



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 21/18

Verkündet am:
11. Dezember 2018
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2018 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Grüneberg, Dr. Bacher, Sunder und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels 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. 3, 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 Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 100.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

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

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 In-

ternetadresse 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 Ordnungsgeld 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.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde hat teilweise Erfolg.

6 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Der Antrag, die Verfügung der Bundesnetzagentur vom 7. Februar 2017 aufzuheben, sei nicht statthaft, weil das Rundschreiben keinen belastenden Verwaltungsakt beinhalte. Dieses treffe weder nach seiner äußeren Form noch nach seinem objektiven Sinngehalt eine verbindliche Regelung.

8 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 Ordnungsgeber 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.

9 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 betrafen 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 erlaubten. Allein aus dem Umstand, dass ein Netzbetreiber ein sog. natürliches Monopol besitze, folge allerdings nicht, dass es sich bei seinen Unternehmensdaten nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele. 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.

10 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 handele. An der Geheimhaltung dieser Daten bestehe kein berechtigtes Inter-

esse, weil es sich bei den Informationen um hoch aggregierte Daten des Regulierungsprozesses handele, 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.

- 11 Bei dem in § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV genannten (angepassten) Wert der kalenderjährlichen Erlösobergrenze handele 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.

- 12 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 ermöglichten und diesen in seiner wettbewerblichen Stellung benachteiligen könnten, ohne dies - insbesondere in Anbetracht der Vielzahl der vom Netzbetreiber bislang veröffentlichten Netzinformationen - zu konkretisieren. 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.
- 13 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 Satz 1 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 Kosten-

anteile, 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.

- 14 Die nach § 31 Abs. 1 Nr. 11 ARegV als Summenwert zu veröffentlichenden 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 veröffentlichenden Kennzahlen der Versorgungsqualität keine wettbewerblich nachteiligen Schluss-

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

15 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.

16 2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nur zum Teil stand.

17 a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht allerdings die Anfechtungsbeschwerde zu Recht als unstatthaft angesehen. Bei dem Rundschreiben der Bundesnetzagentur vom 7. Februar 2017 handelt es sich nicht um einen - anfechtbaren - Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 Satz 2 VwVfG.

- 18 aa) Nach der Definition des § 35 Satz 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Davon unterscheidet sich die Allgemeinverfügung gemäß § 35 Satz 2 VwVfG nur dadurch, dass sich die Regelung nicht an eine bestimmte Einzelperson, sondern an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet, oder dass sie die Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit betrifft. Stets erforderlich ist aber eine Regelung. Regelungscharakter hat eine Maßnahme, wenn sie nach ihrem Erklärungsgehalt darauf gerichtet ist, eine Rechtsfolge zu setzen. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert, aufgehoben, mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden, sondern - als Besonderheit des feststellenden Verwaltungsaktes - auch dann, wenn sie mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden (vgl. BVerwGE 77, 268, 271; NVwZ 2010, 133 Rn. 15). Ob eine behördliche Maßnahme die Kriterien des § 35 VwVfG erfüllt, ist entsprechend den zu §§ 133, 157 BGB entwickelten Auslegungsregeln zu ermitteln. Die Auslegung eines Verwaltungsaktes richtet sich dabei nicht nach den subjektiven Vorstellungen des Adressaten oder der erlassenden Behörde. Maßgebend ist entsprechend der Auslegungsregel des § 133 BGB der erklärte Wille, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte (vgl. Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2016 - EnVR 34/15, RdE 2017, 187 Rn. 50 - Festlegung individueller Netzentgelte; BVerwGE 148, 146 Rn. 14; jeweils mwN).
- 19 bb) Nach diesen Maßgaben trifft das Schreiben der Bundesnetzagentur vom 7. Februar 2017 keine Regelung über die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten Daten. Die Befugnis der Bundesnetzagentur hierzu ergibt sich unmittelbar aus der Vorschrift selbst, so dass dem Schreiben der für Verwaltungsakte konstituierende Regelungscharakter fehlt. Eine solche Wirkung lässt sich auch nicht dem objektiven Erklärungsgehalt des Schreibens beimessen. Ganz im Gegenteil hat die

Bundesnetzagentur darin den bloßen Informationszweck ihrer Mitteilung hervorgehoben und auf die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verwiesen.

- 20 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht auch zu 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 S. 2147) aus § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG folgt.
- 21 aa) Nach dieser Vorschrift ist die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit - wie hier erfolgt - Zustimmung des Bundesrates die nähere Ausgestaltung der Methode der Anreizregulierung nach den Absätzen 1 bis 5 und ihrer Durchführung zu regeln. Nähere Vorgaben zur Veröffentlichung von Daten finden sich in § 21a EnWG zwar nicht. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG ist aber jedenfalls in Verbindung mit dem Transparenzgebot des § 21 Abs. 1 EnWG eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage. Etwas anderes folgt nicht daraus, dass § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 EnWG eine besondere Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Rechtsverordnung im Hinblick auf Regelungen zur Erhebung der für die Durchführung einer Anreizregulierung erforderlichen Daten durch die Regulierungsbehörde enthält. Mangels abschließenden Charakters des § 21a Abs. 6 Satz 2 EnWG ("Insbesondere ...") kann daraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass Regelungen zur Veröffentlichung von Daten vom Verordnungsgeber nicht erlassen werden dürfen.
- 22 Dies steht in Einklang mit den Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes. Die Anreizregulierung soll zwar Anreize zur Kosteneinsparung durch Effizienzsteigerung setzen. Das Heben von Effizienzpotentialen ist aber kein Selbstzweck, sondern dient dem Ziel einer preisgünstigen und sicheren Effizienzversorgung sowie der Zielsetzung des § 1 Abs. 2 EnWG, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb sicherzustellen. Denn gerade der Wettbewerb stellt eine preisgünstige und effiziente Stromversorgung sicher (vgl. Senatsbeschlüsse vom 29. April 2008 - KVR 28/07,

