

VI-5 Kart 33/16 [V]



Verkündet am 30.11.2017
B.-M., Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht v. R., die Richterin am Oberlandesgericht K. und den Richter am Oberlandesgericht T.

auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 2017

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde der Betroffenen gegen die Rundmails der Regulierungskammer Nordrhein-Westfalen vom 13.12.2016 und 22.12.2016 zu den Veröffentlichungspflichten nach § 31 Abs. 1 ARegV wird zurückgewiesen.

Die Betroffene hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die außergerichtlich entstandenen notwendigen Auslagen der Landesregulierungsbehörde und der beteiligten Bundesnetzagentur zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 50.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Betroffene betreibt ein regionales Gas- und Stromverteilernetz. Ihre alleinige Gesellschafterin ist die Stadt M. Die Konzession für das Gas- und Stromnetz ist im Frühjahr 2017 erneut für eine Laufzeit von 20 Jahren an die Betroffene vergeben worden.

Mit „Rundmail“ vom 13.12.2016 teilte die Landesregulierungsbehörde allen ihrer Zuständigkeit unterliegenden Netzbetreibern mit, dass sie - in Umsetzung der zum 17.09.2016 in Kraft getretenen Novelle der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) – beabsichtige, entsprechend § 31 Abs. 1 ARegV n.F. netzbetreiberbezogene Daten in nicht anonymisierter Form zu veröffentlichen; zu diesem Zweck übersandte sie als angepasstes Erlösobergrenzentool einen Erhebungsbogen zur Anpassung der Erlösobergrenze Strom und Gas zum 1. Januar 2017 gemäß § 4 Abs. 3 ARegV sowie zur Ermittlung der ab dem 1. Januar 2017 gültigen Netzentgelte gemäß § 17 Abs. 2 ARegV. Der Rundmail ist u.a. zu entnehmen, dass in den Erhebungsbögen Verknüpfungen hinterlegt sind, die dazu dienen, die Tabellenblätter zur Veröffentlichung der Daten zu befüllen. Mit weiterer „Rundmail“ vom 22.12.2016 erläuterte die Landesregulierungsbehörde auf Nachfrage verschiedener Netzbetreiber die von ihr beabsichtigte Veröffentlichung von Daten näher.

Hiergegen haben insgesamt 23 regionale Strom- und Gasnetzbetreiber – darunter auch die am vorliegenden Verfahren beteiligte Betroffene - mit Beschwerden in der Hauptsache verbundene Eilanträge eingereicht. U.a. haben sie gerügt, die Änderung der Verordnung sei nichtig, weil es an einer Ermächtigung für die Preisgabe der Daten fehle; diese unterfielen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dem Geheimnisschutz nach Art. 12 Abs. 1 GG.

Mit Beschlüssen vom 16.02.2017 hat der Senat die Eilanträge zurückgewiesen (u.a. VI-5 Kart 24/16 (V), RdE 2017, 202 ff.); wegen der Entscheidung über die Beschwerden in der Hauptsache wird das vorliegende Verfahren als Musterverfahren geführt. Auch der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf, die Kartellsenate der Oberlandesgerichte Schleswig-Holstein und Bremen, der 2. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Thüringen sowie zuletzt der 1. Kartellsenat des

Oberlandesgerichts Frankfurt haben gleichgerichtete Eilanträge zurückgewiesen (vgl. OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss v. 3.04.2017 – VI-3 Kart 11/17 (V), RdE 2017, 413 ff.; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 7.03.2017 – 53 Kart 1/17; OLG Bremen, Beschluss v. 4.04.2017 – 2 W 11/17 (Kart); OLG Thüringen, Beschluss v. 15.05.2017 – 2 Kart 3/17; OLG Frankfurt, Beschluss v. 05.10.2017 – 25/17 (Kart), jeweils n.v.). Der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Brandenburg hat dagegen der als Landesregulierungsbehörde für das Land Brandenburg handelnden Bundesnetzagentur im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Beschwerde in der Hauptsache untersagt, die in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der dortigen Antragstellerin zu veröffentlichen (Beschluss v. 10.07.2017 – 6 Kart 1/17, juris).

Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Betroffene ihr Rechtsschutzziel in der Hauptsache weiter und wiederholt und vertieft ihre Auffassung, die Landesregulierungsbehörde sei nicht berechtigt, die in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten zu veröffentlichen.

Sie meint, die beabsichtigte Veröffentlichung nach § 31 Abs. 1 ARegV sei rechtswidrig. Ihre Beschwerde sei als Anfechtungsbeschwerde statthaft. Die Rundschreiben vom 13. und 22.12.2016 stellten behördliche, hoheitliche Maßnahmen der Landesregulierungsbehörde ihr und allen anderen in deren Zuständigkeit fallenden Netzbetreibern gegenüber dar. Nach Inhalt und äußerlicher Gestaltung könnten sie nach dem objektiven Empfängerhorizont nur so verstanden werden, dass die Landesregulierungsbehörde im Wege der Allgemeinverfügung eine verbindliche Regelung zur Veröffentlichung ohne vorherige Beteiligung der Netzbetreiber habe treffen wollen. Indem die Landesregulierungsbehörde unter dem 22.12.2016 mitgeteilt habe, dass Gelegenheit gegeben werde, die zu veröffentlichenden Daten zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls zu korrigieren, habe sie eine Entscheidung des Netzbetreibers, diese als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einzustufen, als unberechtigt abgelehnt. Konkrete Datenwerte, die sie zu veröffentlichen beabsichtige, seien ihr – der Betroffenen – nicht übermittelt worden. Sie habe der Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV aufgelisteten Daten unter dem 30.12.2016 widersprochen und verlangt, entsprechend § 71 EnWG sensible Daten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kennzeichnen zu können. Dass die Landesregulierungsbehörde die Form der E-Mail gewählt habe, stehe einer Qualifikation als Allgemeinverfügung nicht entgegen, da auch atypische

Verwaltungshandlungen mit Blick auf die grundsätzliche Formenfreiheit der Behörde als Verwaltungsakte angesehen werden könnten und Unklarheiten bezüglich der Form regelmäßig zulasten der Verwaltung gingen.

Als Adressatin der E-Mails sei sie Beteiligte i.S.d. § 66 Abs. 2 EnWG. Da das Vorgehen der Landesregulierungsbehörde ihrem Interesse an der Geheimhaltung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach Maßgabe des § 71 EnWG i.V.m. § 30 VwVfG zuwiderlaufe, sei sie formell und materiell beschwert.

Die Rundschreiben vom 13. und 22.12.2016 seien rechtswidrig und verletzen sie – die Betroffene – in ihren Rechten.

Für die Regelung des § 31 ARegV fehle die nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderliche Verordnungsermächtigung, so dass sie rechtswidrig und als nichtig anzusehen sei. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 10 (*gemeint ist wohl Satz 2*) EnWG ermächtige den Verordnungsgeber nur zu Regelungen zur Erhebung der für die Durchführung einer Anreizregulierung erforderlichen Daten durch die Regulierungsbehörde, so dass die Veröffentlichung erhobener Daten nicht erfasst werde. Im Übrigen stehe die Regelung in klarem Widerspruch zu der des § 71 EnWG, die unter Verweis auf § 30 VwVfG den verfahrensrechtlichen Geheimhaltungsschutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten eines regulierungsbehördlichen Verfahrens sicherstelle. Auch in zahlreichen weiteren Vorschriften des EnWG gehe der Gesetzgeber von einem grundsätzlichen Geheimhaltungsschutz für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aus. Auch in den dem deutschen Energiewirtschaftsrecht zu Grunde liegenden europarechtlichen Vorschriften werde auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hingewiesen. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG stelle ebenso wenig eine taugliche Ermächtigungsgrundlage dar. Der Verordnungsvorbehalt müsse, um dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu genügen, die Einführung von Veröffentlichungspflichten i.S.v. § 31 Abs. 1 ARegV „konkret“ benennen, insbesondere wenn diese das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG berührten. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG könne nicht als „Generalermächtigung“ für „jedwede Ausweitung“ der Transparenzvorschriften angesehen werden. Nach den EU-Richtlinien 2009/72, 73/EG vom 13.07.2009 habe der Gesetzgeber für die Ausweitung der Transparenzvorschriften keine Änderung im Katalog der Verordnungsermächtigung des § 21a Abs. 6 EnWG vorgenommen. Zudem sei auch nicht ersichtlich, inwieweit

die Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Anreizregulierung nutzen solle. Durch die Neuregelung werde lediglich das Interesse Dritter, insbesondere von Letztverbrauchern, an mehr Transparenz befriedigt.

Netzbetreiber hätten ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, da sie insbesondere im Konzessionswettbewerb stünden. Durch eine Preisgabe von Kosten- und netzwirtschaftlichen Daten im Wettbewerb um die Konzession werde sie erheblich benachteiligt und auch der für das Vergabeverfahren essenzielle Geheimwettbewerb verletzt. Aus den Veröffentlichungspflichten im Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG könne nicht abgeleitet werden, dass die Veröffentlichungspflichten nach § 31 ARegV rechtmäßig seien. Im Zusammenhang mit § 46 EnWG würden lediglich Rahmendaten des Netzes, die keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Entwicklung des Netzbetreibers zuließen, veröffentlicht, und auch erst nach Interessensbekundung und daher lediglich einem begrenzten Bieterkreis unter Unterzeichnung einer Verschwiegenheitsvereinbarung herausgegeben. Daneben sei sie auch bei der Betriebsführung für andere Netzbetreiber und beim modernen Messstellenbetrieb erheblichem Wettbewerb ausgesetzt, so dass den jeweiligen Mitbewerbern die Kenntnis netzbetreiberbezogener Daten entscheidende Wettbewerbsvorteile verschaffen könnte. Darüber hinaus müsse ein Netzbetreiber als Nachfrager von Dienstleistungen, Gütern und Kapital auf vor- und nachgelagerten Märkten auftreten, was nur dann effizient möglich sei, wenn seine Kalkulationsgrundlagen für die jeweiligen Geschäftspartner nicht durchschaubar seien, was insbesondere auch im Rahmen der Kapitalbeschaffung gelte, wenn der Netzbetreiber als Nachfrager von Kapital auf dem Markt auftrete. Im Übrigen wende sich die Neuregelung des § 31 ARegV gegen die Wertungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die bislang ohne Abstriche anerkannt habe, dass Netzbetreiber geheimhaltungsbedürftige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hätten. So habe der Bundesgerichtshof insbesondere bestätigt, dass sogar hoch aggregierte Daten im Rahmen des Effizienzvergleichs vorrangig schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien. Aggregierte Werte hätten in der freien Marktwirtschaft eine hohe Bedeutung. Beispielsweise würden Summenwerte zur Bewertung wirtschaftlicher Risiken bei Unternehmenskäufen im Rahmen von Due-Diligence-Berichten herangezogen und Dritten nur nach Abschluss von Vertraulichkeitsvereinbarungen zugänglich gemacht.

