



# Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen

**Muss ich einem Bieter oder einer Bieterin in einem Strom- oder Gaskonzessionsverfahren als Gemeinde Akteneinsicht gewähren, wenn ein Antrag darauf gestellt wird? Und wenn ja, wie weit geht die Akteneinsicht? Eine umstrittene rechtliche Frage, mit der sich unser Gastautor Kai-Markus Schenek beschäftigt.**

## Ausgangslage

Eine besondere Herausforderung für Städte und Gemeinden in Konzessionsverfahren zum Neuabschluss von Konzessionsverträgen über die Einräumung der hoheitlichen Wegenutzungsrechte für die Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung nach § 46 II EnWG stellt der Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dar, wenn im Wettbewerb Bieter einen Akteneinsichtsantrag stellen.

Gemäß § 47 I EnWG kann eine beteiligte Unternehmerin oder ein Unternehmer eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens i.S.v. § 46 I – IV EnWG

nur geltend machen, wenn sie oder er die vorgebrachte Verletzung in Textform gegenüber der Gemeinde gerügt hat. Die Geltendmachung der Rechtsverletzung soll danach präkludiert sein.

Voraussetzung für die erfolgreiche Vorbereitung einer solchen Rüge durch ein unterlegenes Unternehmen ist, dass es über die nötigen Informationen über den Ablauf und das Ergebnis des Konzessionsverfahrens verfügt. Andernfalls ist die Rüge einer etwaigen Rechtsverletzung nur schwer möglich. Aufgrund dessen ist der beteiligten Unternehmerin oder dem Unternehmer nach § 47 III EnWG „auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren“.

## I. Regelungsinhalt des § 47 III EnWG

**Das Recht nach § 47 III EnWG gewährt jedem beteiligten Unternehmen ein Recht auf Akteneinsicht.** Zur Geltendmachung dieses Anspruchs bedarf es nach § 47 III 2 EnWG





eines Antrags in Textform an die Gemeinde innerhalb von einer Woche nach Zugang der Informationen nach § 46 V 1 EnWG. Der Antragstellerin oder dem Antragsteller sollen auf den Antrag hin zügig Informationen über sämtliche Tatsachen zur Verfügung gestellt werden, die eine Verletzung ihrer oder seiner Rechte begründen könnten.

Höchst umstritten ist der Umfang der Akteneinsicht. In symptomatischer Weise trifft gerade hierzu der Wortlaut von § 47 EnWG keine Aussage. Die Gemeinde hat nach § 47 III S. 3 EnWG hingegen die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, wenn es „zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geboten ist“. Teilweise wird ein vollständiges Recht auf Akteneinsicht aus dem Wortlaut abgeleitet („Einsicht in die Akten“), welches alle Aktenbestandteile beinhaltet. Dieses Recht soll

Einsicht in die vollständigen Verfahrensakten inklusive der Angebote und internen Dokumente gewähren. Gegen ein derart weites Verständnis wird der Wortlaut der Norm und die Einschränkungsmöglichkeit nach § 47 III S. 3 EnWG angeführt. Eine Beschränkung des Rechts auf Akteneinsicht ergebe sich daraus, dass die Akteneinsicht (allein) der Vorbereitung einer Rüge nach § 47 II S. 3 EnWG diene, welche sich gegen Rechtsverletzungen bei der Auswahlentscheidung nach § 46 V S. 1 EnWG richtet. Den unterlegenen Bietern soll die Möglichkeit gegeben werden, die Entscheidung der Gemeinde nachvollziehen zu können.

Neben der Beurteilung des Umfangs des Auskunftsrechts ist ebenso höchst umstritten, wann es sich um Unterlagen beziehungsweise Informationen handelt, die das Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis eines Bieters betref-

fen und deshalb nach § 47 III S. 3 EnWG die Einsicht zu versagen ist. Diese Unklarheit schafft erhebliche Aufwände sowohl für die Gemeinden als auch für die unterlegenen Unternehmen mit Auskunftsanspruch.

**Um diesem Problem entgegen zu wirken, können die Gemeinden von den Unternehmen bei der Übermittlung ihrer Angebote einen Hinweis oder die Kenntlichmachung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen fordern.** Dies soll die Gemeinden allerdings nicht davon befreien, eigenständig zu entscheiden, welche Informationen herausgegeben werden müssen und welche nicht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 und 14 GG umfassen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig nur einem begrenzten Personenkreis zu-

ANZEIGE

## TOP-JOBS DES MONATS

die:gemeinde-Stellenmarkt

**Ingenieur (m/w/d) Technisches Design**, befristet bis 30.11.2024, flexible Arbeitszeiten und die Möglichkeit zur Telearbeit, Technische Hochschule Ingolstadt