RdE 2008, 362 Rn. 27 - EDIFACT und vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 18 - Stromnetz Berlin GmbH).

23 Dabei kommt der Transparenz - insbesondere als Mittel der Marktdisziplinierung (BVerfG, WM 2017, 2345 Rn. 320) - eine wichtige Aufgabe zu. Die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten soll die Transparenz des Verfahrens und der Ergebnisse der Anreizregulierung stärken. Dies dient dem - in den Richtlinien 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (im Folgenden: Stromrichtlinie oder StromRL) und 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (im Folgenden: Gasrichtlinie oder GasRL) vorgegebenen - Zweck, sicherzustellen, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind (Erwägungsgrund 32 der StromRL; Art. 3 Abs. 2 StromRL/GasRL) und alle Marktteilnehmer einen effektiven Marktzugang haben (vgl. Erwägungsgründe 35 und 39 der StromRL, Erwägungsgründe 31 und 36 der GasRL). Dabei nehmen die Richtlinien nicht nur die Belange der Verbraucher in den Blick (vgl. etwa Erwägungsgründe 45 und 51 der StromRL, Erwägungsgrund 43 der GasRL), sondern auch die Interessen gewerblicher Kunden (vgl. etwa Erwägungsgründe 35, 39 und 45 der StromRL, Erwägungsgründe 36 und 43 der GasRL). Spiegelbildlich dazu haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass die Regulierungsbehörden ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben (Art. 35 Abs. 4 StromRL, Art. 39 Abs. 4 GasRL). Diese sind dafür verantwortlich, anhand transparenter Kriterien die Fernleitungs- und Verteilungstarife und die entsprechenden Methoden festzulegen oder zu genehmigen (Art. 37 Abs. 1 Buchst. a StromRL, Art. 41 Abs. 1 Buchst. a StromRL). Dass Transparenz als Mittel der Marktdisziplinierung dient, bestätigen Art. 37 Abs. 13 StromRL und Art. 41 Abs. 13 GasRL, wonach die Mitgliedstaaten geeignete und wirksame Mechanismen für die Regulierung, die Kontrolle und die Sicherstellung von Transparenz zu schaffen haben, um den Missbrauch einer marktbeherrschenden

Stellung zum Nachteil insbesondere der Verbraucher sowie Verdrängungspraktiken zu verhindern.

24 Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass nur eine ausreichende Transparenz der Anreizregulierung die im Energiewirtschaftsgesetz vorgesehenen Beteiligungsrechte Dritter - sei es im Rahmen der Beiladung nach § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG einschließlich etwaiger Beschwerdemöglichkeiten nach § 75 Abs. 2 EnWG, sei es zur Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs nach § 67 EnWG - wirksam werden lassen kann.

25 bb) Im Hinblick auf die - was § 71 EnWG zeigt - im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren uneingeschränkt anwendbare Vorschrift des § 30 VwVfG erlaubt § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG allerdings nur die Veröffentlichung solcher Daten, die keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind.

26 (1) Transparenzvorschriften wie § 31 ARegV können in einem Spannungsverhältnis zu dem als Ausfluss der Grundrechte der Art. 12 und 14 GG zu gewährenden Geheimnisschutz, insbesondere dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, stehen. Darauf können sich auch Netzbetreiber berufen, die zwar natürliche Monopolisten sind, aber jedenfalls in nach- und vorgelagerten Märkten sowie in Bereichen wie Effizienzvergleich und Konzessionsvergaben untereinander und in Bereichen wie Beschaffung oder bei Lieferanten, Kapitalgebern und beim Personal mit anderen im Wettbewerb stehen. Netzbetreiber haben daher an der Nichtverbreitung von Informationen, über die sich Rückschlüsse über die Ausbaustrategie oder die getätigten Investitionen ableiten lassen, jedenfalls im Ausgangspunkt ein berechtigtes Interesse (vgl. BVerfG, RdE 2018, 71 Rn. 33; Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 77 - Stadtwerke Konstanz GmbH). Zum Schutz seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kann sich ein kommunales Unternehmen wie die Betroffene zwar nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG stützen. Das (fiskalische) Interesse des Staates am Schutz vertraulicher Informationen seiner (Beteiligungs-)Unternehmen stellt aber einen verfassungsrechtlichen Staatswohlbelang dar.

