



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 115/18

Verkündet am:
15. Dezember 2020
Anderer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Energie- und Wasserversorgung Hamm GmbH

EnWG § 88 Abs. 4

In energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssachen können neue unstreitige Tatsachen in der Rechtsbeschwerdeinstanz berücksichtigt werden, wenn dies prozesswirtschaftlich ist und keine schutzwürdigen Belange der Parteien entgegenstehen.

BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2020 - EnVR 115/18 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2020:151220BENV115.18.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Schoppmeyer und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Rombach

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Oktober 2018 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass keine Entscheidung über den Hilfsantrag ergeht.

Die Betroffene trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 100.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene betreibt das Gasverteilernetz für die Versorgung der Stadt Hamm. Die Bundesnetzagentur ermittelte den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 Abs. 3 Satz 1 ARegV für die dritte Regulierungsperiode. Hierzu setzte sie als wissenschaftliche Methoden einen Törnqvist-Mengenindex und einen Malmquist-Produktivitätsindex ein.

- 2 Für die Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindexes verwendete die Bundesnetzagentur die von den Netzbetreibern zur Durchführung des Effizienzvergleichs für die erste, zweite und dritte Regulierungsperiode zur Verfügung gestellten Daten. Mit E-Mail vom 8. September 2017 kündigte die Bundesnetzagentur zur Vorbereitung eines Konsultationsverfahrens unter anderem an, dass sie beabsichtige, diese Daten am 4. Oktober 2017 zu veröffentlichen. Die Betroffene widersprach der Datenveröffentlichung mit Schreiben vom 29. September 2017. Nach Ablehnung des von der Betroffenen begehrten Eilrechtsschutzes veröffentlichte die Bundesnetzagentur auf ihren Internetseiten in der Malmquist-Datentabelle auch die Daten der Betroffenen. Diese Datentabelle entfernte die Bundesnetzagentur spätestens Anfang August 2018 von ihren Internetseiten.

- 3 Mit Beschluss vom 13. Dezember 2017 traf die Bundesnetzagentur eine Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode zunächst durch vorläufige Anordnung. Am 12. Februar 2018 erfolgte der Beschluss zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas für die dritte Regulierungsperiode. Beide Entscheidungen beziehen auch die Malmquist-Datentabelle ein. Die Bundesnetzagentur veröffentlichte die Datentabelle als "Anlage 2 - Malmquist-Datentabelle 21.02.2018" gemeinsam mit den Beschlüssen zur Festlegung auf ihren Internetseiten.

4 Die Betroffene hat mit am 4. Oktober 2017 eingegangenem Schriftsatz Beschwerde gegen die geplante Veröffentlichung unternehmensbezogener Daten eingelegt. Sie hat zuletzt beantragt, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Daten der Betroffenen aus der Malmquist-Datentabelle, welche als Anlage 2 zu den Beschlüssen vom 13. Dezember 2017 und 12. Februar 2018 veröffentlicht ist, dauerhaft zu löschen, hilfsweise festzustellen, dass die Betroffene durch die erstmalige Veröffentlichung der unternehmensbezogenen Daten in der Malmquist-Datentabelle in ihren Rechten verletzt wurde. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Betroffene ihr Begehren weiter.

5 Nach Erlass der Beschwerdeentscheidung hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 11. Dezember 2018 (EnVR 1/18, RdE 2019, 116 - Veröffentlichung von Daten) und vom 8. Oktober 2019 (EnVR 12/18, RdE 2020, 182 - Veröffentlichung von Daten II) entschieden, dass die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 Nr. 6 bis 11 und - insoweit nur in Bezug auf die Aufwands- und Vergleichsparameter - Nr. 4 ARegV genannten Daten unzulässig ist. Im Hinblick auf diese Rechtsprechung hat die Bundesnetzagentur erklärt, sie werde die streitgegenständlichen Daten auch weiterhin nicht veröffentlichen. Mit einer Übernahme der Kosten sei sie einverstanden. Die Betroffene hält an ihrem Antrag fest. Die Bundesnetzagentur tritt der Rechtsbeschwerde entgegen.

6 B. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

7 I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Betroffenen stehe kein Beseitigungsanspruch zu, weil die Bundesnetzagentur gemäß § 74 EnWG zur Veröffentlichung der Datentabelle als Anlage 2 der Beschlüsse vom 13. Dezember 2017 und vom 21. Februar 2018 berechtigt sei. § 74 Satz 2 EnWG ermögliche es, auch die Entscheidungsgründe zu veröffentlichen.

