine reine Unterlassungsverpflichtung.
- 61 Die nachfolgende Formulierung "bevor sie nicht der (...) Rüge 4 abgeholfen und eine neue Auswahlentscheidung unter Ausschluss der X. getroffen hat" stellt nur eine Inhaltsbegrenzung der begehrten Unterlassungsverpflichtung dar. Eine vollstreckbare Verpflichtung auf Ausschluss des Angebots der Streithelferin oder Treffen einer neuen Auswahlentscheidung wird hierdurch nicht begründet. Mehr als das reine Nichthandeln der An-

tragsgegnerin kann die Antragstellerin auf der Grundlage des vorliegend erstrebten Titels nicht durchsetzen.

- 62 Daran ändert auch der Umstand nichts, dass wegen der durch die Regelungen des § 46 Abs. 1 bis 4 und Abs. 6 EnWG begründeten gesetzlichen Pflicht, den Wettbewerb um das Netz in der gebotenen Weise jedenfalls alle 20 Jahre rechtzeitig zu eröffnen und nach ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens eine Vergabeentscheidung zu treffen, die konzessionsvergebende Gemeinde anders als im Vergaberecht weder ihre Vergabeabsicht schlicht aufgeben noch beliebig hinauszuschieben kann, weil die Bewerber ein subjektives Recht darauf haben, dass die Gemeinde nach ordnungsgemäßer und fehlerfreier Durchführung des Verfahrens auch tatsächlich eine Vergabeentscheidung trifft (BGH, Urteil vom 9. März 2021, KZR 55/19, NZBau 2021, 625, Rn. 37, 38). Dies ist nicht Folge der von der Antragstellerin vorliegend erstrebten Unterlassungsverpflichtung, sondern der gesetzlichen Besonderheiten bei Konzessionsvergaben. Für die Abgrenzung der Unterlassungs- von der Leistungsverfügung ist allein entscheidend, dass die Antragstellerin eine Vergabeentscheidung zu ihren Gunsten nicht auf der Grundlage der vorliegend erstrebten Unterlassungsverpflichtung erzwingen kann, sondern zur Durchsetzung eventueller Ansprüche aus § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG erst noch Hauptsacheklage auf Beendigung der laufenden Konzessionsverfahren durch Abschluss der Konzessionsverträge mit ihr erheben müsste (BGH, Urteil vom 9. März 2021, KZR 55/19, NZBau 2021, 625, Rn. 35).
- 63 Dies unterscheidet den vorliegenden Sachverhalt von dem des Urteils des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 25. Mai 2023, 2 U 201/22, das die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 20. Juni 2023 vorgelegt hat. Die dortige Verfügungsklägerin hatte nicht nur eine Verurteilung zur Unterlassung beantragt, sondern mit ihrem vom Oberlandesgericht für unzulässig erachteten Verfügungsantrag zu 2. bereits die Verpflichtung der Verfügungsbeklagten zur Erteilung des Zuschlags an sie erstrebt.
- 64 Die Untersagung des Vertragsschlusses hindert die Antragsgegnerin im Übrigen nicht, die Konzessionsvergabeverfahren aufzuheben und neu einzuleiten oder in ein früheres Stadium zurückzusetzen, wenn dafür ein gewichtiger Grund vorliegt; etwa weil die Nichterfüllung der verfahrensgegenständlichen Anforderungen durch die Streithelferin in Zusammenhang mit Mängeln des Vergabeverfahrens steht (BGH, Urteil vom 9. März 2021, KZR 55/19, NZBau 2021, 625 Rn. 44, 58). Grenzen für die Entschließungsfreiheit der Antragsgegnerin ergeben sich insoweit nicht aus der vorliegend begehrten Unterlassungsverpflichtung, die auf der Grundlage des derzeitigen Sachverhalts zu ergehen hat, sondern aus den rechtlichen Vorgaben für Konzessionsvergaben. Soweit sich durch eine zulässige Rückversetzung Änderungen in Bezug auf den Nachweis der Eignung der Streithelferin im laufenden Vergabeverfahren ergeben sollten, kann die Antragsgegnerin eine Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände nach §§ 927 Abs. 1, 936 ZPO beantragen.
- 65 Die sich aus einer Bejahung eines unzureichenden Nachweises der Eignung der Streithelferin ergebenden Beschränkungen für ihre eigene Rechtsverteidigung gegen einen von der Antragsgegnerin danach in Umsetzung ihrer gesetzlichen Pflicht zur Fortführung des Konzessionsvergabeverfahrens - und gerade nicht in Umsetzung der vorliegend begehrten Unterlassungsverpflichtung - erfolgten Ausschlusses ihrer Angebote sind Folge der gesetzlichen Regelung des § 68 ZPO und können schon von daher keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten darstellen. Soweit die Streithelferin durch die Antragsgegnerin an der Wahrung ihrer Rechte gehindert sein sollte, sind

die Voraussetzung der Interventionswirkung gemäß § 68 ZPO gerade nicht gegeben. Ohnehin wäre die Streithelferin nicht gehindert, einen Zusammenhang der Nichterfüllung der sie treffenden verfahrensgegenständlichen Anforderung mit Mängeln des Vergabeverfahrens geltend zu machen, die eine Rückversetzung gebieten. Ob derartige Mängel des Vergabeverfahrens gegeben sind, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

