



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

EnZR 11/14

Verkündet am:
14. April 2015
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Gasnetz Springe

EnWG § 46 Abs. 2 Satz 4

Der Auskunftsanspruch der Gemeinde gegenüber dem bisherigen Nutzungsberechtigten nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG umfasst auch Angaben zu den kalkulatorischen Restwerten und den kalkulatorischen Nutzungsdauern für sämtliche Anlagen des zu überlassenden Versorgungsnetzes.

BGH, Urteil vom 14. April 2015 - EnZR 11/14 - OLG Celle

LG Hannover

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. April 2015 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 9. Januar 2014 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten darüber, in welchem Umfang die Beklagte gegenüber der klagenden Gemeinde im Zusammenhang mit der Neuvergabe eines Konzessionsvertrags zu einer Auskunft nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG verpflichtet ist.
- 2 Die Klägerin schloss mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) am 28. Juni 1989 einen Konzessionsvertrag über die Gasversorgung in ihrem Stadtgebiet, der später bis zum 30. Juni 2014 verlängert wurde. Zur Vorbereitung der Neuvergabe des Konzessionsvertrags verlangte die Klägerin von der Beklagten mit Schreiben vom 17. November 2009 und 7. Dezember 2009 die Mitteilung bestimmter Informationen über das Gasnetz, insbesondere Angaben zu kalkulatorischen Restwerten. Dieses Begehren wurde von der Beklagten abgelehnt.

3 Auf die Auskunftsklage der Klägerin wurde die Beklagte vom Landgericht antragsgemäß verurteilt, der Klägerin für sämtliche Anlagen, die in dem Mengengerüst der Beklagten mit Stand zum 31. Dezember 2011 ("Gasnetz Springe Gesamtübersicht") aufgeführt sind, Folgendes mitzuteilen:

- die im jeweiligen Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmals aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Anschaffungs- und Herstellungskosten) sowie das Jahr der Aktivierung,
- die der letzten Bestimmung des Ausgangsniveaus der Beklagten nach § 21a EnWG i.V.m. § 6 Abs. 1 ARegV zugrunde liegenden kalkulatorischen Restwerte nach §§ 6, 32 GasNEV,
- die der letzten Bestimmung des Ausgangsniveaus der Beklagten nach § 21a EnWG i.V.m. § 6 Abs. 1 ARegV zugrunde liegenden kalkulatorischen Nutzungsdauern für die laufende Abschreibung nach § 6 GasNEV sowie
- die kalkulatorischen Restwerte mit Stand zum 31. Dezember 2011.

4 Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist unbegründet.

I.

6 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (OLG Celle, RdE 2014, 122) im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Der Klägerin stehe der Auskunftsanspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG in der seit dem 4. August 2011 geltenden Fassung zu. Diese Vorschrift sei auf zu diesem Zeitpunkt bestehende Konzessionsverträge anwendbar. Für die hier maßgebliche Phase vor Abschluss eines Konzessionsvertrags regele sie den Auskunftsanspruch abschließend. Danach sei der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den (Neu-)Abschluss eines Konzessionsvertrages erforderlich seien. Ob kalkulatorische Netzdaten von dem Auskunftsanspruch der Gemeinde umfasst seien, sei allerdings umstritten. Nach dem noch unter der Geltung der früheren Rechtslage erstellten Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur seien kalkulatorische Netzdaten nicht in der - wie hier - ersten Phase des Neuvergabeverfahrens mitzuteilen gewesen, sondern erst nach dessen Abschluss gegenüber dem neuen Konzessionsinhaber. Daran könne indes nach der neuen Rechtslage nicht festgehalten werden. Danach seien auch die von der Klägerin begehrten kalkulatorischen Netzdaten bereits in der ersten Phase des Konzessionsverfahrens mitzuteilen. Die Netzdaten seien geeignet, die Beurteilungsgrundlage der möglichen Bewerber um eine Konzession zu verbessern, weil sich der Ertrag aus dem Netzbetrieb vorrangig nach der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der kalkulatorischen Abschreibung bestimme. Die Kenntnis dieser Daten sei im Rahmen einer Bewerbung um die Neuvergabe der Konzession auch erforderlich, um sowohl den zu erwartenden Ertrag aus dem Netzbetrieb als auch die entstehenden Kosten möglichst genau abschätzen zu können. Dies decke sich auch mit dem Wortlaut der

