



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 13.06.2018 durch die Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink und die Richterin am Oberlandesgericht Pastoer

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

Die Beschwerde der Betroffenen gegen die Veröffentlichung der Effizienzwerte sowie der Aufwands- und Strukturparameter der Betroffenen der ersten, zweiten und dritten Regulierungsperiode zur Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex, auch soweit sie aus einer „Überkreuzrechnung“ stammen, wird zurückgewiesen.

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

Der Beschwerdewert wird auf 100.000 Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Betroffene ist Betreiberin eines Gasverteilernetzes im Zuständigkeitsbereich der Regulierungskammer Nordrhein-Westfalen und wendet sich gegen die beabsichtigte Veröffentlichung von unternehmensbezogenen Daten durch die Bundesnetzagentur.

Nach § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV hat die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ab der dritten Regulierungsperiode jeweils vor Beginn der Regulierungsperiode für die gesamte Regulierungsperiode nach Maßgabe von Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen, zu ermitteln. Ein von der Bundesnetzagentur beauftragtes Gutachten hat hierzu zwei wissenschaftliche Methoden herausgearbeitet, den sog. Törnquist-Mengenindex und den sog. Malmquist-Produktivitätsindex.

Für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors mit dem Törnquist-Mengenindex erhob die Bundesnetzagentur die hierfür erforderlichen Daten von den Gasverteilernetzbetreibern durch die bestandskräftige „Festlegung von Vorgaben für die Erhebung von Daten zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung vom 05.04.2017“ (Az. BK4-17-004). Für die Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex verwendet sie demgegenüber die von den Netzbetreibern zur Durchführung des Effizienzvergleichs für die erste, zweite und dritte Regulierungsperiode zur Verfügung gestellten Daten.

Mit E-Mail vom 08.09.2017 (Anlage ASt 1) kündigte die Bundesnetzagentur zur Vorbereitung eines Konsultationsverfahrens unter anderem an, dass sie beabsichtige, die Daten für die Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex, die die Netzbetreiber für die Durchführung der Effizienzvergleiche der ersten, zweiten und dritten Regulierungsperiode an sie geliefert hätten, am 04.10.2017 zu veröffentlichen. So sollten die

Aufwands- und Strukturparameter sowie die einzelnen Effizienzwerte und das Berechnungstool sowie die Codes zur Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex veröffentlicht werden. Dies konkretisierte die Bundesnetzagentur mit E-Mail vom 21.09.2017 (Anlage ASt 2) dahingehend, dass auch die Kosten- und Strukturparameter, die nur im Rahmen des Malmquist-Produktivitätsindex für die Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors verwendet würden, veröffentlicht werden sollten, also auch solche Parameter, die nicht in allen Effizienzvergleichen durchgängig verwendet worden seien und dabei auch solche, die für die erforderliche sog. „Überkreuzrechnung“ aus der Datenbasis für den jeweiligen Effizienzvergleich erst ermittelt worden seien (im Folgenden: sog. Überkreuzparameter).

Die Betroffene widersprach der geplanten Datenveröffentlichung. Sie hat mit Schriftsatz vom 02.10.2017 gegen die „Verfügungen“ der Bundesnetzagentur vom 08.09.2017 und 21.09.2017 Beschwerde eingelegt und einstweiligen Rechtsschutz geltend gemacht. Durch Beschluss vom 20.12.2017 hat der Senat im Eilverfahren den Antrag der Betroffenen, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde anzuordnen, als unzulässig zurückgewiesen und die hilfsweise gestellten Anträge auf Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur vorläufigen Unterlassung der streitgegenständlichen Veröffentlichung nebst Zwangsmittellandrohung bzw. vorläufigen Feststellung, dass die Bundesnetzagentur zu einer solchen Veröffentlichung nicht befugt sei, zurückgewiesen.

Die Bundesnetzagentur hat die streitgegenständlichen Daten der Netzbetreiber, die keinen Eilrechtsschutz geltend gemacht haben, am 07.11.2017 und die Daten der übrigen Netzbetreiber nach Zurückweisung der diesbezüglichen Eilanträge auf ihrer Internetseite unter „<https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer4>“, dort unter „Produktivitätsfaktor, § 9 Abs. 3 ARegV“ veröffentlicht. Nachdem die Bundesnetzagentur den betroffenen Marktteilnehmern im Rahmen der Konsultation vom 12.10.2017 sowie der ergänzenden Nachkonsultation vom 24.11.2017 abschließend die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 08.12.2017 gegeben hatte, hat sie durch Beschluss vom 21.02.2018 (Az. BK4-17-093) einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die Betreiber von Gasversorgungsnetzen in der dritten Regulierungsperiode in der Anreizregulierung in Höhe von 0,49 % festgelegt. Gegenstand des Beschlusses ist als darin in Bezug genommene Anlage 2 auch die streitgegenständliche vorgenannte Datenveröffentlichung, die als „Anlage

2 – Malmquist Datentabelle 21.02.2018“ im Internet über die vorgenannte Seite abrufbar ist.

Die Betroffene ist der Ansicht, es liege eine Anfechtungssituation vor. Die E-Mails der Bundesnetzagentur vom 08.09.2017 und 21.09.2017 seien jeweils Verwaltungsakte in Form einer adressatenbezogenen Allgemeinverfügung. Der Anordnungscharakter ergebe sich bereits aus dem Wortlaut. Zumindest müsse den E-Mails eine (konkludente) feststellende Regelungswirkung zugesprochen werden, da ihrem Inhalt eine umfangreiche Subsumtionsleistung zugrunde liege: Die Bundesnetzagentur stelle fest, dass die Daten keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellten und damit überhaupt einer Veröffentlichung zugänglich seien.

Es fehle bereits an einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche Veröffentlichung. Soweit sich die Bundesnetzagentur in ihrer E-Mail vom 08.09.2017 auf § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV stütze, sei diese Vorschrift mangels tauglicher Ermächtigungsgrundlage nichtig. Für die Regelung des § 31 ARegV fehle die nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderliche Verordnungsermächtigung, wie zutreffend vom Brandenburgischen Oberlandesgericht im Beschluss vom 10.07.2017 (Az. 6 Kart 1/17, vorgelegt als Anlage ASt 5) ausgeführt. Insbesondere komme § 21a Abs. 6 S. 1 EnWG nicht als Verordnungsermächtigung in Betracht, da die Vorschrift den vom Bundesverfassungsgericht gestellten höheren Anforderungen an die Bestimmtheit nicht genügen und sich die Veröffentlichungspflichten aus § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV auch bei einem weiten Verständnis der Verordnungsermächtigung jedenfalls nicht unter diese fassen ließen. Denn das Verordnungsermessen werde durch § 21 Abs. 1-5 EnWG als „Eckpfeiler“ der Verordnungsermächtigung eingeschränkt, in denen die Veröffentlichungspflichten nicht einmal im Ansatz angelegt seien. Auch ein weiter Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers vermöge keine Verordnungsermächtigung aus § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG zu begründen. Dies gelte auch für § 21 Abs. 6 S. 2 Nr. 10 EnWG. Eine systematische Auslegung des EnWG führe zu keinem anderen Ergebnis. Ein allgemeines Transparenzgebot, das zur Offenlegung der streitbefangenen Daten berechtige, lasse sich weder aus § 21 Abs. 1 EnWG noch – formell und materiell - aus den europarechtlichen Richtlinien des dritten Energiebinnenmarktpakets herleiten. Weder ließe sich hierfür § 1a Abs. 5 EnWG heranziehen noch die Verordnungsbegrün-

dung und -genese. Hiervon abgesehen liege eine Rechtsgrundlage für eine Veröffentlichung mit § 31 Abs. 1 ARegV erst seit dessen Inkrafttreten am 17.09.2016 vor, so dass Parameter – auch sog. Überkreuzparameter - der ersten und zweiten Regulierungsperiode hiervon nicht erfasst wären. Das „insbesondere“ in § 31 ARegV könne allenfalls den Umfang der Daten, nicht aber dessen zeitlichen Geltungsbereich erweitern. Schließlich könnte sich die Bundesnetzagentur für die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten schon mangels sachlicher Zuständigkeit nicht auf § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV berufen, da sie, die Betroffene, eine Gasverteilernetzbetreiberin im Zuständigkeitsbereich der Regulierungskammer Nordrhein-Westfalen sei und mithin nur diese für eine Veröffentlichung zuständig sei, wie sich aus der Zuständigkeitsverteilung nach § 54 EnWG ergebe, auf die § 31 ARegV ersichtlich abstelle.

Auch § 67 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 3 ARegV sei entgegen der im Eilbeschluss vertretenen Ansicht des Senats keine taugliche Ermächtigungsgrundlage. § 67 Abs. 1 EnWG billige zwar den Verfahrensbeteiligten zur Wahrnehmung ihres rechtlichen Gehörs ein Informationsrecht zu, ermögliche aber nicht die Datenveröffentlichung im Internet gegenüber jedermann, da Adressaten der Anhörung nur die Verfahrensbeteiligten seien. Deshalb hätten auch mildere Mittel wie etwa die Veröffentlichung über das Energiedatenportal der Bundesnetzagentur in Erwägung gezogen werden müssen. Eine entsprechende Datenveröffentlichung zur Herstellung von Transparenz, auf die es dem Senat offenbar in erster Linie ankomme, könne – wenn überhaupt – nur durch § 31 Abs. 1 ARegV gerechtfertigt sein. Auch § 31 Abs. 2 ARegV könne die Datenveröffentlichung nicht rechtfertigen. In Abgrenzung zu Abs. 1 ermögliche er nur eine nicht netzbetreiberbezogene Veröffentlichung und auch nur die Veröffentlichung des ermittelten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors als Endergebnis und nicht die Veröffentlichung von zu dessen Ermittlung herangezogener Daten.