Aufgrund dessen besteht auch bei privatrechtlich organisierten Unternehmen, die sich ganz oder mehrheitlich in öffentlicher Hand befinden und die deshalb keinen Grundrechtsschutz genießen, zumindest ein auch verfassungsrechtlich anerkennenswertes öffentliches Interesse daran, dass deren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützt werden (vgl. BVerfG, WM 2017, 2345 Rn. 281 f.).

27 Diesen berechtigten Belangen der Netzbetreiber dienen die Vorschriften des § 71 EnWG und des § 30 VwVfG. Während § 30 VwVfG den Betroffenen einen Anspruch darauf einräumt, dass ihre Geheimnisse, insbesondere die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden, regelt § 71 EnWG für das Energiewirtschaftsrecht das Verfahren und die Pflichten der Betroffenen bezüglich ihrer sich aus § 30 VwVfG ergebenden Rechte. Die danach für das energiewirtschaftsrechtliche Verfahren ohne Einschränkung angeordnete Geltung des § 30 VwVfG ist durch die Vorschrift des § 21a EnWG, insbesondere durch Absatz 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG, nicht modifiziert worden. Für ein anderes Ergebnis - wie dies etwa in § 46a Satz 1 EnWG (vgl. Senatsbeschluss vom 14. April 2015 - EnZR 11/14, RdE 2015, 350 Rn. 25 - Gasnetz Springe zu der Vorgängernorm des § 46 Abs. 2 Satz 4 aF) oder § 84 Abs. 2 EnWG (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 81 - Stadtwerke Konstanz GmbH) der Fall ist - fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten im Gesetzeswortlaut oder in den Gesetzesmaterialien.

28 (2) Diese einschränkende Auslegung der Ermächtigungsgrundlage des § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG wird durch die Systematik der Norm bestätigt. Die besondere Ermächtigungsgrundlage des § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 EnWG zum Erlass einer Rechtsverordnung im Hinblick auf Regelungen zur Erhebung der für die Durchführung einer Anreizregulierung erforderlichen Daten durch die Regulierungsbehörde (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 19. Juni 2007 - KVR 17/06, BGHZ 172, 368 Rn. 39 - Auskunftsverlangen) ist gerade deshalb erforderlich, weil davon auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne des § 30 VwVfG erfasst werden können. Dies erlaubt den Schluss darauf, dass die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheim-

nissen von der allgemeinen Verordnungsermächtigung in § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG nicht erfasst ist.

- 29 c) Die Verordnungsermächtigung in § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG wird durch die Anreizregulierungsverordnung ausgefüllt. § 31 ARegV gestaltet mit der Regelung der Veröffentlichung von Daten die Durchführung der Anreizregulierung im Sinne des § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG näher aus.
- 30 Nach der Begründung der Änderungsverordnung soll mit der Neufassung des § 31 ARegV im Jahr 2016 die Transparenz der Anreizregulierung erhöht werden. Die Regelung dient damit dem gesetzlichen Ziel, das Verfahren und die Ergebnisse der Anreizregulierung transparenter auszugestalten (vgl. BR-Drucks. 296/16, S. 22 und 45). Darüber hinaus sollen die Effizienzanreize der Anreizregulierung geschärft werden, um die Effizienzziele künftig schneller zu erreichen (vgl. BR-Drucks. 296/16, S. 22). Die nicht anonymisierte Veröffentlichung soll sicherstellen, dass Dritte die Informationen dem jeweiligen Netzbetreiber zuordnen können (vgl. BR-Drucks. 296/16, S. 45).
- 31 Damit stehen die Vorstellungen des Ordnungsgebers in Einklang, dass insbesondere der Effizienzvergleich für alle Beteiligte (Netzbetreiber, Behörden, Netznutzer) transparent und nachvollziehbar sein muss und sich nicht als "black box" darstellen darf (BR-Drucks. 417/07 (Beschluss), S. 7; siehe dazu auch Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 82 - Stadtwerke Konstanz GmbH). Insoweit hat § 31 ARegV ersichtlich die an sich sachlich gebotene und zweckmäßige Funktion, die "black box" der Anreizregulierung für die Beteiligten ein Stück weit zu öffnen. In ihrer konkreten Ausgestaltung ist die Vorschrift aber hinsichtlich einzelner offenzulegender Daten nicht von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt, soweit es sich bei diesen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt. Insoweit ist deshalb auch keine an den Vorgaben des § 71 EnWG i.V.m. § 30 VwVfG orientierte Güterabwägung vorzunehmen, ob das Geheimhaltungsinte-

resse des Betroffenen hinter andere, wichtigere Interessen der Allgemeinheit zurückzutreten hat.

32 d) Bei den in § 31 Nr. 3, 6 bis 11 ARegV aufgeführten Daten und den in § 31 Nr. 4 ARegV genannten Aufwands- und Vergleichsparametern handelt es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne des § 30 VwVfG, deren Veröffentlichung mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage unzulässig ist. Dagegen bleibt die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Offenlegung der in § 31 Nr. 1, 2, 5 und 12 ARegV sowie die Veröffentlichung der Effizienzwerte nach § 31 Nr. 4 ARegV wendet. Insoweit liegen keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vor. Aufgrund dessen verstößt § 31 ARegV insoweit auch nicht gegen höherrangiges Recht.

