

/ Die Reform des Konzessionsvergabesystems (§ 46 EnWG) - Netzbewertung zum „objektiven Sachzeitwert“

enreg-Workshop:

Das Verfahren der Konzessionsvergabe nach Neuregelung des § 46 EnWG und
die Umsetzung des Messstellenbetriebsgesetzes in der Praxis

Berlin, 21.11.2016

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

noerr.com

Dr. Cornelia Kermel, Rechtsanwältin

Noerr

/ Inhaltsübersicht

- Aktueller rechtlicher Rahmen für Konzessionierungsverfahren
- Aktuelle Entscheidung des BVerfG
- Die Reform des § 46 EnWG
 - ▷ Stand der Novelle
 - ▷ Inhalt
 - ▷ Konkretisierung des Netzkaufpreises
 - ▷ Rügeverfahren
- Rügepraxis nach derzeitiger Rechtslage

/ Aktueller rechtlicher Rahmen für Konzessionierungsverfahren

- Kaum gesetzliche Vorgaben zur Gestaltung von Konzessionierungsverfahren in **§ 46 EnWG**
 - ▷ Keine Vorgaben, z.B. zu Mindestfristen für Interessensbekundungen und die Abgabe von Angeboten, zur Mitteilung der Auswahlkriterien und der weiteren Anforderungen (Eignungsnachweise etc.) im Verfahrensbrief, zu Grundsätzen für die Bewertung der Angebote etc.
- 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, Beschl. v. 17.04.2014, VI-2 Kart 2/13 (V); OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.03.2014, 6 U 68/13 (Kart), OLG Stuttgart, Urt. v. 19.11.2015, 2 U 60/15
 - ▷ zahlreiche erstinstanzliche Urteile, v. a. im Rahmen von einstweiligen Verfügungsverfahren
- Vorgaben durch die Rechtsprechung ausreichend?

/ Verhältnis von § 46 EnWG und Art. 28 Abs. 2 GG

- Grundsatzurteile des BGH vom 17.12.2013 (KZR 65/12 und KZR 66/12) aus kommunaler Sicht problematisch
 - ▷ Verbot direkter Aufgabenerledigung, Systementscheidungsverbot und Verbot der Berücksichtigung kommunaler Interessen beschränken die Selbstverwaltungsgarantie des **Art. 28 Abs. 2 GG**
- **Beispiel Titisee-Neustadt:**
 - ▷ **BKartA**: Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Anordnung der Wiederholung des Auswahlverfahrens
 - ▷ bestätigt durch **OLG Düsseldorf**, Rechtsbeschwerde durch BGH zurückgewiesen (Beschl. v. 26.01.2016, KVZ 41/15)
 - ▷ parallel erhobene Verfassungsbeschwerde vom **BVerfG** nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG, Beschl. v. 22.08.2016, 2 BvR 2953/14):
 - Urteile des BGH sind kein rügefähiges Gesetz i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 BVerfGG
 - Gerichtliche Entscheidungen können im Verfahren der KommunalVB nicht zur Überprüfung vorgelegt werden
 - Richterrecht kann nur dann berücksichtigt werden, wenn es ein bestimmtes Rechtsgebiet prägt (z.B. Arbeitskampfrecht)
 - BGH-Urteile beruhen aber auf einer Auslegung von § 46 EnWG und damit auf einer Anwendung bereits bestehenden Gesetzesrechts

/ Aktueller Stand der Gesetzesnovelle

- Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung (BT-Drs. 18/8184)
 - ▷ Ziel: „*Bewertungsverfahren bei Neuvergabe der Verteilernetze **eindeutig und rechtssicher** regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang verbessern*“
 - grundsätzliche Vorgaben zur Bestimmung des wirtschaftlich angemessenen Netzkaufpreises
 - stärkere Beachtung der Belange der örtlichen Gemeinschaft bei der Unternehmensauswahl
 - Konkretisierung der Informationspflichten der Gemeinde und der Informationsrechte der Bewerber
 - Konkretisierung des Auskunftsanspruchs der Gemeinde gegenüber dem Inhaber des Wegenutzungsrechts im Hinblick auf relevante Netzdaten
 - zeitlich gestaffelte Rügeobliegenheiten für sich bewerbende Unternehmen
 - ausgewogene Regelung zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe
 - ▷ Stellungnahme des Bundesrates vom 18.03.2016 (Gegenäußerung der Bundesregierung liegt vor)
 - ▷ 1. Lesung im Bundestag erfolgt
 - ▷ 2./3. Lesung im Bundestag soll am 1./2.12.2016 stattfinden
 - ▷ BR mit Fristverkürzung 16.12.2016, ansonsten wohl 10.2.2017