Letztlich komme es aber nicht darauf an, ob für die streitgegenständliche Datenveröffentlichung eine Ermächtigungsgrundlage vorhanden sei, da die beabsichtigte Datenveröffentlichung jedenfalls gegen höherrangiges Recht aus § 71 EnWG i.V.m. § 30 VwVfG verstoße. Die Daten zur Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors anhand des Malmquist-Produktivitätsindex stellten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar, deren Veröffentlichung geeignet sei, die wettbewerbliche Stellung

der Betroffenen zu beeinflussen, weshalb sie ein berechtigtes Interesse an deren Geheimhaltung habe. Dass Netzbetreiber auch im natürlichen Monopol geheimhaltungsbedürftige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben könnten und sogar hoch aggregierte Daten im Rahmen des Effizienzvergleichs vorrangig schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien, sei höchstrichterlich anerkannt, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss v. 14.03.2006, 1 BvR 2087/03) zur Genehmigung von Telekommunikationsnetzzugangsentgelten sei auf die Entgeltregulierung nach EnWG bzw. ARegV übertragbar. Insbesondere habe das Bundesverfassungsgericht jüngst (Beschluss v. 26.09.2017, 1 BvR 1486/16 u.a., Rn. 33) angenommen, dass Informationen, die Rückschlüsse auf die Ausbaustrategie oder getätigte Investitionen zuließen, als aggregierte Daten schützenswert seien. Der Bundesgerichtshof habe bereits mit Beschluss vom 21.01.2014 (EnVR 12/12) klargestellt, dass Aufwands- und Vergleichsparameter gemäß §§ 13, 14 ARegV – und zwar dieselben wie die hier streitgegenständlichen - Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien und das berechtigte Interesse der Netzbetreiber an der Geheimhaltung höher anzusehen sei als eine möglichst weitgehende Transparenz des Effizienzvergleichs. Auch Informationen über kalkulatorische Netzdaten seien schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (BGH, Beschluss v. 14.04.2015, EnZR 11/14). Die Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis setze nicht voraus, dass die Veröffentlichung „spürbare“ oder „konkrete“ Wettbewerbsnachteile nach sich ziehe. Es fehle an einem normativen Ansatz dafür, dies auf der Tatbestandsseite zu prüfen, vielmehr würden hierdurch Fragen der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite, d.h. der Frage, ob solche Geheimnisse im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung der widerstreitenden Grundrechte aus Art. 12 und Art. 19 GG schützenswert seien, in unzulässiger Weise vermengt. Auch reiche es, dass die Veröffentlichung nachteilige Auswirkungen auf die wettbewerbliche Stellung eines Unternehmens haben *könne*, nicht *müsse*. Die prognostische Einschätzung nachteiliger Auswirkungen im Falle des Bekanntwerdens der Informationen müsse nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden, was sie vorliegend in hinreichender Weise getan habe. Da es nicht in ihrer Sphäre liege, welche konkreten Rückschlüsse Kreditgeber oder Investoren, Dienstleister oder Bieter aus den nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten zögen, sei ein über abstrakte Szenarien hinausgehender Vortrag der Betroffenen auch nicht möglich.

Dass die Netzbetreiber jedenfalls in nach- und vorgelagerten Märkten sowie in Bereichen wie Effizienzvergleich und Konzessionsvergabe untereinander und in Bereichen wie Beschaffung oder bei Lieferanten, Kapitalgebern und beim Personal mit anderen im Wettbewerb stünden, habe das Bundesverfassungsgericht jüngst mit Beschluss vom 26.09.2017 (1 BvR 1486/16 u.a., Rn. 33) ausdrücklich anerkannt. Mit der Veröffentlichung der standardisierten Aufwandsparameter (TOTEX/standardisierte TOTEX) hätten dritte Netzbetreiber Wettbewerbsvorteile im künftigen Konzessionsvergabeverfahren, da weitere Netzbetreiber bzw. Bewerber aus den Aufwandsparametern erkennen könnten, welche Erlöse in den nächsten Jahren in dem Netz erzielt werden könnten und deshalb Wettbewerbsvorteile mit Blick auf das mögliche Auswahlkriterium des preisgünstigen Netzbetriebs hätten. Denn diese könnten sich gerade auf solche Konzessionen bewerben, bei denen sie selbst günstigere Netzentgelte anbieten könnten, und damit ihre Zuschlagschancen verbessern. Die Aufwandsparameter seien auch nicht nach § 46a EnWG zu veröffentlichen. Die dortige Veröffentlichungspflicht betreffe die vorhandenen Kapitalkosten (CAPEX), nicht auch die aufwandsgleichen Kosten (OPEX). Im Übrigen liege ein qualitativer Unterschied vor, ob ein Mitbewerber vorab oder erst im Rahmen des Konzessionsverfahrens Kenntnis über die streitgegenständlichen Daten des Netzbetreibers erhalte. Auch im Wettbewerb um den besten Effizienzwert werde die Wettbewerbsposition eines Netzbetreibers dadurch beeinträchtigt, dass den anderen Netzbetreibern in Kenntnis der verwendeten Vergleichsparameter, der Überkreuzparameter und der Aufwandsparameter Rückschlüsse auf das Verhältnis von Input (Was kostet das Netz?) und Output (Was leistet das Netz?) möglich wären (sog. Input-Output-Relation). Im Hinblick auf den modernen Messstellenbetrieb sehe das MsbG gerade keine weitreichenden Veröffentlichungspflichten vor. Über die streitgegenständliche Datenveröffentlichung erlangten Konkurrenten des grundzuständigen Messstellenbetreibers Kenntnis davon, wie viele Messstellen auf einen Anschlusspunkt kämen und damit von der diesbezüglichen Rentabilität des Netzes. In einem besonders rentablen Gebiet würden dann besonders viele Netzbetreiber konkurrieren. Soweit sie als Nachfragerin von Dienstleistungen, Gütern, Personal und Kapital auf vorgelagerten Märkten auftrete, so könne die streitgegenständliche Veröffentlichung gerade bei der Beschaffung von Bau- und Dienstleistungen und insbesondere bei der Kreditvergabe von Banken oder anderen Kapitalgebern zu erheblichen Nachteilen führen. Die Input-Output-Relation und damit die Effizienz des Netzbetreibers würden offenbart, was für Investoren und Banken eine wichtige Information sei, um die

Konditionen für ihre Investitionsentscheidung bzw. für ihre Kreditvergabe zu bestimmen. Die Veröffentlichung der Strukturparameter „Zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen“ und „Potentielle zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen“ würden Auskunft über die Auslastung des Netzes geben. Aus letzterer lasse sich in Verbindung mit der tatsächlichen Jahreshöchstlast die Auslastung des Netzes und damit dessen Dimensionierung und daraus folgend der Netzausbaubedarf beurteilen. Dies habe ganz entscheidende Bedeutung für den Marktwert des Netzes als Geschäftsgeheimnis schlechthin. Dass gerade Banken und Kapitalgeber an diesen Informationen ein Interesse hätten, ergebe sich bereits aus dem Evaluierungsbericht nach § 33 ARegV der Bundesnetzagentur vom 21.01.2015 (dort S. 332).

Die streitgegenständlichen Daten seien auch nicht offenkundig. Es komme für die Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht darauf an, ob diese dem Bieterkreis in einem Konzessionsverfahren herausgegeben würden oder potentiellen Fremdkapitalgebern bekannt werden könnten. Entscheidend sei, dass die Daten nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich seien und an ihrer Nichtverbreitung ein berechtigtes Interesse bestehe. So halte der Bundesgerichtshof die Veröffentlichung von im Konzessionsverfahren der Gemeinde offengelegter Daten auf deren Homepage für rechtswidrig (Urteil v. 14.04.2015, EnZR 11/14 „Gasnetz Springe“). Auch ein Verweis auf bestehende Veröffentlichungspflichten verfolge nicht, da nach § 27 GasNEV überwiegend und nach § 40 GasNZV ausschließlich andere Parameter zu veröffentlichen seien. Unter Einbeziehung der nachträglich erzeugten sog. Überkreuzparameter seien deshalb nur drei Vergleichsparametern offenkundig. Insbesondere gehöre die potentielle Jahreshöchstlast nicht zu den ohnehin veröffentlichten Strukturparametern. Hieraus könne aber auf die Dimensionierung des Netzes geschlossen werden. Die vorherrschende Bodenklasse gäbe unmittelbar Aufschluss darüber, wie teuer eine Investition in das Netz sei. Aus den Aufwands- und Vergleichsparametern lasse sich unmittelbar der Marktwert des Netzes ablesen, der sowohl für Investoren als auch Bewerber im Konzessionswettbewerb von Interesse sei. Durch die Veröffentlichung aller vier Effizienzwerte werde erkennbar, welcher Effizienzwert nach der DEA- oder der SFA-Methode und mit tatsächlichen und standardisierten Kosten berechnet worden sei, was Rückschlüsse auf die Altersstruktur des Netzes erlaube. Sei der Effizienzwert bei einem Netz im Rahmen der Berechnung nach der DEA- und SFA-Methode unter Heranziehung der tatsächlichen Kosten niedriger

als bei den standardisierten Kosten, so lasse dies auf ein junges Netz schließen. Ein umfangreiches Bild ergebe sich, wenn auch der ebenfalls veröffentlichte Kapitalkostenaufschlag und der Wert der Investitionsmaßnahmen eher gering ausfalle. Das Zusammenspiel ermögliche einen Rückschluss auf die Altersstruktur des Netzes, woran insbesondere Mitbewerber im Konzessionswettbewerb ein besonderes Interesse hätten. Hieraus ließen sich auch Rückschlüsse auf die Ertragslage bzw. -fähigkeit des Netzbetreibers ziehen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts explizit geschützt sei.

Soweit die Bundesnetzagentur in ihrer E-Mail vom 08.09.2017 die Ansicht vertreten habe, dass die Veröffentlichung der Aufwands- und Strukturparameter für die erste und zweite Regulierungsperiode keine wettbewerblichen Nachteile begründe, da die Daten aus den Jahren 2006 und 2010 stammten, so nehme sie solche Nachteile für die dritte Regulierungsperiode offensichtlich an. Auch beruhten die aktuellen Erlösobergrenzen für das Jahr 2017 auf den Daten des Basisjahres 2010 und veränderten sich die zu veröffentlichenden Vergleichs- und Aufwandsparameter zwischen den einzelnen Basisjahren der Regulierungsperioden - insbesondere im Regelfall des unveränderten Netzgebiets - nicht wesentlich, so dass das Argument des Zeitablaufs nicht greife. Die Aufwands- und Vergleichsparameter der ersten und zweiten Regulierungsperiode ließen - ggfs. in Verbindung mit den von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Überkreuzrechnungen - unmittelbar Rückschlüsse auf die aktuellen Daten der dritten Regulierungsperiode zu. Die Veröffentlichung dieser Daten könne auch im Falle von aktuell stattfindenden Netzübernahmen wettbewerbliche Nachteile nach sich ziehen.

Eine Offenbarungsbefugnis auf gesetzlicher oder verordnungsrechtlicher Grundlage, die eine Abwägung entbehrlich mache, bestehe nicht. § 31 Abs. 1 ARegV stelle keine solche Ausnahmeregelung im Sinne einer Offenbarungsbefugnis dar, sondern eine (negative) normative Konkretisierung des Begriffs der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Es sei auch nicht ersichtlich, dass § 31 ARegV das Ergebnis einer Abwägung seitens des Gesetzgebers in Bezug auf die kollidierenden Interessen der Geheimhaltung einerseits und der Offenbarung andererseits sei. Die Veröffentlichung der Daten nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV verstoße zudem gegen den Verhältnismäßigkeitsgrund-

satz im engeren Sinne, da ihr eigenes Geheimhaltungsinteresse an den Daten überwiege. Zur Herstellung der Transparenz in der Regulierung, die ohnehin kein gewichtiges Rechtsgut der Allgemeinheit darstelle, sei die Veröffentlichung nicht notwendig. So würde die erforderliche Transparenz auch durch eine nicht netzbetreiberbezogene, sondern anonyme Veröffentlichung hergestellt. Dies gelte auch, soweit sich die Bundesnetzagentur auf ihr Verfahrensermessen stütze. Auch und gerade im Anhörungsverfahren seien Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 71 EnWG i.V.m. § 30 VwVfG geschützt.