33 aa) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind alle auf ein Unternehmen bezogene 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. Zu derartigen Geheimnissen werden etwa Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, nicht veröffentlichte Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können (vgl. BVerfGE 115, 205, 230 f.; Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 76 - Stadtwerke Konstanz GmbH). Dabei handelt es sich insbesondere um technische Angaben, Werte und Parameter zur Investitionsermittlung, Kalkulationen der Kosten, Prozessbeschreibungen und -kosten, Gemeinkosten, Kalkulationsergebnisse sowie um Unterlagen der Buchhaltung aus dem Bereich der wirtschaftlichen Betätigung des Betroffenen oder um Werte zu Umsätzen, Absatzmengen, Kosten und Deckungsbeiträgen sowie um Datenquellen (vgl. BVerfGE 115, 205, 231). Ein Betriebs- und Geschäftsgeheim-

nis kann danach auch ein aggregierter Wert sein. Ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung ist insbesondere anzuerkennen, wenn die Offenlegung der Information geeignet ist, exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Konkurrenten zugänglich zu machen und so die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen. Hierfür muss die prognostische Einschätzung nachteiliger Auswirkungen im Fall des Bekanntwerdens der Informationen von dem betreffenden Unternehmen nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden (vgl. BVerwGE 135, 34 Rn. 58; 150, 383 Rn. 25 mwN).

34 Als solche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hat der Senat im Rahmen der Netzentgeltregulierung unter anderem folgende Angaben angesehen: das dem Effizienzvergleich zugrunde liegende Datenmaterial, d.h. detaillierte Angaben zu den Kosten, die den einzelnen Unternehmen für den Betrieb ihrer Netze entstehen, und über die Vergleichsparameter, also die Umstände, anhand derer die Tätigkeit der Netzbetreiber im Rahmen des Effizienzvergleichs bewertet wird (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 77 - Stadtwerke Konstanz GmbH); die Informationen über Versorgungsstörungen nach § 52 EnWG zu Zeitpunkt, Dauer, Ausmaß und Ursache der Versorgungsunterbrechungen und zu den ergriffenen Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Versorgungsstörungen (vgl. Senatsbeschluss vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 44 - Stromnetz Berlin GmbH); die Informationen über die kalkulatorischen Netzdaten, d.h. zu den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, dem Jahr ihrer Aktivierung, den kalkulatorischen Restwerten nach §§ 6, 32 GasNEV, den kalkulatorischen Nutzungsdauern für die laufende Abschreibung nach § 6 GasNEV und den kalkulatorischen Restwerten zu einem bestimmten Jahresenddatum (vgl. Senatsurteil vom 14. April 2015 - EnZR 11/14, RdE 2015, 350 Rn. 24 - Gasnetz Springe). Dagegen stellen die nach §§ 12 bis 15 ARegV ermittelten Effizienzwerte als solche keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014, aaO Rn. 80 - Stadtwerke Konstanz GmbH).

35 Die Einordnung von unternehmensbezogenen Daten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis unterliegt - was §§ 71 und 84 EnWG zeigen - nicht der Disposition des Ordnungsgebers oder der Regulierungsbehörde. Aufgrund dessen ist es unerheblich, dass der Ordnungsgeber die nach § 31 ARegV zu veröffentlichenden Angaben nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis ansieht (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 73 zu § 31 ARegV aF; BR-Drucks. 296/16, S. 45). Andererseits genügt es nicht, wenn sich der betroffene Netzbetreiber nur pauschal auf die Wahrung seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beruft. Hierzu bedarf es vielmehr eines substantiierten Sachvortrags dazu, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse er welche Nachteile befürchtet (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 46). Erst dann ist eine Abwägung zwischen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes und dem verfassungsrechtlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die auf einen bestmöglichen Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsgütern gerichtet sein muss, möglich (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008, aaO Rn. 47 mwN; Senatsurteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 35 - Stromnetznutzungsentgelt IV).

36 bb) Nach diesen Maßgaben handelt es sich bei den in § 31 Nr. 3, 6 bis 11 ARegV aufgeführten Daten und den in § 31 Nr. 4 ARegV genannten Aufwands- und Vergleichsparametern um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, bei den übrigen Daten dagegen nicht. Im Einzelnen:

37 (1) Zu § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV: Die Werte der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ARegV und die nach § 4 Abs. 3 und 4 ARegV angepassten Werte der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen sind keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse. Die Werte werden nach Maßgabe der §§ 5 bis 16, 19, 22, 24 und 25 ARegV bestimmt. Dabei wird zwar das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV durch eine Kostenprüfung unternehmensspezifisch ermittelt. Die Erlösobergrenze bestimmt sich sodann aber in Anwendung der Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV anhand zahlreicher weiterer, teilweise nicht unternehmensbezogener Parameter und stellt als

sogenannter Summenwert nur die Obergrenze der zulässigen Gesamterlöse eines Netzbetreibers aus den Netzentgelten dar. Sie ist - ähnlich wie der Effizienzwert, bei dem es sich ebenfalls nicht um ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis handelt (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 80 - Stadtwerke Konstanz GmbH) - das Ergebnis einer behördlichen Prüfung und damit keine unternehmensinterne Kennzahl. Ein Rückschluss auf die zugrundeliegenden Einzeldaten des betreffenden Netzbetreibers ist nicht möglich. Vielmehr werden bei der Anreizregulierung die genehmigten Erlöse für die Dauer der jeweiligen Regulierungsperiode von den unternehmensspezifischen Kosten gerade entkoppelt, um einen Anreiz zu einem kosteneffizienten Verhalten zu setzen.

