

OLG Karlsruhe (Kartellsenat), Urteil vom 12.06.2024 – 6 U 222/23**Titel:**

Gemeinde, Auswahlentscheidung, Versorgung, Berufung, Bewerber, Behinderung, Auswahlverfahren, Auslegung, Bieter, Untersagung, Unionsrecht, Gemeindegebiet, Regulierung, Mitgliedstaat, Sinn und Zweck, Bundesrepublik Deutschland, marktbeherrschende Stellung

Amtliche Leitsätze:

1. Auslegung und Anwendung von §§ 1, 46 EnWG, § 19 GWB, wonach es bei der Neuvergabe der Wegennutzungsrechte für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Sinn von § 46 Abs. 2 EnWG zulässig ist, dass die Gemeinde mit einem Auswahlkriterium „Preisgünstige Versorgung“ ein Angebot umso besser zu bewerten, je niedriger die prognostizierten Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten jeweils betreffend das kommunale Netzgebiet sind, widersprechen zweifelsfrei und offensichtlich nicht Art. 39 bis 41 der RL 2009/73/EG vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (ABl. L 211/94).

2. Im Übrigen verstieße die Gemeinde mit so gestalteten Auswahlkriterien selbst dann nicht gegen sie im Verhältnis zu Bewerbern treffende Pflichten, wenn diese Richtlinie (wenigstens in Verbindung mit dem Loyalitäts- und Effektivitätsgrundsatz) den Mitgliedsstaaten im Ergebnis untersagen würde, dies zuzulassen.

Rechtsgebiete:

Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Handelsrecht, Staats- und Verfassungsrecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Kommunalrecht, Sonstiges Bürgerliches Recht, EDV-, Multimedia-, Medien- und Postrecht

Schlagworte:

Preisgünstige Versorgung, Auswahlkriterien, Diskriminierungsfreiheit, Transparentes Vergabeverfahren, Unionsrechtliche Vorgaben, Regulierungsbehörde, Netzentgelte, Effizienzsteigerung, Investitionsförderung, Marktintegration, Auslegung contra legem, Richtlinienkonforme Auslegung, Auswahlentscheidung, Preisgünstigkeit, Netznutzungsentgelte, Netzanschlusskosten, Gemeinde

vorgehend:

LG Mannheim, Urteil vom 22.11.2023 - 14 O 62/23 (Rechtskraft: unbekannt)

ECLI:

ECLI:DE:OLGKARL:2024:0612.6U222.23.00

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 22. November 2023, Az. 14 O 62/23, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten der Berufung fallen der Verfügungsklägerin zur Last.

Gründe:

A.

1Die verfügungsbeklagte Gemeinde (fortan: Beklagte) führt ein Verfahren zur Neuvergabe der Wegenutzungsrechte für den Betrieb des Gasversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Sinn von § 46 Abs. 2 EnWG in ihrem Gemeindegebiet durch, an dem sich die Verfügungsklägerin (fortan: Klägerin) beteiligt. Dem vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung liegt eine Beanstandung der durch die Beklagte mitgeteilten Auswahlkriterien zugrunde.

2Mit Datum vom 11. April 2023 übermittelte die Beklagte den interessierten Unternehmen, darunter der Klägerin, einen „1. Verfahrensbrief“ (Anlage ASt 4) mit (insbesondere Auswahl-)„Kriterienkatalog“ als Anlage 1 (Anlage ASt 5). Danach sind in der Bewertung nach den Auswahlkriterien insgesamt 1.000 Punkte erreichbar, von denen auf das Kriterium 2 „Preisgünstige Versorgung“ 150 Punkte entfallen, davon auf das Unterkriterium 2.1 „Netznutzungsentgelte“ 120 Punkte und auf das Unterkriterium 2.2 „Netzanschlusskosten“ 30 Punkte (Kriterienkatalog, S. 5 f). Zum Unterkriterium 2.1 „Netznutzungsentgelte“ erläutert der Kriterienkatalog (unter III., dort S. 13 ff) die geforderte Abgabe von Preisblättern mit (plausibel) für einen dort angegebenen Zeitraum prognostizierten Netznutzungsentgelten für das Konzessionsgebiet durch die Bieter für drei verschiedene Abnahmefälle als Unter-Unterkriterien 2.1.1 bis 2.1.3 (Haushalt, Mehrfamilienhaus, Gewerbe) unter bestimmten vorgegebenen Prämissen und deren beabsichtigte Bewertung durch die verfahrensleitende Stelle anhand der Summe der je Abnahmefall prognostizierten Netznutzungsentgelte. Zum Unterkriterium 2.2 „Netzanschlusskosten“ erläutert der Kriterienkatalog (unter III., dort S. 17 f) die geforderte Einreichung von für denselben Zeitraum (plausibel) prognostizierten Netzanschlusskosten für Letztverbraucher im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet betreffend einen vorgegebenen Standard-Netzanschluss durch die Bieter und deren beabsichtigte Bewertung durch die verfahrensleitende Stelle anhand dieser Prognosen. Zu beiden Unterkriterien ist jeweils bestimmt, dass der niedrigste angebotene Preis der beste Wert sein soll.

3Die Klägerin rügte mit Schreiben vom 26. April 2023 (Anlage ASt 6) mehrere Verstöße gegen den Grundsatz eines diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens. Unter anderem machte sie dort (S. 64 ff) mit einer Rüge zu 2.33 geltend, das Kriterium 2. „Preisgünstige Versorgung“ sei mit den Unter- und Unter-Unterkriterien intransparent, sachwidrig und diskriminierend sowie weder mit den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG noch mit dem höherrangigen Unionsrecht vereinbar. Sach- und Unionsrechtswidrig sei, dass die Gemeinde als Auswahlkriterien Netzentgelte und Netzanschlusskosten abfrage und damit auf diese maßgeblichen Kernbestandteile des regulatorischen Ziels der Preisgünstigkeit Einfluss nehme.

4Die Beklagte hob mit einem „2. Verfahrensbrief“ vom 3. Mai 2023 die Frist zur Angebotsabgabe auf und stellte das Verfahren ruhend. Mit Datum vom 13. Juli 2023 übermittelte die Beklagte der Klägerin wie allen Bietern einen „3. Verfahrensbrief“ (Anlage

ASt 8), in dem sie den Rügen der Klägerin nur teilweise abhalf und darauf hinwies, dass die Inhalte der hierzu gegebenen Erläuterungen und Präzisierungen bei der Angebotsauswertung ergänzend zu den Ausführungen im „1. Verfahrensbrief“ herangezogen würden. Auf die Rüge 2.33 antwortete sie, dieser werde aus näher erläuterten Gründen nicht abgeholfen (S. 56 ff, insbesondere S. 58 f). Dem 3. Verfahrensbrief war als Anlage 1 eine konsolidierte Fassung des Kriterienkatalogs (Anlage ASt 9, fortan: konsolidierter Kriterienkatalog) beigefügt, welche die vorgenommenen Anpassungen berücksichtige. Darin sind die Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Kriterienkatalog hervorgehoben. Diese umfassen einzelne Änderungen der Erläuterung des Kriteriums 2. „Preisgünstige Versorgung“ (konsolidierter Kriterienkatalog, S. 13 ff), ohne von der oben dargestellten Gewichtung im ursprünglichen Kriterienkatalog abzuweichen.

5Die Klägerin reichte am 27. Juli 2023 den vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ein, mit dem sie sich gegen eine Fortsetzung des Konzessionsvergabeverfahrens ohne Abhilfe zur Rüge 2.33 wendet.

6Die Klägerin hat geltend gemacht, die Rüge der Verwendung des Kriteriums der „Preisgünstigen Versorgung“ in den Unterkriterien 2.1 und 2.2 sei begründet.

7Mit diesem Kriterium verstoße die Beklagte gegen unionsrechtlich zwingende Vorgaben insbesondere der RL 2009/73/EG vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (ABl. L 211/94), geändert durch die Verordnung (EU) 2018/1999 vom 11. Dezember 2018 (ABl. L 328/1), die Richtlinie (EU) 2019/692 vom 17. April 2019 (ABl. L 117/1) und die Verordnung (EU) 2022/869 vom 30. Mai 2022 (ABl. L 152/45) – nachfolgend Gasrichtlinie (GasRL) –, die die Zuständigkeit einer unabhängigen Regulierungsbehörde für Netzentgelte und Bedingungen des Netzbetriebs vorschrieben. Der von den Gemeinden administrierte Unterbietungswettbewerb über die Höhe der künftigen örtlichen Netzentgelte trete unter einer abweichenden Zielrichtung neben die Netzentgeltregulierung durch die Regulierungsbehörde, untergrabe deren Wirkung und laufe damit der unionsrechtlich determinierten alleinigen Regulierungszuständigkeit der für die Entgeltregulierung zuständigen unabhängigen Regulierungsbehörde zuwider. Dieser – zumal unkoordinierte – Unterbietungswettbewerb führe zu Effizienzverlusten auf lokaler Ebene und auf Ebene des Gesamtsystems, sei aufgrund der gebietsstrukturell unterschiedlichen gegebenen Kosten der Bewerber kein echter Leistungswettbewerb und leiste der Aufteilung der Versorgungsgebiete in gebietsstrukturell günstige und ungünstige Gebiete entgegen den Interessen der Allgemeinheit Vorschub. Die Gemeinde missachte damit, dass die Regulierungsbehörde in der austarierten Regulierung nicht den Unterbietungswettbewerb, sondern ein Regulierungsmodell mit Erlösobergrenzen gewählt habe, die unternehmensindividuellen Erlösobergrenzen unter Berücksichtigung einer angemessenen Investitionsfähigkeit und einer angemessenen Kapitalverzinsung festsetze und durch die Möglichkeit der Ausschöpfung der Erlösobergrenzen Anreize zur effizienten Leistungserbringung und zu entsprechenden Investitionen schaffe. Dies werde durch den lokalen Unterbietungswettbewerb konterkariert, indem das schlichte Kriterium der Preisgünstigkeit gegenläufige Anreize bewirke, nämlich auf die Ausschöpfung der Erlösobergrenzen und damit die Schaffung von Effizienzgewinnen zu verzichten und stattdessen die Netzentgelte möglichst niedrig zu halten. Da die prognostizierten Netzentgelte plausibel sein müssten, müssten die Bieter entsprechende tatsächliche Veranstaltungen in diese Richtung unternehmen. Von den möglichst niedrig prognostizierten Netzentgelten könnten sie sich nach Erhalt des Zuschlags zudem nicht

mehr lösen, ohne sich dem Vorwurf der Treuwidrigkeit auszusetzen. Abgesehen davon verstoße die Beklagte als staatliche Stelle schon durch die Bewertung von Netzentgelten gegen Unionsrecht, weil sie durch die Bewertung der Netzentgelte als Auswahlkriterien exklusiv der Regulierungsbehörde vorbehaltenes Regulierungsrecht anwende und präzisiere. Daher sei § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG richtlinienkonform so auszulegen oder mit dem Ergebnis unangewendet zu lassen, dass es verboten sei, das Kriterium der Preisgünstigkeit bei der Auswahlentscheidung anzuwenden.

8Der vom gerügten Kriterium bewirkte (örtliche) Unterbietungswettbewerb verwirkliche zudem das in § 1 Abs. 1 EnWG verankerte Ziel einer preisgünstigen Energieversorgung der „Allgemeinheit“ nicht. Vielmehr bewirke er letztlich die Herausbildung auf der einen Seite von Gebieten mit hohen und auf der anderen Seite von solchen mit niedrigen Netzkosten und -entgelten. Denn er führe zur Gründung von Betreibergesellschaften, die Verteilernetze allein in Gebieten mit kostengünstiger Gebietsstruktur betreiben und denen aufgrund der damit verbundenen Kostenvorteile der Zuschlag auch in anderen (kostengünstigen) Gebieten erteilt werde, und somit sowohl in Bezug auf das einzelne Netz als auch das gesamte Versorgungssystem zu Effizienzverlusten und Fehlanreizen. Die Vorgaben der Beklagten wichen zudem von den bestehenden regulatorischen Rahmenbedingungen ab.

9Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt,

1. der Beklagten zu untersagen, das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger vom 30. März 2021 und 13. April 2021 eingeleitete Verfahren zur Vergabe der Konzession für das Gasversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in der Gemeinde [...] auf Grundlage des 1. Verfahrensbriefs vom 11. April 2023 und des 3. Verfahrensbriefs vom 13. Juli 2023 fortzusetzen, ohne zuvor der mit dem Schreiben der Antragstellerin vom 26. April 2023 bezüglich des 1. Verfahrensbriefs erhobenen Rüge 2.33 „Rügen zur Rechtswidrigkeit des Kriteriums 2. ‚Preisgünstige Versorgung‘ – Verstoß gegen höherrangiges Unionsrecht (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, C.III.2., S. 13 ff.)“ abgeholfen – hilfsweise über die Abhilfe unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden – zu haben;

2. der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagung zu 1. ein festzusetzendes Ordnungsgeld bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen am Bürgermeister der Gemeinde [...], anzudrohen.

10Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

11Die Beklagte hat vorgebracht, für den Antrag fehle es am Rechtsschutzbedürfnis. Der vorliegende Rechtsstreit diene wie die vorangegangene Rüge der Klägerin rechtsmissbräuchlich allein dazu, die Abfrage (prognostizierter) Netznutzungsentgelte im Rahmen eines Konzessionsvergabeverfahrens generell zu verhindern, um insoweit mögliche strukturelle Nachteile von Flächennetzbetreibern, die diese aufgrund ihrer Netztopologie und der Systematik der geltenden Netzentgeltregulierung hätten, auszugleichen. Der Rechtsmissbrauch äußere sich zudem darin, dass die Klägerin in gleichgelagerten parallelen Konzessionsvergabeverfahren die hier gegenständliche Rüge nicht mehr gerichtlich verfolge, dafür indes andere Rügen, die sie im hiesigen Verfahren wiederum nicht mehr gerichtlich geltend mache. Die von der Klägerin angeführten unionsrechtlichen Erwägungen begründeten schon keine nach § 47 Abs. 1, 2 EnWG

zulässige Rüge. Eine abstrakte Überprüfung einer Norm auf ihre Unionsrechtskonformität im Rahmen des Rügeregimes nach § 47 EnWG sei nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht vorgesehen. Jedenfalls sei die Preisgünstigkeit ein gesetzlich vorgegebenes, unionsrechtlich nicht zu beanstandendes und von der Rechtsprechung anerkanntes Auswahlkriterium. Die Gemeinden seien nicht gehalten, mögliche strukturelle Unterschiede der Bieter zu berücksichtigen und auszugleichen. Um den voraussichtlich preisgünstigsten Bieter zu identifizieren, bliebe den Gemeinden, die bei der Konzessionsvergabe keine staatlichen Stellen seien, allein die Abfrage von Netzentgeltprognosen für das in Rede stehende Netzgebiet. Eine Verbindlichkeit der Prognose bestehe für die späteren Netzentgelte gerade nicht. Die Entgeltprognose habe keine Auswirkung auf die später veranschlagten Netznutzungsentgelte und greife nicht in deren Regulierung und die diesbezügliche Kompetenz der Regulierungsbehörde ein.

12Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen und Entscheidungsgründe ergänzend verwiesen wird, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt:

13Für die gegebene Zulässigkeit des Antrags könne dahinstehen, ob die geltend gemachte Beanstandung im Rügeregime des § 47 EnWG geltend gemacht werden könne. Selbst wenn die Anwendung eines gegen Unionsrecht verstoßenden Auswahlkriteriums durch die Gemeinde, welches nach dem nationalen Recht vorgegebenen oder auch nur möglich sei, nicht nach § 47 EnWG gerügt werden könnte, stünde dem Bieter jedenfalls die Möglichkeit offen, dagegen allgemeinen einstweiligen Rechtsschutz gemäß §§ 935 ff ZPO zu suchen. Dem Rechtsschutzbedürfnis stünden kein Rechtsmissbrauch und keine Verfolgung sachfremder Zwecke durch die Klägerin entgegen. Für einen Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung fehle es auch nicht am Verfügungsgrund, der gegebenenfalls nach § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG nicht erforderlich und hier jedenfalls gegeben sei.

14Der Klägerin stehe aber der geltend gemachte Verfügungsanspruch in Ansehung der – innerhalb der Frist des § 47 Abs. 4 Satz 2 EnWG gegenüber der Beklagten und nach der Nichtabhilfe innerhalb der Frist des § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG gerichtlich geltend gemachten – Rüge nicht zu.

15Die mit den gerügten Auswahlkriterien bewirkte Berücksichtigung der zu erwartenden Höhe der regulatorisch mit dem Verteilnetz des Bieters verknüpften, tatsächlichen Netznutzungsentgelte für die Bürger im Konzessionsgebiet mit dem Ziel, in Konkretisierung des energiewirtschaftlichen Ziels der Preisgünstigkeit (§ 1 Abs. 1, § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG) unter Berücksichtigung der übrigen energiewirtschaftlichen Ziele möglichst niedrige Kosten für die Netznutzung im Gemeindegebiet zu erreichen, sei als sachgerechtes Kriterium zur Auswahl des Netzbetreibers grundsätzlich anerkannt und gleichsam geboten.

16Es könne dahinstehen, ob § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG oder die beanstandeten Auswahlkriterien gegen Unionsrecht, insbesondere Vorgaben aus Art. 39 bis 41 GasRL verstießen, was allerdings nicht der Fall sein dürfte.