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

Die Betroffene beantragt,

I.

die Verfügungen der Bundesnetzagentur vom 08.09.2017 und 21.09.2017 aufzuheben.

Hilfsweise beantragt sie,

II.

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, jede Veröffentlichung der Effizienzwerte sowie der Aufwands- und Strukturparameter der Betroffenen der ersten, zweiten und dritten Regulierungsperiode zur Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex, auch soweit sie aus einer „Überkreuzrechnung“ ermittelt wurden, zu unterlassen;

III.

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

Äußerst hilfsweise beantragt sie,

IV.

festzustellen, dass die Bundesnetzagentur nicht befugt ist, die Effizienzwerte sowie die Aufwands- und Strukturparameter der Betroffenen der ersten, zweiten und dritten Regulierungsperiode zur Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex, auch soweit sie aus einer „Überkreuzrechnung“ ermittelt wurden, zu veröffentlichen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass in der Hauptsache eine Anfechtungsbeschwerde nicht statthaft sei. Ihre E-Mails vom 08.09.2017 und 21.09.2017 seien mangels Regelungscharakters nicht als Verwaltungsakte zu qualifizieren, sondern dienten nur der Information der Adressaten, wofür bereits deren äußere Form spreche.

Hiervon abgesehen bestünden auch keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Veröffentlichung. Die zu veröffentlichenden Aufwands- und Strukturparameter stellten keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar. Die Offenlegung einer Information sei nur dann geeignet, die wettbewerbliche Stellung eines Unternehmens nachteilig zu beeinflussen, wenn sie aktuell und detailliert genug sei, was bei den streitgegenständlichen Daten nicht der Fall sei. Sie seien gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV in der seit dem 17.09.2016 geltenden Fassung ohnehin zu veröffentlichen, was auf ihrer Internetseite fortlaufend geschehe. Die Veröffentlichungsanordnung nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV sei auch rechtmäßig, wie sich aus den Entscheidungen zahlreicher Oberlandesgerichte zu diesbezüglichen Eilanträgen und mittlerweile auch mehreren Hauptsacheentscheidungen ergebe. Die streitgegenständlichen Aufwands-

und Strukturparameter im vorliegenden Verfahren würden aber nicht im Rahmen ihrer Veröffentlichungspflicht nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV veröffentlicht, sondern konkret im Rahmen der Anhörung zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (§ 9 Abs. 3 ARegV). Mit der Veröffentlichung solle ihre Entscheidung, welche Methode letztlich zur Anwendung komme, nachvollziehbar werden.

Ferner seien die vorliegend streitgegenständlichen Aufwands- und Strukturparameter teilweise bereits von den gesetzlichen Veröffentlichungspflichten (§ 27 Abs. 2 GasNEV, § 40 GasNZV) umfasst. Soweit die Betroffene geltend mache, dass sich aus der potentiellen Jahreshöchstlast Rückschlüsse auf die Netzauslastung ziehen ließen, so sei diese Information nicht schützenswert, da die Netzbetreiber nach § 33 Abs. 3 Nr. 3 GasNZV eine laufend aktualisierte, übersichtliche Darstellung der Netzauslastung in ihrem gesamten Netz selbst zu veröffentlichen hätten und sich ein konkreter Ausbaubedarf aus den Daten ohnehin nicht ableiten lasse.

Die Aufwands- und Strukturparameter der Effizienzvergleiche der ersten und zweiten Regulierungsperiode seien zudem ersichtlich nicht mehr aktuell genug, um für einen Netzbetreiber wettbewerbliche Nachteile begründen zu können. Der im Unionsrecht bestehenden Vermutung, dass Informationen von Unternehmen, die mehr als fünf Jahre alt seien, aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr schützenswert seien, sei die Betroffene nicht in erheblicher Weise entgegengetreten. Der Bundesgerichtshof habe auch nicht die Aufwands- und Strukturparameter als schützenswert angesehen, sondern die diesen zugrunde gelegten Daten, die die Unternehmen in Datenerhebungsbögen lieferten. Im Übrigen seien die Daten offenkundig.

Hinsichtlich der nicht von § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV erfassten sog. Überkreuzparameter müsse die dort vorgenommene gesetzgeberische Wertung ebenfalls Geltung beanspruchen. Es handele sich zudem über die von den Netzbetreibern erhobenen Daten hinaus um von ihr aus Dritt-Quellen ermittelte und nach gängiger Methodik errechnete Hilfswerte, deren Schutzbedürftigkeit nicht hinreichend konkretisiert vorgetragen worden sei. Es sei auch nicht vorgetragen und ersichtlich, inwieweit die Information, welcher Netzbetreiber in welchem Jahr am Effizienzvergleich teilgenommen habe, schützenswürdig sein solle.

Ihre Befugnis zur Veröffentlichung der Daten ergebe sich aus dem Zusammenspiel der Vorschriften des § 67 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 2 ARegV i.V.m. § 9 Abs. 3 ARegV. Die vom Sachverständigen zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsindex ermittelten Methoden seien hochkomplex und benötigten eine umfassende Datengrundlage. Auch müsse sie den generellen sektoralen Produktivitätsindex erstmalig selbst ermitteln, so dass ein gesteigerter Bedarf für eine umfassende Sachdiskussion bestehe. Dementsprechend habe sie unter anderem die Zweckmäßigkeit einer möglichst transparenten Berechnung und Begründung der beabsichtigten Entscheidung im Hinblick auf das in § 67 Abs. 1 EnWG verbriefte Stellungnahmerecht erkannt. Die frühestmögliche Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten und Berechnungstools trage dem Rechnung und verbessere die Möglichkeit zur eigenständigen Bewertung und konstruktiven Begleitung des Festlegungsprozesses durch die Marktbeteiligten. Demgemäß habe sie sich im Rahmen des ihr zustehenden Verfahrensermessens zur Datenveröffentlichung entschieden, um die Transparenz und Nachvollziehbarkeit zu erhöhen. Die Transparenz sei inhärenter Teil des Netzzugangs- und Netzentgelt-systems, wie sich etwa aus § 21 Abs. 1 EnWG und anderen Regelungen des EnWG und der GasNEV ergebe. Das Ziel der Transparenz verfolge sie in legitimer Weise. Schließlich werde die Veröffentlichung zumindest in Teilen ausdrücklich von § 31 Abs. 1 ARegV erfasst und sei die Nachvollziehbarkeit des Effizienzvergleichs ein wichtiger Baustein des Regulierungsmodells. Nach Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas durch Beschluss vom 21.02.2018 sei die streitgegenständliche Malmquist-Datentabelle im Übrigen als dessen Anlage 2 - wie auch schon zuvor als Anlage 2 zur vorläufigen Anordnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas vom 13.12.2017 (jeweils Az. BK4-17-093) - auf ihrer Internetseite veröffentlicht.

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

B.

Die Beschwerde der Betroffenen bleibt insgesamt ohne Erfolg.

I.

Der Antrag, die „Verfügungen“ der Bundesnetzagentur vom 08.09.2017 und 21.09.2017 aufzuheben, ist bereits nicht statthaft, weil er sich – wie der Senat schon in seinem Eilbeschluss vom 20.12.2017 eingehend begründet hat - nicht gegen ein Verwaltungshandeln richtet, das als belastender Verwaltungsakt angesehen werden könnte.

Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die diesbezüglichen Ausführungen unter Ziffer II.1 des Senatsbeschlusses vom 20.12.2017 verwiesen. Neue Gesichtspunkte, wonach die Schreiben darauf abzielen würden, verbindlich Rechte, Pflichten oder einen Rechtsstatus zu regeln (vgl. Roesen/Johanns in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht (BerIK-EnR), 3. Aufl., § 76 EnWG Rn. 3; Senat, Beschluss v. 29.03.2007, VI-3 Kart 466/06 [V] Rn. 11, zitiert – wie auch nachfolgend zitierte Entscheidungen ohne Fundstellenangabe – nach beck-online), hat die Betroffene im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht vorgetragen und sind auch sonst nicht ersichtlich.

II.

Der hilfsweise gestellte Antrag, die Bundesnetzagentur zur verpflichten, jede Veröffentlichung der Effizienzwerte sowie der Aufwands- und Strukturparameter der Betroffenen der ersten, zweiten und dritten Regulierungsperiode zur Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex, auch soweit sie aus einer „Überkreuzrechnung“ ermittelt wurden, zwangsmittelbewehrt zu unterlassen, ist zwar zulässig, aber unbegründet.

1.

Bis zum Abschluss des regulierungsbehördlichen Verfahrens zur (endgültigen) Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Gasversorgungsnetzen durch Beschluss vom 21.02.2018 war die Bundesnetzagentur zur netzbetreiberbezogenen Veröffentlichung der nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu qualifizierenden Daten gemäß § 67 Abs. 1, Abs. 2 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 2 EnWG i.V.m § 9 Abs. 3 ARegV berechtigt. Sie hat insbesondere das ihr nach § 40

VwVfG zustehende Auswahlermessen im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Gewährung rechtlichen Gehörs durch die betroffenen Netzbetreiber, aber auch durch andere berührte Wirtschaftskreise, im Rahmen des von ihr durchgeführten Konsultationsverfahrens ermessensfehlerfrei ausgeübt.

a)

Gemäß § 67 Abs. 1 EnWG hat die Regulierungsbehörde den Beteiligten vor Erlass einer Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Hierzu zählen nach § 66 Abs. 2 EnWG nicht nur die natürlichen und juristischen Personen, gegen die sich das Verfahren richtet, hier die Fernleitungs- und Verteilernetzbetreiber, sondern auch Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und die die Bundesnetzagentur auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigeladen hat. Diese Bestimmung, die Ausprägung des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör ist (Wende in: BerlK-EnR, a.a.O., § 67 Rn. 2) gewährleistet das - auch außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte (BVerfG, Beschluss v. 18.01.2000, 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 Rn. 29) - Recht jedes Einzelnen, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können. Neben der Möglichkeit, sich zu allen tatsächlich oder rechtlich relevanten Punkten äußern zu können, ist zur Ausübung eines wirkungsvollen Stellungnahmerechts auch die Kenntnis von den Tatsachen und den aktuellen rechtlichen Erwägungen der Regulierungsbehörde erforderlich (Wende in: BerlK-EnR, a.a.O., § 67 Rn. 3). Nichts anderes gilt, soweit § 67 Abs. 2 EnWG der Bundesnetzagentur im Rahmen einer Ermessensentscheidung („kann“) die Möglichkeit eröffnet, Vertretern der von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise, die nicht Verfahrensbeteiligte sind, sondern unmittelbar oder mittelbar ein wirtschaftliches Interesse am Verfahrensausgang haben, etwa Wettbewerbern, Nachfragern, sonstigen Marktbeteiligten, Verbänden der betroffenen Branche, Verbrauchern, Arbeitnehmern oder Gewerkschaften (Wende in: BerlK-EnR, a.a.O., § 67 Rn. 14), in geeigneten Fällen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Hintergrund ist der durch die Anhörung von Vertretern solcher Wirtschaftskreise unter Umständen zu erwartende Erkenntnisgewinn der Bundesnetzagentur (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 67 Rn. 2). So mag deren Beitrag zum Verfahren ebenso bedeutsam sein wie der eines Verfahrensbeteiligten (Turiaux in: Kment, EnWG, 1. Aufl., § 67 Rn. 1). Auch bei diesen

Wirtschaftskreisen besteht, um in sachangemessener Weise Stellung nehmen zu können, ein entsprechendes Informations- und Transparenzinteresse.