Auch werde der Informationsgehalt der nach § 31 Abs. 1 ARegV offenzulegenden Daten nicht dadurch geschmälert, dass Daten der Netzbetreiber bereits nach §§ 17 Abs. 2 StromNZV, 40 GasNZV, 27 StromNEV/GasNEV veröffentlicht würden.

Bei den nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten handele es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Es erschließe sich nicht, warum die Veröffentlichungspflicht im Vergleich zur Vorgängerregelung des § 31 Abs. 1 ARegV a.F., der lediglich die Veröffentlichung des Effizienzwerts, des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, der Kennzahlen zum Qualitätselement und des Effizienzwerts im vereinfachten Verfahren vorgesehen habe, derart ausgedehnt werde, denn die Verordnungsbegründung der Bundesregierung enthalte nur den pauschalen Verweis auf eine Erhöhung der Transparenz und schweige im Übrigen dazu. Durch die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten werde die Ausschließlichkeit der Nutzung des betroffenen Wissens für den eigenen Erwerb im Rahmen der beruflichen Betätigung in dem Markt der Betroffenen beeinträchtigt. Dadurch, dass exklusives wettbewerbsrechtliches Wissen dem Konkurrenten zugänglich werde, mindere dies ihre Möglichkeit, die Berufsausübung und den Rückgriff auf dieses Wissen erfolgreich zu gestalten. Auf diese Weise könnten unternehmerische Strategien durchkreuzt werden, auch könne ein Anreiz zu innovativem unternehmerischen Handeln entfallen, weil die Investitionskosten nicht eingebracht werden könnten, während gleichzeitig Dritte unter Einsparung solcher Kosten das innovativ erzeugte Wissen zur Grundlage ihres eigenen beruflichen Erfolgs in Konkurrenz mit dem Geheimnisträger nutzten. Für die Qualifikation der nach § 31 Abs.1 ARegV zu veröffentlichenden Daten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sei ausreichend, dass sie – die Betroffene - durch deren Veröffentlichung abstrakt im Wettbewerb benachteiligt werde. Ein über abstrakte Szenarien hinausgehender Vortrag zu wettbewerblichen Nachteilen in zukünftigen Situationen sei ihr nicht möglich und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch nicht erforderlich. Aus den vorliegend zur Veröffentlichung geplanten Daten könnten Rückschlüsse auf die Altersstruktur der Anlagen der Betroffenen, auf ihren Investitionsbedarf, ihre Investitionsfähigkeit und auf ihre Kapitalkosten gezogen werden, woraus sich wiederum Schlüsse auf die Eigenkapitalausstattung und die Eigenkapitalverzinsung ableiten ließen. Diese Kennzahlen seien unzweifelhaft als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis zu werten, da sie für potenzielle Investoren oder Darlehensgeber

von Interesse seien. Sämtlichen nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten sei gemein, dass es sich um individuelle netzbetreiberbezogene Daten handele, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich seien und an deren Nichtverbreitung ein berechtigtes Interesse bestehe. Dies gelte sowohl für individuelle Daten, wie die Kennzahlen der Versorgungsqualität und die Effizienzwerte, als auch für aggregierte Daten wie die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen, die Aufwandparameter und die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile. Alle variablen Bestandteile der Regulierungsformel würden offengelegt, so dass nicht nur die zu Beginn der Anreizregulierungsperiode für fünf Jahre festgelegten, sondern auch die angepassten Erlösobergrenzen für die gesamte Regulierungsperiode nachvollzogen und Rückschlüsse auf die zukünftig tatsächlich zu erwartenden Umsätze gezogen werden könnten. Dadurch würden umfassende Rückschlüsse auf die „gesamtwirtschaftliche Situation“ des jeweiligen Netzbetreibers für die Dauer einer gesamten Regulierungsperiode offenbart.

Die zu veröffentlichende (angepasste) **kalenderjährliche Erlösobergrenze** nach § 4 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, Abs. 4 ARegV begrenze die durch sie maximal zu vereinnahmenden Erlöse und entspreche damit den regulierungsrechtlich begrenzten Maximalumsätzen, damit handele es sich um feststehende Umsätze des Netzbetreibers für die nächsten fünf Jahre. Umsätze und Umsatzerwartungen seien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen. Erlösobergrenzen „entstammten“ dem Unternehmen, da die Kostenprüfung ihre Grundlage in den - aus den handelsrechtlichen Jahresabschlüssen abgeleiteten - Tätigkeitenabschlüssen habe, die nur kalkulatorisch angepasst würden. Einige der zu veröffentlichenden Daten – dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile, vorgelagerte Netzkosten, vermiedene Netzentgelte, volatile Kostenanteile für Verlust- und Treibenergie – würden diesen sogar unmittelbar entnommen und seien damit das Ergebnis der unternehmensindividuellen Geschäfts- und Marktstrategie. Aus den weiteren, ebenfalls von der Veröffentlichungspflicht umfassten Daten, wie dem Saldo des Regulierungskontos, dem Erweiterungsfaktor und dem Kapitalkostenaufschlag, seien ebenfalls Rückschlüsse auf zukünftige Erlösobergrenzen und damit auf zukünftige Umsätze möglich. Die Kenntnis von den gegenwärtigen und zukünftigen Umsätzen des Netzbetreibers bei Investoren oder Teilnehmern am Konzessionswettbewerb

schwäche die Wettbewerbssituation des Netzbetreibers in erheblichem Maße. An ihrer Geheimhaltung bestehe insoweit ein berechtigtes Interesse, da ihre Offenlegung geeignet sei, Konkurrenten exklusives Wissen zugänglich zu machen und so die Wettbewerbssituation des Netzbetreibers nachhaltig zu beeinflussen.

Die zu veröffentlichenden Daten um das **Regulierungskonto** – der verzinste Saldo sowie die Summe der Zu- und Abschläge aus der Auflösung des Saldos – gäben unmittelbar Aufschluss über unternehmerische Verbrauchs- und Leistungsprognosen und legten damit die tatsächliche Verbrauchs- und Leistungsfähigkeit der Netzbetreiber offen. Es handele sich daher um unternehmensinterne Kennzahlen, an deren Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse bestehe. Auch bilde der Saldo einer Regulierungsperiode einen Bestandteil der Erlösobergrenzen für die Folgeperiode, so dass die Veröffentlichungspflicht die Möglichkeit eröffne, die Erlösobergrenzen der nächsten Regulierungsperiode zumindest in Teilen zu prognostizieren.

Mit der Veröffentlichungspflicht für **Effizienzwerte, Aufwands- und Vergleichsparameter** wende sich der Ordnungsgeber gegen die höchststrichterliche Rechtsprechung, nach der netzbezogene Vergleichs- und Aufwandparameter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Netzbetreiber darstellten. Genau diese sollten jetzt veröffentlicht werden. Anders als nach der Vorgängerregelung solle nicht länger nur der beste Effizienzwert des Netzbetreibers, sondern sollten daneben auch alle weiteren Effizienzwerte veröffentlicht werden, so dass Dritte auch Kenntnis von dem tatsächlichen und standardisierten Effizienzwert nach der SFA- und der DEA-Methodik erhielten. Durch diese Erweiterung der Veröffentlichungspraxis könnten potenzielle Investoren und Fremdkapitalgeber mehr als zuvor Rückschlüsse auf die Altersstruktur des Netzes und die Effizienz des Netzbetreibers ziehen, was auch im Konzessionswettbewerb mit Nachteilen verbunden sei. Insbesondere gingen die nun zu veröffentlichenden Vergleichsparameter über die bisher zu veröffentlichenden Strukturparameter hinaus. So sollten beispielsweise in Ergänzung zu § 27 Abs. 2 StromNEV auch die Zählpunkte sämtlicher Netz- und Umspannebenen veröffentlicht werden. Insbesondere aber der bisher nicht veröffentlichte Vergleichsparameter der potentiellen Jahreshöchstlast lasse Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit ihres Netzes zu, welche Kernbestandteil ihrer Marktstrategie sei. Nicht zuletzt durch die Gesamtschau mit den Aufwands- und Vergleichsparametern ergebe sich ein

umfassendes Bild der Kalkulationsgrundlagen des Netzbetreibers, so dass es Dritten auf ihrer Grundlage nunmehr möglich sei, die Effizienzwerte selbst zu berechnen. Ein solches Recht zur eigenen Nachberechnung des Effizienzwerts habe der Bundesgerichtshof noch mit Beschluss vom 21.01.2014 dem beteiligten Netzbetreiber abgesprochen. Dritten sei es zudem aufgrund der Veröffentlichung der Aufwandparameter, insbesondere der standardisierten nach § 14 ARegV möglich, Rückschlüsse auf die Eigenkapitalverzinsung und infolgedessen auf die Ertragslage des Netzbetreibers zu ziehen. Ihre Höhe stelle den dem Netzbetreiber regulatorisch zugestandenen Gewinn dar. Durch eine Veröffentlichung dieser Daten sei es nunmehr potentiellen Kreditgebern oder Investoren möglich, sich ein detailliertes Bild über ihre – der Betroffenen – Rendite zu verschaffen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seien auch Kalkulationsunterlagen geschützt, um die es sich bei den Effizienzwerten, Erlösobergrenzen und dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen handele.

Der **Erweiterungsfaktor** gebe - auch wenn es sich bei dem veröffentlichten Wert um einen Summenwert handele - Aufschluss über die sich seit Festlegung des Ausgangsniveaus geänderte Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers. Der Umstand, dass sich die Parameter der Fläche des versorgten Gebietes, der Anzahl der Anschlusspunkte in Stromversorgungsnetzen oder der Ausspeisepunkte in Gasversorgungsnetzen und der Jahreshöchstlast im Antragszeitpunkt dauerhaft und in erheblichem Umfang geändert haben müssten, gebe Dritten Aufschluss über die konkrete Netzentwicklung. Informationen zu der veränderten Versorgungsaufgabe und die damit einhergehenden Kostensteigerungen aber bildeten den Kernbereich des unternehmerischen Handelns. Insbesondere im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von genehmigten Investitionsmaßnahmen und des Kapitalkostenaufschlags eröffne die Veröffentlichung des Erweiterungsfaktors Dritten die Möglichkeit, sich ein Bild über die Netzentwicklung und die Investitionsfähigkeit des Netzbetreibers zu machen. Aufgrund der insoweit prognostizierbaren Marktstrategien bestehe an der Geheimhaltung dieser Daten mit Blick auf die wettbewerbliche Position des Netzbetreibers ein berechtigtes Interesse. Nicht zuletzt ermögliche die Tatsache, dass seitens der Regulierungsbehörde ein Erweiterungsfaktor genehmigt worden sei, Dritten eine Prognose bezüglich der Erhöhung der ebenfalls bekannten Erlösobergrenzen in der nächsten Regulierungsperiode.