- 8 Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen stehe einer Veröffentlichung nicht entgegen. Die streitgegenständlichen Aufwands- und Vergleichsparameter seien teilweise schon deshalb nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen, weil sie offenkundig seien. Im übrigen habe die Betroffene nicht dargetan, dass die Veröffentlichung der Aufwands- und Vergleichsparameter einschließlich der Überkreuzparameter bei objektiver Betrachtung geeignet sei, die Wettbewerbsfähigkeit der Betroffenen spürbar zu beeinflussen.
- 9 Die Veröffentlichung sei ermessensfehlerfrei erfolgt. Es sei nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur dem allgemeinen Publizitätsinteresse Vorrang vor dem Geheimhaltungsinteresse eingeräumt habe. Es liege kein Verstoß gegen das Übermaßverbot vor. Die Entscheidung zur Veröffentlichung genüge auch den Anforderungen an die Begründung der Ermessensentscheidung.
- 10 Der Hilfsantrag sei zulässig, aber unbegründet. Die erstmalige Veröffentlichung der Daten der Betroffenen in der Malmquist-Tabelle verletze die Betroffene nicht in ihren Rechten. Die Bundesnetzagentur sei hierzu gemäß § 67 Abs. 1, 2 EnWG berechtigt gewesen, weil sie den anderen Beteiligten im Verwaltungsverfahren zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors rechtliches Gehör habe gewähren müssen. Zudem handele es sich um einen Fall der Beteiligung berührter Wirtschaftskreise. Es sei daher ermessensfehlerfrei, dass die Bundesnetzagentur sich entschlossen habe, die Festlegung zum Gegenstand einer breit angelegten Konsultation zu machen. Das Verfahrensermessen habe die Bundesnetzagentur fehlerfrei ausgeübt, auch hinsichtlich der Veröffentlichung im Internet.

- 11 II. Die Angriffe der Rechtsbeschwerde gegen diese rechtliche Beurteilung greifen im Ergebnis nicht durch. Der mit dem Hauptantrag verfolgte Beseitigungsanspruch ist unbegründet, weil die Bundesnetzagentur ihn erfüllt hat. Die Bedingung für den Hilfsantrag ist nicht eingetreten.
- 12 1. Der Betroffenen steht der begehrte Beseitigungsanspruch nicht mehr zu. Die Bundesnetzagentur hat den Anspruch erfüllt; dies ist im Streitfall auch in der Rechtsbeschwerdeinstanz zu berücksichtigen.
- 13 a) Der Hauptantrag der Betroffenen richtet sich darauf, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die unternehmensbezogenen Daten der Betroffenen aus derjenigen Malmquist-Datentabelle dauerhaft zu löschen, welche die Bundesnetzagentur im Rahmen der Veröffentlichung der Beschlüsse über die Festlegungen zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Gas als Anlage 2 auf ihren Internetseiten veröffentlicht hat. Den von ihr verfolgten Beseitigungsanspruch hat die Betroffene mit der von ihr gewählten Fassung des Antrags dahin konkretisiert, dass die Bundesnetzagentur die tatsächlich auf ihren Internetseiten erfolgte Veröffentlichung der unternehmensbezogenen Daten der Betroffenen in der Malmquist-Datentabelle rückgängig zu machen hat. Einen darüberhinausgehenden Inhalt hat der Hauptantrag der Betroffenen nicht.
- 14 aa) Dies ergibt sich aus einer Auslegung des Antrags der Betroffenen. Diese Auslegung kann das Rechtsbeschwerdegericht selbst und in freier Würdigung vornehmen, weil es sich um eine Prozessklärung handelt (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2018 - VIII ZR 84/17, NJW 2018, 2457 Rn. 32 mwN). Bereits seiner Formulierung nach zielt der Antrag darauf, die bestimmt bezeichnete Beeinträchtigung zu beseitigen. Denn die Betroffene verlangt ausdrücklich, ihre unternehmensbezogenen Daten aus der als Anlage 2 zu den Festlegungen vom 13. Dezember 2017 und 21. Februar 2018 enthaltenen Malmquist-Datentabelle

dauerhaft zu löschen, weil die Bundesnetzagentur diese Datentabelle auf ihren Internetseiten veröffentlicht hat.

