

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

13 U 52/13

21 O 10/11 Landgericht Hannover

Verkündet am
9. Januar 2014

... ,

Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

... AG, vertreten durch den Vorstand, ... ,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro ... ,

gegen

Stadt S., vertreten durch den Bürgermeister ... ,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ... ,

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 1. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Hannover vom 28. Februar 2013 wird zurück-gewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das angefochtene Urteil und dieses Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 55.000 € abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin schloss mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (H.) am 28. Juni 1989 einen Konzessionsvertrag über die Gasversorgung im Stadtgebiet S., der später bis zum 30. Juni 2014 verlängert wurde. Sie verlangt in dem vorlie-genden Verfahren zur Vorbereitung der Neuvergabe des Konzessionsvertrages von der Beklagten die Übermittlung bestimmter Netzdaten, insbesondere der his-torischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und der kalkulatorischen Rest-werte sowie Nutzungsdauern.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz sowie der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, nach § 242 BGB seien im Rahmen der Zumutbarkeit die notwendigen Informationen zu erteilen, damit die Klägerin den gesetzlichen Vorgaben entsprechend die Entscheidung über die Verlängerung des mit der Beklagten bestehenden Konzessionsvertrags oder die Vergabe an ein anderes Unternehmen treffen könne. Die mit dem Klagantrag begehrten Daten seien erforderlich, damit Interessenten den Ertragswert des Netzes robust schätzen und ein betriebswirtschaftlich sinnvolles Angebot abgeben können. Ohne Kenntnis dieser Daten sei eine Abschätzung dieses Ertragswertes und damit der Erlösobergrenze „nicht ansatzweise“ möglich. Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen stehe dem Auskunftsverlangen nicht entgegen. Es sei schon nicht ersichtlich oder dargelegt, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse welche Nachteile zu befürchten seien. Wegen der weiteren Erwägungen wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Nach Erlass des angefochtenen Urteils hat die Beklagte der Klägerin die begehrten Daten zur Vermeidung von Vollstreckungsmaßnahmen mitgeteilt und sich - unter Hinweis auf die einzulegende Berufung - mögliche Ersatzsatzansprüche ausdrücklich vorbehalten.

Mit der Berufung verfolgt sie ihren erstinstanzlichen Klagabweisungsantrag unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter. Sie ist insbesondere der Auffassung, die potentiellen Bewerber um den Neuabschluss des Konzessionsvertrages benötigten die fraglichen Daten für ihre Bewerbungen nicht. In der Phase bis zum Abschluss des neuen Konzessionsvertrages sei lediglich die Kenntnis bestimmter Daten über die zu übernehmenden Anlagegüter, deren Altersstruktur sowie gegebenenfalls Besonderheiten des bestehenden Netzes für eine indikative Preiskalkulation erforderlich. Diese Daten habe die Beklagte freiwillig herausgegeben. Der Umfang der in dieser Phase herauszugebenden Daten sei auch durch den gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzession und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 (im Folgenden: Gemeinsamer

Leitfaden) nach § 46 Abs. 2 Satz 5 ENWG festgelegt worden. Die Kenntnis der im vorliegenden Verfahren verlangten kalkulatorischen Netzdaten sei zwar für den später zu verhandelnden Kaufpreis relevant. Die Kenntnis dieses Kaufpreises sei jedoch in der Phase vor Abschluss des Konzessionsvertrages nicht von Bedeutung. Zudem erlaubten die nach dem gemeinsamen Leitfaden herauszugebenden Daten ohnehin bereits eine ansatzweise Abschätzung dieses Kaufpreises. Schließlich bestehe keine Gefahr, ein unwirtschaftliches Netz zu erwerben, da die als Preis nach § 46 Abs. 2 Satz 2 ENWG zu zahlende angemessene Vergütung einer Ertragswertkontrolle unterliege. Das Landgericht habe zudem die Substantiierungslast betreffend die Darlegung des berechtigten Geheimhaltungsinteresses überspannt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hannover vom 28. Februar 2012,
Aktenzeichen 21 O 10/11, aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Der Klägerin steht ein Anspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 4 ENWG gegen die Beklagte zu, ihr die im Tenor des angefochtenen Urteils bezeichneten kalkulatorischen Netzdaten mitzuteilen.

A.