Der Zweck des § 67 EnWG liegt dabei neben der Gewährleistung des rechtlichen Gehörs auch in der Verfahrenspartizipation, Transparenz sowie der Gerechtigkeit und Richtigkeit der Beschlusskammerentscheidungen (zur Parallelvorschrift des § 135 TKG, dem § 67 EnWG BT-Drs. 15/3917, S. 71, nachgebildet ist, Attendorrn/Geppert in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl., § 135 Rn. 1; Theobald/Werk in: Danner/Theobald, a.a.O., § 67 Rn. 1).

b)

Die Bundesnetzagentur war demgemäß nach § 67 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Verfahrensbeteiligten im Verwaltungsverfahren zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors rechtliches Gehör zu gewähren. Sie hat weiterhin ermessensfehlerfrei von der ihr durch § 67 Abs. 2 EnWG eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, nicht nur die Beteiligten des Verwaltungsverfahrens, sondern auch die Vertreter berührter Wirtschaftskreise im Sinne dieser Vorschrift anzuhören.

(1)

Indem sie die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gemäß § 9 Abs. 3 ARegV konsultiert hat und die Einzelheiten zum Konsultationsprozess auf ihrer Internetseite veröffentlicht hat, hat die Bundesnetzagentur das Verwaltungsverfahren auch für andere als die Beteiligten im Sinne des § 67 Abs. 1 EnWG eröffnet. Nach Einleitung des förmlichen Festlegungsverfahrens fungieren Konsultationen im Regelfall als Anhörung der betroffenen Wirtschaftskreise nach § 67 Abs. 2 EnWG (Bauer, Konsultationen als kooperatives Element im Regulierungsprozess, EnWZ 2012, 71, 73, beck-online). Dies gilt auch vorliegend.

(2)

Es handelt sich um einen geeigneten Fall der Beteiligung berührter Wirtschaftskreise im Sinne des § 67 Abs. 2 EnWG, da der Gegenstand der Konsultation komplex ist und darüber hinaus ein wirtschaftliches Interesse einer Vielzahl von Marktbeteiligten am Gegenstand der Konsultation besteht.

Die Bundesnetzagentur ermittelt erstmalig ab der dritten Regulierungsperiode gemäß § 9 Abs. 3 ARegV den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor jeweils vor Beginn der Regulierungsperiode nach Maßgabe von Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen. Für die ersten beiden Regulierungsperioden hatte der Verordnungsgeber jeweils einen Wert vorgegeben, § 9 Abs. 2 ARegV. Die Bundesnetzagentur kann im Rahmen des erstmals zu Beginn der dritten Regulierungsperiode zu ermittelnden generellen sektoralen Produktivitätsfaktors mithin nicht auf eine behördliche Erfahrung zurückgreifen. Eine gefestigte Rechtsprechung, Vergleichsberechnungen oder anderweitige behördliche Entscheidungen bestehen nicht. Des Weiteren sind die beiden von einem Sachverständigen als sachgerecht herausgestellten Methoden, der Törnquist-Mengenindex und der Malmquist-Produktivitätsindex, sehr komplex und beruhen auf einer umfassenden Datengrundlage. Es besteht deshalb ein großes Interesse, die gewählte Methodik und ihre Grundlagen mit einer Vielzahl von Marktbeteiligten zu erörtern.

Hinzu kommt, dass der nach § 9 ARegV zu ermittelnde generelle sektorale Produktivitätsfaktor in die Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 ARegV einfließt, auf deren Grundlage der Netzbetreiber die Netzentgelte ermittelt. Die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors ist damit insbesondere für die Netznutzer als eine bedeutende Gruppe Marktbeteiligter von wirtschaftlicher Bedeutung. Deren wirtschaftliches Interesse an möglichst niedrigen Netznutzungsentgelten kann den Interessen der Gasnetzbetreiber als Adressaten der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zuwiderlaufen, so dass ein besonderes Interesse besteht, gerade diesen Marktbeteiligten eine Stellungnahmemöglichkeit einzuräumen. Dies gilt umso mehr, als die unter Umständen zu einer Unterrepräsentation bestimmter Interessen führende, geringe Beteiligung von Verbänden von Haushaltskunden in Konsultationsverfahren in der Vergangenheit Gegenstand der Kritik gewesen ist (Bauer, a.a.O., S. 73 m.w.N.).

(3)

Es ist vor diesem Hintergrund ermessensfehlerfrei, dass sich die Bundesnetzagentur entschlossen hat, die Festlegung zum Gegenstand einer breit angelegten Konsultation zu machen.

Bei der Ermessensausübung ist nach zutreffender Ansicht zu berücksichtigen, ob von der Stellungnahme ein für die Entscheidung erheblicher Beitrag zur Sachaufklärung zu erwarten ist (zu § 56 GWB, dem § 67 EnWG entspricht (vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 71, Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 56 GWB Rn. 21; Schneider in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, 13. Aufl., § 56 Rn. 27). Ob sogar eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür sprechen muss, dass durch die Anhörung für die verfahrensabschließende Entscheidung relevante Informationen erlangt werden können (so Theobald/Werk in: Danner/Theobald, a.a.O., § 67 Rn. 15), ist hingegen zweifelhaft und dürfte weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck des § 67 Abs. 2 EnWG getragen sein. Indes dürfte die Bundesnetzagentur bei der prognostischen Entscheidung, ob und in welchem Umfang durch die Stellungnahme berührter Wirtschaftskreise entscheidungsrelevante Informationen zu erwarten sein würden, auch von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit hierfür ausgehen. Dies folgt schon daraus, dass angesichts der aufgezeigten wirtschaftlichen Interessenlage der Netznutzer von dieser Seite kritische Einwendungen mit einer anderen Stoßrichtung zu erwarten waren als von den von der Festlegung adressierten Gasnetzbetreibern.

Dass die diesbezügliche Einschätzung der Bundesnetzagentur auch belastbar war, zeigt sich daran, dass sich, wie sich aus der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors vom 21.02.2018 (dort z.B. S. 2) ergibt, Vertreter der Verbraucher bzw. Netznutzer im Rahmen des Konsultationsverfahrens mit eigenen Einwendungen gegen die im Konsultationsentwurf vorgesehene Berechnungsweise gewandt haben.

c)

Um ihr Stellungnahmerecht sachgerecht und wirkungsvoll ausüben zu können, haben die beteiligten Netzbetreiber, aber auch sonstige Verfahrensbeteiligte und die von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise ein Interesse daran, dass die als Grundlage für die Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex genutzten Daten ihnen gegenüber offengelegt werden. Um zu der von der Bundesnetzagentur durchgeführten Berechnung des generellen Produktivitätsfaktors anhand der beiden Methoden sachgerecht Stellung nehmen und diese bewerten zu können, ist eine möglichst umfassende Kenntnis der zur Berechnung verwendeten Datengrundlage und der Berechnungstools erforderlich. Die Ermittlung des Produktivitätsfaktors kann nur nachvollzogen werden, wenn sämtliche in die Berechnung eingegangenen Daten bekannt sind.

d)

Die Veröffentlichung der Aufwands- und Vergleichsparametern einschließlich der sog. Überkreuzparameter, die die Bundesnetzagentur im Rahmen des Konsultationsverfahren zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im Hinblick auf den Malmquist-Produktivitätsindex bezüglich zahlreicher Netzbetreiber veröffentlicht hat, sowie der Effizienzwerte ist nicht schon deshalb unzulässig, weil die Bundesnetzagentur Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich nicht an Dritte weitergeben darf.

Dass die Bundesnetzagentur zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verpflichtet ist, ergibt sich aus § 30 VwVfG, auf den § 71 S. 1 EnWG ausdrücklich Bezug nimmt, und aus § 84 Abs. 2 S. 2 EnWG, wonach die Einsicht in Unterlagen insbesondere dann zu versagen ist, wenn dies zur Wahrung solcher Geheimnisse geboten ist. Bei den streitgegenständlichen Daten handelt es sich – entgegen der von der Betroffenen geäußerten Rechtsauffassung – indes nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Dies ergibt sich jeweils aus den Erwägungen, die im Wesentlichen bereits Gegenstand der Eilentscheidungen des Senats (siehe etwa Beschluss vom 03.04.2017, VI-3 Kart 11/17 [V], RdE 2017, 413) bzw. der Hauptsacheentscheidungen des 5. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf (etwa Beschluss vom 30.11.2017, VI-5 Kart 33/16 [V]) und des Senats vom 14.03.2018 (VI-3 Kart 11/17 [V]) in Beschwerdeverfahren betreffend die Veröffentlichungspflichten gemäß § 31 Abs. 1 ARegV waren.

(1)

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen, Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen (BVerfG, Beschluss v. 14.03.2006, 1 BvR 2087, 2111/03 Rn. 87, BVerfGE 115, 205, 230 f. „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, in-camera-Verfahren“; BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 21.01.2014, EnVR 12/12 Rn. 76 f., RdE 2014, 276 ff. „Stadtwerke Konstanz GmbH“; BVerwG, Urteil v. 24.09.2009, 7 C 2/09 Rn. 50 ff., BVerwGE 135, 34 ff.).

