


Gericht:	OLG Karlsruhe Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	22.02.2023
Aktenzeichen:	6 U 381/22 Kart
ECLI:	ECLI:DE:OLGKARL:2023:0222.6U381.22KART.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 1 Abs 1 EnWG vom 19.07.2022, § 46 Abs 4 S 4 EnWG, § 47 Abs 2 S 2 EnWG
Zitiervorschlag:	OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. Februar 2023 – 6 U 381/22 Kart –, juris

Leitsatz

1. Wird erst durch neue Umstände nach Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung (§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG) erkennbar, dass sich bei einer wie angekündigt zu treffenden Auswahlentscheidung eine Rechtsverletzung ergäbe, so ist § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG allenfalls entsprechend dahin anzuwenden, dass die (künftige) Rechtsverletzung innerhalb von 15 Tagen ab dem Zeitpunkt zu rügen wäre, zu dem sie erkennbar geworden ist.
2. Ein Rechtsverstoß, der sich nur gemessen an einem künftig möglicherweise geltenden Recht ergäbe, ist nicht im Sinn von § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG erkennbar, solange das Gesetzgebungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Auch eine nach allgemeinen Grundsätzen zur Präklusion führende Nachlässigkeit besteht vorher nicht.
3. Die Ergänzung um das Merkmal „treibhausgasneutrale“ in § 1 Abs. 1 EnWG in der seit dem 29. Juli 2022 geltenden Fassung (des Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung vom 19. Juli 2022, BGBl. I S. 1214) ist in der Sache keine Änderung gegenüber der vorherigen Fassung.

Verfahrensgang

vorgehend LG Mannheim, 12. Oktober 2022, 14 O 127/22 Kart, Urteil

Tenor

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 12. Oktober 2022, Az. 14 O 127/22 Kart, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten der Berufung fallen der Verfügungsklägerin zur Last.

Gründe

I.

- 1 Die verfügungsbeklagte Stadt (fortan: Beklagte) führt ein Verfahren zur Neuvergabe der Wegennutzungsrechte für die Stromversorgung im Sinn von § 46 Abs. 2 EnWG (Stromkonzession) in fünf ihrer Ortsteile ([OT1], [OT2], [OT3], [OT4] und [OT5]) durch, an dem sich die Verfügungsklägerin (fortan: Klägerin) beteiligt. Dem vorliegenden, auf Unterlassung einer bestimmten Fortsetzung des Konzessionsvergabeverfahrens gerichteten Antrag

auf Erlass einer einstweiligen Verfügung liegt eine Beanstandung der durch die Beklagte mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung zugrunde.

- 2 Die Beklagte teilte mit einem 1. Verfahrensbrief vom 17. Mai 2021 zum Konzessionsvergabeverfahren (Anlage ASt 23) Auswahlkriterien (Anlage 1 zum 1. Verfahrensbrief, Anlage ASt 3) sowie einen Musterkonzessionsvertrag (Anlage 2 zum 1. Verfahrensbrief, Anlage ASt 4) mit und forderte zur Abgabe indikativer Angebote auf. Das Landgericht Mannheim untersagte der Beklagten auf Antrag der Klägerin (unter Zurückweisung weitergehender Anträge der Klägerin) im Weg einstweiliger Verfügung, das Konzessionsvergabeverfahren auf dieser Grundlage fortzusetzen, ohne zuvor über die Abhilfe hinsichtlich einer dagegen gerichteten Rüge der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden zu haben. Das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beklagten wies der Senat (Urteil vom 27. April 2022 - 6 U 318/21 Kart, juris = Anlage ASt 5) zurück.
- 3 Die Beklagte übermittelte daraufhin am 1. Juni 2022 einen 2. Verfahrensbrief vom 31. Mai 2022 (Anlage ASt 7). Darin nahm sie Änderungen der Auswahlkriterien und deren Gewichtung vor, um zwei gegen den 1. Verfahrensbrief gerichteten Rügen (darunter die mit Erfolg vor Gericht durchgesetzte Rüge) abzuwehren. Zugleich bat sie um Abgabe eines indikativen Angebots binnen einer auf den 29. September 2022 gesetzten, anschließend (mit Schreiben der Beklagten vom 27. Juli 2022, Anlage ASt 8) bis zum 28. Oktober 2022 verlängerten Frist.
- 4 Mit Schreiben vom 1. August 2022 (Anlage ASt 9) rügte die Klägerin gegenüber der Beklagten, die Auswahlkriterien berücksichtigten entgegen § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG nicht das Ziel der Treibhausgasneutralität gemäß § 1 Abs. 1 EnWG in der seit dem 29. Juli 2022 geltenden Fassung des Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214; nachfolgend EnWG-Änderungsgesetz (KSSP)). Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 16. August 2022 (Anlage ASt 10), das der Klägerin am 22. August 2022 zuzuging, der Rüge werde nicht abgeholfen.
- 5 Die Klägerin hat in erster Instanz geltend gemacht, die Gesetzesänderung in § 1 Abs. 1 EnWG sei im laufenden Konzessionsverfahren bei der anstehenden Auswahlentscheidung zu beachten. Danach müssten Gemeinden bei der Auswahl des Unternehmens gemäß § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG das übergeordnete Ziel der Treibhausgasneutralität angemessen berücksichtigen. Die Beklagte müsse deswegen die Rolle des Netzbetreibers bei der Umsetzung der Energiewende in seinem Netzgebiet und die Aktivitäten des Netzbetreibers zu dessen eigener Treibhausgasneutralität berücksichtigen und bewerten. Der Kriterienkatalog der beklagten Gemeinde berücksichtige dieses Ziel nicht, was deren Spielraum überschreite.
- 6 Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt,
- 7 1. der Antragsgegnerin zu untersagen, das durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 26. Januar 2021 eingeleitete Verfahren zur Vergabe der Konzession für das Stromversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in den Ortsteilen [OT1], [OT2], [OT3], [OT4] und [OT5] im Stadtgebiet der Be-

klagten fortzusetzen, ohne zuvor das Ziel der Treibhausgasneutralität gemäß § 1 Abs. 1 EnWG in den Verfahrensbedingungen berücksichtigt zu haben;

- 8 2. der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung dagegen ein festzusetzendes Ordnungsgeld bis zu 250.000 EUR und für den Fall, dass dies nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen am Oberbürgermeister der Beklagten, anzudrohen.
- 9 Die Beklagte hat beantragt,
- 10 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.
- 11 Die Beklagte hat vorgebracht, die Rüge sei verfristet. Ein verständiger Bieter habe bereits mit der Verabschiedung des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) im Bundestag oder spätestens bei Abschluss des gesetzgeberischen Verfahrens im Bundesrat am 8. Juli 2022 Veranlassung gehabt, eine entsprechende Rüge vorbringen. Zu diesem Zeitpunkt sei die behauptete Rechtsverletzung erkennbar gewesen. Bei der Ergänzung des Ziels der Treibhausgasneutralität, die ausschließlich dem bereits in § 1 Abs. 1 EnWG in er zuvor geltenden Fassung (nachfolgend: EnWG aF) enthaltenen Ziel der „Umweltverträglichkeit“ diene, handele es sich im Übrigen lediglich um eine Klarstellung der insoweit unveränderten Rechtslage. Unabhängig könnten zumindest im vorliegenden Konzessionsvergabeverfahren die Auswahlkriterien und deren Gewichtung keine Verletzung eines etwaigen neuen Regelungsgehalts in § 1 Abs. 1 EnWG sein, weil die Neufassung nicht auf laufende Konzessionierungsverfahren anwendbar sei. Selbst bei anderer Beurteilung fehle es an einer Rechtsverletzung im Übrigen, weil das Ziel der „Treibhausgasneutralität“ in Einklang mit der neuen Formulierung von § 1 Abs. 1 EnWG bereits durch die von der Beklagten aufgestellten Auswahlkriterien berücksichtigt werde; auch ihm dienten die Maßnahmen der Netzbetreiber zu den Auswahlkriterien „Wegeoptimierung im Versorgungsgebiet“, „Vermeidung von Straßenaufbrüchen“, „Schonung des Baumbestands bei Leitungsverlegungen“, „Netzanschluss von EEG-Anlagen“ und „Vermeidung von Netzverlusten“.
- 12 Das 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, die Rüge sei zwar fristgemäß erhoben, bleibe aber in der Sache ohne Erfolg. Die Gemeinde sei nicht verpflichtet, die am 17. Mai 2021 mitgeteilten, am 1. Juni 2022 nach Maßgabe des gerichtlichen Rügeverfahrens modifizierten Auswahlkriterien und deren Gewichtung an die am 29. Juli 2022 in Kraft getretene Rechtslage nach dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) anzupassen. Dies folge aus den allgemeinen Regeln des materiellen intertemporalen Rechts. Die Auslegung des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) in Verbindung mit §§ 46 ff EnWG führe dazu, dass die Gemeinde nicht verpflichtet sei, die vor der Gesetzesänderung mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung an die Erweiterung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG anzupassen.
- 13 Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt.
- 14 Die Klägerin macht geltend, das landgerichtliche Urteil beruhe auf Rechtsfehlern, weil es die nicht präkludierte Rüge in der Sache für nicht gerechtfertigt gehalten habe. Rechtsfehlerhaft sei die Auffassung, die Beklagte habe ihre Auswahlkriterien nicht an die ab

dem 29. Juli 2022 geltende Rechtslage nach dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) anpassen müssen. Die Beklagte dürfe das neue Ziel der Treibhausgasneutralität bei der noch nicht getroffenen Auswahlentscheidung nicht ausklammern. Ein Vertrauensschutz der Beklagten sei jedenfalls nicht begründbar, wenn nur indikative Angebote abgegeben worden seien, Bietergespräche noch ausstünden und die Möglichkeit zur Überarbeitung der Auswahlkriterien vor Abgabe der finalen Angebote bestehe. Das Ergebnis des Landgerichts lasse sich insbesondere nicht aus einer Auslegung des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) gewinnen. Bei dessen somit gebotener Anwendung ergebe sich die Diskriminierung und unbillige Behinderung der Klägerin daraus, dass die Auswahlkriterien das Ziel der Treibhausgasneutralität nicht berücksichtigten.

15 Die Klägerin **b e a n t r a g t**,

16 das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 12. Oktober 2022, Az. 14 O 127/22
Kart, abzuändern und die in erster Instanz beantragte einstweilige Verfügung zu
erlassen.

17 Die Beklagte **b e a n t r a g t**,

18 die Berufung zurückzuweisen.

19 Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ih-
res erstinstanzlichen Vorbringens.

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

II.

21 Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

22 Das Landgericht hat den zulässigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung je-
denfalls im Ergebnis mit Recht als unbegründet zurückgewiesen.

23 1. Der Zulässigkeit des Antrags stehen insbesondere nicht die besonderen Voraussetzun-
gen des einstweiligen Rechtsschutzes entgegen.

24 Ob sich seine Statthaftigkeit und die Beurteilung, dass der Antrag nicht am Fehlen ei-
nes Verfügungsgrunds im Sinn von §§ 935, 940 ZPO scheidet, aus § 47 Abs. 5 EnWG, ge-
gebenenfalls in entsprechender Anwendung, ergeben, muss nicht abschließend erörtert
werden. Das prozessrechtliche Ergebnis ist davon im Streitfall letztlich unabhängig.