- 66 c) Dem geltend gemachten Unterlassungsanspruchs steht auch nicht ein etwaig vorrangig zu berücksichtigender Anspruch auf Akteneinsicht entgegen, auf den sich die Streithelferin in der mündlichen Verhandlung berufen hat.
- 67 Ein solcher genereller Vorrang kann dem Urteil des Senats vom 17. August 2022, VI-2 U (Kart) 4/21, nicht entnommen werden. Zwar heißt es dort, dass die Akteneinsicht der Überprüfung der Auswahlentscheidung prozessual vorgelagert ist, weil sie gerade der Vorbereitung einer Rüge nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG dient (juris, Rn. 56). Diese Ausführungen betrafen jedoch die als fehlerhaft gerügte Wertung der Angebote anhand der vorgesehenen Wertungskriterien und Wertungsmethode. Über die Eignung der dortigen Zuschlagsprätendentin hat der Senat unabhängig von der unzureichend erteilten Akteneinsicht entschieden (Rn. 49 ff). Die Wertung ist ein einheitlicher Vorgang, bei dem die Wertung der jeweiligen Angebote in sich aber auch im Vergleich zu den anderen Angeboten konsistent sein muss. In einem solchen Fall ist es daher nicht angezeigt, über einzelne die Wertung betreffende Rügen vorab zu entscheiden, bevor der Auswertungsvermerk im Rahmen der zu gewährenden Akteneinsicht nicht in dem gebotenen Umfang offengelegt ist.
- 68 Überdies ist es der Antragstellerin aufgrund der im Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime möglich, einzelne Aspekte herauszugreifen. Danach kann der Kläger sein Rechtsschutzbegehren dahin fassen, dass aus einem bei natürlicher Betrachtungsweise einheitlichen Lebenssachverhalt nur bestimmte Teile zur Beurteilung herangezogen werden sollen (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017, I ZR 78/16, BeckRS 2017, 141118 Rn. 16). Der Antragstellerin kann es daher nicht verwehrt werden, einzelne Rügen vorrangig zu verfolgen, bezüglich derer es einer weiteren Sachverhaltsaufklärung durch ergänzende Akteneinsicht ihrer Auffassung nach nicht bedarf.
- 69 2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch begründet. Die Antragstellerin hat gegenüber der Antragsgegnerin aus §§ 33 Abs. 1, Abs. 2, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB einen Anspruch auf Untersagung des Abschlusses des am ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrags über den Betrieb eines Stromverteilernetzes und des Abschlusses des am ... ausgeschriebenen Wegenutzungsvertrags über den Betrieb eines Gasverteilernetzes der allgemeinen Versorgung im Konzessionsgebiet I. mit der Streithelferin. Durch die beabsichtigte Vergabe der Konzessionen droht eine unbillige Behinderung der Antragstellerin im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und damit ein Verstoß gegen das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB, weil die Antragsgegnerin die Eignung der Streithelferin zu Unrecht bejaht hat.
- 70 Nach § 33 Abs. 1, Abs. 2 GWB kann derjenige, der gegen eine Vorschrift des ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt oder zu verstoßen droht, vom Betroffenen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Zu diesen Vorschriften gehört § 19 GWB, der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

verbietet, der nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 GWB insbesondere dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

- 71 a) Die Antragsgegnerin ist ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Marktbeherrschend ist gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Unternehmen, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Gemeinden, die beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handeln (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, NZBau 2014, 303 Rn. 18 - Stromnetz Heiligenhafen; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 Rn. 19 - Stromnetz Berkenthin), haben auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt für Wegenutzungsrechte zur Verlegung und zum Betrieb eines Stromverteilernetzes im Gemeindegebiet eine Monopolstellung; sie sind dort ohne Wettbewerber (OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. November 2020, I-27 U 3/20, NZBau 2021, 283 Rn. 25). Auf diesem auf das Gemeindegebiet beschränkten relevanten Markt stehen sich Gemeinden als Anbieter des Wegerechts und Stromversorgungsunternehmen als Nachfrager gegenüber (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, NZBau 2014, 303 Rn. 21 - Stromnetz Heiligenhafen; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 Rn. 22 - Stromnetz Berkenthin; Senatsurteil vom 21. März 2018, 2 U (Kart) 6/16, BeckRS 2018, 11739 Rn. 26-28; OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. November 2020, I-27 U 3/20, NZBau 2021, 283 Rn. 26). Der marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin steht nicht entgegen, dass eine Stromnetzkonzession oder eine Gasnetzkonzession nicht nur die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, sondern weitergehend auch die Strom- beziehungsweise der Gasversorgung umfasst. Dass der nachgelagerte Markt der Strom- beziehungsweise Gasversorgung nicht auf das Gemeindegebiet beschränkt sein muss, ändert nichts daran, dass Städte und Gemeinden auf dem vorgelagerten Markt der Wegenutzungsrechte auf ihrem Gebiet jeweils Monopolisten sind (OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. November 2020, I-27 U 3/20, NZBau 2021, 283 Rn. 27).
- 72 b) Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin als Nachfragerin von Wegenutzungsrechten über den Betrieb eines Strom- und eines Gasverteilernetzes zur allgemeinen Versorgung unbillig nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 GWB behindert, indem sie die Eignung ihrer Mitbewerberin, der Streithelferin, auf der Grundlage der von dieser vorgelegten Verpflichtungserklärung der S. bejaht hat.
- 73 aa) Ob ein Auswahlverfahren Bewerber um eine Konzession im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1, Var. 1 GWB unbillig behindert, bestimmt sich anhand einer Gesamtwürdigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12, NZBau 2014, 303 Rn. 51 - Stromnetz Heiligenhafen; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 Rn. 55 - Stromnetz Berkenthin; OLG Brandenburg, Urteil vom 22. August 2017, 6 U 1/17 Kart, EnZW 2017, 457 Rn. 159). Eine unbillige Behinderung von Bewerbern um eine Konzession liegt vor, wenn deren Chancen auf den Abschluss des Konzessionsvertrags dadurch beeinträchtigt werden, dass die Auswahlentscheidung die an sie zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen nicht erfüllt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 65/12,