Für die Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis sind daher vier Kriterien – die Unternehmensbezogenheit, die Nichtoffenkundigkeit, der Geheimhaltungswille und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse – maßgeblich. Soweit es letzteres angeht, das demzufolge auf der Tatbestands- und nicht der Rechtsfolgenseite zu prüfen ist, kommt es im Wesentlichen darauf an, ob die Preisgabe der Information bei objektiver Betrachtung geeignet ist, spürbar die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu beeinflussen, also entweder die eigene Stellung im Wettbewerb zu verschlechtern oder die des Konkurrenten zu verbessern (vgl. auch Senat, Beschluss v. 14.03.2007, VI-3 Kart 289/06 Rn. 7, RdE 2007, 130 ff. m.w.N.). So können etwa Umsätze, Ertragslage, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, wenn durch sie die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens maßgeblich bestimmt werden können (vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 87). Davon abzugrenzen sind Informationen, die keinen Einfluss auf die Stellung des betreffenden Unternehmens im Wettbewerb haben, an deren Geheimhaltung kein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht oder die schon den Status der Nichtoffenkundigkeit verloren haben, weil sie auf normalem Wege und ohne große Schwierigkeiten beschafft werden können (vgl. Gurlit in: BerlK-EnR, a.a.O., § 71 EnWG Rn. 6 ff.; Theobald/Werk in: Danner/Theobald, a.a.O., § 71 Rn. 5 ff.; Karalus/Schreiber in: Holz-nagel/Schütz, ARegV, § 31 Rn. 21; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 67 Rn. 9; Turiaux in: Kment, a.a.O., § 67 Rn. 7 f.; Ruthig in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl., S. 783 ff.; Franke in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 19 Rn. 30 ff.). Die Anerkennung eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses scheidet insbesondere aus, wenn Daten wegen ihres hohen Aggregationsgrades oder aus sonstigen Gründen keine hinreichenden Schlüsse auf geheimhaltungsbedürftige Informationen erlauben (Breiler in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 87. Lieferung 8.2016, § 72 GWB Rn. 27; OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Beschluss v. 22.01.2003, VI-Kart 21/02 [V] Rn. 34, WuW/E DE-R 1070 ff. „Energie-AG Mitteldeutschland“).

(2)

Allein aus dem Umstand, dass die Betroffene als Betreiberin eines Gasverteilernetzes

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

(3)

Teilweise sind die streitgegenständlichen Aufwands- und Vergleichsparameter aber schon deshalb nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen, weil sie offenkundig sind.

Nach § 27 Abs. 2 GasNEV haben Betreiber von Gasversorgungsnetzen jeweils zum 1. April eines Jahres auf ihrer Internetseite unter anderem die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckebene, die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen, die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikmetern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens zu veröffentlichen. Die Pflicht zur Veröffentlichung ist bereits mit Wirkung zum 29.07.2005 eingeführt worden und umfasst damit

die Basisjahre aller drei Regulierungsperioden. Die Vergleichsparameter „zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen“, „Anzahl der tatsächlichen Ausspeisepunkte“ (2./3. Regulierungsperiode) bzw. „Ausspeisepunkte ND, MD, HD (alle AP)“ (1. Regulierungsperiode) und „Leitungslänge (gesamt)“, die bei der Ermittlung der Effizienzwerte in einzelnen Regulierungsperioden verwendet worden sind, sind damit für jedermann öffentlich.

Darüber hinaus sind auch die im Effizienzvergleich der 3. Regulierungsperiode verwendeten Aufwandparameter „Genehmigter Aufwandparameter“, „Standardisierter Aufwandparameter“, „Potentielle zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen (in nm³/h)“, „Rohrvolumen (m³)“, „Anzahl der Messstellen“, „Anzahl der Ausspeisepunkte > 5 bar“ und „Vorherrschende Bodenklasse 4, 5, 6 im ersten Meter (mit Leitungslänge gewichtet) (km)“ infolge der netzbetreiberbezogenen Veröffentlichung durch die Bundesnetzagentur auf ihrer Internetseite gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV offenkundig. Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Veröffentlichung hat der Senat, wie aus seinen diesbezüglichen – noch nicht rechtskräftigen - Beschlüssen vom 14.03.2018 (u.a. VI-3 Kart 11/17 [V], noch nicht veröffentlicht) ersichtlich, nicht.

(4)

Hiervon abgesehen ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich, dass die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Aufwands- und Vergleichsparameter einschließlich der erst nachträglich erzeugten sog. Überkreuzparameter bei objektiver Betrachtung geeignet ist, spürbar die Wettbewerbsfähigkeit der Betroffenen zu beeinflussen.

Es bedarf insoweit zwar keines Nachweises einer konkreten wettbewerblichen Verletzung. Der Netzbetreiber muss aber im Einzelnen darlegen, inwiefern die Veröffentlichung der im Rahmen der Anreizregulierungsmethodik gewonnenen unternehmensspezifischen Daten konkret geeignet ist, die Wettbewerbsposition seines Unternehmens nachteilig zu beeinflussen (OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, Beschluss v. 22.01.2003, VI Kart 21/02 [V], BeckRS 2003, 11035). Auch der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es substantiierten Sachvortrags dazu bedarf, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse ein Marktteilnehmer welche Nachteile zu befürchten hätte (vgl. BGH Urteil v. 14.04.2014, EnZR 11/14,

EnWZ 2015, 328 – Gasnetz Springe; Urteil v. 20.07.2010, EnZR 23/09, RdE 2010, 385 Rn. 35 – Stromnetznutzungsentgelt IV). Dies steht im Einklang mit den Anforderungen, die das Bundesverwaltungsgericht an die Darlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen stellt: Ob und in welchem konkreten Umfang ein Wettbewerber aus bestimmten Informationen Nutzen ziehen und das Bekanntwerden dieser Informationen im Wettbewerb nachteilig sein kann, ist nachvollziehbar und plausibel darzulegen (BVerwG, Urteil v. 24.09.2009, 7 C 2.09, Rn. 59). Auch das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt im Urteil vom 07.11.2017 (2 BvE/11, BeckRS 2017, 130229) ausgeführt, dass die Bundesregierung nicht nur formelhaft, sondern substantiiert begründen müsse, wenn sie Auskünfte aufgrund des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts des Deutschen Bundestages unter Berufung auf nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verweigere.

Eine Wettbewerbsrelevanz der streitgegenständlichen Aufwands- und Vergleichsparameter bezüglich der in Betracht kommenden Wettbewerbsverhältnisse hat die Betroffene nicht dartun können.

(a)

Im Nachfragemarkt für Kapital und Investoren bzw. für Dienstleistungen mag der Netzbetreiber zwar ein Geheimhaltungsinteresse an solchen Informationen haben, die Rückschlüsse auf seine Liquidität oder Bonität bzw. Zahlungsbereitschaft oder die Dringlichkeit seines Bedarfs wie auch auf mögliche Mitbieter zulassen. Solche Informationen ergeben sich aber aus den hier streitgegenständlichen, nicht bereits offenkundigen Parametern nicht. Bei den genehmigten und standardisierten Aufwandsparametern, die nach § 14 ARegV ermittelt werden, handelt es sich um hoch aggregierte regulatorische Daten, die keinen Rückschluss auf die Einzel-Kosten zulassen, die in ihre Berechnung eingeflossen sind. Die potentielle zeitgleiche Jahreshöchstlast, die versorgte Fläche, das Rohrvolumen, die vorherrschende Bodenklasse, die Anzahl der Messstellen und die Anzahl potentieller Ausspeisepunkte bzw. tatsächlicher Ausspeisepunkte in bestimmten Druckhöhen als nicht ohnehin nach § 27 Abs. 2 GasNEV offenkundige Vergleichsparameter sind – wie in § 13 Abs. 3 ARegV ausdrücklich vorgesehen - exogene, nicht beeinflussbare Parameter, die die Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers beschreiben und keinen belastbaren Rückschluss auf seine Kosten-

struktur und seine geschäftliche Ausrichtung, insbesondere nicht seine Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft zulassen. Es ist nicht ersichtlich, welchen Informationswert die potentielle Jahreshöchstlast oder die vorherrschende Bodenklasse für Investoren und Kapitalgeber bzw. Dienstleister als potentielle Vertragspartner des Netzbetreibers haben sollten. Allgemeine Rückschlüsse auf die Dimensionierung des Netzes, die sich aus der potentiellen Jahreshöchstlast ziehen lassen, lassen sich in vergleichbarer Weise auch aus den nach § 27 GasNEV ohnehin veröffentlichten Strukturdaten ziehen und sind in ihrer Allgemeinheit im Nachfragewettbewerb um Kapital und Dienstleistungen nicht aussagekräftig. Hiervon abgesehen haben Netzbetreiber nach § 33 Abs. 3 Nr. 3 GasNZV für den Netzanschluss eine laufend aktualisierte, übersichtliche Darstellung der Netzauslastung in ihrem gesamten Netz einschließlich der Kennzeichnung tatsächlicher oder zu erwartender Engpässe auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen, so dass Informationen über die konkretere Netzauslastung ohnehin offenkundig sind. Die aggregierte und deshalb in ihrer Allgemeinheit wenig aussagekräftigen Angaben zur vorherrschenden Bodenklasse lassen keine konkreten Rückschlüsse auf einen bestimmten Finanzierungsbedarf des Netzbetreibers zu, die insbesondere für Investoren oder Kreditgeber von Interesse sein könnten. Angesichts des hohen Aggregationsgrades gerade der Aufwandparameter ist auch nicht nachvollziehbar, warum sich hieraus im Zusammenhang mit den verwendeten Vergleichsparametern belastbare Schlüsse auf das Verhältnis der Netzkosten zur Netzleistung ziehen lassen würden (sog. Input-Output-Relation), die für potentielle Investoren oder Kapitalgeber von Bedeutung sein könnten.

Es ist nach alledem nicht ersichtlich, dass potentielle Kapitalgeber oder Vertragspartner, die Informationen über die tatsächliche wirtschaftliche Situation eines Netzbetreibers suchen, auf die streitgegenständlichen regulatorischen Daten zurückgreifen sollten. Dies gilt umso mehr, als diese wie auch potentielle Dienstleister auf die nach § 6b EnWG zu veröffentlichenden Tätigkeitsabschlüsse, die umfassende Informationen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens enthalten, zurückgreifen bzw. sich konkrete, aus den netzregulatorischen Daten nicht zu gewinnende Kenntnisse zur geschäftlichen Situation unmittelbar beim Netzbetreiber beschaffen können.

Soweit der Netzbetreiber auf nachgelagerten Märkten, etwa als Anbieter von Dienstleistungen außerhalb des regulierten Bereichs „Netzbetrieb“ tätig wird, und er ein berechtigtes Interesse hat, alle nicht offenbaren Informationen, die die diesbezüglichen wirtschaftlichen Verhältnisse seines Netzbetriebs maßgeblich bestimmen, nicht offen zu legen, so sind die streitgegenständlichen Parameter in gleicher Weise nicht aussagekräftig und deshalb nicht wettbewerbsrelevant. Dies gilt insbesondere für die Anzahl der Messstellen. Es ist nicht ersichtlich, dass deren Kenntnis zu greifbaren Vorteilen anderer Dienstleister im Wettbewerb um den Messstellenbetrieb innerhalb des Netzes eines grundzuständigen Netzbetreibers führen könnte. Zwar ist ein solcher Wettbewerb durch das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) nunmehr initiiert worden. Auch lässt sich aus der Information über die Anzahl der Messstellen deren Verhältnis zu den Anschlusspunkten bezogen auf das gesamte Netzgebiet feststellen. Hierdurch lässt sich aber mithin nur ein Durchschnittsverhältnis pro Anschlusspunkt bezogen auf das gesamte Netzgebiet ermitteln, die insbesondere nach Art des Anschlusses (Endverbraucher oder gewerblicher Kunde) deutlich variieren können. Dass allein ein solches Durchschnittsverhältnis Rückschlüsse auf die Rentabilität einzelner Netzanschlüsse, um die Wettbewerb stattfinden soll, zulassen würden, die für die Entscheidung anderer Messstellenbetreiber, ob sie mit dem grundzuständigen Netzbetreiber in Wettbewerb treten, maßgeblich ist, ist fernliegend.