25 a) Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich nicht eindeutig, inwieweit die Regelungen in
§ 47 EnWG und somit insbesondere die Bestimmung zum Verfügungsgrund in § 47 Abs. 5
Satz 2 EnWG in einem Fall gelten, in dem eine Rechtsverletzung zwar vor der Auswahl-
entscheidung, aber nach der Mitteilung oder Information im Sinn von § 46 Abs. 2 Satz 1
bis 3 EnWG, aus der sie abgeleitet wird, erkennbar wird,

26 Nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG können beteiligte Unternehmen gerügte Rechtsverletzun-
gen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang
der Information nach § 47 Abs. 4 EnWG vor den ordentlichen Gerichten geltend machen.
Diese Vorschrift knüpft damit an den Fall an, dass die Gemeinde ein Unternehmen dar-
über informiert hat, dass dessen Rüge nicht abgeholfen werde (§ 47 Abs. 4 EnWG). Mög-

liche Gegenstände einer Rüge ergeben sich aus § 47 Abs. 2 Satz 1 bis 3 EnWG. Sie können darin liegen, dass das beteiligte Unternehmen, Rechtsverletzungen gerügt hat, die aufgrund einer Bekanntmachung oder aus der Mitteilung nach § 46 Abs. 3 oder Abs. 4 Satz 4 EnWG erkennbar sind, oder Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind. Solche Rechtsverletzungen sind demnach statthafte Gegenstände eines Verfahrens nach den besonderen Regelungen in § 47 Abs. 5 EnWG.

- 27 Insbesondere die unmittelbare Anwendung von § 47 Abs. 5 EnWG mag davon abhängen, dass die Rechtsverletzung bereits bei der vorgenannten Bekanntmachung, Information oder Mitteilung nach § 46 Abs. 3, Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar war, woran die vorgeschaltete Rügeobliegenheit nach § 47 Abs. 2 EnWG anknüpft. Wird eine Rechtsverletzung erst zu einem späteren Zeitpunkt erkennbar, mag allerdings zunächst wenigstens eine entsprechende Anwendung von § 47 Abs. 1, 2 EnWG dahin zu erwägen sein, dass die Frist für eine präklusionsbewehrte Rügeobliegenheit durch den Eintritt der Erkennbarkeit der Rechtsverletzung ausgelöst wird. Selbst wenn es aber an einer gesetzlichen Frist für die außergerichtliche Rüge (und andernfalls Präklusion) einer erst nach Bekanntmachung, Information oder Mitteilung erkennbar gewordenen Rechtsverletzung fehlen sollte, mögen gleichwohl zumindest die Regelungen in § 47 Abs. 4 und 5 EnWG (entsprechend) in solchen Fällen anzuwenden. So mag auch dann das besondere Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG zu beschreiten und insbesondere erfolgreicher einstweiliger Rechtsschutz an die dortige Frist (§ 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG) und das Erfordernis gebunden sein, dass das beteiligte Unternehmen eine solche nachträglich erkennbare Rechtsverletzung (gegebenenfalls nicht fristgebunden) gegenüber der Gemeinde erfolglos gerügt hat.
- 28 b) Im Streitfall sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung jedenfalls unabhängig von der Anwendung von § 47 Abs. 5 EnWG gewahrt.
- 29 aa) Der Antrag richtet sich – insoweit in Einklang mit § 47 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 EnWG (gegebenenfalls analog) – allein gegen (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), wenngleich gemessen an der späteren Änderung der Rechtslage, die nach dieser Mitteilung eingetreten ist. Ob ein Anspruch nach § 33 Abs. 1, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 46, 47 EnWG mit Erfolg im Weg des Verfahrens nach § 47 Abs. 5 EnWG geltend gemacht werden kann, 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 27. April 2022 - 6 U 318/21 Kart, juris Rn. 38; dazu ausführlich 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). Dies trifft auf den vorliegend behaupteten Mangel der Aufnahme eines bestimmten Gesichtspunkts, hier der Treibhausgasneutralität des Netzbetriebs, in die angekündigten Auswahlkriterien ohne weiteres zu. Im Fall der Anwendung von § 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG muss ein Verfügungsgrund

dabei nicht glaubhaft gemacht werden. Er ist auch nach den Umständen des Falls nicht widerlegt.

- 30 bb) Ohne (entsprechende) Anwendung von § 47 Abs. 5 EnWG ergäbe sich die Zulässigkeit des Antrags nach allgemeinen Regeln (§§ 916 ff ZPO), wie die Klägerin im Ergebnis mit Recht und unwidersprochen annimmt. 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). Indes droht dem Bieter auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 47 EnWG, etwa schon in Fällen vor dessen Geltung, 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).
- 31 2. Die Klägerin ist auch nicht damit präkludiert, ihren Verfügungsantrag auf den behaupteten Widerspruch zu stützen, dass die Anwendung der mitgeteilten Auswahlkriterien und der Gewichtung einer für die anstehende Auswahlentscheidung maßgeblichen, Rechtslage nach §§ 1, 46 EnWG, §§ 19, 20 GWB widerspreche, die sich erst aufgrund des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) ergeben habe.
- 32 a) Insbesondere ist hinsichtlich der Rüge eines Widerspruchs zu der vermeintlichen Rechtsänderung 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 führte und damit zumindest die Begründetheit eines Antrags nach § 47 EnWG ausschliesse (dazu Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 98 mwN).
- 33 Im Ergebnis mit dem Landgericht kann der Senat dahinstehen lassen, ob die Rügeobliegenheit für Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG erkennbar sind (§ 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG), für eine Rüge wie die hier vorliegende, wonach Auswahlkriterien und deren Gewichtung aufgrund einer nach deren Mitteilung in Kraft getretenen Gesetzesänderung rechtswidrig geworden seien beziehungsweise nicht mehr in rechtmäßiger Weise zur Grundlage der Auswahlentscheidung gemacht werden könnten, zumindest entsprechend gilt. Soweit eine solche Anwendung des Rügeregimes in Betracht käme, wäre die Frist zur Rüge jedenfalls gewahrt.
- 34 aa) Das Landgericht hat diese Frage der Anwendbarkeit der Präklusion nach § 47 Abs. 1, 2 EnWG (folgerichtig) im Streitfall für unerheblich gehalten, weil es die Auffassung vertreten hat, die Rügefrist nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG könnte in einem solchen Fall nicht vor Inkrafttreten einer Gesetzesänderung zu laufen beginnen. Letzterem wäre allerdings nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Vielmehr kommt als Anknüpfungspunkt der Rüge eine drohende (künftige) Rechtsverletzung in Betracht, die sich bei der zu erwartenden Auswahlentscheidung mit Rücksicht auf ein dafür etwa maßgebliches neues Rechts ergäbe.
- 35 (1) Ziel des Konzessionsbewerbers bei einem Vorgehen nach § 47 EnWG ist es, eine (potenzielle) subjektive Rechtsverletzung abzuwehren, welche aus dem gerügten objekti-

ven Rechtsverstoß der Gemeinde ohne dessen Abstellen bei Fortsetzung oder Abschluss des Konzessionsverfahrens folgen und durch eine etwaige Präklusion perpetuiert würde. Ein damit letztlich verfolgter Unterlassungsanspruch setzt in materieller Hinsicht voraus, dass der Bewerber um die Konzession durch die Gemeinde unbillig behindert wird beziehungsweise zu werden droht (vgl. Urteil vom 27. Januar 2021 – 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 78, 79 f; siehe auch Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 92 f]). „Rechtsverletzung“ im Sinn von § 47 EnWG ist mithin eine wie zuvor bezeichnete (potenzielle) subjektive Rechtsverletzung.

- 36 (2) Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Gemeinde objektiv und insbesondere im Verhältnis zu den interessierten Unternehmen schon die Aufstellung und Mitteilung von Auswahlkriterien und deren Gewichtung (§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG) insoweit verboten ist, als deren Anwendung zu einer § 46 Abs. 4 EnWG zuwiderlaufenden Auswahl des Unternehmens führen würde. Entsprechend muss nicht entschieden werden, ob eine Zuwiderhandlung gegen ein so verstandenes Verbot im Stadium der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung bereits den „Erfolg“ einer Rechtsverletzung von Unternehmen bewirken könnte.
- 37 Das Landgericht ist davon offenbar ausgegangen. Es hat (in anderem Zusammenhang, LGU 10) gemeint, das Gesetz gehe in § 47 EnWG davon aus, dass eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens bereits durch die Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung bewirkt werden könne. Dafür mag zum Teil die Ausdrucksweise in der Begründung des Gesetzesentwurfs sprechen (siehe BT-Drucks. 18/8184, S. 16: „Verstöße im Rahmen der Ausstellung und Gewichtung von Kriterien“; S. 17: „bevor nicht die konkret gerügte rechtswidrige Verfahrenshandlung aufgehoben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung ersetzt wurde“).
- 38 Diese Sichtweise scheint indes fraglich, nicht zuletzt mit Rücksicht auf die hier noch folgenden (siehe unten 3.a) Erwägungen zur Bedeutung des Rügeregimes. Möglicherweise ist insbesondere die Formulierung in der Gesetzesbegründung nur eine unpräzise sprachliche Vereinfachung und ist vielmehr der Rechtsschutz nach §§ 46, 47 EnWG letztlich stets (nur) gegen eine Rechtsverletzung gerichtet, die erst mit dem Konzessionsvertragsschluss vollendet ist, der die Chancen der übrigen Bieter auf die Konzession beeinträchtigt; die so verstandene Rechtsverletzung würde dann mit der – insoweit vorbeugenden – Rüge der Mitteilung von Auswahlkriterien und deren Gewichtung (§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG) lediglich antizipiert, soweit die angekündigte Anwendung der mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung den Anforderungen an eine diskriminierungsfreie, den Zielen nach § 1 EnWG Rechnung tragende Auswahlentscheidung nicht genügen würde. Dafür spricht auch der Gesetzeswortlaut, der einerseits in § 46 Abs. 2 Satz 3 EnWG von „Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung“ spricht, andererseits in § 46 Abs. 2 Satz 1 und 2 EnWG aber nur von „Rechtsverletzungen, die aufgrund einer Bekanntmachung“ bzw. „[...] aus der Mitteilung“ nach § 46 Abs.4 Satz 4 bzw. § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG „erkennbar sind“. Bei letztem wird als nur die Erkennbarkeit der Rechtsverletzung der besagten Bekanntmachung oder Information zugeordnet, ohne dass zum Ausdruck käme, dass der Gesetzgeber davon ausginge, dass die Rechtsverletzung der Mitteilung oder Information oder wenigstens in dem Bekanntmachungs- oder Mitteilungsgegenstand läge.
- 39 (3) Selbst wenn man aber (auch) schon in der Mitteilung ungenügender Auswahlkriterien eine Verletzung der subjektiven Rechte der Bieter sehen wollte, bleibt es dabei, dass

dann eine (potentielle) Rechtsverletzung zumindest stets darüber hinaus insoweit droht, als zudem die angekündigte Anwendung der mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung bei der Auswahl des Unternehmens und insbesondere deren Umsetzung beim Abschluss des Konzessionsvertrags gegen zwangsläufig gegen § 46 Abs. 4 EnWG verstoßen wird. Sofern sich die insoweit für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung oder des Vertragsschlusses maßgebliche Rechtslage erst aus einer bis dahin noch in Kraft tretenden Rechtsänderung ergeben wird, ist daher eine vorherige Rüge entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht ohne Grundlage. Vielmehr kann sie darauf gestützt werden, dass es nach dem dann geltenden Recht eine Rechtsverletzung sein werde, wenn die Gemeinde den Vertragspartner wie angekündigt nach den aufgestellten Kriterien auswählen wird. Dementsprechend ließe sich auch ein Gesetzesverstoß beim Abschluss des Konzessionsvertrags (§ 134 BGB) zumindest darin erkennen, dass die Gemeinde die Auswahlentscheidung entgegen ihrer Bindung nach § 46 Abs. 1, 4 Satz 1 bis 3 EnWG getroffen hat, unabhängig davon, ob ihr zudem ein vorgelagerter Gesetzesverstoß etwa bereits in Gestalt einer (unterstellt schon für sich genommen rechtsverletzenden) Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG zur Last fällt.

