



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 12/18

Verkündet am:
8. Oktober 2019
Zöller
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Veröffentlichung von Daten II

ARegV § 31 Abs. 1

- a) Bei der Prüfung, ob und inwieweit die nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, darf das Merkmal des berechtigten Interesses des Unternehmens an der Geheimhaltung nicht in einer Weise interpretiert werden, welche die Voraussetzungen des Geheimnisschutzes mit der Frage vermengt, ob das Geheimhaltungsinteresse gegenüber einem öffentlichen Interesse an der Offenlegung der Daten zurücktreten muss.
- b) Die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5, 11 und 12 ARegV genannten Daten sowie des Effizienzwertes nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV ist zulässig (teilweise Aufgabe von BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2018 - EnVR 1/18, RdE 2019, 116 - Veröffentlichung von Daten).

BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2019 - EnVR 12/18 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2019:081019BENVR12.18.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Bacher, Dr. Schoppmeyer sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Rechtsmittel der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. März 2018 teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Bundesnetzagentur wird verpflichtet, 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 der Betroffenen zu unterlassen.

Die Betroffene und die Bundesnetzagentur tragen die Kosten der Rechtsmittelverfahren und die notwendigen Auslagen der Gegenseite jeweils zur Hälfte.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 100.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

1 A. Die Betroffene betreibt ein Stromverteilernetz im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur. Sie wendet sich gegen die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten netzbetreiberbezogenen Daten in nicht anonymisierter Form auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur.

2 Mit E-Mail vom 7. Februar 2017 teilte die Bundesnetzagentur allen Netzbetreibern in ihrem Zuständigkeitsbereich unter anderem Folgendes mit:

"Mit diesem Schreiben informieren wir Sie darüber, dass wir unseren Veröffentlichungspflichten gemäß § 31 ARegV mit einer Frist von 14 Tagen zum 21. Februar 2017 nach elektronischem Zugang dieses Schreibens auf unserer Homepage nachkommen werden.

Die Tabelle ohne Daten kann ab heute auf unserer Homepage unter dem Link <http://www.bundesnetzagentur.de/netzentgelttransparenz> eingesehen werden. Dort können Sie alle Datenfelder und Datendefinitionen erkennen, die ab diesem Zeitpunkt über Ihr Unternehmen dort veröffentlicht werden. ...

Eine weitere Entscheidung mit Rechtsbehelfsbelehrung ergeht Ihnen gegenüber nicht. Die Bundesnetzagentur sieht sich an die gesetzlichen Regelungen gebunden. Wenn Sie mit der Veröffentlichung aller oder einzelner dort aufgeführter Informationen nicht einverstanden sind, wäre unmittelbar der Rechtsweg zu beschreiten. Wir weisen darauf hin, dass wir keine Gleichbehandlungszusage machen werden."

3 Wegen der Einzelheiten der von der Bundesnetzagentur daraufhin vorgenommenen Veröffentlichung wird auf das unter der in dem Schreiben genannten Internetadresse hinterlegte "Datenblatt der Strom- und Gasnetzbetreiber 2017" verwiesen.

4 Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde begehrt die Betroffene, die Verfügung der Bundesnetzagentur vom 7. Februar 2017 aufzuheben, hilfsweise diese zu verpflichten, die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Betroffenen zu unterlassen, und ihr für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in angemessener Höhe aufzuerlegen, höchst hilfsweise festzustellen, dass die Bundesnetzagentur nicht befugt sei, die in § 31 Abs. 1

ARegV genannten Daten der Betroffenen zu veröffentlichen. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Betroffene ihr Begehren weiter.

5 B. Die Rechtsbeschwerde hat teilweise Erfolg.

6 I. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Antrag, die Verfügung der Bundesnetzagentur vom 7. Februar 2017 aufzuheben, sei nicht statthaft, weil das Rundschreiben keinen belastenden Verwaltungsakt beinhalte.

7 Der Unterlassungs- wie auch der Feststellungsantrag seien unbegründet. Die Bundesnetzagentur sei gemäß § 31 Abs. 1 ARegV zur Veröffentlichung der in dieser Vorschrift genannten netzbezogenen Daten der Betroffenen befugt. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG stelle insoweit eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage nach Art. 80 Abs. 1 GG dar. Der Verordnungsgeber bewege sich mit der dem Transparenzgebot dienenden, auf das Anreizregulierungsmodell bezogenen Veröffentlichungspflicht innerhalb seines gesetzlichen Gestaltungsspielraums. Die Neufassung des § 31 Abs. 1 ARegV durch die Verordnung vom 14. September 2016 (BGBl. I S. 2147) verstoße auch nicht gegen höherrangiges Recht. Insbesondere stehe sie nicht in Widerspruch zu § 71 EnWG und § 30 VwVfG sowie weiteren energierechtlichen, dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dienenden Vorschriften. Denn bei den in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten Daten handele es sich nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

8 Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seien Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich seien und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse habe. Betriebsgeheimnisse umfassten im Wesentlichen technisches Wissen, Geschäftsgeheimnisse beträ-

fen vornehmlich kaufmännisches Wissen. Davon abzugrenzen seien Informationen, die keinen Einfluss auf die Stellung des betreffenden Unternehmens im Wettbewerb hätten, an deren Geheimhaltung kein berechtigtes wirtschaftliches Interesse bestehe oder die schon den Status der Nichtoffenkundigkeit verloren hätten, weil sie auf normalem Wege und ohne große Schwierigkeiten beschafft werden könnten. Die Anerkennung eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses scheidet insbesondere aus, wenn Daten wegen ihres hohen Aggregationsgrades oder aus sonstigen Gründen keine hinreichenden Schlüsse auf geheimhaltungsbedürftige Informationen erlauben. Allein aus dem Umstand, dass ein Netzbetreiber ein natürliches Monopol besitze, folge allerdings nicht, dass es sich bei seinen Unternehmensdaten nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handle. Vielmehr könne auch ein Netzbetreiber insbesondere auf vor- oder nachgelagerten Märkten wie auch auf dem Kapitalmarkt ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse in Bezug auf seine Unternehmensdaten haben.