17Die Vorgabe in § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Bewerbers den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG, insbesondere dem Ziel der preisgünstigen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Gas, verpflichtet sei, würde selbst dann anzuwenden sein, wenn sie gegen die Gasrichtlinie verstieße, etwa weil die Berücksichtigung oder Beurteilung der Preisgünstigkeit von prognostizierten Netzentgelten und Netzanschlusskosten eines Bewerbers für die leitungsgebundene Versorgung des Konzessionsgebiets in die durch die Richtlinie vorgegebene ausschließliche Zuständigkeit

der unabhängigen Regulierungsbehörde zur Regulierung der Netzentgelte und der sonstigen Bedingungen des Netzbetriebs eingriffe. Selbst in diesem Fall würde die Beklagte nicht gehindert sein, die Preisgünstigkeit der Bewerber im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung zu berücksichtigen und dementsprechend Auswahlkriterien aufzustellen, mit denen der für ihr Gemeindegebiet preisgünstigste Bewerber anhand von prognostizierten Netzentgelten einschließlich Netzanschlusskosten ermittelt werden soll. Die Vorschriften in § 1 Abs. 1, § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG wären im Fall ihrer Unionsrechtswidrigkeit nicht nichtig, sondern unterlägen lediglich dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang, der zunächst eine unionsrechtskonforme Auslegung verlange, soweit diese möglich, insbesondere nicht contra legem sei. Eine Vorgabe der Gasrichtlinie, wonach es den Gemeinden im Rahmen von Konzessionsvergabeverfahren mit Blick auf die ausschließliche Zuständigkeit der unabhängigen Regulierungsbehörde für die Regulierung von Netzentgelten und sonstigen Bedingungen des Netzbetriebs versagt sei, bei ihrer Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern die Preisgünstigkeit von prognostizierten Netzentgelten und Netzanschlusskosten eines Bewerbers für die leitungsgebundene Versorgung des Konzessionsgebiets zu berücksichtigen oder zu bewerten, würde keine unmittelbare Anwendung finden können. Eine Auslegung von § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG dahin, dass die Gemeinden die Preisgünstigkeit der Bewerber im Rahmen der Auswahlentscheidung unberücksichtigt lassen, sei nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht möglich. Dasselbe gelte für eine Auslegung, wonach die Gemeinde diesem Kriterium ein verschwindend geringes Gewicht beimessen dürfte, die im Übrigen den unterstellten Unionsrechtsverstoß nicht beseitigen würde und auch deshalb als richtlinienkonform ausscheide. Der unterstellte Konflikt mit den Vorgaben der Gasrichtlinie würde sich ferner nicht dadurch richtlinienkonform auflösen lassen, dass in das Kriterium der Preisgünstigkeit die Allgemeinheit auch außerhalb des Gemeindegebiets einbezogen werde. Auch dahin lasse sich § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG nicht verstehen, was im Übrigen wiederum nicht richtlinienkonform wäre. Auch eine Auslegung von § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG dahin, dass die Gemeinden die Preisgünstigkeit der Bewerber im Rahmen der Auswahlentscheidung in anderer Weise als durch die Berücksichtigung der (prognostizierten) Netzentgelte und Netzanschlusskosten berücksichtigen könnten, sei nicht möglich; das gelte insbesondere für eine Berücksichtigung der effizienten Versorgung, was im Übrigen wiederum nicht richtlinienkonform wäre. Die Voraussetzungen für eine Nichtanwendung von § 1 Abs. 1, § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG mit Blick auf die preisgünstige leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit wegen eines unterstellten Verstoßes gegen die Gasrichtlinie lägen nicht vor. Denn die herangezogenen Bestimmungen in Art. 39 bis 41 GasRL sähen keine bestimmten Rechte zugunsten einzelner vor, wohingegen eine Nichtanwendung von § 1 Abs. 1, § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG als unmittelbarer rechtlicher Eingriff in die vom nationalen Recht gewährte Rechtsposition (den Wettbewerbsvorteil) von Einzelnen, nämlich von preisgünstigeren Bewerbern, nur durch das Primärrecht oder Verordnungen, nicht hingegen durch Richtlinien begründet werden könne. Daraus, dass das Unionsrecht die Nichtanwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte gebietet, ergebe sich keine andere Beurteilung.

18Soweit die Klägerin geltend mache, die Vorgaben der Beklagten bei den Unterkriterien zur Preisgünstigkeit wichen von den bestehenden regulatorischen Rahmenbedingungen ab, dringe sie damit ebenfalls nicht durch. Es könne dahinstehen, ob die Klägerin etwa über den Unionsrechtsverstoß hinausgehende Beanstandungen gegenüber der Beklagten vorgerichtlich hinreichend deutlich gerügt habe. Jedenfalls fehle es an der hinreichend

substantiierten Darlegung, in welchen konkreten (sonstigen) Punkten die Auswahlkriterien der Beklagten zur Preisgünstigkeit von den regulatorischen Bedingungen für die Netzentgelte abwichen und dass hierdurch gegebenenfalls ein etwaiger Spielraum für Pauschalisierungen und sonstige Vereinfachungen bei der Festlegung der Bedingungen für die Netzentgeltprognose zur Ermittlung der Preisgünstigkeit überschritten wäre.

19Soweit die Klägerin schließlich rüge, die Beklagte müsste für die Ermittlung der Preisgünstigkeit der Allgemeinheit auch die Auswirkungen außerhalb des Gemeindegebiets in den Blick nehmen, betreffe dies allein die bereits erörterte Frage der richtlinienkonformen Auslegung. Selbst als hiervon losgelöste Rüge eines bereits nach nationalem Recht unzutreffenden Verständnisses des für die Preisgünstigkeit relevanten Kreises der Allgemeinheit hätte sie keinen Erfolg. Unabhängig davon, ob eine solche Stoßrichtung der Rüge 2.33 in dem Rügeschreiben nicht hinreichend zum Ausdruck komme, sei die Verpflichtung der Gemeinden auf das Ziel der preisgünstigen leitungsbezogenen Versorgung der Allgemeinheit nach dem Vorstehenden allein auf das Gemeindegebiet bezogen.

20Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung sei nicht veranlasst. Die Kammer übe das ihr als nicht letztinstanzlich zur Entscheidung berufenem Gericht eingeräumte Ermessen dahin aus, von einer Vorlage abzusehen. Die Frage, ob § 1 Abs. 1, § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG oder die Berücksichtigung der Preisgünstigkeit in Form von prognostizierten Netzentgelten im Rahmen der Auswahlentscheidung der Gemeinden sonst gegen Unionsrecht verstoße, sei nicht entscheidungserheblich. Die Voraussetzungen, unter denen eine Richtlinie dazu führen könne, dass sich der Staat gegenüber einem Einzelnen nicht auf eine nationale Regelung berufen dürfe, seien durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs seit langem geklärt; die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall werfe keine Fragen auf, die eine weitere Klärung oder Konkretisierung dieser ständigen Rechtsprechung erforderten.

21Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt.

22Die Klägerin macht geltend, soweit das Landgericht der Auffassung entgegengetreten sei, dass von der Beklagten und anderen Gemeinden initiierte Unterbietungswettbewerb den Vorgaben aus Art. 39 bis 41 GasRL in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht werde, gehe dieses von unzutreffenden Entscheidungsmaßstäben aus. Stattdessen hätte das Landgericht den Verstoß gegen die Gasrichtlinie feststellen und in der Folge § 46 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG in dem hier betroffenen Punkt unionsrechtskonform auslegen oder aufgrund unmittelbarer Anwendbarkeit von Art. 39 bis 41 GasRL unangewendet lassen müssen. Das Landgericht habe einen angenommenen Unionsrechtsverstoß insbesondere nicht dahinstehen lassen dürfen, ohne das Verfahren dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen. Zu einer solchen Vorlage sei jedenfalls der Senat als letztinstanzliches Gericht im vorliegenden Verfahren verpflichtet.

23Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 22. November 2023 (Az. 14 O 62/23) abzuändern und die in erster Instanz beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen.

24Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

25Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

26Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

27Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

28I. Zur Bestimmung des Gegenstands des Verfügungsantrags, den die Berufung weiterverfolgt, ist festzustellen, dass der Hauptantrag letztlich keinen anderen (weitergehenden) Inhalt hat als der lediglich sprachlich abweichend gefasste Hilfsantrag.

29Ob ein geändertes Verhalten der Gemeinde (etwa eine Ausgabe geänderter Auswahlkriterien und deren Gewichtung) aus einem nach dem Hauptantrag gefassten gerichtlichen Verbot, das Verfahren fortzusetzen, ohne der Rüge abgeholfen zu haben, herausführt, hängt von den kennzeichnenden tatsächlichen Merkmalen des (potentiell) rechtsverletzenden Verhaltens der Gemeinde ab, das dem Unterlassungstitel gemäß dem Antrag zugrunde gelegt und somit maßgeblich für die eine antragsgemäße Entscheidung tragende Rechtsauffassung des Gerichts werden sollen (vgl. Senat, Urteil vom 13. Juli 2022 – 6 U 338/21 Kart, unveröffentlicht; siehe Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 123]; siehe auch KG, EnWZ 2021, 20, 22 [juris Rn. 35 ff]). Danach will die Klägerin eine Fortsetzung des Verfahrens unter (zumindest kerngleichen) Bedingungen, welche die geltend gemachte (potentielle) Rechtsverletzung begründen sollen, untersagt wissen (vgl. Senat, Urteil vom 13. Juli 2022 – 6 U 338/21 Kart, unveröffentlicht; siehe Senat, Urteil vom 8. Mai 2024 – 6 U 201/23 Kart, unveröffentlicht).

30Nichts anderes verlangt der nur sprachlich abweichend gefasste Hilfsantrag, indem er die begehrte Unterlassung unter den Vorbehalt einer Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts stellt. Es ist bei sachgerechter Auslegung auch nicht anzunehmen, dass er der Beklagten die Möglichkeit ließe, eine vom Gericht als Rechtsverstoß erkannte Vergabebedingung im Ergebnis nach erneuter Ausübung des Gestaltungsermessens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts beizubehalten (vgl. Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 332; Urteil vom 13. Juli 2022 – 6 U 338/21 Kart, unveröffentlicht). Ein Unterschied zwischen Haupt- und Hilfsantrag ergibt sich bei interessengerechter Auslegung auch nicht unter dem Gesichtspunkt, ob die Rechtsauffassung des Gerichts deckungsgleich mit der Argumentation der Klägerin ist. Ein Antrag, nach dem eine bei Antragstellung noch ungewisse Argumentation bzw. Rechtsauffassung des Gerichts für die Bestimmung des Gegenstands des Unterlassungsgebots (mit) maßgeblich wäre, würde dem Bestimmtheitserfordernis entsprechend § 253 ZPO nicht genügen, weil er Grund und Gegenstand des begehrten Ausspruchs der Wahl des Gerichts überließe. Kennzeichnend für den jeweiligen Streitgegenstand des vorliegenden Verfügungsbegehrens soll vielmehr ersichtlich (nur) die mit der Antragsbegründung geltend gemachte Rechtsverletzung sein, die sich wiederum aus den zu deren Begründung vorgetragenen Tatsachen ergeben soll und – im Hauptwie im Hilfsantrag – unabhängig von der argumentativen Begründung ist (vgl. Senat, Urteil vom 13. Juli 2022 – 6 U 338/21 Kart, unveröffentlicht; siehe Senat, Urteil vom 8. Mai 2024 – 6 U 201/23 Kart, unveröffentlicht).

31II. Der Antrag ist statthaft und scheidet nicht am Erfordernis eines besonderen oder allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses.

321. Das Landgericht hat offengelassen, ob sich die Statthaftigkeit und die Beurteilung, dass der Antrag nicht am Fehlen eines Verfügungsgrunds im Sinn von §§ 935, 940 ZPO scheidet, aus § 47 Abs. 5 EnWG, gegebenenfalls in entsprechender Anwendung, ergeben. Es hat zutreffend erkannt, dass das prozessrechtliche Ergebnis davon im Streitfall letztlich unabhängig ist.

33a) Allerdings bestehen schon keine durchgreifenden Bedenken gegen die (unmittelbare) Anwendung von § 47 Abs. 5 EnWG

34aa) Ob ein Anspruch nach § 33 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB und §§ 46, 47 EnWG mit Erfolg nach § 47 Abs. 5 EnWG geltend gemacht werden kann (zudem mit der Folge, dass nach § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG ein Verfügungsgrund dabei nicht glaubhaft gemacht werden muss), hängt – im Rahmen der Zulässigkeit oder Begründetheit des Antrags – bereits davon ab, ob die erhobenen Rügen von der antragstellenden Partei zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden können oder dieser Überprüfung entzogen sind. Eine Rüge kann der gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht werden, wenn der gerügte objektive Rechtsverstoß das Auswahlverfahren betrifft und sonach die Auswahlentscheidung, mithin die Chancen des Bewerbers auf die Konzession beeinflussen kann (vgl. Senat, Urteil vom 22. Februar 2023 – 6 U 381/22 Kart, EnWZ 2023, 225, 226; siehe auch Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 109 ff]; Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 91 ff; Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, juris Rn. 38). Dazu gehören nach § 47 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 EnWG (behauptete) Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG erkennbar sind (siehe dazu Senat, Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, juris Rn. 37).

35bb) Darunter fällt der vorliegend behauptete Rechtsverstoß, der sich daraus ergeben soll, dass es dem Unionsrecht zuwiderlaufe, wenn die Beklagte – wie ihre Mitteilung zu den Auswahlkriterien im Sinn von § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG ankündigt – möglichst geringe Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten als Auswahlkriterien berücksichtigen würde. Gegenstand der behaupteten Rechtsverletzung ist dabei eine (drohende) Zuwiderhandlung gegen das von den Gemeinden bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten im Sinn von § 46 Abs. 2 EnWG insbesondere gemäß § 46 Abs. 1 EnWG zu beachtende Diskriminierungsverbot (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 17 – Stromnetz Berkenthin), wonach eine Auswahlentscheidung im Allgemeinen allein nach sachlichen Kriterien zu treffen ist und das für den Bereich der Konzessionsvergabe durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt wird. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 36 – Stromnetz Berkenthin), denen die Gemeinde gemäß § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG bei der Auswahl des Unternehmens verpflichtet ist. Eine behauptete Missachtung dieser Verpflichtung auf die Ziele nach § 1 Abs. 1 EnWG ist Gegenstand der vorliegend geltend gemachten Rechtsverletzung. Träfen die auf das Unionsrecht und dessen Folgen für die Auslegung oder Anwendung der letztgenannten Zielbestimmung im Rahmen ihrer Inbezugnahme nach § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG gestützten Beanstandungen der Klägerin zu, was die dortige Formulierung des Ziels der preisgünstigen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit Gas (und spiegelbildlich die Bedeutung anderer dadurch relativierter Ziele) anbelangt, so läge in der Anwendung der gerügten Auswahlkriterien ein Verstoß der Beklagten gegen das Diskriminierungsverbot nach § 46 Abs. 1, 4 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG.

36b) Im Übrigen hat das Landgericht zutreffend erkannt, dass im Streitfall die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung jedenfalls unabhängig von der Anwendung von § 47 Abs. 5 EnWG gewahrt sind.

37 Ohne (entsprechende) Anwendung von § 47 Abs. 5 EnWG ergäbe sich die Zulässigkeit des Antrags nach allgemeinen Regeln (§§ 916 ff ZPO). Zwar ließe sich der Verfügungsgrund dann nicht damit begründen, dass aufgrund der Frist nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG eine Präklusion drohe (dazu Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 75 mwN). Wie der Senat bereits an anderer Stelle (Senat, Urteil vom 22. Februar 2023 – 6 U 381/22 Kart, EnWZ 2023, 225, 226) ausgeführt hat, droht indes dem Bieter auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 47 EnWG allgemein eine Vereitelung seines diskriminierungsfreien Zugangs zur Konzession. Ein Konzessionsvertrag ist nämlich im Allgemeinen nicht nichtig, wenn der in seinen Rechten verletzte Beteiligte ausreichend Gelegenheit hatte, vor Abschluss des Vertrags sein Recht auf eine Auswahlentscheidung, die ihn nicht diskriminiert oder unbillig behindert, zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht genutzt (vgl. BGH, RdE 2020, 422 Rn. 26 ff – Stromnetz Steinbach), insbesondere keinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt hat, um den Abschluss des Wegenutzungsvertrags zu verhindern (siehe BGH, RdE 2022, 114 Rn. 56 – Stadt Bargteheide). Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Bieter nicht gehalten ist, hiermit bis zu einem Zeitpunkt zwischen der getroffenen Auswahlentscheidung und dem dann unmittelbar drohenden Vertragsschluss zu warten (siehe Senat, Urteil vom 22. Februar 2023 – 6 U 381/22 Kart, EnWZ 2023, 225, 226). Dies würde den nicht nur nach § 46 Abs. 1, 2 EnWG, sondern auch nach § 19 GWB (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 17 ff – Stromnetz Berkenthin) durch die Gemeinden zu gewährenden diskriminierungsfreien Zugang zu den öffentlichen Verkehrswegen zu Verlegung und Betrieb eines Energieversorgungsnetzes unangemessen verzögern.

382. Der Klägerin fehlt es auch nicht unter anderen Gesichtspunkten am allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis für den vorliegenden Antrag. Auf die zutreffenden und von der Berufungserwiderung nicht beanstandeten Ausführungen des Landgerichts hierzu (LGU 6), denen der Senat sich anschließt, wird verwiesen.

39III. Es ist auch keine Präklusion nach § 47 Abs. 1, 2 Satz 2 EnWG eingetreten, die zu einer gesetzlich beschränkten Prüfungskompetenz des erkennenden Gerichts auf die von der Klagepartei fristgemäß vorgebrachten Rügen führen und damit zumindest die Begründetheit eines Antrags nach § 47 EnWG ausschließen würde (dazu Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 98 mwN). Die Klägerin hat den hier geltend gemachten Rechtsverstoß in Einklang mit diesen Vorschriften durch eine Rüge in Textform gegenüber der Gemeinde erklärt und begründet. Ferner hat die Klägerin die gerügte Rechtsverletzung nach Zugang der Nicht-Abhilfeentscheidung binnen der Frist nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG vor Gericht geltend gemacht (siehe zu dieser Anforderung Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 99 mwN).

