

# / Rügepflichten und Umfang der Informationspflichten der Gemeinden

17. März 2016

Alicante  
Berlin  
Bratislava  
Brüssel  
Budapest  
Bukarest  
Dresden  
Düsseldorf  
Frankfurt/M.  
London  
Moskau  
München  
New York  
Prag  
Warschau

[noerr.com](http://noerr.com)

Eva Vennewald, Rechtsanwältin

**Noerr**

# / Inhaltsübersicht

- Aktueller rechtlicher Rahmen für Konzessionierungsverfahren
- Informationspflichten der Gemeinde nach aktueller Rechtslage
- Informationspflichten der Gemeinde nach dem Regierungsentwurf zur Änderung der §§ 46 ff. EnWG
- Rügepflichten der Bewerber im Allgemeinen
- Präklusion der Bewerber nach aktueller Rechtslage?
- Rügepflichten und Präklusion der Bewerber nach dem Regierungsentwurf zur Änderung der §§ 46 ff. EnWG
- Änderungsvorschläge der Ausschüsse des Bundesrates

# / Aktueller rechtlicher Rahmen für Konzessionierungsverfahren

- Gesetzliche Vorgaben zur Gestaltung von Konzessionierungsverfahren in **§ 46 EnWG**
- Konkretisierung der Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Konzessionierungsverfahren durch die **Rechtsprechung**
  - ▷ insbesondere **Grundsatzurteile** des BGH vom 17.12.2013, KZR 65/12 (Stromnetz Heiligenhafen) und KZR 66/12 (Stromnetz Berkenthin)
  - ▷ weitere wichtige Urteile: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2014, VI-2 Kart 2/13 (V); OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, 6 U 68/13 (Kart)
  - ▷ zahlreiche erstinstanzliche Urteile, v. a. im Rahmen von einstweiligen Verfügungsverfahren
- Geplante Neuregelung durch das *Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leistungsgebundenen Energieversorgung*
  - ▷ Regierungsentwurf vom 05.02.2016 (BR-Drs. 73/16)
  - ▷ zurzeit Beratung im Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse liegen vor  
Fristablauf zur Stellungnahme am 18.03.2016

# / Informationspflichten der Gemeinde nach aktueller Rechtslage

- ▶ Informationspflichten der Gemeinde nur teilweise gesetzlich geregelt, ergeben sich im Übrigen aus dem Transparenzgebot:
  - ▷ Bekanntmachung des Vertragsablaufs im Bundesanzeiger/Amtsblatt der EU spätestens zwei Jahre vor Vertragsende, § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG
  - ▷ Rechtzeitige Bekanntgabe aller Auswahlkriterien (Haupt-, Unter- und Unter-Unterkriterien) sowie deren Gewichtung (Bepunktung, auch für Unter- und Unter-Unterkriterien)
    - Bewerber muss erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt
  - ▷ bei Bewerbung mehrerer Unternehmen öffentliche Bekanntgabe der Auswahlentscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe, § 46 Abs. 3 S. 6 EnWG

# / Information über die Auswahlentscheidung

- **Problem:** Informationspflichten gegenüber den unterlegenen Bewerbern
  - ▷ bisher keine explizite gesetzliche Regelung
  - ▷ Rechtsprechung nimmt Informationspflicht an, wenn Gemeinde nach dem auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedanken eine Präklusion der Bewerber herbeiführen will
    - Information der Bewerber und Vertragsschluss erst 15 Tage nach Absendung dieser Information (dazu später mehr)
    - genauer Umfang der Information ungeklärt (OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014: „wesentliche Gründe“)
- **Praxis** der Gemeinden:
  - ▷ knappe Information zur Auswahlentscheidung, teilweise ohne Angabe von Gründen
  - ▷ Bewertungsmatrix wird in der Regel nicht übersandt, auch keine Ausführungen zur Bewertung der einzelnen Kriterien im Informationsschreiben
  - ▷ bei Anforderung der Bewertungsmatrix bzw. einer näheren Darlegung der Bewertung berufen sich Gemeinden regelmäßig auf den Geheimwettbewerb sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der anderen Bewerber