Der Anspruch der Klägerin ist nicht dadurch erloschen, dass die Beklagte nach Erlass des angefochtenen Urteils die begehrten Informationen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erteilt hat. Die unter einem solchen Vorbehalt stehende Leistung hat keine Erfüllungswirkung (BGH, Urteil vom 15. März 2012 - IX ZR 35/11, juris Tz. 7) und führt nicht zur Erledigung des Rechtsstreits (BGH, Urteil vom 16. November 1993 - X ZR 7/92, juris Tz. 12).

B.

Die streitgegenständlichen Auskunftsansprüche stehen der Klägerin aus § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG n. F. zu.

1. Diese Regelung findet in der aktuell geltenden Fassung auf das Konzessionsverhältnis zwischen den Parteien Anwendung. Die Regelung des Auskunftsanspruchs wurde durch das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011 mit Wirkung vom 4. August 2011 eingefügt. Eine Übergangsregelung, nach der die Anwendung dieser Gesetzesänderung auf bereits bestehende Konzessionsverträge ausgeschlossen wäre, fehlt. Im Gegenteil geht § 113 EnWG (in der allerdings bereits vor Inkrafttreten von § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG geltenden Fassung) davon aus, dass u. a. durch § 46 EnWG erfolgte Änderungen auch auf laufende Wegenutzungsverträge Anwendung finden.

Eine unzulässige Rückwirkung liegt hierin nicht. Ein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der vorherigen Rechtslage - auf deren Grundlage im Übrigen auch bereits überwiegend ein aus § 242 BGB folgender Auskunftsanspruch angenommen wurde - bestand nicht. Alle Netzbetreiber mussten und konnten sich darauf einrichten, sich regelmäßig einem Wettbewerb um das Netz stellen und in diesem Zusammenhang bestimmte Auskünfte erteilen zu müssen.

2. Jedenfalls für die hier maßgebliche Phase vor Abschluss eines Konzessionsvertrages regelt § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG Auskunftsansprüche abschließend. Der früher bestehende und auch im vorliegenden Verfahren teilweise ausgetrage-

ne Streit über die Rechtfertigung eines solchen Auskunftsanspruchs dem Grunde nach ist damit erledigt.

3. Die Auskunftsverpflichtung ist fällig. Sie entsteht nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG spätestens ein Jahr vor der Bekanntmachung durch die Gemeinde, die nach § 46 Abs. 3 Satz 1 NWG spätestens zwei Jahre vor Ablauf des alten Wegenutzungsvertrages erfolgen soll. Der bisherige Wegenutzungsvertrag zwischen den Parteien endet am 30. Juni 2014.

4. Der Auskunftsanspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG umfasst die hier in Frage stehenden kalkulatorischen Netzdaten. Bei diesen handelt es sich um Informationen über die wirtschaftliche Situation des Netzes, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG erforderlich sind.

a) Ob kalkulatorische Netzdaten von dem Auskunftsanspruch der Gemeinde umfasst sind, ist - und war - allerdings umstritten. Dabei sind die zur bisherigen Rechtslage ergangenen Auffassungen nicht grundsätzlich überholt. Es bestehen weder nach dem Wortlaut der Norm noch nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/6072, Seite 88) Anhaltspunkte dafür, dass der neu geregelte Auskunftsanspruch hinter dem schon bisher von der herrschenden Meinung angenommenen Anspruch zurückbleiben sollte.

aa) Wesentliches Gewicht für die Bestimmung des Umfangs des Auskunftsanspruchs nach bisherigem Recht hatte der gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur. Dieser zählt in Rn. 25 näher beschriebene Daten auf, die „allen Bietern transparent mitzuteilen (seien), um eine indikative Preiskalkulation für die zu übernehmenden Anlagen zu ermöglichen“. Hier handelte es sich im Wesentlichen um technische Daten des Versorgungsnetzes sowie um das Konzessionsabgabenaufkommen, nicht jedoch um die hier in Frage stehenden kalkulatorischen Netzdaten. Letztere sind nach der Darstellung des Leitfadens (Rn. 58) erst dem Neukonzessionär nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages zu geben. Ein Anspruch der Gemeinde gegenüber dem Altkonzessionär vor Abschluss des neuen Konzessionsvertrages umfasst nach der Darstellung in dem

Leitfaden (Rn. 28 f.) „diejenigen Informationen (...), die potentielle Bieter benötigen, um effektiv an der Vergabe der Konzessionen teilzunehmen“ und damit „jedenfalls“ die unter Rn. 25 dargestellten Daten.