NZBau 2014, 303 Rn. 50 - Stromnetz Heiligenhafen; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 Rn. 54 - Stromnetz Berkenthin). Grundlage für die an die Auswahlentscheidung zu stellenden verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen sind außer dem kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 GWB der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Form des Willkürverbots (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006, 1 BvR 1160/03, NJW 2006, 3701 Rn. 64) und jedenfalls die Vorschriften der §§ 46 und 47 EnWG, welche die vorgenannten Grundsätze für den Teilbereich der Konzessionsvergabe im Energieversorgungsbereich konkretisieren (Senatsurteil vom 18. Mai 2022, VI-2 U (Kart) 2/21, unter II.2.a.dd(1); Senatsurteil vom 17. August 2022, VI-2 U (Kart) 4/21, juris Rn. 26).

- 74 bb) Zu den danach an die Auswahlentscheidung zu stellenden materiellen Anforderungen gehört die Prüfung der Eignung der Bewerber. Die Gemeinde darf keine Konzessionsvergabe an ein Unternehmen befürworten, das auf Grund gesicherter Erkenntnisse nicht fachkundig und/oder nicht leistungsfähig oder aus rechtlichen Gründen gehindert ist, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen (Senatsbeschluss vom 17. April 2014, VI-2 Kart 2/13, NZBau 2014, 577, 580; OLG Celle, Urteil vom 17. März 2016, 13 U 141/15, BeckRS 2016, 12413 Rn. 126).
- 75 Dass ein Netzbetreiber die erforderliche Eignung haben muss, das heißt personell, technisch und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sein muss, ergibt sich energiewirtschaftsrechtlich mittelbar aus § 4 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG, wonach die Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes einer behördlichen Genehmigung bedarf, die nur versagt werden darf, wenn der Antragsteller ungeeignet im vorgenannten Sinn ist (Senatsbeschluss vom 17. April 2014, VI-2 Kart 2/13, NZBau 2014, 577, 581; KG, Urteil vom 24. September 2020, 2 U 93/19, BeckRS 2020 27566 Rn. 161).
- 76 Die Verpflichtung der konzessionsvergebenden Gemeinde, die Eignung der Bewerber zu prüfen und nur einen geeigneten Bewerber auszuwählen, ergibt sich aber auch unmittelbar aus § 46 EnWG. Wie bereits vorstehend im Rahmen der Zulässigkeit ausgeführt, begründen die Regelungen des § 46 Abs. 1 bis 4 und Abs. 6 EnWG eine gesetzliche Pflicht, den Wettbewerb um das Netz in der gebotenen Weise jedenfalls alle 20 Jahre rechtzeitig zu eröffnen und nach ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens eine Vergabeentscheidung zu treffen, aus der ein subjektiver Anspruch der Bewerber resultiert (BGH, Urteil vom 9. März 2021, KZR 55/19, NZBau 2021, 625, Rn. 37, 38). Zu den betreffenden Regelungen gehört § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG, der inhaltsgleich aus § 46 Abs. 3 Satz 5 in der bis zum 2. Februar 2017 geltenden Fassung übernommen worden ist. Danach ist die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet (Senatsbeschluss vom 17. April 2014, VI-2 Kart 2/13, NZBau 2014, 577, 580). Zu den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG gehört eine möglichst sichere Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas. Dabei ist gerade der sichere Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen von fundamentaler Bedeutung (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12, NZBau 2014, 514 Rn. 84 u. Verw. a. BT-Drs. 13/7274, S. 14 - Stromnetz Berkenthin). Dies schließt die Auswahl eines Bewerbers, der hierfür nicht die Gewähr bietet, aus.
- 77 Mit der Pflicht der konzessionsvergebenden Gemeinde zur Eignungsprüfung korrespondiert das Recht, die Vorlage von Eignungsnachweisen eigenverantwortlich festzulegen (Senatsbeschluss vom 17. April 2014, VI-2 Kart 2/13, NZBau 2014, 577, 581). Dabei ist es den Bewerbern grundsätzlich zuzugestehen, Leistungen des Netzbetriebs durch ein

Tochter- oder Drittunternehmen erbringen zu lassen und insofern auch eine Eignungsleihe vorzunehmen (Anmerkung Dr. Mirko Sauer zu KG Berlin, Urteil vom 4. April 2019, 2 U 5/15 Kart, EWeRK 2019, 143, 159). In Anlehnung an die Grundsätze des § 47 VgV darf sich ein Bieter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten eines anderen Unternehmens bedienen, und zwar ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen (OLG Celle, Urteil vom 17. März 2016, 13 U 141/15, BeckRS 2016, 12413 Rn. 126). Es besteht keine Veranlassung, das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge jedem Wirtschaftsteilnehmer zuerkannte Recht, sich für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen, sofern gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen wird, dass dem Bieter die Mittel dieser Unternehmen, die für die Ausführung dieses Auftrags erforderlich sind, tatsächlich zur Verfügung stehen und das nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände eingeschränkt werden kann (EuGH, Urteil vom 7. April 2016, C-324/14, NZBau 2016, 373 Rn. 33, 39 - Apelski Dariusz), nicht auch im Bereich der nicht Teil 4 des GWB unterfallenden Konzessionsvergaben anzuwenden.