38 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde entspricht die Erlösobergrenze auch nicht dem tatsächlichen Umsatz des Netzbetreibers. Ein Zusammenfallen beider Werte wäre rein zufällig. Das Erfordernis eines Regulierungskontos nach § 5 ARegV belegt, dass Erlösobergrenze und tatsächliche Erlöse bzw. Umsätze gerade nicht deckungsgleich sind. Aufgrund der in § 4 Abs. 3 und 4 ARegV vorgesehenen Anpassungsmöglichkeiten kann sich die Erlösobergrenze zudem im Verlauf der Regulierungsperiode verändern und stellt insoweit eine reine Momentaufnahme dar, die keinen Rückschluss auf den tatsächlich zu erwartenden Umsatz zulässt.

39 Es kommt hinzu, dass der Netzbetreiber nach § 264 Abs. 2 HGB, § 6b EnWG im Jahresabschluss seine Vermögens-, Finanz- und Ertragslage ohnehin offenzulegen hat, so dass es an einem berechtigten Interesse des Netzbetreibers an einer Nichtverbreitung der Erlösobergrenze fehlt. Denn die Angabe der tatsächlich erzielten Jahresumsätze in der Handelsbilanz gibt - wenn auch nur in der Rückschau - ein wesentlich genaueres Bild der Unternehmenslage ab als die Erlösobergrenzen. Nichts anderes gilt für den von der Rechtsbeschwerde in den Blick genommenen „Wettbewerb um das Netz“. Im Rahmen des Konzessionsverfahrens hat der Altkonzessionär die Erlösobergrenzen ohnehin nach § 46a Satz 1 EnWG den Mitbewerbern offenzulegen (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 14. April 2015 - EnZR 11/14, RdE 2015, 350 Rn. 11 ff. - Gasnetz Springe).

40 Soweit die Rechtsbeschwerde einwendet, aus den (angepassten) Erlösobergrenzen lasse sich im Zusammenhang mit den weiteren Veröffentlichungspflichten in § 31 Abs. 1 Nr. 6 bis 11 ARegV die Netzausbaustrategie des Netzbetreibers ableiten, ist dies ohne Belang, weil insoweit - wie unten noch dargelegt wird - eine Veröffentlichung unzulässig ist.

41 (2) Zu § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV: Bei den nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV zu veröffentlichenden Angaben über den verzinsten Saldo des Regulierungskontos nach § 5 Abs. 1 und 2 ARegV und die Summe der Zu- und Abschläge aus der Auflösung des Saldos des Regulierungskontos nach § 5 Abs. 3 ARegV handelt es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Netzbetreibers. Der Saldo wird rechnerisch aus der Differenz der von der Regulierungsbehörde vorgegebenen Erlösobergrenze und der vom Netzbetreiber unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung erzielbaren Erlöse gebildet, bei deren Bestimmung regelmäßig auf die vom Netzbetreiber tatsächlich abgesetzten Mengen zurückgegriffen wird (vgl. Holznagel/Schütz/Held, ARegV, § 5 Rn. 45). Bei letzteren handelt es sich um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse (vgl. BVerfGE 115, 205, 231). Da die Veröffentlichung der Erlösobergrenze nach § 31 Nr. 1 ARegV - wie dargelegt - zulässig ist, könnten aus den Angaben nach § 31 Nr. 3 ARegV die tatsächlichen Absatzmengen zumindest abgeschätzt werden. Darüber hinaus erlaubt der Saldo des Regulierungskontos Rückschlüsse darauf, ob die Prognosen der erwarteten Einnahmen zutreffend waren. Dritte können daraus ersehen, ob der Netzbetreiber in Zukunft Mehr- oder Mindererlöse vereinnahmen darf. Dadurch kann sich dessen Stellung im Wettbewerb auf den vorgelagerten Märkten für Kapital und Investoren nachteilig gestalten.

42 (3) Zu § 31 Abs. 1 Nr. 6, 7 und 9 ARegV: Die nach diesen Bestimmungen jeweils als Summenwerte offenzulegenden Parameterwerte für den Erweiterungsfaktor nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 10 ARegV, die jährlichen nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 10a ARegV ermittelten Kapitalkostenaufschläge und die jährlichen tatsächlich entstandenen Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV,

die genehmigte Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV betreffen, sind ebenfalls Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