- 40 bb) Indes scheidet eine Präklusion, die sich auf eine Versäumung der Rügefrist nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG – die Geltung dieser Regelung für den Fall von Rechtsänderungen nach der Mitteilung im Sinn von § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG unterstellt – stützen ließe, daran, dass die Frist zur Ausübung einer Rügeobliegenheit jedenfalls nicht vor Eintritt der Erkennbarkeit der Rechtsverletzung zu laufen beginnen kann.
- 41 (1) Nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG sind Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG erkennbar sind, innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Das Merkmal der Erkennbarkeit ist mit Blick auf die weitreichende Folge der Präklusion keiner weiten Auslegung zuzuführen. Zwar ist naturgemäß die (drohende) Rechtsverletzung nicht allein aus der Mitteilung der Gemeinde heraus zu erkennen, ohne diese in Relation zum normativen Rahmen, insbesondere nach § 46 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG zu setzen. Insoweit ist die Rechtslage, wie sie sich aus den Gesetzesveröffentlichungen darstellt, für die Bieter stets erkennbar. Das gilt auch für eine erst künftig eintretende Rechtslage, von der feststeht, dass sie zum Zeitpunkt der Konzessionsvergabe gelten wird. Wo indes das Gesetzgebungsverfahren noch nicht in dem Sinn abgeschlossen ist, dass die künftige Rechtsänderung und deren Geltung im Zeitpunkt der Konzessionsvergabe feststehen, ist ein Rechtsverstoß, der sich nur gemessen an einem künftig möglicherweise geltenden Recht ergäbe, noch nicht erkennbar im Sinn von § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG. Bloße (erhebliche) Wahrscheinlichkeiten, die sich aus dem Fortschreiten eines noch nicht abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahrens ergeben mögen, genügen insoweit nicht. Dies folgt insbesondere daraus, dass selbst in solchen Fällen nicht zuverlässig zu prognostizieren ist, zu welchem Zeitpunkt das im Entstehen befindliche neue Gesetz beschlossen werden und in Kraft treten wird. Insoweit gibt auch der Verzicht des Bundesrats auf eine Anrufung des Vermittlungsausschusses nach Art. 77 Abs. 2 GG noch keinen verlässlichen Aufschluss darüber, wann das Gesetz verkündet und somit in Kraft (siehe hier Art. 9 EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) treten wird. Abgesehen davon fehlt hinsichtlich solcher Einzelakte des Gesetzgebungsverfahrens an einer ausreichenden Publizität, die der Veröffentlichung im Gesetzesblatt entspräche. Eine auf wertenden und ungewissen Prognosen insbesondere zum künftigen zeitlichen Fortschreiten des Gesetzgebungsverfahrens einerseits und des Konzessionsverfahrens andererseits beruhende vorsorgliche Rüge ist den interessierten Unternehmen nicht zumutbar. Sie würde auch – entgegen dem Interesse an einem diskriminierungsfreien Zugang zum

Wegenetz für den Zweck des Betriebs eines Versorgungsnetzes und entgegen dem Interesse der Gemeinde an einer zeitnahen Auswahl des Unternehmens – die Gefahr bergen, dass das Konzessionsvergabeverfahren mit Rügen unter Berufung auf ungewisse künftige Gesetzgebungsentwicklungen verzögert werden.

- 42 (2) Sofern – was offen bleiben kann – eine Rechtsverletzung, die sich bei einer wie angekündigt zu treffenden Auswahlentscheidung ergäbe, auch dann nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu rügen ist, wenn sie erst nach Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung erkennbar wird, käme eine unmittelbare Anwendung von § 47 Abs. 2 Satz 1 EnWG nicht in Betracht, soweit die Rügefrist nach dem Wortlaut dieser Vorschrift durch den Zugang der Mitteilung nach § 47 Abs. 4 Satz 4 EnWG ausgelöst würde. Insoweit läge ersichtlich eine Lücke für den Fall vor, dass die Rechtsverletzung beim Zugang der Mitteilung noch nicht erkennbar war, sondern erst später, gegebenenfalls erst mehr als 15 Tage nach dem Zugang, erkennbar wird. Eine Präklusion von Rechtsverletzungen, bevor diese überhaupt im Sinn dieser Vorschrift erkennbar geworden sind, ist offenkundig nicht beabsichtigt. Insoweit geht die Klägerin mit Recht und unwidersprochen davon aus, dass allenfalls eine entsprechende Anwendung von § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG in Betracht käme, wonach die Rechtsverletzung dann innerhalb von 15 Tagen ab dem (nach der Mitteilung im Sinn von § 47 Abs. 4 Satz 4 EnWG liegenden) Zeitpunkt zu rügen wäre, zu dem sie erkennbar geworden ist.
- 43 (3) Die danach allenfalls in Betracht kommende Frist für eine Rüge, dass die Anwendung der angekündigten Auswahlkriterien gegen eine Änderung des Regelungsgehalts von § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG verstieße, konnte nach alledem frühestens mit der Verkündung der Gesetzesänderung am 28. Juli 2022 ausgelöst werden. Aus diesem Grund ist im Ergebnis dem Landgericht darin zuzustimmen, dass das Rügeschreiben vom 1. August 2022 eine etwa laufende Rügefrist im Sinn von § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG jedenfalls gewahrt hat.
- 44 Unerheblich ist der Einwand der Beklagten, dass in einem anderen Konzessionsvergabeverfahren die mit der Klägerin verbundene [...] GmbH, vertreten durch denselben gesetzlichen Vertreter wie die Klägerin, bereits am 14. Juli 2022 in einem anderen Konzessionsverfahren den Rechtsfehler, der aufgrund der noch ausstehenden Gesetzesänderung vermeintlich drohte, erkannt und gerügt hat. Dass derselbe gesetzliche Vertreter in einem Verfahren – am 14. Juli 2022, zu dem dort die Frist nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG noch lief, hier aber bereits verstrichen war, und dabei gegebenenfalls über die Bieterobliegenheit hinaus – auf die Unvereinbarkeit der angekündigten Auswahlkriterien mit – nur dort, aber nicht hier bereits vor dem Ende der genannten Frist beschlossenenem – künftigen Recht hingewiesen hat, bedeutet nicht, dass diese an jenem Tag bereits nach dem für die Rügeobliegenheit und dementsprechend die Präklusion maßgeblichen normativen Maßstab aus Sicht eines vernünftigen Bieters im Sinn von § 47 Abs. 2 EnWG „erkennbar“ war. Auf die subjektive Prognose des Bieters zum Fortgang des Gesetzesvorhabens und dem Zeitpunkt seiner Verkündung und damit seines Inkrafttretens kommt es nicht an.
- 45 b) Ferner ist – unproblematisch – keine Präklusion aufgrund einer (entsprechenden) Anwendung der Frist nach § 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG eingetreten, die als materielle Ausschlussfrist zu qualifizierenden ist (dazu Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 99 mwN). Ob diese Regelung im Streitfall gilt, kann auch hier offenbleiben. Denn diese Frist, die durch den Zugang der Information nach § 47 Abs. 4 EnWG über die

Nichtabhilfe ausgelöst worden wäre, ist durch den Antragseingang beim Landgericht gewahrt worden.

- 46 c) Auch eine Präklusion nach allgemeinen Grundsätzen (siehe oben; BGH, RdE 2020, 422 Rn. 26 ff - Stromnetz Steinbach; RdE 2022, 114 Rn. 56 - Stadt Bargteheide) ist im Streitfall nicht in eingetreten. Aus den obigen Erwägungen zum Zeitpunkt der Erkennbarkeit im Sinn von § 47 Abs. 2 EnWG folgt zugleich, dass die Klägerin kein Vorwurf der Nachlässigkeit trifft, was den unverzüglichen Gebrauch der Möglichkeit angeht, durch Beanstandung gegenüber der Gemeinde und sodann im Weg eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz die geltend gemachte Missachtung einer neuen Gesetzeslage bei der anstehenden Auswahlentscheidung abzuwenden, nachdem diese erkennbar geworden ist.
- 47 3. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist aber deshalb unbegründet, weil die Rüge, dass die von der Beklagten angekündigte Anwendung der mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung einen neuen Regelungsgehalt des Energiewirtschaftsgesetzes in der seit dem Inkrafttreten des EnWG-Änderungsgesetzes (KSS) zum 29. Juli 2022 geltenden Fassung verletzen würde, in der Sache nicht gerechtfertigt ist.
- 48 Es kann dahinstehen, ob eine etwaige Änderung der Rechtslage entgegen der Ansicht des Landgerichts zumindest ausgehend von der einfachen Gesetzeslage beachtlich wäre (vorbehaltlich deren Verfassungsmäßigkeit; dazu nachfolgend a)). Der geltend gemachten Rechtsverletzung der Gemeinde, nämlich einen neuen Regelungsgehalt von § 1 Abs. 1 EnWG zu missachten, steht aber zumindest entgegen, dass eine solche Rechtsänderung in der Sache nicht vorliegt (dazu nachfolgend b)). Gegen die Vereinbarkeit der mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung mit dem bereits vor dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) geltenden Recht (auch unter dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung der Treibhausgasneutralität) wendet sich die Klägerin nicht und könnte sie sich auch nicht mehr mit Erfolg wenden (§ 46 Abs. 1, 2, 5 EnWG; dazu nachfolgend c))
- 49 a) Der Senat lässt offen, ob der – durch die Berufung beanstandeten – Begründung des Landgerichts gefolgt werden kann, schon aus dem (einfachgesetzlichen) intertemporalen Recht könne geschlossen werden, dass die hier gegenständliche Rüge nicht gerechtfertigt sein kann.
- 50 Wollte man dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) eine sachliche Änderung des Regelungsgehalts von § 1 Abs. 1 EnWG entnehmen, mögen allerdings erwägenswerte Gründe dafür sprechen, dass diese – entgegen der landgerichtlichen Beurteilung – ausgehend von den einfachgesetzlichen Vorschriften auf das streitgegenständliche Rechtsverhältnis betreffend die anstehende Auswahlentscheidung anwendbar wäre. Insoweit würde möglicherweise – was hier letztlich dahingestellt bleibt – auch im Rahmen der Prüfung nach § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG genügen, dass zumindest die Auswahlentscheidung erst nach Inkrafttreten des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) erfolgen kann und zum Zeitpunkt der Rechtsänderung noch nicht einmal die Frist zur Abgabe von (indikativen) Angeboten abgelaufen war (dazu nachfolgend aa)). Ob eine solche Rechtslage in Einklang mit dem Verfassungsrecht stünde (dazu nachfolgend bb)), muss hier nicht abschließend erörtert werden.
- 51 aa) Welche sachlich-rechtlichen Anforderungen an die Auswahlentscheidung der Gemeinde nach § 46 EnWG zu stellen sind, richtet sich möglicherweise auch dann nach dem zu deren Zeitpunkt geltenden Recht, wenn dieses auf einer Rechtsänderung nach

Einleitung des Vergabeverfahrens beruht, insbesondere wenn diese Änderung noch vor Ablauf der Frist zur Abgabe (indikativer) Angebote eingetreten ist.