9 Vor diesem Hintergrund sei indes weder ersichtlich noch von der Betroffenen aufgezeigt, dass es sich bei den im Katalog des § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten - für sich oder in einer Gesamtbetrachtung - um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handle. An der Geheimhaltung dieser Daten bestehe kein berechtigtes Interesse, weil es sich bei den Informationen um hoch aggregierte Daten des Regulierungsprozesses handle, die spezifische Bedeutung in dem System der Anreizregulierung hätten und - soweit sie infolge umfassender Transparenzvorgaben an die Netzbetreiber nicht ohnehin offenkundig seien - jedenfalls nicht geeignet seien, eine wettbewerbliche Stellung des Netzbetreibers insbesondere auf vor- und nachgelagerten Märkten, aber auch im Rahmen des "Wettbewerbs um das Netz" nachhaltig zu beeinflussen.

10 Bei dem in § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV genannten (angepassten) Wert der kalenderjährlichen Erlösobergrenze handle es sich nicht um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, weil die Werte nicht dem Unternehmen entstammten, sondern das Ergebnis behördlicher Prüfung seien; überdies entsprächen

sie nicht den tatsächlichen Umsätzen. Aufgrund dessen seien die Erlösobergrenzen zwar mitbestimmend für die betriebswirtschaftliche Profitabilität des Netzbetreibers, ließen aber keine konkreten Rückschlüsse auf sein unternehmerisches Handeln, eine etwaige Markt- und Geschäftsstrategie, seine Liquidität oder Bonität zu. Bei den nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV zu veröffentlichenden Daten des Regulierungskontos handele es sich um aggregierte Werte, die weder einen Rückschluss auf die zugrunde liegenden unternehmensinternen Kennzahlen noch auf die "allgemeine Verbrauchs- und Leistungsfähigkeit" des Netzbetreibers oder seine Bonität oder Liquidität zuließen. Die nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV zu veröffentlichenden Effizienzwerte seien bereits nach der Verordnungshistorie nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einzustufen. Ihre Veröffentlichung erfolge aus Gründen der Transparenz und als zusätzlicher Anreiz für die Netzbetreiber zur Steigerung ihrer Effizienz. Entsprechendes gelte in Bezug auf die Aufwands- und Vergleichsparameter. Die Aufwandsparameter seien Kostendaten auf höchster Aggregationsstufe, während die Vergleichsparameter teilweise ohnehin zu veröffentlichen und im Übrigen von dem Netzbetreiber nicht beeinflussbar seien, so dass aus ihnen kein Rückschluss auf seine Kostenstruktur und seine geschäftliche Ausrichtung möglich sei. Für die nach § 31 Abs. 1 Nr. 5 ARegV zu veröffentlichenden Supereffizienzwerte und den Effizienzbonus gelte nichts anderes.

11 Die Offenlegung des Summenwerts der Parameterwerte und jährlichen Anpassungsbeträge der Erlösobergrenzen für den Erweiterungsfaktor gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 6 ARegV sei nicht geeignet, exklusive technische oder kaufmännische Informationen aufzudecken und so eine etwaige Wettbewerbsposition der Betroffenen zu schwächen. Insoweit habe die Betroffene lediglich pauschal behauptet, dass die zu veröffentlichenden Daten einen Rückschluss auf eine - bereits erfolgte oder zukünftige - Investitionstätigkeit des Netzbetreibers in das Netz ermöglichen und diesen in seiner wettbewerblichen Stellung benachteiligen könnten, ohne dies - insbesondere in Anbetracht der Vielzahl der vom Netzbetreiber bislang veröffentlichten Netzinformationen - zu konkretisie-

ren. Entsprechendes gelte für den nach § 31 Abs. 1 Nr. 7 ARegV mitzuteilenden Kapitalkostenaufschlag. Insoweit sei weder ersichtlich noch von der Betroffenen vorgetragen, dass der aggregierte Wert des Kapitalkostenaufschlags, in den sowohl Ersatz- als auch Erweiterungsinvestitionen einfließen, einen konkreten Rückschluss auf die Höhe beabsichtigter Modernisierungs- oder Wartungsmaßnahmen der Betroffenen oder die Altersstruktur ihres Netzes zulasse und daher insbesondere ihre Wettbewerbssituation auf vorgelagerten Märkten etwa bei der Beschaffung von Dienstleistungen, Gütern oder Kapital beeinträchtige. Etwas anderes ergebe sich auch nicht "im Zusammenspiel" mit den nach § 31 Abs. 1 Nr. 9 ARegV - ebenfalls als Summenwert - zu veröffentlichenden Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV.

12 Bei den nach § 31 Abs. 1 Nr. 8 ARegV zu veröffentlichenden dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen und deren jährlicher Anpassung als Summenwert handele es sich ebenfalls nicht um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, weil die Werte nicht dem Unternehmen entstammten, sondern das Ergebnis behördlicher Prüfung seien. Die Offenlegung der Höhe des gesamten Kostenblocks als aggregiertem Summenwert, der aus den verschiedenen Kosten und Erlösen nach dem enumerativ ausgestalteten Katalog des § 11 Abs. 2 Nr. 1 bis 17 ARegV resultiere, lasse zudem ersichtlich einen Rückschluss weder auf das zugrunde liegende Datenmaterial noch - im Verhältnis zu den beeinflussbaren Kostenanteilen - auf ein konkretes Einsparpotential zu. Schließlich spreche auch das Wesen dieser Kostenanteile, die als "dauerhaft nicht beeinflussbar" gölten, gegen ihre wettbewerbliche Relevanz. Nichts anderes gelte für die jährlich tatsächlich entstandenen Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV als Summenwert (§ 31 Abs. 1 Nr. 9 ARegV). Insoweit sei nicht ersichtlich, dass die zu veröffentlichenden Summenwerte einen konkreten Rückschluss auf die zukünftige Netzgestaltung, den Investitionsbedarf und damit auch auf die Vermögensstruktur des Netzbetreibers zulassen könnten. Was die Veröffentlichung der jährlich tatsächlich entstandenen Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 8 ARegV als Summenwert (§ 31 Abs. 1 Nr. 10

ARegV) anbelange, gebe auch die Summe vermiedener Netzentgelte im Jahr keinerlei Aufschlüsse darüber, wie viele Betreiber dezentraler Erzeugungsanlagen sich im Netzbereich des jeweiligen Netzbetreibers befänden. Die in Summe erstatteten Entgelte und die sich danach rechnerisch ergebenden vermiedenen Kosten der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene gestatteten auch keinen Einblick in die Ausgestaltung des Netzes. Die Anzahl der Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen stelle schon keine dauerhafte Eigenschaft des Netzes dar, sondern könne sich - wie auch die jeweiligen tatsächlichen Einspeisemengen - permanent ändern. Eine wettbewerbliche Relevanz sei nicht erkennbar.