- 78 cc) Bei der durchzuführenden materiellen Eignungsprüfung steht dem Auftraggeber darüber hinaus eine Einschätzungsprärogative zu, weil die Entscheidung, ob das Unternehmen für die Vertragsausführung geeignet ist oder nicht, prognostische Elemente aufweist. Der der Gemeinde bei der Prognoseentscheidung über die Eignung eines Unternehmens zustehende Beurteilungsspielraum kann nur daraufhin überprüft werden, ob sie die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet, das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, den zu Grunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat (Senatsbeschluss vom 17. April 2014, VI-2 Kart 2/13, NZBau 2014, 577, 581; OLG Celle, Urteil vom 17. März 2016, 13 U 141/15, BeckRS 2016, 12413 Rn. 126). Dies gilt auch bei der Frage der Geeignetheit von Referenzen (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 26. Juli 2018, VII-Verg 28/18, ZfBR 2019, 826, 827). Hier gilt nichts anderes als im Vergaberecht (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 26. Juli 2018, VII-Verg 28/18, ZfBR 2019, 826, 827; OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 12. August 2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021 56263 Rn. 35).
- 79 Seine Eignungsprognose darf der öffentliche Auftraggeber in der Regel auf Eigenerklärungen stützen. Er ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Richtigkeit der Eigenerklärungen zu überprüfen. Für die Entscheidung, ob Bewerber oder ein Bieter auf Grund seiner Eigenerklärungen als geeignet bzw. ungeeignet zu beurteilen ist, ist demnach nicht erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber sämtliche in Betracht kommenden Erkenntnisquellen ausschöpft, um die gemachten Angaben zu verifizieren (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 12. August 2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021 56263 Rn. 35). Er darf seine Entscheidung auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen und von einer Überprüfung von Eigenerklärungen absehen, wenn und soweit sich keine objektiv begründeten, konkreten Zweifel an der Richtigkeit ergeben (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 2. Dezember 2009, VII-Verg 39/09, NZBau 2010, 393, 398).
- 80 Nur wenn sich objektiv begründete und konkrete Zweifel an der Richtigkeit von Eigenerklärungen ergeben, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, weitere Nachforschungen anzustellen und in eine erneute Eignungsprüfung einzutreten (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 12. August 2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021 56263 Rn. 35; OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 2. Dezember 2009, VII-Verg 39/09, NZBau

2010, 393, 398). Ansonsten ist die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Eignung eines Bewerbers (oder Bieters) bereits dann hinzunehmen, wenn sie unter Berücksichtigung der schon bei Aufstellung der Prognose auf Grund zumutbarer Aufklärung gewonnenen Erkenntnisse (noch) vertretbar erscheint (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 2. Dezember 2009, VII-Verg 39/09, NZBau 2010, 393, 398; Scharen, GRUR 2009, 345, 348).

- 81 Allerdings kann sich der Auftraggeber nicht auf den Standpunkt zurückziehen, im Zeitpunkt seiner Auswahlentscheidung hätten noch keine objektiv begründeten, konkreten Zweifel an der Richtigkeit der Eigenerklärung des Bewerbers bestanden. Umstände, die Zweifel an der Eignung des Bewerbers oder Bieters begründen, sind grundsätzlich bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens, also bis zur (rechtswirksamen) Zuschlagserteilung, berücksichtigungsfähig. Wenn neue Tatsachen auftreten oder bekannt werden, die Zweifel an der Eignung eines Bieters begründen, ist die Vergabestelle nicht gehindert, sondern unter Umständen sogar verpflichtet, (erneut) in die Prüfung der Eignungsanforderungen und Ausschlussgründe einzutreten (Opitz in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 122 Rnrrn. 29, 31), wenn sich der zur Beurteilung stehende Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt geändert hat (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 14. November 2018, VII-Verg 31/18, ZfBR 2019, 510, 514). Dies gilt erst recht, wenn sich der Sachverhalt gar nicht geändert hat, sondern der Auftraggeber aufgrund einer Rüge erkennen muss, dass er aufgrund mangelnden Problembewusstseins die im konkreten Fall ausnahmsweise gebotene Prüfungstiefe hat vermissen lassen.
- 82 dd) Ausgehend von diesen Grundsätzen durfte die Antragsgegnerin die Eignung der Streithelferin gestützt auf die Verpflichtungserklärung der S. nicht bejahen. Sie ist von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen, denn sie hat verkannt, dass sich die Streithelferin nicht auf die Eignung der S. im Wege der Eignungslleihe berufen kann, weil im Falle der Zuschlagserteilung an die Streithelferin keinesfalls sicher ist, dass die S. mit dem Betrieb des Strom- beziehungsweise des Gasnetzes beauftragt werden wird. Die Antragsgegnerin hat verkannt, dass die Streithelferin die erforderliche Beauftragung eines geeigneten Dritten mit dem Netzbetrieb EU-weit ausschreiben muss und diese Ausschreibung nicht die Gewähr einer Beauftragung der S. bietet. Vor diesem Hintergrund stellen die Verpflichtungserklärungen der S. vorliegend keinen belastbaren Umstand dar, der mit Blick auf den zukünftigen Zeitpunkt der Leistungserbringung die Annahme rechtfertigt, dass die Streithelferin zur Auftragserfüllung in der Lage sein wird. Damit leidet ihre Eignungsprognose am Fehler eines unvollständig beziehungsweise unrichtig ermittelten Sachverhalts.
- 83 Dabei kann dahinstehen, ob diese Verpflichtungserklärungen als Minus eine Verpflichtung der S. enthalten, sich mit einem ihrer Verpflichtungserklärung entsprechenden Angebot an der Ausschreibung zu beteiligen, weshalb im Falle einer Ausschreibung mindestens die von dieser garantierten Verpflichtungen zu realisieren seien. Abgesehen davon, dass die Verpflichtung zur Beteiligung an einer Ausschreibung kein Minus zur Verpflichtung ist, einen freihändig vergebenen Auftrag anzunehmen, sondern ein Mehr, weil durch die Beteiligung an einer Ausschreibung einem Unternehmen zusätzliche Kosten entstehen, ohne dass ein Erfolg gewiss ist, ist die Eignungsprüfung ihrem Wesen nach auf ein konkretes Unternehmen bezogen. Geprüft wird die Eignung des Bieters und im Falle der Eignungslleihe die des Eignungslleihegebers. Diese muss sicher sein, was eine von einem konkreten Unternehmen losgelöste Prüfung ausschließt. Ein Vorgehen, bei

dem sich der erfolgreiche Bewerber erst danach seinen Eignungsleihgeber im Rahmen einer Ausschreibung sucht, ist hiermit nicht zu vereinbaren..