Mit dem - ebenfalls zu veröffentlichenden – jährlichen **Kapitalkostenaufschlag** werde durch einen Aufschlag auf die Erlösobergrenze der Zeitverzug zwischen Investitionen unter Berücksichtigung der hierfür aufzuwendenden Kapitalkosten in der Erlösobergrenze beseitigt. Durch ihn könnten Dritte unmittelbar Aufschluss über die Höhe der beabsichtigten Modernisierungs- oder Wartungsmaßnahmen des Netzbetreibers bzw. den Umfang seiner Investitionsfähigkeit und seines Investitionsbedarfs erhalten und so die Altersstruktur des Netzes einschätzen, woraus sich wiederum Schlüsse zum Anlagevermögen und zur Eigenkapitalverzinsung ableiten ließen. Durch die Möglichkeit Dritter, den Investitionsbedarf eines Netzes einzuschätzen, werde ihre Position in Verhandlungen mit Investoren oder im Konzessionswettbewerb erheblich geschwächt. Dies gelte unabhängig davon, ob der Kapitalkostenaufschlag zwischen Ersatz- und Erweiterungsmaßnahmen unterscheide. Im Zusammenspiel mit den nach § 31 Abs. 1 Nr. 9 ARegV zu veröffentlichenden Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV, die lediglich „Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen“ umfassen, sei es Dritten möglich, die Summe der Erweiterungsmaßnahmen zu extrahieren. Im Übrigen bestehe ohnehin ein Interesse an der Geheimhaltung von Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen insgesamt, da hieraus der gesamte Investitionsbedarf abgeleitet werden könne. Der Umstand, dass es sich bei den zu veröffentlichenden Werten um Summenwerte handele, sei unerheblich. Für Dritte sei bereits der Umstand, ob Investitionsmaßnahmen getätigt würden, von erheblicher Bedeutung.

Durch die Veröffentlichung der **dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile** und ihre jährliche Anpassung als Summenwert erhielten Dritte erstmals Kenntnis, welche Kosten dauerhaft nicht beeinflussbar und – daraus resultierend – vorübergehend nicht beeinflussbar und beeinflussbar seien. In Zusammenschau mit den ebenfalls zu veröffentlichenden Effizienzwerten könne daraus ermittelt werden, wieviel Kosten der Netzbetreiber absolut während einer Regulierungsperiode abbauen müsse. Nach dem Urteil des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vom 14.04.2015 (EnZR 11/14 „Gasnetz Springe“) seien kalkulatorische Kostendaten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren. Die nach § 31 Abs. 1 Nr. 8 ARegV zu veröffentlichenden Daten bewegten sich auf derselben Aggregationsstufe.

Durch die Veröffentlichung der **genehmigten Investitionsmaßnahmen** könnten Dritte Rückschlüsse auf die zukünftige Netzgestaltung, den Investitionsbedarf und die Investitionsfähigkeit des Netzbetreibers und damit nicht zuletzt auch auf die Vermögensstruktur des Netzbetreibers erhalten.

Die Veröffentlichung der **vermiedenen Netzentgelte** gebe unmittelbar Aufschluss über die Anzahl der dezentralen Einspeiser, so dass Dritte einen konkreten Einblick in die Ausgestaltung des Netzes erhielten.

Die Veröffentlichung der **volatilen Treib- und Verlustenergiekosten** gebe Aufschluss über die Beschaffungskosten für Verlust- und Treibenergie und führe insbesondere unter Berücksichtigung der übrigen Veröffentlichungspflichten zu einem umfassenden Bild der Wirtschaftlichkeit des Netzbetreibers. Während bislang lediglich die tatsächliche Verlustenergiemenge, der Preis dieser sowie der Referenzpreis veröffentlicht worden seien, werde es Dritten durch die Veröffentlichung der fixierten Menge nunmehr möglich, Gewinne bzw. Verluste in Bezug auf die Beschaffung von Treib- und Verlustenergie zu beziffern und Rückschlüsse auf die seitens des Netzbetreibers verhandelten Konditionen zu ziehen.

Die Veröffentlichung von **Kennzahlen zur Versorgungsqualität** stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung in Regulierungsverfahren, denn der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs habe in seinem Beschluss vom 22.07.2014 (EnVR 59/12 „Stromnetz Berlin“) – und ihm nachgehend auch der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf – Informationen über die Versorgungsqualität als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse qualifiziert. Die Veröffentlichung der Information, ob ein Bonus oder ein Malus im Rahmen der Ermittlung des Qualitätselements durch die Regulierungsbehörde errechnet wurde, treffe eine Aussage über die Versorgungsqualität des jeweiligen Netzes. Auch wenn hieraus keine Rückschlüsse auf den Zeitpunkt und die Ursachen einzelner Versorgungsunterbrechungen möglich seien, lasse die Höhe des Bonus oder Malus Rückschlüsse auf die Dauer und das Ausmaß der Versorgungsunterbrechungen i.S.d. § 52 EnWG zu. Da die beteiligte Bundesnetzagentur auf ihrer Internetseite die durchschnittlich auftretenden SAIDI-Werte angebe, könnten Dritte nachvollziehen, ob die konkrete Ausfalldauer je

versorgtem Verbraucher bei dem jeweiligen Netzbetreiber höher oder niedriger sei als die Ausfalldauer anderer Netzbetreiber.

Insbesondere in ihrer Gesamtschau ließen die nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten Rückschlüsse auf die gesamtwirtschaftliche Situation der Betroffenen zu. Durch die Veröffentlichungspflichten im Rahmen der Vorgängervorschrift seien – mit Ausnahme des nach §§ 12 bis 15 ARegV ermittelten besten Effizienzwerts – lediglich allgemeine Daten veröffentlicht worden, die keine Rückschlüsse auf die Unternehmensstruktur des einzelnen Netzbetreibers zugelassen hätten. Durch die Neufassung werde die Veröffentlichung einer Vielzahl individueller netzbetreiberbezogener Daten ermöglicht, die insbesondere in ihrer Gesamtschau ein konkretes Bild der Unternehmensstruktur und zukünftigen Entwicklung des Unternehmens eröffnen. Aus den nunmehr zu veröffentlichenden Daten könne ausgehend von den Erlösbergrenzen ermittelt werden, welche Kosten dauerhaft nicht beeinflussbar und daraus resultierend vorübergehend nicht beeinflussbar und beeinflussbar seien. In Zusammenschau mit den ebenfalls zu veröffentlichenden Effizienzwerten könne daraus ermittelt werden, wieviel Kosten der Netzbetreiber absolut während einer Regulierungsperiode abbauen müsse. Ferner könnten aus diesen Parametern und den ebenfalls zu veröffentlichenden Aufwandparametern Rückschlüsse auf die Netzkosten insgesamt, die Kostenbestandteile wie Verlust- und Treibenergie sowie vermiedene Netzentgelte gezogen werden. Durch die Veröffentlichung von Kapitalkostenaufschlägen, Erweiterungsfaktoren und Investitionsmaßnahmen könnten fortlaufende Erweiterungs- und Ersatzinvestitionen identifiziert werden. Die Gesamtschau der Veröffentlichung der genehmigten Investitionsmaßnahmen, des Kapitalkostenaufschlags und der Veröffentlichung des Erweiterungsfaktors eröffne Dritten ein umfassendes Bild der Netzentwicklung und der Investitionsfähigkeit des Netzbetreibers. Im Zusammenhang mit den ebenfalls bekannten Umsätzen des Netzbetreibers durch die Veröffentlichung der Erlösbergrenzen, der Möglichkeit, die Ertragslage zu prognostizieren, werde Dritten ihre gesamte Kostenstruktur einschließlich ihrer Rentabilität offengelegt. Aufgrund dieser umfassenden Kenntnis der in § 31 Abs. 1 ARegV enthaltenen Daten werde ihre wettbewerbliche Situation nachteilig beeinflusst.

Darüber hinaus sei die streitgegenständliche Veröffentlichung wegen fehlender Anhörung rechtswidrig. Dies zeige ein Vergleich zum gestuften Verfahren im Telekommunikationsrecht, bei dem das Vorverfahren zur Datenveröffentlichung im Infrastrukturatlas dergestalt zweistufig ausgestaltet sei, dass die Bundesnetzagentur nach einer umfassenden Datenlieferung der Netzbetreiber in einem zweiten Schritt zu prüfen habe, ob bei gekennzeichneten Daten etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ihrer Veröffentlichung entgegenstünden.

Für den Fall, dass die Anfechtungsbeschwerde keinen Erfolg habe, werde hilfsweise eine vorbeugende Unterlassungsbeschwerde als Unterfall der allgemeinen Leistungsbeschwerde erhoben. Diese sei für kartellrechtliche Verfahren durch den Bundesgerichtshof ausdrücklich anerkannt, wenn und soweit nur durch sie ein lückenloser effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden könne. Sie sei auch begründet, da die Landesregulierungsbehörde nicht berechtigt sei, die Daten nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichen. Im Fall der Zuwiderhandlung gegen die angeordnete Unterlassung sei gegen die Beschwerdegegnerin ein Zwangsgeld in angemessener Höhe festzusetzen. Äußerst hilfsweise werde allgemeine Feststellungsbeschwerde erhoben, die ebenfalls nach der Rechtsprechung anerkannt sei. Da die Datenveröffentlichung unmittelbar in ihre Rechtspositionen eingreife, habe sie einen Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit.

Die Betroffene beantragt,

- I.** die Verfügungen der Landesregulierungsbehörde per E-Mail vom 13.12.2016 und 22.12.2016 aufzuheben,
hilfsweise,
- II.** die Landesregulierungsbehörde zu verpflichten, die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Betroffenen zu unterlassen,
- III.** der Landesregulierungsbehörde für jeden Fall der Zuwiderhandlung nach II. ein Zwangsgeld in angemessener Höhe aufzuerlegen,
äußerst hilfsweise,
- IV.** festzustellen, dass die Landesregulierungsbehörde nicht befugt ist, die in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Betroffenen zu veröffentlichen.

Die Landesregulierungsbehörde bittet um Zurückweisung der Beschwerde. Sie meint, mit § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG liege eine hinreichende Verordnungsermächtigung vor. Durch die beabsichtigte Veröffentlichung würden auch keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenbart, wie der Senat in seinen o.e. Eilentscheidungen – und ihm nachfolgend auch der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf, die Kartellsenate des Oberlandesgerichts Schleswig-Holstein und Bremen sowie der 2. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Thüringen und der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt – bestätigt hätten.