13

Die nach § 31 Abs. 1 Nr. 11 ARegV als Summenwert zu veröffentlichen volatilen Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV stellten keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen dar. Dieser Wert lasse weder Rückschlüsse auf die tatsächlichen Beschaffungskosten des Netzbetreibers für Verlustenergie zu noch ermögliche er - mangels Offenlegung der für die Subtraktion erforderlichen Ausgangsgröße, d. h. der Verlustenergiekosten des Ausgangsniveaus des Basisjahres 2011 - eine Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Betroffenen. Überdies habe die Betroffene die tatsächlichen Verlustmengen und -preise der von ihr im Wege der Ausschreibung zu beschaffenden Verlustenergie gemäß § 17 Abs. 2 Ziffer 7 StromNZV fortlaufend auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen, so dass es insoweit auch an der Nichtoffenkundigkeit der Information und damit an einem Geheimhaltungsbedürfnis fehle. Schließlich ließen auch die nach § 31 Abs. 1 Nr. 12 ARegV zu veröffentlichen Kennzahlen der Versorgungsqualität keine wettbewerblich nachteiligen Schlussfolgerungen zu. Bei ihnen handele es sich um aggregierte Kennzahlen zur Nichtverfügbarkeit, die auf der Erfassung und Auswertung der nach § 52 EnWG erhobenen Datenreihen und der regulatorisch festgelegten ökonomischen Bewertungsmethodik zur Bestimmung der Referenzwerte beruhten und daher lediglich das Ergebnis einer komplexen Bewertung darstellten. Sie ließen weder einen Rückschluss darauf zu, durch welche Konzepte und Maßnahmen der einzelne Netz-

betreiber bei welchem Aufwand seine Netzzuverlässigkeit erzielt habe, noch wie dringlich konkrete Investitionen in das Netz seien.

14 Nach alledem handele es sich bei den im Katalog des § 31 ARegV aufgeführten Daten um hoch aggregierte Daten des Regulierungsprozesses, die spezifische Bedeutung in dem System der Anreizregulierung hätten und - soweit sie infolge umfassender Transparenzvorgaben an die Netzbetreiber nicht ohnehin offenkundig seien - jedenfalls nicht geeignet seien, eine wettbewerbliche Stellung des Netzbetreibers insbesondere auf vor- und nachgelagerten Märkten, aber auch im Rahmen des "Wettbewerbs um das Netz" nachhaltig zu beeinflussen. Daran ändere sich auch bei einer Gesamtbetrachtung aller Daten nichts; auch in einer Gesamtschau sei nicht zu erkennen, dass sie sich auf die Wettbewerbsfähigkeit des Netzbetreibers nachteilig auswirken könnte. Selbst wenn die Daten gewisse Anhaltspunkte für eine allgemeine Leistungsfähigkeit des Netzbetreibers geben könnten, handele es sich dabei - auch mangels Detailtiefe - nur um einen hypothetischen und vagen Anhalt für die künftige geschäftliche Entwicklung, die keine wettbewerbliche Relevanz habe.

15 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht in allen Punkten stand.

16 1. Mit Recht hat das Beschwerdegericht die Anfechtungsbeschwerde als unstatthaft angesehen (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2018 - EnVR 1/18, RdE 2019, 116 Rn. 16 ff. - Veröffentlichung von Daten). Dies stellt die Rechtsbeschwerde nicht mehr in Frage.

17 2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht mit Recht angenommen, dass die nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderliche Ermächtigung zum Erlass des § 31 ARegV in der Fassung des Art. 1 Nr. 25 der Zweiten Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung vom 14. September 2016 (BGBl. I 2147) aus § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG folgt (vgl. BGH RdE 2019, 116 Rn. 19 ff. - Veröffentlichung von Daten). Die gegen

diese Beurteilung erhobenen Einwände der Rechtsbeschwerde, wonach das Transparenzgebot nach § 21 EnWG keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die in § 31 Abs. 1 ARegV vorgesehenen Veröffentlichungspflichten darstelle, geben keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

18 3. Jedoch hält die angefochtene Entscheidung rechtlicher Überprüfung teilweise nicht stand, soweit das Beschwerdegericht angenommen hat, die in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten Daten betreffen sämtlich keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse. Dieser Beurteilung liegt ein zu enges Verständnis des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zugrunde.

19 a) Gemäß § 30 VwVfG haben die Beteiligten Anspruch darauf, dass ihre Geheimnisse, insbesondere die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden. Die Vorschrift gilt - wie § 71 EnWG zeigt - im energiewirtschaftlichen Verwaltungsverfahren uneingeschränkt (BGH RdE 2019, 116 Rn. 24 - Veröffentlichung von Daten). Die allgemeine Verordnungsermächtigung in § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG enthält keine Befugnis der Regulierungsbehörde, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenzulegen, die ihr zur Erfüllung ihrer regulatorischen Aufgaben zugänglich gemacht werden müssen (BGH RdE 2019, 116 Rn. 27 - Veröffentlichung von Daten). § 31 ARegV ist daher nicht von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt, soweit es sich bei den nach dieser Vorschrift offenzulegenden Daten um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt.