- 52 (1) Das Landgericht hat ausgeführt, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dieser Frage des intertemporalen Rechts weder allgemein für § 46 EnWG noch speziell für die Auswirkungen des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) besteht. Für diese Beurteilung, deren Richtigkeit der Senat hier offenlassen kann, sprechen zumindest beachtliche Gründe.
- 53 (a) Das Landgericht hat insbesondere mit nachvollziehbaren Erwägungen angenommen, dass sich allgemeine Regeln zur Anwendung von § 46 EnWG nicht in Analogie zu Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten ergeben. Ob dem im Ergebnis zuzustimmen ist, bleibt dahingestellt.
- 54 (aa) Es dürfte allenfalls in Betracht kommen, solche Regeln sich aus vergaberechtlichen Grundsätzen, etwa entsprechend § 187 Abs. 2 GWB (§ 186 Abs. 2 GWB in der bis zum 28. Juli 2022 geltenden Fassung) zu gewinnen. Diese Überleitungsvorschrift dient dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit derjenigen, die an einem bei der Neuregelung bereits laufenden Vergabeverfahren beteiligt waren (Stockmann Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., GWB § 186 Rn. 9). Sie mag nicht Verfahrensfragen beschränkt sein, sondern etwa auch materielle Fragen der Zuschlagskriterien betreffen. Es handelt sich dabei allerdings jedenfalls um eine Ausnahme gegenüber ansonsten anzutreffenden Regeln des intertemporalen Verfahrensrechts (wie etwa § 96 Abs. 1 VwVfG; vgl. Brandmeier/Hagen in Beck VergabeR, 4. Aufl., GWB § 186 Rn. 5). Auch als Überleitungsvorschrift zu materiellen Kriterien nähme sie eine Ausnahmestellung ein, zumal über die Rechtmäßigkeit einer Handlung ansonsten regelmäßig das zu deren Zeitpunkt geltende Recht entscheidet. Dies könnte gegen eine Analogie sprechen. Es ist auch fraglich, ob dem im Recht der Europäischen Union im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsatz, dass aus Gründen der Rechtssicherheit für die Wirtschaftsteilnehmer (Erwägungsgrund 2 zur Richtlinie 2014/24/EU) die Richtlinie anwendbar ist, die zu dem Zeitpunkt gilt, zu dem der öffentliche Auftraggeber die Art des Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags besteht (vgl. EuGH, VergabeR 2013, 711 Rn. 52 - Zentrum Doornakkers; VergabeR 2016, 462 Rn. 82 ff - Partner Apelski Dariusz; VergabeR 2020, 472 Rn. 31 mwN - Kauno miesto savivaldybė ua; MünchKommEuWettbR, 4. Aufl., Einl zum Vergaberecht Rn. 215, 224 mwN) ein auf die Auswahl des Unternehmens nach § 46 EnWG zu verallgemeinernder Gedanke zu entnehmen ist.
- 55 (bb) Überleitungsvorschriften zur Anwendung von Verwaltungsverfahrensrecht wie etwa § 96 Abs. 1 VwVfG oder Regeln über die zeitliche Anwendung von Prozessrecht lassen sich hingegen für die hier interessierende Frage vor vorneherein weder für Analogie- noch Umkehrschlüsse heranziehen. Hier geht es nicht darum, welchen prozeduralen Anforderungen die Konzessionierung zu genügen hat, sondern darum, welchen inhaltlichen Kriterien die noch ausstehende Auswahl des Unternehmens zu folgen haben wird. Die Pflichten der Gemeinde nach § 46 EnWG und § 19 GWB und die daraus abzuleitenden Anforderungen an die Kriterien der Auswahlentscheidung und deren Gewichtung sind kein Verfahrens- oder Prozessrecht, sondern materiell-rechtliche Rechtssätze (siehe nur BGH, RdE 2022, 19 Rn. 8 ff - Gasnetz Rösrath; ferner BGHZ 199, 289 Rn. 16 ff - Stromnetz Berkenthin; BT-Drucks. 18/8184, S. 28 f).

- 56 (b) Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass keine ausdrückliche Überleitungsvorschrift speziell zur inzidenten Prüfung von § 1 EnWG unter dem Gesichtspunkt des EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) vorliegt. Art. 9 Abs. 1 EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) bestimmt lediglich, dass dieses Gesetz - vorbehaltlich der hier nicht einschlägigen Absätze 2 und 3 derselben Bestimmung - am Tag nach der Verkündung in Kraft tritt.
- 57 (2) Das Landgericht ist - nach der Ablehnung einer entsprechenden Anwendung besonderer Regeln des Vergaberechts (wie insbesondere § 187 Abs. 2 GWB) konsequent - davon ausgegangen, dass die Wirkung der Gesetzesänderung auf die ausstehende Auswahlentscheidung nach allgemeinen Regeln zur Ermittlung des intertemporal maßgeblichen Rechts zu beurteilen sei. Dabei hat es zutreffend erkannt, dass dies eine materiell-rechtliche Frage des Privatrechts wäre. Die maßgeblichen Anforderungen nach § 46 EnWG, § 19 GWB sprechen die Gemeinden nicht als Träger hoheitlicher Gewalt, sondern als Wegeeigentümer an, welche durch den Abschluss von Konzessionsverträgen die Nutzungsrechte an ihren Wegen als deren marktbeherrschende Anbieter wirtschaftlich gegen Entgelt verwerten (siehe BGHZ 199, 289 Rn. 16 ff - Stromnetz Berkenthin; BVerwGE 156, 320 Rn. 6; BT-Drucks. 18/8184, S. 28 f). Es ist aber zweifelhaft, ob sich bei diesem zutreffenden Ansatz unter Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des intertemporalen Privatrechts und - vorrangig - unter Auslegung der Regelungen in §§ 46, 47 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG und dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) das Ergebnis des Landgerichts rechtfertigen ließe, dass eine Rechtsänderung, insbesondere eine Neufassung von § 1 Abs. 1 EnWG, bei einer erst danach anstehenden Auswahlentscheidung deshalb unbeachtlich wäre, weil die Auswahlkriterien und deren Gewichtung bei Inkrafttreten der Neufassung bereits im Sinn von § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG mitgeteilt waren.
- 58 (a) Das Landgericht hat nicht verkannt, dass nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz zur zeitlichen Geltung von Gesetzen, der in Art. 170 EGBGB zum Ausdruck kommt, (vertragliche und gesetzliche) Schuldverhältnisse - über das Anwendungsgebiet des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch hinaus - wegen ihres Inhalts und ihrer Wirkung im Allgemeinen dem zur Zeit der Verwirklichung des Entstehungstatbestands geltenden Recht unterstehen (vgl. RGZ 125, 58, 61; BGH, GRUR 2009, 515 - Rn. 22 - Motorradreiner; WM 2018, 1099 Rn. 12, jeweils mwN). Dieser Grundsatz gilt auch im Kartellrecht (vgl. Brand/Grave in FK-KartR, Stand Sept. 2022, § 186 Rn. 12). Entgegen der Ansicht des Landgerichts lässt sich dieser Grundsatz auch auf den materiell-rechtlichen Anspruch anwenden, der einem Rechtsschutzantrag nach § 47 Abs. 5 EnWG zugrunde liegt.
- 59 (aa) Dabei handelt es sich um einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1, 3 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB und §§ 46, 47 EnWG. Er ist darauf gerichtet, die (weitere) Zuwiderhandlung zu unterlassen, also „entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss [...] zu verhindern, bevor nicht die konkret gerügte [Verfahrensweise] [...] durch eine rechtmäßige [Verfahrensweise] ersetzt worden ist“ (vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 7; Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 124, 126]; Beschluss vom 25. Januar 2021 - 6 W 24/20, juris Rn. 38 f). Ein solcher Unterlassungsanspruch ist auf Unterlassen einer nach Ansicht des Anspruchstellers (potentiell) rechtsverletzenden Fortsetzung der Ausschreibung gerichtet (vgl. Senat, Urteil vom 27. Januar 2021 - 6 U 95/20 Kart, juris Rn. 74), also auf die Abwehr einer (potenziellen) subjektiven Rechtsverletzung des Konzessionsbewerbers, welche aus dem gerügten objektiven Rechtsverstoß der Gemeinde ohne dessen Abstellen bei Fortsetzung oder Abschluss des Konzessionsverfahrens

folgen und durch eine etwaige Präklusion perpetuiert würde (vgl. Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 92, 121 ff]).

- 60 (bb) Ob ein derartiger Unterlassungsanspruch besteht, ist zunächst nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen ist (vgl. BGHZ 173, 188 Rn. 18 - Jugendgefährdende Medien bei eBay). Eine Begehungsgefahr und damit ein Unterlassungsanspruch kann daher grundsätzlich auch mit dem Inkrafttreten einer neuen Rechtslage entstehen. Denn die Begehungsgefahr sich kann daraus ergeben, dass eine Zuwiderhandlung erstmals droht, weil das in Rede stehende Verhalten nach einer Änderung der Rechtslage zu dem Zeitpunkt, zu dem es zu erwarten ist, (erstmalig) rechtswidrig sein würde. Maßgeblich ist auch insoweit grundsätzlich, ob Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, der auf Unterlassung in Anspruch genommene werde sich künftig nicht nach den (neuen) gesetzlichen Vorschriften richten, sondern sich in der bezeichneten Weise verhalten, wofür freilich regelmäßig noch genügt, dass er dieses Verhalten vor dessen Verbot praktiziert hat (siehe BGH, GRUR 1998, 591, 592 f - Monopräparate; GRUR 2003, 622, 624 - Abonnementvertrag; BGHZ 173, 188 Rn 18 - Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGHZ 175, 238 Rn. 26 - Oddset; GRUR 2014, 1013 Rn. 19 f mwN - Original Bach-Blüten; GRUR 2016, 513 Rn. 13 - Eizellspende; MünchKommUWG/Fritzsche, UWG, 3. Aufl. § 8 Rn. 34, 121). So besteht Erstbegehungsgefahr beispielsweise, wenn Erklärungen des in Anspruch genommenen die Bereitschaft zu entnehmen ist, sich unmittelbar oder in naher Zukunft (trotz Rechtsänderung gegebenenfalls wie bisher oder erstmals) in der bezeichneten Weise zu verhalten (siehe BGH, GRUR 2003, 903, 904 mwN - ABC der Naturheilkunde).
- 61 (cc) Ein Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Fortsetzung des Konzessionierungsverfahrens bis zur Auswahl des Unternehmens und dem Abschluss des Konzessionsvertrags könnte daher darauf gestützt werden, dass die (erstmalig) drohende Auswahl, die erst nach einer Rechtsänderung erfolgen wird, gegen § 46 EnWG, § 19 GWB verstoßen würde (§ 33 Abs. 2 GWB). Die Begehungsgefahr und damit der Anspruch können gegebenenfalls etwa entstehen, sobald die Gemeinde ankündigt, ohne Rücksicht auf eine Gesetzesänderung, deren Inkrafttreten für den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung feststeht, an den angekündigten Auswahlkriterien und deren Gewichtung festzuhalten.
- 62 (dd) Dagegen spricht wohl nicht die gesetzliche Ausgestaltung der Auswahlentscheidung und der diesbezüglichen Rechtsschutzobliegenheiten des Bieters zur Vermeidung einer Präklusion. Das Landgericht hat gemeint, jede der Zwischenentscheidungen der Gemeinde - über Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG, die Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG und die eigentliche Auswahlentscheidung mit der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG - unterliege rechtlichen Bindungen, was sich etwa daran zeige, dass nach der Konzeption des Gesetzes in jedem Stadium „Rechtsverletzungen“ auftreten könnten, die gesondert gerügt werden könnten. Auch hier kann dahinstehen, ob schon diese Zwischenschritte Raum für (vollendete) Rechtsverletzungen der Gemeinde bieten oder es ohnehin allein um die durch bestimmte Verfahrenshandlungen vorbereitete Rechtsverletzung durch die drohende zukünftige, unbillig behindernde oder diskriminierende Verweigerung der Wegenutzungsrechte geht. Zumindest diese (abschließende) Rechtsverletzung kann zum Gegenstand einer Rüge und eines vorbeugenden Rechtsschutzantrags gemacht werden, mag ihr sie als drohende Rechtsverletzung auch bereits in einem der vorbereitenden Schritten im Sinn von § 47 Abs. 2 Satz 1 bis 3 EnWG „erkennbar“ und daher zur Vermeidung einer Präklusion zu rügen sein (siehe oben). Dies entspricht auch zumindest gängiger Praxis, in der nicht etwa Rechtsschutz gegen eine