bb) Dieser in dem gemeinsamen Leitfaden dargelegten Auffassung haben sich verschiedene Stimmen angeschlossen (Berzel in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben (2012), Kap. 5 Rn. 108 ff.; dies. RdE 2005, 153, 159; ohne nähere Problematisierung: Schotten, VergabeR 2013, 352, 354 sowie Hofmann, NZBau 2012, 11, 15; wohl auch Wegner in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. I, 2. Aufl., § 46 Rn. 106; Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft, Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben in der Strom- und Gasversorgung (2010), S. 46 ff. (Anlage BK 1); eher enger, wenn auch kritisch: Börner, VersorgW 2011, 62, 64 f.).

Mit - soweit hier maßgeblich - gleichem Ergebnis wird vertreten, dass nach neuem Recht keine vertraulichen Kalkulationsdaten aus der Anlagen- oder Finanzbuchhaltung mitzuteilen seien; Unsicherheiten in der Ertragsabschätzung seien in der Phase vor Abschluss des neuen Wegenutzungsvertrages in Kauf zu nehmen (Jacob, N&R 2012, 194, 198).

Auch das Bundeskartellamt hat unter dem 6. April 2011 in einem Anschreiben, dessen Empfänger und genauer Hintergrund hier allerdings unbekannt sind (Anlage B 9), mitgeteilt, dass die Beschlussabteilung davon ausgehe, dass eine Erweiterung des im gemeinsamen Leitfaden definierten Datenumfangs nicht notwendig und sachgerecht wäre; weiterführende netzrelevante Informationen seien allenfalls dem Neukonzessionär in den Phasen nach der Auswahlentscheidung der Kommune und nach Abschluss des Wegenutzungsvertrages zu überlassen.

cc) Erheblich weiter ging die Auffassung der Niedersächsischen Landeskartellbehörde, die diese in einem Hinweis aus März 2010 (Anlage K 1) dargelegt hat. Hiernach war anderen Bewerbern vorab die „Einschätzung der wirtschaftlichen Folgen einer eventuellen Übernahme des Netzes“ zu ermöglichen (Nr. II. 5., Seite 8). Hierzu müssten Interessenten in die Lage versetzt werden, „den Wert des eventuell zu übernehmenden Netzes und den durch die Netzentgelte erziel-

baren Betrag“ zu berechnen. Deshalb seien u. a. die erforderlichen kaufmännischen Angaben zum Mengengerüst erforderlich, um eine Kalkulation des auf den zukünftigen Netzerlösen basierenden Ertragswertes des Netzes vornehmen zu können. Die Offenlegung der bisherigen Netzentgelte bzw. Erlösobergrenzen und Netzdaten des Gesamtnetzes seien nicht ausreichend (Nr. II. 6., Seite 8 f.). Diese Daten umfassen - wenn auch nicht explizit genannt - die kalkulatorischen Netzdaten.

Allerdings hat die Niedersächsische Landeskartellbehörde kartellrechtliche Ermittlungen gegen die Beklagte zu einem Zeitpunkt eingestellt, der nach Veröffentlichung des Leitfadens der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamts lag, nachdem die Beklagte zugesagt hatte, eine Anzahl von Daten mitzuteilen, zu denen allerdings die hier in Frage stehenden kalkulatorischen Netzdaten nicht gehörten (vgl. näher: Mitteilung der Landeskartellbehörde „Datenherausgabe Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG - Geänderte Geschäftspraxis bei einem großen regionalen Energieversorger“).

dd) Inhaltlich im Wesentlichen anknüpfend an die Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde aus März 2010 wurde und wird verbreitet angenommen, dass der Auskunftsanspruch der Gemeinde gegenüber dem Altkonzessionär auch die energiewirtschaftlichen Netzdaten umfasse, die über allgemeine Angaben erheblich hinausgehen und die Bestimmung der mit dem Netz erzielbaren Erlöse ermöglichen (Albrecht in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl., § 9 Rn. 86 f.; Bahr/Sassenberg, RdE 2011, 170, 171 ff.; Becker, RdE 2010, 243, 244 f.; Byok/Dierkes, RdE 2011, 394, 398 f.; dies. RdE 2012, 221, 224; im Ansatz ebenso, allerdings zum alten Recht einen Anspruch mangels Anspruchsgrundlage verneinend: Pippke/Gaßner, RdE 2006, 33, 39). Teilweise zählen Vertreter dieser Auffassung die hier in Frage stehenden kalkulatorischen Netzdaten auch ausdrücklich zu den Informationen, über die Auskunft zu erteilen sei (OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Juli 2011 - 11 U 36/10 (Kart), juris Tz. 85 a. E.; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 94 - 96; Schau, NdsVBl. 2013, 89, 93; ders. RdE 2011, 1, 3 f./5 [allerdings dort zum alten Recht offen lassend, ob dem Anspruch

entgegensteht, dass es sich bei diesen Angaben um Geschäftsgeheimnisse handelt]; Büttner/Templin, ZNER 2011, 121, 128).