Die beteiligte Bundesnetzagentur verteidigt ebenfalls die in der Neufassung des § 31 ARegV vorgesehene Veröffentlichung der im Katalog genannten Daten. Die Neufassung des § 31 ARegV sei verfassungskonform, da die dort genannten, von den Regulierungsbehörden zu veröffentlichenden Daten keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten.

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

II.

Die Beschwerde der Betroffenen hat aus den in der Senatssitzung mit den Beteiligten eingehend erörterten Gründen in der Sache keinen Erfolg.

1. Ihr Antrag, die „Rundmails“ der Landesregulierungsbehörde zu den Veröffentlichungspflichten nach § 31 Abs. 1 ARegV vom 13.12.2016 und 22.12.2016 gemäß §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, Abs. 3 EnWG aufzuheben, ist bereits unzulässig. Er ist nicht statthaft, weil er sich – wie der Senat schon in seinem Eilbeschluss vom 16.02.2017 eingehend ausgeführt hat - nicht gegen ein Verwaltungshandeln richtet, das als belastender Verwaltungsakt angesehen werden könnte.

Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Ziffer II.1 im Senatsbeschluss vom 16.02.2017 verwiesen. Neue Gesichtspunkte, wonach die Rundschreiben darauf abzielen würden, verbindlich Rechte, Pflichten oder einen Rechtsstatus zu regeln (vgl. Roesen/Johanns in: Säcker, BerlK-EnR, 3. A., § 76 EnWG Rn. 3; OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss v.

29.03.2007 – VI-3 Kart 466/06 (V) Rn. 11, RdE 2007, 272 ff.), hat die Betroffene im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht vorgetragen und sind auch sonst nicht ersichtlich.

2. Der – hilfsweise gestellte - Antrag, der Landesregulierungsbehörde zu untersagen, die Veröffentlichung zu unterlassen, ist zulässig, aber unbegründet. Ein Anspruch, die Veröffentlichung zu unterlassen, scheidet daran, dass die Landesregulierungsbehörde auf der Grundlage des § 31 Abs. 1 ARegV ohne weiteres zur Veröffentlichung der im Katalog aufgeführten Daten berechtigt ist.

Die Neuregelung der Veröffentlichungspflichten in § 31 ARegV in der seit dem 17.09.2016 geltenden Fassung begegnet – auch unter Berücksichtigung des weiteren Vorbringens der Betroffenen im Beschwerdeverfahren - keinen Bedenken.

2.1. Die nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderliche Ermächtigung zum Erlass - und damit auch zur Änderung - des § 31 ARegV folgt aus § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG.

2.1.1. § 21a Abs. 6 EnWG räumt der Bundesregierung die Möglichkeit ein, mit Zustimmung des Bundesrates eine Rechtsverordnung zu erlassen, nach der die Netzzugangsentgelte der Betreiber von Energieversorgungsnetzen durch eine Methode bestimmt werden, die Anreize für eine effiziente Leistungserbringung setzt (vgl. § 21a Abs. 1 EnWG). § 21a Abs. 6 Satz 1 EnWG enthält damit eine grundlegende, weit gefasste Verordnungsermächtigung zum Erlass der Anreizregulierungsverordnung, welche die gesetzlichen Rahmenbedingungen nach dem Willen des Gesetzgebers ergänzen kann (BT-Drs. 15/5268, S. 120).

Während § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 EnWG das „Ob“ und das „Wann“ der Einführung einer Anreizregulierung betrifft, wird der Ordnungsgeber in § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG weiter ermächtigt, die nähere Ausgestaltung der Methode der Anreizregulierung und ihrer Durchführung nach den in § 21a Abs. 1-5 EnWG enthaltenen Eckpunkten zu regeln („Wie“). Bei der Konkretisierung der Anreizregulierungsvorgaben steht der Bundesregierung ein weiter Gestaltungsspielraum zu (vgl. BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 19.06.2007 – KVR 17/06 Rn. 43, BGHZ 172, 368 ff. „Auskunftsverlangen“; OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss v. 6.10.2010 – VI-3 Kart 205/09 (V) Rn. 66, juris; OLG

München, Beschluss v. 25.11.2010 – Kart 17/09 Rn. 72, juris; Meinzenbach in: Säcker, BerIK-EnR, 3. A., § 21a EnWG Rn. 196); § 21a EnWG ist methodenoffen gestaltet, da die Regulierungsbehörde das Anreizregulierungsmodell erst entwickeln soll (BT-Drs. 15/5268, aaO; Schütz/Schreiber in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 21a EnWG Rn. 192).

Danach ist es entgegen dem Einwand der Betroffenen unschädlich, dass in Nr. 10 des Katalogs des § 21a Abs. 6 Satz 2 EnWG angesichts der Bedeutung einer robusten und vor allem umfassenden Basis netzbetreiberspezifischer Detaildaten für eine sachgerechte Ermittlung insbesondere der Kostenbasis und der Effizienzwerte ausdrücklich nur die *Erhebung* von Daten, nicht aber auch deren *Veröffentlichung*, aufgeführt ist. Insoweit verkennt sie die Bedeutung des in § 21a Abs. 6 Satz 2 EnWG aufgeführten Katalogs. Er enthält lediglich „inhaltliche Leitplanken“, die sicherstellen sollen, dass der Ordnungsgeber die Vorgaben des § 21a Abs. 1-5 EnWG ausreichend berücksichtigt (Meinzenbach, aaO). Der Ordnungsgeber ist daher – wie sich auch schon aus dem Wortlaut ergibt - nicht auf die im Katalog des Satz 2 aufgezählten Inhalte beschränkt („insbesondere“), auch andere Regelungen können in der Verordnung getroffen werden. Ihm soll gerade die Möglichkeit eingeräumt werden, das Anreizregulierungskonzept zu entwickeln und die gesetzlich vorgegebenen „Eckpfeiler“ durch die Verordnung zu ergänzen (BT-Drs. 15/5268, S. 120). Ein solcher normativer Gestaltungsspielraum für den Ordnungsgeber wird allgemein für verfassungskonform erachtet; er ist erforderlich, um eine effektive Anreizregulierung zu implementieren (vgl. Schütz/Schreiber, aaO Rn. 196 ff.).

Vor diesem Hintergrund rügt die Betroffene ohne Erfolg, § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG könne nicht als „Generalermächtigung“ für „jedwede Ausweitung“ der Transparenzvorschriften herangezogen werden. Weder § 21a Abs. 6 Satz 1 EnWG noch § 21a Abs. 6 Satz 2 EnWG musste die Einführung bzw. Änderung der hier im Raum stehenden Veröffentlichungspflicht ausdrücklich vorsehen und – wie die Betroffene und das Oberlandesgericht Brandenburg (Beschluss v. 10.07.2017, aaO) meinen – sie „konkret“ erfassen. Von der Veröffentlichung werden – wie noch ausgeführt werden wird - verfassungsrechtlich oder jedenfalls einfachgesetzlich geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Netzbetreiber nicht betroffen.

2.1.2. Bei der Novellierung des § 31 ARegV hat sich der Verordnungsgeber mit dem dem Transparenzgebot dienenden, auf das Anreizregulierungsmodell bezogenen Veröffentlichungspflicht innerhalb seines gesetzlichen Gestaltungsspielraums bewegt.

Wie die Betroffene richtig erkennt, zielt § 21a Abs. 6 EnWG auf eine effektive Anreizregulierung ab. Die Veröffentlichung von Daten im Zusammenhang mit der Entgeltregulierung, die nach der Begründung des Verordnungsgebers die Transparenz erhöhen soll, ist schon seit Einführung der Anreizregulierungsverordnung ein Baustein im Modell der Anreizregulierung. Eine hohe Transparenz hat gerade im monopolistischen Netzbetrieb als Mittel zur Marktdisziplinierung und Schaffung von Akzeptanz besondere Bedeutung. Im Einklang mit europarechtlichen Vorgaben ist das Transparenzgebot in die Normen des § 21 Abs. 1 EnWG und § 1a Abs. 5 EnWG ausdrücklich aufgenommen und durch Veröffentlichungspflichten in verschiedenen anderen Regelungen – wie etwa §§ 6b Abs. 4 EnWG, 17 StromNZV, 40 GasNZV, 27 Strom-/GasNEV - konkretisiert worden. Bei der Einführung der Anreizregulierungsverordnung hatte der Verordnungsgeber den Regulierungsbehörden daher schon in § 31 ARegV a.F. auferlegt, die Effizienzwerte netzbetreiberbezogen in nicht anonymisierter Form in ihrem Amtsblatt und auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen, außerdem mussten der generelle sektorale Produktivitätsfaktor, die Kennzahlvorgaben im Rahmen der Qualitätsbeurteilung, die Abweichungen der Netzbetreiber von diesen Vorgaben sowie der im Rahmen des vereinfachten Verfahrens gemittelte Effizienzwert veröffentlicht werden. Damit wollte er dem Gedanken Rechnung tragen, dass mit der Veröffentlichung für die Netznutzer Transparenz über den Stand der Effizienz der Leistungserbringung bei den einzelnen Netzbetreibern geschaffen werden sollte. Die Veröffentlichung sollte darüber hinaus einen zusätzlichen Anreiz für die Netzbetreiber zur Steigerung ihrer Effizienz schaffen und die Nachprüfbarkeit des jeweils eigenen Effizienzwertes für den betreffenden Netzbetreiber erleichtern (BR-Drs. 417/07, S. 73). Eine weiterführende Konkretisierung hielt die Bundesnetzagentur schon in ihrem Tätigkeitsbericht für die Jahre 2005 bis 2007 für erforderlich, um die Transparenz im Energiemarkt zu steigern und Marktakteure mit grundlegenden und entscheidungsrelevanten Informationen zu versorgen (vgl. BT-Drs. 16/9000, S. 15).

In dem der Novellierung zugrundeliegenden Bericht zur Evaluierung der Anreizregulierungsverordnung hat die Bundesnetzagentur sodann herausgestellt, dass Netzbetreiber, Banken, Investoren und Netznutzer immer wieder die fehlende Transparenz des Regulierungsverfahrens, vor allem bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung bemängelten (BNetzA, Evaluierungsbericht vom 21.01.2015, S. 332 ff.). Nicht nur Netznutzer, sondern auch Netzbetreiber hatten eine Erhöhung der Transparenz gefordert, damit die Ergebnisse der Regulierung auch für Dritte nachvollziehbar werden. Von daher könne – so die Bundesnetzagentur – die netzbetreiberbezogene und nicht anonymisierte Veröffentlichung weiterer unternehmensbezogener Daten – etwa der im Effizienzvergleich verwendeten Strukturparameter, der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile, der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen und des genehmigten Erweiterungsfaktors – jeweils als Summenwert –, der Versorgungsunterbrechungen i.S.d. § 20 Abs. 1 ARegV und auch der Investitionsmaßnahmen – einen wichtigen Beitrag zur Selbstregulierung, zur Akzeptanzsteigerung und zur Verringerung des von Investoren und Fremdkapitalgebern wahrgenommenen Risikos leisten (BNetzA, Evaluierungsbericht, S. 336).

