

Datum: 05.09.2018
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 101/17 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2018:0905.3KART101.17V.00

Tenor:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen außergerichtlichen Aufwendungen der Bundesnetzagentur trägt die Betroffene.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe: 1

I. 2

Die Betroffene ist Betreiberin eines Stromverteilernetzes im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur. Sie streitet mit der Bundesnetzagentur darum, ob in einem Beschluss der Bundesnetzagentur, den diese im Internet zu veröffentlichen beabsichtigt, unternehmensbezogene Daten der Betroffenen zu schwärzen sind, weil es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt. 3

Die Bundesnetzagentur entschied mit Beschluss vom 06.03.2017, Az. BK8-13/1874-21, über den Antrag der Betroffenen auf Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen auf Grund eines Erweiterungsfaktors. Am 19.04.2017 übermittelte die Betroffene der Bundesnetzagentur über deren Datenportal die von ihr gemäß § 71 EnWG für erforderlich gehaltenen Schwärzungen des Beschlusses und begründete dies (Anlage Bf 3). Mit Schreiben vom 04.09.2017 lehnte die Bundesnetzagentur die von der Betroffenen geforderten Schwärzungen unter Bezugnahme auf ihr Hinweispapier vom 13.03.2017 zum Umfang und zur Reichweite zulässiger Schwärzungen bei der Veröffentlichung von Entscheidungen der Bundesnetzagentur in den Bereichen Elektrizität und Gas weitgehend 4

ab. Wegen der Einzelheiten der von der Bundesnetzagentur nicht akzeptierten Schwärzungen wird auf das als Anlage Bf 1 vorgelegte Schreiben verwiesen. Die zunächst für den 06.10.2017 angekündigte Veröffentlichung des Beschlusses ist bislang nicht erfolgt, da die Bundesnetzagentur erklärt hat, mit einer Veröffentlichung zunächst die Entscheidung im vorliegenden Beschwerdeverfahren abzuwarten. Ihre zunächst gestellten Eilanträge hat die Betroffene deshalb nicht mehr weiterverfolgt.

Die Betroffene wendet sich mit ihrer am 05.10.2017 erhobenen und am 06.11.2017 begründeten Beschwerde gegen die beabsichtigte Veröffentlichung des Beschlusses ohne die begehrten Schwärzungen.

Sie ist der Ansicht, es liege eine Anfechtungssituation vor. Das Schreiben der Bundesnetzagentur vom 04.09.2017 sei ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, da es nach seinem objektiven Sinngehalt darauf gerichtet sei, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen. Dies ergebe sich aus dem Inhalt und der äußerlichen Gestaltung des Schreibens. Jedenfalls liege eine (konkludente) feststellende Regelungswirkung dahingehend vor, dass es sich bei den streitgegenständlichen Daten nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele.

Die Anfechtungsbeschwerde sei auch begründet. Der Beschluss vom 06.03.2017 enthalte nach § 71 EnWG zu schützende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen, so dass dessen Veröffentlichung ohne die von ihr, der Betroffenen, geforderten Schwärzungen rechtswidrig sei und sie in ihren Rechten verletze.

Soweit sich die Bundesnetzagentur im Schreiben vom 04.09.2017 auf § 31 Abs. 1 ARegV stütze, sei diese Vorschrift bereits mangels tauglicher Ermächtigungsgrundlage nichtig. Für die Regelung des § 31 ARegV fehle die nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderliche Verordnungsermächtigung, wie zutreffend vom Brandenburgischen Oberlandesgericht im Beschluss vom 10.07.2017 (6 Kart 1/17, Anlage ASt 5) ausgeführt. Insbesondere komme § 21a Abs. 6 S. 1 EnWG nicht als Verordnungsermächtigung in Betracht, da die Vorschrift den vom Bundesverfassungsgericht gestellten höheren Anforderungen an die Bestimmtheit nicht genüge und sich die Veröffentlichungspflichten aus § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV auch bei einem weiten Verständnis der Verordnungsermächtigung jedenfalls nicht unter diese fassen ließen. Ein allgemeines Transparenzgebot, das zur Offenlegung der streitbefangenen Daten berechtige, lasse sich weder aus § 21 Abs. 1 EnWG noch – formell und materiell - aus den europarechtlichen Richtlinien des dritten Energiebinnenmarktpakets herleiten. Weder ließe sich hierfür § 1a Abs. 5 EnWG heranziehen noch die Verordnungsbegründung und -genese.

Auch § 74 EnWG ermächtigte die Bundesnetzagentur nicht zu der streitgegenständlichen Veröffentlichung. Nach § 74 S. 1 EnWG sei die Bundesnetzagentur nur berechtigt, die Entscheidung zu veröffentlichen. Dies beziehe sich unter Berücksichtigung des reinen Informationscharakters der Regelung des § 74 EnWG nur auf die Veröffentlichung des Entscheidungstenors, des Unternehmensnamens, der zugrunde liegenden Ermächtigungsgrundlage und des Aktenzeichens, nicht aber der Begründung. Hierfür spreche systematisch, dass § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG ausdrücklich zwischen Entscheidung und Begründung differenziere.

Die beabsichtigte Datenveröffentlichung verstoße jedenfalls gegen höherrangiges Recht aus § 71 EnWG i.V.m. § 30 VwVfG. Die streitgegenständlichen, zu schwärzenden Daten stellten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar, deren Veröffentlichung geeignet sei, die wettbewerbliche Stellung der Betroffenen zu beeinflussen, weshalb sie ein berechtigtes Interesse an deren Geheimhaltung habe. Sie gäben über die bestehenden

5

6

7

8

9

10

Veröffentlichungspflichten hinaus unmittelbar Aufschluss über die wirtschaftliche Entwicklung des Netzbetreibers im Laufe der gesamten zweiten Regulierungsperiode, d.h. insbesondere der Jahre 2017 und 2018.

Dass Netzbetreiber auch im natürlichen Monopol geheimhaltungsbedürftige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben könnten und sogar hoch aggregierte Daten im Rahmen des Effizienzvergleichs vorrangig schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien, sei höchststrichterlich anerkannt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 14.03.2006, 1 BvR 2087/03) zur Genehmigung von Telekommunikationsnetzzugangsentgelten sei auf die Entgeltregulierung nach EnWG bzw. ARegV übertragbar. In dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall seien auch Kalkulationsergebnisse als zweifellos aggregierte regulatorische Daten als schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse angesehen worden. Auch habe das Bundesverfassungsgericht jüngst (Beschl. v. 26.09.2017, 1 BvR 1486/16 u.a., Rn. 33) angenommen, dass Informationen, die Rückschlüsse auf die Ausbaustrategie oder getätigte Investitionen zuließen, als aggregierte Daten schützenswert seien. Auch Informationen über kalkulatorische Netzdaten seien schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (BGH, Beschl. v. 14.04.2015, EnZR 11/14). Die Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis setze dabei nicht voraus, dass die Veröffentlichung „spürbare“ oder „konkrete“ Wettbewerbsnachteile nach sich ziehe. Es fehle an einem normativen Ansatz dafür, dies auf der Tatbestandsseite zu prüfen. Auch reiche es, dass die Veröffentlichung nachteilige Auswirkungen auf die wettbewerbliche Stellung eines Unternehmens haben *könne*, nicht *müsse*. Die prognostische Einschätzung nachteiliger Auswirkungen im Falle des Bekanntwerdens der Informationen müsse nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden, was sie vorliegend in hinreichender Weise getan habe. Da es nicht in ihrer Sphäre liege, welche konkreten Rückschlüsse Kreditgeber oder Investoren, Dienstleister oder Bieter aus den zu veröffentlichenden Daten zögen, sei ein über abstrakte Szenarien hinausgehender Vortrag der Betroffenen auch nicht möglich. Dem von der Bundesnetzagentur erstellten Evaluierungsbericht nach § 33 ARegV vom 21.01.2015 (dort S. 333) lasse sich das prognostische Risiko von Wettbewerbsnachteilen eindeutig entnehmen.