b) Jedenfalls unter Geltung des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG ist der Auffassung zu folgen, dass kalkulatorische Netzdaten zu den Informationen gehören, über die der Altkonzessionär der Gemeinde Auskunft zu erteilen hat. Diese sind für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Wegenutzungsvertrages erforderlich.

aa) Nach § 46 Abs. 2 Satz 5 EnWG kann die Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber dem Energieversorgungsunternehmen treffen. Eine derartige Festlegung ist bislang nicht erfolgt. Sie liegt insbesondere nicht in dem gemeinsamen Leitfaden aus dem Jahre 2010. Dieser Leitfaden stellte keine Festlegung i. S. d. § 29 EnWG dar. Rechtsschutzmöglichkeiten der Energieversorgungsunternehmen bestanden nicht. Auch lag ihr ein rechtlicher Maßstab zugrunde, der nicht demjenigen der Regelung des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG entsprach (s. dazu unten, B.4.b)cc)(1)).

Es finden sich im Gesetzgebungsverfahren auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Umfang der in diesem Leitfaden genannten Auskunftspflicht vom Gesetzgeber als maßgeblich angesehen worden wäre.

Schließlich bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt unter Geltung der neuen Rechtslage eine Festlegung aufgrund des bereits veröffentlichten Leitfadens nicht für erforderlich hielten.

bb) Die in Frage stehenden kalkulatorischen Netzdaten sind zunächst geeignet, die Beurteilungsgrundlage der möglichen Bewerber um eine Konzession für die wirtschaftliche Bewertung des Netzes zu verbessern. Der Ertrag aus dem Netzbetrieb bestimmt sich vorrangig nach der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung sowie der kalkulatorischen Abschreibung gem. §§ 6 f. GasNEV (OLG Frankfurt a. a. O., Tz. 83; Schau NdsVBl. 2013, 89, 102; Theobald/Mau, RdE 2012, 315,

321; Büttner/Straßer ZNER 2012, 7, 8 f.; Salcher/Keller/Beckmann/Maier, N&R, Beilage 1/2012, 1, 8), wobei sich das in diesem Zusammenhang zu berücksichtigende betriebsnotwendige Eigenkapital maßgeblich aus den kalkulatorischen Restwerten des Sachanlagevermögens - bewertet zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie zu Tagesneuwerten - errechnet, § 7 Abs. 1 GasNEV.

Die bisher relevanten kalkulatorischen Netzdaten sind insbesondere auch nach einer Übernahme des Netzes weiter anzusetzen (BGH, Beschluss v. 14. August 2008 - KVR 35/07, juris Tz. 48, 53; s. auch Büttner/Straßer a. a. O.).

Nicht zu verkennen ist, dass der Ertrag des Netzes auch von weiteren Faktoren - insbesondere Synergieeffekten - abhängt (dazu etwa Papier/Schröder, RdE 2012, 125, 132; Salcher/Keller/Beckmann/Maier, N&R, Beilage 1/2012, 1, 7 f./11; Börner, VersorgW 2011, 62, 64 [linke Spalte, Mitte]). Dennoch ist die Information über die hier in Frage stehenden kalkulatorische Netzdaten geeignet, die Möglichkeit, den Wert des Netzes zu bestimmen, zu verbessern.

cc) Die Kenntnis dieser Daten ist im Rahmen einer Bewerbung um die Neuvergabe der Konzession auch erforderlich i. S. d. § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG.