- 20 b) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen im weitesten Sinne, Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen, wobei regelmäßig keine nähere Abgrenzung erforderlich ist. Zu derartigen Geheimnissen werden etwa Umsätze und Absatzmengen, Kundenbeziehungen, Erträge, Produkt-, Prozess- und Gemeinkosten sowie sonstige Kalkulationsdaten, Bezugsquellen und -konditionen, Prozessbeschreibungen, technisches Know-how, nicht veröffentlichte Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte sowie Daten zur Unternehmensplanung, zu Investitionen und zu Marktstrategien gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 76 - Stadtwerke Konstanz GmbH; BGH RdE 2019, 116 Rn. 32 - Veröffentlichung von Daten).
- 21 Das Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet auch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (BVerfGE 115, 205, 229). Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen (BVerfGE 115, 205, 229). Werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch den Staat offengelegt oder verlangt er deren Offenlegung, ist Art. 12 Abs. 1 GG in seinem Schutzbereich berührt (BVerfGE 115, 205, 230). Ein Eingriff in die grundrechtlich geschützte Rechtsposition bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage und einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter, welche entweder der Gesetzgeber selbst vorzunehmen hat oder die bei der Anwendung der gesetzlichen Regelung zu erfolgen hat.

- 22 c) Diese im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erforderliche Abwägung prägt die Frage, ob ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung der unternehmensbezogenen Daten besteht. Die regelmäßig gebotene Abwägung darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass bereits eine ausreichende Darlegung des berechtigten Interesses verneint wird. Demgemäß kann bei einer Norm, die - wie § 31 ARegV - keine ausreichende Rechtsgrundlage zur Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen enthält, aber eine Veröffentlichung unternehmensbezogener Daten vorsieht, keine besonders vertiefte Darlegung des berechtigten Interesses verlangt werden. Der angestrebte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen steht - wie auch die Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (fortan: Richtlinie) und das ihrer Umsetzung dienende Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18. April 2019 (BGBl. I 2019, 466) zeigen - einer Rechtsanwendung entgegen, die auf tatbestandlicher Ebene besonders strenge Anforderungen an die Darlegung des berechtigten Interesses stellt. Vielmehr verwirklicht sich der Ausgleich vor allem in der Abwägung der widerstreitenden Interessen.
- 23 § 31 ARegV enthält keine Abwägungsentscheidung, weil der Verordnungsgeber die zu veröffentlichenden Angaben nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis angesehen hat (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 73 zu § 31 ARegV aF; BR-Drucks. 296/16, S. 45). Ebensowenig eröffnet die Bestimmung dem Rechtsanwender eine Abwägungsentscheidung. Im Streitfall ist mangels einer Ermächtigungsgrundlage für die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen keine an den Vorgaben des § 71 EnWG i.V.m. § 30 VwVfG orientierte Güterabwägung vorzunehmen, ob das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen hinter andere, wichtigere Interessen der Allgemeinheit zurückzutreten hat (BGH RdE 2019, 116 Rn. 30 - Veröffentlichung von Daten). Insbesondere

ermöglicht § 31 Abs. 1 ARegV keine unterschiedliche Behandlung einzelner Netzbetreiber je nachdem, ob diese ihr individuelles berechtigtes Interesse an einem Schutz der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten hinreichend darlegen oder nicht.

24

Sieht eine Rechtsgrundlage - wie § 31 Abs. 1 ARegV - eine uneingeschränkte Veröffentlichung unternehmensbezogener, nicht allgemein bekannter Daten einer Vielzahl von Unternehmen vor, ohne dass der Normgeber eine Abwägung vorgenommen hat oder eine Abwägungsentscheidung bei Anwendung der Norm zu treffen ist, kann sich der Rechtsträger auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen berufen, wenn ein berechtigtes Interesse am Schutz dieser Daten bei abstrakt genereller Betrachtung nicht ausgeschlossen werden kann. Andernfalls würde der grundrechtlich gebotene, einfachrechtlich in § 30 VwVfG und nunmehr auch von §§ 1, 2 GeschGehG sowie der Richtlinie angestrebte Schutz solcher Daten entwertet. Somit darf im Zusammenhang mit der Prüfung, ob und inwieweit die nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, das Merkmal des berechtigten Interesses des Unternehmens an der Geheimhaltung nicht in einer Weise interpretiert werden, welche die Voraussetzungen des Geheimnisschutzes mit der Frage vermengt, ob das Geheimhaltungsinteresse gegenüber einem öffentlichen Interesse an der Offenlegung der Daten zurücktreten muss. An das berechnigte Interesse sind daher auf der Tatbestandsseite keine hohen Anforderungen zu stellen. Es darf nur verneint werden, wenn auch ohne Abwägung mit einem widerstreitenden Interesse an der Offenlegung bei abstrakt genereller Betrachtung kein Gesichtspunkt erkennbar ist, der ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung von Unternehmensinterna begründen könnte. In der Regel wird dies bei Umständen, die üblicherweise als Geschäftsgeheimnis angesehen werden, nur dann der Fall sein, wenn diese aus anderen Gründen ohnehin offengelegt werden müssen oder wenn ein Einfluss auf die Wettbewerbsposition des Unternehmens schlechthin ausgeschlossen werden kann.