# / Transparenz der Auswahlentscheidung

- Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot gelten für das gesamte Konzessionierungsverfahren, d.h. auch für die Auswahlentscheidung
  - ▷ Gemeinde muss ihre Auswahlentscheidung tatsächlich anhand ihrer vorher festgelegten und bekannt gegebenen Auswahlkriterien treffen
  - ▷ Gemeinde muss alle Bewerber gleich behandeln und darf ihren Wunschkandidaten nicht einseitig bevorzugen/zu seinen Gunsten von den Kriterien abweichen
- Überprüfbarkeit der Auswahlentscheidung zwingend erforderlich:
  - ▷ Transparenzgebot verlangt Offenlegung der wesentlichen Gründe für die von der Gemeinde getroffene Auswahl
  - ▷ ansonsten Gefahr, dass Gemeinde fehlerfreie Auswahlkriterien aufstellt, diese aber nicht/nicht korrekt anwendet
    - jedenfalls Bewertungsmatrix muss den Bewerber zugänglich gemacht werden
  - ▷ so auch OLG Celle, Hinweis im Verfahren 13 U 141/15 (Kart) und LG Köln, Urteil vom 06.06.2014, 90 O 35/14

# / Informationspflichten nach dem Regierungsentwurf

- nunmehr explizite Regelung zur Bekanntgabe der Auswahlkriterien und deren Gewichtung in § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG-RegE
- Informationspflicht der Gemeinde gegenüber den unterlegenen Bewerbern nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG-RegE:  
*„Die Gemeinde hat die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren.“*
- **Problem:** Umfang der Informationspflicht nicht klar geregelt („die Gründe“)
  - ▷ nach Begründung des Gesetzesentwurfs muss  
*„für einen unterlegenen Bewerber klar erkennbar sein, warum ein anderer Bewerber den Vorzug erhalten soll. Er muss den bestmöglichen Einblick in die Erwägungen der Gemeinde für deren diskriminierungsfreie Sachentscheidung erhalten.“*
  - ▷ wohl keine Darlegung aller Details der Auswahlentscheidung, da Akteneinsichtsrecht nach § 47 Abs. 3 EnWG-RegE dann überflüssig wäre
  - ▷ aber Vorlage der Bewertungsmatrix sowie Darlegung der Bewertung der einzelnen Kriterien im Vergleich zum ausgewählten Unternehmen erforderlich

# / Rügepflichten der Bewerber

- Bewerber sollen Gemeinde auf Fehler im Konzessionierungsverfahren hinweisen bzw. diese Fehler rügen
- Rügepflichten knüpfen an Informationspflichten der Gemeinde an: gerügt werden kann nur, was den Bewerbern bekannt ist
- Ziel: Erhöhung der Rechtssicherheit von Konzessionierungsverfahren
  - ▷ frühzeitige Aufdeckung und Behebung von Fehlern
  - ▷ Vermeidung der verzögerten Geltendmachung von Fehlern (erst nach Abschluss des Verfahrens) und damit Vermeidung von Verfahrensverzögerungen, etwa durch Wiederholung des Verfahrens
  - ▷ in der Regel zeitliche Befristung der Rügemöglichkeit, danach Rügeausschluss (Präklusion)
    - Möglichkeit der Berufung auf die Nichtigkeit eines Konzessionsvertrages soll eingeschränkt werden



## / Nichtigkeitsfolge bei Zuwiderhandlung gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB

- Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot nach § 46 Abs. 1 EnWG stellen zugleich eine **unbillige Behinderung** der Bewerber im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB dar
- Zuwiderhandlung gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB führt grundsätzlich zur **Nichtigkeit** des neuen Konzessionsvertrages gemäß § 134 BGB:
  - ▷ Zuwiderhandlung kann ohne Nichtigkeit des Konzessionsvertrages nicht beseitigt werden
  - ▷ Konzessionsverträge führen zu einem langfristigen Ausschluss aller anderen Bewerber um den Netzbetrieb
  - ▷ Der vom Gesetzgeber bezweckte „*Wettbewerb um das Wegerecht*“ würde langfristig – in der Regel 20 Jahre – ausgeschlossen
  - ▷ Während der Laufzeit des Konzessionsvertrages kann kein entsprechender Vertrag mit weiteren Bewerbern geschlossen werden

*vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013, KZR 66/12, KZR 65/12*