(1) Im Ausgangspunkt ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des Auskunftsanspruchs in § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG den rechtlichen Ansatz, der jedenfalls dem Gemeinsamen Leitfaden zugrunde lag, nicht deckungsgleich übernommen hat. Vielmehr greift der der Neuregelung sowohl ihrem Wortlaut als auch der Gesetzesbegründung nach zugrunde liegende Gedanke weiter. Während in dem Gemeinsamen Leitfaden nur diejenigen Daten im Rahmen eines wettbewerbsrechtlich ordnungsgemäßen Konzessionsvergabeverfahrens als mitteilungsbedürftig angesehen wurden, die eine „indikative“ - also unverbindliche - Preiskalkulation ermöglichten, ist eine solche Einschränkung weder dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung noch der Gesetzesbegründung zu entnehmen. Der Wortlaut stellt vielmehr allein auf die Bewertung des Netzes ab. Dabei ist allerdings nach dem systematischen Zusammenhang auf die Situation der Bewerber in dem neuen Konzessionsvergabeverfahren abzustellen. Nur die In-

formationen, die für sie in dieser Phase von Bedeutung sind, können von der Auskunftregelung umfasst sein. Allerdings ist die Bedeutung nicht auf die Abgabe eines unverbindlichen Angebotes beschränkt. Vielmehr betont die Gesetzesbegründung die Bedeutung der mitzuteilenden Daten für die Entscheidung, ob sich Unternehmen auf die durchzuführende Ausschreibung bewerben (BT-Drs. 17/6072, Seite 88).

Für diese Entscheidung, ob eine Bewerbung erfolgen soll, ist es notwendig, sowohl den zu erwartenden Ertrag aus der Netzübertragung als auch die dadurch entstehenden Kosten vor Abschluss des Konzessionsvertrages möglichst genau abschätzen zu können (Theobald/Mau, RdE 2012, 315, 320; Hofmann NZBau 2012, 11, 14).

(2) Die Berufung weist zwar zu Recht darauf hin, dass das Interesse, den zukünftigen Ertrag zu kennen, in der Phase vor Abschluss des Konzessionsvertrages dann geringer ist, wenn der von dem Altkonzessionär für die Netzübertragung zu verlangende Preis durch den Ertragswert begrenzt und deshalb die Wirtschaftlichkeit des Netzbetriebes zu unterstellen wäre (vgl. dazu auch Kermel, RdE 2005, 153, 159 (Anlage BK 3)). Eine derartige Begrenzung soll nach verbreiteter Auffassung in Anknüpfung an die sog. Kaufering-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 143, 129 ff.) dann greifen, wenn der Sachzeitwert des Netzes erheblich über diesem Ertragswert liegt und eine Bemessung des Preises nach dem Sachzeitwert daher prohibitive Wirkung entfalte (vgl. Nachweise bei Schau, NdsVBl. 2013, 89, 101 f.; weiter allerdings etwa Papier/Schröder, RdE 2012, 125, 132 f.; a. A. Schwintowski ZNER 2012, 12, 14 f.). Dies kann jedoch letztlich offen bleiben.

Selbst wenn die angemessene Vergütung für das Netz i. S. d. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG dem Ertragswert entspräche, verbliebe ein Interesse der möglichen Bewerber, die Folgekosten eines Konzessionsvertrages abschätzen zu können, die insbesondere in der Finanzierung der im Erfolgsfall erforderlichen Übernahme des Netzes liegen (Schau, RdE 2012, 1, 3). Insbesondere dann, wenn sich die angemessene Vergütung für die Netzübernahme i. S. d. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG

nach dem Ertragswert des Netzes richtet, ist die Kenntnis von den kalkulatorischen Netzdaten ein wesentlicher Faktor für die Bestimmung dieser Folgekosten.

Es ist den Bewerbern um den Abschluss eines solchen Wegenutzungsvertrages nicht zuzumuten, ohne Kenntnis dieser möglichen Folgekosten einen Konzessionsvertrag zu schließen und sich damit zur Finanzierung eines Kaufpreises zu verpflichten, der unter Umständen ihre wirtschaftlichen Möglichkeiten übersteigt oder nicht mehr ihren Interessen entspricht.

(3) Zudem kann auch bei Anwendung der Grundsätze der Kaufering-Entscheidung die angemessene Vergütung i. S. d. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG den Ertragswert des Netzes in einem gewissen Maß übersteigen. Auch mag es - worauf die Berufung hinweist - ungewiss sein, ob sich die Rechtsauffassung durchsetzt, die angemessene Vergütung dürfe den Ertragswert des Netzes nicht übersteigen, so dass potentielle Bewerber die Gefahr eines höheren Netzkaufpreises bis hin zum Sachzeitwert bei ihrer Entscheidung über die Teilnahme am Wettbewerb um das Netz unter Umständen aus Gründen der Vorsicht berücksichtigen müssten.