- 84 (1) Als Nachweis für die Eignung im Wege der Eignungsleihe wären die vorgelegten Verpflichtungserklärungen der S. zwar grundsätzlich geeignet, wäre die Streithelferin in der Wahl ihrer Vertragspartnerin frei. Die für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen geltenden Bestimmungen der §§ 47 Abs. 1 Satz 1 VgV und 47 Abs. 1 Satz 1 SektVO, wonach der Nachweis durch Vorlage beispielsweise einer entsprechenden Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen geführt werden kann, lassen sich auf Konzessionsvergaben übertragen. Auch hier bedarf es eines fertig ausgehandelten und unter der Bedingung der Konzessionserteilung geschlossenen Vertrags nicht. Angesichts des bestehenden Wettbewerbs ist es keinem Bieter zumutbar, entsprechende Dispositionen auf die reine Vermutung eines Zuschlags zu treffen. Vielmehr reicht es für die Eignung grundsätzlich aus, dass belastbare Umstände gegeben sind, die mit Blick auf den zukünftigen Zeitpunkt der Leistungserbringung die Annahme rechtfertigen, dass der Bieter zur Auftrags-erfüllung in der Lage sein wird (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 4. Februar 2013, VII Verg 52/12, juris Rn. 10; OLG Jena, Beschluss vom 24. Februar 2016, 2 Verg 1/16, BeckRS 2016, 19212 Rn. 156). Es genügt, dass die Eignung des Bieters, insbesondere der Umstand, dass er zu den ausgeschriebenen Leistungen in der Lage ist, im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung geklärt ist und in diesem Zeitpunkt bejaht werden kann. Über die eignungsrelevanten Mittel muss er, sofern sich der öffentliche Auftraggeber nicht in der Bekanntmachung einen anderen Zeitpunkt vorbehält, in der Regel erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung verfügen (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 39; BayObLG, Beschluss vom 9. April 2021, Verg 3/21, BeckRS 2021, 9135 Rn. 65).
- 85 (2) Die Streithelferin ist in der Wahl ihrer Vertragspartnerin aber nicht frei. Für den Fall, dass zwischen der Streithelferin und der Antragsgegnerin ein Wegenutzungsvertrag über den Betrieb eines Strom- und/oder Gasversorgungsnetzes zustande kommt, ist die Streithelferin bei der anschließenden Beschaffung von Netzbetriebsdienstleistungen zu einer Vergabe nach dem 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verpflichtet.
- 86 (aa) Die Streithelferin ist im Falle der Bezuschlagung Sektorenauftraggeberin nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB. Nach dieser Vorschrift sind Sektorenauftraggeber natürliche und juristische Personen des privaten Rechts, die Sektorentätigkeit gemäß § 102 GWB ausüben, wenn öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 GWB auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können.
- 87 Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Zu den Sektorentätigkeiten im Bereich Elektrizität gehört nach § 102 Abs. 2 Nr. 1 GWB die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Elektrizität, zu den Sektorentätigkeiten im Bereich Gas gehört nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 GWB die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Gas.
- 88 Öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB sind nach Nr. 1 auch Gebietskörperschaften. Dabei können die hinter der Streithelferin stehenden Kommunen auf diese auch einen beherrschenden Einfluss ausüben. Die Streithelferin ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der G.. Mehrheitsgesellschafterin der G. ist mit einem Gesellschafts-

anteil von 70 Prozent die T., deren Alleingesellschafterin wiederum die Stadt T.1 ist. Minderheitengesellschafterinnen mit Anteilen von jeweils 15 Prozent sind die F., deren Mehrheitsgesellschafterin mittelbar über die F 1. die Stadt N. ist, und die E. 2, deren Mehrheitsaktionärin mittelbar über die E.1 die E.2 ist.