# / Folgen der Nichtigkeit des Konzessionsvertrages

- **Wer** kann sich auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages berufen?
  - ▷ Bewerber (Altkonzessionär, sonstige Bewerber)
  - ▷ Behörden (Kartellbehörden, Regulierungsbehörden, Kommunalaufsichtsbehörden)
- Gibt es eine **zeitliche Begrenzung** für die Geltendmachung der Nichtigkeit?
  - ▷ Verwirkung des Nichtigkeitseinwands?
  - ▷ Präklusion bei mangelnder Rüge während des Auswahlverfahrens?
  - ▷ Präklusion bei mangelnder Rüge nach der Auswahlentscheidung?
- In welcher **Form** kann die Geltendmachung der Nichtigkeit erfolgen?
  - ▷ Rüge bei der Gemeinde?
  - ▷ Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung?

# / Verwirkung des Nichtigkeitseinwands

## ➤ **BGH:** Verwirkung des Nichtigkeitseinwands (-)

*„Eine nach § 134 BGB im öffentlichen Interesse, hier dem des Wettbewerbs um das Wegerecht zwecks Verbesserung der Versorgungsbedingungen, angeordnete Nichtigkeit kann allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden (...). Die Voraussetzungen hierfür liegen im Streitfall schon angesichts der bis zur vorliegenden Entscheidung unklaren Rechtslage nicht vor.“*

*BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12*

## ➤ **Problem:** Voraussetzungen für zukünftige Fälle, wenn Rechtslage nunmehr geklärt?

▷ Zeitmoment und Umstandsmoment

▷ Was heißt „in ganz engen Grenzen“?

- besonders schwere Treuepflichtverletzung
- Existenzgefährdung des Gegners

als Beispiele in der Rechtsprechung des BGH (vgl. etwa BGH, Urteil vom 20.05.1992, VIII ZR 240/91)

# / Präklusion bei mangelnder Rüge während des Auswahlverfahrens? (1)

- Im Konzessionierungsverfahren bestehen bisher **keine Rügepflichten** der Bewerber
- **BGH**, Urteile vom 17.12.2013, KZR 66/12:
  - ▷ „Ein Einwendungsausschluss zulasten der Beklagten ergibt sich **nicht** aus einer entsprechenden Anwendung der vergaberechtlichen Präklusionsvorschriften (§ 107 Abs. 3 GWB). Sie sind Bestandteil eines gesetzlich geregelten Vergabeverfahrens und können nicht isoliert auf das nicht näher geregelte Verfahren der Konzessionsvergabe übertragen werden.“
  - ▷ Geltendmachung von Fehlern im Auswahlverfahren nach dessen Abschluss (z. B. im gerichtlichen Verfahren) stellt keine unzulässige Rechtsausübung wegen Verstoßes gegen unselbständige Nebenpflicht gem. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar
  - ▷ Bewerber muss grundsätzliche Mängel der Ausschreibung wegen (bisher) ungeklärter Rechtslage nicht erkennen; jedenfalls ungeklärt, ob Kommune das Verfahren wiederholt hätte, wenn gerügt worden wäre

## / Präklusion bei mangelnder Rüge während des Auswahlverfahrens? (2)

➤ **LG Kiel**, Urteil vom 13.02.2015, 14 O 111/14.Kart:

▷ „Zum einen ist es **Aufgabe der Gemeinden**, die Auswahlkriterien transparent zu gestalten, und nicht etwa Aufgabe der Bieter, eine mangelnde Transparenz durch Nachfragen zu heilen. Zum anderen aber bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügungsbeklagte, die noch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die Ansicht vertritt, die Auswahlkriterien in ihren Verfahrensbriefen hinreichend benannt zu haben, die Konzession im Falle einer Rüge neu ausgeschrieben hätte.“

➤ **LG Berlin**, Urteil vom 09.12.2014, 16 O 224/14 Kart:

▷ „nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes treffen den Konzessionsbewerber grundsätzlich keine solchen vorvertraglichen Rügepflichten. Das gilt selbst dann, wenn die Gemeinde [...] in den einschlägigen Verfahrensbriefen unter Fristsetzung darum gebeten hatte, die Verfahrensstelle auf etwaige Unklarheiten, Fehler oder Unzulänglichkeiten hinzuweisen“

➤ **a. A. LG Mainz**, Urteil vom 26.08.2015, 9 O 92/15:

▷ unselbständige Nebenpflicht der Bewerber zur Rüge gem. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB unter Berufung auf einen durch die Rechtsprechung des BGH überholten Beschluss des OLG Düsseldorf vom 04.02.2013, VII-Verg 31/12

# / Präklusion nach der Auswahlentscheidung?

- Auch hier bislang **keine** gesetzliche Regelung!
- Nach Auffassung des BGH ist eine Befristung des Nichtigkeitseinwands allenfalls dann in Betracht zu ziehen, wenn
  - ▷ alle diskriminierten Bewerber um die Konzession
  - ▷ ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren,
  - ▷ diese Möglichkeit aber nicht nutzen
    - Dann kann und muss die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag **im Interesse der Rechtssicherheit** hingenommen werden
- Dies ist insbesondere in Betracht zu ziehen, wenn die Gemeinde
  - ▷ in Anlehnung an den auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedanken alle Bewerber in Textform über die beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und
  - ▷ den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt  
*vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12*

# / Ist eine Präklusion nach der Auswahlentscheidung nach geltendem Recht möglich?

- Was meint BGH mit „**Gelegenheit (...), ihre Rechte zu wahren**“?
  - ▷ Rüge bei der Gemeinde?
  - ▷ Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf die Untersagung des geplanten Vertragsabschlusses?
  - ▷ Beantragung eines Missbrauchsverfahren bei der Kartellbehörde oder der Regulierungsbehörde?
- BGH erwähnt **an keiner Stelle** Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung
  - ▷ aus Heranziehung des auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedankens ergibt sich nur eine Informations- und Wartepflicht der Gemeinde
  - ▷ Anwendung der vergaberechtlichen Präklusionsvorschrift des § 107 Abs. 3 GWB explizit ausgeschlossen, *vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rz. 112, 117*
- OLG Karlsruhe legt Rechtsprechung des BGH im Sinne eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aus
  - ➔ aber **Ausnahme für den Altkonzessionär**: Anspruch auf Durchführung eines Hauptsacheverfahrens wegen seiner Grundrechtsbetreffenheit (Art. 14 GG), *vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.03.2014, 6 U 68/13 (Kart)*

# / Rechtsschutzgarantie steht Präklusion nach geltendem Recht entgegen

- **Rechtsschutzgarantie** des Grundgesetzes (Art. 19 Abs. 4 GG/allg. Justizgewährungsanspruch) steht Schaffung einer Präklusion durch die Rechtsprechung des BGH entgegen
  - ▷ jede Verkürzung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie bedarf einer gesetzlichen Grundlage (Wesentlichkeitstheorie)
  - ▷ Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem auszuformen und sicherzustellen, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtssuchenden besteht
  - so lange eine gesetzliche Regelung nicht existiert, kann weder eine fehlende Rüge noch ein fehlender Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Präklusion der Bewerber führen
- Vorgabe des BGH auch **zu unbestimmt**
  - ▷ nicht ersichtlich, welchen Inhalt ein Informationsschreiben an die unterlegenen Bewerber haben muss



# / Rüge ausreichend für Rechtssicherheit der Gemeinde

- Gedanke der Rechtssicherheit für die Gemeinden nach Rechtsprechung des BGH spricht dafür, dass eine Rüge bei der Gemeinde ausreichend ist
  - **Vertrauen** der Gemeinde auf den Bestand des Konzessionsvertrages wird **erschüttert**
- Rechtssicherheit kann durch einstweiligen Rechtsschutz **nicht** erzielt werden:
  - ▷ Vorläufigkeit der Regelung
  - ▷ Bewerber auch bei Abweisung seines Antrags nicht gehindert, Hauptsacheverfahren durchzuführen oder Einwendungen im Netzherausgabeverfahren geltend zu machen, da Möglichkeit zur Rechtswahrung genutzt
  - ▷ höhere Anforderungen an Darlegung und Glaubhaftmachung im Zivilprozess, keine Amtsermittlung wie im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren
  - ▷ auch wegen Komplexität des Konzessionierungsverfahren Rechtsschutz regelmäßig nicht innerhalb von 15 Tage erreichbar

# / Präklusionsregelung im Regierungsentwurf zur Änderung der §§ 46 ff. EnWG

- Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für eine Präklusion der Bewerber in § 47 EnWG-RegE

- ▷ **§ 47 Abs. 1 EnWG-RegE:**

*Jedes beteiligte Unternehmen kann eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Absatz 1 bis 4 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat. Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen.*