**Wissenschaftliche Mitarbeiterin/Wissenschaftlicher Mitarbeiter (m/w/d)** am Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre, Schwerpunkt International Economics, Universität Passau

**Wissenschaftliche\*r Mitarbeiter\*in/Postdoc (m/w/d)**, zahlreiche Mitarbeiter-Angebote, Universitätsmedizin der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

**Sachbearbeiterin bzw. einen Sachbearbeiter (m/w/d)**, Referat Finanzen, Geschäftsbuchhaltung und Abschlüsse, Bewerbungen bis 26.05.2022, Stadtverw. Kaiserslautern,

**Projektmanager (m/w/d)**, Aufgabenbereich: Abwärme für Wärmenetze, sicherer Arbeitsplatz, KEA Klimaschutz- und Energieagentur Baden-Württemberg GmbH, Karlsruhe

**Kommunikationsmanager\*in (m/w/d)**, flexible Arbeitszeitmodelle, umfassendes Fortbildungsangebot, bezuschusstes ÖPNV-Ticket, Landeshauptstadt Stuttgart

**Spezialist (m/w/d) Barrierefreiheit**, Bayerische Versorgungskammer, baldmöglichst, Vollzeit/Teilzeit, unbefristet, Bewerbung bis 08.06.2022, München

**Stellvertretende Einrichtungsleitung (m/w/d), Haus für Kinder Neunkirchner Straße**, unbefristet, 39h/Woche, ab 1.6.2022, AWO München-Stadt





gänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.

## II. Urteil des BGH „Gasnetz Rös Rath“ – EnZR 29/20

In der Entscheidung vom 07. September 2021 hat der BGH festgestellt, dass es für die Unterrichtung über das Ausschreibungsergebnis ausreicht, der Antragstellerin oder dem Antragsteller eine ungeschwärzte und vollständige Kopie des Auswertungsvermerks zu erteilen. Sofern jedoch Schwärzungen zum Schutz von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen vorgenommen werden, müsse substantiiert die Notwendigkeit der Schwärzung dargelegt werden.

Im konkreten Fall ging es um das Verfahren für die Neuvergabe einer Konzession für das Gasnetz. Der unterlegene Bieter beantragte Akteneinsicht bei der Gemeinde, insbesondere in das Auswertungsgutachten sowie in die teilgeschwärzte Angebotsauswertung.

Zum Zeitpunkt des Sachverhalts war § 47 EnWG in seiner heutigen Fassung allerdings noch nicht in Kraft getreten. Der BGH hob bei seiner Entscheidung hervor, dass das Transparenzgebot bei der Konzessionsvergabe das Diskriminierungsverbot sicherstellen soll und die vergebende Gemeinde verpflichtet ist, dem unterlegenen Bieter Auskunft über die Gründe des Zuschlags zu erteilen.

Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich im Auswertungsvermerk enthaltener Angaben solle demnach nur zurückhaltend anerkannt werden können und insbesondere für die Gemeinde selbst oder den erfolgreichen Bieter nur in engen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Markant ist, dass sich die Ausführungen des BGH bezüglich des Auskunftsanspruches auf den Auswertungsvermerk beziehen und sich nicht ohne Weiteres auf die verbindlichen Angebote der Bieter erstrecken lassen. Dies stellt der BGH selbst mit dem Hinweis klar, dass ein solch weitergehender

Auskunftsanspruch (in das Angebot) nur dann in Betracht kommt, wenn der unterlegene Bieter substantiiert darlegt, wieso dies neben der Kenntnis des Auswertungsvermerks notwendig ist, um erkennen zu können, aufgrund welcher Erwägungen die Gemeinde zu dem Ergebnis gelangt ist, dass das Angebot des Bestbieters nach den mitgeteilten Auswahlkriterien das Bessere ist.

Trotz der vorzitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs sowie der Neufassung des § 47 III S. 1 EnWG bleibt weiterhin ungeklärt, in welchem Umfang bei einer Auswahlentscheidung die Akteneinsicht in Angebotsunterlagen und sonstige Aktenteile zu gewähren ist. Letztlich die Frage, ob der nunmehr gesetzlich normierte Anspruch auf Akteneinsicht weiterreicht als der vom Bundesgerichtshof festgestellte, zum damaligen Zeitpunkt nicht kodifizierte Anspruch. Der Kampf um die Deutungshoheit der Akteneinsicht bei der Vergabe von Energieversorgungsnetzen ist in vollem Gange. ■



Kai-Markus Schenek  
ist Rechtsanwalt  
und Gründungs-  
partner der Kanzlei  
iuscomm Rechtsan-  
wälte. Er berät und  
vertritt Städte und  
Gemeinden bei der  
Durchführung von  
Konzessionsverfah-  
ren bezüglich der  
Gas- und Stromnet-  
ze zur Versorgung  
der Allgemeinheit