- 25 d) Bei Netzbetreibern ist zu berücksichtigen, dass sie bei ihrer eigentlichen Geschäftstätigkeit untereinander nicht im Wettbewerb stehen. Gleichwohl befinden sie sich nicht gänzlich außerhalb des Wettbewerbs. Sie konkurrieren vielmehr auf vorgelagerten Märkten für Unternehmensinvestitionen und Kapitalanlagen um günstige Bedingungen für die Kapitalbeschaffung, und sie konkurrieren um den besten Effizienzwert. Geht es um die Konzessionsvergabe, konkurrieren sie auch um den Netzbetrieb. Aus der Regulierung ihrer Geschäftstätigkeit folgt mithin nicht, dass sie von vornherein kein schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung von internen Umständen hätten, die ihre Kostenfaktoren, die Grundlagen ihrer Kalkulation sowie insbesondere die Netzausbauplanung und -strategie betreffen. Auf das Gewicht eines solchen Interesses und demgemäß auch auf die nähere Darlegung nachteiliger Konsequenzen einer Offenlegung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.
- 26 Dabei kann auch ein aggregierter Wert eines Netzbetreibers ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis sein. Ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung solcher zusammenfassenden unternehmensbezogenen Kennzahlen und Werte, die sich erst aus zusammengeführten Daten ergeben, besteht dann nicht mehr, wenn aufgrund der Aggregation keine sinnvollen Schlüsse auf schützenswerte Daten mehr möglich sind. Der bloße Umstand, dass die Schlussfolgerungen wegen der Aggregation unscharf bleiben müssen, rechtfertigt es aber noch nicht, dem Unternehmen deswegen bereits auf der Tatbestandsebene den Geheimnisschutz zu versagen.
- 27 e) Dass die prognostische Einschätzung nachteiliger Auswirkungen im Fall des Bekanntwerdens einer Information von dem Unternehmen, das Geheimnisschutz begehrt, nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden muss (BGH RdE 2019, 116 Rn. 32 mwN - Veröffentlichung von Daten), ist vor diesem Hintergrund zwar auch von Bedeutung, soweit es um die Frage geht, ob überhaupt ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis in Rede steht. In dieser Hinsicht sind jedoch keine besonderen Anforderungen zu stellen, wenn die Rechts-

grundlage keine Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zulässt. Entscheidende Bedeutung hat die nähere Darlegung nachteiliger Auswirkungen vielmehr dann, wenn eine Abwägung der unterschiedlichen Interessen und der Folgen eines Bekanntwerdens wettbewerbsrelevanter interner Daten zu erfolgen hat. In einem solchen - hier nicht vorliegenden - Fall genügt es nicht, wenn sich das betroffene Unternehmen nur pauschal auf die notwendige Wahrung seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beruft. Dann bedarf es eines substantiierten Sachvortrags dazu, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse das Unternehmen welche Nachteile befürchtet (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 46; Beschluss vom 9. Juli 2019 - KZR 110/18, juris Rn. 22). Erst dann ist eine - hier nicht in Rede stehende - Abwägung zwischen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes und dem verfassungsrechtlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen möglich, die auf einen bestmöglichen Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsgütern gerichtet sein muss (vgl. BGHZ 178, 362 Rn. 47 mwN; BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 35 - Stromnetznutzungsentgelt IV; BGH RdE 2019, 116 Rn. 34 - Veröffentlichung von Daten).

28

4. Nach diesen Maßgaben handelt es sich nur hinsichtlich der in § 31 Abs. 1 Nr. 1, 2, 5 und 12 ARegV und der in § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV genannten Effizienzwerte nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (BGH RdE 2019, 116 Rn. 36 ff., 50 f., 54 ff. - Veröffentlichung von Daten), ferner - insoweit abweichend von der bisherigen Beurteilung des Senats - auch nicht hinsichtlich der in § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV genannten Angaben zum Saldo des Regulierungskontos. Hingegen stellen die in § 31 Abs. 1 Nr. 6 bis 11 ARegV aufgeführten Daten und die in § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV genannten Aufwands- und Vergleichsparameter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar (BGH RdE 2019, 116 Rn. 41 ff., 45 ff., 52 f. - Veröffentlichung von Daten). Soweit § 31 Abs. 1 ARegV die Veröffentlichung dieser Daten anordnet, ist die Vorschrift mangels gesetzlicher Ermächtigung daher nichtig.

- 29 a) Die gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV zu veröffentlichenden Angaben über die Werte der kalenderjährlichen Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 ARegV und die nach § 4 Abs. 3 und 4 ARegV angepassten Werte dieser Erlösobergrenzen stellen keine schützenswerten Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse dar (BGH RdE 2019, 116 Rn. 36 ff. - Veröffentlichung von Daten). Die Ausführungen der Beschwerdeführerin geben keinen Anlass, hiervon abzuweichen. Insbesondere stellt der für jedes Kalenderjahr der Regulierungsperiode zu veröffentlichende Wert der Erlösobergrenze auch keine als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis geschützte Prognose über zu erwartende Einnahmen oder zukünftige Umsätze dar.
- 30 b) Gleiches gilt für die gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV zu veröffentlichenden Angaben über den verzinsten Saldo des Regulierungskontos und die Summe der Zu- und Abschläge aus der Auflösung des Regulierungskontosaldos; an seiner bisherigen Rechtsauffassung (BGH RdE 2019, 116 Rn. 40 - Veröffentlichung von Daten) hält der Senat insoweit nicht fest.
- 31 Das Regulierungskonto stellt sicher, dass ungeplante Differenzen zwischen den tatsächlichen Erlösen und den durch die Netzentgeltbildung prognostizierten Erlösen sich weder zu Lasten noch zu Gunsten des Netzbetreibers auswirken. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, in welcher Hinsicht eine fehlende Geheimhaltung des Saldos des Regulierungskontos ihre wettbewerbliche Stellung beeinflussen kann. Zu veröffentlichen ist nur der Saldo des Regulierungskontos. In diesen Saldo fließen nicht nur die Mengenabweichung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 ARegV), sondern auch die Plan-Ist-Anpassung bezüglich bestimmter Kosten (§ 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV), eine Plan-Ist-Anpassung der Kosten des Messstellenbetriebs (§ 5 Abs. 1 Satz 3 und 4 ARegV) und eine Plan-Ist-Anpassung des Kapitalkostenaufschlags (§ 5 Abs. 1a ARegV) ein. Es lässt sich nicht erkennen, welcher dieser Faktoren in welchem Umfang in den Saldo eingeflossen ist (Holznagel/Hemmert-Halswick, RdE 2019, 317, 321); nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Bundesnetzagentur bildet in der Praxis der

Abgleich eines Teils der als dauerhaft nicht beeinflussbar geltenden Kosten den Hauptbestandteil des Saldos. Dies gilt in gleicher Weise für die Zu- und Abschläge aus der Auflösung des Saldos.