40IV. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist aber unbegründet, weil die Rüge, dass die von der Beklagten angekündigte Anwendung der mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG mit sich bringen würde, in der Sache nicht gerechtfertigt ist.

41 Die Beklagte bevorzugt mit dem beanstandeten Auswahlkriterium der „Preisgünstigen Versorgung“ in den Unterkriterien 2.1 und 2.2 solche Bewerber, die möglichst geringe

Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten in Aussicht stellen können. Dass dies entgegen der Ansicht der Klägerin nicht zu beanstanden ist, hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend erkannt. Dagegen wendet sich die Berufung ohne Erfolg.

421. Dass die gerügten Auswahlkriterien mit den Vorgaben vereinbar sind, welche die bisherige höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung den nach einzelstaatlichem Recht maßgeblichen Vorschriften in §§ 1, 46 EnWG und § 19 GWB entnimmt, stellt die Rüge nicht in Abrede und hat auch das Landgericht zutreffend erkannt. Dagegen wendet sich auch die Berufung nicht.

43a) Dabei ist das Landgericht von dem im Allgemeinen anerkannten Prüfungsmaßstab ausgegangen, der auch vom Senat in ständiger Rechtsprechung (vgl. nur Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 80 ff; Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, juris Rn. 47 ff; Urteil vom 13. Juli 2022 – 6 U 53/21 Kart, WuW 2023, 48, 49) zugrunde gelegt wird.

44Eine (drohende) unbillige Behinderung von Bewerbern ist danach aufgrund der gebotenen Gesamtwürdigung grundsätzlich anzunehmen, wenn das Auswahlverfahren gegen die kartellrechtlichen Pflichten der Gemeinde, insbesondere gegen § 46 EnWG verstößt, und dadurch die Chancen der Bewerber auf die Konzession beeinträchtigt werden (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 55 ff, 58 – Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2015, 29 Rn. 53 – Stromnetz Homberg; RdE 2020, 422 Rn. 14 – Stromnetz Steinbach). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es den Gemeinden als marktbeherrschenden Anbietern der Wegenutzungsrechte im Sinn von § 46 Abs. 2 EnWG in ihrem Gebiet gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB untersagt, ihre marktbeherrschende Stellung durch unbillige Behinderung der Bewerber um den Abschluss eines Konzessionsvertrags missbräuchlich auszunutzen. Die Gemeinden sind vielmehr nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist – namentlich in Anbetracht der Regelung in § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG – vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG (Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten, umweltverträglichen und treibhausgasneutralen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht) konkretisieren (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 16 ff, 34 ff – Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2020, 358 Rn. 31 f – Gasnetz Leipzig; RdE 2021, 477 Rn. 19 f – Gasnetz Berlin). Dabei beziehen sich die genannten Zielvorgaben im Rahmen der zu treffenden Auswahl des Konzessionärs im Gemeindegebiet also auf die örtliche Versorgung; der Betrieb eines Strom- oder Gasnetzes soll in dem betroffenen örtlichen Bereich zur Erreichung des Ziels des § 1 Abs. 1 EnWG beitragen (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 16, 37 – Stromnetz Berkenthin; siehe BGH, RdE 2020, 358 Rn. 32 – Gasnetz Leipzig; RdE 2021, 477 Rn. 20 – Gasnetz Berlin).

45Bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien für die Konzessionsvergabe durch Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung der energiewirtschaftsrechtlichen Einzelziele gegeneinander und der hieran knüpfenden Bewertung der Bieterangebote steht der Gemeinde als Ausfluss ihrer durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Planungshoheit ein weiter (Beurteilungs-/Bewertungs-/Entscheidungs-/Ermessens-)Spielraum zu (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 137]; Urteil vom 11. Dezember 2019 – 6 U 81/19 Kart, unveröffentlicht; vgl. ferner BT-Drucks. 18/8184, S.

13, 15; BGHZ 199, 289 Rn. 48 – Stromnetz Berkenthin; OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 486, 488; KG, EnWZ 2019, 76, 81 f). Hierbei kann die Gemeinde den Anforderungen des jeweiligen Netzgebiets Rechnung tragen (§ 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG) und unter Wahrung der netzwirtschaftlichen Anforderungen auch die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigen (§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG). Der Spielraum der Gemeinde ist nur daraufhin überprüfbar, ob von keinem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen eingeflossen sind, der Spielraum diskriminierungsfrei wahrgenommen worden ist und sich Wertungsentscheidungen auch im Übrigen im Rahmen der Gesetze und allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe halten (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 137]; vgl. OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 488). Die Zuschlagskriterien der Gemeinde müssen danach insbesondere objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar sein und einen Bezug zum Netzbetrieb haben bzw. die netzwirtschaftlichen Anforderungen wahren, wobei namentlich die Gewichtung der Zuschlagskriterien sachgerecht an den Zielen des § 1 EnWG orientiert sein muss (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 137]; vgl. Senat, Urteil vom 3. April 2017 – 6 U 156/16 Kart, NJOZ 2018, 1809, 1818 f), die die Gemeinde gegebenenfalls unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse konkretisieren kann (vgl. BGH, RdE 2020, 422 Rn. 16 – Stromnetz Steinbach). Der bei der Bestimmung der Kriterien bestehende Spielraum der Gemeinde wird dort überschritten, wo die Bedeutung eines Kriteriums in der Ausschreibungsgewichtung so grundlegend von dessen Bedeutung nach den energiewirtschaftsrechtlichen Zielsetzungen abweicht, dass daraus eine Verkennung des Kriteriums offenkundig wird, weil von einer angemessenen Bewertung auch im Lichte des Spielraums nicht mehr ausgegangen werden kann (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 137]; vgl. OLG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2018, 485, 486). Wie der Senat (Urteil vom 27. April 2022 – 6 U 318/21 Kart, juris Rn. 51; Urteil vom 13. Juli 2022 – 6 U 53/21 Kart, WuW 2023, 48, 49) zuletzt klargestellt hat, findet der Ausgestaltungsspielraum der Gemeinde eine Grenze – auch – dort, wo die Auswahlkriterien und deren Gewichtung die objektiven Anforderungen an den Netzbetrieb mit Rücksicht auf die gebotene Ausrichtung an Kriterien, die das Ziel des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren, ersichtlich unzureichend abbilden. Denn die Zuschlagskriterien der Gemeinde müssen die netzwirtschaftlichen Anforderungen wahren und dabei muss ihre Gewichtung sachgerecht an den Zielen des § 1 EnWG orientiert sein (vgl. Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 137]; Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 82). Diese Anforderung gilt auch für die Gestaltung der Kriterien insgesamt und wird danach verfehlt, wenn sich darin eine ersichtlich objektiv nicht mehr zu rechtfertigende Untergewichtung eines nach § 1 EnWG bedeutenden Ziels ausdrückt.

46b) Demnach ist es zumindest sachgerecht, die Auswahl des Netzbetreibers unter anderem an dem Ziel auszurichten, zumindest möglichst geringe Netznutzungsentgelte für das Konzessionsgebiet (siehe Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 178 ff]) und (gegebenenfalls zusätzlich) möglichst geringe Netzanschlusskosten für Letztverbraucher im ausgeschriebenen Konzessionsgebiet (siehe Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 179]) zu erreichen.

47) Nach den oben dargestellten Maßstäben läge eine fehlerhafte Auswahl, die eine unbillige Behinderung indiziert, nämlich insbesondere vor, wenn die Gemeinde mit den Auswahlkriterien und deren der Gewichtung so grundlegend von der Bedeutung der

Preisgünstigkeit nach den energiewirtschaftlichen Zielsetzungen abweicht, dass daraus eine Verkennung des Kriteriums offenkundig wird und nicht mehr von einer angemessenen Bewertung ausgegangen werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 13. Juli 2022 – 6 U 53/21 Kart, WuW 2023, 48, 50). Nach § 1 Abs. 1 EnWG ist die betreffende Kommune u.a. verpflichtet, im Konzessionsvergabeverfahren denjenigen Netzbetreiber zu bestimmen, der für die im Gemeindegebiet betroffenen Netzkunden eine möglichst preisgünstige Versorgung bietet. Das Kriterium der Preisgünstigkeit verfolgt das Ziel, eine möglichst rationelle, effiziente und kostengünstige Energieversorgung für den Standort Deutschland zu gewährleisten, die für die Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft von erheblicher Bedeutung ist. Die Konkretisierung des Bewertungskriteriums „Preisgünstigkeit“ hat durch die jeweilige Gemeinde unter Berücksichtigung dieses übergeordneten Ziels zu erfolgen (Senat, Urteil vom 13. Juli 2022 – 6 U 53/21 Kart, WuW 2023, 48, 50). Dabei kann die Gemeinde sich an dem Bedarf nach einem insbesondere sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet in der ihr sachgerecht erscheinenden Weise ausrichten, den die Gemeinde als Nachfrager im Interesse aller örtlichen Netznutzer befriedigen muss (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 148]; siehe BGHZ 199, 289 Rn. 45 ff – Stromnetz Berkenthin). Namentlich die Berücksichtigung der zu erwartenden Höhe der regulatorisch mit dem Verteilnetz des Bieters verknüpften, tatsächlichen Netznutzungsentgelte für die Bürger im Konzessionsgebiet in Konkretisierung des energiewirtschaftsrechtlichen Ziels der Preisgünstigkeit auf das Ziel möglichst niedriger Kosten für die Netznutzung ist als sachgerechtes Kriterium zur Auswahl des Netzbetreibers grundsätzlich anerkannt und sogar gleichsam geboten (siehe Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 182]; vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 14). Mit einer preisgünstigen Versorgung beim Netzbetrieb im Sinn von § 1 Abs. 1, § 46 EnWG werden die (nicht rabattierten) Netzentgelte angesprochen, bei denen trotz Regulierung erhebliche Unterschiede zwischen Bewerbern bestehen können, insbesondere, weil in die Regulierung der Effizienzwert des Netzbetreibers einfließt (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 87 ff – Stromnetz Berkenthin).

48Dabei kann und darf die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe auf die Preisgünstigkeit der Energieversorgung nur in dem zur Vergabe anstehenden Gebiet abheben. Dies entspricht der kartellrechtlichen Fokussierung bei der gemeindlichen Auswahlentscheidung auf das Gemeindegebiet. Die Gemeinde hat lediglich im Gemeindegebiet für einen Wettbewerb um das beste Netz Sorge zu tragen. Dass bei der Berücksichtigung von Netzentgelten vom Ausgangspunkt her ein Nachteil für diejenigen Unternehmen bestehen mag, die überwiegend in der Fläche tätig sind, gegenüber denjenigen, deren Netzgebiet in Ballungsräumen liegt, steht dem nicht entgegen. Dieser Nachteil gründet ausschließlich in der eigenen Netzstruktur des Bieters und der hieran anknüpfenden regulatorischen Bestimmung des Netzentgelts im Weg der Anreizregulierung nach der Obergrenze der zulässigen auf den Bieter als Netzbetreiber bezogenen Gesamterlöse unter Erfassung der Durchschnittskosten aller Verteilnetze des Bieters (ausführlich Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 182]). Dass der Gesetzgeber unter anderem darauf abgezielt haben mag, durch möglichst günstige Strom- und Gaspreise den Wirtschaftsstandort Deutschland und damit die Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft insgesamt zu stärken (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 14), ändert daran nichts. Zahlen die Nutzer eines einzelnen Netzes der betreffenden Gemeinde niedrige Preise, kommt dies zunächst auch insgesamt der Volkswirtschaft zugute. Selbst wenn niedrigere Netzentgelte in regionalen Netzen volkswirtschaftlich auch die nachteilige Wirkung haben sollten, dass

sich die Netzkosten in anderen Regionen erhöhen, und solche extraterritorialen Nachteile und daraus folgende Wirkungen auf die Volkswirtschaft bei der Auswahlentscheidung der Gemeinde mit zu berücksichtigen wären, läge es zumindest im Ermessensspielraum der Gemeinde, die gegenläufigen Ziele gegeneinander abzuwägen und das Spannungsverhältnis dahin aufzulösen, dass sie bei der Bewertung der Angebote niedrige Netznutzungsentgelte als positives Merkmal in die Gesamtbewertung eingehen lässt (vgl. OLG Stuttgart, RdE 2020, 34 [juris Rn. 154 ff] mwN). Im Übrigen ist es gerade nicht Aufgabe der Gemeinde, mit der Auswahl des Konzessionärs für ihr Gemeindegebiet unmittelbar überörtliche energiewirtschaftsrechtliche Ziele zu fördern (vgl. Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 182]). Soweit § 1 Abs. 1 EnWG auf die Versorgung der Allgemeinheit abhebt, kann die Gemeinde dem naturgemäß nur insoweit Rechnung tragen, als sie einen Beitrag im Rahmen ihres örtlichen Wirkungskreises leisten kann, und darf die Auswahl nicht unmittelbar davon abhängig machen, welche Vorteile ihre Auswahlentscheidung für die Versorgung auf anderen Gebieten haben würde.

492. Die Rüge der Klägerin beruht auf der Annahme, dass diese Auslegung und Anwendung von §§ 1, 46 EnWG, § 19 GWB, wonach es zulässig ist, wie mit dem vorliegenden Auswahlkriterium 2. „Preisgünstige Versorgung“ ein Angebot umso besser zu bewerten, je niedriger die prognostizierten Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten jeweils betreffend das kommunale Netzgebiet sind, in Widerspruch zu Art. 39 bis 41 GasRL stehe. Diese Prämisse der Klägerin, deren Richtigkeit das Landgericht mit ausführlichen Erwägungen bezweifelt, aber offengelassen hat, trifft nicht zu. Die angefochtene Entscheidung erweist sich daher – unabhängig von der Begründung, auf die sie letztlich gestützt ist – schon aus diesem (anderen) Grund im Ergebnis als richtig.

50a) Die Gasrichtlinie enthält gemeinsame Vorschriften für die Fernleitung, die Verteilung, die Lieferung und die Speicherung von Erdgas; sie regelt die Organisation und Funktionsweise des Erdgassektors, den Marktzugang, die Kriterien und Verfahren für die Erteilung von Fernleitungs-, Verteilungs-, Liefer- und Speichergenehmigungen für Erdgas sowie den Betrieb der Netze (Art. 1 Abs. 1 GasRL). Nach Art. 3 Abs. 1 GasRL gewährleisten die Mitgliedstaaten entsprechend ihrem institutionellen Aufbau und unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips, dass Erdgasunternehmen grundsätzlich nach den in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätzen und im Hinblick auf die Errichtung eines wettbewerbsbestimmten, sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Erdgasmarkts betrieben werden und dass diese Unternehmen hinsichtlich der Rechte und Pflichten nicht diskriminiert werden. Die Mitgliedstaaten gewährleisten nach Art. 32 Abs. 1 GasRL insbesondere die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zum Fernleitungs- und Verteilernetz und zu den LNG-Anlagen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife, dessen Zugangsregelung für alle zugelassenen Kunden gilt, einschließlich Versorgungsunternehmen, und nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung von Netzbenutzern angewandt wird; die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass diese Tarife oder die Methoden zu ihrer Berechnung gemäß Art. 41 GasRL von einer in Art. 39 Abs. 1 GasRL genannten Regulierungsbehörde vor deren Inkrafttreten genehmigt werden und dass die Tarife und – soweit nur die Methoden einer Genehmigung unterliegen – die Methoden vor ihrem Inkrafttreten veröffentlicht werden. Die Regulierungsbehörde hat nach Art. 41 Abs. 1 Buchst. a GasRL insbesondere die Aufgabe, anhand transparenter Kriterien die Fernleitungs- oder Verteilungstarife bzw. die entsprechenden Methoden festzulegen oder zu genehmigen. Nach Art. 41 Abs. 6 Buchst. a GasRL obliegt es den Regulierungsbehörden

insbesondere, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung insbesondere der Bedingungen zum Anschluss und Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich Fernleitungs- und Verteilungstarife, und Bedingungen und Tarife für den Zugang zu LNG-Anlagen mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen.

51b) Den im Kapitel VIII der Gasrichtlinie enthaltenen Bestimmungen nach Art. 39 ff GasRL läuft es nicht zuwider, wenn die Gemeinde möglichst niedrige prognostizierte Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten im Gemeindegebiet bei der Auswahl des Konzessionärs zu Gunsten des Bieters berücksichtigt (ebenso im Ergebnis OLG Stuttgart, Beschluss vom 9. November 2022 – 2 U 165/22, Anlage AG 3, unveröffentlicht; LG Stuttgart, Urteil vom 5. Juli 2022 – 51 O 130/22, Anlage AG 2, unveröffentlicht; aA Sauer, EWeRK 2022, 234 ff, 242 ff; offengelassen LG Stuttgart, Urteil vom 14. Juli 2022 – 35 O 63/22 KfH, Anlage AG 1, unveröffentlicht).

52aa) Entgegen der Ansicht der Berufung widerspricht das beanstandete Auswahlkriterium nicht einer von den der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleistenden Alleinzuständigkeit der Bundesnetzagentur, die Netznutzungsentgelte und Netzanschluss- und Zugangsbedingungen nach Art. 41 Abs. 1 und 6 Buchst. a GasRL festzulegen. Die Berufung kann insbesondere nicht damit durchdringen, dass das gerügte Auswahlkriterium gegen die Grundsätze der Entscheidung „CTL Logistics“ des Gerichtshofs der Europäischen Union (Urteil vom 9. November 2017 – C-489/15, RdE 2018, 195) durch exklusiv der Regulierungsbehörde vorbehaltene Anwendung und Präzisierung von Regulierungsrecht verstoße.