11

Dass die Netzbetreiber beim Effizienzvergleich und der Konzessionsvergabe untereinander und unter anderem bei der Beschaffung und im Hinblick auf Lieferanten, Kapitalgeber und Personal mit anderen im Wettbewerb stünden, habe das Bundesverfassungsgericht jüngst mit Beschluss vom 26.09.2017 (1 BvR 1486/16 u.a., Rn. 33) ausdrücklich anerkannt. Als bisherige Nutzungsberechtigte befinde sie sich aktuell in einem laufenden Konzessionsvergabeverfahren, in dem sich auch andere am Netzbetrieb interessierte, dritte Netzbetreiber um die Netzkonzession bewerben könnten. Diese erhielten durch die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten Wettbewerbsvorteile im Konzessionsvergabeverfahren, da die Erlösobergrenzen, die angepassten Erlösobergrenzen sowie der Erweiterungsfaktor veröffentlicht würden und Bewerber aus diesen Daten erkennen könnten, welche Erlöse erzielt werden können und welche Investitionen der Netzbetreiber gegenüber dem für die Erlösobergrenzenfestlegung maßgeblichen Basisjahr vorgenommen habe. Stelle die Gemeinde das Auswahlkriterium des sicheren Netzbetriebs auf und verlange eine Aussage zu nachhaltigen Investitionen ins Netz, könnten dritte Bewerber aus den streitgegenständlichen Daten sowie den nach § 31 ARegV zu veröffentlichenden Angaben aus den Summenwerten der Investitionsmaßnahmen, des Kapitalkostenaufschlags und des Erweiterungsfaktors erkennen, welche Investitionen die Betroffene in der Summe plane. Sie könnten sodann ihre eigenen Angaben anpassen und damit ihre Zuschlagschancen im Konzessionsvergabeverfahren erhöhen. Hinsichtlich des möglichen Auswahlkriteriums des preisgünstigen Netzbetriebs werde üblicherweise eine Prognose zu erwartender Netzentgelte

12

verlangt. Mitbewerber könnten aus den Erlösobergrenzen Rückschlüsse auf die Entwicklung der Netzentgelte ziehen und sich gezielt auf solche Konzessionen bewerben, bei denen sie selbst günstigere Netzentgelte anbieten könnten, und dann bezogen auf das gesamte, unter Umständen aus mehreren Netzgebieten bestehende Konzessionsgebiet niedrigere Netzentgelte erheben als der bisherige Altkonzessionär, was ebenfalls die Zuschlagschancen des Altkonzessionärs verschlechtere. Die Erlösobergrenzen, die angepassten Erlösobergrenzen und der Erweiterungsfaktor seien gerade nicht nach § 46a EnWG zu veröffentlichen. Die nach § 46a Abs. 1 und 2 EnWG zur Verfügung zu stellenden Informationen betreffen lediglich die vorhandenen Kapitalkosten, die streitgegenständlichen Daten aber auch die aufwandsgleichen Kosten (OPEX). Außerdem könnten aus den Erlösobergrenzen auch die zukünftigen Erlöse für fünf Jahre der Regulierungsperiode abgeleitet werden. Daten nach § 46a Abs. 3 EnWG würden derzeit noch nicht veröffentlicht. Es stelle gerade einen qualitativen Unterschied dar, ob ein Mitbewerber nicht erst im Konzessionsverfahren Kenntnis über die streitgegenständlichen Daten erhalte oder bereits vorab, so dass er sich gezielt auf bestimmte Konstellationen bewerben könne.

Soweit sie als Nachfragerin von Dienstleistungen, Gütern, Personal und Kapital auf vorgelagerten Märkten auftrete, so könne die streitgegenständliche Veröffentlichung gerade bei der Beschaffung von Bau- und Dienstleistungen und insbesondere bei der Kreditvergabe von Banken oder anderen Kapitalgebern zu erheblichen Nachteilen führen. Die Input-Output-Relation und damit die Effizienz des Netzbetreibers würden offenbart, was für Investoren und Banken eine wichtige Information sei, um die Konditionen für ihre Investitionsentscheidung bzw. für ihre Kreditvergabe zu bestimmen.

13

Im Hinblick auf den modernen Messstellenbetrieb sehe das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) gerade keine weitreichenden Veröffentlichungspflichten vor. Über die streitgegenständliche Datenveröffentlichung erlangten Konkurrenten des grundzuständigen Messstellenbetreibers eine umfassende Kenntnis über die Anzahl der Anschluss- und Einspeisepunkte je Spannungsebene und deren Veränderung seit dem Basisjahr. Des Weiteren erhielten die Konkurrenten Kenntnis über die je Spannungsebene angefallenen Kosten für Messung und Messstellenbetrieb. Seien die Kosten für Messung und Messstellenbetrieb je Spannungsebene im Verhältnis zur Anzahl der Anschlusspunkte relativ hoch, so erweise sich ein Netzgebiet als besonders rentabel. In einem besonders rentablen Gebiet würden dann besonders viele Netzbetreiber konkurrieren.

14

Im Hinblick auf die streitbefangenen Daten im Einzelnen gelte darüber hinaus Folgendes: Der Erweiterungsfaktor gebe Aufschluss darüber, „ob“ der Netzbetreiber in sein Netz investiere oder nicht, so dass durch die Veröffentlichung öffentlich werde, welche Investitionen der Netzbetreiber in der Summe plane, was wiederum Rückschlüsse auf die Geschäfts- und Marktstrategie zulasse, und zwar unabhängig vom Genehmigungserfordernis. Der Umstand, dass § 12b EnWG die Veröffentlichung der Netzentwicklungspläne lediglich für Übertragungsnetzbetreiber vorsehe, spreche für die Geheimhaltungsbedürftigkeit des genehmigten Erweiterungsfaktors. Der Bundesgerichtshof habe weiterhin Aufwands- und Strukturparameter selbst im Wettbewerb zwischen Netzbetreibern als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eingestuft (Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12), so dass die Parameter zur Ermittlung des Erweiterungsfaktors, insbesondere die Daten zu Anschluss- und Einspeisepunkten, zu schützende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellten. Insbesondere im Zusammenspiel mit weiteren, nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten ergebe sich ein umfassendes Bild von der Altersstruktur der Netze, woran insbesondere Mitbewerber im Konzessionswettbewerb ein besonderes Interesse hätten. Aus den Aufwands- und Vergleichsparametern lasse sich ferner der Marktwert des

15

Netzes ersehen. Aus den Aufwandsparemtern könnten Marktbeteiligte erkennen, was das Netz „kann“ und „leisten muss“ und aus den Aufwandsparemtern würden die Kosten ersichtlich, d.h. welche Kosten die Investitionen (Kapitalkosten) und welche Kosten der Netzbetrieb verursachten (Aufwandsgleiche Kosten). Die Schwärzung der Jahreshöchstlast könne nicht im Hinblick auf die Veröffentlichung nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 StromNZV verweigert werden, da § 17 Abs. 1 Nr. 2 StromNZV nicht, wie die im Beschluss enthaltenen Daten, zwischen zeitgleicher Jahreshöchstlast aller Entnahmen der HS/MS-Ebene und der MS/NS-Ebene differenziere. Den Angaben zur installierten dezentralen Erzeugungsleistung komme ein hoher Deutungsinhalt zu, da sie einen Rückschluss auf die Netzstruktur der Betroffenen - jedenfalls im Sinne einer „Momentaufnahme“ - zuließen, der sonst nicht möglich wäre, und nicht einmal in § 31 Abs. 1 ARegV vorgesehen sei. Netzbetreiber würden sich auf ein Konzessionsgebiet bewerben, das einen niedrigen Anteil an dezentralen Anlagen aufweise, um die Zahlung von vermiedenen Entgelten zu vermeiden. Auch wiesen Großanlagen eine Kostendegression auf: Die spezifischen Investitions- und Betriebskosten seien häufiger niedriger als bei kleineren Anlagen derselben Art. Soweit die Bundesnetzagentur das Verhältnis der installierten dezentralen Erzeugung zur Jahreshöchstlast (sog. Schwellenwert) ermittelt und daraus einen Äquivalenzfaktor abgeleitet habe, ließen sich aus den Schwellenwerten und dem Äquivalenzfaktor Rückschlüsse auf die installierte dezentrale Erzeugung und die Jahreshöchstlast ableiten. Die Ergebnisse der von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Gewichtung gemäß Anlage 2 zu § 10 ARegV ließen einen Rückschluss auf Kosten- und Netzstrukturen der Betroffenen sowie deren Liquidität und Bonität zu. Dritte könnten hieraus u.a. ableiten, wie sich die Kosten der Betroffenen auf die Kostenstellen Hochspannung, Mittelspannung und Niederspannung verteilen. Die zukünftigen Erlösobergrenzen bzw. deren Anpassungen stellten die tatsächlichen, zukünftigen Umsätze dar und seien das Ergebnis einer unternehmensindividuellen Ausbau- und Marktstrategie. Dass es sich um schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele, folge daraus, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch Aufwandsparemter schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien. Die in der Erheblichkeitsprüfung enthaltenen Daten, insbesondere die Angaben zum Ausgangsniveau und zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten, seien ebenfalls Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gemäß § 71 EnWG. Die einzelnen Kostenarten der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten seien direkte Kostendaten auf der untersten Aggregationsstufe und originäre Daten des Netzbetreibers. Sie ließen auf die Notwendigkeit von Einsparungen schließen. Abstrakt könne ein hoher Einsparzwang, ausgedrückt in verhältnismäßig hohen beeinflussbaren Kostenanteilen, die Investitionsfähigkeit beeinträchtigen. Die Veröffentlichung des „Ausgangsniveaus“, der „Gesamtkosten aller Erweiterungsmaßnahmen“, der von der Bundesnetzagentur angepassten Werte des „Ausgangsniveaus ohne die Netz- und Umspannebene HöS, HöS/HS und HS“ sowie der „Dauerhaft nichtbeeinflussbaren Kosten im Ausgangsniveau ohne Netz- bzw. Umspannebene HöS, HöS/HS und HS (..)“ sei im Übrigen in § 31 Abs. 1 ARegV nicht vorgesehen.

