



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 17/06

Verkündet am:
19. Juni 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

Auskunftsverlangen

EnWG § 86 Abs. 1, § 112a Abs. 1 Satz 3

- a) In Verwaltungsverfahren nach dem Energiewirtschaftsgesetz findet die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nur gegen in der Hauptsache ergangene Beschlüsse der Oberlandesgerichte statt.
- b) Ein selbständiges Auskunftsverlangen nach § 112a Abs. 1 Satz 3 EnWG ist in der Hauptsache ergangen.

EnWG § 69 Abs. 1, § 112a Abs. 1 Satz 3; GWB § 59

Erteilt der Adressat eines Auskunftsverlangens nach § 59 GWB oder § 69 EnWG freiwillig oder im Rahmen der Vollstreckung die begehrte Auskunft, tritt damit keine Erledigung ein, wenn das Auskunftsverlangen - etwa als Rechtsgrund für eine Speicherung und Verwertung der erlangten Daten - weiterhin Wirkung entfaltet.

EnWG § 69 Abs. 7, § 73 Abs. 1 Satz 1; VwZG a.F. § 9 (VwZG n.F. § 8)

- a) Ein Auskunftsverlangen der Bundesnetzagentur nach § 69 Abs. 7 EnWG muss den Beteiligten nach § 73 Abs. 1 EnWG zugestellt werden.
- b) Macht eine Behörde einen Verwaltungsakt in der irrigen Annahme, es handele sich um eine Allgemeinverfügung, nach § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG öffentlich bekannt, statt ihn den Adressaten förmlich zuzustellen, kommt eine Heilung des darin liegenden Zustellungsmangels gegenüber Adressaten, die den Verwaltungsakt nachweislich zur Kenntnis genommen haben, in Betracht, wenn kein Zweifel darüber besteht, dass die Behörde mit der öffentlichen Bekanntgabe die mit einer Zustellung verbundenen Rechtswirkungen auslösen wollte.

EnWG § 69 Abs. 1 Nr. 1, § 112a Abs. 1 Satz 3

Im Rahmen der Vorbereitung des Berichts zur Einführung der Anreizregulierung (§ 112a Abs. 1 EnWG) ist die Bundesnetzagentur berechtigt, von Betreibern von Gasversorgungsnetzen die Daten zu erheben, die aus der Ex-ante-Sicht zur Aufgabenerfüllung beitragen können, soweit damit für das betroffene Unternehmen kein unzumutbarer Aufwand verbunden ist.

BGH, Beschluss vom 19. Juni 2007 – KVR 17/06 – OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2007 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Strohn

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. Juni 2006 wird zurückgewiesen.

Die Betroffene hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur – einschließlich der Rechtsanwaltskosten – zu tragen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 10.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (nachfolgend: Bundesnetzagentur) war gemäß § 112a Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichtet, der Bundesregierung bis zum 1. Juli 2006 einen Bericht zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vorzulegen. Zur Vorbereitung des Berichts hatte sie mit Verfügung vom 21. September 2005 Auskünfte von

Betreibern von Gasversorgungsnetzen mit Ausnahme der Betreiber überregionaler Fernleitungsnetze verlangt, die ihre Entgelte nach § 3 Abs. 2 i.V. mit § 19 GasNEV bilden wollen. Am 21. Dezember 2005 veröffentlichte sie in ihrem Amtsblatt Nr. 24/2005 ein weiteres Auskunftsverlangen mit folgendem Inhalt:

Gemäß § 69 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 112a Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) ergeht die folgende Entscheidung:

1. Allen Betreibern von Gasversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 20 EnWG wird aufgegeben, die in Kapitel 1 der Datenliste in Anlage 1 angeforderten Angaben unter Berücksichtigung der Datendefinitionen in Anlage 2 zu diesem Auskunftsverlangen spätestens bis zum 6.2.2006 an die Bundesnetzagentur zu übermitteln.
2. Betreibern von überregionalen Gasfernleitungsnetzen, die Entgelte nach § 3 Abs. 2 der Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNEV) bilden, wird zudem aufgegeben, die in Kapitel 2 der Datenliste in Anlage 1 angeforderten Angaben unter Berücksichtigung der Datendefinitionen in Anlage 2 zu diesem Auskunftsverlangen spätestens bis zum 6.2.2006 an die Bundesnetzagentur zu übermitteln.
3. Für die Erteilung der Auskünfte haben die unter Ziffer 1 und Ziffer 2 genannten Netzbetreiber das Datenerfassungsprogramm zu verwenden, das auf der Internetseite der Bundesnetzagentur (...) zum Download bereitgestellt wird. (...)
4. Diese Entscheidung gilt mit dem auf die Veröffentlichung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur folgenden Tag als bekannt gegeben.

(Die genannten Anlagen 1 und 2 sind veröffentlicht und abrufbar auf der Internetseite der Bundesnetzagentur unter der Adresse ...).

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit der Bekanntgabe der Entscheidung beginnenden Frist von einem Monat bei der Bundesnetzagentur einzureichen. Zur Fristwahrung genügt jedoch, wenn die Beschwerde innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

- 2 Die Betroffene ist eine Gastransportnetzgesellschaft, die infolge der gemäß §§ 6 ff. EnWG geforderten Entflechtung entstanden ist. Sie betreibt seit dem 1. Januar 2006 das im Eigentum ihrer Muttergesellschaft stehende überregionale Gasfernleitungsnetz. Mit Schreiben vom 2. Januar 2006 hat sie die Entgeltbildung nach § 3 Abs. 2 GasNEV angezeigt. Sie weigerte sich zunächst, dem am 21. Dezember 2005 veröffentlichten Auskunftsverlangen nachzukommen und legte dagegen Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf ein. Nachdem ihr Antrag, die

aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde anzuordnen, zurückgewiesen worden war (vgl. die Entscheidungen in den Parallelverfahren OLG Düsseldorf RdE 2006, 162 mit Anm. Börner = N&R 2006, 127 mit Anm. Schellberg/Spiekermann [3 Kart 150/06 (V)]; WuW/E DE-R 1809 [3 Kart 151/06 (V)]; NJW-RR 2006, 1353 [3 Kart 155/06 (V)]), hat die Betroffene – noch während des Beschwerdeverfahrens – die verlangten Daten vollständig übermittelt.

