

Kai-Markus Schenek *

Strom- und Gaskonzessionen: Die Beachtung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Konzessionsbewerber

Bekanntlich sind die Verfahren zur Durchführung von Strom- und Gaskonzessionen äußerst aufwändig. Ein oftmals unterschätzter Umstand stellt die Beachtung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unternehmensbezogener Daten der Bieter in ihren Angeboten dar. Einerseits sind die für die Konzessionsverfahren zuständigen Gemeinden bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen verpflichtet, sorgsam mit den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen umzugehen, deren Kenntnis sie über die konkreten und ausführlichen Angebotsunterlagen der verschiedenen Bieter erhalten. Andererseits obliegt den Gemeinden nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG die Verpflichtung, diejenigen Unternehmen, deren Konzessionsangebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebotes und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren. Mit diesem Widerspruch der unterschiedlichen gesetzlichen Verpflichtungen haben sich die Gerichte immer häufiger zu beschäftigen.

Geheimwettbewerb und die Beachtung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Unstreitig handelt es sich bei der Durchführung von Strom- und Gaskonzessionsverfahren zur Vergabe des öffentlichen Wegenutzungsrechtes durch die Gemeinden um einen Geheimwettbewerb. Der Geheimwettbewerb sichert zum einen den unverfälschten Wettbewerb und schließt wettbewerbsbeschränkende Absprachen aus.¹ Ferner hat die Gemeinde die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anderer Bieter zu wahren. Die Beachtung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen ergibt sich für die Gemeinde unmittelbar aus § 47 Abs. 3 Satz 1 und 3 EnWG. Demnach ist die Gemeinde zur Gewährung der Akteneinsicht in die Verfahrens- und Vergabeakten verpflichtet. Allerdings hat sie die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies zur Wahrung von



Foto: Gerd Altmann / pixabay.com

Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur ei-

nem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.² Geschäftsgeheimnisse betreffen dabei vornehmlich kaufmännisches Wissen. Zu derartigen Geheimnissen werden Umsätze, Ertragslagen,

* Kai-Markus Schenek ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei iuscomm Rechtsanwälte – Schenek und Zimmermann Partnerschaftsgesellschaft mbB in Stuttgart.

Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte gezählt, durch die die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebes maßgeblich bestimmt werden können.³ Zu den Geschäftsgeheimnissen zählen nicht nur konkrete Unternehmenszahlen und Informationen zu Absatz- und Bezugsquellen, sondern etwa auch Marktstrategien.⁴

Da es sich bei dem Betrieb von Strom- und Gasnetzen um einen stark umkämpften Markt handelt, neigen Energieversorgungsunternehmen aus nachvollziehbaren Motiven dazu, den Umfang von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen weit auszulegen, soweit Einsicht in das eigene Angebot von Konkurrenzunternehmen begehrt wird. Ein Angebot kann insgesamt als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis angesehen werden, wenn es in dem der Vergabe zu Grunde liegenden Konzessionsverfahren entscheidend auf konzeptionelle Inhalte ankommt, die auch in künftigen vergleichbaren Konzessionsverfahren Bedeutung erlangen können.⁵ Dieselben Erwägungen haben dann für die Angebote aller weiteren Bieter zu gelten.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Energieversorgungsunternehmen sind nicht nur in den Angeboten der Bieter enthalten, sondern naturgemäß auch in den Unterlagen der Gemeinden, die sich mit der Auswertung der verschiedenen Angebote auseinandersetzen (Auswertungsgutachten, Auswertungsvermerk usw.). Denn in diesen Unterlagen wird regelmäßig der Inhalt der Angebote in großen Teilen wiedergegeben, so dass der Auswertungsvermerk grundsätzlich dem Geheimhaltungsschutz unterliegt.⁶

Soweit die Gemeinde die Einsicht in Akten und damit in die Verfahrensunterlagen mit dem Hinweis verwehrt, dass es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele, ist sie hierfür darlegungs- und beweispflichtig.⁷ Dies bedeutet, dass die Gemeinde in der Lage sein

muss, erklären zu können, um welche Art von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen es sich handelt, wenn sie beispielsweise in den Unterlagen Schwärzungen vornimmt oder diese vollständig, gegebenenfalls in Teilen, zurückhält. Die Schwärzung von Textpassagen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beinhalten, ist in der Praxis ein übliches Mittel.