Wiederholung vermeintlich rechtsverletzender Mitteilungen der Auswahlkriterien gesucht wird, sondern gegen die Fortsetzung des Verfahrens. Entgegen der Ansicht der Berufungserwiderung handelt es sich bei dem hier geltend gemachten (vorbeugenden) Unterlassungsanspruch auch nicht um ein Schuldverhältnis, dessen Entstehungstatbestand (allein) in der Mitteilung der Auswahlkriterien in Verbindung mit dem Ablauf der Rügefrist liegen müsste. Ob neben dem hier geltend gemachten gesetzlichen Abwehranspruch ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB besteht, das bereits mit der Beteiligung als Bieter entstehen mag, ist unerheblich. Im Übrigen könnte auch ein solches, hinsichtlich seiner Entstehung und seiner Rechtsfolgen nach altem Recht zu beurteilendes Schuldverhältnis durchaus – gleichsam dynamisch – von vorneherein zum Inhalt haben, dass die Gemeinde während des weiteren Konzessionsvergabeverfahrens etwa eintretende Änderungen der Anforderungen an die Auswahl zu beachten hätte.

- 63 (b) Es ist – mit dem Landgericht – auch zweifelhaft, ob aus den Bestimmungen über die Einräumung von Wegenutzungsrechten zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen (§§ 46 ff EnWG) oder dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) abzuleiten ist, dass es – abweichend von allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts – für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung auf die Rechtslage bei der („Zäsur“ der) Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung gemäß § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG abzustellen ist.
- 64 (aa) Insbesondere eine allgemeine Übergangsregelung dieses Inhalts scheint nicht erkennbar. § 118 Abs. 23 EnWG bezweckt keine dahingehende Regelung. Auch im Übrigen dürfte der Gesetzgebung zu §§ 46 ff EnWG keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Bestimmung zu dieser Frage im Weg der Auslegung zu entnehmen sein.
- 65 Schon nach dem Wortlaut von § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben Gemeinden vielmehr ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet „diskriminierungsfrei“ durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Das Gesetz begnügt sich also nicht mit einer Zurverfügungstellung nach Kriterien, die zuvor in Einklang (nur) mit dem seinerzeit geltenden Recht aufgestellt wurden. Insbesondere ist die Gemeinde nach dem klaren Wortlaut von § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG „bei der Auswahl des Unternehmens“ allen Zielen des § 1 Abs. 1 verpflichtet.
- 66 Das Transparenzgebot verbietet es zwar, andere als die rechtzeitig zuvor eröffneten Kriterien und deren Gewichtung bei der Auswahlentscheidung zur Anwendung zu bringen. Insbesondere die Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG hat insoweit aber nur dienenden Charakter und ist Voraussetzung der ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung; sie kann auch zumindest rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist noch abgeändert werden (vgl. Senat, Beschluss vom 25. Januar 2021 - 6 W 24/20, juris Rn. 54). Sie soll möglichst früh die von der Gemeinde aufgestellten Auswahlkriterien und deren Gewichtung und mögliche Verstöße der Gemeinde gegen § 46 Abs. 1 bis 3 frühzeitig erkennbar machen (vgl. BT-Drucks. 18-8184, S. 15), und zwar im Interesse eines diskriminierungsfreien und ungehinderten Zugangs zu den Wegenutzungsrechten. Zugleich bietet die Ankündigung des beabsichtigten Vorgehens die Grundlage, an die der Gesetzgeber im Interesse der Rechtsicherheit die Rügeobliegenheit und die Präklusion nach § 47 Abs. 1 EnWG knüpfen konnte (vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 15).

- 67 Mit der Einführung des Verfahrens nach §§ 46, 47 EnWG hat der Gesetzgeber den allgemeinen Grundsatz (siehe bereits BGHZ 199, 289 Rn. 108 ff - Stromnetz Berkenthin; RdE 2015, 29 Rn. 58, 61 - Stromnetz Homberg) konkretisiert, wonach ein Konzessionsvertrag nicht gemäß § 134 BGB i.V.m. § 46 EnWG, § 19 GWB nichtig ist, wenn der in seinen Rechten verletzte Beteiligte nicht die ihm ausreichend gewährte Gelegenheit genutzt hat, eine ihn diskriminierende oder unbillig behindernde Auswahlentscheidung abzuwenden (siehe dazu BGH, RdE 2020, 422 Rn. 26 ff - Stromnetz Steinbach; RdE 2022, 114 Rn. 56 - Stadt Bargteheide). So dient insbesondere die Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG i.V.m. der Präklusionswirkung nach § 47 EnWG dadurch der frühzeitigen Rechtssicherheit, dass mögliche Verstöße der Gemeinde gegen die Vorgaben aus § 46 Abs. 4 Satz 1 bis 3 EnWG im Rahmen der Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien einerseits früh erkennbar und andererseits ohne rechtzeitige Rüge präkludiert werden (vgl. Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 93, 103, 132, 139 f]). Daher ist zweifelhaft, dass bei Einführung von § 47 EnWG beabsichtigt war, für die Beurteilung der Vereinbarkeit der Auswahlentscheidung mit den materiellen Anforderungen nach § 46 EnWG, §§ 19, 20 GWB die Geltung des zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung oder Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung geltende Recht als bis zur Konzessionsvergabe fortbestehend zu fingieren.
- 68 Dabei mag – wie das Landgericht meint – die Gemeinde mit den Präklusionsregeln des § 47 EnWG in ihrem Vertrauen geschützt werden, das Konzessionierungsverfahren mit den einmal mitgeteilten Auswahlkriterien abschließen zu dürfen, soweit diese ungerügt geblieben sind, oder soweit der dagegen vorgesehene gerichtliche Rechtsschutz erfolglos geblieben ist. Die Regelungen in § 47 EnWG sollen insoweit der Stärkung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz dienen, und zwar zu Gunsten aller Beteiligten wie auch der im öffentlichen Interesse liegenden Entlastung der Gerichte. Sie sollen dabei auch die Gemeinde entlasten, insbesondere von dem Aufwand, sich mit spät vorgetragenen Rügen auseinandersetzen zu müssen (vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 11, 16). Danach mögen die Interessen aller Beteiligten einschließlich der Gemeinde an einer zügigen, effizienten und rechtssicheren Durchführung der Neukonzessionierung geschützt werden (siehe Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 93, 103, 139 f]). Wenn die Rechte des Bieters durch die Präklusion beschnitten werden, findet dies seine Rechtfertigung darin, dass eine Möglichkeit nicht genutzt worden ist, ein für die Konzessionsvergabe beabsichtigtes, erkennbar mit § 19 GWB, § 46 EnWG unvereinbares Verhalten der Gemeinde zu beanstanden. Die Präklusion indes dient nicht dazu, der Gemeinde unabhängig von dieser Erkennbarkeit zu ermöglichen, den für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Rahmen auf den Rechtsstand zum Zeitpunkt der Aufstellung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung zu fixieren.
- 69 Zwar mag es – wie das Landgericht anführt – erwägenswerte (rechtspolitische) Gründe (ein „Bedürfnis“) dafür geben, das begonnene Konzessionierungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Aufstellung der Auswahlkriterien geltenden Rechtslage abzuschließen, um das Verfahren zu vereinfachen und eine zügige Neuvergabe der zeitlich befristeten Konzession zu gewährleisten. Ebenso sprechen aber umgekehrt auch Gründe dafür, etwaige Änderungen der Rahmenbedingungen grundsätzlich in alle noch ausstehenden Auswahlentscheidungen einzubeziehen (wobei die Möglichkeit einer abweichenden konkreten Übergangsregelung bei der in Rede stehenden Rechtsänderung bliebe).

- 70 Eine Beachtung von Rechtsänderungen müsste auch nicht zu unerfüllbaren oder mit unauflösbaren Widersprüchen behafteten Anforderungen an die Gemeinde führen. Zwar mag die Gemeinde zu Änderungen der mitgeteilten Bedingungen nicht unbeschränkt berechtigt sein (Senat, Beschluss vom 25. Januar 2021 - 6 W 24/20, juris Rn. 58). Eine solche Änderung scheint aber unbedenklich, wenn eine nicht präkludierte Rechtsverletzung droht, weil sich vor der Auswahlentscheidung und zudem vor Ablauf der Angebotsfrist die gesetzlichen Anforderungen an die Auswahl des Unternehmens geändert haben.
- 71 Mit Recht weist die Berufung im Übrigen darauf hin, dass es auch auf anderem Rechtsgebiet Beispiele dafür gibt, dass die verfahrensmäßig institutionalisierte Vorbereitung, selbst bei „echten“ Verwaltungsverfahren, nicht dazu führen muss, dass die abschließende Entscheidung nach der Rechtslage getroffen werden darf, die zum Zeitpunkt vorbereitender Verfahrensschritte bestand. So darf etwa eine Beamtenernennung nur vorgenommen werden, wenn die gesetzlich hierfür angeordneten Voraussetzungen zu diesem Zeitpunkt gegeben sind (vgl. BVerwGE 148, 204 Rn. 12; BVerwGE 152, 68 Rn. 27; Buchholz 316 § 38 VwVfG Nr 22 Rn. 5). Rechtsänderungen während des gerichtlichen Verfahrens müssen deshalb auch dort berücksichtigt werden (BVerwG, DÖD 2012, 104 Rn. 7, 10; Buchholz 316 § 38 VwVfG Nr 22 Rn. 5).
- 72 Schließlich geht wohl auch der Bundesgerichtshof davon aus, dass es bei der Prüfung der Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 33 GWB auf die zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung geltenden materiellen Anforderungen an ein behinderungs- und diskriminierungsfreies Verhalten der Gemeinde ankommt, wobei es für die Frage, ob das interessierte Unternehmen bei der Konzessionsvergabe durch die Gemeinde unbillig behindert worden ist, auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung ankommt (siehe BGHZ 199, 289 Rn. 69 f - Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2022, 114 Rn. 56 - Stadt Bargteheide). Insoweit ist dem Landgericht zwar zuzustimmen, dass die zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs Rechtsänderungen nach erfolgter Auswahlentscheidung betrafen. Die Formulierungen des Bundesgerichtshofs scheinen gleichwohl eindeutig. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung „Stromnetz Berkenthin“ (BGHZ 199, 289 Rn. 37, 60). Die dort als unerheblich bezeichnete Gesetzesänderung konnte schon deshalb keine Rolle spielen, weil ein bereits davor geschlossener Konzessionsvertrag zur Beurteilung stand (vgl. BGHZ 199, 289 Rn. 60 - Stromnetz Berkenthin).
- 73 (bb) Auch der Auslegung des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) dürfte nicht zu entnehmen sein, dass zumindest die dortige Neufassung von § 1 Abs. 1 EnWG im Rahmen der Verweisung aus § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG ausnahmsweise außer Betracht bleiben soll, wenn die Auswahlkriterien und deren Gewichtung bereits vor dem Inkrafttreten mitgeteilt waren.
- 74 Allerdings mag dem Landgericht darin zuzustimmen sein, dass die Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drucks. 20/1599), die sich an keiner Stelle mit der Vergabe von Wegenutzungsverträgen befasst, darauf schließen lässt, dass sich die Mitglieder der Bundesregierung bei Ausübung ihres Initiativrechts nach Art. 76 Abs. 1 GG, die Mitglieder des Bundestages bei Beratung und Verabschiedung des Gesetzes nach Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG und die Mitglieder des Bundesrates bei der Stellungnahme nach Art. 76 Abs. 2 GG und der Entscheidung über die (Nicht-)Anrufung des Vermittlungsausschusses nach Art. 77 Abs. 2 GG einer möglichen Auswirkung der Ergänzung von § 1 Abs. 1 EnWG auf laufende Konzessionsverfahren nicht bewusst waren. Dafür spricht, dass die Be-

gründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung davon ausgeht, dass die Haushalte der Gemeinden nicht belastet würden (BT-Drucks. 20/1599, S. 4, 5), der Haushaltsausschuss (8. Ausschuss) des Bundestages dem ausdrücklich zustimmt (BT-Drucks. 20/2403, S. 2), und eine dem widersprechende Stellungnahme weder im Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie (25. Ausschuss) des Bundestages (BT-Drucks. 20/2402) noch in der Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drucks. 164/22) oder in den Berichten seiner Ausschüsse (BR-Drucks. 292/1/22) aufgefunden werden kann.