3 Die Betroffene hat im Beschwerdeverfahren beantragt,

1. die Verfügung der Bundesnetzagentur Nr. 98/2005 vom 21. Dezember 2005 aufzuheben;
2. die Bundesnetzagentur zu verurteilen, die von der Betroffenen übermittelten Daten nicht mehr zu verwenden und zu löschen.

4 Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde mit Beschluss vom 28. Juni 2006 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die – vom Oberlandesgericht zugelassene – Rechtsbeschwerde, mit der die Betroffene die im Beschwerdeverfahren gestellten Anträge weiterverfolgt.

5 II. Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass das beanstandete Auskunftsverlangen sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht rechtmäßig war. Zur Begründung hat es ausgeführt:

6 Die angefochtene Verfügung sei durch die Veröffentlichung im Amtsblatt sowie auf der Internetseite gemäß § 41 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 VwVfG ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Bei dem Auskunftsverlangen der Bundesnetzagentur handele es sich nicht um eine zustellungspflichtige Entscheidung i.S. des § 73 Abs. 1 EnWG. Diese Bestimmung finde schon nach ihrer systematischen Stellung grundsätzlich nur auf einzelfallbezogene Regulierungsverfahren der Be-

schlusskammern Anwendung, nicht aber auf Ermittlungen außerhalb konkreter Verwaltungsverfahren, wie sie § 112a Abs. 1 Satz 3 EnWG vorsehe. Mit Recht weise die Bundesnetzagentur darauf hin, dass ihr eine Zustellung der sich an die Netzbetreiber richtenden Allgemeinverfügung tatsächlich nicht möglich gewesen sei, weil dieser Adressatenkreis ständigen Veränderungen etwa durch Umfirmierungen oder Verlagerung des Netzbetriebs unterliege und auch im Übrigen für sie nicht abschließend feststellbar gewesen sei.

7 Aus diesen Gründen sei es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur den verfügenden Teil (§ 41 Abs. 4 VwVfG) und die Begründung ihres Auskunftsverlangens im Amtsblatt veröffentlicht habe. Dies sei ausreichend, auch wenn hinsichtlich der im Einzelnen zu übermittelnden Daten auf die Internetseite verwiesen worden sei. In Massenverfahren sei es ausreichend, wenn die öffentliche Bekanntmachung die inhaltliche Bezeichnung der wesentlichen Merkmale des Verfahrens und der dazu getroffenen Regelung enthalte. Im Übrigen spreche § 74 EnWG, der für Veröffentlichungen der Bundesnetzagentur auch ihre Internetseite vorsehe, dafür, dass es sich hierbei ebenfalls um eine ortsübliche Bekanntmachung i.S. des § 41 Abs. 4 VwVfG handele.

8 Auch in materiellrechtlicher Hinsicht begegne die angefochtene Verfügung keinen Bedenken. Auskunftsanordnungen auf der Grundlage von § 69 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V. mit § 112a Abs. 1 Satz 3 EnWG unterlägen nur einer eingeschränkten richterlichen Überprüfung. Der Bundesnetzagentur sei bei der Prüfung, was zur Vorbereitung und Erstellung des Berichts erforderlich sei, ein weites Ermessen eingeräumt. Die eigenverantwortliche und umfassende planerische Freiheit bei der Konzepterstellung bringe es mit sich, dass Gegenstand gerichtlicher Überprüfung allein die Frage sein könne, ob der konkrete Berichtsauftrag das Auskunftsverlangen rechtfertige. Dies sei – wie bei Auskunftersuchen nach dem vergleichbaren § 59 GWB – dann der Fall, wenn die Regulierungsbehörde die Er-

forderlichkeit der Auskünfte mit Blick auf den Berichtsauftrag mit vertretbaren Erwägungen bejaht habe.

9 Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze sei das Auskunftsverlangen der Bundesnetzagentur – wie das Beschwerdegericht im Einzelnen ausgeführt hat – nicht zu beanstanden. Dem Verlangen stehe auch nicht entgegen, dass es sich auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bezogen habe. Deren Preisgabe sei nach der gesetzgeberischen Wertung notwendig, wenn diese Informationen erforderlich seien, um der Bundesregierung zeitnah ein Konzept für die Einführung und Umsetzung der Anreizregulierung vorzulegen. Dem Geheimhaltungsbedürfnis der Auskunftspflichtigen werde im Übrigen dadurch Rechnung getragen, dass alle mit den Daten befassten Stellen zur Verschwiegenheit verpflichtet und die einzelnen Struktur- und Kostendaten in den Bericht nicht unternehmensbezogen einfließen.

10 III. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

11 1. Nach § 86 Abs. 1 EnWG findet die Rechtsbeschwerde nur gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte statt, die in der Hauptsache ergangen sind. Die Bestimmung des § 86 Abs. 1 EnWG unterscheidet sich insofern von der Regelung des § 74 Abs. 1 GWB, der sie im Übrigen nachgebildet ist. Die Frage, ob § 86 Abs. 1 EnWG eine Beschränkung auf die in der Hauptsache ergangenen Beschlüsse enthalten sollte, war im Gesetzgebungsverfahren – ebenso wie im Zuge der 7. GWB-Novelle bei der Parallelbestimmung des § 74 Abs. 1 GWB – umstritten (vgl. die Nachweise aus dem Gesetzgebungsverfahren bei Salje, EnWG, § 86 Rdn. 2 und 3). Anders als bei der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. BT-Drucks. 15/5735, S. 2) hat der Vermittlungsausschuss den Vorschlag des Bundesrates, die im Entwurf des neuen Energiewirt-

schaftsgesetzes vorgesehenen Wörter „die gegen die Hauptsache erlassenen“ zu streichen, nicht aufgegriffen. Auch wenn es nicht ausgeschlossen erscheint, dass diese Divergenz auf einem Redaktionsversehen beruht (anders Salje, EnWG, § 86 Rdn. 4, der Rücksicht auf eine mögliche Überlastung des Rechtsbeschwerdegerichts vermutet), kommt eine dem eindeutigen Gesetzeswortlaut zuwiderlaufende Auslegung in dem Sinne, dass auch nach § 86 Abs. 1 EnWG die Rechtsbeschwerden nicht nur gegen die in der Hauptsache ergangenen Beschlüsse der Oberlandesgerichte stattfindet, nicht in Betracht (a.A. Säcker/Schönborn/Wolf, NVwZ 2006, 865, 871).