Unter Berücksichtigung des Evaluierungsberichts, Stellungnahmen der betroffenen Wirtschaftskreise sowie der Verbraucher und Länder wurde daraufhin der Entwurf zur Novellierung der ARegV erarbeitet, der als dritten Baustein – neben der Verbesserung der Investitionsbedingungen durch die unmittelbare Anerkennung von Investitionskosten der Netzbetreiber, insbesondere individueller Investitionskosten anstelle pauschaler Budgets zur Kostendeckung und weiterer Effizienzreize, u.a. durch den Effizienzbonus – die Verbesserung der Transparenz beinhaltet. Mit den neuen Veröffentlichungspflichten sollen die Entscheidungen der Regulierungsbehörde sowie die Kosten und Erlöse der Netzbetreiber nachvollziehbarer werden. Die Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung wurde deshalb unter anderem von der Ausweitung der Transparenzvorschriften flankiert (vgl. Erläuterung 947. BR, 08.07.2016, TOP 45). In der Begründung des Verordnungsentwurfs hat der Verordnungsgeber betont, dass die Effizienzreize verstärkt werden sollten, gleichzeitig sollen Wirtschaftlichkeit und Transparenz für die Kunden der Netzbetreiber, insbesondere für die Verbraucher das Ziel der Entgeltregulierung in

einem Monopolbereich bleiben (BR-Drs. 296/16, S. 1). Maßnahmen zur Stärkung der Effizianzanreize und die Nachvollziehbarkeit des Effizienzvergleichs sowie der Effizienzwerte seien ein wichtiger Baustein des Regulierungsmodells (vgl. BR-Drs. 296/16, S. 21). Die Regelung des § 31 ARegV diene dem Ziel, das Verfahren und die Ergebnisse der Anreizregulierung transparenter zu gestalten. Da die gegenwärtige Praxis der Veröffentlichung der in § 31 ARegV genannten Informationen uneinheitlich sei, solle die Neuregelung gemeinsame Standards schaffen, indem sie die Transparenz der Regulierung erhöhe und eine gesetzliche Ermächtigung zur Veröffentlichung verschiedener Informationen enthalte (BR-Drs. 296/16, S. 45).

Die Novellierung des § 31 ARegV ist nicht nur vom Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen, der die Bundesnetzagentur in voller Unabhängigkeit in Fragen von allgemeiner regulierungspolitischer Bedeutung berät, sondern auch von Seiten der Monopolkommission begrüßt worden (WAR, Stellungnahme v. 5.07.2017 zu „Publikation von energierechtlichen Entgelt- und Kostenentscheidungen der Bundesnetzagentur zwischen Transparenz und Geheimnisschutz“, abzurufen unter www.bundesnetzagentur.de; Sondergutachten 77 der Monopolkommission „Energie 2017“, S. 149 f., TZ. 410 ff.).

2.2. Formelle Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit bestehen nicht. Die Bundesregierung ist gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. § 21a Abs. 6 Satz 1 EnWG für den Erlass der Verordnung zuständig. Das Zitiergebot gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG ist gewahrt (vgl. BGBl. I 2016, S. 2147). Der Bundesrat hat dem Verordnungsentwurf vom 2.06.2016 in seiner Sitzung am 8.07.2016 gemäß Art. 80 Abs. 2 GG zugestimmt (BR-Drs. 296/16 (Beschluss)). Am 14.09.2016 ist die Verordnung ausgefertigt und am 16.09.2016 im Bundesgesetzblatt verkündet worden (Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG).

2.3. Anhaltspunkte dafür, dass § 31 ARegV keine tragfähige Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung der dort angeführten Daten darstellt, sind weder ersichtlich noch von der Betroffenen aufgezeigt.

Die Neuregelung des § 31 ARegV verstößt auch materiell nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere steht sie nicht im Widerspruch zu § 71 EnWG und § 30 VwVfG

sowie weiteren energierechtlichen, dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dienenden Vorschriften. Auf einen grundrechtlichen Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch Art. 12 GG oder das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG) kann die Betroffene sich nicht berufen, da sie juristische Person des Privatrechts ist, die vollständig von der Stadt M. beherrscht wird (vgl. nur zuletzt: BVerfG, Urteil v. 7.11.2017 – 2 BvE 2/11 Rn. 234 ff., juris m.w.N.). Von daher sind ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nur einfachgesetzlich, insbesondere durch § 71 EnWG und § 30 VwVfG NW geschützt.

Bei den in § 31 Abs. 1 ARegV n.F. aufgeführten Daten handelt es sich – entgegen der von der Betroffenen geäußerten Rechtsauffassung – indessen nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

2.3.1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen, 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. Soweit es letzteres angeht, 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 OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, 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, aaO 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: Säcker, BerlK-EnR, 3. A., § 71 EnWG Rn. 6 ff.; Danner/Theobald/Werk, EnWG, § 71 Rn. 5 ff.; Karalus/Schreiber in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 31 Rn. 21; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. A., § 67 Rn. 9; Turiaux in: Kment, EnWG, § 67 Rn. 7 f.; Ruthig in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. A., S. 783 ff.; Franke in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. A., § 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“).

2.3.2. Allein aus dem Umstand, dass die Betroffene als Betreiberin eines regionalen Strom- und Gasnetzes in ihrem Netzgebiet für die Bereitstellung von Netznutzungsdienstleistungen ein sog. natürliches Monopol besitzt, folgt allerdings noch nicht, dass es sich bei ihren Unternehmensdaten nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handeln kann und sie durch die Offenlegung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten keine Wettbewerbsnachteile zu befürchten hat (vgl. aber VG Köln, Urteil v. 25.02.2016 – 13 K 5017/13 Rn. 74 ff., ZNER 2016, 277 ff. (Berufung anhängig zu 15 A 772/16 OVG NRW)). Vielmehr kann auch einem Monopolisten, der in seinem operativen Kerngeschäft keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, grundsätzlich ein Anspruch auf Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse zustehen, wenn und soweit er daran ein berechtigtes Interesse hat (so auch OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss v. 14.03.2007 – VI-3 Kart 289/06 (V) Rn. 7, aaO). Dafür spricht schon, dass die Entgeltregulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze nach § 1 Abs. 2 EnWG gerade darauf abzielt, wettbewerbsähnliche Zustände bei der Versorgung mit

Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen zu erzeugen oder zu simulieren (vgl. grundlegend zur Netzinfrastrukturregulierung durch das EnWG Säcker, BerlK-EnR, 3. A., Einl. A EnWG Rn. 51; zum Geheimnisschutz aus ökonomischer Sicht Ruthig in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. A., Kapitel 59 A. III, S. 699 ff.). Sie soll auch im Bereich der Anreizregulierung sicherstellen, dass der Monopolist seine Infrastrukturdienstleistungen möglichst effizient und zu angemessenen Preisen erbringt und überdies ausreichende Investitionen in die Netzinfrastruktur vorgenommen werden (Säcker/Timmermann, BerlK-EnR, 3. A., § 1 EnWG Rn. 47 f.). Betätigt sich der Netzbetreiber insbesondere auf vor- und nachgelagerten Märkten, auf denen er nicht über eine Monopolstellung verfügt, als Nachfrager oder Anbieter, ist ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse daher nicht von vorneherein ausgeschlossen, wenn und soweit er dort im Wettbewerb steht (vgl. auch: BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 26.09.2017 – 1 BvR 1486/16, 1 BvR 1487/16, 1 BvR 2490/16, 1 BvR 2491/16, Rn. 33, juris; WAR, aaO, S. 7 ff.).

So hat der Netzbetreiber im Beschaffungswettbewerb bei Dienstleistungen und Gütern ein wirtschaftliches Interesse, technische Dienstleistungen und Anlagen aktuell wie auch langfristig zu günstigsten Preisen und Konditionen zu beschaffen und daher ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse an solchen Informationen, die Rückschlüsse auf seine Zahlungsbereitschaft oder die Dringlichkeit seines Bedarfs wie auch auf mögliche Mitbieter zulassen. Auf den Märkten für Kapital oder Investoren liegt sein wirtschaftliches Interesse darin, Kapital zu möglichst günstigen Zinsen und Konditionen zu beschaffen und von daher nicht offenkundige Informationen, die Rückschlüsse auf seine Liquidität oder Bonität zulassen, nicht zu offenbaren. Im Markt der Verteilernetze steht der Netzbetreiber, der seine auslaufende Konzession verteidigt oder eine neue gewinnen möchte, mit anderen Unternehmen zwar im so genannten Konzessionswettbewerb, dem „Wettbewerb um das Netz“. Der „Wettbewerb um das Netz“ wird indessen maßgeblich durch das in §§ 46 Abs. 2 – 4, 46a EnWG vorgegebene Vergaberegime initiiert, mit dem im Interesse der 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). Vor diesem Hintergrund ist angesichts der Besonderheiten des Konzessionsverfahrens – entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Brandenburg – eine wettbewerbliche Relevanz der im Rahmen der Anreizregulierungsmethodik gewonnenen unternehmensspezifischen Daten nicht ohne weiteres erkennbar. Zum einen hat der Konzessionsinhaber 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, dazu gehören u.a. 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. A. (2015), S. 17 Rn. 40 lit. h)). Zum anderen spielen die Kostendaten der Netzbetreiber bei der von der Kommune dann letztlich zu treffenden Auswahlentscheidung, die sich vornehmlich an den Zielen des § 1 EnWG zu orientieren hat, aber auch keine Rolle.

Wird der Netzbetreiber auf nachgelagerten Märkten, etwa als Anbieter von Dienstleistungen außerhalb des regulierten Bereichs Netzbetrieb tätig, hat er indessen ein berechtigtes Interesse, alle nicht offenbaren Informationen, die die diesbezüglichen wirtschaftlichen Verhältnisse seines Netzbetriebs maßgeblich bestimmen, nicht offen zu legen.