53(1) Die Bestimmungen in Art. 39 Abs. 1 bis 3 GasRL verlangen eine einzige nationale Regulierungsbehörde des jeweiligen Mitgliedsstaats und erlauben daneben Regulierungsbehörden auf regionaler Ebene oder für bestimmte kleine Netze. Nach Art. 39 Abs. 4 GasRL gewährleisten die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde und sorgen dafür, dass diese ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausübt, insbesondere rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen und privaten Einrichtungen. Art. 41 Abs. 4 GasRL verlangt von den Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörden mit den erforderlichen Befugnissen ausgestattet werden, die es ihnen ermöglichen, die in den Art. 41 Abs. 1, 3 und 6 GasRL genannten Aufgaben effizient und rasch zu erfüllen.

54 Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass Art. 39 GasRL die uneingeschränkte Ermessensfreiheit der unabhängigen (nationalen) Regulierungsbehörde bei der Festlegung oder Genehmigung der Netztarife bzw. entsprechender Tarifberechnungsmethoden und anderer Nutzungsbedingungen vorgibt. Hiergegen wird verstoßen, wenn die Befugnis, in deren Zuständigkeitsbereich tätig zu werden, an eine andere Stelle verliehen wird oder die (nationale) Regulierungsbehörde durch von einer anderen Stelle – einschließlich nationaler Gesetz- oder Verordnungsgeber – erlassene Vorschriften oder Weisungen gebunden wird, die detailliert die Ausübung der ihr nach der Gasrichtlinie vorbehaltenen Zuständigkeiten regeln, soweit jeweils hierdurch die Möglichkeit der (nationalen) Regulierungsbehörde beschränkt wird, in diesen Bereichen Entscheidungen selbständig und ohne äußere Einflüsse zu treffen (vgl. EuGH, Urteil vom 2. September 2021 – C-718/18, RdE 2021, 534 Rn. 101, 106, 109, 112 f, 130 – Kommission/Deutschland).

55 Das Landgericht ist ferner mit Recht sinngemäß davon ausgegangen, dass nach der zu anderen Sektoren ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union

(RdE 2018, 195 Rn. 69 ff – CTL L1. GmbH; siehe auch EuGH, Urteil vom 21. November 2019, C-379/18, NVwZ 2020, 48 Rn. 67 ff – Deutsche Lufthansa) ein Eingriff in die unionsrechtlich vorgegebene Zuständigkeit und Unabhängigkeit einer Regulierungsstelle bei der Erfüllung der ihr zugewiesenen Aufgaben oder Befugnisse, Entgelte oder deren Bedingungen zu regulieren, etwa auch dann in Betracht kommt, wenn die ordentlichen Gerichte eines Mitgliedstaats diese Entgelte im Einzelfall auf Billigkeit überprüfen und abändern könnten und dabei entweder Beurteilungskriterien anwenden, die mit denjenigen des unionsrechtlichen Regulierungsrahmens unvereinbar sind, oder andernfalls (ex post) in die Zuständigkeit der Regulierungsstelle zur Anwendung des Letzteren eingreifen würden. Die Berufung weist im Ansatz zutreffend darauf hin, dass es nach dieser Rechtsprechung gegen eine der Regulierungsstelle zuerkannte ausschließliche Zuständigkeit verstößt, wenn eine andere staatliche Stelle bei einer Beurteilung und Kontrolle der Berechnungsmodalitäten die Vorschriften des Regulierungsrechts anwenden, die somit nicht nur von der zuständigen Regulierungsstelle beurteilt werden, sondern auch durch die andere Stelle und mit deren Handlungen gegebenenfalls befasste nationale Gerichte „angewandt und präzisiert“ werden (vgl. EuGH, RdE 2018, 195 Rn. 82 – CTL L1. GmbH).

56 Insbesondere betreffend die Gewährleistung der Alleinzuständigkeit und Befugnisse der Regulierungsbehörde, aber auch allgemein hinsichtlich der – nachfolgend ab bb) zu erörternden – weiteren Vorgaben der Richtlinie verweist die Berufung zudem im Ansatz zutreffend auf ein – von ihr so bezeichnetes – „Frustrationsverbot“. Dieses bezeichnet allerdings üblicherweise Anforderungen an die Mitgliedstaaten speziell während der Umsetzungsfrist einer Richtlinie (vgl. etwa EuGH, Slg. I 2006, 6091 Rn. 121 ff – Adeneler; BVerfG, NJW 2013, 2957, 2958; Geismann in von der Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., AEUV Art. 288 Rn. 43 mwN). Allgemein lässt sich aber auch darüber hinaus allgemein aus Art. 4 Abs. 3 EUV (Grundsätze der loyalen Zusammenarbeit und der Effektivität) und Art. 288 Abs. 3 AEUV und speziell hinsichtlich der Befugnisse der Regulierungsbehörde aus Art. 41 Abs. 4 GasRL ableiten, dass die Mitgliedsstaaten nicht nur eine aktive Förderungs- und Unterstützungspflicht trifft, sondern auch ein Verbot aller Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union und insbesondere einer ihrer Richtlinien gefährden könnten (siehe Kahl in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., EUV Art. 4 Rn. 118 mwN; Obwexer in von der Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., EUV Art. 4 Rn. 131 ff),

57(2) Mit der Alleinzuständigkeit der Regulierungsbehörde ist es nach diesen Grundsätzen offenkundig nicht unvereinbar, wenn die Gemeinde in ihre Auswahl des Konzessionärs der Wegerechte für den Gasnetzbetrieb im Gemeindegebiet unter anderem das Bestreben einfließen lässt, dort geringe Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten zu erreichen.

58(a) Mit dem Landgericht kann dahingestellt bleiben, ob die Gemeinde bei der Vergabe ihrer Wegenutzungsrechte, die sie wirtschaftlich gegen Entgelt und als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinn des deutschen Kartellrechts verwertet (vgl. nur BGHZ 199, 289 Rn. 17 ff – Stromnetz Berkenthin) eine solche öffentliche Stelle ist, deren Eingriff in die Regulierung den vorstehenden Grundsätzen zuwiderliefe. Eine solche Einordnung der Gemeinde kann zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden.

59(b) Der Berufung kann nicht darin gefolgt werden, dass die mit den gerügten Auswahlkriterien umgesetzte Konzessionsvergabepraxis in Widerspruch zur Gasrichtlinie Wettbewerbsanreize setze und damit – im Sinn eines „faktisch-regulatorischen

Gegengewichts“ als Konkurrenzmodell – die alleinige Kompetenz der Regulierungsbehörde unterlaufe, Netzentgelte und Netzanschlussbedingungen oder Methoden ihrer Berechnung festzulegen.

60Zwar ergänzt das Energiewirtschaftsrecht die – an die Stelle des beim Netzbetrieb nicht möglichen Wettbewerbs tretende – Regulierung in bestimmten zeitlichen Abständen durch einen Wettbewerb um den Netzbetrieb. Dadurch soll derjenige (neue) Netzbetreiber ermittelt werden, der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, beim Netzbetrieb eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität zu gewährleisten (BGHZ 199, 289 Rn. 38 – Stromnetz Berkenthin). Eine Befugnis zur Änderung oder Beeinflussung der davon unabhängigen Entscheidungen der Regulierungsbehörde betreffend die Entgelte und Bedingungen der Netznutzung und des Netzanschlusses sieht § 46 EnWG aber nicht vor und maßt sich die Gemeinde mit einer Berücksichtigung der in Rede stehenden Auswahlkriterien auch nicht an.

61Die Regulierung wird insoweit auch nicht im Sinn der zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (RdE 2018, 195 Rn. 82 – CTL L1. GmbH) durch die Gemeinde „angewendet und präzisiert“. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass die Gemeinde keine (anderen) Netzentgelte und Netzanschlusskosten oder sonstige der Regulierung unterliegenden Bedingungen festlegt, sondern lediglich danach fragt, welche Netzentgelte und Netzanschlusskosten auf der Grundlage der – der zuständigen Behörde überlassenen – Regulierung der Erlösobergrenze des einzelnen Bieters zu prognostizieren sind. Dies dient keiner ergänzenden, präzisierenden oder korrigierenden Kontrolle oder gar Abänderung dieser Erlöse anhand derselben oder anderen Kriterien. Vielmehr sollen die erfragten Informationen den Bewerber identifizieren lassen, der aufgrund der durch die Gemeinde anerkannten Regulierung der Erlösobergrenze allein durch die zuständige Behörde für das Gemeindegebiet der davon ausgehenden Bildung der Preise für Netznutzung und Netzanschluss potentiell am günstigsten erscheint.

62Dem steht nicht entgegen, dass die Gemeinde im Rahmen dieser bloßen Prognose darauf angewiesen ist, die Vorgaben des Regulierungsrechts nachzuvollziehen, ohne dass dies den Bewerber oder die Regulierungsbehörde hinsichtlich der noch festzusetzenden Bedingungen binden würde. Daher tritt auch die von der Berufung befürchtete (erhöhte) Rechts- und Planungsunsicherheit für die Netzbetreiber, vor der die Alleinzuständigkeit der Regulierungsbehörde schützen mag, nicht ein. Das gilt unabhängig davon, welche – nach Ansicht der Berufung gleichsam umfassende – Prüfungstiefe diese bloße Prognose der Gemeinde erreicht und ob die Gefahr besteht, dass die Gemeinde insoweit ihr Prognoseziel verfehlen kann, als jede Gemeinde ein eigenes, von der späteren Beurteilung der Regulierungsbehörde abweichendes Verständnis der hochkomplexen und in ihrer Auslegung (auch gerichtlich) umstrittenen Regulierungsvorschriften einfließen lassen könnte. Auch die von der Klägerin angeführte Rechtsprechung geht hinsichtlich des Regulierungsrechts nur von der Anwendungshoheit der Regulierungsbehörde aus, die nicht ausschließt, dass andere Stellen, soweit sie auf eine Prognose sich aus regulierten Erlösobergrenzen ergebender Entgelte und Bedingungen angewiesen sind, Erwägungen dazu anstellen, welche Interpretation und Anwendung des Regulierungsrechts die Regulierungsbehörde voraussichtlich vornehmen wird. Die Gemeinde stellt mit der Mitteilung, auf welche Weise sie die Prognose vornehmen werde, keine – von der Berufung

so genannten – „selbst gewählte[n] hypothetische[n] Regulierungsvorgaben im Konzessionsgebiet“ auf, sondern macht das Auswahlkriterium so transparent, dass dessen spätere Anwendung willkürfrei und kontrollierbar erfolgen kann. Gerade weil es sich lediglich um – naturgemäß mit Unwägbarkeiten verbundene – Prognosen handelt, bestehen auch keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, wenn diese in einem Maß, wie es nach dem Zweck der Prognosen sachgerecht ist, unter Vereinfachungen und somit gewissen Abweichungen gegenüber den in Wirklichkeit maßgeblichen Regulierungsregeln zustande kommen sollten. Soweit die nähere Bestimmung eines Auswahlkriteriums, welche die Gemeinde nach § 46 Abs. 4 EnWG trifft, insoweit unter dem Gesichtspunkt einer diskriminierungsfreien, sachgerechten Auswahlentscheidung fehlerhafte, nicht mehr als aussagekräftige Annäherung hinnehmbare Vorgaben für die Netzentgeltprognose machen sollte, mögen diese nach § 47 EnWG als Rechtsverletzung unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots zu rügen sein. Daraus ergäbe sich aber nicht die gerügte Sachwidrigkeit der Berücksichtigung der zu erwartenden Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten als solche. Das gilt etwa, soweit die Berufung die ihrer Ansicht nach aufgrund statistischer Überlegungen bedenkliche Annahme („Fiktion“) eines Effizienzwerts von 100% und eines Regulierungskontos mit 0 € und weitere Annahmen der Beklagten anspricht. Darin etwa liegende Unzulänglichkeiten der Prognose würden nicht die mit der vorliegenden Rüge vielmehr schlechthin gerügte Angemessenheit einer positiven Bewertung der Preisgünstigkeit der Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten im Gemeindegebiet in Frage stellen.

63Die Berufung meint, das Landgericht habe unter formaler Betrachtung verkannt, dass die gerügten Auswahlkriterien den Netzbetreibern Anreize zur Minimierung von Netzentgelten setzten, die gegenläufig zu in der Regulierung (mit Erlösobergrenzen) vorgesehenen Anreizen seien, durch Investitionen die Effizienz zu steigern und die Netze auszubauen. Auch unter diesem Gesichtspunkt einer solchen vermeintlichen Beeinflussung der Motivation der Netzbetreiber ist aber kein unmittelbarer oder mittelbarer, rechtlicher oder auch nur faktischer Eingriff in die Kompetenzen der Regulierungsbehörde zu erkennen. Die Berufung weist selbst darauf hin, dass die Anreizregulierung „selbstverständlich“ davon ausgeht, dass die Netzbetreiber die genehmigte Erlösobergrenze (stets) voll ausschöpfen (freilich nicht, um einen Anreiz zu möglichst hohen Preisen, sondern um Anreize zu Kostensenkungen unter Sicherung der Qualität zu setzen). Ein auf die Preisgünstigkeit bezogenes Auswahlkriterium der Konzessionsvergabe bedeutet noch keinen anderen Ansatz. Erfolgt die in den Auswahlkriterien geforderte Entgeltprognose – wie hier – dadurch, dass (näherungsweise) die zu erwartenden Vorgaben der Regulierungsbehörden antizipiert werden und insbesondere nach (prognostizierten) Erlösobergrenzen gefragt wird, so kann dies erkennen lassen, dass die Gemeinde ebenfalls von einer Ausschöpfung der Erlösobergrenze ausgeht und – wie die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit auch betont – nicht etwa einen Wettbewerb durch (zudem gar bindende) Angebote zur Unterbietung der Erlösobergrenze eröffnet. Knüpft die Gemeinde mit der Abfrage im Rahmen des Kriteriums der preisgünstigen Versorgung lediglich an das erzielte (prognostizierte) Regulierungsergebnis und die danach vom Bieter prognostizierten Netznutzungsentgelte an, sieht sie damit keine Unterschreitung solcher Erlösobergrenzen und keinen Verzicht auf den mit einem gegebenenfalls bereits vorliegenden Effizienzwert „verdienten“ Spielraum vor, den Gewinn auszuweiten (siehe auch BGHZ 199, 289 Rn. 87 – Stromnetz Berkenthin). Abweichende Entgeltprognosen im Rahmen des Gebots auf die Wegenutzungsrechte binden den Bieter nicht, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt

hat. Abgesehen davon bleibt den Bietern unbenommen, schon in ihrer Prognose mit dem Gebot die ihnen von der Regulierungsbehörde zugebilligten Entgelte und Bedingungen voll auszuschöpfen. Sie werden auch nicht etwa gezwungen, im schon im Regulierungsverfahren möglichst geringe Erlösbergrenzen anzustreben. Soweit sich hohe Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten nachteilig auf die Chancen auswirken sollten, ein bestimmtes Netz für die Laufzeit der zur Vergabe anstehenden Wegnutzungsrechte zu betreiben, läge darin kein rechtlicher oder auch nur faktischer Eingriff in den Gegenstand der Regulierung, der in den Bedingungen des Netzbetriebs und nicht in dem Zugang zu den dafür erforderlichen Wegnutzungsrechten liegt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass schon allein die Aufnahme des Kriteriums der Preisgünstigkeit in Anbetracht eines komplexen Katalogs zahlreicher, teils in Zielkonflikt zueinander stehender Auswahlkriterien (dazu näher sogleich unter bb)) schlechthin wenigstens die Gefahr begründen könnte, die von der Regulierung ausgehenden Anreize zur Beeinflussung der Netzbetreiber im Rahmen der Versorgungstätigkeit zu unterlaufen, etwa die Netzbetreiber im Allgemeinen dazu anzuhalten, bei der Regulierungsbehörde eine Festlegungen geringerer Erlösbergrenzen anzustreben.

64bb) Entgegen der Ansicht der Berufung läuft die Zulassung des hier gerügten Auswahlkriteriums auch nicht dem Gebot zuwider, bei der Regulierung eine langfristige und auf das Gesamtsystem bezogene Perspektive einzunehmen.

65(1) Die Berufung weist im Grundsatz zutreffend darauf hin, dass die Regulierungsbehörde das Funktionieren des Gasbinnenmarkts ganzheitlich gemäß den in Art. 40 GasRL verfassten Zielen anzustreben hat. Dabei sollen die nationalen Regulierungsbehörden sicherstellen, dass die Tarife für die Fernleitung und Verteilung nichtdiskriminierend und kostenorientiert sind (Erw. 32 zur GasRL; vgl. Art. 25 Abs. 5 GasRL). Nach Art. 40 Buchst. a, f GasRL nimmt die Regulierungsbehörde ihre Regulierungsaufgaben insbesondere mit dem Ziel wahr, geeignete Bedingungen dafür sicherzustellen, dass Gasnetze unter Berücksichtigung der langfristigen Ziele wirkungsvoll und zuverlässig betrieben werden, und Voraussetzungen zu schaffen, damit für Netzbetreiber und Netznutzer kurzfristig wie langfristig angemessene Anreize bestehen, Effizienzsteigerungen bei der Netzleistung zu gewährleisten und die Marktintegration zu fördern. Nach Art. 41 Abs. 8 GasRL stellt die Regulierungsbehörde bei der Festsetzung oder Genehmigung der Tarife oder Methoden und der Ausgleichsleistungen sicher, dass für die Fernleitungs- und Verteilerbetreiber angemessene Anreize geschaffen werden, sowohl kurzfristig als auch langfristig die Effizienz zu steigern, die Marktintegration und die Versorgungssicherheit zu fördern und entsprechende Forschungsarbeiten zu unterstützen. Nach alledem mag es einer richtliniengemäßen Regulierung widersprechen, wenn eine staatliche Stelle auf die von einem Netzbetreiber anzuwendenden Entgelte und sonstigen Bedingungen mit einer Maßnahme einwirken würde, die einseitig auf das Ziel einer möglichst preisgünstigen Versorgung im Sinn möglichst geringer Netznutzungsentgelte und -anschlusskosten fokussiert wäre.