- 12 2. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Oberlandesgericht entbindet den Senat nicht von der selbständigen Prüfung, ob es sich um eine Entscheidung in der Hauptsache handelt; dies entspricht der ständigen Rechtsprechung zu § 74 GWB a.F. (vgl. BGH, Beschl. v. 15.10.1991 – KVR 1/91, WuW/E 2739, 2740 – Rechtsbeschwerde, m.w.N.). Diese Voraussetzung ist jedoch im Streitfall zu bejahen.
- 13 Es handelt sich um eine Entscheidung in der Hauptsache. Das Auskunftsverlangen nach § 112a Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 69 EnWG bildete den einzigen Gegenstand des Verwaltungsverfahrens. Die angefochtene Entscheidung betrifft daher nicht lediglich eine Neben- oder Zwischenfrage. Die Bundesnetzagentur wollte mit dem Ersuchen keinen weiteren Eingriff vorbereiten. Die erbetenen Informationen sollten vielmehr der Vorbereitung des der Bundesregierung vorzulegenden Berichts zur Einführung der Anreizregulierung (§ 112a Abs. 1 Satz 1 EnWG) dienen.
- 14 Soweit in der Literatur für Ermittlungsmaßnahmen nach § 59 GWB die Auffassung vertreten wird, dass diese entgegen der früher insoweit differenzierenden Rechtsprechung des Senats (BGH, Beschl. v. 16.11.1970 – KVR 5/70, WuW/E

1161, 1162 – Feuerfeste Steine, insoweit nicht in BGHZ 55, 40; Beschl. v. 25.1.1983 – KVZ 1/82, WuW/E 1982, 1983 – HARIBO; WuW/E 2739, 2741 – Rechtsbeschwerde) stets als Zwischenentscheidungen zu qualifizieren seien (Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 74 Rdn. 7, 9 und 13; Kollmorgen in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 74 GWB Rdn. 6), lässt sich hieraus für den Streitfall nichts Gegenteiliges herleiten. Diese Auffassung beruht auf der Erwägung, dass die Ermittlung von Tatsachen gemäß § 59 GWB der Vorbereitung oder Durchführung von Verwaltungsverfahren nach §§ 54 ff. GWB dient, nicht aber – wie hier oder in den Fällen des § 32e GWB oder § 69 Abs. 10 EnWG – der bloßen Marktermittlung „außerhalb konkreter Verwaltungsverfahren“ (vgl. zu § 69 Abs. 10 EnWG die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 15/3917 S. 71).

15 IV. Die Rechtsbeschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

16 1. Mit Recht ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass der auf Aufhebung der Auskunftsverfügung gerichtete Antrag zulässig geblieben ist, obwohl die Betroffene die angeforderten Auskünfte während des laufenden Beschwerdeverfahrens erteilt hat.

17 Allerdings ist das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass sich die Hauptsache des Beschwerdeverfahrens erledigt, wenn die verlangten Angaben gemacht worden sind (vgl. nur KG WuW/E OLG 3839, 3840; ferner OLG München WuW/E OLG 2872, 2873; anders noch KG WuW/E OLG 1046, 1048). Dieser Auffassung hat sich das kartellrechtliche Schrifttum angeschlossen (Klaue in Immenga/Mestmäcker aaO § 59 Rdn. 67; Kollmorgen in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 71 GWB Rdn. 38).

- 18 Demgegenüber nimmt die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung und Literatur mit Recht an, dass der Vollzug des Verwaltungsaktes allein nicht zu dessen Erledigung führt (vgl. nur BVerwG, Beschl. v. 17.11.1998 – 4 B 100/98, Buchholz 316 § 43 VwVfG Nr. 11 Tz. 8 f.; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 43 Rdn. 200; Gerhardt in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand April 2006, § 113 Rdn. 88). Eine Erledigung der Hauptsache im Verfahren über die Anfechtung eines Verwaltungsakts tritt dann ein, wenn die angefochtene Verfügung keine rechtlichen Wirkungen mehr entfalten kann und deshalb gegenstandslos ist (BGH, Beschl. v. 31.5.2006 – KVR 1/05, WuW/E DE-R 1783, 1785 Tz. 13 – Call-Option, m.w.N.). Hiervon kann keine Rede sein, solange der mit der Verfügung erstrebte Erfolg noch nicht endgültig eingetreten ist. Werden durch die Vollstreckung oder – wie hier – durch das freiwillige Befolgen des Verwaltungsaktes keine irreversiblen Verhältnisse geschaffen, so dauert die regelnde Wirkung schon deshalb fort, weil die Behörde andernfalls nicht in der Lage wäre, Folgenbeseitigungsansprüche abzuwehren. Dem trägt die gesetzliche Regelung in § 113 Abs. 1 VwGO Rechnung (BVerwG Buchholz 316 § 43 VwVfG Nr. 11 Tz. 9).
- 19 Da nach erteilter Auskunft der Verwaltungsakt den Rechtsgrund für die Verwertung der erlangten Daten bildet (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.6.1983 – 8 C 43.81, DÖV 1983, 980, zum Abgabenbescheid; KG WuW/E OLG 1160, 1162; WuW/E OLG 1189, 1191), entfaltet er – seine Wirksamkeit unterstellt – weiterhin Wirkungen und ist nicht gegenstandslos. An der Zulässigkeit der Beschwerde ändert sich auch dann nichts, wenn die angegriffene Anordnung – wie von der Rechtsbeschwerde geltend gemacht – nicht wirksam geworden sein sollte (vgl. BGHZ 100, 234, 242 – Coop/Deutscher Supermarkt; Meyer-Lindemann in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 63 GWB 1999 Rdn. 11).
- 20 2. Im Ergebnis ohne Erfolg beruft sich die Rechtsbeschwerde darauf, dass die angefochtene Auskunftsverfügung der Betroffenen nicht zugestellt worden ist.