Soweit er schließlich mit anderen Netzbetreibern hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit im Qualitätswettbewerb steht, kann er ein wirtschaftliches Interesse daran haben, 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“). Nichts anderes kann nach Einführung des Effizienzbonus (§ 12a ARegV) für seine nicht offenkundigen Konzepte und Maßnahmen gelten, die ursächlich für einen guten Effizienzwert und zugleich geeignet sind, die Effizienz anderer Netzbetreiber zu verbessern, wenn man die diesbezüglichen Informationen im Rahmen des Qualitätswettbewerbs wie auch des Wettbewerbs im Effizienzvergleich trotz des Umstands, dass dieser innerhalb des regulierten Monopols - gesetzlich gewollt – stattfindet und die Transparenz dabei Bestandteil des Regulierungskonzepts ist, als schützenswert anerkennt (vgl. auch WAR, S. 9).

Nach alledem kann der pauschale Hinweis darauf, dass Marktteilnehmer aus Unternehmensdaten Rückschlüsse auf die gegenwärtige und zukünftige wirtschaftliche Lage und ihre Wettbewerbssituation ziehen könnten, nicht ausreichend sein. Vielmehr muss der Netzbetreiber im Einzelnen und damit substantiiert darlegen, inwiefern die Veröffentlichung der im Rahmen der Anreizregulierungsmethodik gewonnenen unternehmensspezifischen Daten konkret geeignet ist, die Wettbewerbsposition seines Unternehmens nachteilig zu beeinflussen (vgl. auch OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Beschluss v. 22.01.2003 – VI Kart 21/02 (V) Rn. 33 f., aaO).

2.3.3. Vor diesem Hintergrund ist weder ersichtlich noch aufgezeigt, dass es sich bei den im Katalog der Neuregelung genannten Daten – für sich oder in einer Gesamtbetrachtung – um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt. An der Geheimhaltung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten besteht kein berechtigtes Interesse, denn bei den dort genannten Informationen handelt es sich um hoch aggregierte Daten des Regulierungsprozesses, die spezifische Bedeutung in dem System der Anreizregulierung haben und, soweit sie infolge umfassender Transparenzvorgaben an die Netzbetreiber nicht ohnehin offenkundig sind, jedenfalls nicht geeignet sind, eine wettbewerbliche Stellung des Netzbetreibers insbesondere auf vor- und nachgelagerten Märkten, aber auch im Rahmen des „Wettbewerbs um das Netz“ nachhaltig zu beeinflussen.

Im Einzelnen:

Zu Nrn. 1 und 2: Wert der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ARegV und nach § 4 Abs. 3 und 4 ARegV angepasster Wert der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen

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

Die zu veröffentlichen 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.

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, ARegV, § 7 Rn. 2, 6 ff.; Beyer/Keller in: Drukarczyk/Ernst, Branchenorientierte Unternehmensbewertung, 3. A., S. 422). Die Erlösobergrenze wird nach Maßgabe der §§ 5 bis 16, 19, 22, 24 und 25 ARegV bestimmt, 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. Zu Recht weist die beteiligte Bundesnetzagentur weiter darauf hin, dass sich die Erlösobergrenze aufgrund der in § 4 Abs. 3 und 4 ARegV vorgesehenen Anpassungsmöglichkeiten im Verlauf der Regulierungsperiode der Höhe nach verändern kann, so dass es sich um eine reine

Momentaufnahme handelt und Rückschlüsse auf den tatsächlich zu erwartenden Umsatz nicht zulässt. Diese Wertung wird durch den Einwand der Betroffenen, auch die (angepassten) Erlösobergrenzen „entstammten“ dem Unternehmen, weil die Kostenprüfung ihre Grundlage in den aus den handelsrechtlichen Jahresabschlüssen *abgeleiteten* Tätigkeitenabschlüssen habe, nicht in Zweifel gezogen. Zwar hängt das Ausgangsniveau der Erlösobergrenze von der Kostenprüfung des Netzbetreibers ab; die Erlösobergrenze selbst ist aber Folge nicht nur der Kostenprüfung, sondern auch des Effizienzvergleichs unter den Netzbetreibern (ebenso WAR, S. 8).

Da mit ihnen die Obergrenzen der zulässigen Gesamterlöse eines Netzbetreibers aus den Netzentgelten festgelegt werden, sind sie 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 vorgelagerten Märkten, 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 Strom-/GasNEV verpflichtet, die aus den Erlösobergrenzen nach Maßgabe des § 17 ARegV umgesetzten Netznutzungsentgelte auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen. Daneben trifft sie seit dem 1.04.2012 auch die Publizitätspflicht nach § 6b Abs. 1 Satz 1 EnWG: ungeachtet ihrer Eigentumsverhältnisse und ihrer Rechtsform sind sie verpflichtet, für ihren Strom- und Gasnetzbetrieb 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 aussagekräftigere, aktuelle und umfassende Informationen über die tatsächliche Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens (vgl. § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB) und damit auch der konkreten Umsatzerlöse 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. 8.11.1999 – II ZR 7/98 Rn. 14, WM 1999, 2548).

Schließlich ist entgegen der Auffassung der Betroffenen auch nicht ersichtlich, dass der Netzbetreiber an der Nichtveröffentlichung der Erlösobergrenzen und ihren Anpassungen mit Blick auf den „Wettbewerb um das Netz“ ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse haben kann. Die gegenüber dem Altkonzessionär festgesetzten Erlösobergrenzen gehören zu den im Rahmen des Konzessionsverfahrens ohnehin gegenüber der Kommune und damit auch den Mitbewerbern offen zu legenden Daten. Der Mitbewerber muss die für die restliche Regulierungsperiode festgesetzten Erlösobergrenzen kennen, da er diese nach Maßgabe des § 26 Abs. 1, Abs. 2 EnWG bei Erhalt der Konzession übernimmt und ihm als Bewerber auch eine verlässliche Prognose der Netznutzungsentgelte für das ausgeschriebene Netzgebiet abverlangt wird, denn das Kriterium einer effizienten, preisgünstigen und verbraucherfreundlichen Versorgung i.S.d. § 1 EnWG ist bei der Auswahlentscheidung von der Kommune zu berücksichtigen (§ 46 Abs. 4 EnWG, vgl. nur Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg (Stand 5.03.2015), S. 3). Auch wird vertreten, dass das Angebot eines „pauschalen Abschlags“ auf das regulierte Netznutzungsentgelt möglich, wenn nicht geboten sein soll (Monopolkommission im Sondergutachten Energie 2017, S. 132 ff. Tz. 352; ebenso Dehenn, Die Vergabe von Wegekonzessionen nach § 46 EnWG, 2017, S. 220).

Die Veröffentlichung der Erlösobergrenzen und ihrer Anpassungen sind nach alledem nicht geeignet, die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen. Im Einklang mit dieser Wertung stehen nicht nur die Praxis der Regulierungsbehörde Baden-Württemberg, die u.a. die Erlösobergrenzen und deren Anpassungen bereits seit dem Jahr 2012 veröffentlicht (vgl. www.versorger-bw.de), sondern auch die europarechtlichen Transparenzvorgaben. So sieht nicht nur die im November 2013 von ACER verabschiedeten Rahmenleitlinie „Harmonized Transmission Tariff Structures“ bei Gasfernleitungsnetzbetreibern die Veröffentlichung u.a. der Erlösobergrenzen explizit vor (vgl. BNetzA, Evaluierungsbericht v. 21.01.2015, S. 334, 417), sondern auch Art. 29 ff. der Verordnung der Kommission zur Festlegung eines Netzkodex über harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen die Veröffentlichung u.a. von Netzentgelten und Kapazitätsprodukten, technischen Eingangsparametern sowie von Erlösen und Kosten der Fernleitungsnetzbetreiber (Verordnung (EU) 2017/460 der Kommission v. 16.03.2017).

Zu Nr. 3: Verzinster Saldo des Regulierungskontos nach § 5 Abs. 1 und 2 ARegV sowie die Summe der Zu- und Abschläge aus der Auflösung des Saldos des Regulierungskontos nach § 5 Abs. 3 ARegV

Dass es sich bei den zu veröffentlichenden Daten zum verzinster Saldo des Regulierungskontos sowie der Summe der Zu- und Abschläge aus der Auflösung des Saldos des Regulierungskontos um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, ist ebenso wenig ersichtlich oder dargelegt. Durch das Regulierungskonto soll sichergestellt werden, dass ungeplante Differenzen zwischen den tatsächlichen Erlösen und den durch die Netzentgeltbildung prognostizierten Erlösen weder zulasten noch zugunsten des Netzbetreibers gehen (vgl. BR-Drs. 417/07, S. 45). Es trägt dem Umstand Rechnung, dass die Vorgabe von Erlösobergrenzen über eine mehrjährige Regulierungsperiode mit Prognoseunsicherheiten behaftet ist. Der Saldo wird dabei rechnerisch aus der Differenz der von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der §§ 5 bis 16, 19, 22, 24 und 25 ARegV vorgegebenen Erlösobergrenze und der vom Netzbetreiber unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung erzielbaren Erlöse gebildet, bei deren Bestimmung regelmäßig auf die vom Netzbetreiber tatsächlich abgesetzten Mengen zurückgegriffen wird (vgl. Held in: Holznagel/Schütz, ARegV, § 5 Rn. 45). Bei den danach zu veröffentlichenden Werten – verzinster Saldo des Regulierungskontos und Summe der Zu- und Abschläge aus dessen Auflösung zum Ende einer Regulierungsperiode - handelt es sich jeweils um aggregierte Werte, die schon als solche weder den Rückschluss auf die zugrunde liegenden unternehmensinternen Kennzahlen noch auf die „allgemeine Verbrauchs- und Leistungsfähigkeit“ der Betroffenen zulassen. Die tatsächlichen Verbrauchs- und Absatzmengen gehen überdies – wie schon die Umsatzerlöse – für das jeweilige Berichtsjahr aus den zu veröffentlichenden Jahresabschlüssen der Betroffenen hervor. Zudem ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass – wie - die Veröffentlichung dieser aggregierten Daten etwa einen konkreten Rückschluss auf die Bonität oder Liquidität des Netzbetreibers zulassen könnte und damit geeignet ist, die Stellung des Netzbetreibers im Wettbewerb auf den vorgelagerten Märkten für Kapital oder Investoren nachteilig zu beeinflussen. Dies kann durch die - allgemein gehaltenen - Überlegungen der Betroffenen, dass aggregierten Werten in der freien Marktwirtschaft eine hohe Bedeutung beigemessen werde und Summenwerte zur Bewertung

wirtschaftlicher Risiken bei Unternehmenskäufen herangezogen und Dritten nur nach Abschluss von Vertraulichkeitsvereinbarungen zugänglich gemacht würden, nicht in Zweifel gezogen werden.

Zu Nr. 4 und 5: Effizienzwerte, im Effizienzvergleich verwendete Aufwands- und Vergleichsparameter, Supereffizienzwert und Effizienzbonus

Auch die Veröffentlichung der Effizienzwerte als Ergebnis des Effizienzvergleichs, der bei seiner Durchführung verwandten Aufwands- und Vergleichsparameter, des neu eingeführten Supereffizienzwerts und des sich daraus etwaig ergebenden Effizienzbonus (§ 12a ARegV) stellen keine schützenswerten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar.