- 75 Soweit die Neufassung von § 1 Abs. 1 EnWG im Gesetzesentwurf als „Klarstellung“ bezeichnet wird, ist dies bei der Auslegung dieser Vorschrift hinsichtlich ihres Regelungsgehalts im Vergleich zu § 1 Abs. 1 EnWG aF zu berücksichtigen (dazu unten), kann indes entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht als Argument dafür herangezogen werden, dass der Gesetzgeber gerade (nur) im Rahmen von § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG in gewissem Maß eine etwaige Rechtsänderung in § 1 EnWG unangewendet sehen wollte. Insofern fehlt nämlich jeder spezifische Bezug dieser Begründungstelle zu den Regelungen in §§ 46, 47 EnWG.
- 76 Wie auch das Landgericht nicht verkannt hat, soll das Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung das nach dessen Begründung als dringlich erachtete Ziel der Erreichung von Treibhausgasneutralität bis 2045 fördern, was tendenziell für dessen sofortige Anwendbarkeit spricht. Dass dieses Ziel in erster Linie durch gesetzliche Pflichten gefördert wird, wie etwa die Mitwirkung an Netzentwicklungsplannungen, die jeden gegenwärtigen und künftigen Netzbetreiber treffen, gäbe noch nichts dafür her, einen vermeintlichen neuen Regelungsgehalt von § 1 Abs. 1 EnWG in laufenden Konzessionierungsverfahren auszublenden. Auch der weitere vom Landgericht angeführte Umstand, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet, in die Vielzahl der in den vergangenen Jahren begründeten Wegenutzungsverhältnisse einzugreifen, sagt nichts darüber aus. Die Wertung des Landgerichts, angesichts der gleitenden Erneuerung des Bestands an Wegenutzungsverträgen bestehe kein zwingendes Bedürfnis, das neue Recht ohne zeitliche Schranke sofort auf die verhältnismäßig geringe Anzahl der aktuell laufenden Konzessionierungsverfahren anzuwenden, trägt ebenfalls nicht. Sie ersetzt nicht eine allein dem Gesetzgeber vorbehaltene Übergangsregelung.
- 77 bb) Die Berufungserwiderung beruft sich auf die von der Beklagten bereits in erster Instanz angeführten Grenzen der Zulässigkeit rückwirkender Gesetze, die ihrer Ansicht nach vom Landgericht übergangen worden seien. Sie meint, diese würden das Ergebnis, wonach die Rüge der Klägerin nicht auf Gesetzesänderungen durch das EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) gestützt werden könne, unabhängig von den Erwägungen des Landgerichts tragen. Sie wirft damit in der Sache die Frage nach der Vereinbarkeit des zuvor gewonnenen Auslegungsergebnisses mit höherrangigem Recht auf, wobei sich insoweit gegebenenfalls auch die Frage nach einer verfassungskonformen Auslegung stellen kann. Auch diese Fragen müssen hier nicht abschließend beantwortet werden.
- 78 Angesprochen ist insoweit das grundsätzliche Verbot rückwirkender belastender Gesetze, das auf den grundrechtlich geschützten Interessen der Betroffenen sowie den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG) beruht (vgl. nur BVerfGE 127, 1, 16; BVerfG, NJW 2021, 2424 Rn. 51, jeweils mwN). Die beklagte Gemeinde genießt zwar entgegen der Ansicht der Berufung zumindest insoweit entsprechenden Vertrauensschutz, als sie im Rahmen des – bei der vorliegenden Verwertung der Wegerechte berührten (siehe BVerfGE, RdE 2016 Rn. 23) – kommunala-

len Selbstverwaltungsrechts von Art. 28 Abs. 2 GG vor Rückwirkung geschützt ist (siehe BVerwG, Buchholz 11 Art 20 GG Nr 220 Rn. 15; LVerfG MV, Urteil vom 26. Januar 2012 - LVerfG 33/10, BeckRS 2012, 46261). Dass ein Auslegungsergebnis, wonach die Auswahlentscheidung der Gemeinde - unabhängig von einer bei Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung geltenden Rechtslage - nach dem zu ihrem Zeitpunkt geltenden Recht zu treffen wäre, gegen das Rückwirkungsverbot verstieße, liegt hier indes zumindest nicht auf der Hand.

- 79 (1) Eine grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässige echte Rückwirkung („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“; vgl. nur BVerfGE 127, 1, 16 f; BVerfG, NJW 2021, 2424 Rn. 51, jeweils mwN) liegt vor, wenn eine Rechtsnorm anordnet, eine Rechtsfolge solle schon für einen vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Norm liegenden Zeitraum eintreten (vgl. BVerfGE 97, 67, 78 f; BVerfG, NJW 2021, 2424 Rn. 56). Daran dürfte es fehlen, soweit die Gemeinde lediglich etwaige Rechtsänderungen nach Ablauf von in § 47 Abs. 2, 5 EnWG normierten Rüge- und/oder Antragsfristen bei der anschließenden Auswahlentscheidung zu beachten hätte. Der Gemeinde würde insoweit keine aufgrund Präklusion eines Fehlers erworbene Rechtsstellung entzogen, die mangels Erkennbarkeit (siehe § 46 Abs. 2 EnWG) vor Gesetzesänderung noch nicht eintreten konnte (siehe oben).
- 80 (2) Eine unechte Rückwirkung („tatbestandliche Rückanknüpfung“) liegt vor, soweit belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden (vgl. nur BVerfGE 63, 343, 356; 127, 1, 17; BVerfG, NJW 2021, 2424 Rn. 53, jeweils mwN). Eine solche unechte Rückwirkung ist nicht grundsätzlich unzulässig, denn die Gewährung vollständigen Schutzes zu Gunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Hinblick auf einen Wandel der Lebensverhältnisse in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen (vgl. nur BVerfGE 63, 343, 357; 127, 1, 17; BVerfG, NJW 2021, 2424 Rn. 53, jeweils mwN). Allerdings bedürfen die belastenden Wirkungen einer Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens hier stets einer hinreichenden Begründung nach den Maßstäben der Verhältnismäßigkeit. Der Normadressat muss eine Enttäuschung seines Vertrauens in die alte Rechtslage nur hinnehmen, soweit dies aufgrund besonderer, gerade die Rückanknüpfung rechtfertigender öffentlicher Interessen unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist (vgl. nur BVerfGE 127, 1, 20; BVerfGE, NJW 2021, 2424 Rn. 56). Ob eine Änderung der gesetzlichen Anforderungen an die Konzessionierungsentscheidung nach Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung eine solche unechte Rückwirkung und im Fall des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) gerechtfertigt wäre, lässt der Senat dahinstehen.
- 81 b) Der behaupteten Rechtsverletzung steht jedenfalls (unabhängig von den zuvor erörterten Fragen des intertemporalen Rechts) entgegen, dass die Ergänzung in der Formulierung von § 1 Abs. 1 EnWG mit dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) in der Sache keine Änderung gegenüber der vorherigen Fassung gebracht hat.
- 82 aa) Die Rüge der Klägerin ist darauf gestützt, dass die Neufassung von § 1 Abs. 1 EnWG die Gemeinde aufgrund § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG bei der Auswahl des Unternehmens dem Ziel der Treibhausgasneutralität in einer Weise verpflichte, die von der bis dahin geltenden Rechtslage abweiche, und dass die Beklagte gerade diese neue Vorgabe bei

der anstehenden Auswahlentscheidung unter Anwendung der mitgeteilten Auswahlkriterien und deren Gewichtung verfehlen würde.

- 83 bb) Damit kann sie nicht durchdringen. Die Neufassung von § 1 Abs. 1 EnWG erweitert zwar die Angabe des Zwecks des Gesetzes – die leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, in bestimmter Weise zu erreichen – sprachlich um die Nennung des Merkmals „treibhausgasneutral[e]“. Damit hat sich aber entgegen der Ansicht der Klägerin der Regelungsgehalt dieser Vorschrift gegenüber § 1 Abs. 1 EnWG aF nicht geändert, insbesondere was die Wirkung des Ziels der Treibhausgasneutralität im Rahmen der Auswahl nach § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG angeht.
- 84 (1) Schon nach § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG aF war die Gemeinde bei der Auswahlentscheidung dem Ziel der Treibhausgasneutralität verpflichtet. Die bisher geltende Gesetzesfassung nannte – wie weiterhin (daneben) die Neufassung – das Merkmal „umweltverträglich[e]“ und im Übrigen das Merkmal „effizient[e]“. Damit war bereits § 1 Abs. 1 EnWG aF auf eine insbesondere treibhausgasneutrale Ausgestaltung der bezeichneten leitungsgebundenen Versorgung gerichtet. Denn dabei handelt es sich um eine Voraussetzung dafür, diese umweltverträglich zu gestalten, und zudem um einen nach dem objektiven Sinn des Gesetzes in der bisherigen Fassung bezweckten Vorteil von Effizienz und Umweltverträglichkeit der Versorgung. Daher war die Förderung des komplexen Gesamtziels schon nach § 1 Abs. 1 EnWG aF unter dem Gesichtspunkt des Erreichungsgrads an Umweltverträglichkeit und Effizienz auch an der – möglichst bis zur Neutralität reichenden – Minderung der Treibhausgasbelastung zu messen.
- 85 (a) Die Bedeutung, die der Treibhausgasneutralität insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeit bei der Auswahl des Konzessionärs zukommt, ergab sich aus dem bis zum EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) geltenden und insbesondere nach seinem Zweck auszulegenden Gesetzeswortlaut. Ihre Berücksichtigung war erst recht entgegen der Ansicht der Klägerin nicht von der Wortlautgrenze (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) ausgeschlossen.
- 86 Im Sinn des Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetzes) bedeutet Umweltverträglichkeit, dass die Energieversorgung den Erfordernissen eines nachhaltigen, insbesondere rationellen und sparsamen Umgangs mit Energie genügt, eine schonende und dauerhafte Nutzung von Ressourcen gewährleistet ist und die Umwelt möglichst wenig belastet wird; der Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung und erneuerbaren Energien kommt dabei besondere Bedeutung zu (§ 3 Nr. 33 EnWG; siehe auch BT-Drucks. 13/7274, S. 31). Die Umweltverträglichkeit hängt danach auch – und nicht unerheblich – von der Begrenzung der Belastung der Atmosphäre und somit der Umwelt mit Treibhausgasen ab, deren Emission mit der Energieversorgung einhergeht (siehe Theobald in Theobald/Kühling, Energierecht, Stand Mai 2022, EnWG § 1 Rn. 30; Schorsch, EWeRK 2022, 82, 88; ferner bereits § 42 Abs. 1 Nr. 2 EnWG aF: „Umweltauswirkungen zumindest in Bezug auf Kohlendioxidemissionen“). Denn Treibhausgase beeinträchtigen ein intaktes Klima, das Teil der Umwelt ist, und schädigen damit mittelbar Flora und Fauna als Elemente der ebenfalls zur Umwelt gehörenden Natur. Zugleich fördert umgekehrt die Schonung des Ökosystems und damit insbesondere der Wälder und des Baumbestands oder bestimmter Böden über deren positive Klimawirkung als natürliche Treibhausgas-Senken (namentlich durch die Speicherung von Kohlendioxid) eine für die Umwelt günstige Treibhausgasbilanz.