Allerdings hat das Oberlandesgericht zu Unrecht angenommen, dass die Auskunftsvorfügung keiner Zustellung bedurfte (dazu a)). Der Mangel der Zustellung ist jedoch dadurch geheilt worden, dass die Auskunftsvorfügung der Betroffenen tatsäclich zugegangen ist (dazu b)).

21 a) Das Oberlandesgericht hat zu Unrecht die Anwendbarkeit des § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG verneint. Danach sind Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu begründen und mit einer Belehrung über das zulässige Rechtsmittel den Beteiligten nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes zuzustellen. Bei dem aufgrund der Ermächtigung nach § 112a Abs. 1 Satz 3 EnWG ergangenen Auskunftsbeschluss handelt es sich um eine Entscheidung in diesem Sinne.

22 aa) Der Begriff der Entscheidung wird in § 73 EnWG in Übereinstimmung mit § 75 EnWG gebraucht. Dies lässt sich dem Begründungserfordernis entnehmen, das es den Beteiligten unter anderem ermöglichen soll, über die Einlegung der Beschwerde zu entscheiden, sowie dem Zustellerfordernis, das ihnen Klarheit über den Lauf der Beschwerdefrist verschafft, die nach § 78 Abs. 1 Satz 2 EnWG mit der Zustellung beginnt (vgl. Kiecker in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 61 GWB Rdn. 1, zu §§ 61, 63 GWB). Da § 73 EnWG dem § 61 GWB und § 75 EnWG dem § 63 GWB nachgebildet ist (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 15/3917, S. 71), entspricht der Begriff der Entscheidung dem Verfügungsbegriff in §§ 61 und 63 GWB (vgl. Salje, EnWG, § 73 Rdn. 4). Dieser deckt sich mit dem Begriff des Verwaltungsakts (§ 35 Satz 1 VwVfG; vgl. BGHZ 55, 40, 41 – Feuerfeste Steine; Salje, EnWG § 73 Rdn. 4; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 61 Rdn. 2; Kollmorgen in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 63 GWB Rdn. 9; Becker in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 61 Rdn. 1), ist also dadurch gekennzeichnet, dass eine auf unmittelbare

Rechtswirkung gerichtete materiell- oder verfahrensrechtliche Regelung getroffen wird (vgl. BGHZ 55, 40, 43 – Feuerfeste Steine).

- 23 Auskunftsbeschlüsse stellen unzweifelhaft Verfügungen in diesem Sinne dar (vgl. für Auskunftsbeschlüsse nach § 59 GWB Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 61 Rdn. 4; Bracher in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 61 GWB 1999 Rdn. 4; Bechtold, GWB, 4. Aufl., § 63 Rdn. 4). Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers sollten Auskunftsbeschlüsse nach § 59 GWB dem Zustellerfordernis unterliegen. Von der im Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen entsprechenden Anwendung des § 3 der Verordnung über Auskunftspflicht vom 13. Juli 1923 (RGBl. I S. 723), der eine Auskunftsanforderung durch öffentliche Bekanntmachung ermöglicht hätte (vgl. BT-Drucks. II/1158, S. 48), wurde abgesehen.
- 24 Dass Auskunftsbeschlüsse, die der Vorbereitung und der Erstellung des von der Bundesnetzagentur gemäß § 112a EnWG vorzulegenden Berichts zur Einführung der Anreizregulierung dienen, als Entscheidungen i.S. des § 75 Abs. 1 EnWG zu qualifizieren sind, stellt auch das Beschwerdegericht nicht in Frage, das zu Recht von der Statthaftigkeit der Beschwerde ausgegangen ist. Es hat allerdings gemeint, § 73 Abs. 1 EnWG finde schon nach seiner systematischen Stellung nur auf einzelfallbezogene Regulierungsverfahren der Beschlusskammern Anwendung. Dem kann nicht gefolgt werden.
- 25 Entgegen der Annahme des Beschwerdegerichts gilt § 73 Abs. 1 EnWG nicht nur für Entscheidungen, mit denen derartige Regulierungsverfahren – sei es durch Einstellung oder durch Erlass einer Verfügung – abgeschlossen werden, sondern auch für Verfügungen in Nebenverfahren, also insbesondere auch für das Auskunftsverlangen nach § 69 EnWG, und zwar unabhängig davon, ob ein Verfahren gegen ein bestimmtes Unternehmen eingeleitet ist oder nicht (a.A. Salje, EnWG,

§ 73 Rdn. 1, 11). Die Überschrift „Verfahrensabschluss, Begründung der Entscheidung, Zustellung“ entspricht der Überschrift zu § 61 GWB. Aus dieser Überschrift wird mit Recht nicht etwa der Schluss gezogen, § 61 Abs. 1 GWB beziehe sich lediglich auf verfahrensabschließende Entscheidungen (vgl. für Auskunftsbeschlüsse nach § 59 GWB Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 61 Rdn. 4; Bracher in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 61 GWB 1999 Rdn. 4; Bechtold aaO § 63 Rdn. 4). Vielmehr nimmt die Überschrift „Verfahrensabschluss“ bei § 61 GWB ebenso wie bei § 73 EnWG allein auf den jeweiligen Absatz 2 Bezug, wonach ein Verfahrensabschluss, der nicht durch eine zuzustellende Entscheidung erfolgt, den Beteiligten mitzuteilen ist.