66(2) Dem widerspricht zweifellos nicht die Zulassung der hier gerügten Auswahlkriterien mit einem Gewicht von 15% der insgesamt erreichbaren Punktezahl.

67(a) Zunächst steht ein Anreiz, niedrige Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten zu prognostizieren, der Berücksichtigung eines dahingehenden Auswahlkriteriums ohnehin nicht von generell in Widerspruch zu der Gesamtheit der unionsrechtlich vorgegebenen Regulierungsziele. Dazu gehört nämlich nach Art. 40 Buchst. d GasRL auch, zu einer

möglichst kostengünstigen Verwirklichung der angestrebten Entwicklung verbraucherorientierter, sicherer, zuverlässiger und effizienter nichtdiskriminierender Systeme, Förderung der Angemessenheit der Systeme und, in Einklang mit den allgemeinen Zielen der Energiepolitik, der Energieeffizienz sowie der Einbindung von Gas aus erneuerbaren Energieträgern und dezentraler Erzeugung in großem und kleinem Maßstab sowohl in Fernleitungs- als auch in Verteilernetze beizutragen. Im Übrigen hängt gerade auch die Effizienz nicht nur von Umfang und Qualität der Leistungen des Netzbetreibers, sondern auch von deren Verhältnis zu den Kosten ab, die maßgeblich in eine wettbewerbsorientierte Entgeltberechnung eingehen würden. Schon deshalb unterlaufen die hier gerügten Auswahlkriterien die Regulierungsziele nicht durch einen Anreiz zum Unterbietungswettbewerb.

68(b) Soweit die Regulierungsziele die Befugnis der Regulierungsbehörde gebieten mögen, insbesondere Anreize zur langfristig effizienten Leistungserbringung und Investition dadurch zu setzen, dass (namentlich unter Berücksichtigung der Kosten und Effizienzvorgaben ermittelte) Erlösobergrenzen ausgeschöpft werden dürfen, schafft allein die Berücksichtigung des wie hier gefassten Kriteriums der Preisgünstigkeit, das neben zahlreiche weitere Wertungskriterien zur Auswahl tritt, keine zuwiderlaufenden Anreize.

69Die Klägerin verkennt, dass nach den hier aufgestellten Auswahlkriterien nicht allein die prognostizierten Entgelte über die Auswahl des Netzbetreibers entscheiden sollen, sondern darin mit zahlreichen weiteren Kriterien mehrere gegenläufige Ziele verfolgt werden und sich darin insgesamt auch der besondere Gesichtspunkt der Effizienz abbilden kann. Die schlechthin gegen die Honorierung einer preisgünstigen Versorgung gerichtete Rüge ist unter diesem Gesichtspunkt schon deshalb unbegründet, weil sie nicht etwa darauf abstellt, in welchem (etwa Miss-)Verhältnis sie zu den Inhalten und dem Gewicht anderer Wertungskriterien steht. So kann etwa eine Berücksichtigung der Gesichtspunkte der sicheren Versorgung, der Verbraucherfreundlichkeit, der Effizienz des Netzbetriebs und der umweltverträglichen und treibhausgasneutralen Versorgung, wie sie hier – jeweils mit demselben oder (im Fall der Versorgungssicherheit mit 25% der Gesamtpunkte) sogar höherem Gewicht als dem der Preisgünstigkeit – vorgesehen ist, den von der Klägerin befürchteten Anreiz ausschließen, auf Kosten der unionsrechtlich vorgegebenen Ziele der Regulierung in einen Unterbietungswettbewerb einzutreten. Etwas Anderes folgt nicht aus der Ansicht der Berufung, das Kriterium des niedrigsten Netzentgelts entscheide „in vielen Fällen“ über die Konzessionsvergabe.

70(c) Nicht zu beanstanden ist auch die Dauer des (zuletzt) gewählten Prognosezeitraums bis 2027, der auch für die langfristig zu erwartenden Entgelte, die als solche schwer prognostizierbar wären und deren Berücksichtigung dementsprechend mit besonderen Unwägbarkeiten im Bietervergleich verbunden wären, zumindest einen Anhaltspunkt gibt. Eine Abkehr von den auf lange Sicht angelegten Regulierungszielen hin zu einer kurzfristigen Entgeltoptimierung ist damit nicht verbunden.

71(d) Dahinstehen kann nach alledem, ob – wie das Landgericht ergänzend gemeint hat – ohnehin ein Verstoß gegen die Gasrichtlinie im Fall sachwidriger Anreize des Konzessionsvergabeverfahrens erst dann gegeben sein könnte, wenn die Befugnisse der Regulierungsbehörde unzureichend ausgestaltet wären, um einem unerwünschten Marktgeschehen gegenzusteuern.

72cc) Ebenfalls zu Unrecht macht die Berufung geltend, die gerügten Auswahlkriterien erschweren eine effektive Schaffung von Anreizen zur Effizienzsteigerung.

73(1) Die Berufung verweist hierzu auf die bereits angesprochenen Regelungen in Art. 40 Buchst. d und f, Art. 41 Abs. 8 GasRL, die insbesondere auf kurzfristig wie langfristig angemessene Anreize für die Netzbetreiber abzielen, Effizienzsteigerungen bei der Netzleistung zu gewährleisten und die Marktintegration zu fördern. Sie weist darauf hin, dass nach deutschem Regulierungsrecht für die Netzentgeltbildung die durchschnittlichen Kosten eines Netzbetreibers in seinem gesamten Netzgebiet entscheidend sind. Dementsprechend sehen auch die Auswahlkriterien der Beklagten vor, zur Prognose der Preisgünstigkeit das gesamte Netzgebiet des Bieters in den Blick nehmen; nach dem konsolidierten Kriterienkatalog der Beklagten ist hinsichtlich der Netznutzungsentgelte im Sinn des Unter-Kriteriums 2.1 ab Beginn der Laufzeit des Konzessionsvertrages das ausgeschriebene Netzgebiet unter Berücksichtigung des bestehenden Netzgebiets des Bieters heranzuziehen, also das Preisblatt, das sich bei unterstelltem Obsiegen im vorliegenden Konzessionswettbewerb ergibt und welches ein über das (dann) gesamte Netzgebiet des Netzbetreibers einheitliches Netzentgelt ausweist. Die Klägerin beanstandet insbesondere, dass Netzbetreiber mit ungünstigen, meist ländlichen Versorgungsstrukturen das Nachsehen hätten, weil es ihnen selbst bei größter Effizienzsteigerung regelmäßig nicht möglich sei, niedrigere Netzentgelte anzubieten als ein Bewerber, der vor allem städtische Gebiete versorge oder sich, wie kommunale Eigengesellschaften oder Newcomer, auf ein – insbesondere im betreffenden Vergabeverfahren ausgeschriebenes – Konzessionsgebiet mit günstigen Strukturparametern beschränke. Damit setze sich nicht der effizienteste Gasnetzbetreiber durch. Zudem würden zu Lasten der Allgemeinheit Netze unter Effizienzverlusten zersplittert und Netzentgelte in städtischen Gebieten sinken, hingegen in ländlichen Gebieten steigen (also Kosten zwischen den Netzgebieten „verschoben“, siehe Monopolkommission, Sondergutachten 77, Energie 2017, Rn. 348) was zudem eine ungünstige Verlagerung der Nachfrage nach Gasnetzanschlüssen und Strom zur Folge habe.

74(2) Insoweit gilt zunächst hinsichtlich der allgemeinen Vereinbarkeit der gerügten Auswahlkriterien mit dem Ziel einer auf Effizianzanreize ausgerichteten und wirksamen Kompetenz der Regulierungsbehörde das zuvor Gesagte. Etwas Anderes ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Bedeutung der Kostenstrukturen unterschiedlicher Netzbetreiber mit Blick auf deren Versorgungsgebiet.

75Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, bewirkt das vorliegende Auswahlkriterium der Preisgünstigkeit lediglich, dass insoweit derjenige Bewerber bei dem Zugang zu den Wegerechten einen Vorteil hat, der auf der Grundlage der bestehenden Regulierung potentiell die günstigsten Entgelte für die Netzdienstleistungen im Gemeindegebiet erwarten lässt, was unter den gegebenen Rahmenbedingungen – einschließlich der regulierten Bedingungen für die Netzentgelte und den sonstigen Netzbetrieb – einem wettbewerbsorientierten Ansatz entspricht. Auch insoweit gilt, dass damit die alleinige Verbindlichkeit der regulatorischen Vorgaben nicht unterlaufen wird und die Berücksichtigung der Preisgünstigkeit den Zielen der unionsrechtlich determinierten Regulierung nicht schlechthin zuwiderläuft. Soweit ein Zielkonflikt zwischen den Interessen der Netznutzer und Gasabnehmer in einem Gebiet und den Interessen solcher in einem anderen Gebiet oder dem volkswirtschaftlichen Gesamtnutzen bestehen kann, ist offenkundig, dass auch die Gasrichtlinie nicht verlangt, die – hier schon nicht betroffene – Regulierung der Bedingungen der Netznutzung gleichsam planwirtschaftlich unter Ausschluss von strukturellen Wettbewerbsvorteilen einzelner Marktteilnehmer dem bestmöglichen Ergebnis für die Allgemeinheit unterzuordnen, was das Gesamtaufkommen

an Netznutzungsentgelten und sonstigen Vor- und Nachteilen der gesamten Marktstruktur wie einer effizienten Anschlussverteilung angeht.

76Im Übrigen ist es eine „konzeptionelle Eigenart“ (Monopolkommission, Sondergutachten 77, Energie 2017, Rn. 347) der deutschen Entgeltregulierung, dass – jedenfalls in der bis zum 28. Dezember 2023 geltenden Fassung des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG aF) – ein einheitliches Netzentgelt für einen Netzbetreiber ausgewiesen wird, auch wenn dieser mehrere Netzkonzessionen besitzt (siehe § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF: „auf einzelne Netzbetreiber oder [...] sowie auf das gesamte [...]versorgungsnetz, [...] bezogen“ und die Umsetzung in §§ 4 ff ARegV; vgl. Hummel in Theobald/Kühling, Energierecht, Stand Nov. 2023, ARegV § 4 Rn. 21; BeckOK-EnWG/Peiffer, Stand März 2024, EnWG § 46 Rn. 133). Diese Konzeption ist aber keineswegs unionsrechtlich vorgegeben. Soweit die Berufung insbesondere ein „Diskriminierungsverbot“ nach Art. 41 Abs. 10 GasRL anführt, ergibt sich daraus keine Notwendigkeit eines – ungeachtet örtlich ungleicher Verhältnisse – einheitlichen Netzentgelts für alle Netzgebiete desselben Betreibers. Ob nicht vielmehr umgekehrt diese Vereinheitlichung des Netzentgelts im Rahmen der Regulierung eine dem Unionsrecht zuwiderlaufende Wettbewerbsverzerrung bewirken kann, muss hier nicht entschieden werden.

77dd) Die Berufung kann auch nicht mit dem Argument durchdringen, die Berücksichtigung der Preisgünstigkeit beeinträchtigt unionsrechtswidrig die Förderung von Investitionen und der Lebensfähigkeit von Netzen.

78(1) Hierfür stützt sie sich insbesondere auf Art. 41 Abs. 6 Buchst. a GasRL. Danach sind Tarife für den Zugang zu LNG-Anlagen oder Methoden so zu gestalten, dass die notwendigen Investitionen in die Netze und LNG-Anlagen so vorgenommen werden können, dass deren Lebensfähigkeit gewährleistet ist. Auch die bereits angesprochenen Vorschriften in Art. 40 Buchst. a, d, Art. 41 Abs. 8 GasRL verlangen eine Regulierung zur Förderung wirkungsvollen und zuverlässigen Gasnetzbetriebs mit Anreizen insbesondere zur Förderung der Versorgungssicherheit. Mit Recht weist sie auch auf darauf hin, dass der Gerichtshof der Europäischen Union (RdE 2018, 195 Rn. 82 – CTL L1. GmbH) zu vergleichbarer Regulierung auf anderem Sektor die Notwendigkeit betont hat, den Betreiber dazu zu befähigen, Investitionen in seine Infrastruktur durch die zu vereinnahmenden Entgelte abzudecken. Die Berufung meint, die beanstandeten Auswahlkriterien könnten den Bewerber zu einem regulierungswidrigen Verzicht auf die mit der Erlösobergrenze im Interesse der Förderung von Investitionen zugebilligte Rendite motivieren, die in mehrfacher Hinsicht negative Auswirkungen auf die regulierungsrechtlich erwünschten Netzinvestitionen habe.

79(2) Auch dieser Einwand ist aus den bereits angegebenen Gründen offensichtlich unberechtigt.

80Allein dass die Auswahlkriterien unter anderem die niedrigen Netznutzungsentgelte und -anschlusskosten positiv bewerten, ist mit Rücksicht auf andere, damit in Zielkonflikt stehende Auswahlkriterien des vorliegenden Katalogs (wie die Gewährleistung der sicheren Versorgung durch Instandhaltung und Investitionen) nicht geeignet, einen Renditeverzicht zu bewirken und somit das Ziel der Investitionsförderung auszuhebeln.

81Soweit die Berufung darauf hinweist, dass die Auswahlkriterien lediglich Investitionen im betroffenen Konzessionsgebiet honorieren, während sich Investitionen anderswo allein nachteilig auswirken und somit demotiviert würden, ergibt sich nichts Anderes. Das gilt

schon deshalb, weil ein allgemein Investitionen meidender Netzbetreiber bei seiner Bewerbung um eine bestimmte Konzession kaum glaubhaft wird darstellen können, gerade im betroffenen Konzessionsgebiet ausnahmsweise doch derartige Investitionen zu planen. Im Übrigen wird ihm eine derartige Investitionsbereitschaft wegen der Verpflichtung aller Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers auf alle Ziele nach § 1 Abs. 1 EnWG einschließlich des zuverlässigen Netzbetriebs, der von fundamentaler Bedeutung Versorgungssicherheit ist (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 83 f – Stromnetz Berkenthin), auch in Auswahlverfahren andernorts abverlangt worden sein und werden.

82All dies gilt erst recht mit Rücksicht darauf, dass die Klägerin selbst eingesteht, dass die wenigstens Netzbetreiber es sich erlauben könnten, darauf zu verzichten, bereits getätigte Investitionen durch entsprechend höhere Netzentgelte zu kompensieren. Insoweit argumentiert die Klägerin lediglich mit einem Nachteil im Wettbewerb um die Wegerechte, der die Regulierung, auf deren vermeintliche Untergrabung die vorliegende Rüge gestützt ist, gerade unberührt lässt.

83ee) Die Berufung meint ferner zu Unrecht, das gerügte Auswahlkriterium der Preisgünstigkeit erschwere eine effektive Förderung und Erleichterung der Einspeisung von Gas aus erneuerbaren Energiequellen entgegen den unionsrechtlichen Zielen.

84(1) Nach Art. 40 Buchst d und e GasRL gehört zu den Befugnissen der Regulierungsbehörde auch, in Einklang mit den allgemeinen Zielen der Energiepolitik insbesondere zur Einbindung von Gas aus erneuerbaren Energieträgern sowohl in Fernleitungs- als auch in Verteilernetze beizutragen und die Aufnahme neuer Gewinnungsanlagen in das Netz zu erleichtern, insbesondere durch Beseitigung von Hindernissen, die u.a. die Einspeisung von Gas aus erneuerbaren Energiequellen verhindern könnten. Die Berufung meint, dem laufe zuwider, wenn mit dem Kriterium der Preisgünstigkeit die Herausbildung geringer Netznutzungsentgelte und -anschlusskosten in städtischen Gebieten befördert und dadurch der Gas- und Stromverbrauch von eher ländlich geprägten Regionen mit hohen Erzeugungskapazitäten von erneuerbarer Energie (Biogasanlagen, Wind- und Solarparks) in Gebiete mit typischerweise hoher Absatzdichte und geringer installierter Leistung von Erneuerbaren Energien-Anlagen gelenkt werde, mit der Folge von Kosten und allgemeinen Effizienznachteilen bei der Energieintegration, insbesondere beim Transport (etwa Entweichen von Methan).

85(2) Auch damit ist das gerügte Auswahlkriterium offenkundig nicht unvereinbar.