Vorschrift und dem Willen des Gesetzgebers. Etwas anderes ergebe sich auch nicht, wenn der Kaufpreis für den Netzübergang durch den Ertragswert zu begrenzen sei und deshalb insoweit erst eine spätere Kenntnis der streitigen Netzdaten erforderlich sei. Auch dann hätten die Konzessionsbewerber ein Interesse daran, bereits in der ersten Phase des Konzessionsverfahrens die Daten zu kennen, um die Folgekosten eines Konzessionsvertrags abschätzen zu können. Dies diene zugleich dazu, den Informationsvorsprung des bisherigen Konzessionsinhabers auszugleichen und einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zu fördern.

8 Dem Auskunftsanspruch stehe nicht entgegen, dass es sich bei den kalkulatorischen Netzdaten möglicherweise um Geschäftsgeheimnisse der Beklagten handle. Die Beklagte habe bereits ein Geheimhaltungsinteresse nicht hinreichend substantiiert dargelegt, so dass das Interesse an der Offenlegung der Daten gegenüber den möglichen Bewerbern ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse der Beklagten überwiege. Zwar könnten unter Umständen aus den fraglichen Informationen Rückschlüsse auf die Struktur des zu übertragenden Gasnetzes gezogen werden. Wegen des geringen Anteils dieses Teilnetzes am Gesamtnetz der Beklagten ließen sich daraus aber keine Rückschlüsse auf deren Kostenkalkulation ziehen.

II.

9 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Das Berufungsgericht hat zu Recht den von der Klägerin geltend gemachten Auskunftsanspruch in vollem Umfang bejaht.

10 1. Das Berufungsgericht ist zu Recht von einer Anwendung des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG in der seit dem 4. August 2011 geltenden Fassung ausgegangen. Soweit - anders als hier - ein neuer Konzessionsvertrag bereits abgeschlossen worden ist und sich der bisherige Konzessionsinhaber gegen die Wirksamkeit des neuen

Vertrags wendet, ist zwar nach der Rechtsprechung des Senats in Bezug auf den Inhalt des Anspruchs des neuen Energieversorgungsunternehmens auf das zur Zeit seiner Entstehung geltende Recht abzustellen, so dass es insoweit auf den Zeitpunkt des Abschlusses des neuen Konzessionsvertrags ankommt und der eigentliche Vertragsbeginn unerheblich ist (vgl. Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 60 und 70 - Stromnetz Berkenthin und KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 57 - Stromnetz Heiligenhafen). Hier geht es aber um den Inhalt eines gesetzlichen Auskunftsanspruchs in einem laufenden Konzessionsverfahren, das auf einen in der Zukunft liegenden Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags gerichtet ist. Maßgeblich ist somit nach allgemeinen Grundsätzen das zur Zeit der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung geltende Recht (vgl. nur BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 24/08, WuW/E DE-R 2963 Rn. 25). Da diese im Dezember 2013 stattgefunden hat, ist hier § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG in der seit dem 4. August 2011 geltenden Fassung anwendbar.

11 2. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf die begehrte Auskunft aus § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG zusteht. Der Informationsanspruch der Gemeinde gegenüber dem bisherigen Netzbetreiber umfasst bereits im Verfahrensstadium der Neuvergabe von Konzessionsverträgen insbesondere Angaben zu den kalkulatorischen Restwerten und kalkulatorischen Nutzungsdauern.

12 a) Das entspricht der zu dieser Vorschrift in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung (OLG Frankfurt am Main, RdE 2011, 422 Rn. 85; Theobald in Danner/Theobald, Energierecht, Stand: September 2013, § 46 Rn. 110 f.; Byok/Dierkes, RdE 2012, 221, 224; Schau, NdsVBl. 2013, 89, 92 f.; ebenso zur früheren Rechtslage: Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, S. 93 ff.; Bahr/Sassenberg, RdE 2011, 170, 171; Becker, RdE 2010, 243, 244; Byok/Dierkes, RdE 2011, 394, 398 f.; Büttner/Templin, ZNER 2011, 121, 127 f.; Schau, RdE 2011, 1, 3 f.), der sich der Se-