Umfang des Akteneinsichtsrechts der Unternehmen

Ein Anspruch auf Akteneinsicht gewährt § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG jedem im Konzessionsverfahren beteiligten Unternehmen, welches die Akteneinsicht zur Vorbereitung einer Rüge benötigt. Die Regelung sieht ferner vor, dass auf Kosten des die Akteneinsicht beantragenden Unternehmens von der Gemeinde Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften der Akte zu erteilen sind. Der Akteneinsichtsanspruch beinhaltet nach dem Willen des Gesetzgebers damit nicht allein die Gewährung zur bloßen Einsicht, sondern auch die wenigstens teilweise Herausgabe in Form von Ausfertigungen usw. Der Antrag auf Akteneinsicht ist in Textform innerhalb einer Woche ab Zugang der Information nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG zu stellen. Dem unterlegenen Bieter sollen zügig Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich gemacht werden, die eine Verletzung in seinen Rechten begründen können.⁸

Begründung der Auswahlentscheidung

Neben dem vorgenannten Anspruch auf Einsicht steht den am Verfahren beteiligten Unternehmen ein Auskunftsanspruch nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG in die von der Gemeinde dokumentierten und damit niedergelegten Gründe der Auswahlentscheidung zu. Bis zur Neufassung im Rahmen der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes war ein entsprechend Auskunftsanspruch umstritten. Letztlich wurde der Grundsatz von Treu und Glauben bemüht, um einem unterlegenen Unternehmen ei-

nen Auskunftsanspruch zuzubilligen.⁹ Der Auskunftsanspruch wurde ferner aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbotes des § 46 Abs. 1 EnWG abgeleitet. Dieses schließt eine Verpflichtung zur Transparenz ein, um durch einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, dass ein fairer, unverfälschter Wettbewerb eröffnet wird und überprüft werden kann, ob das Verbot eingehalten worden ist.¹⁰ Aus der Vorschrift ist zu folgern, dass den Bietern gegenüber alle Auswahlkriterien und deren Gewichtung aufzulisten und detailliert darzulegen ist, wer diese Kriterien am besten erfüllt.¹¹ Nur eine umfassende Begründung gegenüber unterlegenen Bewerbern ermögliche es ihnen, effektiv die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes zu überprüfen und Rechtsschutz zu suchen. Infolgedessen sei die Herstellung eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit der Information geboten.¹²

Einschränkungen des Informationsrechtes sollen aus dem Grundsatz des Geheimwettbewerbs nicht abgeleitet werden können.¹³ Anders verhält es sich aber bei konkret betroffenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Die Offenbarung von (auch nur potentiellen) Geschäftsgeheimnissen von Mitbewerbern an einen Konkurrenten kommt von vornherein nur dann in Betracht, wenn die Informationen für die konkrete Auswahlentscheidung von Bedeutung sind.¹⁴ Damit scheidet eine Einsichtgewährung in Unterlagen einschließlich der entsprechenden Wertungsvermerke, die am Konzessionsverfahren nicht beteiligte dritte Bieter betreffen, grundsätzlich aus.¹⁵ Für die Klägerin hatte das anzuerkennende Gericht daher entschieden, dass für diese kein legitimes Interesse daran bestehe, Einsicht in solche Unterlagen zu erhalten, die lediglich eine Bewertung von Mitbewerbern betreffen, die im Ergebnis ebenfalls nicht für die Auftragserteilung vorgesehen sind.

Wirken sich die begehrten Informationen hingegen auf die Auswahlentscheidung aus, bedeutet allein das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht zwingend, dass die hiervon

betroffenen Unterlagen insgesamt von einer Offenlegung gegenüber Mitbewerbern ausgeschlossen wären. Vielmehr sei dann zwischen den Interessen der Mitbewerber, deren Grundrechte aus Art. 12 GG durch die Offenlegung betroffen werden, und dem Anspruch des Mitbewerbers auf eine diskriminierungsfreie Entscheidung abzuwägen.¹⁶ Diese Auslegung der gesetzlichen Norm durch die Gerichtsbarkeit ist aber nicht unumstritten und bedarf der abschließenden, höchstrichterlichen Klärung. Eine Verpflichtung der Gemeinde zur Gewährung von Einsicht in das Angebot eines Konkurrenzunternehmens bei Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wurde mehrfach, allerdings zur vormaligen Gesetzeslage des EnWG, richterlich verneint.¹⁷