- 89 Sektorenauftraggeber i.S.d. § 102 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 1 GWB ist auch, wer Elektrizitätsnetze beziehungsweise Gasnetze betreiben will (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 9. Januar 2013, VII-Verg 26/12, NZBau 2013, 120, 121).
- 90 Es ist unschädlich, dass die Antragstellerin erst im Berufungsrechtszug zur Gesellschafterstruktur der Streithelferin vorgetragen hat, weil dieser Vortrag in tatsächlicher Hinsicht unbestritten geblieben ist. Unstreitige Tatsachen, die erstmals im Berufungsrechtszug vorgetragen werden, sind stets zu berücksichtigen und können nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden (BGH, Beschluss vom 13. Januar 2015, VI ZR 551/13, r + s 2015, 212 Rn. 5). Ob sich hieraus eine Ausschreibungspflicht für die Streithelferin ergibt, ist eine Rechtsfrage, die ohnehin nicht § 531 Abs. 2 ZPO unterfällt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 9. Dezember 2021, 2 U 12/21, GRUR-RS 2021, 41553 Rn. 40).
- 91 (bb) Der zwischen der Streithelferin und der S. geplante Vertragsschluss über den Betrieb des Strom- beziehungsweise Gasnetzes ist ein öffentlicher Auftrag gemäß § 103 Abs. 1 GWB. Es handelt sich um einen entgeltlichen Vertrag zwischen einer Sektorenauftraggeberin und einem Unternehmen, der die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat.
- 92 (aaa) Der Vertrag hat die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand, auch wenn er in den Verpflichtungserklärungen als "Netzpachtvertrag" bezeichnet wird. Maßgeblich für das Verständnis eines Dienstleistungsauftrag i.S. des § 103 Abs. 1 ist der Zweck des Vierten Teils des GWB, der gemäß § 97 Abs. 1 GWB darin besteht, die Beschaffung von Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber zu erfassen und zu regeln. Sobald der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber einen tatsächlich bestehenden Bedarf erkennt oder auch nur meint, einen durch Dienstleistung zu befriedigenden Bedarf zu haben, den er nicht selbst decken will, kommt deshalb die Einordnung eines zu diesem Zweck geschlossenen Vertrags als Dienstleistungsauftrag i.S. des § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB in Betracht (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04, NZBau 2005, 290, 292 - Altpapierverkauf).
- 93 Nach Teil II § 4 Abs. 1 der von der Streithelferin angebotenen, als Anlage ASt 38 und ASt 46 vorgelegten Strom- und Gaskonzessionsverträge obliegen ihr unter anderem der Betrieb, die Wartung, die Überwachung und die bedarfsgerechte Optimierung des Netzes im Rahmen der geltenden gesetzlichen und regulatorischen Vorgaben. Im Interesse einer Minimierung von Versorgungsstörungen hat sie nach § 5 Abs. 1 eine hochmoderne und rund um die Uhr erreichbare Leitwarte, nach Abs. 3 eine technische Betriebsstätte und nach Abs. 10 einen 24 Stunden Bereitschaftsdienst zu unterhalten; § 6 verpflichtet sie zur Unterhaltung eines Kundencenters. Bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen will die Streithelferin nach § 2 Abs. 4 die Dienstleistungen der S.in Anspruch nehmen.
- 94 Zu diesem Zweck beabsichtigt die Streithelferin den Abschluss von Netzpachtverträgen über das Strom- und das Gasnetz mit der S., die sich ihr gegenüber bezüglich beider Verträge im Rahmen ihrer Verpflichtungserklärungen rechtsverbindlich verpflichtet hat, Dienstleistungen für die Netzbetriebsaufgaben, wie im Konzessionsvertrags gere-

gelt, zu erbringen. Die S. hat sämtliche Aufgaben als Netzbetreiber nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften sowie als Pächterin auf Grundlage des noch zu schließenden Netzpachtvertrags zu erfüllen, wobei der Netzpachtvertrag die vertraglichen Regelungen des Konzessionsvertrags zwischen der Antragsgegnerin und der Streithelferin angemessen zu berücksichtigen hat und zwar so, dass sicherzustellen ist, dass die Rechte und Pflichten der Streithelferin aus dem Konzessionsvertrag einschließlich etwaiger besonderer Anforderungen an die Durchführung des Netzbetriebes vollumfänglich ihr gegenüber durchgesetzt werden können.

- 95 Danach hat die S. sämtliche Dienstleistungen zur Durchführung des Netzbetriebs nach Teil II der Konzessionsverträge im Rahmen der Netzpachtverträge zu erfüllen. Die Streithelferin will diese Netzbetriebsaufgaben gerade nicht selbst erbringen, sondern von der S. erbringen lassen. Da diese Pflichten nach den Konzessionsverträgen aber der Streithelferin obliegen, erbringt die S. diese nicht, jedenfalls nicht ausschließlich im eigenen Interesse, sondern insoweit für die Streithelferin. Im Verhältnis zur Antragsgegnerin erfüllt sie damit Verpflichtungen der Streithelferin, da diese vertraglich dieser zugeordnet sind. Aufgrund der konzessionsvertraglichen Zuordnung der Netzbetriebsaufgaben zur Streithelferin besteht bei dieser ein durch Dienstleistungen zu befriedigender Bedarf, den sie nicht selbst decken will. Wer aber konzessionsvertraglich ihm obliegende Verpflichtungen nicht selbst erfüllt, sondern von einem Dritten erfüllen lässt, beauftragt diesen damit. Damit kann eine Beschaffung der Netzbetriebsdienstleistungen durch die Streithelferin nicht verneint werden, weil die Netzpachtverträge die S. ihr gegenüber zu den genannten Dienstleistungen, mit anderen Worten zu operativen Tätigkeiten bei den Netzdiensten, verpflichten würden (vgl. OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 9. Januar 2013, VII-Verg 26/12, NZBau 2013, 120, 121).
- 96 Ob eine Ausschreibung gleichwohl ausnahmsweise dann keine Dienstleistungen betrifft, wenn die von dem Unternehmen zu erbringende Leistung wegen des rechtlichen und wirtschaftlichen Schwerpunkts des Vertrags nicht ins Gewicht fällt, braucht nicht entschieden zu werden. Mit Rücksicht darauf, dass öffentliche Beschaffungen, soweit sie nicht ausdrücklich vom Vergaberechtsregime ausgenommen sind, umfassend unter geregelten Wettbewerbsbedingungen stattzufinden haben, ist eine solche Ausnahme jedenfalls nur zu überlegen, wenn die Pflicht zur Dienstleistung völlig untergeordneter Art und deshalb auszuschließen ist, dass ihretwegen ein Vertrag eingegangen werden soll (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04, NZBau 2005, 290, 293 - Altpapierverkauf; OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 9. Januar 2013, VII-Verg 26/12, NZBau 2013, 120, 122). Das ist im Streitfall zu verneinen, die in Teil II der Konzessionsverträge geregelten Dienstleistungen zur Durchführung des Netzbetriebs haben ein erhebliches Gewicht.
- 97 Am Beschaffungscharakter ändert auch der Umstand nichts, dass die Netzpachtverträge als echte Verträge zugunsten Dritter ausgestaltet werden sollen. Nach den gleichlautenden Verpflichtungserklärungen der S. für das Strom- und Gasnetz wird diese auf Wunsch der Antragsgegnerin darauf hinwirken, dass der Netzpachtvertrag als echter Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet wird, so dass die Antragsgegnerin dadurch neben der Streithelferin als Verpächterin ausdrücklich berechtigt wird, von der ihr unmittelbar mit oder ohne Beteiligung der Streithelferin die Erfüllung sämtlicher vertraglichen Pflichten zu verlangen. Entscheidend ist allein, dass die Netzbetriebsaufgaben in den Konzessionsverträgen der Streithelferin zugewiesen werden und die Streithelferin ihren insoweit bestehenden Beschaffungsbedarf durch die diesbezügliche Beauftragung der S. im Rahmen