nat anschließt. Die Gegenauffassung, die einen Informationsanspruch hinsichtlich der kalkulatorischen Daten erst nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrags für gegeben erachtet (BerlKommEnR/Wegner, 2. Aufl., EnWG, § 46 Rn. 106; Jacob, N&R 2012, 194, 198 f.; ders., *VersorgW* 2014, 76 ff.; ebenso zur früheren Rechtslage: Berzel in Kermel, *Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben*, Kap. 5 Rn. 110 ff.; Höch/Kalwa, *RdE* 2010, 364, 365; Kermel, *RdE* 2005, 153, 158 f.; Marthol/Wolf, *VersorgW* 2010, 293 f.; Pippke/Gaßner, *RdE* 2006, 33, 38 f.), überzeugt nicht.

13 b) Die Frage, welche Daten im Einzelnen von dem Informationsanspruch des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG umfasst sind, wird durch den Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig beantwortet, wenngleich er nahe legt, dass auch kalkulatorische Netzdaten unter den Auskunftsanspruch fallen. Nach dieser Vorschrift hat der bisherige Nutzungsberechtigte der Gemeinde diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags erforderlich sind.

14 Die Bewerber um einen neuen Konzessionsvertrag müssen somit in die Lage versetzt werden, den wirtschaftlichen Wert des Energienetzes bestimmen zu können. Die Bieter müssen bei der vor Angebotserstellung gebotenen Wirtschaftlichkeitsprüfung wissen, wie effizient ein Netz ist und welche Maßnahmen gegebenenfalls zur Kostensenkung notwendig sind. Denn die Erlöse für den Netzzugang sind gemäß § 21a EnWG in Verbindung mit den Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung am wettbewerbsanalogen Preis ausgerichtet, der sich unternehmensintern in der Maxime möglichst kosteneffizienter Leistungserbringung ausdrückt (vgl. Säcker/Mohr/Wolf, *Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht*, S. 94). In diesem Zusammenhang sind die genehmigten (kalkulatorischen) Restwerte der Anlagen des Altkonzessionärs für den Bieter von Interesse, weil er diese im Falle des Zuschlags übernehmen und fortführen muss.

15 Darüber hinaus sind die begehrten Auskünfte im Rahmen des Bieterverfahrens auch deshalb von maßgeblichem Interesse, weil sie zur Abschätzung der nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu entrichtenden angemessenen Vergütung von Bedeutung sind. Nach der Rechtsprechung des Senats können zur Berechnung der Vergütung sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert zu Grunde gelegt werden, es sei denn, dass der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unerheblich übersteigt (Senatsurteil vom 16. November 1999 - KZR 12/97, BGHZ 143, 128, 152 ff. - Endschaftsbestimmung I; Senatsbeschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13, RdE 2015, 29 Rn. 45 - Stromnetz Homberg). Der Ertragswert des Netzes hängt indes im Rahmen der nach § 4 Abs. 1, § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV festgelegten Erlösobergrenzen, die auf den neuen Netzbetreiber nach den Maßgaben des § 26 ARegV übergehen, maßgeblich von der genehmigten kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung ab, die sich aus der Eigenkapitalquote und dem kalkulatorischen Restwert des Anlagevermögens zusammensetzt (so auch Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010, Rn. 59). Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV sind die vom Netzbetreiber anzusetzenden kalkulatorischen Restwerte einer Regulierung gemäß §§ 6, 32 GasNEV/StromNEV unterworfen. So sind die Abschreibungen nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GasNEV/StromNEV nach den im Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Anschaffungs- und Herstellungskosten) zu ermitteln und die Nutzungsdauern nach § 6 Abs. 5 GasNEV/StromNEV in Verbindung mit Anlage 1 zu diesen Vorschriften festzustellen. Auch insoweit bleibt der neue Netzbetreiber an die einmal in Ansatz gebrachte Nutzungsdauer einer Anlage für die Restdauer ihrer kalkulatorischen Abschreibung gebunden (§ 6 Abs. 5 Satz 2 GasNEV/StromNEV).