15 bb) Soweit die Betroffene in der Rechtsbeschwerdeinstanz geltend macht, die Bundesnetzagentur müsse die Erreichbarkeit der Tabelle mit den Daten der Betroffenen im Internet generell beseitigen und auch dafür Sorge tragen, dass weder Kopien der Malmquist-Datentabelle noch die Daten aus der Malmquist-Datentabelle anderweitig im Netz auffindbar seien, ist dieses Begehren vom beschränkten Antrag der Betroffenen nicht erfasst. Zum einen wendet sich die Betroffene nur gegen eine Veröffentlichung der Malmquist-Datentabelle, nicht aber gegen eine interne Verwendung der Daten durch die Bundesnetzagentur. Zum anderen beschränkt die von der Betroffenen gewählte Antragsfassung einen Beseitigungsanspruch auf die tatsächlich erfolgte Veröffentlichung der Malmquist-Datentabelle als Anlage 2 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur.

16 b) Dieser Anspruch ist durch Erfüllung erloschen. Die Bundesnetzagentur ist dem Begehren der Betroffenen nachgekommen. Sie hat die Veröffentlichungen auf ihren Internetseiten in Reaktion auf die in anderen Fällen ergangenen Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 11. Dezember 2018 (EnVR 1/18, RdE 2019, 116 - Veröffentlichung von Daten; EnVR 21/18, veröffentlicht in juris) geändert. Die seit 12. Dezember 2018 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlichten Beschlüsse zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas vom 13. Dezember 2017 und vom 21. Februar 2018 enthalten die Daten aus der Malmquist-Tabelle nicht mehr. Soweit die Malmquist-Datentabelle als Anlage 2 zu diesen Festlegungen nach wie vor auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht ist, sind darin sämtliche Daten der Betroffenen - ebenso wie die Daten anderer Netzbetreiber - geschwärzt. Dies räumt die Betroffene ausdrücklich ein. Die Bundesnetzagentur

hat damit den mit dem Klageantrag verfolgten Beseitigungsanspruch erfüllt, der sich auf die Löschung der auf ihren Internetseiten veröffentlichten Daten richtet.

17 Die Ausführungen der Betroffenen, mit denen sie eine Erfüllung in Zweifel zieht, sind unerheblich. Vielmehr erstreckt die Betroffene ihr Antragsbegehren über den in der Beschwerdeinstanz geltend gemachten Beseitigungsanspruch hinsichtlich der Veröffentlichung auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur auf weitere Beeinträchtigungen, von denen sie nicht aufzeigt, dass sie sie bereits in der Tatsacheninstanz geltend gemacht hat. Ob etwa über das Internet Kopien der ursprünglich veröffentlichten Malmquist-Datentabelle zugänglich sind, ob die Bundesnetzagentur alle Anstrengungen unternommen hat, alle Kopien der Malmquist-Datentabelle aus dem Internet zu entfernen oder entfernen zu lassen, ob die Bundesnetzagentur elektronische oder gedruckte Kopien der ursprünglichen Malmquist-Datentabelle an Dritte herausgegeben hat und ob an anderen Orten gespeicherte Dateikopien ebenfalls geschwärzt sind, betrifft nicht die Erfüllung des mit dem Hauptantrag geltend gemachten Löschungsbegehrens. Eine solche Erweiterung des Antrags ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht möglich. Im übrigen ist nichts dafür ersichtlich, dass die Bundesnetzagentur die Beschlüsse über die Festlegungen zusammen mit der Anlage 2 anderen Netzbetreibern oder Dritten zugestellt oder auf andere Weise als durch die Einstellung auf ihren Internetseiten veröffentlicht hat. Gemäß § 74 Satz 1 EnWG hat sie die Entscheidungen auf ihren Internetseiten zu veröffentlichen. Nur diese Veröffentlichung wird vom Beschwerdeantrag der Betroffenen erfasst.

18 c) Der Erfüllungseinwand ist ausnahmsweise im Rechtsbeschwerdeverfahren beachtlich. Zwar ist der Bundesgerichtshof im Rechtsbeschwerdeverfahren gemäß § 88 Abs. 4 EnWG an die in der angefochtenen Entscheidung getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden.