Schon aus der Verordnungshistorie folgt, dass Effizienzwerte als das Ergebnis des anreizregulierungsspezifischen Effizienzvergleichs, der Auskunft über die Effizienz des Netzbetriebs gibt, nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einzustufen sind. Mit ihrer Veröffentlichung soll für die Netznutzer Transparenz über den Stand der Effizienz der Leistungserbringung bei den einzelnen Netzbetreibern sowie ein zusätzlicher Anreiz für die Netzbetreiber zur Steigerung ihrer Effizienz geschaffen, aber auch die Nachprüfbarkeit des jeweils eigenen Effizienzwertes für den betreffenden Netzbetreiber erleichtert werden (BR-Drs. 417/07, S. 73; BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 21.01.2014 - EnVR 12/12 Rn. 80, RdE 2014, 276 ff. „Stadtwerke Konstanz GmbH“). Dass durch die zusätzliche Veröffentlichung der nach der Dateneinhüllungsanalyse (DEA)- und der Stochastischen Effizienzgrenzenanalyse (SFA)-Methode ermittelten Effizienzwerte die wettbewerbliche Stellung der Betroffenen beeinträchtigt würde, ist überdies auch deshalb nicht ersichtlich, weil der tatsächlich angewendete Effizienzwert aus der Best-of-Four-Methode gebildet wird.

Auch bei den nun weiter zu veröffentlichenden Aufwands- und Vergleichsparametern als Parameter des durchzuführenden Effizienzvergleichs handelt es sich – entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Brandenburg (aaO) - nicht um Daten, an deren Geheimhaltung die Betroffene ein berechtigtes Interesse hat. Die Aufwandparameter sind Kostendaten auf höchster Aggregationsstufe, die Vergleichsparameter beinhalten z.T. die ohnehin zu veröffentlichenden Strukturdaten,

so dass für sie nicht ersichtlich ist, dass ihre Veröffentlichung in anderem Kontext eine wettbewerbliche Stellung der Betroffenen nachteilig beeinflussen könnte. 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. Daran ändert sich auch in Zukunft nach Wegfall der Pflichtparameter nichts (§ 13 Abs. 3 ARegV).

Ohne Erfolg führt die Betroffene an, der Veröffentlichung der den Effizienzwerten zugrundeliegenden Aufwands- und Vergleichsparameter stehe die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs entgegen, nach denen diese Daten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu gelten hätten. Wie der Senat mit den Beteiligten eingehend erörtert hat, lässt sich ein solches Verständnis 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 in die den Netzbetreibern anfallenden Kostenarten sowie weitere netzwirtschaftliche Parameter entnehmen lassen.

Schließlich kann im Ergebnis nichts anderes für den Supereffizienzwert – auch im Lichte des Effizienzbonus (§ 12a ARegV) - gelten, der aufgrund der in Anlage 3 Nr. 5 zu § 12 ARegV vorgesehenen Methodik zur Ausreißeranalyse ohnehin erst nach Ermittlung der Effizienzwerte für die dritte Regulierungsperiode darstellbar sein wird, die für Gasnetzbetreiber 2018 und für Stromnetzbetreiber 2019 beginnt (§ 3 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 1b ARegV). Zwar mag der Netzbetreiber insoweit mit anderen Netzbetreibern in einem – gesetzlich gewünschten – Wettbewerb um den besten Effizienzwert stehen. Rückschlüsse auf die Konzepte und Maßnahmen, die ursächlich für einen guten Effizienzwert und die zugleich auch potentiell geeignet sind, die Effizienz auch anderer Netzbetreiber zu verbessern, werden durch diese rein

ergebnisorientierten Daten indessen nicht im Ansatz ermöglicht. Im Übrigen ist die Transparenz dieser elementaren Daten der Anreizregulierungsmethodik Bestandteil des Regulierungskonzepts, so dass es auch deshalb an einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse des Netzbetreibers fehlt.

Der Einwand, der „Informationsgehalt“ der nach § 31 Abs. 1 ARegV offenzulegenden Daten werde durch die nach §§ 17 Abs. 2 StromNZV, 40 GasNZV, 27 Strom-/GasNEV zu veröffentlichenden Netzinformationen nicht geschmälert, geht fehl. Die Betroffene verkennt, dass den Daten insoweit schon die Nichtoffenkundigkeit fehlt. Soweit eine vergleichende Betrachtung der vier ermittelten Effizienzwerte im Einzelfall allgemeine Rückschlüsse darauf zulassen mag, dass es sich in der Gesamtbetrachtung eher um ein „junges“ oder ein „altes Netz“ handelt, stellen diese Kategorien keine schützenswerten Geschäftsgeheimnisse dar. Im Konzessionswettbewerb werden die entsprechenden Daten an die Kommune und den Bewerberkreis ohnehin herausgegeben (vgl. auch OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss v. 03.04.2017, aaO Rn. 95). Im Hinblick auf weiter in Betracht kommende Wettbewerbsverhältnisse ist nicht ersichtlich, dass derart grobe Schlüsse auf eine Altersstruktur des Netzes für Dritte von Interesse sein könnten. Dies gilt insbesondere für potentielle Kapitalgeber, die für eine Investitionsentscheidung zum einen auf die ohnehin veröffentlichten Daten zurückgreifen und zum anderen diesbezüglich konkrete Informationen bei dem Netzbetreiber in Erfahrung bringen können (OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, aaO Rn. 96).

Zu Nr. 6: Parameterwerte und jährliche Anpassungsbeträge der Erlösobergrenzen für den Erweiterungsfaktor nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 10 ARegV als Summenwert

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 eine etwaige Wettbewerbsposition der Betroffenen zu schwächen. 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 Strom-/GasNEV zu veröffentlichenden Strukturdaten – anders als die von § 31 Abs. 1 Nr. 6 ARegV umfassten Summenwerte – aussagekräftige Angaben zur Netzstruktur eines Strom- oder Gasverteilernetzes (OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, aaO Rn. 100). Weil danach nicht ersichtlich ist, dass der Netzbetreiber durch diese Veröffentlichung, die sich überdies auf bereits realisierte Vorhaben bezieht, in einer wettbewerblichen Stellung benachteiligt würde, veröffentlicht die Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg – worauf die Bundesnetzagentur zutreffend hinweist - schon seit Jahren den genehmigten Erweiterungsfaktor. Unabhängig davon ist nunmehr auch der zeitliche Geltungsbereich für die Betreiber von Elektrizitäts- und Gasverteilernetzen eingeschränkt, denn mit Blick auf das neue Instrument des Kapitalkostenaufschlags entfällt diese Möglichkeit für sie nach Maßgabe des § 34 Abs. 7 ARegV ab der dritten Regulierungsperiode, die für Gasnetzbetreiber 2018 und für Stromnetzbetreiber 2019 beginnt (§ 3 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 1b ARegV).

Zu Nr. 7: Kapitalkostenaufschlag als Summenwert

Auch insoweit werden durch die in § 31 Abs. 1 Nr. 7 ARegV vorgesehene Veröffentlichung als Summenwert keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen offengelegt, weil nicht ersichtlich ist, dass der aggregierte Wert des Kapitalkostenaufschlags, in den sowohl Ersatz- als auch Erweiterungsinvestitionen einfließen, einen konkreten Rückschluss auf die Höhe beabsichtigter Modernisierungs- oder Wartungsmaßnahmen der Betroffenen bzw. die Altersstruktur ihres Netzes zulässt und daher insbesondere seine Wettbewerbssituation auf vorgelagerten Märkten etwa bei der Beschaffung von Dienstleistungen, Gütern oder Kapital nicht beeinträchtigt wird. Dies wird durch den Einwand, dass „im Zusammenspiel“ mit den nach § 31 Abs. 1 Nr. 9 ARegV – ebenfalls als Summenwert - zu veröffentlichenden Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV die Summe der Erweiterungsmaßnahmen extrahiert werden könne, nicht in Frage gestellt. Dass allein die Kenntnis eines gewissen – vagen - Investitionsbedarfs sich nachteilig auf eine Wettbewerbssituation

der Netzbetreiber auswirken kann, ist auch für den Senat nicht ersichtlich (ebenso OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, aaO Rn. 103; a.A.: OLG Brandenburg, aaO). Für die Stellung des Netzbetreibers im Konzessionswettbewerb ergibt sich – auch bei einer Gesamtbetrachtung mit den nach § 31 Abs. 1 Nr. 6 und 9 ARegV zu veröffentlichenden Daten - nichts anderes, da der Konzessionsinhaber der Gemeinde und damit seinen Mitbewerbern über die nur exemplarisch in der Neuregelung des § 46a EnWG genannten Daten hinaus u.a. ohnehin Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung geben muss (vgl. nur: Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, aaO, S. 17 Rn. 40 lit. h).

Zu Nr. 8: Dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV sowie deren jährliche Anpassung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV als Summenwert

Ebenso wenig sind die Höhe der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV oder ihr nach § 4 Abs. 3 ARegV angepasster Wert Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Die zu veröffentlichenden Werte 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 (a.A.: OLG Brandenburg, aaO). Schließlich spricht auch das Wesen dieser Kostenanteile, die als „dauerhaft nicht beeinflussbar“ gelten, ersichtlich gegen ihre wettbewerbliche Relevanz.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ergibt sich nichts anderes aus der von ihr herangezogenen 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, aaO 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.

Zu Nr. 9: Jährlich tatsächlich entstandene Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV als Summenwert

Die Veröffentlichungspflicht betrifft genehmigte Investitionsmaßnahmen hier nach § 23 Abs. 6 und Abs. 7 ARegV, die dem Inhalt der Genehmigung nach (bereits) durchgeführt wurden und in der Regulierungsperiode kostenwirksam werden und für die die Genehmigung nicht aufgehoben worden ist. Dass die zu veröffentlichenden Summenwerte – wie die Betroffene meint - einen konkreten Rückschluss auf die *zukünftige* Netzgestaltung, den Investitionsbedarf und damit auch auf ihre Vermögensstruktur zulassen könnten, ist daher nicht im Ansatz ersichtlich. Für sie als Verteilernetzbetreiber besteht nach Maßgabe des § 23 Abs. 6 und Abs. 7 ARegV überdies nur eine eingeschränkte Möglichkeit der Genehmigung ihrer Investitionsmaßnahmen, denn diese sind nur für – bereits erfolgte - Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen und auch insoweit nur zu den enumerativ aufgezählten Zwecken vorgesehen; für die Maßnahmen nach § 23 Abs. 6 ARegV gilt zudem der Vorrang des Erweiterungsfaktors und eine Erheblichkeitsschwelle. Schließlich kommt auch hier der nunmehr eingeschränkte zeitliche Geltungsbereich hinzu, denn diese Möglichkeit haben Betreiber von Elektrizitäts- und Gasverteilernetzen mit Blick auf das neue Instrument des Kapitalkostenaufschlags ab der dritten Regulierungsperiode nicht mehr, § 34 Abs. 7 ARegV.