16 c) Entscheidend für eine solch weitgehende Auskunftspflicht des Altkonzessionärs bereits zu Beginn des neuen Vergabeverfahrens spricht der Zweck des § 46 EnWG. Diese Vorschrift soll einen Wettbewerb um die Netze ermöglichen. Damit soll

- was § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG zeigt - das energiewirtschaftsrechtliche Ziel des § 1 EnWG einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas erreicht werden. Vor diesem Hintergrund dienen die gegenüber der Gemeinde bestehenden Auskunftspflichten des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG der Information potentieller Bieter, damit sich andere Unternehmen um die Wegenutzungsrechte bewerben können, um damit zugleich der Gemeinde eine Bestenauslese zu ermöglichen (vgl. Senatsurteil vom 18. November 2014 - EnZR 33/13, ZNER 2015, 24 Rn. 17 - Stromnetz Schierke). Nur wenn allen potentiellen Bietern bekannt ist, in welcher Größenordnung sich die angemessene Vergütung im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG bewegen wird, kann auch ein Wettbewerb entstehen. Die umfangreichen Netzinformationen zum Sachzeit- und Ertragswert dienen der gebotenen Verfahrenstransparenz und Gleichbehandlung aller Bieter. Denn diese müssen schon für die Entscheidung über die Teilnahme am Konzessionsvergabeverfahren sowohl die Kosten ihres Angebots als auch die zukünftigen Erträge aus dem Netzbetrieb und damit die wirtschaftlichen Folgen einer Netzübernahme kalkulieren können, weil § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG für den Fall eines Obsiegens die Netzüberlassungs- und Vergütungspflicht unmittelbar an den Zuschlag der Gemeinde für einen Neukonzessionär anschließt. Daher ist für die Teilnahme am Wettbewerb die Kenntnis der im Erfolgsfall entstehenden Folgekosten notwendig, um allen Bewerbern eine vorherige Wirtschaftlichkeitsanalyse zu ermöglichen (Theobald in Danner/Theobald, Energierecht, Stand: September 2013, § 46 Rn. 110 f.; Schau, NdsVBl. 2013, 89, 93; ebenso bereits zur früheren Rechtslage Büttner/Templin, ZNER 2011, 121, 128).

- 17 d) Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Systematik des § 46 EnWG bestätigt. Diese Vorschrift sieht in Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 2 vor, dass mit dem Zuschlag im Vergabeverfahren und dem Abschluss des neuen Konzessionsvertrags kraft Gesetzes zum einen der Übereignungs- oder Überlassungsanspruch des neuen Konzessionärs gegen den Altkonzessionär und zum anderen der Anspruch des bisherigen Nutzungsberechtigten gegen den Neukonzessionär auf Zahlung einer

angemessenen Vergütung entstehen. Damit verbindet das Gesetz in § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG die - zeitlich vorangehende - Informationspflicht des Altkonzessionärs über die wirtschaftliche Situation des Netzes, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss des neuen Konzessionsvertrags erforderlich ist. Diese Verknüpfung legt es nahe, dass die Informationspflicht auch solche Daten umfasst, die für die Bemessung der angemessenen Vergütung von Bedeutung sind.

18 Dagegen spricht nicht, dass die Daten gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG in geeigneter Form zu veröffentlichen sind. Daraus ergibt sich insbesondere nicht, dass die Auskunftspflicht in § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG nicht auf vertrauliche Kalkulationsdaten des bisherigen Nutzungsberechtigten gerichtet sein kann (so aber Jacob, N&R 2012, 194, 198 f.; ders., *VersorgW* 2014, 76, 78). Soweit es der Schutz des Geschäftsgeheimnisses gebietet, führt dies lediglich dazu, dass die Daten nicht allgemein zugänglich gemacht, sondern lediglich den Bietern zur Verfügung gestellt werden dürfen.

19 e) Schließlich sprechen auch die Gesetzesmaterialien nicht gegen eine weitgehende Informationspflicht des Altkonzessionärs. Die Einfügung des Satzes 4 in § 46 Abs. 2 EnWG durch das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554) sollte den Informationsanspruch der Gemeinde gegenüber dem aktuellen Netzbetreiber anlässlich des Auslaufens eines Konzessionsvertrags ausdrücklich gesetzlich verankern, nachdem dieser Informationsanspruch, obwohl er sich auch aus dem Konzessionsvertrag als ungeschriebene Nebenpflicht ableiten lässt, in der Praxis von Netzbetreibern häufig bestritten worden war (BT-Drucks. 17/6072, S. 88). Zugleich sollte dies der diskriminierungsfreien und effizienten Durchführung des Ausschreibungsverfahrens dienen, um den Wettbewerb um die Vergabe der Konzession sicherzustellen (BT-Drucks. 17/6072, aaO). Über den Umfang des Informationsanspruchs verhalten sich die Gesetzesmaterialien dagegen nicht. Insbesondere kann aus der in anderem Zusammenhang, nämlich im