- 87 Letztlich hat auch die Klägerin in erster Instanz eingeräumt, dass Energieeinsparung und umwelt- und ressourcenschonende Energieerzeugung indirekt („in manchen Fällen“) das Ziel der Treibhausgasneutralität fördern. Sie hat allerdings gemeint, dies sei nicht im Fokus von § 1 Abs. 1 EnWG aF gewesen. Dies trifft aber nicht zu. Vielmehr war die Minderung der Treibhausgasemissionen seit jeher nicht etwa nebensächliches, sondern eines der zentralen Anliegen unter dem Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeit. Schon die Einführung des Ziels der Umweltverträglichkeit mit dem Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730) war nach der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drucks. 13/7274, S. 8) ausdrücklich insbesondere durch das Ziel der Kohlendioxidminderung motiviert, was im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens allgemein in Bezug auf die Verminderung von Treibhausgasemissionen und deren ausdrücklich unterstrichene Bedeutung für den Klimaschutz bekräftigt wurde (BT-Drucks. 13/7274, S. 30 f). Einer ausdrücklichen Nennung des „Thema CO₂-Einsparung“ neben dem insoweit ohne weiteres auslegungsfähigen Begriff der Umweltverträglichkeit bedurfte es nicht.
- 88 Soweit die Berufung darauf hinweist, dass Treibhausgasneutralität als „das Gleichgewicht zwischen den anthropogenen Emissionen von Treibhausgasen aus Quellen und dem Abbau solcher Gase durch Senken“ (§ 2 Nr. 9 KSG) nicht nur die Vermeidung, sondern auch das Kompensieren von Treibhausgasen meine, ergibt sich daraus nichts anderes. Schon das Merkmal der Umweltverträglichkeit war offen dafür, die insoweit positiv zu bewertende Schonung des Klimas als Umweltressource gegebenenfalls wenigstens dadurch zu fördern, dass Kompensationsmaßnahmen wie natürliche oder sonstige CO₂-Senken genutzt werden. Dass die Begriffe Umweltverträglichkeit und Treibhausgasneutralität nicht gleichzusetzen (deckungsgleich) sein mögen, sondern die Treibhausgasneutralität nur einen – wenn auch sehr bedeutsamen, aber nicht der ausschließlichen – Aspekt der umfassender zu verstehenden Umweltverträglichkeit darstellt, ist ebenfalls unerheblich. Insbesondere der – für sich genommen zutreffende – Hinweis der Berufung, dass das Einsparen von Energie nicht zwangsläufig auch ein Einsparen von Treibhausgasemissionen bedeute, führt nicht weiter. Denn unter im Übrigen unveränderten Bedingungen ist eine energiewirtschaftliche Maßnahme in aller Regel umso klimaschonender, je energiesparsamer sie ist. Im Übrigen begünstigt ein sparsamer und rationeller Umgang mit Energie die Spielräume für eine möglichst klimaneutrale Energiewirtschaft, die den Gesamtenergiebedarf durch erneuerbare Energien decken kann. Zudem beachtet die Berufung nicht, dass zur Umweltverträglichkeit im Sinn des Gesetzes gerade auch die Nachhaltigkeit und Begrenzung der Umweltbelastung gehört, was unmittelbar den Aspekt der Klimaschonung betrifft, der durch Treibhausgasneutralität zu erreichen ist.
- 89 Diese Gesichtspunkte waren für die Gemeinde bei der Auswahl bereits nach § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG aF von Bedeutung. Dies wird auch durch die Gesetzgebungsmaterialien bestätigt. Schon im Zug der seit dem 3. Februar 2017 geltenden Formulierung von § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG wurde im Hinblick auf die Merkmale „umweltverträglich“ und „zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht“ darauf hingewiesen, dass sich zwar umweltpolitische Ziele nicht allein über Maßnahmen des Netzbetriebs erreichen ließen, allerdings die energiewendebedingte Netzintegration dezentraler Erzeugungsanlagen hohe Anforderungen an den Netzbetrieb stellten, so dass die Gemeinde insoweit günstige Konzepte bewerten könne (BT-Drucks. 18/8184, S. 14). Um populären Missverständnissen vorzubeugen sei an dieser Stelle nochmals betont, dass es im hier zur Entscheidung stehenden Zusammenhang nicht um die Energieerzeugung oder um

Übertragungsstrassen, sondern ausschließlich um Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet und die hierbei möglichen Beiträge zu Treibhausgasneutralität und Umweltverträglichkeit geht.

- 90 (b) In den für die Treibhausgasneutralität interessierenden Punkten überschneidet sich das Ziel der Umweltverträglichkeit zudem mit dem Ziel der Effizienz gemäß § 1 Abs. 1 EnWG, das ebenfalls bereits vor dem EnWG-Änderungsgesetz nach § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG zu berücksichtigen war.
- 91 Effizienz in diesem Sinn bedeutet insbesondere auch, aber nicht ausschließlich Kosteneffizienz (vgl. BT-Drucks. 15/5268, S. 116). Der Begriff bezieht sich ebenso auf das Verhältnis von Energieaufwand zum erzielten Ergebnis, das heißt die Energieeffizienz (§ 3 Nr. 15b EnWG). Effizienzmaßnahmen können in den Bereichen Energieumwandlung, Energienutzung, Energietransport und Energieverteilung ergriffen werden. Zur Effizienz gehört etwa die Minimierung von Energieverlusten bei Energietransport und Energieverteilung (OLG Düsseldorf, EnWZ 2016, 171, 172 mwN; vgl. BT-Drucks. 18/8184, S. 14) wie allgemein der sparsame Umgang mit Energie, nicht nur bei deren Verbrauch (vgl. Theobald in Theobald/Kühling, Energierecht, Stand Mai 2022, EnWG § 1 Rn. 30; Kment/Schex, EnWG, 2. Aufl., § 3 Rn. 88). Benötigt man etwa weniger Ressourcen zur Erzeugung und Verteilung der gleichen Menge elektrischer Energie führt dies nicht nur zu einem niedrigeren Strompreis, sondern stellt auch ein nachhaltiges Handeln dar. Sowohl die effiziente und als auch die umweltverträgliche Versorgung werden durch eine Steigerung des Verhältnisses zwischen eingesetzter Energie, soweit diese sich nicht umweltneutral gewinnen lässt, und Ergebnis gefördert (siehe Theobald in Theobald/Kühling, Energierecht, Stand Mai 2022, EnWG § 1 Rn. 30 f; § 3 Rn. 256).
- 92 Die Bedeutung etwa der Effizienz der Energiegewinnung für das Ziel einer insbesondere mit Blick auf Kohlendioxidemissionen umweltverträglichen Versorgung war dem Gesetzgeber bereits bei der Einführung des letztgenannten Ziels bewusst (siehe BT-Drucks. 13/7274, S. 10: „über höhere Wirkungsgrade auch die Umweltbelastung reduziert“, „besonders effiziente Kraftwerke“, „CO₂-Minderungspotentiale [...] auszuschöpfen“).
- 93 (c) Aus der ausdrücklichen Einführung des Begriffs der Treibhausgasneutralität mit dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) lässt sich nicht schließen, dass dieses Ziel zuvor kein Teil der weiteren Zielangaben war, die in der Neufassung daneben bestehen bleiben.
- 94 Überschneidungen zwischen den einzelnen Zielbezeichnungen in § 1 Abs. 1 EnWG sind dieser Vorschrift seit jeher nicht fremd. Dies zeigt sich etwa an den bereits aufgezeigten Zusammenhang zwischen Umweltverträglichkeit und Effizienz sowie an dem Umstand, dass effiziente Energieumwandlung und -transport neben der Kosteneffizienz der Versorgung (und Umweltschonung) auch der Sicherheit und ferner der Preisgünstigkeit der Versorgung dienen (vgl. Theobald in Theobald/Kühling, Energierecht, Stand Mai 2022, EnWG § 1 Rn. 30; BT-Drucks. 13/7274, S. 14). Dass die Gemeinde bei der Auswahlentscheidung nach § 46 Abs. 4 EnWG jeden der nach § 1 Abs. 1 EnWG relevanten Gesichtspunkte in den Blick nehmen muss und nicht unzureichend abbilden darf (siehe BGHZ 199, 289 Rn. 16 ff, 34 ff - Stromnetz Berkenthin; BGH, RdE 2020, 358 Rn. 31 f - Gasnetz Leipzig; RdE 2021, 477 Rn. 19 - Gasnetz Berlin; Senat, Urteil vom 28. August 2019 - 6 U 109/18 Kart, RdE 2022, 82 [juris Rn. 137]; Urteil vom 27. April 2022 - 6 U 318/21 Kart, juris Rn. 50 f mwN; Urteil vom 13. Juli 2022 - 6 U 53/21 Kart, WuW 2022, 702 [juris Rn. 27 ff, 33 ff]),

bedeutet insoweit lediglich, dass jedes relevante Ziel über die Schnittmenge mit anderen Zielen hinaus zu beachten ist. Daraus lässt sich indes nicht schließen, dass ein beachtlicher Gesichtspunkt (hier namentlich die Treibhausgasneutralität) nicht Unterbestandteil eines der (anderen) ausdrücklich in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Ziele (hier namentlich der Umweltverträglichkeit und der Effizienz) sein kann.