/ Anspruch der Gemeinde auf Daten des Altkonzessionärs

- Konkretisierung des Informationsanspruchs der Gemeinde und der Auskunftserteilungspflicht des aktuellen Wegennutzungsinhabers in § 46a S. 2 EnWG-E
 - ▷ Herausgabe kalkulatorischer Netzdaten (wie vom BGH, Urt. v. 14.04.2015, EnZR 11/14, benannt)
 - historische Anschaffungs- und Herstellungskosten
 - Jahr der Aktivierung der Verteilungsanlagen
 - betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der Verteilungsanlagen
 - anerkannte Restwerte und Nutzungsdauern nach Bescheid der Regulierungsbehörde
- Begründung des Gesetzesentwurfs:
 - ▷ Daten zur wirtschaftlichen und technischen Situation des Netzes erforderlich zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens
 - ▷ Wesentliche Grundlage für die Entscheidung möglicher Bewerber, da Ermöglichung einer Bewertung des Netzes
 - ▷ Gesetzliche Klarstellung im Hinblick auf Zeitpunkt und Umfang des Informationsanspruchs zur Schaffung von Rechtssicherheit
 - ▷ Vorgaben nicht abschließend („insbesondere“), Herausgabe sämtlicher im Einzelfall zur Verfügung stehender Daten

/ Privilegierung von Eigenbetrieben (Inhouse-Vergabe)?

- „Inhouse-Vergabe“ ist die Zuweisung der Wegenutzungsrechte an einen kommunalen Eigenbetrieb ohne vorherige Durchführung eines vergabeähnlichen Verfahrens samt diskriminierungsfreier Auswahlentscheidung
 - ▷ Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben wurde von kommunaler Seite gefordert
 - ▷ **Klare Absage** an Inhouse-Vergabe durch die Bundesregierung
 - kein „Ewigkeitsrecht“ der Kommunen, da Befürchtung besteht, dass Verteilernetz im natürlichen Monopol zum Nachteil von Verbraucher, Gewerbe und Industrie nicht hinzunehmenden Qualitätsverlust erleiden würde
 - Kommune kann den Netzbetrieb übernehmen, wenn sie der geeignetste Bewerber ist
 - der in § 46 EnWG verankerte Wettbewerb „um das Netz“ darf nicht zur Disposition stehen
 - Sicherstellung eines hohen Qualitätsstandards, der für einen zuverlässigen Netzbetrieb dringend erforderlich ist
- Konzessionsrichtlinie (2014/23/EU) sieht ausdrücklich eine Ausnahme vom EU-Vergaberecht für Inhouse-Vergaben vor, jedoch gilt die Richtlinie nach Erwägungsgrund 16 nicht für Wegenutzungsverträge im Sinne von § 46 EnWG

/ Vorgaben zur Aufstellung der Auswahlkriterien

➤ § 46 Abs. 4 EnWG-E:

*„Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet. **Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden.** Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen.“*

- ▷ Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG (Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz, Umweltverträglichkeit) sind **zwingend** bei der Aufstellung der Auswahlkriterien heranzuziehen
- ▷ von der Vorgabe eines konkreten Kriterienkatalogs sieht der Gesetzgeber ab, um in Anbetracht der ergangenen Rechtsprechung keine neue Rechtsunsicherheit zu schaffen
- ▷ Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG wird weiterhin Praxis und Rechtsprechung überlassen
- ▷ von besonderer Bedeutung sind aber die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz
 - unklar, ob damit eine besonders hohe Gewichtung dieser Kriterien gefordert wird
- ▷ einige Anhaltspunkte zur Umsetzung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG in der Gesetzesbegründung (S. 13 f.)

/ Berücksichtigung von „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in den Auswahlkriterien

- Vorgabe des § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG-E steht im Spannungsfeld zu Art. 28 Abs. 2 GG (Recht auf kommunale Selbstverwaltung)
- **zusätzlicher!?** Entscheidungsspielraum für Gemeinden durch Berücksichtigung von „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“, aber „kein Rabatt“ auf die Auswahlkriterien des § 1 Abs. 1 EnWG
 - ▷ nach Gesetzesbegründung können insbesondere Laufzeit, die bessere Koordinierung von Baumaßnahmen mit weiteren Sparten (z. B. Wasserleitungen) sowie die Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe nach der KAV berücksichtigt werden
 - ▷ berücksichtigungsfähige kommunale Belange dürfen jedoch nicht im Widerspruch zu den Zielen in § 1 Abs. 1 EnWG stehen
 - letztlich keine rechtssichere Vorgabe für Gemeinden, welche kommunalen Belange sie bei der Auswahl des Netzbetreibers berücksichtigen dürfen
- Gewährung eines kommunalen Entscheidungsspielraums im Rahmen der Gewichtung der Auswahlkriterien nach § 46 Abs. 4 S. 3 EnWG-E
 - ▷ Gemeinden müssen abhängig von den Netzbetriebsverhältnissen vor Ort gewisse Ziele stärker gewichten können als andere