(b)

Im Markt der Verteilernetze steht der Netzbetreiber, der seine auslaufende Konzession verteidigt oder eine neue gewinnen möchte, mit anderen Unternehmen zwar im sog. 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 unterlie-

gen – wie die netzrelevanten Daten des § 46a EnWG - ebenfalls dem Transparenzgebot; sie sind jedem Interessenten mitzuteilen (§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG).

Angesichts dieser Besonderheiten des Konzessionsverfahrens ist 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. Um den Bewerber um einen neuen Konzessionsvertrag in die Lage zu versetzen, den wirtschaftlichen Wert des Energienetzes bestimmen zu können, müssen die potentiellen Bieter bei der vor Angebotserstellung gebotenen Wirtschaftlichkeitsprüfung wissen, wie effizient ein Netz ist und welche Maßnahmen ggfs. zur Kostensenkung nötig sind, und hierfür umfangreiche Netzinformationen zum Sach- und Ertragswert erhalten, wie Angaben zu den kalkulatorischen Restwerten und kalkulatorischen Nutzungsdauern (BGH Urteil v. 14.04.2015, EnZR 11/14, KommJur 378, 380, beck-online) oder auch Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung (vgl. nur: Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Aufl., (2015), S. 17 Rn. 40 lit. h)). Inwieweit deshalb insbesondere die Veröffentlichung der standardisierten Aufwandsparemeter – unabhängig von dem durch den hohen Aggregationsgrad der Daten bedingten geringen Aussagegehalt im Hinblick auf etwaig zu erwartende Erlöse - dritten Netzbetreiber Erkenntnisse liefern könnten, die diesen Vorteile in künftigen Konzessionsvergabeverfahren bringen sollten, ist nicht ersichtlich. 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.

Dass der Zeitpunkt der Offenbarung der streitgegenständlichen Daten für die Betroffene als Altkonzessionärin im Konzessionswettbewerb nachteilig sein könnte, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Denn auch die Daten nach §§ 46, 46a EnWG müssen schon

für die Entscheidung über die Teilnahme am Konzessionsvergabeverfahren den einzelnen Bietern vorliegen, damit diesen unter Berücksichtigung der Kosten des Angebots und der zukünftigen Erträge eine Entscheidung möglich ist (BGH a.a.O.). Eine frühzeitige Kenntnis liegt damit schon bei allen potentiellen Bietern und nicht erst bei denjenigen vor, die sich tatsächlich am Vergabeverfahren beteiligen.

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

(c)

Soweit der Netzbetreiber 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“). Dass solche Konzepte oder Maßnahmen durch die hier streitgegenständlichen Aufwands- und Vergleichsparameter als hoch aggregierte bzw. exogene, nicht beeinflussbare Daten offenbar werden könnten, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

(5)

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

(6)

Die vorstehenden Erwägungen zur fehlenden Wettbewerbsrelevanz der Aufwands- und Vergleichsparameter gelten erst recht für die anhand dieser im bundeseinheitlichen Effizienzvergleich ermittelten Effizienzwerte, die erst anhand der in Anlage 3 zu § 12 ARegV aufgeführten Methoden gebildet werden, wodurch die in die zugrunde gelegten Parameter eingeflossenen Unternehmensdaten weiter verfremdet werden.

Soweit eine vergleichende Betrachtung der vier ermittelten Effizienzwerte im Einzelfall allgemeine Rückschlüsse darauf zulässt, dass es sich in der Gesamtbetrachtung eher um ein „junges“ oder ein „altes Netz“ handelt, so tragen die Kategorien „junges Netz“ und „altes Netz“ in sich keinen schützenswerten Informationsgehalt, da die entsprechenden Daten im Konzessionswettbewerb an die Netzbetreiber ohnehin herausge-

geben werden. Denn im Konzessionswettbewerb muss der bisherige Konzessionsinhaber nach § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG wie bereits ausgeführt alle diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages erforderlich sind. Hierzu zählen auch aussagekräftige Daten über die Altersstruktur des Netzes.

Im Hinblick auf die weiter in Betracht kommenden Wettbewerbsverhältnisse ist nicht ersichtlich, dass 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 Strukturdaten zurückgreifen und zum anderen diesbezüglich konkrete Informationen bei dem Netzbetreiber in Erfahrung bringen können. Eine im Einzelfall mögliche grobe Einordnung der Altersstruktur des Netzes in der Gesamtbetrachtung ist für sie nicht von Interesse.

Im Übrigen gehören die Effizienzwerte entgegen der ursprünglichen Ankündigung der Bundesnetzagentur nicht zu den Daten, die sie anlässlich der öffentlichen Konsultation der Festlegung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor auf ihrer Internetseite veröffentlicht hat. Dort sind vielmehr nur die Aufwands- und Vergleichsparameter veröffentlicht. Ob sich dieser Umstand - jedenfalls nach dem zwischenzeitlichen Abschluss des regulierungsbehördlichen Verfahrens durch die Festlegung vom 21.02.2018 - auf die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche (Erst-)Begehungsfahr auswirkt, kann angesichts der hier festgestellten Berechtigung der Bundesnetzagentur zur Datenveröffentlichung dahinstehen.

e)

Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur im Ausgangspunkt den im Zusammenhang mit der Anhörung bestehenden, aufgezeigten Informations- und Transparenzinteressen der betroffenen Netzbetreiber, aber auch anderer betroffener Wirtschaftskreise den Vorzug gegenüber den Interessen der Betroffenen an der Geheimhaltung ihrer nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzuordnenden streitgegenständlichen Daten gegeben hat.

Das verfassungsrechtlich gewährleistete Anhörungsrecht der Betroffenen erfordert

eine umfassende und transparente Information über die Daten und Berechnungstools, die die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des sektoralen Produktivitätsfaktors heranzieht. Es ist daher sachgerecht, wenn nicht gar unabdingbar, eine umfassende Diskussion – wie hier im Rahmen eines Konsultationsverfahrens - mit den Verfahrensbeteiligten und anderen berührten Marktbeteiligten zu führen und deren Interessen und Erwägungen in die zu treffende Entscheidung mit einzubeziehen. Eine nachhaltige Sachdiskussion kann indes nur geführt werden, wenn diese die Berechnungen der Bundesnetzagentur methodisch anhand der vorhandenen Datengrundlage nachvollziehen können. Dies setzt, wie bereits ausgeführt, eine Offenlegung des Berechnungstools, aber auch eine Offenlegung der herangezogenen unternehmensscharfen Datensätze voraus.

f)

Die Bundesnetzagentur hat das ihr zustehende Verfahrensermessen fehlerfrei ausgeübt, indem sie im Rahmen der Anhörung zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors eine unternehmensscharfe Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten auf ihrer Internetseite vorgenommen hat. Eine Abwägung hat stattgefunden, auch ist in die Abwägung an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste, wurde die Bedeutung der betroffenen Belange erkannt und steht der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange im Verhältnis, so dass weder ein Abwägungsausfall, noch ein Abwägungsdefizit, eine Abwägungsfehleinschätzung oder eine Abwägungsdisproportionalität festzustellen sind (vgl. zu den Anforderungen an eine ermessensfehlerfreie regulierungsbehördliche Ermessensentscheidung BGH Kartellsenat, Beschluss v. 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 27 „Stadtwerke Konstanz“).

(1)

Bei der Gestaltung der Anhörungsrechte im Rahmen der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors steht der Bundesnetzagentur ein Verfahrensermessen zu. § 40 VwVfG zeigt vom Wortlaut her, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz nicht nur von einer Ermessensausübung im Rahmen der materiellen Entscheidung ausgeht, sondern Ermessen auch bei der Verfahrensgestaltung kennt (Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 10 Rn. 16, beck-online). Die Behörde kann daher Art und Weise der Anhörung der Beteiligten bestimmen (Ramsauer in:

Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Auflage, § 10 Rn. 6). Die Zielsetzung des Ermessens wird durch den gesetzgeberischen Zweck der jeweiligen Verfahrensnorm bestimmt. Bei der Ausübung ihres Ermessens hat die Behörde die Ermessensgrenzen des § 40 VwVfG einzuhalten, wobei das durchzusetzende materielle Recht auf die Verfahrensgestaltung einwirkt (Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 10 Rn. 17, beck-online).

(2)

Die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten im Internet ist nicht bereits im Ausgangspunkt rechtswidrig.

(a)

Die Vornahme einer solche Veröffentlichung in Ausübung des Verfahrensermessens genügt den Anforderungen des im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnden Bestimmtheitsgebots. Es ist nicht erforderlich, dass die Veröffentlichung ausdrücklich durch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zugelassen wird, sie ist vielmehr von dem der Bundesnetzagentur durch § 67 Abs. 1, Abs. 2 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 2 EnWG i.V.m § 9 Abs. 3 ARegV eingeräumten Verfahrensermessens gedeckt.

Der Grad der von Verfassungen wegen geforderten Bestimmtheit einer Norm hängt sowohl von der Eigenart des geregelten Sachverhalts und den jeweiligen Grundrechtsauswirkungen der Regelung für die Betroffenen als auch von der Art und Intensität des zugelassenen behördlichen Eingriffs ab (BVerwG, Urteil v. 27.06.2013, 3 C 7.12, BeckRS 2013, 54291 m.w.N.).

Bei den streitgegenständlichen Daten handelt es sich wie dargelegt nicht um schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, sondern lediglich um einfache unternehmensbezogene Daten, die deshalb nicht den für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gewährten Schutz des Art. 12 GG (siehe BVerfG, Urteil v. 07.11.2017, 2 BvE 2/11, Rn. 235, NVwZ 2018, 51 m.w.N.) genießen. Den Schutz der einfachen unternehmensbezogenen Daten über das grundgesetzlich verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG können zwar nach Art. 19 Abs. 3 GG im Grundsatz auch juristische Personen in Anspruch nehmen. Dies gilt aber nicht für inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts und juristische Personen des

Privatrechts, die vollständig oder mehrheitlich vom Staat beherrscht werden, und sich deshalb nicht auf materielle Grundrechte berufen können (zuletzt BVerfG, a.a.O., Rn. 237 f. m.w.N.). Ein grundgesetzlicher Schutz der einfachen unternehmensbezogenen Daten kommt daher ohnehin allenfalls für die Netzbetreiber in Betracht, die nicht mehrheitlich vom Staat, insbesondere den Kommunen, beherrscht werden.