- 43 Bei der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags nach § 10a ARegV werden die betriebsnotwendigen Anlagegüter berücksichtigt, deren Aktivierung ab dem 1. Januar des Jahres, das auf das Basisjahr der anzupassenden Erlösbergrenze folgt, stattgefunden hat oder bis zum 31. Dezember des Jahres, für das der Kapitalkostenaufschlag genehmigt wird, zu erwarten ist (§ 10a Abs. 2 Satz 1 ARegV). Auf der Grundlage der Anschaffungs- und Herstellungskosten dieser Anlagegüter bemisst sich der Kapitalkostenaufschlag nach der Summe der darauf ermittelten kalkulatorischen Abschreibungen, der kalkulatorischen Verzinsung und der kalkulatorischen Gewerbesteuer nach den Maßgaben der weiteren Regelungen des § 10a ARegV und der Stromnetzentgeltverordnung oder der Gasnetzentgeltverordnung. Dabei handelt es sich um betriebsinterne Daten (vgl. Senatsurteil vom 14. April 2015 - EnZR 11/14, RdE 2015, 350 Rn. 24 - Gasnetz Springe; BVerfGE 115, 205, 231).
- 44 Der Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis steht nicht entgegen, dass lediglich ein aggregierter Wert veröffentlicht werden soll. Auch wenn dabei nicht zwischen Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen unterschieden wird und auch nicht die Höhe der einzelnen beabsichtigten Modernisierungs- oder Wartungsmaßnahme erkennbar ist, können sich aus den Informationen Rückschlüsse über die getätigten Investitionen oder die Ausbaustrategie des Netzbetreibers ableiten lassen, an deren Nichtverbreitung er ein berechtigtes Interesse hat (vgl. BVerfG, RdE 2018, 71 Rn. 33). Aufgrund dessen ist das Vorbringen der Betroffenen, dass dadurch insbesondere ihre Wettbewerbssituation auf vorgelagerten Märkten etwa bei der Beschaffung von Dienstleistungen, Gütern oder Kapital beeinträchtigt wird, jedenfalls plausibel.
- 45 Entsprechendes gilt für die Angaben nach § 31 Abs. 1 Nr. 7 ARegV zu den Kapitalkostenaufschlägen und nach § 31 Abs. 1 Nr. 9 ARegV über die jährlichen tatsächlich entstandenen Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV, d.h. die

Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV. Dass ab der dritten Regulierungsperiode die Vorschriften der §§ 10, 23 Abs. 6 und 7 ARegV auf Betreiber von Elektrizitäts- und Gasverteilernetzen nicht mehr anzuwenden sind (§ 34 Abs. 7 ARegV), ist für die Frage, ob § 31 Abs. 1 Nr. 6 und 9 ARegV von der Verordnungsermächtigung abgedeckt ist, ohne Belang.

46 (4) Zu § 31 Abs. 1 Nr. 8, 10 und 11 ARegV: Die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV und deren jährliche Anpassung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV stellen ebenso Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar wie die jährlichen tatsächlich entstandenen Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 8 ARegV und die jährlichen volatilen Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV.

47 Die zu veröffentlichenden Werte entstammen unmittelbar betriebsinternen Daten des betreffenden Unternehmens über bestimmte Kostenarten. Diese sind - wie z.B. die Personalzusatzkosten oder die Kosten für die Berufsausbildung und Weiterbildung, aber auch die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie - Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (vgl. BVerfGE 115, 205, 231). Dem steht nicht entgegen, dass lediglich die jeweilige Höhe eines Kostenblocks als Summenwert veröffentlicht werden soll und dieser das Ergebnis einer Prüfung durch die Regulierungsbehörde über die Anerkennung der in Ansatz gebrachten Kosten dem Grunde wie auch der Höhe nach ist. Auch ein Kostenblock als solcher kann ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis sein (vgl. BVerfGE 115, 205, 231).

48 Die Summe vermiedener Netzentgelte im Jahr gibt zwar keinen Aufschluss darüber, wie viele Betreiber dezentraler Erzeugungsanlagen sich im Netzbereich der Betroffenen befinden. Die in Summe erstatteten Entgelte und die sich danach rechnerisch ergebenden vermiedenen Kosten der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene erlauben aber bei Zugrundelegung von Durchschnittswerten durchaus einen Einblick in die Ausgestaltung des Netzes. Die Anzahl der Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen stellt eine Eigenschaft des Netzes dar.

49

Die jährlichen volatilen Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV sind ebenfalls unternehmensinterne Daten. Nach § 11 Abs. 5 Satz 2 ARegV gelten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als volatile Kostenanteile, die nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 ARegV zu einer jährlichen Anpassung der Erlösobergrenzen führen können, sofern die zuständige Regulierungsbehörde dies nach § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV festlegt. Die Bundesnetzagentur hat für die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen in ihrem Zuständigkeitsbereich für die zweite Regulierungsperiode eine entsprechende - inhaltlich nicht zu beanstandende Festlegung - getroffen (vgl. Senatsbeschluss vom 7. Juni 2016 - EnVR 62/14, RdE 2016, 462 - Festlegung volatiler Kosten). Danach passen die Netzbetreiber die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV um die Differenz aus den Verlustenergiekosten des Ausgangsniveaus des Basisjahres 2011 und den für das jeweilige Jahr ansatzfähigen Kosten an. Die ansatzfähigen Kosten ergeben sich dabei aus dem Produkt des Referenzpreises und der ansatzfähigen Menge für das Kalenderjahr, wobei der Referenzpreis auf in der Festlegung definierten börsenbasierten Preisen beruht (Baseload- und Peakload-Preise). Die Offenlegung des Anpassungsbetrags lässt dadurch Rückschlüsse auf die tatsächlichen Beschaffungskosten des Netzbetreibers für Verlustenergie zu, auch wenn sie - mangels Offenlegung der für die Subtraktion erforderlichen Ausgangsgröße, d. h. der Verlustenergiekosten des Ausgangsniveaus des Basisjahres 2011 - eine Bewertung der Wirtschaftlichkeit des betroffenen Netzbetreibers nicht abschließend ermöglicht. Soweit die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen die tatsächlichen Verlustmengen und -preise fortlaufend gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 7 StromNZV auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen haben, ist dies für die Frage unerheblich, ob § 31 Abs. 1 Nr. 11 ARegV von der Verordnungsermächtigung gedeckt ist. Zudem würde es insoweit an der Nichtoffenkundigkeit der Information nur dann fehlen, wenn die Veröffentlichung nach § 17 Abs. 2 Nr. 7 StromNZV zeitlich stets vor derjenigen nach § 31 Abs. 1 Nr. 11 ARegV erfolgt.