Auch für diese Risikoabschätzung hat jedoch die möglichst genaue Kenntnis des erzielbaren Ertrages eine maßgebliche Bedeutung, um die Gefahr erkennen zu können, dass einem möglicherweise hohen Netzkaufpreis ein geringer Ertrag entgegensteht, der einen wirtschaftlichen Betrieb des Netzes erschweren oder gar unmöglich machen könnte.

Die Kenntnis der realisierbaren Erträge ist daher wesentlich für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Netzbetriebes und damit bereits für die Entscheidung, ob eine Bewerbung um die Neuvergabe des Netzes erfolgen soll.

(4) Dass die Kenntnis der mit dem Klageantrag begehrten Daten erforderlich ist, damit Interessenten den Ertragswert „robust schätzen“ können, hat das Landgericht gestützt auf das eingeholte Sachverständigengutachten zutreffend festgestellt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die diesbezüglichen Erwägungen unter Nr. I. 2. b) des angefochtenen Urteils (LGu 7 - 9) Bezug genommen.

Die Einwendungen, die die Beklagte gegen das Gutachten erhebt, greifen nicht durch:

Zunächst ist es unzutreffend, dass der Sachverständige die Beweisfrage verkannt habe. Der Beweisbeschluss vom 6. Juli 2011 (Bl. 153 ff. d. A.) bezieht sich nicht auf eine Bewertung ausschließlich unter Berücksichtigung der sog. Phase 1. Die Erwägungen des Landgerichts unter lit. b. aa) (LGU 8) treffen zu. Der Einwand der Berufung, ohne diese Einschränkung betreffe die Beweisfrage einen unstreitigen Sachverhalt, über den kein Beweis zu erheben wäre, ist ebenfalls unzutreffend. Mit Schriftsatz vom 18. Mai 2011 hatte die Beklagte gerade bestritten, dass die Offenlegung der kaufmännischen und kalkulatorischen Daten für eine punktgenaue Kalkulation der Bewerber erforderlich sei.

Die von dem Sachverständigen getroffene Aussage wird auch durch die vorzitierten Meinungen bestätigt, die die wesentliche Bedeutung der kalkulatorischen Netzdaten für die Ermittlung des Ertragswertes herausstellen.

Unerheblich ist, dass auch bei Kenntnis der kalkulatorischen Netzdaten eine punktgenaue Berechnung des Ertragswertes des Netzes nicht möglich ist, da sonstige mögliche Faktoren (z. B. Synergieeffekte sowie die mögliche Verteilung der Erlösobergrenze zwischen dem Altkonzessionär und dem Neukonzessionär) weiter unbekannt sind. Zum einen ist nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen - der die Bedeutung dieser weiteren Faktoren nicht verkannt hat - eine Schätzung des Ertragswertes ohne Kenntnis der in Frage stehenden kalkulatorischen Netzdaten nicht ansatzweise möglich. Zudem können einzelne individuelle Faktoren, die eine Bedeutung für den Ertragswert haben, von dem jeweiligen Interessenten abgeschätzt werden.

(5) Schließlich ist die Information potentieller Bewerber über die kalkulatorischen Netzdaten in den Fällen, in denen der Altkonzessionär an dem Wettbewerb um die Neuvergabe der Konzession teilnimmt, auch deshalb erforderlich, um dessen Informationsvorsprung auszugleichen und damit einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zu fördern. Die Gefahr, an dem Wettbewerb um das Netz deshalb nicht teilzunehmen, da die Kosten für die Finanzierung und möglicherweise auch

die Rentabilität des Netzes bei Unkenntnis der kalkulatorischen Netzdaten ungewiss sind, trifft den Altkonzessionär im Gegensatz zu den weiteren Interessenten nicht.

(6) Unerheblich ist weiter, dass der spätere Kaufpreis für die Auswahlentscheidung der Gemeinde keine Bedeutung haben mag. Nach dem Gesetzeszweck kommt es nicht allein darauf an, ob dem Bewerber ohne die maßgeblichen Informationen die Errechnung des Angebots unmöglich ist, sondern vielmehr schon darauf, ob ihm die Entscheidung über die Teilnahme an der Ausschreibung möglich ist.

dd) Dem Auskunftsanspruch steht nicht entgegen, dass es sich bei den in Frage stehenden kalkulatorischen Netzdaten um Geschäftsgeheimnisse der Beklagten handeln mag.