In der aktuellen Gesetzesfassung ist nach der Novellierung des EnWG der Wortlaut des § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG für die Akteneinsicht als eindeutig anzusehen. Denn demnach „hat“ die Gemeinde die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist. Folglich muss die Einsicht versagt werden, wenn Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse vom Akteneinsichtsrecht betroffen sind. Dieser Maßstab ist im Grundsatz auch bei der Informationspflicht gegenüber den Bietern, deren Angebot gemäß § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG abgelehnt werden soll, anzulegen. Gleichwohl mit der Einschränkung, dass dem unterlegenen Bieter im Sinne der Vorschrift nachvollziehbar die Gründe dargelegt werden, warum sein Angebot abzulehnen ist. Eine vollständige Versagung der Einsicht über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung des Angebotes des unterlegenen Bieters ist mit dem pauschalen Hinweis des Vorliegens von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht zulässig.¹⁸ Folglich ist die Gemeinde vor die Aufgabe gestellt, eine Abwägungsentscheidung zu treffen, inwieweit (noch) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen, die zwingend eine Versagung der Einsichtnahme bzw. der Mitteilung der Gründe entgegenstehen und andererseits der Informationspflicht des § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG so nachgekommen



Foto: Stefanie Dirnkoew-Lukas / pixelbay.com

werden muss, dass der Sinn und Zweck der Vorschrift gegenüber dem unterliegenden Bieter erfüllt wird.

Um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen, muss die Gemeinde plausibel darlegen können, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in ggf. geschwärzten Passagen im Auswertungsgutachten, Auswertungsvermerk oder in den Angebotsunterlagen des vom Informationsrecht betroffenen Bieters, enthalten sind.

Bevor die Gemeinde auf einen Akteneinsichtsanspruch hin Einblick in die Akten gewährt, ist deshalb zu empfehlen, dass sie zuvor den jeweils betroffenen Bieter, in dessen Angebotsunterlagen Einsicht begehrt wird, über den Akteneinsichtsanspruch informiert. Zugleich sollte dieser aufgefordert werden zu erklären, ob und wenn ja welche Bestandteile und Informationen seines Angebots von ihm als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse angesehen werden. Ferner hat er der Gemeinde die Gründe zu erläutern, weshalb es sich jeweils um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handeln soll.

Az. 794.01

- 1 Burgi/Dreher, Vergaberecht, 3. Aufl. § 97 Rn. 23 und 25.
- 2 BGH, Beschluss vom 31.01.2017, Az.: X ZB 10/16, juris.
- 3 BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006, Az.: I BvR 2087/03, juris.
- 4 Verweis siehe oben, BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006, FN. 4
- 5 OLG Frankfurt, Urteil vom 03.11.2017, Az.: 11 U 51/17, (Kart), juris.
- 6 OLG Frankfurt, Urteil vom 03.11.2017, Az.: 11 U 51/17, (Kart), juris.
- 7 BGH, Urteil vom 12.06.1954, Az.: II ZR 154/53, BGHZ 14, 53 - 60.
- 8 BT-Drs. 18/8184, S. 17.
- 9 BGH, Urteil vom 06.02.2007, Az.: X ZR 117/04, juris.
- 10 BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 65/12, juris.
- 11 Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Rn. 257.
- 12 OLG Dresden, Urteil vom 10.01.2018, Az.: U 4/17, (Kart), juris.
- 13 OLG Dresden, Urteil vom 10.01.2018, Az.: U 4/17, (Kart), juris.
- 14 OLG Frankfurt, Urteil vom 03.11.2017, Az.: 11 U 51/17, (Kart), juris.
- 15 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.06.2017, Az.: VII-Verg 7/17, juris.
- 16 OLG Frankfurt, Urteil vom 03.11.2017, Az.: 11 U 51/17, (Kart), juris.
- 17 OLG Celle, Urteil vom 19.10.2017, Az.: 13 U 38/17, (Kart), juris; LG München, Urteil vom 05.08.2016, Az.: 3 HK O 7668/16, juris.
- 18 OLG Dresden, Urteil vom 10.01.2018, Az.: U 4/17, (Kart), juris. ¶