32 Allerdings handelt es sich bei den tatsächlich abgesetzten Mengen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (BGH RdE 2019, 116 Rn. 40 - Veröffentlichung von Daten). Soweit der Senat angenommen hat, dass sich die tatsächlichen Absatzmengen bei einer Veröffentlichung des Saldos des Regulierungskontos und der Zu- und Abschläge jedenfalls im Zusammenhang mit der Erlösobergrenze zumindest abschätzen ließen, hält er jedoch nicht daran fest, dass dies ein berechtigtes Interesse an einer Nichtveröffentlichung der Daten nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV begründet. Angesichts des Umstands, dass Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen die im Kalenderjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz- und Umspannebene gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 3 StromNEV ohnehin auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen haben, ist nicht zu erkennen, inwiefern die angesichts der weiteren in den Saldo einfließenden Umstände äußerst unsichere Abschätzung der tatsächlichen Absatzmenge des vergangenen Jahres durch eine Veröffentlichung des Saldos wettbewerbsrelevant sein könnte.

33

Soweit der Senat angenommen hat, der Saldo des Regulierungskontos erlaube Rückschlüsse darauf, ob die Prognosen zutreffend waren (BGH RdE 2019, 116 Rn. 40 - Veröffentlichung von Daten), vermag dies allein kein berechtigtes Interesse am Schutz der Daten zu begründen. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, in welchem Zusammenhang ein - auch hier nur ungefährer - Rückschluss auf die Richtigkeit der Prognosen für sie von wettbewerblicher Relevanz sein könnte. Schließlich hat die Beschwerdeführerin ihr drohende relevante Nachteile auch nicht insoweit dargelegt, als Dritte - wie der Senat angenommen hat (Rn. 40) - aus den nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV zu veröffentlichenden Daten ersehen können, ob in Zukunft Mehr- oder Mindererlöse vereinbart werden dürfen. Die Veröffentlichung der angepassten Erlösobergrenze gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 ARegV ist zulässig (Rn. 36). Ein Rückschluss auf Einzeldaten ist nicht möglich; inwieweit deshalb der Saldo des Regulierungskontos und die aus ihm erfolgende Anpassung der Erlösobergrenze durch Zu- oder Abschläge (§ 5 Abs. 3 Satz 2; § 4 Abs. 4 Nr. 1a ARegV) Nachteile für die Netzbetreiber mit sich bringen könnte, zeigt die Beschwerdeführerin nicht hinreichend auf. Zu einem nachteiligen Einfluss durch die Veröffentlichung der Daten nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV auf die wettbewerbliche Stellung der Netzbetreiber in vor- oder nachgelagerten Märkten trägt die Beschwerdeführerin nichts vor. Soweit sie auf umsatzrelevante Daten für die Zukunft abstellt, die für die Kapitalaufnahme auf Drittmärkten von Relevanz ist, ist nicht ausreichend dargelegt, inwieweit die Daten nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV angesichts ihrer nur sehr eingeschränkt für Rückschlüsse geeigneten Form hierauf nachteilige Auswirkungen haben können. Die maßgebliche Größe des - möglichen - Umsatzes stellt die angepasste Erlösobergrenze nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 ARegV dar, deren Veröffentlichung als regulatorische Größe zulässig ist.

34

c) Die nach § 31 Abs. 1 Nr. 5 und 12 ARegV zu veröffentlichenden Daten sowie die nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV zu veröffentlichenden Effizienzwerte stellen ebenfalls keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse dar (BGH RdE

2019, 116 Rn. 50 f., 54 ff. - Veröffentlichung von Daten). Diese Beurteilung des Senats greift die Rechtsbeschwerde nicht an.

35 d) § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV stellt keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Aufwands- und Vergleichsparametern dar. Die nach § 12 Abs. 4a ARegV und § 14 ARegV im Effizienzvergleich verwendeten Aufwands- und Vergleichsparameter stellen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar (BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 75 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH; vom 11. Dezember 2018 - EnVR 1/18, RdE 2019, 116 Rn. 52 f. - Veröffentlichung von Daten). Die Ausführungen der Bundesnetzagentur geben keinen Anlass, von dieser Beurteilung abzuweichen.

36 Die Summenwerte der im Rahmen des Effizienzvergleichs verwendeten Aufwandsparameter stellen ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis dar. Auch wenn die Summenwerte auf in standardisierter Weise (§ 14 ARegV) oder nicht standardisierter Form (§ 12 Abs. 4a ARegV) ermittelten Kosten beruhen, eröffnet die Veröffentlichung der unterschiedlichen Summenwerte nach § 14 ARegV und § 12 Abs. 4a ARegV im Zusammenhang mit der - zulässigen - Veröffentlichung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten nach § 11 Abs. 2 ARegV (§ 31 Abs. 1 Nr. 8 ARegV) einem Außenstehenden einen Einblick in Einzelheiten der Kostenstruktur eines Netzbetreibers. Die tatsächlichen Kosten mögen von den für die Aufwandsparameter ermittelten Kosten abweichen; diese stellen aber - weil sie eine bestimmte Kostenstruktur des jeweiligen Netzbetreibers offenlegen - originäre Betriebsdaten dar. Dem steht nicht entgegen, dass es sich um Kostendaten einer hohen Aggregationsstufe handelt. Die Beschwerdeführerin hat dargelegt, dass aus der Veröffentlichung dieser Daten in wettbewerblicher Hinsicht Nachteile entstehen können.