- 95 (2) Die ausdrückliche Aufnahme des Merkmals „treibhausgasneutral[e]“ in den Gesetzestext von § 1 Abs. 1 EnWG ändert den Gehalt des Zielkatalogs in der Sache nicht.
- 96 (a) Gegen eine Änderung der Rechtslage spricht bereits, dass – wie auch das Landgericht zutreffend gesehen hat – diese Ergänzung nach der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drucks. 20/1599, S. 50) der Klarstellung dient, was bedeutet, dass sie hätte unterbleiben können, ohne dass sich dies auf die mit dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) geschaffene Rechtslage ausgewirkt hätte.
- 97 Dem mag sich entgegenhalten lassen, der Formulierung der Begründung lasse sich nicht die Aussage entnehmen, die Neufassung stelle den Gehalt der schon bisher geltenden Fassung von § 1 Abs. 1 EnWG klar, sondern nur der Wille, eine Klarstellung innerhalb des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) oder der Gesetzesänderungen im Rahmen des Klimaschutz-Sofortprogramms vorzunehmen (nämlich dass das „übergeordnete Ziel“ der Treibhausgasneutralität auch für die leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff gilt; vgl. BT-Drucks. 20/1599, S. 50). So hat das Landgericht im Ergebnis angenommen, die Wendung „Klarstellung“ könne hier nicht in dem Sinn verstanden werden kann, dass der Regelungsgehalt unverändert geblieben sei, sondern meine nur, dass § 1 Abs. 1 EnWG konsistent mit den im Zuge des EnWG-Änderungsgesetzes (KSSP) an anderer Stelle eingefügten Bestimmungen gefasst werde.
- 98 Selbst dann wäre den Materialien aber zumindest nichts zu entnehmen, was gegen eine inhaltliche Übereinstimmung von § 1 Abs. 1 EnWG mit der früheren Fassung spräche. Es bleibt dabei, dass Regelungsgehalt jedenfalls objektiv unverändert geblieben ist, zumindest was die Bedeutung der dortigen Zielvorgaben im Rahmen von § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG angeht. Dass unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Zweckrichtung des Gesetzes die Treibhausgasneutralität aufgrund ihrer ausdrücklichen Benennung qualitativ oder quantitativ anders als schon bisher im Rahmen der Umweltverträglichkeit und Effizienz angestrebt wird, ist nicht zu erkennen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass sich eine umweltverträgliche Versorgung unabhängig von deren Treibhausgasneutralität erreichen ließe oder umgekehrt die Treibhausgasneutralität andere Vorteile als eine nachhaltige Schonung der Umweltressourcen haben soll, insbesondere soweit diese Gesichtspunkte im Rahmen einer an den Zielen nach § 1 Abs. 1 EnWG ausgerichteten Auswahl des Netzbetreibers zu berücksichtigen sind. Damit hat die Neufassung zumindest bei objektiver Betrachtung nur klarstellende Bedeutung.
- 99 (b) Die Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drucks. 20/1599, S. 50) bezeichnet die Treibhausgasneutralität bei der Erläuterung, dass sie auch für die leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, Gas und Wasserstoff gilt, als das „übergeordnete Ziel“. Dies steht nicht der Annahme entgegen, dass es sich um ein bereits aufgrund der Ziele der Umweltverträglichkeit und Effizienz nach § 1 Abs. 1 EnWG, auch in der alten Fassung, gleichermaßen relevantes Ziel handelt.
- 100 (aa) Das Attribut „übergeordnet[e]“ ist ersichtlich nicht etwa in dem Sinn gemeint, dass die Treibhausgasneutralität ein Oberbegriff sei, von dem bisher nur die Sonderfälle der

Umweltverträglichkeit und/oder der Effizienz im Gesetz enthalten gewesen seien, so dass die Treibhausgasneutralität kein Unterfall der Umweltverträglichkeit oder Effizienz sein könne. Vielmehr ist diese Ausdrucksweise der Begründung vor dem Hintergrund der Einbindung in das Klimaschutz-Sofortprogramm dahin zu verstehen, dass dieser gesamte Gesetzgebungskomplex durch das gemeinsame (also „übergeordnete“) Ziel der einzelnen Gesetzesänderungen verklammert ist, die Treibhausgasneutralität zu erreichen.

- 101 (bb) Allenfalls mag mit der Wortwahl „übergeordnet[e]“ ansonsten die besondere, auch verfassungsrechtlich verankerte (Art. 20a GG, vgl. BVerfG, NJW 2021, 1723 Rn. 197 ff) Bedeutung des Klimaschutzziels gemeint sein. Die Begründung des Entwurfs zum EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) betont, dass es, um zur Erreichung der Klimaschutzziele aus dem Übereinkommen von Paris beizutragen, wichtig sei, dass Deutschland spätestens im Jahr 2045 klimaneutral sein wird (BT-Drucks. 20/1599, S. 1). Daraus ergibt sich aber kein anderes Auslegungsergebnis.
- 102 Konkrete Vorgaben zur Klimaneutralität, die über die bereits zum bisherigen Gesetzeszweck gehörende Minderung der Belastung der Umwelt mit Treibhausgasemissionen hinausgehen, sind nämlich jedenfalls nicht in den Katalog nach § 1 Abs. 1 EnWG aufgenommen worden. Diese Vorschrift belässt es vielmehr dabei, die Treibhausgasneutralität als Zielrichtung anzugeben, ohne den Zeitpunkt der vollständigen Zielerreichung oder das zeitabhängige Maß des Fortschritts auf dem Weg zu diesem Ziel anzugeben. Dies entspricht dem schon bisher zu berücksichtigenden Ziel, die Treibhausgasemissionen zumindest (immer weiter) zu verringern, dessen Befolgung in Richtung und letztlich bis zur Erreichung der Treibhausgasneutralität führen wird. Zwar soll mit dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) das Ziel der Treibhausgasneutralität im Jahr 2045 nicht nur unmittelbar in das Energiewirtschaftsgesetz aufgenommen, sondern auch in den geregelten Prozessen stärker verankert werden (BT-Drucks. 20/1599, S. 2). Solche konkreten regulatorischen Vorgaben stellt das EnWG-Änderungsgesetz lediglich mit den Regelungen in den §§ 12a ff EnWG zur Netzausbaubedarfsplanung auf, die sich indes an den Netzbetreiber (vgl. BT-Drucks. 20/1599, S. 32) und nicht (mittelbar über § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG) an die Gemeinde bei der Auswahl desselben richten.
- 103 Entgegen der Ansicht der Klägerin zwingt die besondere Bedeutung der Treibhausgasneutralität, die in der (nunmehr) ausdrücklichen Nennung dieses Ziels zum Ausdruck kommt, nicht dazu, diese Zielbestimmung einer Auslegung zuzuführen, die über den bereits ohne die ausdrückliche Nennung der Treibhausgasneutralität bestehenden Regelungsgehalt hinausginge, der einer Auslegung insbesondere dem Begriff der Umweltverträglichkeit im Sinn von § 1 Abs. 1 EnWG aF zu entnehmen war. Dies gilt unbeschadet des verfassungsrechtlichen (s.o., Art. 20a GG) Gewichts des Klimaschutzes, das bereits im Rahmen der Auslegung von § 1 Abs. 1 EnWG aF insbesondere bei der Bestimmung des Merkmals der Umweltverträglichkeit zu beachten war. Auch insoweit besteht ferner kein Anlass für die Annahme, Überschneidungen und Redundanzen in der Aufzählung nach § 1 Abs. 1 EnWG könnten nur zwischen anderen Merkmalen, nicht aber zum Merkmal der Treibhausgasneutralität bestehen.
- 104 (c) Diese Beurteilung der Neufassung von § 1 Abs. 1 EnWG gegenüber der vorigen Fassung wird im Übrigen dadurch bestätigt, dass – wie das Landgericht in anderem Zusammenhang zutreffend ausgeführt hat – offenkundig auch der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass sich daraus keine Belastung der Haushalte der Gemeinden und kein Erfüllungsaufwand für diese ergibt (BT-Drucks. 20/1599, S. 4 f).

- 105 Solcher Aufwand läge auf der Hand, würden die Gemeinden durch eine Änderung des Inhalts von § 1 Abs. 1 EnWG verpflichtet, etwa bereits aufgestellte Auswahlkriterien und deren Gewichtung für eine anstehende Wegerechtsvergabe nach § 46 Abs. 2 EnWG zu überarbeiten und noch nicht abgeschlossene Verfahren neu zu beginnen. Die Bewertung des Gesetzesentwurfs als für die Gemeinden aufwandsneutral zeigt, dass die Neufassung zumindest nach ihrem objektiven Sinn und Zweck keine Änderung der die Gemeinden unter dem Gesichtspunkt deren Pflichten nach § 46 EnWG haben sollte, mithin keine Änderung der nach § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG zu beachtenden Ziele.
- 106 (d) Eine Neuerung in § 1 Abs. 1 EnWG ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, welche Bedeutung der Treibhausgasneutralität des allgemeinen (also in nicht spezifisch netzwirtschaftlichen) Verhaltens des Netzbetreibers zukommt.
- 107 Die Auswirkungen des Netzbetriebs auf die Treibhausgasneutralität kann insoweit beispielsweise wie in allen Wirtschaftszeigen von der Antriebsart dessen betrieblichen Fuhrparks, dem für die Beheizung von Verwaltungsgebäuden des Unternehmens genutzten Energieträger oder deren Wärmedämmung (usw.) abhängen. Auch insoweit ergibt sich aus der neuen Gesetzesformulierung jedenfalls kein Unterschied zur Rechtslage vor dem EnWG-Änderungsgesetz (KSSP), weil diese Gesichtspunkte in gleicher Weise dem Merkmal der Umweltverträglichkeit nach § 1 Abs. 1 EnWG aF zugeschrieben werden mussten. Sowohl in der neuen als auch der bisherigen Fassung zählt § 1 Abs. 1 EnWG angezielte Merkmale auf, die der „leitungsgebundene[n] Versorgung der Allgemeinheit mit“ Energie zugeordnet sind. Die Frage, ob und inwieweit dazu Eigenschaften von Energieversorgungsunternehmen gehören, die nicht die Versorgungsleistung unmittelbar betreffen, ist danach jedenfalls für die Treibhausgasneutralität als Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeit der Versorgung nicht anders zu beurteilen als für nun ausdrücklich bezeichnete Treibhausgasneutralität der Versorgung. Der Gesetzgeber mag bei der Ausgestaltung der bis zum EnWG-Änderungsgesetz (KSSP) geltenden Regelungen in § 1 Abs. 1 EnWG und § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG unter dem Aspekt der Kohlendioxidminderung vor allem die Auslegung des Netzbetriebs für die Einspeisung und Verteilung erneuerbarer Energien im Blick gehabt haben (s.o.). Eine geänderte Perspektive ist insoweit aber in der ausdrücklichen Nennung der Treibhausgasneutralität nicht zu erkennen.
- 108 Inwieweit und mit welchem Gewicht die Gemeinde – nach altem wie neuem Recht jedenfalls unverändert – im Rahmen des ihr nach § 46 Abs. 4 EnWG belassenen Spielraums neben den wesentlichen Merkmalen des Netzes und seines Betriebs, insbesondere dessen Eignung für eine Nutzung zur Verteilung klimaschonend erzeugter Energie, auch die Eigenschaften und Verhaltensweisen der interessierten Unternehmen am Maßstab der Treibhausgasneutralität messen und bei der Auswahl des Konzessionärs berücksichtigen darf oder muss, kann hier dahinstehen.
- 109 c) Unerheblich für die die Berechtigung der Rüge der Klägerin und somit die Entscheidung über den vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist, ob die Auswahlkriterien der Beklagten im 2. Verfahrensbrief mit dem Ziel der Treibhausgasneutralität in Einklang stehen, soweit dieses bereits in § 1 Abs. 1 EnWG aF enthalten und nunmehr ohne Änderung des Regelungsgehalts in § 1 Abs. 1 EnWG ausdrücklich genannt ist.
- 110 Insoweit war nämlich der in der Sache angebliche (drohende) Rechtsverstoß bereits zum Zeitpunkt der des Zugangs der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung

erkennbar und ist seine Geltendmachung daher nach § 47 Abs. 1 EnWG mangels rechtzeitiger Rüge nach § 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG präkludiert. Gegenteiliges macht auch die Klägerin nicht geltend, die ihren Antrag allein damit begründet, dass sie eine Rechtsverletzung noch abwehren dürfe, die erst aufgrund vermeintlicher Änderung des Regelungsgehalts drohe und erkennbar geworden sei.

- 111 Nach alledem kann der Senat wie bereits das Landgericht dahingestellt lassen, ob die Auswahlkriterien und deren Gewichtung im 2. Verfahrensbrief der Beklagten inhaltlich den Anforderungen an die Verpflichtung auf das Ziel der Treibhausgasneutralität nach § 1 Abs. 1 EnWG genügen.
- 112 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht veranlasst (§ 542 Abs. 2 ZPO).