26 Es besteht kein Grund, das gemäß § 112a Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 69 EnWG ergangene Auskunftsverlangen nur deshalb anders zu behandeln, weil es nicht der Vorbereitung einer Entscheidung der Bundesnetzagentur – im Sinne der Regelung eines Einzelfalls –, sondern der Erfüllung ihrer Berichtspflicht nach § 112a Abs. 1 Satz 1 EnWG dient. Für eine solche Differenzierung finden sich in § 73 Abs. 1 EnWG keine Anhaltspunkte. Sie wäre sachlich auch nicht gerechtfertigt, da Auskunftsbeschlüsse, die nicht in einem gegen ein bestimmtes Unternehmen eingeleitetes Verfahren ergehen, sich hinsichtlich ihrer Wirkungen nicht von denen unterscheiden, die der Durchführung eines konkreten Verwaltungsverfahrens dienen.

27 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 69 Abs. 10 EnWG, der der Regulierungsbehörde – entsprechend § 32e GWB – eine Enquêtebefugnis außerhalb konkreter Verwaltungsverfahren einräumt. Zwar erklärt diese Bestimmung lediglich die §§ 68, 71 und 69 EnWG für entsprechend anwendbar. Die Anordnung der Anwendbarkeit des § 73 EnWG war jedoch nicht erforderlich, da das Auskunftersuchen unzweifelhaft als Entscheidung der Regulierungsbehörde im oben genannten Sinne zu qualifizieren und damit der Anwendungsbereich des § 73 Abs. 1 EnWG

unmittelbar eröffnet ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Rahmen der Enquêtebefugnis nach § 69 Abs. 10 EnWG etwas anderes gelten sollte als bei § 32e Abs. 2 Satz 2 GWB. § 32e Abs. 4 GWB sieht die entsprechende Anwendung des dem § 73 EnWG entsprechenden § 61 GWB ausdrücklich vor.

28 Aus dem Umstand, dass § 51 Abs. 2 EnWG für das Monitoring der Versorgungssicherheit dem Bundesministerium für Wirtschaft ausdrücklich nicht nur die Auskunftsrechte nach § 69 EnWG einräumt, sondern auch die entsprechende Geltung des § 73 EnWG vorsieht, lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts im Umkehrschluss nicht herleiten, dass der Gesetzgeber auf das aufwendige Zustellungserfordernis bei den Ermittlungsbefugnissen für den zeitlich kurzfristig zu erstellenden Bericht zur Anreizregulierung verzichten wollte. § 73 EnWG betrifft in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich lediglich Entscheidungen der Regulierungsbehörde, nicht aber Maßnahmen des Bundeswirtschaftsministeriums. Da nach dem Willen des Gesetzgebers auch hier die Förmlichkeiten des § 73 EnWG einzuhalten sind, bedurfte es einer entsprechenden Verweisungsnorm.

29 Die Zustellung von Auskunftersuchen nach § 69 Abs. 7 i.V. mit § 112a EnWG ist auch notwendig. Die Zustellungsverpflichtung dient der Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie soll gewährleisten, dass der Adressat Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück nehmen und seine Rechtsverteidigung und Rechtsverfolgung darauf einrichten kann (vgl. BVerfGE 67, 208, 211; BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 43-95, NVwZ 1999, 178, 179). Insbesondere soll sie dem Betroffenen Klarheit über den Lauf der Beschwerdefrist verschaffen (vgl. Kiecker in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 61 GWB Rdn. 1, zu §§ 61, 63 GWB).

- 30 Angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung rechtfertigen die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, dass der Adressatenkreis des Auskunftsbefehls ständigen Veränderungen – etwa durch Umfirmierungen oder Verlagerung des Netzbetriebs – unterlag und für die Bundesnetzagentur nicht ohne weiteres abschließend feststellbar war, keine andere Beurteilung. Der Senat verkennt nicht, dass der Bundesnetzagentur mit der Verpflichtung, den Bericht bis zum 1. Juli 2006 vorzulegen, eine sehr knappe Frist für die Erstellung des Berichts eingeräumt wurde (vgl. Salje, EnWG, § 112a Rdn. 4). Hinzu kommt, dass bei ihr derzeit 780 Gasnetzbetreiber registriert sind. Dem Gesetzgeber wäre es deshalb verfassungsrechtlich möglich gewesen, für das der Erstellung des Berichts zur Anreizregulierung dienende Auskunftersuchen eine dem § 74 Abs. 5 VwVfG entsprechende Regelung in das Energiewirtschaftsgesetz aufzunehmen (vgl. BVerfG NJW 1988, 2361). Dies rechtfertigt jedoch keine Gesetzesauslegung entgegen dem Wortsinn. In Fällen, in denen die Adresse der Netzbetreiber trotz gründlicher und sachdienlicher Bemühungen nicht ermittelt werden kann (vgl. BVerwG NVwZ 1999, 178, 179), erlaubt das Verwaltungszustellungsgesetz ohnehin die öffentliche Zustellung (vgl. § 15 Abs. 1 lit. a VwZG a.F. und § 10 Abs. 1 Nr. 1 VwZG n.F.).
- 31 Im Übrigen würde eine einschränkende Auslegung des § 73 Abs. 1 EnWG die aufgezeigten praktischen Probleme nicht abschließend lösen. Denn spätestens im Vollstreckungsverfahren müsste die Bundesnetzagentur nach § 94 Satz 1 EnWG i.V. mit § 13 Abs. 7 VwVG eine entsprechende Zwangsgeldandrohung zustellen, bevor zur Durchsetzung der Auskunftsverpflichtung ein Zwangsgeld verhängt werden könnte.
- 32 bb) Wegen der gesetzlich vorgesehenen Zustellverpflichtung richtete sich die Zustellung der Verfügung an den Adressaten entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht nach § 41 VwVfG, sondern nach dem Verwaltungszustellungsgesetz vom 3. Juli 1952 in der bis zum 30. Januar 2006 geltenden Fassung

des Zustellreformgesetzes vom 25. Juni 2001 (BGBl. I S. 1206; nachfolgend VwVfG a.F.; vgl. Art. 4 des Gesetzes zur Novellierung des Verwaltungszustellungsrechts vom 12.8.2005, BGBl. I S. 2354). Dies ergibt sich aus § 41 Abs. 5 VwVfG (Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker aaO § 61 Rdn. 18; Kiecker in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 61 GWB Rdn. 13 – unter Hinweis auf § 1 Abs. 1 VwVfG). Dies gilt auch in dem in § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Fall, in dem die Bekanntgabe einer Allgemeinverfügung an die Beteiligten untunlich ist. Bei Zustellungsschwierigkeiten stellt § 15 VwZG a.F. (nunmehr § 10 VwZG n.F.), der die öffentliche Zustellung erlaubt, eine abschließende Regelung dar (vgl. Henneke in Knack, VwVfG, 7. Aufl., § 41 Rdn. 24 u. 26).