/ Konkretisierung des Netzkaufpreises

- Normierung des „objektivierten“ Ertragswerts als Regelfall zur Ermittlung des Netzkaufpreises in § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG-E mit der Begründung, dass
 - ▷ trotz Bestätigung der Kaufering-Rechtsprechung im BGH-Beschl. v. 03.06.2014 Bedürfnis für Normierung bestehe wegen zahlreicher erheblicher Verzögerungen von Netzübernahmen durch erhöhte Kaufpreisforderungen
 - ▷ Bewerbung wirtschaftlich nur Sinn mache, wenn sich zu zahlender Kaufpreis an dem mit Netz zu erzielenden Erträgen orientiert, der auf Basis der Netzentgelt- und Anreizregulierungsverordnung berechnet werden könne
- Regelung als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 GG, gerechtfertigt durch den dem Wohle der Allgemeinheit dienenden Wettbewerb um das Netz
 - ▷ unbedenklich, wenn objektivierter Ertragswert im Einzelfall unter dem Sachzeitwert liege, da niedriger Restwert des Netzes auf zurückhaltendem Investitionsverhalten des bisherigen Netzbetreibers beruhe bzw. Netz weitgehend abgeschrieben und Investitionen amortisiert seien
 - ▷ Kritik: Eingriff in Art. 14 GG kann nur bei angemessener Entschädigung in Höhe des Sachzeitwerts (Substanzgarantie des Art. 14 GG) gerechtfertigt werden
- abweichende Vereinbarung durch Parteien möglich (Vorrang der Vertragsautonomie), § 46 Abs. 2 S. 5 EnWG-E
- **Problem:** keine Definition des „objektivierten“ Ertragswerts
 - ▷ unklar, was damit genau gemeint ist

/ Exkurs: Wertermittlung des Netzes nach derzeitigem Recht

- **§ 46 Abs. 2 S. 2 EnWG**: Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung
- Problem: Was ist wirtschaftlich angemessen?
 - ▷ EnWG lässt offen, nach welchen Kriterien der Kaufpreis zu ermitteln ist
 - ▷ im Altkonzessionsvertrag ist häufig der Sachzeitwert vereinbart, der nach BGH Ausgangspunkt zur Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung ist
 - ▷ Sachzeitwert auch bei Fehlen vertraglicher Regelung Ausgangswert (Rechtsgedanke der Nr. 60 D/KAE)
 - ▷ Weitere Methoden der Wertermittlung des Netzes:
 - Ertragswert
 - Kalkulatorischer Restwert
 - Anschaffungskostenrestwert
- Leitentscheidung des BGH zur Wertermittlung des Netzes: Kaufering-Entscheidung, Urt. v. 16.11.1999, KZR 12/97
- BGH hält Grundsätze dieses Urteils **weiterhin für anwendbar**, auch zur Berechnung der Vergütung im Rahmen des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG (vgl. BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13)

/ Das Kaufering-Urteil des BGH

- Festlegung des **Sachzeitwerts** als Entgelt für die Netzübernahme im Konzessionsvertrag zulässig
 - ▷ äquivalente Gegenleistung für mit Netzübergabe verbundener Substanzübertragung
- Aber kartellrechtliche Korrektur durch **Ertragswertkontrolle**, um faktische Bindung der Gemeinde an den Altkonzessionär zu verhindern und vom Gesetzgeber bezweckten Wettbewerb Rechnung zu tragen
 - ▷ Ermittlung des Ertragswerts nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten und objektiven, für alle Erwerber geltenden Kriterien unter Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe
- Prohibitive Wirkung des Netzkaufpreises:
 - ▷ (-) bei nur geringfügiger Überschreitung des Ertragswerts oder bei Verlusten in der Anlaufphase
 - ▷ (+) bei Ausschluss der Übernahme der Stromversorgung durch einen nach den Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnden anderen Versorger und dadurch bedingter faktischer Bindung der Kommune an den bisherigen Versorger, also dann, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unerheblich übersteigt (OLG München: Abstand von unter 10% nicht ausreichend)
- Andere Bewertungsmethoden nicht anwendbar:
 - ▷ Anschaffungskostenrestwert und tarifkalkulatorischer Restwert stellen kein geeignetes Entgelt dar