Die streitgegenständlichen Daten seien auch nicht offenkundig. Es komme für die Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht darauf an, ob diese dem Bieterkreis in einem Konzessionsverfahren herausgegeben würden oder potentiellen Fremdkapitalgebern bekannt werden könnten. Entscheidend sei, dass diese nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich seien und an ihrer Nichtverbreitung ein berechtigtes Interesse bestehe. So halte der Bundesgerichtshof die Veröffentlichung von im Konzessionsverfahren der Gemeinde offen gelegter Daten auf deren Homepage für rechtswidrig (Urteil vom 14.04.2015, EnZR 11/14, „Gasnetz Springe“). Durch die Veröffentlichung der Tätigkeitsabschlüsse gemäß § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG im Bundesanzeiger würden nur die Umsätze bereits zurückliegender, abgelaufener Geschäftsjahre öffentlich

werden; nur insoweit habe der Gesetzgeber die Daten als nicht mehr schutzwürdig angesehen. Die Veröffentlichung ermögliche also lediglich eine vergangenheitsbasierte Einschätzung des wirtschaftlichen Potentials eines Unternehmens, die Erlösobergrenzen aber stellen in der praktischen Anwendung – unter Berücksichtigung der Abwicklung geringerer als der zulässigen Erlöse über das Regulierungskonto - die tatsächlichen zukünftigen Umsätze der Netzbetreiber dar, d.h. offenbarten die feststehenden Umsätze der kommenden fünf Jahre. Auch ein Verweis auf bestehende Veröffentlichungspflichten verfange nicht, da nach § 17 StromNZV und nach § 27 StromNEV nur einige wenige Strukturparameter veröffentlicht würden, die insbesondere keine Rückschlüsse auf die gesamte Netzinfrastruktur ermöglichen.

Eine Offenbarungsbefugnis auf gesetzlicher oder verordnungsrechtlicher Grundlage bestehe nicht. § 31 Abs. 1 ARegV stelle keine solche Ausnahmeregelung im Sinne einer Offenbarungsbefugnis dar, sondern eine (negative) normative Konkretisierung des Begriffs der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Es sei auch nicht ersichtlich, dass § 31 ARegV das Ergebnis einer Abwägung seitens des Gesetzgebers in Bezug auf die kollidierenden Interessen der Geheimhaltung einerseits und der Offenbarung andererseits sei. Dasselbe gelte für § 74 EnWG. Die streitgegenständliche Datenveröffentlichung sei auch nicht aufgrund eines überwiegenden Offenbarungsinteresses der Allgemeinheit oder Dritter gerechtfertigt. Im Übrigen liege auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor, da ihr eigenes Geheimhaltungsinteresse an den Daten das Offenbarungsinteresse überwiege. Mit der Herstellung der Transparenz in der Regulierung sei kein gewichtiges Rechtsgut der Allgemeinheit betroffen, so dass sich allgemeine Transparenzerwartungen nicht gegen den Geheimnisschutz der Betroffenen durchsetzen könnten. 17

Hilfsweise könne sie entsprechend § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Unterlassung der Veröffentlichung des Beschlusses ohne Schwärzung der streitgegenständlichen Daten beanspruchen, denn die Bundesnetzagentur sei nicht berechtigt, diese zu veröffentlichen. Jedenfalls sei ihr äußerst hilfsweise gestellter Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO auf Feststellung der Rechtswidrigkeit erfolgreich. Eine Feststellungsbeschwerde werde nach der Rechtsprechung anerkannt, ihrer Zulässigkeit stehe insbesondere nicht der Grundsatz der Subsidiarität entgegen, da zu erwarten sei, dass die Bundesnetzagentur sich auch einem Feststellungsurteil beugen werde. Da die Datenveröffentlichung unmittelbar in ihre Rechtspositionen eingreife, habe sie auch einen Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit. 18

Die Betroffene beantragt, 19

I. 20

die Verfügung der Bundesnetzagentur vom 04.09.2017 aufzuheben. 21

Hilfsweise beantragt sie, 22

II. 23

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Veröffentlichung des Beschlusses vom 06.03.2017, Az. BK8-13/187421, ohne die von der Betroffenen geforderten Schwärzungen zu unterlassen; 24

III. 25

26

der Bundesnetzagentur für jeden Fall der Zuwiderhandlung nach Ziff. II. ein Zwangsgeld in angemessener Höhe aufzuerlegen.

Äußerst hilfsweise beantragt sie, 27

IV. 28

festzustellen, dass die Bundesnetzagentur nicht befugt ist, den Beschluss vom 06.03.2017, Az. BK8-13/187421, ohne die von der Betroffenen geforderten Schwärzungen zu veröffentlichen. 29

Die Bundesnetzagentur beantragt, 30

die Beschwerde zurückzuweisen. 31

Sie ist der Ansicht, dass eine Anfechtungsbeschwerde nicht statthaft sei. Ihr Schreiben vom 04.09.2017 sei mangels Regelungscharakters nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren, sondern diene nur der Information der Betroffenen, wofür bereits dessen äußere Form spreche. Auch die mit Schreiben vom 04.09.2017 lediglich angekündigte Veröffentlichung des Beschlusses vom 06.03.2017 stelle keinen mit der Anfechtungsbeschwerde angreifbaren Verwaltungsakt, sondern schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln dar. 32

Hiervon abgesehen bestünden auch keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Veröffentlichung ohne die Schwärzung der streitgegenständlichen Daten. Die Veröffentlichung beruhe auf § 74 EnWG. Ihr stehe auch nicht § 71 EnWG i.V.m. § 30 VwVfG entgegen. Der Betroffenen gelinge es vorliegend nicht, das erforderliche berechtigte Geheimhaltungsinteresse darzulegen. Der hierauf gerichtete Vortrag der Betroffenen erschöpfe sich in pauschalen Behauptungen, ohne die wettbewerbliche Betroffenheit gemäß den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung konkret und nachvollziehbar darzulegen. 33

Im Hinblick auf den Konzessionswettbewerb sei zu beachten, dass die streitgegenständlichen Daten immer nur Informationen zum Gesamtnetz enthielten. In Netzen, die sich über mehr als ein historisches Konzessionsgebiet erstreckten, seien deshalb keine konzessionsgebietsbezogenen Rückschlüsse möglich. Bei der Betroffenen handele es sich aber um einen Flächennetzbetreiber in Ostsachsen, der ein sehr weit gefächertes Netz über mehrere Gemeinden betreibe. Zudem verkenne die Betroffene, dass sich aus dem Transparenzgebot ergebe, dass die Mitbewerber die Daten, die für die nach ebenfalls transparenten Kriterien zu treffende Vergabeentscheidung relevant seien, ohnehin kennen würden. Darüber hinausgehende Daten seien nicht wettbewerbsschädlich. Auch könnten Mitbewerber keine Wettbewerbsvorteile aus den regulatorischen Daten ziehen, da es sich lediglich um Übersichtsdaten handele, die von einzelnen Unternehmen in der Folge nicht mehr verändert werden könnten. Die in § 46a EnWG genannten Daten seien im Vergleich zu den streitgegenständlichen Summenwerten deutlich detaillierter und ließen eine Bewertung des Netzes bzw. der von der Betroffenen angeführten Netzstruktur im Vorfeld des Vergabeverfahrens zu. Insbesondere sei ein veröffentlichungsbedingter Nachteil mit Blick auf das Auswahlkriterium des preisgünstigen Netzbetriebes nicht ersichtlich. Im Rahmen von Konzessionsvergaben seien die Bewerber um die Konzession oftmals gehalten, Prognosen über die Netzentgelte in 10 oder 15 Jahre vorzunehmen, die von zahlreichen Annahmen abhängen würden. Dies gelte auch für den bisherigen Konzessionsinhaber. Außerdem könnten sie sich über die zu veröffentlichenden Preisblätter und Netzentgelte ein Bild von der Entwicklung der Netzentgelte ihrer Mitbewerber machen. 34

Vorteile im Wettbewerb bei der Betriebsführung und dem modernen Messstellenbetrieb seien nicht ersichtlich, es sei nicht dargetan, welche konkreten Daten insoweit relevant sein sollten. 35

Aus der von der Betroffenen zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung ergebe sich auch nicht, dass etwa Aufwands- und Vergleichsparameter oder die hier in Rede stehenden kalkulatorischen Daten, die von Kalkulationsunterlagen und -ergebnissen zu unterscheiden seien, schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien. 36