33 cc) Im Streitfall lagen die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung nach § 15 Abs. 1 VwZG a.F. nicht vor. Die Bundesnetzagentur hat nicht geltend gemacht, dass sie nicht imstande gewesen sei, die Adresse der Betroffenen zu ermitteln. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob die von der Bundesnetzagentur veranlasste öffentliche Bekanntmachung nach § 41 Abs. 4 VwVfG einer öffentlichen Zustellung i.S. des § 15 VwZG a.F. gleichgesetzt werden kann (vgl. dazu Sadler, VwVG VwZG, 6. Aufl., § 2 VwZG Rdn. 17 u. 36).

34 b) Die fehlende Zustellung ist jedoch nach § 9 VwZG a.F. dadurch geheilt worden, dass die Betroffene das Amtsblatt der Bundesnetzagentur, in dem die Auskunftsverfügung veröffentlicht war, erhalten und die Auskunftsverfügung zur Kenntnis genommen hat und dabei keinen Zweifel daran hatte, dass die Bundesnetzagentur durch die Veröffentlichung der Verfügung die mit der förmlichen Zustellung verbundenen Rechtsfolgen auslösen wollte. Nach § 9 VwZG a.F. (vgl. § 8 VwZG n.F.) gilt ein Schriftstück, das unter Verletzung zwingender Zustellvorschriften zugegangen ist, als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem es der Empfangsberechtigte nachweislich erhalten hat.

- 35 Der Anwendbarkeit des § 9 VwZG a.F. steht nicht entgegen, dass die Behörde die öffentliche Bekanntgabe angeordnet hat, obwohl die Voraussetzungen einer öffentlichen Zustellung nicht vorlagen (vgl. BVerwG Buchholz 448.5 § 13 MustV Nr. 15; NJW 1998, 2377; BVerwGE 104, 301, 312; BFHE 143, 220, 223). Zwar setzt die Anwendung des § 9 VwZG a.F. grundsätzlich voraus, dass die Behörde den Willen hatte, eine Zustellung vorzunehmen (BVerwGE 16, 165, 166; BVerwG NVwZ 2006, 943 Tz. 7; vgl. BGH, Beschl. v. 26.11.2002 – VI ZB 41/02, NJW 2003, 1192, 1193 zu § 189 ZPO). Dabei genügt aber, dass die Behörde mit der Bekanntgabe der Entscheidung die mit der förmlichen Zustellung verbundenen Rechtsfolgen auslösen wollte (vgl. BGH, Urt. v. 3.12.1981 – III ZR 105/80, NVwZ 1982, 393, 394).
- 36 Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Zwar hat die Bundesnetzagentur mit dem beschrittenen Weg der Bekanntgabe des Auskunftsverlangens ohne Individualisierung der Adressaten ersichtlich keine der im Gesetz vorgesehenen Arten förmlicher Zustellung gewählt. Vielmehr hat sie – in der Annahme, die Voraussetzungen des § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG seien erfüllt – eine öffentliche Bekanntgabe der Entscheidung (ohne Individualisierung der Adressaten) für ausreichend gehalten. Dies ändert indessen nichts daran, dass es ihr erkennbar darum ging, die mit einer öffentlichen Bekanntgabe oder mit einer förmlichen Zustellung verbundenen Rechtsfolgen auszulösen. Die Betroffene hat die Verfügung nachweislich zur Kenntnis genommen. Da sie im Amtsblatt der Behörde veröffentlicht wurde, bestanden an der Authentizität und Amtlichkeit der Verfügung keine Zweifel (vgl. dazu BGHZ 100, 234, 241). Nicht zuletzt im Hinblick auf die Rechtsbehelfsbelehrung war auch erkennbar, dass die Bundesnetzagentur mit der Veröffentlichung in ihrem Amtsblatt die mit der Zustellung der Verfügung verbundenen Rechtswirkungen herbeiführen wollte. Unstreitig hat sich die Betroffene – ebenso

wie zahlreiche andere Adressaten der Verfügung – aufgrund der Bekanntgabe veranlasst gesehen, Beschwerde einzulegen.

37 3. Die Auskunftsverfügung genügt den Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit von Verwaltungsakten, die auch für Verfügungen der Bundesnetzagentur gelten (§ 37 Abs. 1 VwVfG; vgl. für kartellbehördliche Verfügungen BGHZ 128, 17, 23 – Gasdurchleitung; 129, 37, 40 – Weiterverteiler; BGH, Beschl. v. 29.9.1998 – KVR 17/97, WuW/E DE-R 195, 196 – Beanstandung durch Apothekerkammer). Das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass der Adressat in die Lage versetzt wird, zu erkennen, was von ihm gefordert wird (BGHZ 129, 37, 40 – Weiterverteiler; 130, 390, 395 – Stadtgaspreise; BGH, Beschl. v. 26.9.1995 – KVR 24/94, WuW/E 3009, 3012 – Stadtgaspreis Potsdam; BGHZ 135, 323, 326 – Gaspreis; BGH WuW/E DE-R 195, 196 – Beanstandung durch Apothekerkammer). Das ist hier der Fall. Die Verfügung fordert die Betroffenen unzweideutig auf, die „in der Anlage 1 angeforderten Angaben unter Berücksichtigung der Datendefinitionen in Anlage 2“ zu übermitteln. Die Bezugnahme auf die im Internet veröffentlichten Anlagen 1 und 2 und damit auf Unterlagen, die der Auskunftsverfügung nicht beigegeben waren, macht die getroffene Regelung nicht unbestimmt. Weil die ergänzenden Informationen auf einfache Weise im Internet zu beschaffen waren, konnten die Betroffenen ohne weiteres erkennen, was von ihnen verlangt wurde (vgl. zur Bestimmtheit des Verweises auf das Tarifwerk eines anderen Unternehmens BGHZ 129, 37, 40 – Weiterverteiler; 130, 390, 395 – Stadtgaspreise; BGH WuW/E 3009, 3012 – Stadtgaspreis Potsdam; Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 32 GWB Rdn. 32).