/ Überlegungen bezüglich Ertragswertmethode (1)

Sofern Ertragswertmethode Anwendung findet, ist Folgendes zu berücksichtigen:

- Keine Ertragswertkontrolle nach den Grundsätzen der StromNEV/GasNEV und ARegV:
 - ▷ Festlegung der Methode zur Berechnung der Netzentgelte für den Zugang zu Verteilernetzen
 - ▷ § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG betrifft hingegen Entgelt für die Übertragung des Netzes, ist keiner Regulierung unterworfen
 - ▷ fehlende Ermächtigungsgrundlage
- Keine Anwendung der Abschreibungsregelungen des § 6 Abs. 6, 7 StromNEV/GasNEV, da sonst Verschenkung vollständig abgeschriebener Netze trotz Funktionsfähigkeit und wirtschaftlichem Wert (vgl. OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschl. v. 11.11.2010, U 646/08.Kart)
- Berücksichtigung von **Synergieeffekten**:
 - ▷ *„Veränderung der finanziellen Überschüsse, die durch den wirtschaftlichen Verbund zweier oder mehrerer Unternehmen entstehen und von der Summe der isoliert entstehenden Überschüsse abweichen“* (IDW S 1 2008, S. 10)

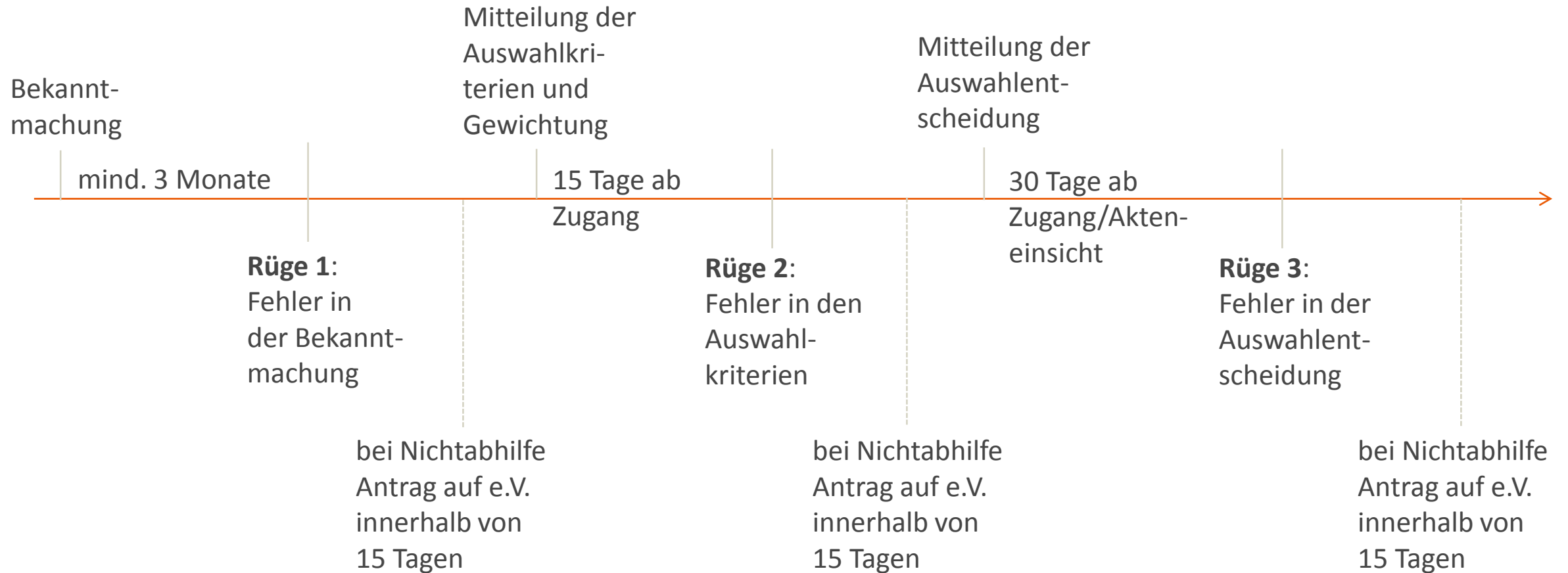
/ Überlegungen bezüglich Ertragswertmethode (2)