Die Regelung des § 31 Abs. 1 ARegV sei auch rechtmäßig. Die darin aufgeführten Daten seien, wie zwischenzeitlich von verschiedenen Oberlandesgerichten festgestellt, keine schutzwürdigen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Soweit die hier streitgegenständlichen Daten von der Veröffentlichungspflicht nach § 31 Abs. 1 ARegV umfasst seien, scheidet eine Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse schon deshalb aus. Warum die in der Erheblichkeitsprüfung enthaltenen Daten als Summenwerte auf hoher Aggregationsebene Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien, sei nicht dargelegt, zumal die Summe der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten ohnehin nach § 31 Abs. 1 Nr. 8 ARegV zu veröffentlichen sei. Gleiches gelte für die Veröffentlichung der Parameter zur Ermittlung des Erweiterungsfaktors und der Jahreshöchstlast. Die Anzahl der Anschluss- und Einspeisepunkte sei bezogen auf die Basisjahrwerte ein Strukturparameter des Effizienzvergleichs und nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV bzw. für das Antrags- und Basisjahr nach § 31 Abs. 1 Nr. 6 ARegV zu veröffentlichen. Die Jahreshöchstlast sei nach § 17 Abs. 2 StromNZV durch den Netzbetreiber selbst zu veröffentlichen. Im Übrigen seien im Effizienzvergleich verwendete Aufwandsparameter, wie sich aus § 13 Abs. 3 ARegV ergebe, idealerweise exogen, also vom Netzbetreiber nicht beeinflussbar. Aus den Angaben zur installierten dezentralen Erzeugung im Netz der Betroffenen in Summe und über das Gesamtnetz gesehen seien keine Rückschlüsse auf die Netzstruktur und einzelne Einspeiser möglich. Etwas anderes könne allenfalls für den Sonderfall gelten, dass lediglich genau eine dezentrale Einspeisung erfolge, was nicht vorgetragen sei. Die Anzahl der dezentralen Einspeiser könne sich zudem auch permanent ändern, so dass eine „Netzausbaustrategie“ aus dem Summenwert nicht erkennbar werde. Außerdem sei die Zahl der dezentralen Einspeiser keine Information, die dem Geschäftsbetrieb des Netzbetreibers zuzurechnen sei. Schwellenwert und Äquivalenzfaktor stellten insoweit rein rechnerische und regulatorische Größen aus den Parametern „installierte dezentrale Erzeugung“ und „Jahreshöchstlast“ dar. Bei den Gewichtungsfaktoren handele es sich um reine Summenwerte von Gesamtkosten des Netzbetreibers, die den einzelnen Netz- und Umspannebenen verursachungsgerecht zugeordnet würden. Der genehmigte Erweiterungsfaktor sei ein aggregierter Wert, aus dem sich konkrete Vorhaben nicht ersehen ließen. Der Erweiterungsfaktor wirke zwar über die Anpassung der Erlösobergrenze in die Zukunft, beziehe sich aber auf bereits getätigte Investitionen in der Vergangenheit. Zudem bestimme er nur eine pauschale Erhöhung der Erlösobergrenze anhand der Änderung von bestimmten Parametern und lasse keine Rückschlüsse auf einzelne bereits getätigte Investitionsmaßnahmen zu. § 12b Abs. 3 EnWG impliziere auch, dass der Gesetzgeber die Kenntnis von Netzentwicklungsplänen nicht als nachteilig angesehen habe. Außerdem seien die in den Erweiterungsfaktor eingehenden Aufwandsparameter keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Wie vom Senat bereits entschieden, stellten die Erlösobergrenzen und deren angepasste Werte ebenfalls keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar. 37

Die Veröffentlichung ohne die geforderten Schwärzungen sei auch nicht ermessensfehlerhaft. Das Ziel einer hohen Transparenz sei im EnWG angelegt und an einigen Stellen explizit gefordert. Es stehe im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben, insbesondere den Richtlinien des dritten Energiebinnenmarktpakets. Etwas Geheimhaltungsinteressen 38

müssten gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an öffentlich verfügbaren Informationen zurückstehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen. 39

II. 40

Die Beschwerde der Betroffenen bleibt insgesamt ohne Erfolg. 41

1. 42

Der Antrag, die Verfügung der Bundesnetzagentur vom 04.09.2017 aufzuheben, ist bereits nicht statthaft, weil er sich nicht gegen ein Verwaltungshandeln richtet, das als belastender Verwaltungsakt mit der Anfechtungsbeschwerde angegriffen werden kann (vgl. Roesen/Johanns in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht (BerlK-EnR), 3. Aufl., § 76 EnWG Rn. 3; Senat, Beschluss v. 29.03.2007, VI-3 Kart 466/06 [V], Rn. 11, NJOZ 2007, 3224, beck-online). 43

Ein Einzelverwaltungsakt gemäß § 35 Satz 1 VwVfG liegt nur dann vor, wenn unmittelbar durch eine hoheitliche Maßnahme für den Betroffenen verbindlich Rechte, Pflichten oder ein Rechtsstatus geregelt werden (vgl. BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 29.04.2008, KVR 28/07, Rn. 10, NJW-RR 2008, 1654 ff. „EDIFACT“, beck-online). Die für den Verwaltungsaktcharakter konstitutive Regelungswirkung ist dann zu bejahen, wenn die Maßnahme darauf abzielt, mit dem Anspruch unmittelbarer Verbindlichkeit und der Bestandskraft fähiger Wirkung unmittelbar subjektive Rechte oder Pflichten des Betroffenen zu begründen, aufzuheben, abzuändern oder verbindlich festzustellen. Abzugrenzen davon sind bloße unverbindliche Hinweise oder sonstige Verlautbarungen, wobei der objektive Erklärungswert maßgeblich ist (vgl. Senat, Beschluss v. 23.09.2009, VI-3 Kart 25/08 [V], BeckRS 2009, 87780, Rn. 32 f.; Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 1 Rn. 144 ff. sowie Stelkens, ebenda, § 35 Rn. 85 ff., beck-online; Ramsauer in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl., § 35 Rn. 51 ff; Pautsch in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, § 35 Rn. 25 ff., juris). 44

Bei der auf dieser Grundlage vorzunehmenden Auslegung beinhaltet das Schreiben vom 04.09.2017 eine verbindliche Regelung weder nach seiner äußeren Form, der von der Bundesnetzagentur verfolgten Zielsetzung noch nach seinem objektiven Sinngehalt. Schon die äußerlich gewählte Form eines Anschreibens, das weder als Anordnung bezeichnet noch mit einem Tenor versehen ist und keinerlei Fristsetzung oder gar Rechtsbehelfsbelehrung enthält, spricht gegen deren Qualifikation als Verwaltungsakt. Daher käme eine Qualifikation als Verwaltungsakt nur dann in Betracht, wenn sich der Regelungscharakter i.S.d. § 35 Abs. 1 VwVfG ohne jeden Zweifel aus dem Inhalt ergäbe (vgl. BVerwG, Urteil v. 30.10.2013, 2 C 23/12 Rn. 33, NVwZ 2014, 676, juris). Dem Inhalt aber lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass die Bundesnetzagentur über die Ankündigung ihrer weiteren Vorgehensweise hinaus rechtsverbindliche Regelungen treffen wollte. Im Übrigen wird auch der Veröffentlichung selbst nach zutreffender Ansicht kein Regelungscharakter zugemessen werde, so dass es sich um nicht um eine Entscheidung i.S.d. § 73 EnWG handelt (Theobald/Werk in: Danner/Theobald, Energierecht, 96. EL, § 74 EnWG Rn. 7, Turiaux in Kment, EnWG, § 74 Rn. 4; zur Parallelvorschrift des § 62 GWB Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl., § 62 Rn. 4). 45

Die Bundesnetzagentur hat in dem Schreiben vom 04.09.2017 auch nicht in rechtsverbindlicher Weise abgelehnt, die von dem Schwärzungsverlangen der Betroffenen umfassten Daten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen. Ein solcher Inhalt ist dem Schreiben weder explizit zu entnehmen noch kann er ihm sinngemäß beigemessen werden.

2. 47

Der hilfsweise gestellte Antrag, die Bundesnetzagentur zur verpflichten, die Veröffentlichung des Beschlusses vom 06.03.2017, Az. BK 8-13/1874-21, ohne die von der Betroffenen geforderten Schwärzungen zu unterlassen, ist zwar zulässig, aber unbegründet. Die Veröffentlichung findet ihre Grundlage in § 74 EnWG. Die Betroffene kann sich gegenüber dem von der Bundesnetzagentur ermessensfehlerfrei angenommenen Veröffentlichungsinteresse nicht auf den unter anderem in § 71 EnWG und § 30 VwVfG verankerten Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen berufen. 48

a) 49

Die Bundesnetzagentur ist nach § 74 EnWG zur beabsichtigten Veröffentlichung des Beschlusses befugt. Denn die Veröffentlichungsbefugnis umfasst auch die Veröffentlichung der Entscheidungsgründe. 50

Nach § 74 S. 1 EnWG sind die Einleitung von Verfahren nach § 29 Abs. 1 und 2 und Entscheidungen der Regulierungsbehörde auf der Grundlage des Teils 3 auf der Internetseite und im Amtsblatt der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen. Nach § 74 S. 2 EnWG können im Übrigen Entscheidungen von der Regulierungsbehörde veröffentlicht werden. 51

In der Literatur ist umstritten, ob sich der Begriff „Entscheidungen“ i.S.d. § 74 EnWG auch auf die Entscheidungsgründe bezieht oder diese nicht umfasst (für ersteres mit der Begründung, dass nur so eine Transparenz der Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur und ihrer Rechtsansichten und damit eine Vereinheitlichung der Gesetzesanwendung erreicht werden könne, Bachert/Elspaß in: Praxiskommentar EnWG, Stand 05-14, § 74 Rn. 5; Turiaux in: Kment, a.a.O., § 74 Nr. 2; letzteres insbesondere unter Bezugnahme auf die Kommentarliteratur zu § 62 GWB Theobald/Werk in: Danner/Theobald, a.a.O., § 74 Rn. 7; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 74 Rn. 1; offengelassen von Bruhn in: BerlK-EnR, a.a.O., § 74 Rn. 5). 52