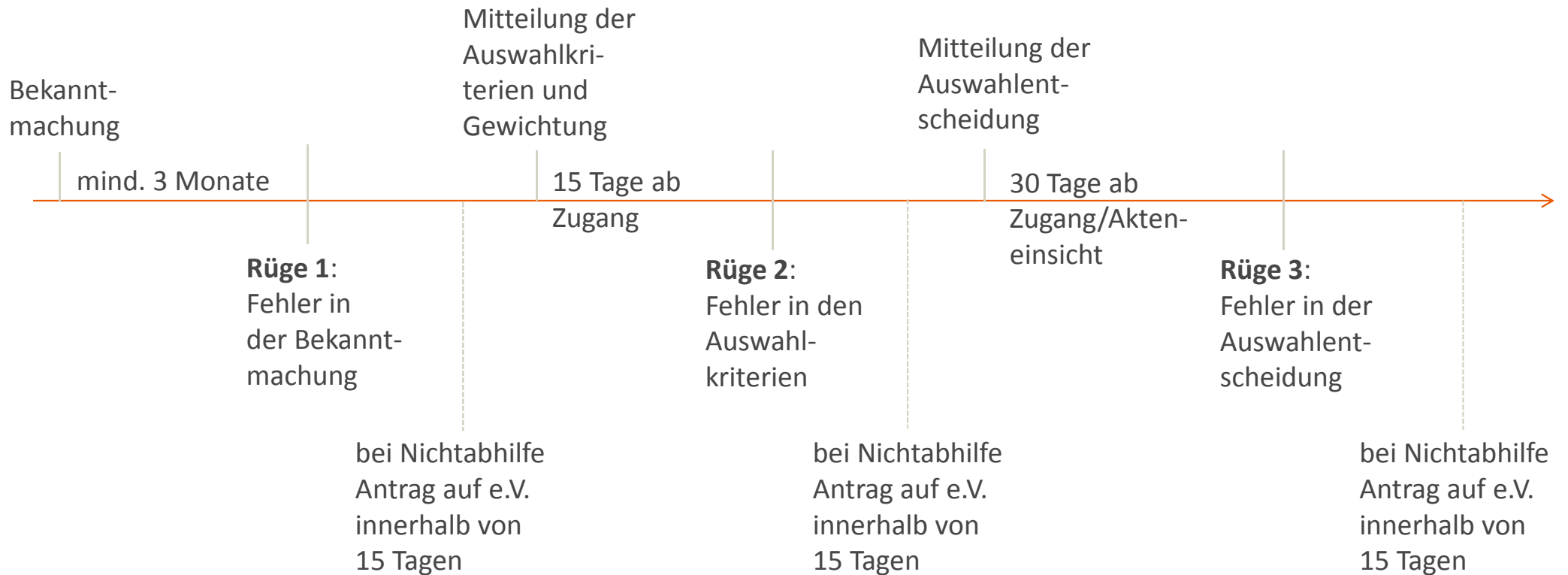
- 1. Schritt: **Rüge** der Rechtsverletzung gegenüber der Gemeinde

- ▷ **§ 47 Abs. 5 EnWG-RegE:**

*Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information nach Absatz 4 vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Es gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.*

- 2. Schritt: bei Nichtabhilfe-Entscheidung der Gemeinde **einstweiligen Rechtsschutz** vor ordentlichen Gerichten

# / Rügeobliegenheit der Bewerber nach EnWG-RegE



- Vertragsschluss gem. 47 Abs. 6 EnWG-RegE erst nach Ablauf der letzten Rügefrist und Frist zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung zulässig

# / Folgen der Rügeobliegenheit

- Verpflichtung jedes Bewerbers in einem einzigen Konzessionierungsverfahren an bis zu **drei Zeitpunkten** zunächst Rügen bei der Gemeinde zu erheben und anschließend im Falle der Nichtabhilfe einstweilige Verfügungen bei Gericht zu beantragen
  - ▷ erhebliche zeitliche Verzögerungen des Konzessionierungsverfahrens droht
  - ▷ höhere Belastung der Gerichte
  - ▷ höhere Kosten für Bewerber und Gemeinde
    - der nach Begründung des Regierungsentwurfs durch die Rügepflichten während des Auswahlverfahrens geschaffene Vorteil für alle Beteiligten ist nicht ersichtlich