Hinblick auf das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung durch Nichterfüllung des Informationsanspruchs, erfolgten Erwähnung des Gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber sich die dort vorgeschlagene Auflistung der - gestuft - mitzuteilenden Daten im Bieterverfahren einerseits (Leitfaden, Rn. 25) und nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrags andererseits (Leitfaden, Rn. 57 f.) im Rahmen des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG zu eigen machen wollte. Zudem sind in dem Leitfaden die für das Bieterverfahren aufgeführten Angaben, in denen kalkulatorische Daten - anders als im anschließenden Stadium nach Vertragsschluss - nicht erwähnt werden, ersichtlich nicht abschließend, sondern lediglich - was sich aus Rn. 28 des Leitfadens ergibt ("jedenfalls") - im Sinne von Minimalanforderungen gemeint.

20 f) Insoweit ist unerheblich, dass in diesem frühen Stadium des Vergabeverfahrens möglicherweise noch nicht bis ins Letzte feststeht, auf welche Teile des Netzes sich der Überlassungsanspruch des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG bezieht, weil dieser nur die für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen umfasst (siehe dazu Senatsbeschluss vom 3. Juni 2014 - EnVR 10/13, RdE 2015, 29 Rn. 31 ff. - Stromnetz Homberg) und darüber zwischen dem Alt- und Neukonzessionär möglicherweise Streit bestehen wird. Diese Ungewissheit stellt allein für den Bieter ein gewisses, von ihm zu tragendes und bei seiner Kalkulation zu berücksichtigendes Kostenrisiko dar, das jedoch nicht dahingehend gegen sein Informationsbedürfnis gewendet werden kann, dass ihm gar keine kalkulatorischen Daten offengelegt werden müssten.

21 Entsprechendes gilt für das - von der Revision zu Unrecht als übergangen gerügte - Vorbringen der Beklagten, die kalkulatorischen Netzdaten seien (allein) nicht ausreichend, um eine aussagefähige Ertragswertberechnung vornehmen zu können, weil dazu als zweite Komponente auch der Wertbeitrag aus der Erzielung

von Synergieeffekten einbezogen werden müsse, der indes erst nach der - nach Abschluss des Konzessionsvergabeverfahrens möglichen - Aufteilung der Erlösobergrenzen ermittelt werden könne. Das Berufungsgericht hat sich damit befasst, die Frage der Synergieeffekte aber zu Recht als unerheblich angesehen. Denn auch dieser Umstand stellt zwar für die Bieter eine Unsicherheit für ihre Preiskalkulation dar, die aber nach der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts gleichwohl eine Abschätzung des Ertragswerts aufgrund der kalkulatorischen Netzdaten ermöglicht. Diese Würdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

22 g) Entgegen der Auffassung der Revision steht dem Auskunftsanspruch auch nicht entgegen, dass es sich bei den kalkulatorischen Netzdaten um Geschäftsgeheimnisse der Beklagten handelt.

23 aa) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass zwischen dem berechtigten Interesse der Gemeinde an einer umfassenden Auskunft im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG und dem als Ausfluss der Grundrechte der Art. 12 und 14 GG zu gewährenden Geheimnisschutz, insbesondere dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, eine Abwägung zu treffen ist. Damit wird zugleich der verfassungsrechtlichen Anforderung nach praktischer Konkordanz Rechnung getragen (vgl. BVerfG, WuW/E DE-R 1715 Rn. 98; BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 103 - Stadtwerke Konstanz GmbH). Hierbei ist bei der verfassungskonformen Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG, der insoweit lex specialis zu § 6a EnWG ist, neben dem privaten Interesse an effektivem Rechtsschutz und dem - je nach Fallkonstellation - öffentlichen oder privaten Interesse an Geheimnisschutz auch das öffentliche Interesse an der Information in die Abwägung einzustellen (vgl. BVerfG, WuW/E DE-R 1715 Rn. 116; BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, aaO).