86Auch insoweit bleibt die Möglichkeit der Regulierungsbehörde unberührt, Anreize für eine effiziente Integration erneuerbarer Energien zu schaffen. Ferner ist aus den bereits ausgeführten Gründen jedenfalls kein Wettbewerb durch Unterbietung festgelegter oder erreichbarer Erlösobergrenzen zu erwarten. Soweit strukturelle Vorteile einzelner Netzbetreiber diesen unter Ausschöpfung ihrer Erlösobergrenze selbst bei angemessener Investitionstätigkeit eine bessere Preisgünstigkeit ermöglichen (mit der etwaigen Folge, attraktiver für Anschlussnehmer zu sein), ist dem unionsrechtlichen Rahmen nicht das Bestreben zu entnehmen, solche Defizite der Marktstruktur dadurch auszugleichen, dass eine Durchmischung des Konzessionsportfolios des einzelnen Netzbetreibers befördert würde, die – nach der Besonderheit einheitlicher Erlösobergrenzen für den Netzbetreiber aufgrund der nationalen Umsetzung in Deutschland insgesamt – volkswirtschaftlich nachteiligen Konzentrationen von Netzbetreibern auf Netzgebiete bestimmter struktureller Merkmale entgegenwirken könnte. Im Übrigen weist die Berufung selbst darauf hin, dass die Integration erneuerbarer Energien Teil des von den Gemeinden bei der Auswahl des

Netzbetreibers – ausdrücklich nach § 1 Abs. 1 EnWG in der seit dem 29. Juli 2022 geltenden und auch bereits in der davon geltenden Fassung (siehe Urteil vom 22. Februar 2023 – 6 U 381/22 Kart, EnWZ 2023, 225, 229 ff) – zu berücksichtigenden Ziels ist, eine möglichst treibhausgasneutrale Versorgung der Allgemeinheit zu erreichen, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Insoweit ist von allen Gemeinden im Bundesgebiet eine Beachtung dieses Ziels bei der Auswahl des jeweiligen Netzbetreibers zu beachten.

87ff) Entgegen der Ansicht der Berufung ist die Berücksichtigung der Preisgünstigkeit auch nicht deshalb zu beanstanden, weil sie die effektive Schaffung von Vorteilen für die Kunden durch effizientes Funktionieren des nationalen Marktes erschwere.

88(1) Nach der hierzu angeführten Vorschrift in Art. 40 Buchst. g GasRL hat die Regulierung Vorteile für die Kunden durch ein effizientes Funktionieren des nationalen Marktes, Förderung eines effektiven Wettbewerbs und Beiträge zur Sicherstellung des Verbraucherschutzes zu gewährleisten.

89(2) Auch insoweit sind vernünftige Zweifel an der Vereinbarkeit des vorliegenden Auswahlkriteriums mit dem Unionsrecht ausgeschlossen.

90 Dass die Gemeinde nicht verpflichtet ist, mit der für ihr Gemeindegebiet zu treffenden Auswahl des Konzessionärs überörtliche energiewirtschaftsrechtliche Ziele zu erreichen (vgl. Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 182]), ist unschädlich, da die Gemeinde gerade nicht die Regulierungsbehörde ist und nicht deren Aufgaben wahrnimmt. Soweit die Berufung zur Begründung der Rüge anführt, der vermeintliche Unterbietungswettbewerb für das Gebiet der Gemeinde gehe sogar zu Lasten der Verbraucher in anderen Verbrauchsgebieten, für welche die Netzentgelte stiegen, und zu einer Erhöhung der Gesamtkosten des Gasbezugs, ist dem aus den bereits dargelegten Gründen nicht zu folgen.

913. Im Übrigen beruht die angefochtene Entscheidung auch mit der vom Landgericht gegebenen Begründung nicht auf einer Verletzung des Rechts. Selbst dann, wenn die Gasrichtlinie (wenigstens in Verbindung mit dem Loyalitäts- und Effektivitätsgrundsatz) den Mitgliedsstaaten im Ergebnis untersagen würde, es zuzulassen, dass eine Gemeinde bei der Entscheidung darüber, welchem Unternehmen sie ihre Wegenutzungsrechte zum Betrieb eines Netzes der leitungsgebundenen Energieversorgung einräumt, die Preisgünstigkeit von für das Konzessionsgebiet prognostizierten Netznutzungsentgelten und Netzanschlusskosten der Bewerber berücksichtigt, verstieße die Gemeinde mit so gestalteten Auswahlkriterien nicht gegen sie im Verhältnis zu Bewerbern wie der Klägerin treffende Pflichten aus nationalem Recht gemäß § 46 Abs. 1, 4 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG und § 19 EnWG oder unmittelbar aus dem Unionsrecht. Dies hat das Landgericht zutreffend erkannt, wogegen sich die Berufung zu Unrecht wendet.

92a) Zutreffend und von der Berufung unbeanstandet hat das Landgericht ausgeführt, dass die in Rede stehenden nationalen Regelungen im Fall ihrer Unionsrechtswidrigkeit nicht nichtig wären.

93 Das Unionsrecht gebietet es nicht, eine Regelung des nationalen Rechts, die in Widerspruch zu Unionsrecht steht, als für keinen Zweck mehr rechtsgültig anzusehen. Vielmehr obliegt es den Mitgliedstaaten, die zur Überprüfung der Gültigkeit einer nationalen Bestimmung zuständigen Gerichte oder Stellen zu bestimmen und die Rechtsbehelfe und Verfahren vorzusehen, die es ermöglichen, diese Gültigkeit zu bestreiten sowie, im Fall der Begründetheit des Rechtsbehelfs, die betreffende Bestimmung für nichtig zu erklären und

gegebenenfalls die Wirkungen dieser Nichtigerklärung zu bestimmen (vgl. nur EuGH, NZA 2019, 27 Rn. 33 f – Minister for Justice and Equality; BGH, RdE 2020, 78 Rn. 62 – Normativer Regulierungsrahmen). Nach dem infolgedessen für den Streitfall maßgeblichen deutschen Recht ist dem Unionsrecht entgegenstehendes nationales Recht nicht nichtig; es unterliegt lediglich dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang (vgl. nur BVerfGE 126, 286 Rn. 53; BGH, RdE 2020, 78 Rn. 62 – Normativer Regulierungsrahmen), den die nationalen Gerichte und Behörden zu beachten haben (vgl. nur EuGH, NZA 2019, 27 Rn. 35 f – Minister for Justice and Equality; BGH, RdE 2020, 78 Rn. 64 – Normativer Regulierungsrahmen).

94b) Zu Unrecht wendet sich die Berufung dagegen, dass das Landgericht es in diesem Zusammenhang abgelehnt hat, zur Vermeidung einer – unterstellt – unionsrechtswidrigen Bestimmung des hier in Rede stehenden Regelungsgehalts in § 1 Abs. 1, § 46 Abs. 1, 4 EnWG diese Vorschriften unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass das gerügte Kriterium der auf das Konzessionsgebiet bezogenen Preisgünstigkeit der Auswahl des gemeindlichen Konzessionärs nicht zugrunde gelegt werden dürfte.

95aa) Im Zusammenhang mit Richtlinien verlangt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt (vgl. nur EuGH, Slg. 2006, I-6057 Rn. 111 – Andeneler; BGH, RdE 2020, 78 Rn. 65 – Normativer Regulierungsrahmen). Dieser Grundsatz darf allerdings nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem dienen (EuGH, InfAuslR 2017, 363 Rn. 33 – Popławski; BGH, RdE 2020, 78 Rn. 66 – Normativer Regulierungsrahmen), allerdings beispielsweise eine richterliche Rechtsfortbildung im Rahmen ihrer Zulässigkeit, insbesondere durch teleologische Reduktion, nicht ausschließt (vgl. BGH, NJW 2009, 427 Rn. 21 f). Das Landgericht hat ferner zutreffend erkannt, dass eine Auslegung, die den Verstoß gegen die in Frage stehende Richtlinie nicht beseitigt, weil sie mit den Zielen der Richtlinie ebenfalls nicht vereinbar ist, nicht Ergebnis einer richtlinienkonformen Auslegung sein kann (siehe BGH, RdE 2020, 78 Rn. 76 ff – Normativer Regulierungsrahmen).

96bb) Eine unionsrechtskonforme Auslegung der Regelungen in §§ 1, 46 EnWG dahin, dass der Gemeinde die Berücksichtigung des hier gerügten Auswahlkriteriums versagt wäre, ist danach nicht geboten (ebenso LG Stuttgart, Urteil vom 14. Juli 2022 – 35 O 63/22 KfH, Anlage AG 1, unveröffentlicht; siehe auch LG Stuttgart, Urteil vom 5. Juli 2022 – 51 O 130/22, Anlage AG 2, unveröffentlicht; aA Sauer, EWeRK 2022, 234, 247). Sie scheitert daran, dass sie contra legem wäre. Dies folgt daraus, dass – wie das Landgericht richtig dargelegt hat – es schon nicht möglich ist, diese Vorschriften dahin auszulegen, dass die Gemeinden die auf das Konzessionsgebiet bezogene Preisgünstigkeit der Bewerber im Rahmen der Auswahlentscheidung auch nur unberücksichtigt lassen dürften. Insoweit liegt insbesondere keine planwidrige Regelung oder Regelungslücke vor. Im Übrigen scheiden bestimmte in Betracht zu ziehende abweichende Auslegungsvarianten auch deshalb aus, weil sie den – unterstellten – Vorgaben des Unionsrechts ebenfalls oder erst recht zuwiderliefen.

97(1) Das Landgericht hat zutreffend sinngemäß ausgeführt, dass der Wortlaut in § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG dahin klar ist, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG verpflichtet sind, zu denen – wiederum nach dem Gesetzeswortlaut eindeutig – das Ziel der „möglichst [...] preisgünstige[n] [...]“

leitungsgebundene[n] Versorgung der Allgemeinheit“ mit u.a. Gas gehört, das mithin entgegen der Ansicht der Berufung nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut bei der Gestaltung der Auswahlkriterien zu beachten ist. Die Gesetzesbegründung zu § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG (vgl. BT-Drucks. 8184/18, S. 13) verweist auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG und legt ausdrücklich die Vorstellung und den Willen des Gesetzgebers offen, dass aufgrund dieser Regelung „[j]eder dieser Ziele [...] in die konkrete Auswahlentscheidung einzufließen“ (sic) hat. Dies schließt eine von der Berufung geforderte teleologische Reduktion dahin, dass die Gemeinde darauf verzichten könnte, das Ziel einer möglichst preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit mit Gas in ihren Auswahlkriterien abzubilden, aus. Insoweit liegt auch darin, dass der Gesetzgeber sich einer – an dieser Stelle zu Gunsten der Klägerin unterstellten – gegenteiligen Verpflichtung aus der Gasrechtlinie bei der Regelung nach §§ 1, 46 EnWG nicht bewusst gewesen sein mag, keine Planwidrigkeit. Dem steht nicht entgegen, dass er dabei bekundet hat, um die Vereinbarkeit des Unionsrechts bemüht gewesen zu sein, womit im Übrigen nur die vergaberechtlichen Wettbewerbsregeln gemeint waren (vgl. BT-Drucks. 8184/18, S. 10). Aus der besonderen Herausstellung der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz für die Allgemeinheit in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG (siehe BT-Drucks. 8184/18, S. 13) ergibt sich nichts Anderes, sondern allenfalls ein besonderes Berücksichtigungsgebot diesbezüglich, insbesondere was die Gewichtung der Kriterien angeht.

98(2) Entgegen der Ansicht der Berufung stünde es nicht in Einklang mit der insoweit eindeutigen Gesetzeslage, die Vorschriften in §§ 1, 46 EnWG dahin auszulegen, dass die Gemeinde dem Ziel der Preisgünstigkeit für Allgemeinheit entsprechen könne, indem sie hierzu gerade keine Wertungskriterien aufstellen würde, zumal bereits die Regulierung der Netznutzungs- und Netzanschlussbedingungen dieses Ziel berücksichtige.

99Es mag zutreffen, dass die Preisgünstigkeit jedes einzelnen Netzbetreibers in gewissem (ausreichendem) Maß durch die Regulierung gewährleistet wird. Dies ist aber gerade unabhängig von der Auswahlentscheidung der Gemeinde, bei der §§ 1, 46 EnWG hingegen der Gemeindet eindeutig abverlangen, die Auswahl auch in Abhängigkeit davon zu treffen, wie dem Ziel der Preisgünstigkeit entsprochen werden kann. Letzterem widerspräche es, aufgrund der Regulierung schlicht jeden Bewerber für gleichermaßen preisgünstig zu erachten. Daher lässt sich das Gesetz nicht so auslegen, dass die Gemeinde ihre Verpflichtung gerade dadurch erfülle, dass sie auf eine Berücksichtigung der Höhe der Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten verzichte und lediglich darauf achten würde, keine dem Gebot der Preisgünstigkeit zuwiderlaufenden Kriterien aufzustellen (etwa unnötigen Aufwand für Kundenbüros positiv zu bewerten). Dieser Beurteilung steht es auch nicht entgegen, falls die Preisgünstigkeit im Sinn von § 1 Abs. 1 EnWG auch Gesichtspunkte der Effizienz und nachhaltigen Sicherung der Versorgung umfassen und sich nicht auf eine möglichst geringe Höhe der Kosten des Energiebezugs reduzieren lassen sollte (so Hellermann/Hermes in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 4. Aufl., § 1 Rn. 36 mwN; aA Kment, EnWG § 1 Rn. 5). Letztere sind jedenfalls ein (wesentlicher) Gesichtspunkt der Preisgünstigkeit.

100(3) Zu Unrecht wendet sich die Berufung dagegen, dass das Landgericht eine richtlinienkonforme Auslegung nicht dahin für möglich gehalten hat, dass in den Auswahlkriterien der Gemeinde nicht die Preisgültigkeit der Versorgung der Allgemeinheit im Gemeindegebiet, sondern die Preisgültigkeit für die Versorgung der überörtlichen Allgemeinheit zu berücksichtigen wäre.

101(a) Das Landgericht hat beachtliche Gründe angeführt, weshalb ein solches Verständnis nicht sachgerecht und schwerlich praktikabel wäre. So müsste die Gemeinde bei der Beurteilung der Preisgünstigkeit für eine überörtlich verstandene Allgemeinheit die Netzentgelte in gebietsfremden Versorgungsgebieten, im Extremfall in der gesamten Bundesrepublik, in den Blick nehmen und beurteilen, insbesondere welche Auswirkungen der Zuschlag an den jeweiligen Bewerber insoweit hätte. Im Übrigen zielt das Gesetz ausweislich seiner Begründung (vgl. BT-Drucks. 8184/18, S. 10, 14) darauf ab, „durch ein wettbewerbliches Verfahren den für das jeweilige Netzgebiet geeignetsten Bewerber zum Zuge kommen zu lassen“, wonach es „auf der Hand“ liege, „dass die zu erwartende Höhe der Netznutzungsentgelte ein sachgerechtes Kriterium für die Auswahl des künftigen Netzbetreibers darstellen“. Damit sind im Zusammenhang ersichtlich ausschließlich die Entgelte im Gemeindegebiet gemeint. Den danach naheliegenden Grenzen zulässiger Auslegung kann die Berufung nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass eine so verstandene Regelung dem Unionsrecht widerspreche. Es kann hier aber letztlich dahinstehen, ob aus den vom Landgericht ausgeführten Gründen eine Auslegung dahin, dass die Gemeinde die Preisgünstigkeit bezogen auf die nicht lokal begrenzte Allgemeinheit zum Maßstab erheben dürfe, noch mit dem – möglicherweise zunächst dahin weisenden – Wortlaut vereinbar wäre oder die Grenze einer Auslegung contra legem überschreiten würde.

102(b) Unabhängig davon hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass eine Auslegung, wonach mit der Verpflichtung der Gemeinden auf das Ziel der preisgünstigen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit diejenige auch außerhalb des Gemeindegebiets gemeint wäre, jedenfalls kein richtlinienkonformes und daher kein durch richtlinienkonforme Auslegung zu rechtfertigendes Ergebnis wäre. Ein Auslegungsergebnis, wonach die Gemeinden bei ihrer Auswahlentscheidung dem Ziel der preisgünstigen leitungsgebundenen Versorgung nicht nur für das eigene Gemeindegebiet, sondern auch darüber hinaus verpflichtet wären, würde einen mit der Klägerin unterstellten unzulässigen Eingriff in die Zuständigkeit der unabhängigen Regulierungsbehörde nicht beseitigen, sondern sogar ausweiten. Dem hält die Berufung zu Unrecht entgegen, das Landgericht verkenne, dass die in Rede stehende Regelung in § 1 Abs. 1, § 46 Abs. 4 EnWG sich auch als Unterlassungspflicht deuten lasse. Letzteres trifft wie ausgeführt insoweit nicht zu.

103(4) Schließlich ist auch eine Auslegung von § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG dahin, dass die Gemeinden die Preisgünstigkeit der Bewerber im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht (auch oder unter anderem) durch die Berücksichtigung der (prognostizierten) Netzentgelte und Netzanschlusskosten berücksichtigen könnten, nicht möglich.

104 Dies hat das Landgericht zutreffend sinngemäß ausgeführt. Dies gilt insbesondere in Ansehung der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks. 8184/18, S. 10, 14), die die zu erwartende Höhe der Netznutzungsentgelte als auf der Hand liegendes sachgerechtes Auswahlkriterium nennt. Der Einwand der Berufung, die Regelung lasse sich als Unterlassungspflicht verstehen, geht an diesem Gesichtspunkt vorbei. Auch die Berufung zeigt nicht auf, welches – zudem unionsrechtskonforme – Verständnis der Preisgünstigkeit in Betracht käme, das die Netznutzungsentgelte und -anschlusskosten ausschliesse. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, lassen sich eine preisgünstige Versorgung und eine effiziente Versorgung, die sich im Verhältnis von Ertrag bzw. Nutzen zu Aufwand zeigt, ungeachtet etwaiger Überschneidungen nicht gleichsetzen. Das gilt vor allem mit Blick darauf, dass § 1 Abs. 1 EnWG und die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/8184, S. 14)

zwischen dem Ziel der effizienten und der preisgünstigen Versorgung gerade unterscheiden.

105 Abgesehen davon käme ein Verständnis der Preisgünstigkeit als Effizienz, wie das Landgericht ebenfalls mit Recht erkannt hat, auch deshalb nicht als richtlinienkonforme Auslegung in Betracht, weil hierdurch der unterstellte Richtlinienverstoß nicht beseitigt wäre, zumal die der Regulierungsbehörde nach dem Unionsrecht zuzuweisenden Aufgaben insbesondere Beiträge zu effizienten Systemen umfassen (vgl. Art. 40 Buchst. d, f, Art. 41 GasRL).