- 19 Gleichwohl können Tatsachen, die erst während des Revisionsverfahrens oder nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz eingetreten sind, in die Urteilsfindung einfließen, soweit sie unstreitig oder in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten sind und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (BGH, Urteil vom 9. Juli 1998 - IX ZR 272/96, BGHZ 139, 214, 221 f.; vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 Rn. 21; vom 2. März 2017 - I ZR 273/14, NJW-RR 2017, 676 Rn. 44, alle mwN). Für das Rechtsbeschwerdeverfahren nach §§ 86 ff. EnWG gilt nichts anderes. Auch hier können zur Vermeidung ersichtlich materiell unrichtiger Entscheidungen und im Interesse der Prozessökonomie neue nicht bestrittene Tatsachen berücksichtigt werden, wenn dies zu einer raschen und endgültigen Streitbeilegung erforderlich ist, keine schutzwürdigen Interessen einer Partei entgegenstehen und keine Beweisaufnahme erforderlich ist (vgl. BK-Energie-recht/Johanns/Roesen, 4. Aufl., § 88 EnWG Rn. 25).
- 20 Im Streitfall sind die Tatsachen zur Löschung der Daten auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur unstreitig. Eine Sachentscheidung über das Beseitigungsbegehren ist nicht prozesswirtschaftlich, weil bei einem verurteilenden Ausspruch einer Vollstreckungsabwehrklage der Bundesnetzagentur stattgegeben werden müsste.
- 21 Schützenswerte Belange der Betroffenen stehen der Berücksichtigung des unstreitigen Erfüllungseinwandes nicht entgegen. Soweit unstreitiger Sachvortrag im Hinblick auf die gesetzgeberische Wertung des § 555 Abs. 3 ZPO nicht zu berücksichtigen sein kann (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 14. August 2019 - IV ZR 279/17, BGHZ 223, 57 Rn. 34), trägt dieser Gesichtspunkt im Streitfall nicht. Die dem Rechtsstreit zugrunde liegende Frage, unter welchen Voraussetzungen unternehmensbezogene Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, hat der Senat mit Beschlüssen vom 11. Dezember 2018 (EnVR 1/18, RdE 2019, 116 - Veröffentlichung von Daten) und vom 8. Oktober 2019

(EnVR 12/18, RdE 2020, 182 - Veröffentlichung von Daten II) geklärt. Ein Interesse der Betroffenen an einer weiteren Klärung ist nicht ersichtlich.

22 Das schützenswerte Interesse, dass die Bundesnetzagentur auch zukünftig eine Veröffentlichung der Daten unterlässt, kann mit dem Klageantrag nicht erreicht werden. Der Klageantrag ist auf Beseitigung einer bestimmten Beeinträchtigung gerichtet; für ein zukünftiges Verhalten der Bundesnetzagentur wäre ein Unterlassungsantrag erforderlich, den die Betroffene bereits in der Beschwerdeinstanz hat fallen lassen. Im übrigen ist nichts dafür dargetan, dass die Bundesnetzagentur zukünftig Daten entgegen den mit den genannten Senatsbeschlüssen festgelegten Grundsätzen veröffentlichen wird.

23 2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts über den Hilfsantrag ist hinfällig. Die Bedingung für den Hilfsantrag ist nicht eingetreten. Die Betroffene hat den Hilfsantrag lediglich für den Fall gestellt, dass ihr Hauptantrag deshalb als unbegründet angesehen werde, weil die Bundesnetzagentur jedenfalls nach Abschluss des Konsultationsverfahrens im Rahmen der Veröffentlichung der Beschlüsse über die Festlegungen zur Veröffentlichung der unternehmensbezogenen und nicht geschwärzten Daten berechtigt sei. Diese Bedingung kann der Senat als Prozessklärung selbst auslegen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019 - XI ZR 717/17, ZIP 2019, 2455 Rn. 13). Da der Hauptantrag deshalb abzuweisen ist, weil die Bundesnetzagentur den Anspruch erfüllt hat, ist die Bedingung für den Hilfsantrag nicht eingetreten. Deshalb ist klarstellend auszusprechen, dass keine Entscheidung über den Hilfsantrag ergeht.

24 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Meier-Beck

Schoppmeyer

Tolkmitt

Picker

Rombach

Vorinstanzen:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.10.2018 - VI-3 Kart 82/17 [V] -