38 4. Ohne Rechtsfehler hat das Oberlandesgericht angenommen, dass die Auskunftsverfügung auch in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden ist.

- 39 a) Die Bundesnetzagentur war gemäß § 112a Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 69 Abs. 1 EnWG befugt, von der Betroffenen Auskunft zu verlangen. § 112a Abs. 1 Satz 3 EnWG weist der Bundesnetzagentur zur Vorbereitung und zur Erstellung des nach § 112a Abs. 1 Satz 1 EnWG vorzulegenden Berichts die Ermittlungsbefugnisse nach dem Energiewirtschaftsgesetz zu. Zu diesen Ermittlungsbefugnissen zählt auch das Auskunftsverlangen nach § 69 EnWG. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht dem der in § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 EnWG statuierte Verordnungsvorbehalt für die Erhebung von Daten zur Anreizregulierung nicht entgegen. § 112a EnWG kam aufgrund des Entschließungsantrags der Opposition (BT-Drucks. 15/5279, S. 3) und eines Änderungsantrags im Ausschuss (BT-Drucks. 15/5268, S. 83, S. 122 f.) ins Gesetz. Die Regelung sollte § 21a EnWG ergänzen und die Regulierungsbehörde in die Lage versetzen, sich die für die Entwicklung und Einführung der Anreizregulierung notwendigen Informationen zu beschaffen (vgl. BT-Drucks. 15/5268, S. 122).
- 40 Der in § 21a Abs. 6 Nr. 10 EnWG geregelte Verordnungsvorbehalt betrifft dagegen die Datenerhebung zur Durchführung einer (durch den Verordnungsgeber bereits im Einzelnen geregelten) Anreizregulierung. Es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass die für die Entwicklung der Anreizregulierung erforderliche Datenerhebung umfassender ist als die, die nach Maßgabe einer zukünftigen Verordnung erfolgt. Denn die Einschätzung, welche Daten benötigt werden, ist erst möglich, wenn sich der Verordnungsgeber für ein bestimmtes Konzept der Anreizregulierung entschieden hat. Zur Entwicklung eines operablen Konzeptes ist es nötig, die verschiedenen Möglichkeiten anhand der tatsächlichen Gegebenheiten der Netze durchzuspielen. Dies ist nur dann möglich, wenn dem Verordnungsgeber sämtliche Daten im Detail bekannt sind. Aus dem Verordnungsvorbehalt ergibt sich dementsprechend entgegen der Rüge der Rechtsbeschwerde keine Begrenzung hinsichtlich der Detailtiefe der erhobenen Daten.

- 41 Zwar werden gemäß § 112a Abs. 2 Satz 3 EnWG Unterlagen der betroffenen Wirtschaftskreise zur Entwicklung einer Methodik der Anreizregulierung von den Regelungen nach § 69 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 sowie Satz 2 EnWG ausgenommen. Gemeint sind damit aber nicht die erfragten Daten, sondern solche Unterlagen, die der Vorbereitung der in § 112a Abs. 2 Satz 2 EnWG genannten Stellungnahme der beteiligten Wirtschaftskreise dienen (vgl. Salje, EnWG, § 112a Rdn. 9).
- 42 b) Nach § 69 Abs. 1 Nr. 1 EnWG kann die Regulierungsbehörde von Unternehmen Auskunft über ihre technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse verlangen, soweit es zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es grundsätzlich Sache der Bundesnetzagentur ist zu beurteilen, ob eine Auskunft erforderlich ist, um den Bericht nach § 112a EnWG zu erstellen (vgl. EuGH, Ur. v. 18.10.1989 – 374/87, Slg. 1989, 3343 Tz. 15 – Orkem, zu Art. 11 der Verordnung (EG) 17/62; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 677, 678; WuW/E DE-R 1179, 1180, jeweils zu § 59 GWB). Allerdings unterliegt diese Beurteilung im Hinblick auf die Bestimmung des § 83 Abs. 5 EnWG, die der Vorschrift des § 71 Abs. 5 GWB entspricht, auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der uneingeschränkten richterlichen Kontrolle (vgl. BGH, Beschl. v. 5.2.1968 – KVR 1/67, WuW/E 907, 911 – Fensterglas VI, zu § 71 Abs. 5 GWB).
- 43 Die verlangten Auskünfte gehen nicht über das hinaus, was angesichts des Zwecks der Untersuchung als erforderlich angesehen werden durfte. Das Merkmal der Erforderlichkeit ist bereits dann erfüllt, wenn die abgefragten Daten – aus der maßgeblichen Ex-ante-Sicht – zur Aufgabenerfüllung beitragen können (vgl. KG WuW/E OLG 3721, 3726; Kiecker in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 59 GWB Rdn. 13, jeweils zu § 59 GWB) und die Auskunft für den Betroffenen keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet (vgl. KG WuW/E OLG 2607, 2610; WuW/E OLG 2965, 2966, jeweils zu § 59 GWB). Eine Datenabfrage ist dagegen

dann unzulässig, wenn bereits zum Zeitpunkt des Auskunftsverlangens feststeht, dass die Daten unter keinem Gesichtspunkt für den der Datenabfrage zugrunde liegenden Zweck Bedeutung haben könnten (vgl. OLG München WuW/E OLG 2738, 2739; KG WuW/E OLG 3721, 3725).