106c) Ebenfalls ohne Erfolg beanstandet die Berufung, dass das Landgericht nicht zu dem Ergebnis gelangt ist, die Bestimmungen der Gasrichtlinie seien unmittelbar dahin anwendbar, dass sie die Gemeinde oder ein Gericht, das insoweit im Rahmen der Beurteilung eines Anspruchs eines Bewerbers die Rechtmäßigkeit des Handelns der Gemeinde zu prüfen hat, verpflichteten, die Bestimmungen in § 46 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG unangewendet zu lassen, soweit deren Regelungsgehalt – unterstellt – gegen Art. 39 bis 41 GasRL verstößt.

107aa) Dass Landgericht hat berücksichtigt, dass dann, wenn eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts nicht möglich ist, sich ein Einzelner gegenüber dem Staat unmittelbar auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen darf, sofern diese inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind (EuGH, Slg 1982, 53 Rn. 23 ff – Becker; NJW 2019, 499 Rn. 70 – Bauer; BGH, RdE 2020, 78 Rn. 66 – Normativer Regulierungsrahmen) und die Richtlinie nach – wie hier – Ablauf die Umsetzungsfrist (vgl. nur EuGH, Slg. 1979, 1629 Rn. 43 f – Ratti) unzureichend umgesetzt ist (vgl. EuGH, Slg. 1982, 53 Rn. 23 ff – Becker; NVwZ 1994, 885 Rn. 8 mwN – Comitato di coordinamento per la difesa della Cava u.a./Regione Lombardia u.a.).

108bb) Hiervon ausgehend fehlt es an den Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie dahin, dass die Gemeinde ihre Entscheidung über die Auswahl des Unternehmens, dem sie die Wegerechte zum Betrieb eines Netzes zur leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Gas einräumt, nicht unter anderem von einer prognostizierten Preisgünstigkeit im Sinn möglichst niedriger zu erwartender Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten abhängig machen dürfte (aA Sauer, EWeRK 2022, 234, 247 f). Dies hat das Landgerichts jedenfalls im Ergebnis richtig erkannt.

109(1) Dabei kann zu Gunsten der Berufung unterstellt werden, dass die Beklagte geeigneter Adressat einer unmittelbaren Geltung von durch den einzelnen Bewerber geltend zu machenden Verpflichtungen sein könnte, soweit die Gasrichtlinie den Mitgliedstaaten hinreichend genaue Verpflichtungen betreffend die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Gasnetzbetrieb vorsehen, welche die Gebietskörperschaften, denen sie zustehen, privatrechtlich verwerten.

110 Einzelne können sich auf Bestimmungen einer Richtlinie allerdings nur berufen, soweit sie Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können (EuGH, Slg. 1982, 53 Rn. 24 f – Becker; Slg. 1990, I-495 Rn. 22 – Bussen; Slg. 1991, I-5357, Rn. 11 – Fracovich). Diese Möglichkeit ist nur gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat und der sonstigen öffentlichen Gewalt gegeben. Daraus folgt, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann und dass eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann (EuGH, Slg. 1990, I-495 Rn. 23 – Bussen). Die Möglichkeit, sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinie zu berufen, ist allerdings unabhängig davon, in welcher Eigenschaft

– etwa als Arbeitgeber oder als Hoheitsträger – der Staat handelt. In dem einen wie dem anderen Fall muss nämlich verhindert werden, dass der Staat aus seiner Nichtbeachtung des Unionsrechts Nutzen ziehen kann (vgl. EuGH, Slg. 1986, 723, Rn. 49 – Marshall). Die Einzelnen können sich daher auf unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen einer Richtlinie nicht nur gegenüber einem Mitgliedstaat und allen Trägern seiner Verwaltung wie den dezentralen Stellen berufen (vgl. EuGH, Slg 1989, 1839 Rn. 31 – Costanzo), sondern auch gegenüber Organisationen oder Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten (EuGH, Slg 1990, I-3313 Rn. 18 – Foster u.a.; EWS 2017, 345 Rn. 33 mwN – Farrell/Whitty u.a.). Danach mag die Gemeinde auch bei der vorliegenden Verwertung von Wegerechten als Verpflichtete kraft unmittelbarer Geltung einer unionsrechtlichen Richtlinie in Betracht kommen.

111(2) Das Landgericht hat in den Mittelpunkt seiner Begründung für die Verneinung unmittelbarer Anwendbarkeit der Richtlinie zunächst sinngemäß die Erwägung gestellt, dass die Vorgaben in Art. 39 ff GasRL keine bestimmten Rechte zugunsten einzelner vorsehen, sondern lediglich die Aufgaben und Befugnisse einer (Regulierungs-)Behörde regeln, was für den von den Entscheidungen betroffenen einzelnen Netzbetreiber keinen unmittelbaren Vorteil begründet, mag es sich auch im Einzelfall für diesen vorteilhaft auswirken, wenn die Vorgaben der Regulierungsbehörde ihm günstig sind und deren Befolgung mit keinen Nachteilen verknüpft wäre, die sich im Einzelfall in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls daraus ergeben könnten, dass die Gemeinde das Kriterium der Preisgünstigkeit der örtlichen Versorgung bei der Auswahl des Konzessionärs berücksichtigt. Diese Analyse trifft jedenfalls zu (siehe entsprechend BGH, RdE 2020, 78 Rn. 71 f – Normativer Regulierungsrahmen). Ob sie die Verneinung einer (unmittelbaren) Geltung der Richtlinie im Verhältnis zwischen Konzessionsbewerbern wie der Klägerin einerseits und der beklagten Gemeinde andererseits trägt, lässt der Senat dahingestellt.

112Die Berufung hält dem allerdings in erwägenswerter Weise entgegen, es sei rechtsfehlerhaft, bei der Prüfung der unmittelbaren Geltung darauf abzustellen, ob die Richtlinie „bestimmte Rechte zugunsten einzelner“ vorsehe; es sei gerade nicht entscheidend, ob die Richtlinie ein subjektiv-öffentliches Recht verleihe. Hierfür kann die Berufung sich zumindest auf eine von beachtlichen Teilen des Schrifttums vertretene Auffassung berufen (vgl. statt vieler Calies in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., AEUV Art. 288 Rn. 67 ff mwN auch zur Gegenauffassung). Dass diese Auffassung auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zugrundeliegen könnte, zeigt sich möglicherweise darin, dass dieser etwa auch Richtlinienbestimmungen zum Umweltrecht, die naturgemäß den Schutz der Allgemeinheit und nicht des Einzelnen bezwecken, für geeignet hält, unmittelbare Anwendung zu finden (vgl. etwa EuGH, Slg 1999, I-5613 Rn. 68 ff – WWF u.a./Provinz Bozen u.a.; siehe Calies in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., AEUV Art. 288 Rn. 43, 64 mwN). Eine andere, sich mit derjenigen des Landgerichts deckende Sichtweise liegt allerdings möglicherweise der Entscheidung „Normativer Regulierungsrahmen“ des Bundesgerichtshofs (RdE 2020, 78 Rn. 71 ff) zugrunde, die eine Verneinung unmittelbarer Geltung (durch Nichtanwendung bestimmter einzelstaatlicher Vorschriften) ebenfalls zuerst damit begründet, dass die Richtlinienbestimmungen keine bestimmten Rechte zugunsten Einzelner vorsehen.

113(3) Das Landgericht hat daneben betont, dass sich aus einer Nichtanwendung des Auswahlkriteriums der Preisgünstigkeit im Rahmen der Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG je nach den Umständen eine Belastung des Einzelnen (meint: des im Sinn dieses Kriteriums preisgünstigsten Bieters) ergäbe, die nicht bloße faktische negative Auswirkung sei, sondern unmittelbar rechtlich in die Rechtsposition des betroffenen Einzelnen eingreife, dem der in § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG nach nationalem Recht anerkannte Wettbewerbsvorteil des Preisgünstigsten generell rechtlich aberkannt werde. Ob sich die unmittelbare Wirkung der Richtlinie im streitgegenständlichen Rechtsverhältnis mit dieser Begründung verneinen lässt, bleibt wiederum im Ergebnis dahingestellt, scheint aber fraglich.

114(a) Allerdings ist das Landgericht insofern in Einklang mit anerkannten Grundsätzen von dem rechtlichen Ansatz ausgegangen, dass ein unmittelbarer rechtlicher Eingriff in vom nationalen Recht gewährte Rechtspositionen des Einzelnen nur durch das Primärrecht oder Verordnungen, nicht hingegen durch Richtlinien begründet werden kann. Der Grundsatz der Rechtssicherheit steht der Begründung von Verpflichtungen für den Einzelnen durch Richtlinien entgegen. Gegenüber dem Einzelnen können die Bestimmungen einer Richtlinie nur Rechte begründen (EuGH, Slg. 1986, 723 Rn. 48 – Marshall; Slg. 2004, I-723, Rn. 56 – Wells). Daher kann dieser sich nicht gegenüber einem Mitgliedstaat auf eine Richtlinie berufen, wenn es sich um eine Verpflichtung des Staates handelt, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Erfüllung einer anderen Verpflichtung steht, die auf Grund dieser Richtlinie einem Dritten obliegt (EuGH, Slg. 2004, I-723, Rn. 56 mwN – Wells; vgl. EuGH, Slg. 1990, I-Rn. 23 ff – Busseni). Dagegen rechtfertigen bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter, selbst wenn sie gewiss sind, es nicht, dem Einzelnen das Recht auf Berufung auf die Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat zu versagen (EuGH, Slg. 2004, I-723, Rn. 56 mwN – Wells; vgl. EuGH, Slg. 1989, I-1839 Rn. 28 ff – Costanzo; Slg 1999, I-5613 Rn. 69, 71 – WWF u.a./Provinz Bozen u.a.).

115(b) Indes ist fraglich, ob nach diesen Maßstäben die unmittelbare Anwendung einer Richtlinie im Verhältnis zwischen dem dadurch begünstigten Einzelnen und dem Hoheitsträger eines Mitgliedsstaats mit der Erwägung verneint werden kann, dass sie zur Folge hätte, dass Konkurrenten des Begünstigten in einem vom Hoheitsträger durchzuführenden Auswahlverfahren einen Wettbewerbsvorteil verlieren, den sie nach einzelstaatlichem Recht ohne Anwendung der Richtlinie hätten.

116 Darin liegt möglicherweise entgegen der – von der Berufung beanstandeten – Ansicht des Landgerichts kein Eingriff in ein Recht des Konkurrenten, der einer rechtlichen Verpflichtung zu dessen Lasten gleichkäme und unmittelbare Geltung der Richtlinie ausschliesse. So hat der der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH, Slg. 1989, I-1839 – Costanzo) insbesondere eine Bestimmung einer Richtlinie, die es der in öffentlicher Trägerschaft stehenden Vergabestelle untersagt, Angebote nach einem bestimmten Kriterium auszuschließen (vgl. EuGH, aaO Rn. 15 ff – Costanzo), für geeignet erachtet hat, unmittelbar angewendet zu werden und die Vergabestelle und die ihr Handeln kontrollierenden Gerichte dazu zu verpflichten, entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen (vgl. EuGH, aaO Rn. 28 ff – Costanzo). Dies wird in der Literatur (Caliess in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., AEUV Art. 288 Rn. 43, 64 ff mwN auch zur Gegenauffassung) dahin verstanden, dass insbesondere im Vergabebereich der unmittelbaren Anwendung einer Richtlinie kein Verbot entgegenstehe, damit verbundene Nachteile einzelner Bieter eintreten zu lassen. Entsprechendes mag der

Rechtsprechung des Gerichtshofs (EuGH, Slg. 2004, I-723, Rn. 54 ff – Wells) zur unmittelbaren Anwendung einer Richtlinie für den Fall zu entnehmen sein, dass die danach zuzulassende – auf den Mangel einer Umweltverträglichkeitsprüfung gestützte – Anfechtung einer Bergbaugenehmigung sich nachteilig für deren Inhaber auswirkt.

117Allerdings hat das Landgericht zutreffend erkannt, dass jedenfalls die Rechtsprechung, wonach eine – von der durch die Richtlinie 2001/14/EG vorgesehenen Überwachung durch eine Regulierungsstelle unabhängige – auf § 315 Abs. 3 BGB gestützte Überprüfung von Wegeentgelten auf ihre Billigkeit im Einzelfall und deren Abänderung durch die Zivilgerichte zu unterbleiben haben (EuGH, RdE 2018, 195 – CTL L1. GmbH; BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – KZR 66/15, juris Rn. 9), entgegen der Ansicht der Klägerin nichts für die Frage hergibt, welche Anforderungen an die unmittelbare Anwendung einer Richtlinie zu Gunsten des Einzelnen zu stellen sind, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Belastung Dritter (die etwa in der Aberkennung der sich aus § 315 Abs. 3 BGB ergebenden Rechtsposition liegen soll). Die zitierte Entscheidung des Gerichtshofs (aaO – CTL L1. GmbH) befasst allein damit, ob eine bestimmte einzelstaatliche Rechtslage mit der Richtlinie vereinbar wäre, und nicht damit, ob andernfalls die in Rede stehenden Richtlinienbestimmungen unmittelbare Geltung haben und zur Nichtanwendung abweichender Regelungen führen würden. Auch der Bundesgerichtshof (aaO) hat lediglich erkannt, dass eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB zu unterbleiben hat. Wie das Landgericht sinngemäß zutreffend ausgeführt hat, muss dem keine unmittelbare Geltung der Richtlinie (und Nichtanwendung an sich geltenden nationalen Rechts) unter Aberkennung einer individuellen Rechtsposition zugrunde liegen. Denn § 315 Abs. 3 BGB lässt sich bereits unionsrechtskonform dahin verstehen lässt, dass im Fall behördlich regulierter Infrastrukturnutzungsentgelte kein Zweifelsfall im Sinn von § 315 Abs. 1 BGB vorliegt, in dem die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu treffen und auf ihre Billigkeit zu überprüfen ist; eine solche Billigkeitskontrolle sieht § 315 BGB für die genannten Entgelte gerade nicht ausdrücklich und eindeutig vor.

118Auch in diesem Punkt mag im Übrigen möglicherweise eine sich mit derjenigen des Landgerichts deckende Sichtweise der Entscheidung „Normativer Regulierungsrahmen“ des Bundesgerichtshofs (RdE 2020, 78 Rn. 73 f) zugrunde liegen, die eine Verneinung unmittelbarer Geltung (durch Nichtanwendung bestimmter einzelstaatlicher Vorschriften) ebenfalls ergänzend damit begründet, dass die Nichtanwendung nationaler Vorschriften sich im Einzelfall auch zu Lasten eines Einzelnen auswirken könnte und sich daraus eine Belastung des Einzelnen ergäbe, die nur durch das Primärrecht oder durch Verordnungen begründet werden könne, nicht aber durch Richtlinien.

119(4) Eine unmittelbare Geltung der Regelungen in Art. 39 ff im vorliegenden Rechtsverhältnis dahin, dass die in §§ 1, 46 EnWG im Ergebnis angeordnete Befugnis der Gemeinden, die niedrige prognostizierten Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten im Gemeindegebiet zu Gunsten des Bieters in die Auswahl des Netzbetreibers einfließen zu lassen, scheidet unabhängig von alledem jedenfalls daran, dass die Richtlinienbestimmungen eine – dafür erforderliche – hinreichend genaue Bestimmung dieses Inhalts offensichtlich nicht enthalten.

120(a) Eine Bestimmung ist in diesem Sinn hinreichend genau, um von einem Einzelnen herangezogen und vom Gericht angewandt zu werden, wenn sie unzweideutig eine Verpflichtung begründet (EuGH, NVwZ 1994, 885 Rn. 10 mwN – Comitato di coordinamento per la difesa della Cava u.a./Regione Lombardia u.a.). Daran fehlt es, soweit ihr Inhalt

lediglich programmatischen Charakter hat und die Ziele nennt, die die Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der konkreteren Verpflichtungen zu beachten haben, und insofern lediglich einen Rahmen absteckt, in dem die Tätigkeit der Mitgliedstaaten stattfinden soll, und nicht als solche den Erlass konkreter Maßnahmen oder eine konkrete Methode vorschreibt (vgl. EuGH, NVwZ 1994, 885 Rn. 12, 14 – Comitato di coordinamento per la difesa della Cava u.a./Regione Lombardia u.a.).

121(b) Danach fehlt es an der erforderlichen Genauigkeit hinsichtlich der hier inmitten stehenden Frage, ob das gerügte Kriterium der Preisgünstigkeit in eine Auswahlentscheidung auf dem in dem von § 46 EnWG angesprochenen Markt des Angebots bestimmter Wegnutzungsrechte eingehen darf (ohne nähere Begründung aA Sauer, EWERK 2022, 234, 247 f).