Zu Nr. 10: Jährlich tatsächlich entstandene Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 8 ARegV als Summenwert

Entgegen dem Vorbringen der Betroffenen kann die Summe vermiedener Netzentgelte im Jahr keinerlei Aufschluss darüber geben, wie viele Betreiber dezentraler Erzeugungsanlagen sich im Netzbereich der Betroffenen befinden und erlauben die in Summe erstatteten Entgelte und die sich danach rechnerisch ergebenden vermiedenen Kosten der vorgelagerten Netz- oder Umspannebene auch schon keinen Einblick in „die Ausgestaltung des Netzes“. Die Anzahl der Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen stellt schon keine dauerhafte Eigenschaft des Netzes dar, sondern kann sich – wie auch die jeweiligen tatsächlichen Einspeisemengen - permanent ändern. Hinzu kommt, dass das bei vermiedener Netznutzung dem Einspeisenden vom Netzbetreiber gezahlte Entgelt sich nach der eingespeisten Arbeit und Leistung richtet und mit dem spezifischen Netzentgelt der *vorgelagerten* Ebene bewertet wird, so dass schon deshalb eine wettbewerbliche Relevanz nicht erkennbar ist. Unabhängig davon sind die vermiedenen Netzentgelte von der Betroffenen aber auch im Internet zu veröffentlichen, so dass es auch an einer Nichtoffenkundigkeit der Information fehlt.

Zu Nr. 11: Volatile Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV als Summenwert

Auch die als Summenwert zu veröffentlichen volatilen Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV stellen keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen dar.

Nach § 11 Abs. 5 Satz 2 ARegV gelten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als volatile Kostenanteile, die nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 ARegV zu einer jährlichen *Anpassung* der Erlösobergrenzen führen können, sofern die zuständige Regulierungsbehörde dies nach § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV festlegt. Eine entsprechende - inhaltlich nicht zu beanstandende - Festlegung hat die Landesregulierungsbehörde für die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen in ihrem Zuständigkeitsbereich auch für die derzeitige zweite Regulierungsperiode getroffen (MBI. 2015 v. 20.02.2015, S. 77 ff.; dazu Senat, Beschluss v. 04.05.2016 - VI-5 Kart 2/15 (V) Rn. 37 ff., RdE 2016, 362 ff.; zu den in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur fallenden Elektrizitätsverteilernetzbetreibern BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 7.06.2016 - EnVR 62/14, RdE 2016, 462 ff. „Festlegung volatiler Kosten“).

Danach passen diese die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV um die *Differenz* aus den Verlustenergiekosten des Ausgangsniveaus des Basisjahres 2011 und den für das jeweilige Jahr ansatzfähigen Kosten an. Die ansatzfähigen Kosten ergeben sich aus der der Festlegung zur Erlösobergrenze zu Grunde liegenden Verlustenergiemenge, die unter Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten auf Basis der Ist-Mengen des maßgeblichen Basisjahres 2011 ermittelt wurde, multipliziert mit dem entsprechenden Referenzpreis für das Kalenderjahr (für 2016 z.B.: 35,14 Euro/MWh, vgl. https://www.wirtschaft.nrw/sites/default/files/asset/document/2015-09-09_bnetza_eog_hinweise_2016.pdf).

Allein die Offenlegung des – noch dazu als Summenwert zu veröffentlichenden - *Anpassungsbetrags* lässt schon weder Rückschlüsse auf die tatsächlichen Beschaffungskosten des Netzbetreibers für Verlustenergie zu, noch ermöglicht sie – mangels Offenlegung der für die Subtraktion erforderlichen Ausgangsgröße, d. h. der Verlustenergiekosten des Ausgangsniveaus des Basisjahres 2011 – eine Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Betroffenen, wie diese meint. Überdies hat die Betroffene die tatsächlichen Verlustmengen und -preise der von ihr im Wege der Ausschreibung zu beschaffenden Verlustenergie gemäß § 17 Abs. 2 Ziffer 7 StromNZV fortlaufend auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen, so dass es insoweit auch an der Nichtoffenkundigkeit der Information und damit an einem Geheimhaltungsbedürfnis fehlt. Warum die vorgesehene Veröffentlichung der Kosten für die Beschaffung von Treibenergie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen berühren sollte, ist nicht ersichtlich.

Zu Nr. 12: Ermittelte Kennzahlen zur Versorgungsqualität

Auch die ermittelten Kennzahlen zur Versorgungsqualität, die – nur - die durchschnittliche Versorgungsunterbrechung je angeschlossenen Letztverbraucher (SAIDI) und die durchschnittliche Versorgungsunterbrechung je angeschlossenen Bemessungsscheinleistungen (ASIDI) – jeweils innerhalb eines Kalenderjahres – widerspiegeln, lassen wettbewerblich nachteilige Schlussfolgerungen nicht zu. Bei ihnen handelt es sich um aggregierte Kennzahlen zur Nichtverfügbarkeit, die auf der Erfassung und Auswertung der nach § 52 EnWG erhobenen Datenreihen und der regulatorisch festgelegten ökonomischen Bewertungsmethodik zur Bestimmung der

Referenzwerte beruhen und daher lediglich das Ergebnis einer komplexen Bewertung darstellen (vgl. BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 22.07.2014 - EnVR 59/12 Rn. 24, RdE 2014, 495 ff. „Stromnetz Berlin GmbH“). Sie lassen weder einen Rückschluss darauf zu, durch welche Konzepte und Maßnahmen der einzelne Netzbetreiber bei welchem Aufwand seine Netzzuverlässigkeit erzielt hat noch, wie dringlich konkrete Investitionen in das Netz sind (a.A.: OLG Brandenburg, aaO). Die nach §§ 19, 20 ARegV ermittelten Kennzahlvorgaben und die Abweichungen der Netzbetreiber von diesen Vorgaben waren daher auch schon nach § 31 Abs. 1 Satz 2 ARegV a.F. zu veröffentlichen.

Ohne Erfolg macht die Betroffene geltend, dass die in § 31 Abs. 1 Nr. 12 ARegV vorgesehene Veröffentlichung der für – insoweit allein betroffene – Elektrizitätsverteilernetzbetreiber im Regelverfahren nach § 20 ARegV ermittelten Kennzahlen zur Versorgungsqualität der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs und des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf zuwider laufe. Wie der Senat schon in seinem Beschluss vom 16.02.2017 ausgeführt hat, ging es in den von der Betroffenen herangezogenen Entscheidungen maßgeblich um die Frage, ob die bei der Modellanalyse verwendeten *Inputdaten* in nicht anonymisierter Form zu veröffentlichen waren. Dem stand indessen entgegen, dass die Informationen über Versorgungsstörungen *nach § 52 EnWG* nicht nur im Einzelnen Angaben zu Zeitpunkt, Dauer, Ausmaß und Ursache der Versorgungsunterbrechungen, sondern auch zu den ergriffenen Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Versorgungsstörungen enthalten. Bei Daten in einer solchen Detailtiefe handelt es sich – nach der von der Betroffenen zitierten Rechtsprechung – um Geschäftsgeheimnisse (BGH, aaO Rn. 44; OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, Beschluss v. 17.02.2016 - VI-3 Kart 162/12 (V), juris).

Nach alledem handelt es sich bei den im Katalog des § 31 ARegV aufgeführten Daten um hoch aggregierte Daten des Regulierungsprozesses, die spezifische Bedeutung in dem System der Anreizregulierung haben und, soweit sie infolge umfassender Transparenzvorgaben an die Netzbetreiber nicht ohnehin offenkundig sind, jedenfalls nicht geeignet sind, eine wettbewerbliche Stellung des Netzbetreibers insbesondere auf vor- und nachgelagerten Märkten, aber auch im Rahmen des „Wettbewerbs um

das Netz“ nachhaltig zu beeinflussen. Daran ändert sich auch bei einer Gesamtbetrachtung aller Daten nichts; auch in einer Gesamtschau kann der Senat nicht erkennen, dass sie sich auf die Wettbewerbsfähigkeit des Netzbetreibers nachteilig auswirken könnten. Selbst wenn sie gewisse Anhaltspunkte für eine allgemeine Leistungsfähigkeit des Netzbetreibers geben könnten, handelt es sich dabei – auch mangels Detailtiefe – nur um einen hypothetischen und vagen Anhalt für die künftige geschäftliche Entwicklung, die keine wettbewerbliche Relevanz hat (ebenso OLG Düsseldorf, 3. Kartellsenat, aaO Rn. 124).

2.4. Ein unzureichendes Anhörungsverfahren liegt nicht vor.

Eine Anhörung der Netzbetreiber vor der Veröffentlichung ihrer in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten Daten ist nicht vorgesehen. Da durch die Veröffentlichung Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen nicht berührt sind, ist auch weder ein Verstoß gegen Art. 103 GG, § 30 VwVfG NW noch gegen § 71 EnWG gegeben. Die von der Betroffenen vorgenommene vergleichende Betrachtung mit dem Umgang sensibler Daten beim Verfahren nach § 77a Abs. 3 und 4 TKG zur Lieferung von Geoinformationsdaten für den Infrastrukturatlas geht deshalb fehl.

3. Der äußerst hilfsweise gestellte Antrag, die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung von Daten nach § 31 Abs. 1 ARegV festzustellen, ist schon mit Blick auf den Subsidiaritätsgrundsatz unzulässig; darüber hinaus ist er auch in der Sache unbegründet, weil die in § 31 Abs. 1 ARegV vorgesehene Veröffentlichung von Daten – wie schon ausgeführt – nicht rechtswidrig ist.

Nach alledem ist die Beschwerde zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Da die Beschwerde keinen Erfolg hat, hat die Betroffene die Gerichtskosten zu tragen und der gegnerischen Landesregulierungsbehörde die notwendigen Auslagen zu erstatten. Des Weiteren entspricht es nach dem Verfahrensausgang billigem Ermessen, ihr die notwendigen Auslagen der beteiligten Bundesnetzagentur aufzuerlegen, die sich aktiv an dem

Beschwerdeverfahren beteiligt und dabei den zutreffenden Standpunkt der Landesregulierungsbehörde eingenommen hat.

Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat im Einvernehmen mit den Beteiligten auf 50.000 € festgesetzt, §§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, 3 ZPO.

IV.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen die Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

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 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 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).