



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf am 27.05.2021 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink und den Richter am Oberlandesgericht Orlik

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

Der Beschwerdeführerin wird Einsicht in den von der Bundesnetzagentur übersandten Verwaltungsvorgang zum Gebot der Beschwerdeführerin für die erste Ausschreibung zur Reduzierung der Steinkohleverstromung zum Gebotstermin vom 01.09.2020 betreffend das Kraftwerk Y gewährt.

Der darüber hinausgehende Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht wird zurückgewiesen.

#### **Gründe:**

**A.**

Die Beschwerdeführerin nahm mit ihren Steinkohlekraftwerken X und Y an der Ausschreibung zur Reduzierung der Steinkohleverstromung für den Gebotstermin am 01.09.2020 im verkürzten Verfahren teil. Für das Kraftwerk X erhielt sie einen Zuschlag. Ihr Gebot für das Kraftwerk Y wurde nicht bezuschlagt, weil ausweislich des Bescheids der Bundesnetzagentur vom 07.12.2020 (Az. ...) durch Bezuschlagung anderer Gebote mit einer niedrigeren Kennziffer – das Gebot der Beschwerdeführerin hat die Kennziffer ... – das Ausschreibungsvolumen bereits ausgeschöpft war. Insgesamt wurden elf Gebote bezuschlagt. Auf welchem Rang das nicht bezuschlagte Gebot der Beschwerdeführerin lag, ist dieser nicht bekannt.

Gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur hat die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 08.01.2021 Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, die Bundesnetzagentur gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 KVBG zur Erteilung eines Zuschlags zu verpflichten, wobei sie Anträge und Begründung einem gesonderten Schriftsatz vorbehalten hat. Bislang liegen weder ein konkreter Beschwerdeantrag noch eine Beschwerdebegründung vor. Die Frist wurde zweimal, zuletzt mit Zustimmung der Gegenseite bis zum 09.07.2021, verlängert.

Mit Schriftsatz vom 27.01.2021 hat die Beschwerdeführerin beantragt, ihr gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 EnWG i.V.m. § 61 Abs. 3 KVBG bzw. gemäß § 29 VwVfG Einsicht in die Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte der Bundesnetzagentur betreffend das Verwaltungsverfahren „Ausschreibung zur Reduzierung der Steinkohleverstromung“ für den Gebotstermin im verkürzten Verfahren für das Jahr 2020 nach § 10 Abs. 2 Nr. 1 KVBG zu gewähren. Hilfsweise für den Fall, dass die Bundesnetzagentur ihre Zustimmung nach § 84 Abs. 1 Satz 1 EnWG ganz oder teilweise verweigern sollte, hat sie eine Entscheidung des Senats nach § 84 Abs. 2 Satz 4 EnWG beantragt, gerichtet auf vollständige Offenlegung der Tatsachen und Beweismittel, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen verlangt wird.

Die Beschwerdeführerin begehrt ausdrücklich Einsicht in alle im Zusammenhang mit den bezuschlagten (und gegebenenfalls weiteren, ihr im Rang vorgehenden) Geboten stehenden relevanten Unterlagen, die die Bundesnetzagentur im Kontext mit dem Ausschreibungsverfahren für Steinkohlanlagen und Braunkohle-Kleinanlagen nach dem KVBG für den Gebotstermin vom 01.09.2020 geführt und eingeholt hat, und zwar unabhängig von etwaigen Aktenzeichen, unter denen die betreffenden Unterlagen ge-

führt werden. Sie möchte insbesondere auch die individuellen Gebotswerte – die Bundesnetzagentur hat entsprechend § 24 KVBG nur den höchsten und den niedrigsten bezuschlagten Gebotswert in anonymisierter Form öffentlich bekannt gegeben – sowie den konkreten Umfang der historischen CO<sub>2</sub>-Emissionen der übrigen Bieter erfahren.

Mit Schriftsatz vom 17.03.2021 hat die Bundesnetzagentur auf die Anfrage der Senatsvorsitzenden, ob diese beabsichtige, dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsichtnahme in die bezeichneten Vorgänge und Aktenbestandteile zu entsprechen, mitgeteilt, dass sie einer Einsichtnahme in Verwaltungsvorgänge, die zu anderen Geboten als demjenigen der Beschwerdeführerin geführt werden, die Zustimmung verweigere. Zugleich hat sie den Verwaltungsvorgang zum Gebot der Beschwerdeführerin für das Kraftwerk Y zur Gerichtsakte gesandt und erklärt, dass sie auch bereit sei, die Unterlagen zu dem bezuschlagten Gebot für das Kraftwerk X vorzulegen, sofern dies von der Beschwerdeführerin gewünscht werde.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei ohne die beantragte umfassende Akteneinsicht – eine andere Möglichkeit der Sachaufklärung bestehe nicht – nicht in der Lage, ihre Beschwerde (hinreichend) zu begründen. Sie befinde sich bei der Verfolgung ihres Begehrens in einer durch sie nicht beeinflussbaren Erkenntnis- und Beweisnot. Ohne umfassende Aktenkenntnis könne sie nicht den von § 64 Abs. 2 Satz 3 KVBG geforderten Nachweis führen, dass sie im Ausschreibungsverfahren ohne den Rechtsverstoß (Nichtausschluss eines vor ihr liegenden Bieters) einen Zuschlag erhalten hätte. Dies sei mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu vereinbaren. Sie könne nicht darauf verwiesen werden, auf die Rechtskonformität des Handelns der Bundesnetzagentur ohne jedwede Kontrollmöglichkeit zu vertrauen. Allein durch eine an den Vorgaben des KVBG orientierte Auswertung aller das Ausschreibungsverfahren betreffenden, bei der Beschwerdeführerin geführten Unterlagen ließen sich etwaige Rechtsverstöße feststellen.