122Das Landgericht hat zwar einen vergleichsweise hohen Detaillierungsgrad der Art. 39 bis 41 GasRL angenommen (siehe auch RdE 2020, 78 Rn. 74). Die Berufung verweist insbesondere darauf, dass Art. 41 GasRL sehr detaillierte Vorgaben über die exklusiven Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde enthält, zu denen gemäß Art. 41 Abs. 1 Buchst. a GasRL die Festlegung der Netzentgelte oder die Methoden zu ihrer Berechnung gehört. Sie bezieht sich ferner auf Art. 41 Abs. 6 Buchst. a GasRL, wonach die Regulierungsbehörden die Netzentgelte oder deren Methoden so zu gestalten haben, dass die notwendigen Investitionen in die Netze auf eine Art und Weise vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist. Außerdem stützt sie sich darauf, dass Art. 41 Abs. 8 GasRL bestimmt, die Regulierungsbehörden sollten bei der Festsetzung oder Genehmigung der Tarife sicherstellen, dass für die Fernleitungs- und Verteilerbetreiber angemessene Anreize geschaffen werden, sowohl kurzfristig als auch langfristig die Effizienz zu steigern, die Marktintegration und die Versorgungssicherheit zu fördern und entsprechende Forschungsarbeiten zu unterstützen, und dass nach Art. 41 Abs. 4 GasRL die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass die Regulierungsbehörde mit den erforderlichen Befugnissen ausgestattet wird, um ihre Aufgaben effizient und rasch zu erfüllen. Der Berufung mag im Grundsatz darin zu folgen sein, dass hierin eine klare, unzweideutige und für sich gesehen rechtlich abgeschlossene Verpflichtung liegt, die den Staat Deutschland und alle seine Teile treffen.

123Deren Inhalt ist aber allenfalls insoweit genau durch die Gasrichtlinie vorgegeben, als es um die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde zur Regulierung der (allein nach ihren Vorgaben verbindlichen) Netzentgelte, die dazu vorzusehenden Befugnisse der Regulierungsbehörde und die bei dieser Regulierung zu verfolgenden Ziele geht. Eine ausdrückliche Regelung hingegen dazu, ob die Gemeinde bei der Entscheidung darüber, wem sie die von ihr verwerteten Wegerechte auf dem kommunalen Gebiet zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes einräumt, die Preisgünstigkeit berücksichtigen darf, enthalten die in Rede stehenden Richtlinienbestimmungen nicht. Allenfalls käme in Betracht, dass sich – was zwar nicht zutrifft (s.o.), an dieser Stelle aber zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden kann – aus der richtliniengemäßen Forderung nach Befugnissen der Regulierungsbehörde gemäß Art. 41 Abs. 4 GasRL und im Übrigen allgemein aus Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 288 Abs. 3 AEUV ableiten ließe, dass staatliche Stellen Maßnahmen zu unterlassen haben, die eine ungehinderte und effiziente Entfaltung der Kompetenzen der Regulierungsbehörde oder der von dieser zu verfolgenden Ziele gefährden könnten. Insoweit hinge aber von einer komplexen Beurteilung der nach den Umständen gegebenen Wechselwirkungen und von einer Gewichtung der mitunter gegenläufigen Ziele einer

richtliniengemäßen Regulierung ab, welche konkreten Folgerungen daraus für die Beantwortung der Frage abzuleiten wären, was staatliche Stellen zu unterlassen haben. Die Unterlassungspflicht solcher Stellen wäre insoweit lediglich ihrem Rahmen nach programmatisch und den Zielen der Richtlinie gemäß abgesteckt, ohne konkret erkennen zu lassen, bei welchen Maßnahmen und inwiefern andere staatliche Stellen als die Regulierungsbehörde es zu unterlassen haben, Anreize zu setzen, die sich auf das Marktgeschehen im regulierten Bereich auswirken können. So könnte beispielsweise selbst allgemeines Verwaltungshandeln des Mitgliedsstaats, etwa im Bereich des öffentlichen Baurechts (Erteilung der Baugenehmigung), Anreize für die Ausgestaltung des Netzbetriebs mit sich bringen, etwa betreffend Investitionen und mittelbar die Netznutzungsentgelte. Die Richtlinie enthält keine genauen Bestimmungen dazu, was dem Mitgliedsstaat insoweit zur Wahrung einer effizienten Kompetenz der Regulierungsbehörde untersagt ist.

124Soweit die Berufung darauf hinweist, dass der Gerichtshof der Europäischen Union (RdE 2021, 534 Rn. 120 ff – Kommission/Deutschland) in Anbetracht der Detailtiefe des normativen Rahmens nicht der Bundesrepublik Deutschland darin gefolgt ist, dass die Gasrichtlinie keine hinreichend genauen materiellen Vorgaben zur Ausgestaltung der Netzzugangs- und Tarifierungsmethoden enthielten, gibt dies für die hier zu entscheidende Frage nichts her. Dort ging es darum, ob die Richtlinie hinreichend genau vorgibt, wie die Tarife und Berechnungsmethoden für den inländischen und den grenzüberschreitenden Handel auf der Grundlage einheitlicher Kriterien festzulegen sind. Dies betrifft schon nicht die hier in Rede stehende Frage, ob die Gasrichtlinie die Zuständigkeiten hinreichend genau regelt und dabei insbesondere eine hinreichend genaue Vorgabe dazu macht, inwieweit andere Behörden als die Regulierungsbehörde Anreize im Wettbewerb um die Netze setzen dürfen, die – unterstellt – die Erreichung der Regierungsziele hemmen könnten.

125Auch der Entscheidung des Gerichtshofs zur Frage der Zulässigkeit einer auf § 315 Abs. 3 BGB gestützten Überprüfung von Wegeentgelten auf ihre Billigkeit im Einzelfall (RdE 2018, 195 – CTL L1. GmbH) ist entgegen der Ansicht der Berufung nicht zu entnehmen, dass die – der Gasrichtlinie nach Ansicht der Berufung frappierend ähnlichen – Bestimmungen der Richtlinie 2001/14/EG die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung erfüllen; diese Entscheidung befasst sich – wie bereits ausgeführt – allein damit, ob eine bestimmte einzelstaatliche Rechtslage mit der Richtlinie vereinbar wäre und nicht mit der Frage unmittelbarer Geltung. Im Übrigen ging es auch dort lediglich darum, ob eine nachträgliche verbindliche Einwirkung des Staats auf das zu zahlende Entgelt in Widerspruch zu (etwa genauen) Regelungen über die ausschließliche Kompetenz der Regulierungsbehörde steht, nicht darum, ob in anderem Zusammenhang Anreize gesetzt werden dürfen, welche die alleinige Verbindlichkeit der Regulierung durch die dafür zuständige Behörde unberührt lassen, sich aber auf das Verhalten am regulierten Markt auswirken können.

126V. Eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 1 AEUV über eine Frage zur Auslegung von Unionsrecht, insbesondere der Gasrichtlinie, ist zum Erlass dieses Urteils nicht im Sinn von Art. 267 Abs. 2 AEUV erforderlich; das gilt namentlich betreffend die von der Berufung formulierten Frage, ob die Bestimmungen der Gasrichtlinie, insbesondere Art. 39 bis 41 GasRL, dahin auszulegen sind, dass sie der Auslegung und Anwendung einer nationalen Vorschrift wie im Ausgangsrechtsstreit entgegenstehen, wonach eine kommunale Gebietskörperschaft bei der Neuvergabe der Rechte für die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von

Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, berechtigt und verpflichtet ist, das Ziel einer preisgünstigen Gasversorgung der Allgemeinheit dadurch zu verfolgen, dass die Gemeinde von den Bietern voraussichtliche Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten im Gemeindegebiet abfragt und bewertet.

127Ob andernfalls im vorliegenden Verfahren nach § 47 Abs. 1 Satz 1 EnWG eine Verpflichtung des Beschwerde- oder Berufungsgerichts nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bestünde, den Gerichtshof anzurufen, kann dahinstehen. In diesem Verfahren gelten allerdings nach § 47 Abs. 1 Satz 2 EnWG die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung einschließlich § 542 Abs. 2 Satz 1, § 574 Abs. 1 Satz 2 ZPO (vgl. Säcker/Wegner, *BerlKommEnergieR*, 4. Aufl., EnWG § 47 Rn. 51), welche ein Rechtsmittel gegen die Beschwerde- oder Berufungsentscheidung ausschließen. Es kann dahinstehen, ob einer Vorlagepflicht gleichwohl entgegenstünde, dass ein Gericht, dessen im Verfügungsverfahren ergehende Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, nicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einer Vorlage verpflichtet ist, sofern es jeder Partei unbenommen bleibt, ein Hauptverfahren, in dem die im summarischen Verfahren vorläufig entschiedene Frage erneut geprüft werden und den Gegenstand einer Vorlage nach Art. 267 AEUV bilden kann, entweder selbst einzuleiten oder dessen Einleitung zu verlangen (dazu EuGH, Slg. 1977, 958 – Hoffmann-La Roche/Centrafarm; BVerfG, NJW 2007, 1521, 1522; Schwarze/Wunderlich in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, *EU-Kommentar*, 4. Aufl., AEUV Art. 267 Rn. 46 mwN). Ob diese Ausnahme hier (unabhängig davon, ob der Verfügungsantrag nach dem vorliegenden Berufungsverfahren Erfolg hat) gegeben wäre, kann dahinstehen. Dahinstehen kann insbesondere, ob es etwa der Klägerin unbenommen ist, zu versuchen, ihren Unterlassungsanspruch auch im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens vor den deutschen Gerichten zu verfolgen, oder die Beklagte in Ansehung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 926, 936 ZPO die Anordnung einer Frist zur Erhebung einer solchen Hauptsacheklage erwirken oder auch sonst negative Feststellungsklage erheben kann (siehe BGH, NJW 1986, 1815; BVerfG, NJW 2024, 745 Rn. 10 mwN). Der Senat lässt wie schon in seiner bisherigen Rechtsprechung (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 99]) und in derjenigen des Bundesgerichtshofs (RdE 2022, 114 Rn. 27 – Stadt Bargteheide) offen, ob neben, im Nachgang oder anstelle des nach § 47 Abs. 5 EnWG gestellten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auch ein Hauptsacheverfahren durch Klageerhebung möglich ist, ohne dass der (mögliche) Gegenstand eines Vorgehens nach § 47 EnWG präkludiert wäre (so etwa OLG Dresden, Urteil vom 11. Mai 2022 – U 30/21 Kart, juris Rn. 24 ff mwN zum Streitstand; Säcker/Wegner, *BerlKommEnergieR*, 4. Aufl., EnWG § 47 Rn. 48; aA etwa KG, *EnWZ* 2019, 76, 81). Allerdings unterliegen die Rechtsfragen, von denen die Entscheidung über den vorliegenden Antrag nach § 47 Abs. 5 EnWG abhängt, nach der Rechtsprechung des Senats in diesem Verfahren keiner nur summarischen Prüfung; vielmehr kontrolliert das Gericht umfassend jede zulässig und wirksam erhobenen Rüge (Senat, Urteil vom 28. August 2019 – 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 99] mwN; aA Säcker/Wegner, *BerlKommEnergieR*, 4. Aufl., EnWG § 47 Rn. 48).

128Dass eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht erforderlich ist, ergibt sich unabhängig von alledem daraus, dass die entscheidungserheblichen Rechtsfragen entweder nicht die Gültigkeit oder Auslegung der Verträge oder Rechtsakte der Union betreffen oder, soweit dies der Fall ist, ihre

Beantwortung zweifelsfrei und deshalb offenkundig ist. Dies gilt für die vorrangige und selbständig tragende Begründung des vorliegenden Urteils (oben IV.2.) ebenso wie im Übrigen auch für die selbständig tragenden Hilfserwägungen (oben IV.3.).

1291. Ob die Auslegung und Anwendung von §§ 1, 46 EnWG, § 19 GWB, wonach die prognostizierten Netznutzungsentgelte und Netzanschlusskosten umso günstiger bei der Auswahlentscheidung über die Vergabe der Wegerechte bewertet werden, je niedriger sie sind, in Widerspruch zur Gasrichtlinie, insbesondere Art. 39 bis 41 GasRL stehen, ist zwar eine Frage, welche die Auslegung einer unionsrechtlichen Richtlinie betrifft. Sie bedarf aber wegen ihrer zweifelsfreien Verneinung keiner Stellungnahme des Gerichtshofs der Europäischen Union (ebenso im Ergebnis OLG Stuttgart, Beschluss vom 9. November 2022 – 2 U 165/22, Anlage AG 3, unveröffentlicht).

130a) Eine Vorlagepflicht eines Gerichts, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, besteht ausnahmsweise insbesondere dann nicht, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt. Das innerstaatliche Gericht darf jedoch nur dann davon ausgehen, dass ein solcher Fall vorliegt, wenn es überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf das innerstaatliche Gericht davon absehen, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen, und sie stattdessen in eigener Verantwortung lösen. Ob diese Möglichkeit besteht, ist jedoch unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts und der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung zu beurteilen. Zunächst ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Vorschriften des Unionsrechts in mehreren Sprachen abgefasst sind und dass die verschiedenen sprachlichen Fassungen gleichermaßen verbindlich sind; die Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift erfordert somit einen Vergleich ihrer sprachlichen Fassungen. Sodann ist auch bei genauer Übereinstimmung der sprachlichen Fassungen zu beachten, dass das Gemeinschaftsrecht eine eigene, besondere Terminologie verwendet. Im Übrigen ist hervorzuheben, dass Rechtsbegriffe im Unionsrecht und in den verschiedenen nationalen Rechten nicht unbedingt den gleichen Gehalt haben müssen. Schließlich ist jede Vorschrift des Unionsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Licht des gesamten Unionsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen (vgl. EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 16 ff – C.I.L.F.I.T.).

131b) Der Senat erachtet die hier aufgeworfene Frage, ob die anerkannte Auslegung von §§ 1, 46 EnWG mit der Gasrichtlinie vereinbar ist, nach den diesen Maßstäben aus den oben zu ihrer Beantwortung dargelegten Gründen als zweifelsfrei und das gefundene Ergebnis für offenkundig. Dabei hat der Senat insbesondere die Ziele des in Rede stehenden Unionsrechts berücksichtigt und vermag auch in anderen sprachlichen Fassungen keinen Anlass zu der Annahme zu erkennen, andere Gerichte einschließlich etwa des Gerichtshofs der Europäischen Union könnten vernünftigerweise zu einem anderen Ergebnis gelangen. Der Auffassung der Berufung, es sei nicht offensichtlich, dass die gefundene Auslegung des nationalen Rechts mit Unionsrecht in Einklang stünde, vielmehr sei das Gegenteil vertretbar oder sogar offensichtlich, teilt der Senat nicht. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Berufung sich für ihre Sichtweise auf eine vereinzelt gebliebene Stimme aus der Literatur (Sauer, EWeRK 2022, 234) berufen kann.

1322. Im Übrigen ist ohne Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu erkennen, dass selbst dann, wenn das Unionsrecht es den Mitgliedsstaaten im Ergebnis untersagen würde, es zuzulassen, dass eine Gemeinde bei der Entscheidung darüber, welchem Unternehmen sie ihre Wegenutzungsrechte zum Betrieb eines Netzes der leitungsgebundenen Energieversorgung einräumt, die Preisgünstigkeit von prognostizierten Netznutzungsentgelten und Netzanschlusskosten der Bewerber für das Konzessionsgebiet anhand von prognostizierten Netzentgelten berücksichtigt, die Gemeinde mit so gestalteten Auswahlkriterien nicht gegen sie treffende Pflichten aus nationalem Recht gemäß § 46 Abs. 1, 4 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG und § 19 EnWG oder unmittelbar aus dem Unionsrecht verstieße.

133a) Die vom Senat verneinte Frage, ob die Vorschriften in § 1 Abs. 1, § 46 Abs. 1, 4 EnWG überhaupt einer Auslegung dahin zugänglich wären, dass das gerügte Kriterium der auf das Konzessionsgebiet bezogenen Preisgünstigkeit der Auswahl des gemeindlichen Konzessionärs nicht zugrunde gelegt werden dürfte, betrifft nicht die Auslegung der Verträge der Union oder der Gasrichtlinie, sondern allein einzelstaatliches Recht. Sie ist einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs nach Art. 267 Abs. 1 EWUV nicht zugänglich.

134b) Dass ein unterstellter Widerspruch dieser nationalen Vorschriften zur Gasrichtlinie nicht dazu führen würde, dass Letztere unmittelbar dahin anwendbar wären, dass eine einzelstaatliche Gestattung, die in Rede stehende Preisgünstigkeit wie hier bei der Auswahl des Unternehmens, dem die Gemeinde ihre Wegerechte zum Betrieb eines Energieversorgungsnetzes einräumen will, zu berücksichtigen, unangewendet zu lassen wäre und der Gemeinde ein solches Auswahlkriterium vielmehr untersagt wäre.

135aa) Die allgemeine Frage des Unionsrechts, unter welchen Voraussetzungen sich ein Einzelner gegenüber dem Staat unmittelbar auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen darf, sind durch die oben zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union beantwortet und bedarf deshalb keiner (erneuten) Klärung durch den Gerichtshof (vgl. BGH, RdE 2020, 78 Rn. 81 – Normativer Regulierungsrahmen; siehe zu dieser Ausnahme vom Vorlageerfordernis EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 14 – C.I.L.F.I.T.). Dies hat das – von der Berufung insoweit missverstandene – Landgericht zutreffend bemerkt.

136bb) Zumindest im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht auch angenommen, dass die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall ebenfalls keine Fragen aufwirft, die eine Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Union erfordern (siehe auch BGH, RdE 2020, 78 Rn. 81 – Normativer Regulierungsrahmen). Zwar ist die unionsrechtliche Frage, ob die Gasrichtlinie mit dem von der Klägerin angenommen Inhalt unmittelbar in einem Rechtsverhältnis wie dem streitgegenständlichen gilt, nicht in der Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt. Dessen Entscheidung bedarf es aber nicht, weil die Beantwortung dieser Frage – auf der Grundlage des geklärten allgemeinen Maßstabs – aus oben dargelegten Gründen zweifelsfrei und offensichtlich zu verneinen ist.

137VI. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht veranlasst (§ 542 Abs. 2 ZPO).

Zitiervorschlag:

OLG Karlsruhe Ur. v. 12.6.2024 – 6 U 222/23, BeckRS 2024, 14915

© Verlag C.H.BECK oHG 2024