(1) Zwar enthält der Tatbestand des § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG eine diesbezügliche ausdrückliche Einschränkung des Auskunftsanspruchs nicht. Verfassungskonform ist § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG jedoch einschränkend dahingehend auszuulegen, dass Informationen nur dann erforderlich sind, wenn die Pflicht, sie zu offenbaren, auch im Hinblick auf einen möglichen Eingriff in die Grundrechte der Art. 12, 14 GG angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Es ist daher jedenfalls dann eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen, wenn zu offenbarende Tatsachen Geschäftsgeheimnisse darstellen.

(2) Der Offenbarung der fraglichen Daten steht zunächst nicht § 6a EnWG n. F. (vormals § 9 EnWG a. F.) entgegen. Eine Offenbarung verstieße nicht gegen § 6 a Abs. 1 EnWG, da eine gesetzliche Offenbarungspflicht besteht und darüber hinaus - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - keine sensiblen Informationen offenzulegen sind, sondern Kundendaten - sofern solche überhaupt betroffen sind - erheblich aggregiert sein werden. § 6a Abs. 2 EnWG steht einer Offenbarung nicht entgegen, da sie gerade die nichtdiskriminierende Vergabe sicherstellen soll und eine sachliche Rechtfertigung für die Offenlegung besteht (vgl. zum Ganzen auch: Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 29; Bahr/Sassenberg, RdE 2011, 170, 173).

(3) Zutreffend hat es das Landgericht dahinstehen lassen, ob die fraglichen Daten Geschäftsgeheimnisse darstellen, da die Beklagte ein Geheimhaltungsinteresse nicht hinreichend substantiiert dargelegt hat, so dass das Interesse an der Offenlegung der Daten gegenüber den möglichen Bewerbern ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse der Beklagten überwiegt.

Die Auffassung der Beklagten, eine substantiierte Darlegung, welche konkreten Nachteile drohten, sei nicht erforderlich, ist unzutreffend. Ein solcher Rechtssatz liegt auch dem Beschluss des OVG Münster vom 9. Juli 2002 (13A D 18/02, juris Tz. 19/24) nicht zugrunde, auf den sich die Beklagte zur Begründung ihrer Auffassung stützt. Nach den dortigen Erwägungen ist lediglich nicht anzunehmen, dass das öffentliche Interesse an einer Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen grundsätzlich überwiegt, so dass zunächst die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Geheimnispreisgabe zur Erreichung des angestrebten Zwecks dargelegt werden muss. Diese Geeignetheit und Erforderlichkeit ist vorliegend jedoch gegeben.

Vor der danach vorzunehmenden Abwägung ist das Geheimhaltungsinteresse substantiiert darzulegen (BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, juris Tz. 46 f.; Urteil vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 314/07, juris Tz. 30; Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 24/09, juris Tz. 35; OVG Berlin- Brandenburg, Urteil vom 2. Oktober 2007 12 B 9/07, juris Tz. 44).

Ein erhebliches Geheimhaltungsinteresse hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. Die Erwägungen des Landgerichts (LGu 11 f., sub. 4. b.) sind zutreffend. Es mag zwar sein, dass aus den fraglichen Informationen Rückschlüsse auf die Struktur des zu übertragenden Netzes im Bereich der Stadt Springe gezogen werden können. Nennenswerte Rückschlüsse auf die Altersstruktur des Anlagevermögens der Beklagten insgesamt und Rückschlüsse, in welchem Umfang Netzinvestitionen insoweit insgesamt erforderlich wären, sowie Rückschlüsse auf die gesamte Kostenkalkulation der Beklagten lassen sich aber unter anderem aufgrund des geringen Anteils des Teilnetzes am Gesamtnetz nicht ziehen. Entsprechendes ist auch in der Berufung nicht substantiiert dargelegt.

Der Umstand, dass es sich um ein kleines Teilnetz im Gesamtnetz der Beklagten handelt, ist entgegen der Auffassung der Berufung nicht aus der Luft gegriffen, sondern stützt sich auf die insoweit nicht angegriffenen Ausführungen des Sachverständigen u. a. zur Netzlänge.

Im Übrigen ist bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen weiter zu berücksichtigen, dass die von der Beklagten befürchteten Rückschlüsse bereits teilweise aus den Daten gezogen werden können, die ohnehin (jedenfalls nach dem Gemeinsamen Leitfaden) mitzuteilen sind, nämlich der Altersstruktur sowie Art und Besonderheit des Netzes (z. B. Materialien).