# / Umfang der Rügepflichten/Präklusionswirkung

- Rügepflichten und Präklusion nur bzgl. erkennbarer Fehler
  - ▷ in der Bekanntmachung und dem Verfahrensbrief (Mitteilung Auswahlkriterien und deren Gewichtung)
  - ▷ in der Information der Gemeinde zur Auswahlentscheidung
    - vgl. Wortlaut des § 47 Abs. 2 EnWG-RegE („erkennbar“)
  - ▷ in der Verfahrensakte (Akteneinsicht)
    - vgl. § 47 Abs. 3 EnWG-RegE und Begründung des Gesetzesentwurfs:  
*„Eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die von der Gemeinde getroffene Auswahlentscheidung setzt voraus, dass dem unterlegenen Bewerber zügig Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich gemacht werden, die eine Verletzung in seinen Rechten begründen könnten.“*

# / Akteneinsichtsrecht der Bewerber

- Akteneinsichtsrecht der Bewerber nach § 47 Abs. 3 EnWG-RegE:

*Zur Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 2 Satz 3 hat die Gemeinde jedem beteiligten Unternehmen auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren und auf dessen Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften zu erteilen.*

- **Aber:** Versagung der Akteneinsicht zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, § 47 Abs. 3 S. 3 EnWG-RegE
  - ▷ Gefahr, dass Bewerber ihr gesamtes Angebot als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis kennzeichnen und Gemeinde entsprechende Schwärzungen in Akten vornimmt
    - dann läuft Akteneinsicht ins Leere
- Hinweis in der Begründung des Gesetzesentwurfs auf § 111 GWB unpassend
  - ▷ im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren liegen Akten der Vergabekammer vor
  - ▷ Ermittlung des Sachverhalts erfolgt von Amts wegen durch Vergabekammer
    - Gefährdung der Transparenz des Konzessionierungsverfahrens kann nur durch Pflicht der Gemeinde zur **Vorlage der ungeschwärzten Akten** im einstweiligen Verfügungsverfahren bei Gericht verhindert werden

# / Änderungsvorschläge der Bundesrat-Ausschüsse (1)

- Beachte: **keine** Änderungsvorschläge des Rechtsausschusses!
- Aber zahlreiche Änderungsvorschläge des Wirtschafts-, Finanz-, Innen- und Umweltausschusses
- Bzgl. Informationspflichten der Gemeinde nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG-RegE keine Änderungsvorschläge
- Änderungsvorschläge bzgl. Rügepflichten/Präklusion der Bewerber:
  - ▷ Akteneinsichtsrecht, § 47 Abs. 3 EnWG-RegE
    - Umweltausschuss: Beschränkung des Akteneinsichtsrechts, Versagung auch zur Wahrung des Geheimwettbewerbs  
Ziel: Einsichtnahme in die Angebote der Mitbewerber soll verhindert werden
    - Wirtschafts- und Innenausschuss: entsprechende Anwendung des § 111 Abs. 3 GWB, Pflicht der Bewerber zur Kennzeichnung ihrer Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen in den Angebotsunterlagen  
Ziele: Vermeidung Konkurrenzsituation mit IFG, Vermeidung zusätzlichen Prüfungsaufwands der Gemeinde und Schadensersatzpflicht bei Fehleinschätzung

## / Änderungsvorschläge der Bundesrat-Ausschüsse (2)

- ▷ Information der Gemeinde über Nichtabhilfe, § 47 Abs. 4 EnWG-RegE
  - Wirtschaftsausschuss: Information über Nichtabhilfe darf auch erst nach Durchführung des Verfahrens erfolgen, spätestens aber mit Information über die Auswahlentscheidung nach § 46 Abs. 5 EnWG-RegE  
Ziel: Bündelung der Nichtabhilfeentscheidungen um Verzögerungen durch gerichtlichen Rechtsschutz während des laufenden Verfahrens zu vermeiden
- ▷ Geltendmachung Fehler bei Nichtabhilfe der Gemeinde, § 47 Abs. 5 EnWG-RegE
  - Finanzausschuss: Anwendung des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens (§§ 155 ff. GWB n.F.) statt einstweiligem Rechtsschutz vor Zivilgerichten; als Folge entfällt das Akteneinsichtsrecht nach § 47 Abs. 3 EnWG-RegE  
Ziel: Verhinderung der Rechtszersplitterung auf Ebene der OLG, da Revision im einstweiligen Rechtsschutz nicht statthaft (§ 542 ZPO), Anwendung der vergabeverfahrensrechtlichen Zuschlagssperre
  - Wirtschaftsausschuss: Konzentration des gerichtlichen Rechtsschutzes auf das Ende des Verfahrens, d. h. erst nach der Auswahlentscheidung (15 Tage ab Zugang der Information nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG-RegE)  
Ziel: Bündelung aller Rügen in einem gerichtlichen Verfahren, um Verzögerung des Konzessionierungsverfahrens zu verhindern (s.o.)