- 37 Für die Vergleichsparameter nach § 13 Abs. 3 ARegV gilt Entsprechendes. § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV schreibt die Veröffentlichung der verwendeten Vergleichsparameter vor; dies betrifft mithin die einzelnen Vergleichsparameter je für sich. Da die Vergleichsparameter die Funktionalität des Netzes in einem Versorgungsgebiet abbilden und sie in diesem Zusammenhang Einflussfaktoren auf die Kosten darstellen (vgl. BGH RdE 2019, 116 Rn. 52 - Veröffentlichung von Daten), kann ein berechtigtes Interesse an der Nichtbereitung nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die Veröffentlichungspflichten nach § 17 Abs. 2 StromNZV, § 40 GasNZV, § 27 StromNEV/GasNEV stehen einer Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis nicht entgegen, weil diese nur einzelne Parameter betreffen (vgl. Rn. 53).
- 38 e) Die nach § 31 Abs. 1 Nr. 6 ARegV zu veröffentlichenden Daten betreffen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (BGH RdE 2019, 116 Rn. 41 - Veröffentlichung von Daten). Der Summenwert der für den Erweiterungsfaktor verwendeten Parameterwerte und der Summenwert der jährlichen Anpassungsbeträge der Erlösobergrenze für den Erweiterungsfaktor nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ARegV i.V.m. § 10 ARegV stellen geschützte unternehmensinterne Daten dar.
- 39 Diese - ohnehin ab der dritten Regulierungsperiode auf Betreiber von Gasverteiler- und Elektrizitätsverteilernetzen nicht mehr anwendbare - Bestimmung betrifft die Anpassung der Erlösobergrenze während der laufenden Regulierungsperiode. Sie lässt nicht nur erkennen, ob der Netzbetreiber in das Netz investiert. Vielmehr ermöglicht die Veröffentlichung der von § 10 Abs. 2 ARegV genannten Parameterwerte einen Einblick, inwieweit sich die Vergleichsparameter nach § 13 Abs. 3 Satz 4 ARegV während der Regulierungsperiode verändern, und somit im Zusammenhang mit den Anpassungsbeträgen einen Rückschluss auf eine mögliche zukünftige Ausbaustrategie, der angesichts des Zusammenspiels zwischen der Änderung bestimmter Parameterwerte und den Anpassungsbeträgen unter Umständen auch einen konkreten Einblick in Art

und Umfang der Maßnahmen ermöglicht. Damit hat die Beschwerdeführerin hinreichend konkrete Gesichtspunkte geltend gemacht, die ein berechtigtes Interesse an einer Geheimhaltung begründen.

40 f) Die Veröffentlichung des jährlichen Kapitalkostenaufschlags als Summenwert nach § 31 Abs. 1 Nr. 7 ARegV ist ebenfalls unzulässig (BGH RdE 2019, 116 Rn. 41 ff. - Veröffentlichung von Daten). Dieser Summenwert richtet sich nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ARegV i.V.m. § 10a ARegV.

41 § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ARegV bestimmt, dass auf Antrag eine Anpassung der Erlösobergrenze nach Maßgabe des § 10a ARegV erfolgt. § 10a Abs. 1 Satz 1 ARegV sieht vor, dass die Regulierungsbehörde während der jeweiligen Regulierungsperiode einen Kapitalkostenaufschlag auf die Erlösobergrenze genehmigt. Veröffentlicht werden zwar nicht die einzelnen Faktoren, die der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags zugrunde liegen, sondern lediglich das Ergebnis der Prüfung und Genehmigung in Form des jeweiligen Summenwertes. Gleichwohl kann angesichts der Voraussetzungen für einen Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV daraus der Rückschluss gezogen werden, dass der Netzbetreiber nach dem Basisjahr, d.h. dem Kalenderjahr, in dem das der Kostenprüfung zugrunde liegende Kalenderjahr endet (§ 6 Abs. 1 Satz 4 ARegV), Investitionen in den Bestand betriebsnotwendiger Anlagegüter getätigt hat und diese Investitionen ein bestimmtes Gewicht und eine bestimmte Größenordnung erreichen. Dies erlaubt zwar keine verlässlichen Rückschlüsse auf eine Ausbaustrategie oder spezielle Entwicklungsprojekte (vgl. Holznagel/Hemmert-Halswick, RdE 2019, 316, 322). Auch ein mit Unsicherheiten behafteter Rückschluss auf die Ausbaustrategie des Netzbetreibers eröffnet jedoch eine wettbewerbsrelevante Information über Unternehmensinterna.

42 g) Ähnliches gilt für die Veröffentlichung des Summenwerts der jährlich tatsächlich entstandenen Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV (§ 31 Abs. 1 Nr. 9 ARegV). Dieser betrifft die genehmigten Investitionsmaß-

nahmen nach § 23 ARegV, soweit sie dem Inhalt der Genehmigung nach durchgeführt wurden sowie in der Regulierungsperiode kostenwirksam sind und die Genehmigung nicht aufgehoben worden ist.

- 43 Zwar lässt der Summenwert nicht erkennen, welche der von § 23 ARegV genannten Investitionsmaßnahmen ihm im Einzelnen zugrunde liegen. Gleichwohl lässt er gewisse Rückschlüsse auf die Investitionsstrategie des Netzbetreibers zu und betrifft damit wettbewerbsrelevante Umstände. Ein berechtigtes Interesse am Schutz dieser unternehmensrelevanten Daten kann dem Betreiber nicht von vornherein abgesprochen werden. Sie sind daher als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einzuordnen (BGH RdE 2019, 116 Rn. 41, 44 - Veröffentlichung von Daten).
- 44 h) Unzulässig ist auch die von § 31 Abs. 1 Nr. 8 ARegV bestimmte Veröffentlichung des Summenwertes der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV und des Summenwertes der jährlichen Anpassung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV (BGH RdE 2019, 116 Rn. 45 f.).
- 45 Zu veröffentlichen ist zwar ausschließlich die Summe aller dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV; eine Veröffentlichung einzelner in § 11 Abs. 2 ARegV genannten Kostenpositionen ist von § 31 Abs. 1 Nr. 8 ARegV nicht vorgesehen. Dieser Summenwert betrifft auch die vom Effizienzvergleich ausgenommenen Kosten, auf die der Netzbetreiber regelmäßig keinen Einfluss hat. Gleichwohl entstammen diese Werte unmittelbar betriebsinternen Daten des betreffenden Unternehmens über bestimmte - in § 11 Abs. 2 ARegV enumerativ genannte - Kostenarten, welche als solche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen (BGH RdE 2019, 116 Rn. 46 - Veröffentlichung von Daten). Auch wenn Rückschlüsse auf einzelne Kostenpositionen ausgeschlossen sind, wird im Zusammenhang mit dem - zu veröffentlichenden - Effizienzwert erkennbar, wie stark ein Netzbetreiber seine Kosten reduzieren muss. Dies eröffnet einen gewissen Einblick in wettbewerbsrele-

vante interne Verhältnisse, an deren Schutz ein berechtigtes Interesse nicht von vornherein abgesprochen werden kann.