Jedenfalls die Berechtigung der Bundesnetzagentur zur Veröffentlichung von Entscheidungen nach § 74 S. 2 EnWG geht über die Publikation des Tenors und die Benennung der betroffenen Unternehmen hinaus und erfasst auch die Entscheidungsgründe. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zu § 62 GWB, dem § 74 EnWG in angepasster Form entspricht (BT-Drs. 15/3917, S. 71). § 62 GWB dient der Publizität des Kartellverfahrens. Die dortige Regelung war vor der 6. Novelle in § 58 a. F. enthalten und wurde durch die 7. Novelle der Kartellrechtsreform von 2005 angepasst (Wegfall der meisten Freistellungs- und Missbrauchsverfahren). Die Begr. 1952 sprach ausdrücklich von dem Zweck, „der Öffentlichkeit und den beteiligten Wirtschaftskreisen die Möglichkeit (zu) geben, sich über alle wesentlichen Entscheidungen der Kartellbehörde zu unterrichten“. Der Gesetzgeber hat sodann in der Begründung zur 7. GWB-Novelle ausdrücklich darauf hingewiesen, dass von der in § 62 GWB normierten Veröffentlichungspflicht die Möglichkeit unberührt bleibt, kartellbehördliche Verfügungen in geeigneter Form - z.B. auf der Internetseite der Kartellbehörde - im vollen Wortlaut oder in gekürzter Form zu veröffentlichen (BT-Drs. 15/3640, S. 64). 53

Diese Überlegungen lassen sich ohne Weiteres auf die regulierungsbehördlichen Entscheidungen der Bundesnetzagentur übertragen. Die Ermächtigung folgt aus der hoheitlichen Aufgabenzuweisung an die Bundesnetzagentur, die Normen des EnWG durchzusetzen. Mit ihr geht eine Ermächtigung zu sachlicher und richtiger Information der Öffentlichkeit über das Behördenhandeln einher (so für die kartellbehördlichen Entscheidungen und die parallele Vorschrift des § 62 GWB Bach in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 62 Rn. 9). Die Veröffentlichung von Behördenentscheidungen erleichtert die eigenverantwortliche Anwendung der Normen des Energiewirtschaftsrechts. Die Bundesnetzagentur schafft diese Transparenz über die von ihr geführten Verfahren und wird so den Anforderungen an die Publizität des energiewirtschaftsrechtlichen Regulierungsverfahrens gerecht. 54

b) 55

Das Schwärzungsverlangen der Betroffenen ist unbegründet, weil es sich bei den im Einzelnen streitgegenständlichen, unternehmensbezogenen Daten jeweils nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse i.S.d. §§ § 71 EnWG, § 30 VwVfG handelt. 56

aa) 57

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich 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, Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen (BVerfG, Beschluss v. 14.03.2006, 1 BvR 2087, 2111/03 Rn. 87, BVerfGE 115, 205, 230 f. „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, in-camera-Verfahren“; BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 21.01.2014, EnVR 12/12 Rn. 76 f., RdE 2014, 276 ff. „Stadtwerke Konstanz GmbH“; BVerwG, Urteil v. 24.09.2009, 7 C 2/09 Rn. 50 ff., BVerwGE 135, 34 ff.). Für die Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis sind daher vier Kriterien – die Unternehmensbezogenheit, die Nichtoffenkundigkeit, der Geheimhaltungswille und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse – maßgeblich. Im Hinblick auf das letztgenannte Element, das demzufolge auf der Tatbestands- und nicht der Rechtsfolgenseite zu prüfen ist, kommt es im Wesentlichen darauf an, ob die Preisgabe der Information bei objektiver Betrachtung geeignet ist, spürbar die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu beeinflussen, also entweder die eigene Stellung im Wettbewerb zu verschlechtern oder die des Konkurrenten zu verbessern (vgl. auch Senat, Beschluss v. 14.03.2007, VI-3 Kart 289/06 Rn. 7, RdE 2007, 130 ff. m.w.N.). So können etwa Umsätze, Ertragslage, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, wenn durch sie die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens maßgeblich bestimmt werden können (vgl. BVerfG, a.a.O. Rn. 87). Davon abzugrenzen sind Informationen, die keinen Einfluss auf die Stellung des betreffenden Unternehmens im Wettbewerb haben, an deren Geheimhaltung kein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht oder die schon den Status der Nichtoffenkundigkeit verloren haben, weil sie auf normalem Wege und ohne große Schwierigkeiten beschafft werden können (vgl. Gurlit in: BerlK-EnR, a.a.O., § 71 EnWG Rn. 6 ff.; Theobald/Werk in: Danner/Theobald, a.a.O., § 71 Rn. 5 ff.; Karalus/Schreiber in: Holznapel/Schütz, ARegV, § 31 Rn. 21; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 67 Rn. 9; Turiaux in: Kment, a.a.O., § 67 Rn. 7 f.; Ruthig in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, 58

Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl., S. 783 ff.; Franke in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 19 Rn. 30 ff.). Die Anerkennung eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses scheidet insbesondere aus, wenn Daten wegen ihres hohen Aggregationsgrades oder aus sonstigen Gründen keine hinreichenden Schlüsse auf geheimhaltungsbedürftige Informationen erlauben (Breiler in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 87. Lieferung 8.2016, § 72 GWB Rn. 27; OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Beschluss v. 22.01.2003, VI-Kart 21/02 [V] Rn. 34, WuW/E DE-R 1070 ff. „Energie-AG Mitteldeutschland“).

bb) 59

Allein aus dem Umstand, dass die Betroffene als Betreiberin eines Stromverteilernetzes in ihrem Netzgebiet für die Bereitstellung von Netznutzungsdienstleistungen ein sog. natürliches Monopol besitzt, folgt allerdings nicht, dass es sich bei ihren Unternehmensdaten nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handeln kann und sie durch die Offenlegung von Aufwands- und Strukturparametern keine Wettbewerbsnachteile zu befürchten hat. Auch einem Monopolisten, der in seinem operativen Kerngeschäft keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, kann grundsätzlich ein Anspruch auf Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse zustehen, wenn und soweit er daran ein berechtigtes Interesse hat (so bereits Senat, Beschluss v. 14.03.2007, VI-3 Kart 289/06 [V]). Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst im Nichtannahmebeschluss vom 26.09.2017 (1 BvR 1486/16 u.a., NJW 2017, 3507, Rn. 33) ausgeführt, dass Netzbetreiber 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 und daher an der Nichtverbreitung von Informationen, über die sich Rückschlüsse über die Ausbaustrategie oder die getätigten Investitionen ableiten lassen, ein berechtigtes Interesse haben (vgl. auch BGH, BeckRS 2014, 04688 Rn. 77, NVwZ-RR 2014, 473 Ls.; Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR), Stellungnahme v. 05.07.2017 zur „Publikation von energierechtlichen Entgelt- und Kostenentscheidungen der Bundesnetzagentur zwischen Transparenz und Geheimnisschutz, abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de, S. 7 ff).

cc) 61

Es ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich, dass die Veröffentlichung der streitgegenständlichen, vom Schwärzungsbegehren umfassten netzbetreiberbezogenen Daten bei objektiver Betrachtung geeignet ist, spürbar die Wettbewerbsfähigkeit der Betroffenen zu beeinflussen. 62

Es bedarf insoweit zwar keines Nachweises einer konkreten wettbewerblichen Verletzung. Der Netzbetreiber muss aber im Einzelnen darlegen, inwiefern die Veröffentlichung der im Rahmen der Anreizregulierungsmethodik gewonnenen unternehmensspezifischen Daten konkret geeignet ist, die Wettbewerbsposition seines Unternehmens nachteilig zu beeinflussen (OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Beschluss v. 22.01.2003, VI Kart 21/02 [V], BeckRS 2003, 11035). Auch der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es substantiierten Sachvortrags dazu bedarf, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse ein Marktteilnehmer welche Nachteile zu befürchten hätte (vgl. BGH Urteil v. 14.04.2014, EnZR 11/14, EnWZ 2015, 328 „Gasnetz Springe“; Urteil v. 20.07.2010, EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 35 „Stromnetznutzungsentgelt IV“). Dies steht im Einklang mit den Anforderungen, die das Bundesverwaltungsgericht an die Darlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen stellt: Ob und in welchem konkreten Umfang ein Wettbewerber aus bestimmten Informationen Nutzen ziehen und das Bekanntwerden dieser Informationen im 63

Wettbewerb nachteilig sein kann, ist nachvollziehbar und plausibel darzulegen (BVerwG, Urteil v. 24.09.2009, 7 C 2.09, Rn. 59). Auch das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt im Urteil vom 07.11.2017 (2 BvE/11, BeckRS 2017, 130229) ausgeführt, dass die Bundesregierung nicht nur formelhaft, sondern substantiiert begründen müsse, wenn sie Auskünfte aufgrund des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts des Deutschen Bundestages unter Berufung auf nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verweigere.

Eine Wettbewerbsrelevanz der streitgegenständlichen unternehmensbezogenen Daten im Hinblick auf die in Betracht kommenden Wettbewerbsverhältnisse hat die Betroffene indes nicht dartun können. Im Wesentlichen ergibt sich dies bereits aus den Erwägungen, die Gegenstand der - nicht rechtskräftigen - Senatsbeschlüsse vom 14.03.2018 (VI-3 Kart 23/17 [V], veröffentlicht ist die Entscheidung im Parallelverfahren VI-3 Kart 11/17 [V] in BeckRS 2018, 15367) und 11.07.2018 (VI-3 Kart 105/17 [V]) in zwei Beschwerdeverfahren sind, in denen sich die Betroffene gegen die Veröffentlichung unternehmensbezogener Daten nach § 31 Abs. 1 ARegV bzw. der in der 1.-3. Regelungsperiode im Effizienzvergleich verwendeten Aufwands- und Vergleichsparameter im Rahmen der Konsultation des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gewandt hat. Die in diesen Beschwerdeverfahren streitgegenständlichen Daten sind mit den vom Schwärzungsverlangen betroffenen Daten teilweise identisch, jedenfalls aber im Aussagegehalt und damit der Wettbewerbsrelevanz vergleichbar, so dass die dortigen Ausführungen auf diesen Rechtsstreit übertragbar sind. Neuen Vortrag, der zu einem anderen Ergebnis führen könnte, hat die Betroffene nicht gehalten.