Gleichzeitig sind Art und Intensität des behördlichen Eingriffs durch die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten gering, da die Betroffene gerade kein besonderes, schützenswertes Interesse an deren Geheimhaltung gelten machen kann. Es sind deshalb auch keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der diesbezüglichen Ermächtigungsgrundlage zu stellen.

(b)

Entgegen der Ansicht der Betroffenen widerspricht die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten im Internet auch nicht dem erkennbaren Willen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers. Zwar hat der Verordnungsgeber an verschiedener Stelle ausdrücklich Veröffentlichungspflichten der Bundesnetzagentur geregelt, so etwa betreffend die Veröffentlichung von Verfahrenseinleitungen und -entscheidungen in § 74 EnWG, die Veröffentlichung des nach § 9 ermittelten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors und des nach § 24 ermittelten gemittelten Effizienzwerts in § 31 Abs. 2 ARegV. Dass eine Veröffentlichung im Übrigen, insbesondere im Hinblick auf den zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors verwendeten Rechenweg oder die diesem zugrundeliegenden Daten, nicht erfolgen solle, lässt sich hieraus indes nicht entnehmen. So finden sich in § 31 Abs. 1 ARegV weitere Veröffentlichungspflichten betreffend netzbetreiberbezogene Daten, die auch bei der Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors verwendete, hier streitgegenständliche Daten, umfassen. Auch bringt die Formulierung in § 31 Abs. 1 ARegV, wonach die Regulierungsbehörden *insbesondere* die dort genannten Daten auf ihrer Internetseite netzbetreiberbezogen in nicht anonymisierter Form veröffentlichen, zum Ausdruck, dass die Veröffentlichungsbefugnisse durch die Bundesnetzagentur dort nicht erschöpfend geregelt werden sollten. Es wird damit insbesondere nicht durch § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV vorgegeben, dass nur die dort genannten, in einem Effizienzvergleich tatsächlich verwendeten Vergleichsparameter veröffentlicht werden dürfen und nicht etwa

auch die von § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV nicht umfassten, erst durch die Bundesnetzagentur im Wege der Überkreuzrechnung ermittelten Vergleichsparameter.

(3)

Die Bundesnetzagentur hat das ihr zustehende Verfahrensermessen ausgeübt.

Es kann offenbleiben, ob die Ausübung des Verfahrensermessens im (regulierungsbehördlichen) Verwaltungsverfahren erkennbar sein muss (dagegen Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 10 Rn. 19 m.w.N. zum Streitstand) oder ob insoweit die - strengeren - Maßstäbe gelten, denen die Bundesnetzagentur nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Ausfüllung eines materiellen regulatorischen Entscheidungsspielraums genügen muss. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss die Bundesnetzagentur dabei im Hinblick auf die Kriterien, die in der Rechtsnorm ausdrücklich hervorgehoben sind oder in ihr angelegt sind, ihre Festlegung plausibel und erschöpfend begründet haben und ist die gerichtliche Kontrolle eines ihr eingeräumten Gestaltungsspielraums grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu erstrecken und beschränken, die sie zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat (BGH, Beschluss v. 07.06.2016, EnVR 62/14, Rn. 42, BeckRS 2016, 13537 „Festlegung volatiler Kosten“; Beschluss v. 22.07.2014, EnVR 59/12, RdE 2014, 495 Rn. 29 „Stromnetz Berlin GmbH“).

Die von der Bundesnetzagentur aufgestellten Ermessenserwägungen lassen sich in noch hinreichender Weise dem Schreiben vom 08.09.2017 (Anlage ASt 1) entnehmen und ermöglichen so die erforderliche richterliche Kontrolle. Dass die Datenveröffentlichung jedenfalls auch dem Transparenz- und Informationsinteresse der am Konsultationsverfahren zu beteiligenden Verfahrensbeteiligten und berührten Wirtschaftskreise und damit der Gewährung rechtlichen Gehörs im Sinne des § 67 Abs.1 und Abs. 2 EnWG dienen soll, kommt in dem genannten Schreiben deutlich zum Ausdruck.

In dem Schreiben vom 08.09.2017 heißt es zwar zunächst, dass geplant sei, die Daten, auf deren Grundlage die von ihr gewählten beiden Berechnungsmethoden beruhen, zu veröffentlichen, „um im Rahmen der Sachentscheidung über den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor dem Grundsatz der Transparenz bestmögliche Geltung zu verschaffen“. Auf diesem Weg solle jeder Netzbetreiber die Möglichkeit erhalten,

die Entscheidung der Bundesnetzagentur nachzuvollziehen. Dass die Veröffentlichung aber nicht nur der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung dienen soll, folgt daraus, dass die Bundesnetzagentur ausdrücklich darauf hinweist, dass sie beabsichtige, die Veröffentlichung zeitgleich mit der Veröffentlichung des Festlegungsentwurfs vorzunehmen und, sollten zum Start der Konsultation die Berechnungstools und einzelne Datensätze noch nicht hinreichend aufbereitet sein, um sie nachvollziehbar anwenden zu können, diese zeitnah nachgereicht würden. Aus der erkennbaren Absicht der Bundesnetzagentur, die streitgegenständlichen Daten zum Gegenstand der Konsultation zu machen, ergibt sich zwingend, dass es ihr bei den angesprochenen Transparenzermäßigungen nicht ausschließlich um die Nachvollziehbarkeit ihrer eigenen Entscheidung geht, sondern gerade auch um die Möglichkeit, den am Konsultationsverfahren Beteiligten, mithin neben den unmittelbar Verfahrensbeteiligten auch den berührten Wirtschaftskreisen, ein Prüfungs- und Stellungnahmerecht hierzu einzuräumen.

Die Bundesnetzagentur hat sich in dem Schreiben vom 02.10.2017 auch mit der Frage befasst, ob es sich bei den Daten, deren Veröffentlichung sie ankündigt, um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, und bezüglich der hier streitgegenständlichen Aufwands- und Strukturparameter und Effizienzwerte darauf verwiesen, dass es sich um Daten handele, die ohnehin gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV zu veröffentlichen seien, und dass bezüglich der Daten der Effizienzvergleiche für die ersten beiden Regulierungsperioden aufgrund des mittlerweile eingetretenen Zeitablaufs nicht ersichtlich sei, dass deren Veröffentlichung noch in irgendeiner Form wettbewerbliche Nachteile für die betroffenen Betreiber von Gasversorgungsnetzen im Jahre 2017 begründen könne.

Die Erwägungen, die Grundlage ihrer Entscheidung für die Veröffentlichung der Daten waren, namentlich das Informations- und Transparenzinteresse auch und gerade im Rahmen des Konsultationsverfahren einerseits und der Grad der Schutzbedürftigkeit der Daten der Netzbetreiber andererseits, ergeben sich damit unmittelbar aus dem entsprechenden Schreiben. Unschädlich ist, dass die Bundesnetzagentur in diesem Rahmen keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage genannt hat, die ihr Vorgehen rechtfertigen soll. Denn dies ist keine zwingende Voraussetzung für die gerichtliche Kontrolle ihrer Ermessenserwägungen.

Anhaltspunkte dafür, dass sich die Bundesnetzagentur zu einer Datenveröffentlichung verpflichtet gesehen hätte und mithin von einem gebundenen Ermessen ausgegangen wäre, finden sich demgegenüber in keinem der Schreiben, mit denen die beanstandete Datenveröffentlichung angekündigt wurde.

(4)

Es stellt in diesem Zusammenhang auch keine sachfremde Erwägung dar, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Ermessenserwägungen auf die Transparenz als inhärenten Teil des Netzzugangs- und Netzentgeltsystems abgestellt hat und dabei insbesondere auf das durch die Veröffentlichung gestärkte Vertrauen der Marktteilnehmer.

Die transparente Gestaltung des Konsultationsverfahrens durch die Veröffentlichung der Aufwands- und Strukturparameter entspricht dem verordnungsrechtlichen Ziel der Transparenzerweiterung in regulierten Märkten. Die Veröffentlichung von Daten im Zusammenhang mit der Entgeltregulierung, die nach der Begründung des Verordnungsgebers die Transparenz erhöhen soll, ist seit Einführung der Anreizregulierungsverordnung ein Baustein im Modell der Anreizregulierung. Das Transparenzgebot steht in Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben, insbesondere den Richtlinien des dritten Energiebinnenmarktpakets (Richtlinien 2009/72, 73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG), mit der den Regulatorbehörden unter anderem die Aufgabe übertragen wird, anhand transparenter Kriterien die Fernleitungs- oder Verteilungstarife bzw. die entsprechenden Methoden festzulegen oder zu genehmigen (dort Art. 27 (1) a)).

Schon bei der Einführung der ARegV hatte der Verordnungsgeber der Regulatorbehörde 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 sowie die Abweichungen der Netzbetreiber von diesen Vorgaben sowie der im Rahmen des vereinfachten Verfahrens gemittelte Effizienzwert veröffentlicht werden. Damit wollte der Verordnungsgeber 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; OLG Düsseldorf, 5. Kartellsenat, Beschluss v. 16.02.2017, VI-5 Kart 24/16 [V], Rn. 66, juris).

Auch die Novellierung der ARegV beinhaltet - neben der Verbesserung der Investitionsbedingungen durch die unmittelbare Anerkennung von Investitionskosten der Netzbetreiber, insbesondere individueller Investitionskosten anstelle pauschaler Budgets zur Kostendeckung und weiterer Effizienzanreize, unter anderem durch den Effizienzbonus – als dritten Baustein die Verbesserung der Transparenz. Mit den neuen Veröffentlichungspflichten sollen die Entscheidungen der Regulierungsbehörde sowie die Kosten und Erlöse der Netzbetreiber nachvollziehbarer werden. In der Begründung des Verordnungsentwurfs hat der Verordnungsgeber ausgeführt, dass mit der Zweiten Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung die Effizienzanreize 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). Die Regelung des § 31 ARegV diene dem Ziel, das Verfahren und die Ergebnisse der Anreizregulierung transparenter zu gestalten (BR-Drs. 296/16 S. 45).

Das allgemeine Transparenzgebot ist im Rahmen der vorliegenden Ermessensentscheidung relevant. Wie bereits ausgeführt, soll auch § 67 EnWG die Transparenz der Beschlusskammerentscheidungen erhöhen und zugleich die Richtigkeit der Entscheidungen sicherstellen. Er dient damit im Ergebnis ebenfalls der Steigerung der Akzeptanz der regulierungsbehördlichen Entscheidungen und ist deshalb im Lichte des das Energiewirtschaftsrecht durchziehenden Transparenzgebots auszulegen.