50

(5) Zu § 31 Abs. 1 Nr. 4 und 5 ARegV: Bei den nach dieser Vorschrift zu veröffentlichenden Daten ist zu unterscheiden.

- 51 (a) Die nach den §§ 12, 13 bis 15 ARegV und nach § 22 ARegV ermittelten Effizienzwerte sind - was der Senat bereits entschieden hat (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 80 - Stadtwerke Konstanz GmbH) - keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Durch den Effizienzvergleich wird ausschließlich die Relation wiedergegeben, in der ein Netzbetreiber im Vergleich zu anderen Netzbetreibern steht. Es handelt sich dabei um eine Bewertung seines Unternehmens, nicht aber um konkrete Unternehmenszahlen (vgl. Holznagel/Schütz/Karalus/Schreiber, ARegV, § 31 Rn. 21). Nichts anderes gilt für die Angaben gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 5 ARegV über die nach § 12a ARegV ermittelten Supereffizienzwerte und den Effizienzbonus.
- 52 Soweit die Rechtsbeschwerde einwendet, durch die Veröffentlichung aller nach §§ 12, 13 bis 15 ARegV ermittelten Effizienzwerte werde Dritten unmittelbar ein Rückschluss auf die Altersstruktur des Netzes möglich, ist dieses Vorbringen mangels näherer Darlegung nicht plausibel. Dies könnte sich allenfalls - was auch die Rechtsbeschwerde hervorhebt - aus dem Zusammenspiel mit den Daten nach § 31 Abs. 1 Nr. 7 und 9 ARegV ergeben, deren Veröffentlichung indes unzulässig ist.
- 53 (b) Dagegen stellen die nach § 12 Abs. 4a ARegV und § 14 ARegV im Effizienzvergleich verwendeten Aufwandparameter und die nach § 13 ARegV im Effizienzvergleich verwendeten Vergleichsparameter - was der Senat ebenfalls bereits entschieden hat (vgl. Senatsbeschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12, RdE 2014, 276 Rn. 75 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH) - Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar. Aufwandparameter sind die nach § 14 ARegV ermittelten Kosten, d.h. aufwandsgleiche Kosten und Kapitalkosten. Damit handelt es sich um originäre Betriebsdaten. Vergleichsparameter sind nach § 13 Abs. 3 ARegV Parameter zur Bestimmung der Versorgungsaufgabe und der Gebietseigenschaften. Die Vergleichsparameter sind zwar exogen, d.h. nicht durch Entscheidungen der Netzbetreiber bestimmt. Sie sollen aber die Funktionalität des Netzes in einem gegebenen Ver-

sorgungsgebiet abbilden. Daraus lassen sich Rückschlüsse auf Anforderungen der Verbraucher oder der Betreiber von Erzeugungsanlagen, Möglichkeiten der Einspeisung aus vorgelagerten Netzen oder der Verknüpfung mit benachbarten Netzen, mögliche Leitungstrassen und Standorte für Stationen ziehen (vgl. Holznagel/Schütz/Albrecht/Mallossek/Petermann, ARegV, § 13 Rn. 32). Vergleichsparameter stellen in diesem Zusammenhang Einflussfaktoren auf die Kosten dar, an deren Nichtverbreitung der Netzbetreiber ein berechtigtes Interesse hat.

54 Der Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis steht nicht entgegen, dass nach § 17 Abs. 2 StromNZV, § 40 GasNZV, § 27 StromNEV/GasNEV einzelne Parameter von den Netzbetreibern auf ihren Internetseiten regelmäßig zu veröffentlichen sind. Für den Gasbereich betrifft dies aber z.B. nicht die Anzahl der potentiellen Ausspeisepunkte, die Anzahl der Messstellen, das Rohrvolumen oder die vorherrschende Bodenklasse; für den Strombereich gilt dies z.B. nicht für die installierte Leistung dezentraler Einspeisung, die zeitgleiche Jahreshöchstlast Hochspannung/Mittelspannung und Mittelspannung/Niederspannung oder die Zählpunkte. Aufgrund der Vielzahl der nicht auf einer anderen Rechtsgrundlage zu veröffentlichenden Parameter kann im Hinblick auf die pauschale Inbezugnahme aller im Effizienzvergleich verwendeten Aufwands- und Vergleichsparameter in § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV nicht angenommen werden, dass der Ordnungsgeber bei Kenntnis der Unzulässigkeit der Offenlegung der genannten Parameter jedenfalls die Veröffentlichung der übrigen Parameter angeordnet hätte. Eine solche Rückführung des Umfangs des § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV im Hinblick auf diejenigen Aufwands- und Vergleichsparameter, deren Veröffentlichung von der Verordnungsermächtigung gedeckt wäre, ist sinnvoll nicht möglich, weil deren Auswahl dem Willen des Ordnungsgebers unterliegt. Dies bleibt einer eventuellen Änderung von § 31 ARegV vorbehalten.