64

Im Hinblick auf die vom Schwärzungsverlangen im Einzelnen umfassten Daten gilt Folgendes, wobei sich der Senat aus Gründen der Übersichtlichkeit an die Gliederung in der Beschwerdeschrift anlehnt (die Nummerierung entstammt jeweils der Anlage Bf 3):

65

Kalenderjährliche Erlösobergrenze und deren angepasster Wert (Nrn. 63-72)

66

Weder die kalenderjährliche Erlösobergrenze noch ihr nach § 4 Abs. 3 und 4 ARegV angepasster Wert sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen.

67

(1)

68

Die zu veröffentlichenden Werte entstammen schon nicht dem Unternehmen, sondern sind das Ergebnis behördlicher Prüfung; überdies entsprechen sie nicht den tatsächlichen Umsätzen, weil sie bereits vor Beginn der Regulierungsperiode festgelegt werden und im Verlauf der Regulierungsperiode Anpassungsmöglichkeiten unterliegen.

69

Die Erlösobergrenze wird nach § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 1 ARegV von Amts wegen unter Berücksichtigung der geprüften Netzkosten des jeweiligen Netzbetreibers und anhand der Regulierungsformel durch die Regulierungsbehörde vorgegeben, um – anders als etwa bei einer rein kostenbasierten Regulierung – Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zu schaffen. Gelingt es dem Netzbetreiber, im Verlauf einer Regulierungsperiode seine Kosten zu senken, vergrößert er wegen der festgelegten Erlösobergrenze seinen Gewinn. Die Anreizregulierung basiert damit auf einem Rechenmodell, bei dem die genehmigten Erlöse für die Dauer der Anreizregulierungsperiode von den unternehmensspezifischen Kosten entkoppelt werden, denn gerade dadurch soll der Anreiz verstärkt werden, sich fortwährend kosteneffizient zu verhalten (ausführlich zur Regulierungsmethodik Krüger in: Holznagel/Schütz, a.a.O., § 7 Rn. 2, 6 ff.; Beyer/Keller in: Drukarczyk/Ernst, Branchenorientierte Unternehmensbewertung, 3. Aufl., S. 422). Die Erlösobergrenze wird nach Maßgabe der §§ 5 bis 16, 19, 22, 24 und 25 ARegV bestimmt,

70

was in Anwendung der Regulierungsformel (vgl. Anlage zu § 7 ARegV) ebenfalls dazu führt, dass ein Rückschluss auf konkrete Daten des Unternehmens schon nicht möglich ist. Da sich die Erlösobergrenze aufgrund der in § 4 Abs. 3 und 4 ARegV vorgesehenen Anpassungsmöglichkeiten im Verlauf der Regulierungsperiode der Höhe nach verändern kann, handelt es sich um eine reine Momentaufnahme, die Rückschlüsse auf den tatsächlich zu erwartenden Umsatz nicht zulässt. Auch wenn die Kostenprüfung ihre Grundlage in den aus den handelsrechtlichen Jahresabschlüssen *abgeleiteten* Tätigkeitenabschlüssen hat und damit das Ausgangsniveau der Erlösobergrenze von der Kostenprüfung des Netzbetreibers abhängt, so ist die Erlösobergrenze selbst Folge nicht nur der Kostenprüfung, sondern auch des Effizienzvergleichs unter den Netzbetreibern (ebenso WAR, a.a.O., S. 8).

(2) 71

Da mit ihnen die Obergrenzen der zulässigen Gesamterlöse eines Netzbetreibers aus den Netzentgelten festgelegt werden, sind die Erlösobergrenzen zwar – zusammen mit dem jährlichen Aufwand für die Errichtung und den Betrieb der Netze – *mitbestimmend* für die betriebswirtschaftliche Profitabilität der Netzbetreiber. Sie lassen aber keine konkreten Rückschlüsse auf ihr unternehmerisches Handeln insbesondere in Bezug auf vor- oder nachgelagerte Märkte, eine etwaige Markt- und Geschäftsstrategie, ihre Liquidität oder Bonität zu. Gegen eine Qualifikation als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis spricht überdies, dass die Netzbetreiber weitgehenden Transparenzvorgaben unterliegen. Nicht nur sind sie gem. § 27 StromNEV verpflichtet, die aus den Erlösobergrenzen nach Maßgabe des § 17 ARegV umgesetzten Netznutzungsentgelte auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen. Daneben trifft sie seit dem 01.04.2012 auch die Publizitätspflicht nach § 6b Abs. 1 Satz 1 EnWG: Ungeachtet ihrer Eigentumsverhältnisse und ihrer Rechtsform sind sie verpflichtet, für ihren Stromnetzbetrieb jeweils separate Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen nach den Maßstäben des Handelsrechts aufzustellen und diese im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen (§ 6b Abs. 4 Satz 1 EnWG). Diese enthalten aussagekräftige, aktuelle und umfassende Informationen über die tatsächliche Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens (vgl. § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB) und damit auch zu den konkreten Umsatzerlösen im jeweiligen Berichtsjahr. Diese Publizitätspflicht führt - zumindest nach Entstehen der jeweiligen Offenlegungspflicht - grundsätzlich dazu, dass es an einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse bzw. einem Betriebsgeheimnis der betroffenen Gesellschaft fehlt (vgl. zu § 325 HGB: BGH, Urteil v. 08.11.1999, II ZR 7/98 Rn. 14, WM 1999, 2548).

Dass nach dem Evaluierungsbericht der Bundesnetzagentur vom 21.01.2015 unter anderem Banken und Investoren in der Vergangenheit die fehlende Transparenz des Regulierungsverfahrens bemängelt haben, impliziert im Übrigen lediglich ein Interesse, die Ergebnisse der Regulierung nachvollziehen zu können, ohne dass dies den Schluss zuließe, dass Banken und Investoren den betreffenden Informationen auch einen für Investitionsentscheidungen bedeutsamen Aussagegehalt zumessen würden. 73

(3) 74

Im Hinblick auf den Konzessionswettbewerb scheidet eine Wettbewerbsrelevanz der Erlösobergrenzen schon wegen der Besonderheiten des Konzessionsvergabeverfahrens aus. 75

Wenn die Betroffene eine auslaufende Konzession verteidigt oder eine neue gewinnen möchte und insoweit mit anderen Unternehmen im sog. Konzessionswettbewerb, dem „Wettbewerb um das Netz“ steht, so wird dieser Wettbewerb maßgeblich durch das in §§ 46 Abs. 2 – 4, 46a EnWG vorgegebene Vergaberegime initiiert, mit dem im Interesse der 76

Letztverbraucher an niedrigen Energiepreisen Wettbewerb geschaffen werden soll. Danach dürfen die Konzessionsverträge höchstens über eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG). Das Vertragsende sowie die vom Altkonzessionär nach § 46a EnWG zur Verfügung zu stellenden netzrelevanten Daten sind vor einem Neuabschluss gem. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG bekannt zu machen. Nach § 46 Abs. 4 EnWG ist die Kommune bei ihrer Auswahlentscheidung materiell den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Die Entscheidungskriterien der Kommune und deren Gewichtung unterliegen – wie die netzrelevanten Daten des § 46a EnWG - ebenfalls dem Transparenzgebot; sie sind jedem Interessenten mitzuteilen (§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG).

Der Konzessionsinhaber hat mithin der Kommune - und damit auch den Mitbewerbern gegenüber – für die Durchführung des Auswahlverfahrens eine Fülle von Daten, die die Netzstruktur, die möglichen Kosten einer Netzübernahme und die dann ggfs. zu erzielende Rendite betreffen, nach Maßgabe des § 46a EnWG offen zu legen. Um den Bewerber um einen neuen Konzessionsvertrag in die Lage zu versetzen, den wirtschaftlichen Wert des Energienetzes bestimmen zu können, müssen die potentiellen Bieter bei der vor Angebotserstellung gebotenen Wirtschaftlichkeitsprüfung wissen, wie effizient ein Netz ist und welche Maßnahmen ggfs. zur Kostensenkung nötig sind, und hierfür umfangreiche Netzinformationen zum Sach- und Ertragswert erhalten, wie Angaben zu den kalkulatorischen Restwerten und kalkulatorischen Nutzungsdauern (BGH Urteil v. 14.04.2015, EnZR 11/14, KommJur 378, 380, beck-online) oder auch Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung (vgl. nur: Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Aufl., (2015), S. 17 Rn. 40 lit. h)).