# / Änderungsvorschläge der Bundesrat-Ausschüsse (3)

- ▷ Vertragssperre, § 47 Abs. 6 EnWG-RegE
  - Innenausschuss bittet um Präzision: Vertragsabschluss nach bloßem Ablauf der Fristen oder erst nach Abschluss eines fristgemäß eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens?
- ▷ Ausweitung der Rügeobliegenheit und Präklusionswirkung, § 47 Abs. 7 neu
  - Finanzausschuss und Innenausschuss: § 47 Abs. 1 bis Abs. 6 soll entsprechend auf bisherige Nutzungsberechtigte und Eigentümer Anwendung finden, Verweigerung der Übereignung nach § 46 Abs. 2 EnWG mit Verweis auf Mängel des Konzessionsverfahrens nur bei rechtzeitiger Rüge dieser Mängel möglich

Ziel: Rügeobliegenheit auch für Netzeigentümer, die nicht selbst am Verfahren als Bewerber beteiligt sind, da Neukonzessionär mit diesen häufig langjährige und kostenintensive Netzherausgabeprozesse führen muss

/ Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



**Eva Vennewald**

Rechtsanwältin  
Associate

+49 30 20942055  
eva.vennewald@noerr.com

# / Standorte

## Alicante

Noerr Alicante IP, S.L.  
Avenida México 20  
03008 Alicante  
Spanien  
T +34 965 980480

## Berlin

Noerr LLP  
Charlottenstraße 57  
10117 Berlin  
Deutschland  
T +49 30 20942000

## Bratislava

Noerr s.r.o.  
AC Diplomat  
Palisády 29/A  
81106 Bratislava  
Slowakische Republik  
T +421 2 59101010

## Brüssel

Noerr LLP  
Boulevard du Régent 47-48  
1000 Brüssel  
Belgien  
T +32 2 2745570

## Budapest

Kanzlei Noerr & Partner  
Fő utca 14-18  
1011 Budapest  
Ungarn  
T +36 1 2240900

## Bukarest

S.P.R.L. Menzer & Bachmann - Noerr  
Str. General Constantin  
Budişteanu nr. 28 C, Sector 1  
010775 Bukarest  
Rumänien  
T +40 21 3125888

## Dresden

Noerr LLP  
Paul-Schwarze-Straße 2  
01097 Dresden  
Deutschland  
T +49 351 816600

## Düsseldorf

Noerr LLP  
Speditionstraße 1  
40221 Düsseldorf  
Deutschland  
T +49 211 499860

## Frankfurt am Main

Noerr LLP  
Börsenstraße 1  
60313 Frankfurt am Main  
Deutschland  
T +49 69 9714770

## London

Noerr LLP  
Tower 42  
25 Old Broad Street  
London EC2N 1HQ  
Großbritannien  
T +44 20 75624330

## Moskau

Noerr OOO  
1-ya Brestskaya ul. 29  
Pf. 247  
125047 Moskau  
Russische Föderation  
T +7 495 799 56 96

## München

Noerr LLP  
Brienner Straße 28  
80333 München  
Deutschland  
T +49 89 286280

## New York

Noerr LLP  
Representative Office  
885 Third Avenue, Suite 2610  
New York, NY 10022  
USA  
T +1 212 4331396

## Prag

Noerr s.r.o.  
Na Poříčí 1079/3a  
110 00 Prag 1  
Tschechische Republik  
T +420 233 112111

## Warschau

Noerr Menzer Sp.k.  
Al. Armii Ludowej 26  
00-609 Warschau  
Polen  
T +48 22 5793060

info@noerr.com  
www.noerr.com  
© Noerr LLP