46 Entsprechendes gilt für die Veröffentlichung des Summenwertes der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV. Mit Veröffentlichung dieses Kostenblocks wird ebenfalls ein gewisser Einblick in für die Erlösobergrenze erhebliche wettbewerbsrelevante interne Verhältnisse eröffnet. Ein berechtigtes Interesse am Schutz dieser Daten kann nicht von vornherein abgesprochen werden.

47 i) § 31 Abs. 1 Nr. 10 ARegV bezieht sich mit den beiden Summenwerten der jährlichen tatsächlichen entstandenen Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 8 ARegV auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Netzbetreibers; ihre Veröffentlichung nach § 31 Abs. 1 ARegV ist daher unzulässig (BGH RdE 2019, 116 Rn. 45 ff. - Veröffentlichung von Daten).

48 § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ARegV betrifft die Kosten und Erlöse aus der erforderlichen Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen ("Kostenwälzung"). § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 ARegV betrifft vermiedene Netzentgelte im Sinne von § 18 StromNEV, § 57 Abs. 3 EEG und § 6 Abs. 5, § 13 Abs. 5 KWKG. Beide - nach § 31 Abs. 1 Nr. 10 ARegV getrennt zu veröffentlichenden - Summenwerte entstammen unmittelbar betriebsinternen Daten des betreffenden Unternehmens über bestimmte Kostenarten. Sie ermöglichen es, die nur als eine Summe zu veröffentlichenden dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile aufzuschlüsseln. Dies kann zu nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition eines Netzbetreibers führen, so dass ein berechtigtes Interesse eines Netzbetreibers an der Nichtoffenbarung dieser beiden Summenwerte nicht von der Hand zu weisen ist.

49 j) Schließlich stellt auch der Summenwert der jährlichen volatilen Kostenanteile eines Netzbetreibers nach § 11 Abs. 5 ARegV ein Betriebs- und Ge-

schäftsgeheimnis dar. Die Veröffentlichung nach § 31 Abs. 1 Nr. 11 ARegV ist daher unzulässig (BGH RdE 2019, 116 Rn. 48 - Veröffentlichung von Daten).

50 Die volatilen Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV betreffen bei Gasnetzbetreibern vor allem die Kosten für die Beschaffung von Treibenergie (§ 11 Abs. 5 Satz 1 ARegV; vgl. Englmann/Meyer in Holznagel/Schütz, Anreizregulierungsrecht, 2. Aufl., § 11 ARegV Rn. 178) und bei Stromnetzbetreibern die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie, soweit die Regulierungsbehörden entsprechende Festlegungen getroffen haben (§ 11 Abs. 5 Satz 2 ARegV).

51 Der zu veröffentlichende Summenwert lässt Rückschlüsse auf die tatsächlichen Beschaffungskosten des Netzbetreibers für Verlustenergie zu und ermöglicht so eine - wenn auch nicht abschließende - Bewertung der Wirtschaftlichkeit (BGH RdE 2019, 116 Rn. 48 - Veröffentlichung von Daten). Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein gewisser Einblick in diese Daten bereits aufgrund der Veröffentlichungspflichten nach § 17 Abs. 2 Nr. 7 StromNZV erfolgt (aA Holznagel/Hemmert-Halswick, RdE 2019, 316, 323). Zum einen ist diese Veröffentlichungspflicht nicht identisch mit dem nach § 31 Abs. 1 Nr. 11 ARegV zu veröffentlichenden Summenwert. Zum anderen darf die Veröffentlichung verschiedener einzelner unternehmensbezogener Daten ohne eine sich auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erstreckende Rechtsgrundlage und ohne eine Abwägungsentscheidung nicht dazu führen, dass im Zusammenspiel verschiedener Veröffentlichungspflichten ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse betreffender Durchblick Außenstehender möglich wird. Die gesonderte Veröffentlichung einzelner in den Saldo des Regulierungskontos einfließender Faktoren - wie des Summenwertes der volatilen Kostenanteile - ermöglicht jedoch einen solchen Einblick, weil nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV der verzinste Saldo des Regulierungskontos nach § 5 Abs. 1 und ARegV - zulässigerweise - zu veröffentlichen ist und in diesen Saldo gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV auch die Differenz zwischen den im jeweiligen Kalenderjahr entstandenen Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV und den in der Erlösobergrenze diesbezüglich enthal-

tenen Ansätzen einfließt. Auch ein solcher mit Ungewissheiten verbundener Einblick genügt, damit ein berechtigtes Interesse am Schutz dieser Daten nicht von der Hand zu weisen ist.

52 4. Der Antrag auf Androhung eines Ordnungsgeldes hat keinen Erfolg. Er ist derzeit abzulehnen (vgl. BGH RdE 2019, 116 Rn. 58 - Veröffentlichung von Daten).

53 II. Die Rechtsbeschwerde hat demnach in der Sache in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

54 B. 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

Bacher

Schoppmeyer

Picker

Linder

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.03.2018 - VI-3 Kart 19/17 (V) -



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 12/18

vom 25. Februar 2020

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Bacher, Dr. Schoppmeyer sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

am 25. Februar 2020

beschlossen:

Der Leitsatz zum Beschluss des Senats vom 8. Oktober 2019 wird wegen eines Schreibfehlers von Amts wegen dahin berichtigt, dass es in Buchst. b) des Leitsatzes statt „§ 31 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5, 11 und 12 ARegV“ richtig lautet „§ 31 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5 und 12 ARegV“.

Meier-Beck

Bacher

Schoppmeyer

Picker

Linder

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.03.2018 - VI-3 Kart 19/17 (V) -