77

Dass der Zeitpunkt der Offenbarung der streitgegenständlichen Daten für die Betroffene als Altkonzessionärin im Konzessionswettbewerb nachteilig sein könnte, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Denn auch die Daten nach §§ 46, 46a EnWG müssen schon für die Entscheidung über die Teilnahme am Konzessionsvergabeverfahren den einzelnen Bietern vorliegen, damit diesen unter Berücksichtigung der Kosten des Angebots und der zukünftigen Erträge eine Entscheidung möglich ist (BGH a.a.O.). Eine frühzeitige Kenntnisnahmemöglichkeit besteht damit bei allen potentiellen Bietern und nicht nur bei denjenigen, die sich tatsächlich am Vergabeverfahren beteiligen.

78

Soweit der Bundesgerichtshof in der vorzitierten Entscheidung erkannt hat, dass dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Rahmen der Auskunftspflichten nach §§ 46, 46a EnWG dadurch ausreichend Rechnung getragen wird, dass nur eine Information der (potentiellen) Bieter und nicht etwa der gesamten Öffentlichkeit erfolgt, so bezog sich die Entscheidung gerade auf die Auskunft über die kalkulatorischen Restwerte und die kalkulatorischen Nutzungsdauern für sämtliche Anlagen des zu überlassenden Versorgungsnetzes, die mit den hier streitgegenständlichen Daten nicht vergleichbar sind. Die durch die beabsichtigte Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten erfolgende Erweiterung des Adressatenkreises über die (potentiellen) Bieter offenbarten Auskünften nach §§ 46, 46a EnWG hinaus aber auch deshalb keinen Bedenken, da die Betroffene geltend macht, gerade durch die Kenntnis der potentiellen Mitbewerber im Konzessionswettbewerb behindert zu werden.

79

Hinzu kommt, dass sich das Netzgebiet der Betroffenen unstreitig über mehrere Konzessionsgebiete erstreckt. Die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen und ihr angepasster Wert sind jedoch auf das Gesamtnetz bezogene Daten, so dass ein Erklärungswert bezogen

80

auf ein einziges Konzessionsgebiet ausscheidet. Dies gilt auch für alle anderen streitgegenständlichen, netzgebietsbezogenen Daten, die keinen Rückschluss darauf zulassen, dass sie - wie einzelne in Anlage 4 aufgeführten Erweiterungsinvestitionen - nur einem bestimmten Konzessionsgebiet zuzuordnen sind.

(4) 81

Im Übrigen veröffentlicht die Regulierungsbehörde nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ARegV auf ihrer Internetseite netzbetreiberbezogen in nicht anonymisierter Form insbesondere den Wert der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 2 S. 1 und den nach § 4 Abs. 3 und 4 angepassten Wert der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen. Zwar führt dies nicht zu einer der Schutzbedürftigkeit entgegenstehenden Offenkundigkeit der hier streitgegenständlichen Daten, da die Parteien um die ungeschwärzte Veröffentlichung von Daten streiten, die die 2. Regulierungsperiode betreffen. Der Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze vom 07.04.2015 bezieht sich auf die Jahre 2014-2018. Die Veröffentlichungspflichten nach § 31 Abs. 1 ARegV sind hingegen erst durch die Verordnung vom 14.09.2016 (BGBl. I S. 2147) mit Wirkung zum 17.09.2016 eingeführt worden, so dass die Bundesnetzagentur auf dieser Grundlage erst die Daten der 3. Regulierungsperiode veröffentlicht hat. Es ist aber umso weniger erkennbar, welchen geheimhaltungsbedürftigen Inhalt der 2. Regulierungsperiode entstammende Daten haben sollten, wenn die Daten der nachfolgenden Regulierungsperiode offenkundig, da veröffentlicht sind. Es ist nicht erkennbar, dass - insbesondere bei potentiellen Vertragspartnern auf vor- und nachgelagerten Märkten etwa für Kapital oder Dienstleistungen - ein besonderes Interesse an solchen historischen Daten bestehen sollte.

Erweiterungsfaktor (Nrn. 1, 57-62) und Parameter zur Ermittlung des Erweiterungsfaktors (Nrn. 2-11, 19-25, 29-35, 29-35) 83

Entgegen der von der Betroffenen geäußerten Einschätzung ist die Offenlegung des Summenwerts der Parameterwerte und jährlichen Anpassungsbeträge der Erlösobergrenzen für den Erweiterungsfaktor nicht geeignet, exklusive technische oder kaufmännische Informationen offenzulegen und so ihre etwaige Wettbewerbsposition zu schwächen.

(1) 85

Dass die verwendeten Parameterwerte und der aus dem Erweiterungsfaktor resultierende jährliche Anpassungsbetrag der Erlösobergrenze einen konkreten Rückschluss auf eine - bereits erfolgte oder zukünftige - Investitionstätigkeit des Netzbetreibers in das Netz ermöglicht und diesen in seiner wettbewerblichen Stellung benachteiligen kann, ist schon wegen der Pauschalität dieses Rückschlusses und der Vielzahl der vom Netzbetreiber bislang veröffentlichten Netzinformationen nicht ersichtlich. Insbesondere liefern etwa die nach § 27 StromNEV zu veröffentlichenden Strukturdaten aussagekräftige Angaben zur Netzstruktur eines Stromverteilernetzes. Zudem handelt es sich bei ihnen um exogene, nicht beeinflussbare Parameter, die die Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers beschreiben und auch von daher keinen Rückschluss auf seine Kostenstruktur und seine geschäftliche Ausrichtung zulassen.

Soweit der Netzbetreiber auf nachgelagerten Märkten, etwa als Anbieter von Dienstleistungen außerhalb des regulierten Bereichs „Netzbetrieb“ tätig wird, und er ein berechtigtes Interesse hat, alle nicht offenbaren Informationen, die die diesbezüglichen wirtschaftlichen Verhältnisse seines Netzbetriebs maßgeblich bestimmen, nicht offen zu legen, so sind die regulatorischen Daten - zu denen im Übrigen keine Daten zur Anzahl von Messstellen gehören - gleichfalls nicht aussagekräftig. Dies gilt auch, soweit der

Netzbetreiber mit anderen Netzbetreibern hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit im Qualitätswettbewerb steht und er ein wirtschaftliches Interesse daran haben kann, bei vergleichbarem Aufwand eine bessere Netzzuverlässigkeit als andere zu erzielen und damit seine nicht offenkundigen Konzepte und Maßnahmen, die bei vergleichbarem Aufwand ursächlich für eine bessere Netzzuverlässigkeit sind, nicht zu offenbaren (vgl. auch BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 22.07.2014, EnVR 59/12 Rn. 44, RdE 2014, 495 ff. „Stromnetz Berlin GmbH“). Dass solche Konzepte oder Maßnahmen durch die hier streitgegenständlichen Parameter als hoch aggregierte bzw. exogene, nicht beeinflussbare Daten offenbar werden könnten, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Inwieweit die – ohnehin netz- und nicht konzessionsgebietsbezogen angegebenen - Parameterdaten zu den Anschluss- und Einspeisepunkten dritter Netzbetreiber Erkenntnisse liefern könnten, die diesen Vorteile in künftigen Konzessionsvergabeverfahren bringen sollten, ist aus den bezüglich der Erlösobergrenzen bereits dargelegten Gründen nicht ersichtlich.

(2) 88

Die Veröffentlichung des Erweiterungsfaktors und der zugrunde liegenden Parameter erfolgt im Übrigen auch nach § 31 Abs. 1 Nr. 6 ARegV, wonach die verwendeten Parameterwerte und die jährlichen Anpassungsbeträge der Erlösobergrenze für den Erweiterungsfaktor nach § 4 Abs. 4. S. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 10 als Summenwert zu veröffentlichen sind, so dass die diesbezüglichen, zeitlich aktuelleren Daten für die 3. Regulierungsperiode offenkundig sind. 89

Teilweise handelt es sich bei den streitgegenständlichen Daten auch um – bezogen auf das Basisjahr - nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV zu veröffentlichende, da nach § 13 im Effizienzvergleich verwendete Vergleichsparameter. Soweit im Beschluss vom 06.03.2017 die Parameter nicht nur netz-, sondern auch spannungs- bzw. umspannungsebenenbezogen angegeben sind, sind keine Gründe erkennbar, mit welchem wettbewerbsrelevanten Erkenntnismehrgewinn dies für die Marktbeteiligten verbunden sein sollte. 90

Ohne Erfolg führt die Betroffene in diesem Zusammenhang an, es sei bereits höchstrichterlich entschieden, dass die den Effizienzwerten zugrundeliegenden Aufwands- und Vergleichsparameter als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu gelten hätten. Ein solches Verständnis lässt sich den herangezogenen höchstrichterlichen Entscheidungen (BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 26.09.2017, 1 BvR 1486/16, 1 BvR 1487/16, 1 BvR 2490/16, 1 BvR 2491/16 Rn. 33; BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 21.01.2014, EnVR 12/12 Rn. 77 ff. „Stadtwerke Konstanz“) nicht entnehmen. In den zu Grunde liegenden Fallkonstellationen ging es jeweils um die Frage, ob „eine umfassende Einsicht in das dem Effizienzvergleich zu Grunde liegende Datenmaterial“ bzw. in die den Entgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG zugrundeliegenden Antragsunterlagen verlangt werden kann, denen sich detaillierte Angaben zu Kosten und damit zu den bei Netzbetreibern anfallenden Kostenarten sowie zu weiteren netzwirtschaftlichen Parametern entnehmen lassen. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang ein umfassendes Einsichtsrecht von Verteilernetzbetreibern in die Gesamtheit der im Rahmen des Effizienzvergleichs erhobenen Einzelangaben der beteiligten Unternehmen mit der Begründung abgelehnt, dass es sich um schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele. Eine für die vorliegend streitgegenständliche Veröffentlichung vorgreifliche Entscheidung, dass es sich bei den hier konkret streitgegenständlichen Einzeldaten um schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, liegt darin nicht. 91

Gewichtung (Nrn. 38-44, 94-104) 92

93

Nach Anlage 2 zu § 10 ARegV ist der Erweiterungsfaktor für das gesamte Netz der gewichtete Mittelwert über alle Netzebenen.