- ▷ Berücksichtigung
 - echter Synergien: ergeben sich aus Zusammenschluss mehrerer Unternehmen
 - unechter Synergien: unabhängig vom Zusammenschluss realisierbar
- ▷ schon BGH berücksichtigt Synergieeffekte auf Erwerberseite: „nach Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnder Versorger“
- ▷ so auch OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschl. v. 11.11.2010, U 646/08.Kart; OLG Karlsruhe, Beweisbeschl. v. 24.10.2012, 6 U 168/10 (Kart.); LG Hannover, Hinweis- und Beweisbeschl. v. 22.02.2011, 18 O 383/06; LG Frankfurt am Main, Beschl. v. 15.03.2012, 3-11 O 50/11
- ▷ Effizienzgedanke im gesamten Energierecht maßgeblich, vgl. nur §§ 1, 21a EnWG, ARegV, § 4 StromNEV
- ▶ **Erheblichkeitsschwelle:**
 - ▷ Prohibitive Wirkung des Netzkaufpreises nicht schon bei geringfügiger Überschreitung des Ertragswerts, vgl. auch Kaufering-Rechtsprechung
 - ▷ bei Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle ist nicht Ertragswert allein als Kaufpreis maßgeblich, sondern Kaufpreis = Ertragswert plus bis zum Erreichen der Erheblichkeitsschwelle reichender Betrag

/ Einführung eines „Rügeregimes“

- Allen beteiligten Unternehmen wird Rügeobliegenheit auferlegt und somit eine Präklusionsvorschrift im Gesetz verankert:
 - ▷ **§ 47 Abs. 1 EnWG-E:**
„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-E:**
„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 **einstweiliger Rechtsschutz** vor ordentlichen Gerichten
- Begründung des Gesetzgebers:
 - ▷ Aufhebung der fortdauernden Rechtsunsicherheit für neuen Wegenutzungsinhaber und Gemeinde
 - ▷ Hinwirkung auf die Vermeidung/Ausräumung von Rechtsfehlern erhöht Qualität und Rechtssicherheit zum Vorteil aller Beteiligten
 - ▷ Entlastung der Gerichte

/ Rügeobliegenheit der Bewerber nach EnWG-E



- Vertragsschluss gem. 47 Abs. 6 EnWG-E 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 Gesetzesentwurfs durch die Rügepflichten während des Auswahlverfahrens geschaffene Vorteil für alle Beteiligten ist nicht ersichtlich
- Beachte: 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 oder in der Verfahrensakte (Akteneinsicht)
 - ▷ so auch 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.“*

/ Informationspflichten der Gemeinde

- Voraussetzung für Rügemöglichkeit der Bewerber ist eine ausreichende Information seitens der Gemeinde
- nunmehr explizite Regelung zur Bekanntgabe der Auswahlkriterien und deren Gewichtung, § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG-E
- Informationspflicht der Gemeinde gegenüber den unterlegenen Bewerbern nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG-E:
*„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-E dann überflüssig wäre
 - ▷ aber Vorlage der Bewertungsmatrix sowie Darlegung der Bewertung der einzelnen Kriterien im Vergleich zum ausgewählten Unternehmen erforderlich

/ Akteneinsichtsrecht der Bewerber

- ▶ Akteneinsichtsrecht der Bewerber nach § 47 Abs. 3 EnWG-E:
„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-E
 - ▷ 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

/ Exkurs: „Rügepraxis“ der Bewerber nach aktuelle Rechtslage

- **Keine** gesetzliche Verpflichtung zur Erhebung von Rügen während des Auswahlverfahrens oder nach der Auswahlentscheidung und keine gesetzliche Präklusionsvorschrift
- **Problem:** nach BGH-Rechtsprechung „Befristung“ des Nichtigkeitseinwands/Heilung von Verfahrensfehlern möglich
 - ▷ 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 a.F. zugrundeliegenden Rechtsgedanken alle Bewerber in Textform über die beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt
- **Folge:** trotz Fehlens einer gesetzlichen Rechtsgrundlage beantragen unterlegene Bewerber aus Gründen der Rechtssicherheit Erlass einstweiliger Untersagungsverfügungen, um Präklusion ihrer Einwendungen zu verhindern
 - ▷ BGH erwähnt im Urt. v. 17.12.2013 (KZR 66/12) an keiner Stelle Antrag auf Erlass einer e. V.
 - ▷ so aber OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.03.2014, 6 U 68/13(Kart) und LG München, Beschl. v. 11.01.2016, 1 HKO 8010/15
 - ▷ a.A. LG Stuttgart, Urt. 05.04.2016, 41 O 43/14 KfH: Erhebung einer außergerichtlichen Rüge ausreichend

/ Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Cornelia Kermel

Rechtsanwältin
Partner

+49 30 20942362
cornelia.kermel@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
Briener 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