der Netzpachtverträge deckt. Das Recht der Antragsgegnerin, diese Leistungen unmittelbar von der S. zu fordern, ändert nichts daran, dass es die Streithelferin ist, die ihren aufgrund ihrer konzessionsvertraglichen Verpflichtungen bestehenden Bedarf an Netzbetriebsdienstleistungen bei der S. beschafft. Vertragspartnerin sowohl des Konzessions- als auch des Netzpachtvertrages ist allein die Streithelferin, eine Vertragsbeziehung zwischen Antragsgegnerin und S. wird nicht begründet (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 2006, IV ZR 205/04, NJW 2006, 1434 Rn. 39).

- 98 (bbb) Auch die nach § 103 Abs. 1 GWB erforderliche Entgeltlichkeit ist gegeben. Der Begriff der Entgeltlichkeit ist weit zu verstehen und nicht auf die Zahlung eines Geldbetrags beschränkt. Entgeltlichkeit setzt weder eine synallagmatische Verknüpfung der Gegenleistung mit der Leistung des Auftragnehmers noch eine Leistungsgewährung unmittelbar aus eigenen (Haushalts-)Mitteln des öffentlichen Auftraggebers voraus. Ausreichend ist jeder vom Auftragnehmer für die Leistung erlangte geldwerte Vorteil (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 7. März 2012, VII-Verg 78/11, NZBau 2012, 382, 383; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 103 Rn. 41; Hüttinger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 103 Rn. 96), der auch in der Überlassung werthaltiger Sachen (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04, NZBau 2005, 290, 293 - Altpapierverkauf; OLG Celle, Beschluss vom 8. September 2014, 13 Verg 7/14, BeckRS 2014, 17965 Rn. 16) oder geldwerten Zuwendungen bestehen kann (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, NZBau 2011, 175 Rn. 31 - Abellio Rail). Dabei muss der Auftraggeber als Nachfrager von Güter- und/oder Dienstleistungen auftreten (BayObLG, Beschluss vom 27. Februar 2003, Verg 1/03, ZfBR 2003, 511, 512) an denen für ihn ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse besteht (EuGH, Urteil vom 15. Juli 2010, C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426, NZBau 2010, 574 Rn. 75).
- 99 Die beabsichtigte Verpachtung des Strom- und des Gasnetzes an die S. stellt eine einen geldwerten Vorteil begründende Überlassung eines werthaltigen Objekts dar. Dabei ist Entgeltlichkeit bei einem Pachtmodell nicht erst anzunehmen, wenn feststeht, dass und gegebenenfalls, inwieweit beim Pachtzins die Pflicht zu Dienstleistungen preismindernd berücksichtigt worden ist. Das Pachtvertragsmodell ist lediglich das rechtliche Mittel, dessen sich der Auftraggeber bedient, um die von ihm angestrebten Dienstleistungen zu beschaffen. Ist es - wie hier - Mittel zur Beschaffung der Dienstleistung, ist der pachtrechtliche Aspekt ohne Bedeutung. Diese Betrachtungsweise entspricht dem Zweck des Vergaberechts. Es soll alle Beschaffungsvorgänge erfassen, die für den öffentlichen Auftraggeber mit einem geldwerten Aufwand verbunden sind (OLG Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 9. Januar 2013, VII-Verg 26/12, NZBau 2013, 120, 122).
- 100 Von daher ist für die Beurteilung der Frage der Entgeltlichkeit gleichgültig, dass in Ermangelung eines abgeschlossenen oder auch nur vorbereiteten Netzpachtvertrags noch nicht feststeht, inwiefern die von der vorgesehenen Netzpächterin S. für die Streithelferin zu erbringenden Netzbetriebsdienstleistungen beim Pachtzins preismindernd berücksichtigt werden sollen. Es reicht vollkommen aus, dass die Streithelferin an deren Erbringung durch die S. ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat, weil sie diese im Rahmen der Konzessionsverträge im Verhältnis zur Antragsgegnerin schuldet, und die S. zu deren Erbringung bereit ist, um Netzbetreiberin zu werden, da sie sich hiervon einen geldwerten Vorteil verspricht.
- 101 Im Übrigen ist die Frage, wer die Netzbetriebsdienstleistungen zu erbringen hat, in wirtschaftlicher Hinsicht von Relevanz für den Pachtzins. Würde die Streithelferin diese

Dienstleistungen selbst erbringen oder durch einen Dritten erbringen lassen, könnte sie nach der Lebenserfahrung einen höheren Pachtzins erzielen, da der Netzpächter sich dann den entsprechenden, mit Kosten verbundenen Aufwand ersparen könnte. Dementsprechend liegt in dem demgegenüber niedrigeren Pachtzins im Falle der Erbringung der Netzbetriebsdienstleistungen durch den Netzpächter dessen geldwerter Vorteil für die Erbringung dieser, im wirtschaftlichen Interesse der Streithelferin liegenden Leistungen.