55 (6) Zu § 31 Abs. 1 Nr. 12 ARegV: Schließlich sind auch die ermittelten Kennzahlen zur Versorgungsqualität keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

56 Nach der Rechtsprechung des Senats stellen allerdings die Informationen über Versorgungsstörungen nach § 52 EnWG zu Zeitpunkt, Dauer, Ausmaß und Ursache der Versorgungsunterbrechungen und zu den ergriffenen Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Versorgungsstörungen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar (vgl. Senatsbeschluss vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 44 - Stromnetz Berlin GmbH). Solche detaillierten Angaben zu konkreten Versorgungsstörungen hat die Veröffentlichungspflicht nach § 31 Abs. 1 Nr. 12 ARegV indes nicht zum Gegenstand. Bei den von der Regulierungsbehörde „ermittelten Kennzahlen zur Versorgungsqualität“ handelt es sich um SAIDI- und ASIDI-Werte, die lediglich aggregierte Kennzahlen der Nichtverfügbarkeit darstellen, die aus den einzelnen Versorgungsunterbrechungen ermittelt werden. Diese lassen aber weder einen Rückschluss auf Zeitpunkt, Dauer, Ausmaß und Ursache einer einzelnen Versorgungsunterbrechung zu noch lassen sie erkennen, durch welche Konzepte und Maßnahmen der einzelne Netzbetreiber mit welchem Aufwand seine Netzzuverlässigkeit erzielt hat oder wie dringlich konkrete Investitionen in sein Netz sind.

57 Gegen eine Einordnung der Kennzahlen zur Bestimmung des Qualitätselements als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis spricht auch, dass zwischen Qualitätselement und Effizienzwert eine Wechselwirkung besteht und dieses bei der Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis nicht anders behandelt werden kann als jenes. Nach § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG hätte der Verordnungsgeber die Versorgungsqualität auch in den Effizienzvergleich integrieren können (siehe dazu Senatsbeschluss vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 68 - Stromnetz Berlin GmbH), so dass sie Bestandteil des Effizienzwertes gewesen wäre, bei dem es sich - wie dargelegt - nicht um ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis handelt.

58 cc) Soweit die Veröffentlichung von Daten nach § 31 Abs. 1 ARegV zulässig ist, begegnet es keinen Bedenken, dass dies in nicht anonymisierter Form zu erfolgen hat. Wie bereits betont, bezweckt dies die Transparenz und die Nachvollziehbarkeit der Anreizregulierung für alle Beteiligten, d.h. nicht nur für die Netzbetreiber, sondern auch für die Behörden und die Netznutzer. Vor allem letzteren wäre aber mit

einer nur anonymisierten Form der Veröffentlichung ersichtlich nicht gedient. Insbesondere gewerbliche Netznutzer können nur dann eine Standortentscheidung sachgerecht fällen, wenn sie Kenntnis von den Daten des jeweiligen örtlichen Netzbetreibers haben. Im Hinblick darauf, dass es sich bei den Daten nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, verstößt dies auch nicht gegen höherrangiges Recht.

III.

59

1. Die Rechtsbeschwerde hat demnach in der Sache in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Dagegen ist der Antrag auf Androhung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung derzeit abzulehnen. Das Unterlassungsgebot ist zwar entsprechend § 167 VwGO i.V.m. § 890 ZPO zu vollstrecken (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1992 - IX ZR 36/92, BGHZ 120, 73, 83). Für die begehrte Androhung eines Ordnungsgeldes fehlt es aber derzeit an einem Rechtsschutzbedürfnis. Bei der beteiligten Regulierungsbehörde kann erwartet werden, dass sie dem gerichtlich festgestellten Unterlassungsanspruch auch ohne Vollstreckungsmaßnahmen, zu denen die Androhung eines Ordnungsgeldes nach § 890 Abs. 2 ZPO gehört, nachkommt (vgl. BGH, Urteile vom 14. Juli 1958 - VII ZR 99/57, BGHZ 28, 123, 126, vom 9. Juni 1983 - III ZR 74/82, NJW 1984, 1118, 1119 und vom 1. April 2004 - IX ZR 305/00, WM 2004, 1037, 1039). Gegebenenfalls bleibt es der Betroffenen unbenommen, vor dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges einen entsprechenden Antrag erneut zu stellen.

60 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Limperg

Grüneberg

Bacher

Sunder

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.03.2018 - VI-3 Kart 16/17 [V] -