Die Gewichtung nach Netzebenen lässt - entgegen der Annahme der Betroffenen - keinen Rückschluss auf Kosten- und Netzstrukturen der Betroffenen sowie deren Liquidität und Bonität zu. Es handelt sich um reine Summenwerte von Gesamtkosten des Netzbetreibers, die den einzelnen Netz- und Umspannebenen verursachungsgerecht zugeordnet werden. Es könnte daher allenfalls ein sehr allgemeiner Rückschluss darauf möglich sein, wie sich die Kosten der Betroffenen auf die Kostenstellen der betroffenen Netzebenen verteilen. Es ist indes nicht ersichtlich, welche Markbeteiligten im Hinblick auf die hier relevanten Wettbewerbsverhältnisse aus einer solchen Information einen Erkenntnisgewinn ziehen könnten, der für die Betroffene im Wettbewerb nachteilig wäre. Angesichts der Pauschalität der Information ist insbesondere nicht ersichtlich, dass Banken oder andere Kreditgeber diese in ihre Entscheidungsfindung einbeziehen würden. Im Konzessionswettbewerb sind entsprechende Informationen, soweit für die Vergabeentscheidung relevant, ohnehin bekannt.

Jahreshöchstlast (Nrn. 26, 27, 36, 37, 45, 46) 95

Soweit die Jahreshöchstlast ebenfalls einen Parameter zur Ermittlung des Erweiterungsfaktors und einen nach § 13 ARegV im Effizienzvergleich verwendeten Vergleichsparameter darstellt, kann zunächst auf die vorstehenden Ausführungen zu diesen Parametern Bezug genommen werden. 96

Ergänzend hierzu gilt, dass sich allgemeine Rückschlüsse auf die Dimensionierung des Netzes, die sich aus der potentiellen Jahreshöchstlast ziehen lassen, in vergleichbarer Weise auch aus den nach § 27 StromNEV ohnehin veröffentlichten Strukturdaten ziehen lassen. Solche Rückschlüsse sind in ihrer Allgemeinheit im Nachfragewettbewerb um Kapital und Dienstleistungen nicht aussagekräftig. Nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 StromNZV sind Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen verpflichtet, die Jahreshöchstlast und den Lastverlauf als viertelstündige Leistungsmessung zu veröffentlichen. Die hier streitgegenständlichen Daten betreffen die zeitgleiche Jahreshöchstlast, allerdings bezogen auf die Spannungsebenen HS/MS bzw. MS/NS. Es ist indes nicht vorgetragen und auch insoweit nicht ersichtlich, dass sich die Kenntnis gerade der auf die genannten (Um-)Spannungsebenen bezogenen Angaben auf eines der in Betracht kommenden Wettbewerbsverhältnisse auswirken könnte. 97

Installierte dezentrale Erzeugungsleistung (Nrn. 47-50) 98

Auch die ungeschwärzte Veröffentlichung der Angaben zur installierten dezentralen Erzeugungsleistung, bezogen auf die Spannungs- und Umspannungsebenen MS, NS, HS/MS und MS/NS, begegnet keinen Bedenken. Da die Angabe bezogen auf das Gesamtnetz und in Summe erfolgt, sind keine belastbaren Rückschlüsse auf die Netzstruktur und einzelne Einspeiser möglich. Dass es nur einen einzigen dezentralen Einspeiser gäbe, dem die Daten zugeordnet werden könnten, ist von der Betroffenen nicht geltend gemacht. Dies hätte aber auch keinen relevanten Einfluss auf den geringen Aussagegehalt der diesbezüglichen Daten, da die installierte dezentrale Erzeugungsleistung vom Netzbetreiber nicht beeinflusst werden und sich jederzeit ändern kann. 99

Schwellenwert und Äquivalenzfaktor (Nrn. 12-17, 51-56) 100

Der Schwellenwert gibt das Verhältnis von installierter dezentraler Erzeugung und Jahreshöchstlast an, während der Äquivalenzfaktor durch die Bundesnetzagentur 101

mathematisch aus den Schwellenwerten abgeleitet wird. Da aber die zugrunde liegenden Daten zu installierter dezentraler Erzeugung und Jahreshöchstlast keine schützenswerten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind, gilt dies naturgemäß auch für die daraus abgeleiteten Daten.

Erheblichkeitsprüfung, Herleitung der BNetzA-Werte, Kostenprüfung (Nrn. 73-93) 102

Die verschiedenen Daten, die in der Erheblichkeitsprüfung (Anlage 3 zum Beschluss) bzw. der Ermittlung der Gewichtung (Anlage 5 zum Beschluss) aufgeführt und nach Ansicht der Betroffenen zu schwärzen sind, sind ebenfalls keine schützenswerten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. 103

(1) 104

Die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 bzw. deren jährliche Anpassung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV entstammen schon nicht dem Unternehmen, sondern sind – wie die behördlich festgelegte Erlösobergrenze, deren Bestandteil sie sind - das Ergebnis der Prüfung durch die Regulierungsbehörde, die über die Anerkennung der in Ansatz gebrachten Kosten dem Grunde wie auch der Höhe nach entscheidet. Die Offenlegung der Höhe des gesamten Kostenblocks dauerhaft nicht beeinflussbarer Kosten als aggregiertem Summenwert, der aus den verschiedenen Kosten und Erlösen nach dem enumerativ ausgestalteten Katalog des § 11 Abs. 2 Nr. 1–17 ARegV resultiert, lässt zudem ersichtlich weder einen Rückschluss auf das zugrunde liegende Datenmaterial noch - im Verhältnis zu den beeinflussbaren Kostenanteilen - auf ein konkretes Einsparpotential zu. Schließlich spricht auch das Wesen dieser Kostenanteile, die als „dauerhaft nicht beeinflussbar“ gelten, ersichtlich gegen ihre wettbewerbliche Relevanz. 105

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ergibt sich nichts anderes aus der von ihr zitierten Entscheidung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vom 14.04.2015 (EnZR 11/14, EnWZ 2015, 328 ff. „Gasnetz Springe“). Auch in dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof lediglich festgehalten, dass es sich bei den von dem Altkonzessionär an die Kommune herauszugebenden kalkulatorischen Netzdaten, die u.a. Angaben zu den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, dem Jahr ihrer Aktivierung, den kalkulatorischen Restwerten, den kalkulatorischen Nutzungsdauern für die laufende Abschreibung und den kalkulatorischen Restwerten enthalten (s.a. die Neuregelung des § 46a EnWG), in ihrer Gesamtheit um schützenswerte Geschäftsgeheimnisse handelt (BGH, a.a.O. Rn. 24 f.). Daraus folgt aber nicht, dass es sich bei dem Kostenblock der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten als aggregiertem Summenwert um ein Geschäftsgeheimnis handelt. 106

Im Übrigen sind die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV sowie deren jährliche Anpassung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV als Summenwert nach § 31 Abs. 1 Nr. 8 ARegV zu veröffentlichen, d.h. die aktuelleren Daten für die 3. Regulierungsperiode sind offenkundig. 107

(2) 108

Hinsichtlich der Veröffentlichung des „Ausgangsniveaus“, der „Gesamtkosten aller Erweiterungsmaßnahmen“, der von der Bundesnetzagentur angepassten Werte des „Ausgangsniveaus ohne die Netz- und Umspannebene HöS, HöS/HS und HS“ sowie der „Dauerhaft nichtbeeinflussbaren Kosten im Ausgangsniveau ohne Netz- bzw. Umspannebene HöS, HöS/HS und HS (..)“ hat die Betroffene lediglich geltend gemacht, dass diese nicht in § 109

31 Abs. 1 ARegV aufgeführt seien. Angesichts des hohen Aggregationsgrades dieser regulatorischen Daten ist indes nicht ersichtlich, worauf sich ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse stützen könnte. Zu den verschiedenen in Anlage 4 enthaltenen Daten (Nrn. 85 ff.) fehlt jedweder Vortrag zu ihrer Relevanz für die in Betracht kommenden Wettbewerbsverhältnisse. Eine solche ist auch nicht erkennbar. So lassen sich etwa Eigen- und Fremdkapitalquoten auch den Jahresabschlüssen entnehmen.

3. 110

Der hilfsweise zum Unterlassungsantrag gestellte Feststellungsantrag bleibt – seine Zulässigkeit dahingestellt – ebenfalls ohne Erfolg, da die ungeschwärzte Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten durch die Bundesnetzagentur rechtmäßig ist. 111

III. 112

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hatte, ist es sachgerecht, ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. 113

IV. 114

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG). 115

Rechtsmittelbelehrung: 116

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen 117

bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).