- 102 (cc) Das Auftragsvolumen überschreitet den Schwellenwert. Nach § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB i. V. m. Art. 15 lit. a der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU unterfallen öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von Sektorauftraggebern zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben werden, dem Vergaberecht, wenn ihr geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 431.000 Euro nicht unterschreitet. Der im Ausschreibungszeitraum einschlägige, bis zum 31. Dezember 2019 geltende Schwellenwert lag bei 443.000 Euro. Maßgeblich bei Aufträgen mit mehr als vierjähriger Laufzeit ist insoweit nach § 2 Abs. 11 Nr. 2 SektVO der 48-fache Monatswert.
- 103 Die Antragstellerin hat vorgetragen, ihre von der Bundesnetzagentur für die 3. Regulierungsperiode genehmigten operativen Kosten hätten 1.859.419 Euro für das Stromnetz beziehungsweise 1.036.779 Euro für das Gasnetz betragen. Diesen Zahlen sind weder die Antragsgegnerin noch ihre Streithelferin substantiiert entgegengetreten, weshalb diese als unstreitige Tatsachen im Berufungsrechtszug zu berücksichtigen sind. Auch wenn die 3. Regulierungsperiode von 2018 bis 2022 fünf und nicht vier Jahre betragen hat, scheidet damit eine den Schwellenwert unterschreitende Auftragswertschätzung für den maßgeblichen 48-fachen Monatswert aus. Anderes behaupten auch die Antragsgegnerin und ihre Streithelferin nicht. Ihre diesbezügliche Verteidigung beschränkte sich auf das Argument, die S. erbringe diese Leistungen nicht für die Streithelferin, sondern für sich selbst, was - wie vorstehend unter (bb) ausgeführt - nicht zutrifft.
- 104 3. Die Anschlussberufung der Antragsgegnerin ist gegenstandslos. Da die Antragstellerin bereits mit ihren Hauptanträgen Erfolg hat, ist die Entscheidung des Landgerichts zu ihrem nunmehr nur noch als Teil ihrer Hilfsanträge weiterverfolgten Begehren hinfällig geworden (BGH, Beschluss vom 13. September 2016, VII ZR 17/14, ZfBR 2017, 50 Rn. 14).
- 105 Die Antragstellerin hat ausdrücklich nicht die Ergänzung der erstinstanzlichen Verurteilung, sondern den Erlass einer neuzufassenden einstweiligen Verfügung beantragt, wobei sie ihre ursprünglichen Anträge insgesamt nur noch hilfsweise zur Entscheidung stellt. Mit dem Erfolg ihrer Hauptanträge ist die teilweise Verurteilung der Antragsgegnerin auf die in erster Instanz gestellten, nunmehrigen Hilfsanträge daher aufzuheben. Dies geschieht von Amts wegen. Da die Entscheidung insoweit unter der auflösenden Bedingung steht, dass dem Hauptantrag nicht stattgegeben wird, fehlt es ihr nunmehr an einer verfahrensrechtlichen Grundlage (BGH, Urteil vom 19. Januar 2001, V ZR 437/99, NJW 2001, 1127, 1130; OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Januar 2015, I-20 U 192/13, GRUR-RS 2015, 13327 Rn. 41).
- 106 Unter diesen Umständen bedarf es keiner Entscheidung über die unselbstständige Anschlussberufung, mit der sich die Antragsgegnerin gegen ihre teilweise Verurteilung auf die nunmehrigen Hilfsanträge gewandt hat. Da mit ihr eine Verurteilung nur auf einen Hilfsantrag hin angegriffen wird, ist die Anschlussberufung der Antragsgegnerin so zu verstehen, dass sie ebenfalls nur für den Fall eingelegt ist, dass die gegen die Abweisung des Hauptantrags gerichtete (Haupt-)Berufung ohne Erfolg bleibt. Da zumindest die unselbstständige Anschlussberufung von innerprozessualen Vorgängen abhängig gemacht

werden kann, ist es zulässig, sie unter die Bedingung des Misserfolgs des Hauptrechtsmittels zu stellen. Es ist unschädlich, dass die Antragsgegnerin diese Bedingung nicht ausdrücklich erklärt hat. Zu ihren Gunsten ist davon auszugehen, dass sie im Zweifel mit ihrer Prozesshandlung das bezweckt, was nach Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer recht verstandenen Interessenlage entspricht. Es ist aber weder vernünftig noch im Interesse der Antragsgegnerin, ihre Anschlussberufung auch für den Fall einzulegen, dass das Hauptrechtsmittel Erfolg hat und damit die angefochtene Verurteilung nach dem Hilfsantrag ohnehin von Amts wegen aufzuheben ist (BGH, Urteil vom 19. Januar 2001, V ZR 437/99, NJW 2001, 1127, 1131). Damit ist die Anschlussberufung der Antragsgegnerin gegenstandslos (OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Januar 2015, I-20 U 192/13, GRUR-RS 2015, 13327 Rn. 41).

### III.

- 107 Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 101 Abs. 1 Halbsatz 2 ZPO. Die Antragstellerin hat ihr Verfahrensziel einer einstweiligen Untersagung des Abschlusses der Wegenutzungsverträge erreicht. Einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es nicht, die Sache ist kraft Gesetzes nicht revisibel, § 542 Abs. 2 ZPO.
- 108 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird in Übereinstimmung mit der unbeanstandeten erstinstanzlichen Festsetzung auf bis 200.000,00 Euro festgesetzt.