44 Letzteres hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei verneint. Die angeforderten Daten ermöglichten der Bundesnetzagentur Aussagen über die eventuelle inhaltliche Ausgestaltung des Konzepts der Anreizregulierung, das gemäß § 112a Abs. 1 Satz 2 EnWG in dem vorzulegenden Bericht enthalten sein und im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben umsetzbar sein musste. Da § 21a Abs. 2 EnWG keine Vorgaben für die Methoden zur Setzung der Obergrenzen macht und die Festlegung der Effizienzvorgaben in § 21a Abs. 5 EnWG nicht abschließend vorgegeben sind, hatte sich der Bericht insbesondere hierzu zu verhalten. Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Ermittlung der jeweiligen Kostenpositionen, Last- und Absatzmengen sowie weiterer Strukturdaten war dazu geeignet, Effizienzsteigerungspotentiale zu ermitteln und daraus mögliche Effizienzvorgaben abzuleiten. Die Kenntnis der Namen vorgelagerter Netzbetreiber ermöglichte der Bundesnetzagentur eine Plausibilitätskontrolle.

45 Da die Erforderlichkeit der Daten allein aus der Ex-ante-Sicht zu beurteilen ist, hat das Beschwerdegericht zu Recht der Frage keine Bedeutung beigemessen, ob die erhobenen Daten tatsächlich in den zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung bereits vorhandenen Berichtsentwurf eingeflossen sind. Entsprechendes gilt für den Umstand, dass sich nach der im Berichtsentwurf für die Durchführung der Anreizregulierung letztlich vorgeschlagenen Kostentreiberanalyse nicht sämtliche erhobenen Daten als notwendig erwiesen haben. Aus der maßgeblichen Ex-ante-Sicht konnte auch den Daten Bedeutung zukommen, die von Gasfernleitungsbetreibern abgefragt worden sind, die gemäß § 24 Satz 2 Nr. 5 EnWG i.V. mit § 3 Abs. 2 und 3, § 19 GasNEV nicht der kostenorientierten Ent-

geltbildung unterliegen, sondern für sich das alternative Vergleichsmarktmodell in Anspruch nehmen, weil ihr Fernleitungsnetz zu einem überwiegenden Teil wirksamem bestehendem oder potenziellem Leistungswettbewerb ausgesetzt ist. Zwar können deren Entgelte – wie sich aus § 21a Abs. 1 EnWG ergibt – nicht im Wege der Anreizregulierung kontrolliert werden. Jedoch erlauben die abgefragten Daten die Beurteilung über die künftige Ausgestaltung der Anreizregulierung der Entgelte jedenfalls für solche überregionalen Fernleitungsnetzbetreiber, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen oder die das Vergleichsmarktmodell nicht in Anspruch nehmen wollen. Gerade wegen des bestehenden Leistungswettbewerbs kamen diese Fernleitungsnetzbetreiber darüber hinaus als Vergleichsunternehmen für den Gassektor insgesamt, also insbesondere auch für kleinere Unternehmen in Betracht.

46 Auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes besteht keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur, von Dritten, also von Unternehmen, die derzeit nicht der Anreizregulierung unterliegen, nur solche Auskünfte zu verlangen, die bei den der Anreizregulierung unterliegenden Unternehmen nicht oder nicht ohne weiteres zu bekommen sind (vgl. KG WuW/E OLG 2613; WuW/E OLG 2965, 2968, jeweils zur entsprechenden Fragestellung bei Auskunftersuchen nach dem GWB). Es ist vielmehr in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde gestellt, ob sie sich im Interesse einer validen Datenbasis an alle Unternehmen wendet, die ihr die i.S. des § 69 Abs. 1 EnWG erforderlichen Auskünfte geben können.

47 Im Übrigen weist die Bundesnetzagentur mit Recht darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Auskunftsanordnung keinesfalls feststand, welche der Fernleitungsnetzbetreiber zu einem überwiegenden Teil einem wirksamen Leistungswettbewerb ausgesetzt waren. Ferner kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse in der Weise ändern, dass von einem wirksamen Leistungswettbewerb nicht mehr ausgegangen werden kann. In diesem Fall unterläge

der betroffene Fernleitungsnetzbetreiber wieder der Anreizregulierung. Bereits diese Unsicherheit rechtfertigte die Erhebung der Daten von allen Fernleitungsnetzbetreibern.

48 Schließlich ist die Auskunftsanforderung auch insoweit nicht zu beanstanden, als die geforderten Informationen Geschäftsgeheimnisse umfassten. § 69 und § 112a EnWG enthalten insoweit keine Einschränkungen. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG wird erst berührt, wenn die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch den Staat offengelegt werden oder der Staat deren Offenlegung auch gegenüber Dritten verlangt. Denn erst durch die Kenntnisnahme Dritter kann die Ausschließlichkeit der Nutzung des betroffenen Wissens für den eigenen Erwerb im Rahmen der beruflichen Betätigung am Markt beeinträchtigt werden (vgl. BVerfGE 115, 205, 232). Der Geheimhaltungsbedürftigkeit der Angaben gegenüber Konkurrenten hat der Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 84 Abs. 2 Satz 2 EnWG, der der Regelung in § 72 Abs. 2 Satz 2 GWB entspricht, den Strafvorschriften des § 203 Abs. 2 Ziffer 2 StGB bzw. § 204 Abs. 1 StGB und der allgemeinen Bestimmung in § 30 VwVfG i.V. mit § 71 EnWG ausreichend Rechnung getragen (vgl. KG WuW/E OLG 3721, 3725; WuW/E OLG 3729, 3730, jeweils zu § 59 GWB). Aus § 30 VwVfG folgt, dass die offenbarten Geschäftsgeheimnisse in den zu erstellenden Bericht nicht unternehmensbezogen einfließen durften.

49 5. Da danach die Auskunftsverfügung Bestand hat, hat das Beschwerdegericht auch den geltend gemachten Folgenbeseitigungsanspruch (vgl. BGHZ 74, 359, 361) zu Recht zurückgewiesen.

50

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Hirsch

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Strohn

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.06.2006 - VI-3 Kart 152/06 (V) -