Schließlich mag bei der Abwägung weiter zu berücksichtigen sein, inwieweit die Gemeinde die ihr mitzuteilenden Informationen öffentlich machen muss, ohne dass dies allerdings nach der Auffassung des Senats das Ergebnis der Abwägung im vorliegenden Fall entscheidend beeinflusste. Nach alter Rechtslage entsprach es wohl allgemeiner Auffassung, dass der Altkonzessionär der Gemeinde und den übrigen Bietern eine vertragsstrafenbewehrte Geheimhaltungsverpflichtung abverlangen kann (z. B. Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 29) und die Daten nur unter dieser Voraussetzung mitzuteilen waren. Unter der neuen Rechtslage wird dies von Jacob (N&R 2012, 194, 198 f.) im Hinblick auf den Wortlaut von § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG und die Gesetzesbegründung in Zweifel gezogen (dagegen Schau, NdsVBl. 2013, 89, 93), weshalb jedenfalls keine vertraulichen Daten mitzuteilen seien. Dieser Einwand greift jedoch nicht durch. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG geht zwar davon aus, dass die nach Abs. 2 Satz 4 erlangten Daten von der Gemeinde „in geeigneter Form zu veröffentlichen“ sind. Auch wenn der Begriff der Veröffentlichung seinem Wortlaut nach eher dahingehend zu verstehen ist, dass diese Daten öffentlich uneingeschränkt zugänglich zu machen seien, steht dem doch der Gesetzeszweck entgegen. Ein berechtigtes Interesse, die Daten zu kennen, haben nur Interessenten an einem Bewerbungsverfahren. Sachliche Gründe, diese Daten einem weiteren Publikum zugänglich zu machen und grundsätzlich auf die Vereinbarung einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung zu verzichten, bestehen nicht.

Eine weitergehende Verpflichtung zur Veröffentlichung lässt sich auch aus der Gesetzesbegründung (a. a. O., Seite 88) nicht ableiten. Hiernach hat die Gemeinde die zur Verfügung gestellten Daten allen potentiellen Bewerbern zur Verfügung zu stellen und sie dazu in geeigneter Form zu veröffentlichen. Da der Adressatenkreis damit - in Übereinstimmung mit dem Gesetzeszweck - auf potentielle Bewerber beschränkt ist, besteht auch hiernach keine sachliche Notwendigkeit, sie ungefragt und damit einer breiten Öffentlichkeit ohne Einschränkung zur Verfügung zu stellen. Auch der Umstand, dass die Gesetzesbegründung auf die Möglichkeit der Veröffentlichung der Daten auf der offiziellen Homepage der Gemeinde eingeht, lässt keine hinreichenden Rückschlüsse darauf zu, dass eine vertraulichere Handhabung ausgeschlossen sein sollte. Die Veröffentlichung auf der Homepage stellt nur eine - nicht jedoch die einzige - mögliche Art der Veröffentlichung dar. Die Erwähnung gerade dieser Art der Veröffentlichung in der Gesetzesbegründung ist mit der in den Motiven weiter erläuterten Besonderheit zu erklären, dass in diesem Fall eine Verlinkung der Homepage in der Bekanntmachung ausreichend sei.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung betreffend die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision war nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zuzulassen.

Der Streitwert war auch für die Berufungsinstanz auf 50.000 € festzusetzen. Die Beschwer der Beklagten liegt zum einen in dem Aufwand, die fraglichen Daten zusammenzustellen, gegebenenfalls aufzuarbeiten und der Klägerin zur Verfügung zu stellen und zum anderen in der Beeinträchtigung ihres Geheimhaltungsinteresses. Nach der - wenn auch nicht näher substantiiert dargelegt - Auffassung der Beklagten kommt letzterem Gesichtspunkt maßgebliches Gewicht zu. Vor dem Hintergrund, dass die Beklagte als Voraussetzung für die eine Zwangsvollstreckung abwendende Herausgabe der Informationen auf den Abschluss einer Vertraulichkeitserklärung und eines Vertragsstrafversprechens in Höhe von 30.000 €

für jeden Fall einer unbefugten Weitergabe der Daten bestanden hat, ist es angemessen, das Interesse der Beklagten an der Nichtherausgabe der Daten mit 50.000 € zu bewerten.

...

...

...