(5)

Die Bundesnetzagentur hat schließlich die sich gegenüberstehenden Belange des dargestellten Transparenz- und Informationsinteresses der Beteiligten und der berührten Wirtschaftskreise sowie flankierend des allgemeinen Transparenzinteresses einerseits

und des Rechts des einzelnen Netzbetreibers an den streitgegenständlichen, unternehmensbezogenen Daten in angemessener Weise gegeneinander gewichtet.

Angesichts der geringen Schutzbedürftigkeit der streitgegenständlichen, einfachen unternehmensbezogenen Daten begegnet es keinen Bedenken, dass die Bundesnetzagentur das aufgezeigte Informations- und Transparenzinteresse durch die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten auf ihrer Internetseite befriedigt hat. Insbesondere standen ihr keine mildereren, in gleicher Weise geeigneten Mittel zur Information der Verfahrensbeteiligten und der berührten Wirtschaftskreise zur Verfügung.

(a)

Eine Übersendung der streitgegenständlichen Daten allein an die Verfahrensbeteiligten würde den dargestellten Anforderungen an eine sachgerechte Stellungnahmemöglichkeit der von § 67 Abs. 1, Abs. 2 EnWG adressierten Marktbeteiligten ersichtlich nicht genügen.

Auch eine Veröffentlichung im Energiedatenportal würde die – wie aufgezeigt erforderliche - Transparenz gegenüber den berührten Wirtschaftskreise, die ebenfalls ein erhebliches Interesse an dem festgelegten sektoralen Produktivitätsfaktor haben könnten, nicht herstellen, sondern lediglich die Netzbetreiber als Adressaten der Festlegung und damit unmittelbare Verfahrensbeteiligten erreichen.

(b)

Eine Veröffentlichung unter Schwärzung der in den Spalten A-G (Kürzel, Varianten, BNR (Neu), NNR (Neu), Name (Neu), BNR (alt), Name (alt), Teilnahme Eff.Vgl. RP2) aufgeführten namensbezogenen Unternehmensangaben würde nicht zu einer Anonymisierung führen. Die Gasnetzbetreiber sind gemäß § 27 GasNEV, wie bereits ausgeführt, zur Veröffentlichung bestimmter Strukturparameter verpflichtet. Mittels Suchfunktionen im Internet ließe sich durch einen Abgleich dieser öffentlich zugänglichen Daten mit den streitgegenständlichen Aufwands- und Strukturparametern eine Zuordnung der Netzbetreiber zu den einzelnen Datenbetreibern vornehmen.

(c)

Die Bundesnetzagentur war schließlich nicht gehalten, anstelle der Datenveröffentlichung im Internet zunächst die an einer Stellungnahme interessierten Wirtschaftskreise durch eine entsprechende Abfrage über das Internet zu identifizieren und nach entsprechender Rückmeldung diesen dann gezielt die streitgegenständlichen Daten in geeigneter Weise zu offenbaren.

Zwar wäre ein derart individualisiertes Vorgehen grundsätzlich möglich gewesen. Indes gibt § 10 S. 2 VwVfG vor, dass das Verwaltungsverfahren von der Behörde einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen ist. Die Ermittlung der an einer Stellungnahme interessierten Marktbeteiligten aber stellt sich für die Bundesnetzagentur deutlich zeit- und arbeitsaufwändiger dar als die unmittelbare Veröffentlichung der Daten gegenüber der Allgemeinheit und damit gleichzeitig auch gegenüber den Verfahrensbeteiligten und berührten Wirtschaftskreisen. Die Bundesnetzagentur hatte auch ein besonderes Interesse an einer zügigen Durchführung des Verwaltungsverfahrens, da die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in die zu ermittelnde Erlösobergrenze für die dritte Regulierungsperiode einfließt und der hierfür gesetzte zeitliche Rahmen angesichts der Komplexität der Materie eng ist.

Die Betroffene kann diesem Interesse nicht erfolgreich entgegenhalten, dass ein individualisiertes Vorgehen gerade die Offenbarung gegenüber der Allgemeinheit verhindert hätte. Denn die Veröffentlichung im Internet hat zwar im Vergleich zu einer Veröffentlichung gegenüber den zuvor identifizierten Vertretern berührter Wirtschaftskreise eine größere Reichweite. Dies führt aber nicht zu einer signifikant größeren Eingriffintensität für die Netzbetreiber. Der ganz überwiegende Teil der „Weltöffentlichkeit“, denen durch die Veröffentlichung auf der Internetseite die theoretische Möglichkeit eingeräumt wird, die streitgegenständlichen Daten zur Kenntnis zu nehmen, hat schon im Ausgangspunkt keinerlei Interesse an den regulatorischen Daten der Gasnetzbetreiber in Deutschland. Die Annahme, dass Dritte, die keinerlei Berührungspunkte mit dem Gegenstand der Regulierung haben, Zugriff auf diese Daten nehmen, ist deshalb fernliegend. Dies gilt umso mehr, als die streitgegenständlichen regulatorischen Daten nur bei einer gezielten Suche unter einer Vielzahl weiterer von der Bundesnetzagentur veröffentlichter Inhalte wie Beschlüssen und Datentabellen aufrufbar sind und es deshalb lebensfremd ist anzunehmen, dass Dritte „zufällig“ auf die Datenveröffentlichung stoßen und diese zur Kenntnis nehmen werden.

Demzufolge überwiegt das aufgezeigte Vereinfachungs- und Beschleunigungsinteresse der Bundesnetzagentur das Interesse der Netzbetreiber an einer Offenbarung der Daten gegenüber einem möglichst kleinen Adressatenkreis, so dass die Veröffentlichung im Internet auch aus diesem Grund nicht rechtsfehlerhaft war.

g)

Die Veröffentlichungsbefugnis nach § 67 Abs. 1, Abs. 2 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 2 EnWG i.V.m § 9 Abs. 3 ARegV besteht indes, worauf die Betroffene in der mündlichen Verhandlung zutreffend hingewiesen hat, nicht zeitlich unbeschränkt. Die Gelegenheit zur Stellungnahme setzt, wie sich aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens ergibt, voraus, dass den Beteiligten und den Vertretern der von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise die Möglichkeit gegeben wird, vor der sie betreffenden Entscheidung zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfG, Beschluss v. 18.01.2000, 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709 f.). Hieraus folgt, dass die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten im Internet nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens durch die (endgültige) Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für Betreiber von Gasversorgungsnetzen durch den Beschluss vom 21.02.2018 nicht mehr der Gewährung rechtlichen Gehörs dient und damit nicht mehr auf die genannten Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann.

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Einwendung der Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung auch nicht daraus, dass die Festlegung noch nicht bestandskräftig ist, weil zahlreiche Netzbetreiber hiergegen Beschwerde eingelegt haben. Denn § 67 EnWG dient der Gewährung rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren und nicht im Beschwerdeverfahren, wie sich schon aus seiner systematischen Stellung in Abschnitt 1 des Titels 8 des EnWG ergibt.

2.

Nach Abschluss des regulierungsbehördlichen Verfahrens zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors durch den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.02.2018 erfolgt die streitgegenständliche Veröffentlichung der Aufwands- und

Strukturparameter der Betroffenen der ersten, zweiten und dritten Regulierungsperiode zur Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex, auch soweit sie aus einer „Überkreuzrechnung“ ermittelt wurden, indes auf Grundlage von § 74 EnWG und ist damit ebenfalls rechtmäßig.

Die aktualisierte Fassung der „Malmquist Datentabelle“ mit den streitgegenständlichen Daten ist als „Anlage 2“ Gegenstand der Festlegung vom 21.02.2018 und als solche auf der Internetseite der Bundesnetzagentur unter <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer4>, dort unter „Produktivitätsfaktor, § 9 Abs. 3 ARegV“, abrufbar.

Die Bundesnetzagentur ist nach § 74 S. 1, S. 2 EnWG zur vollständigen, d.h. hier auch die „Anlage 2“ umfassenden Veröffentlichung des Beschlusses befugt.

In der Literatur ist zwar umstritten, ob sich der Begriff „Entscheidungen“ i.S.d. § 74 EnWG auch auf die Entscheidungsgründe bezieht oder diese nicht umfasst (für ersteres mit der Begründung, dass nur so eine Transparenz der Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur und ihrer Rechtsansichten und damit eine Vereinheitlichung der Gesetzesanwendung erreicht werden könne, Bachert/Elspaß in: Praxiskommentar EnWG, Stand 05-14, § 74 Rn. 5; Turiaux in: Kment, a.a.O., § 74 Nr. 2; letzteres insbesondere unter Bezugnahme auf die Kommentarliteratur zu § 62 GWB Theobald/Werk in: Danner/Theobald, a.a.O., § 74 Rn. 7; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 74 Rn. 1; offengelassen von Bruhn in: BK-EnR, a.a.O., § 74 Rn. 5). Unabhängig davon, ob eine Veröffentlichungspflicht bezüglich der Entscheidungsgründe nach § 74 S. 1 EnWG besteht, ist eine Publikation der Entscheidung über den Tenor und die Benennung der betroffenen Unternehmen hinaus zulässig. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zu § 62 GWB, dem § 74 EnWG in angepasster Form entspricht (BT-Drs. 15/3917, S. 71). § 62 GWB dient der Publizität des Kartellverfahrens. Schon in der Begr. 1952 hat der Gesetzgeber angenommen, Zweck des § 58 a.F. sei es, „der Öffentlichkeit und den beteiligten Wirtschaftskreisen die Möglichkeit (zu) geben, sich über alle wesentlichen Entscheidungen der Kartellbehörde zu unterrichten“. In der Gesetzesbegründung zur 7. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber sodann ausdrücklich darauf hingewiesen, dass von der in § 62 GWB normierten Veröffentlichungspflicht die Möglichkeit unberührt bleibt, kartellbehördliche Verfügungen in geeigneter

Form - z.B. auf der Internetseite der Kartellbehörde - im vollen Wortlaut oder in gekürzter Form zu veröffentlichen (BT-Drs. 15/3640, S. 64).

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

Da es sich bei den in „Anlage 2“ aufgeführten, streitgegenständlichen Daten (wie aufgezeigt) nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen handelt, war die Bundesnetzagentur zur Veröffentlichung des Beschlusses einschließlich der Anlage berechtigt. Angesichts der dargestellten hoheitlichen Aufgabenzuweisung war es nicht erforderlich, im Hinblick auf die vollständige Veröffentlichung Ausführungen zu den insoweit angestellten (Ermessens-)Erwägungen zu machen.

III.

Der hilfsweise zum Unterlassungsantrag gestellte Feststellungsantrag bleibt – seine Zulässigkeit dahingestellt – ebenfalls ohne Erfolg, da die beanstandete Datenveröffentlichung durch die Bundesnetzagentur (wie bereits ausgeführt) rechtmäßig war und ist.

C.

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gem. § 90 S. 1 EnWG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen

Erfolg hatte, ist es sachgerecht, ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO.

D.

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

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 Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs

abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen 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).

Frister

Klein Reesink

Pastohr