24 bb) Die Informationen über die kalkulatorischen Netzdaten sind Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen. Die in Rede stehenden Daten enthalten Angaben zu

den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, dem Jahr ihrer Aktivierung, den kalkulatorischen Restwerten nach §§ 6, 32 GasNEV, den kalkulatorischen Nutzungsdauern für die laufende Abschreibung nach § 6 GasNEV und den kalkulatorischen Restwerten mit Stand zum 31. Dezember 2011. Diese Daten sind nicht offenkundig. An ihrer Nichtverbreitung hat der bisherige Nutzungsberechtigte durchaus ein anerkennenswertes Interesse. Die Verpflichtung der Gemeinden zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ergibt sich aus § 30 VwVfG, der - wie § 71 Satz 1 EnWG zeigt - in Verfahren nach dem Energiewirtschaftsgesetz anwendbar ist.

25 Allerdings ist der Geheimnisschutz der kalkulatorischen Netzdaten im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG von vornherein eingeschränkt. Mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrags muss der bisherige Konzessionsinhaber diese Daten - was auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt wird - dem Neukonzessionär offenbaren, um die Verhandlungen über die wirtschaftlich angemessene Vergütung sachgerecht und fair führen zu können. Erst recht gilt dies nach Abschluss des Übereignungs- oder Überlassungsvertrags, damit der neue Netzbetreiber zur Fortführung der kalenderjährlichen Erlösbergrenzen nach § 26 Abs. 1 ARegV oder zur Beantragung der Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösbergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV in der Lage ist.

26 Aufgrund dessen ist dem bisherigen Netzbetreiber eine Offenlegung der kalkulatorischen Netzdaten bereits im Bieterverfahren zumutbar. Zwar erfolgt dann die Information gegenüber allen Bietern und nicht nur gegenüber dem obsiegenden Wettbewerber. An einer entsprechenden Information besteht aber - wie oben dargelegt - ein öffentliches Interesse, das das Geheimhaltungsinteresse des bisherigen Nutzungsberechtigten überwiegt. Denn nur durch eine Information aller Bieter zum Sachzeit- und Ertragswert des ausgeschriebenen Netzes kann ein Wettbewerb um dieses Netz entstehen und wird der insoweit gebotenen Verfahrenstransparenz und Gleichbehandlung aller Bieter Genüge getan.

- 27 Vor diesem Hintergrund hat die Beklagte keine konkreten Umstände dargelegt, wonach vorliegend der verfassungsrechtliche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen das öffentliche Interesse an einer Offenlegung der streitgegenständlichen Netzdaten überwiegen würde. Vielmehr hat sie sich nur pauschal auf die Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen, was den Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag dazu, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse sie welche Nachteile zu befürchten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 46; Senatsurteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 35 - Stromnetznutzungsentgelt IV), nicht genügt.
- 28 cc) Danach ist allerdings nur eine Information der Bieter und nicht etwa der gesamten Öffentlichkeit erforderlich. Eine Veröffentlichung der kalkulatorischen Netzdaten auf der Homepage der Gemeinde ist daher von § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG nicht gedeckt, weil dies mangels Erforderlichkeit nicht die "geeignete Form" im Sinne dieser Vorschrift darstellt. Soweit die Gesetzesmaterialien eine Veröffentlichung auf der Homepage für zulässig erachten (vgl. BT-Drucks. 17/6072, S. 88), kommt dem keine Bedeutung zu. Denn zum einen hat eine solch weitreichende Veröffentlichungsbefugnis im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden. Zum anderen sind die Materialien insoweit widersprüchlich, weil durch die Änderung des § 46 Abs. 3 Satz 1 lediglich klargestellt werden sollte, dass die Gemeinde die vom bisherigen Netzbetreiber zur Verfügung gestellten Daten im Rahmen der Ausschreibung

allen potentiellen Bewerbern zur Verfügung stellen muss (vgl. BT-Drucks. 17/6072, aaO); dies bedingt aber nur eine Information der Bewerber und gerade nicht der gesamten Öffentlichkeit.

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 28.02.2013 - 21 O 10/11 -

OLG Celle, Entscheidung vom 09.01.2014 - 13 U 52/13 -