Dies gelte insbesondere für Verfahrensmängel, die zum Ausschluss eines Bieters oder eines Gebots nach § 16 KVBG oder § 17 KVBG führen müssten. So sei es ihr ohne die begehrte Akteneinsicht etwa nicht möglich festzustellen, ob ein Anlagenbetreiber die (Eigen-)Erklärungen nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 bis 8 KVBG rechtswirksam abgegeben und die gemäß § 14 Abs. 3 KVBG erforderlichen Nachweise beigebracht habe. Auch könne sie nicht überprüfen, ob die Vorgaben des § 18 KVBG betreffend das Zuschlagsverfahren eingehalten worden seien; insbesondere, ob die Bundesnetzagentur

die Kennziffern der zulässigen Gebote entsprechend den Vorgaben des § 18 Abs. 3 KVBG errechnet habe. Deren Verweis auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis gehe fehl, da § 84 Abs. 2 EnWG keine Regelung des Beweisrechts, sondern der Informationszugänglichkeit sei.

Sie sehe bewusst davon ab, Rechtsverstöße „ins Blaue hinein“ vorzutragen, um den Anschein eines tatsächlich gar nicht zu leistenden substantiierten Sachvortrags zu wahren. Die in der Zuschlagsliste (...) veröffentlichten Eigenerklärungen gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 7 KVBG, namentlich diejenige der Z, begründeten indes durchaus Zweifel an deren Rechtswirksamkeit, da diese ein gewisses Ausmaß an Planungsdichte und Verbindlichkeit verlangten. Zudem sei im Hinblick darauf, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der zweiten Ausschreibungsrunde für die Angabe der CO<sub>2</sub>-Emissionen in Feld 7.1 des Hauptformulars eine Rundung der Tonnenangabe verlangt habe, während sie dies für die erste Ausschreibungsrunde ausdrücklich untersagt und ein Abschneiden der Nachkommastellen verlangt habe, zu „vermuten“, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der ersten Ausschreibung Anlagen von dem Ausschreibungsverfahren nicht ausgeschlossen habe, die eine Rundung enthielten.

Die vom Senat nach erfolgter Zustimmungsverweigerung durch die Bundesnetzagentur gemäß § 84 Abs. 2 Satz 4 EnWG i.V.m. § 61 Abs. 3 KVBG zu treffende Entscheidung müsse – vorbehaltlich einer Anhörung der von der Offenlegung Betroffenen – vor diesem Hintergrund zu ihren Gunsten ausfallen. Es sei schon nicht erkennbar, dass im Zusammenhang mit den bezuschlagten Geboten schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorlägen. Zudem sei auf das Kohleverfeuerungsverbot gemäß § 51 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KVBG sowie auf das Vermarktungsverbot zu verweisen, das gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 KVBG im verkürzten Ausschreibungsverfahren im Jahr 2020 bereits einen Monat nach Erteilung des Zuschlags wirksam werde. Dass der Gebotswert im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 6 KVBG nicht schützenswert sei, zeige sich schon daran, dass die Q diesen in einer Pressemitteilung selbst veröffentlicht habe. Bei der gemäß § 84 Abs. 2 Satz 4 EnWG vorzunehmenden Interessenabwägung, bei der die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen lediglich einen der zu berücksichtigenden Belange darstelle, sei zudem maßgeblich zu beachten, dass die Sache für sie von ganz erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sei, da allein ein Erfolg in der ersten Ausschreibungsrunde geeignet sei, die aus einer vorzeitigen Kraftwerksstilllegung resultierenden ökonomischen Nachteile zumindest teilweise zu kompensieren.

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur entstehe ihr bei Offenlegung der begehrten Unterlagen auch kein – den vom KVBG gewünschten Wettbewerb beeinträchtigender – Informationsvorsprung in künftigen Ausschreibungsrunden. Jeder Bieter positioniere sich in neuen Ausschreibungsverfahren/-runden jeweils strategisch neu. Dabei spielten eine Vielzahl von Gesichtspunkten eine Rolle, weshalb Informationen, die sich aus der begehrten Akteneinsicht in Bezug auf das erste Ausschreibungsverfahren ergäben, für die Zukunft allenfalls sehr begrenzt von Bedeutung seien. Die Bundesnetzagentur verkenne im Übrigen, dass der Markt für den Betrieb von Steinkohlekraftwerken in Deutschland weitgehend transparent sei. Die maßgebliche Unwägbarkeit liege allein darin begründet, an welchem Verfahren sich der einzelne Betreiber mit welchem Gebot beteilige. Diese Entscheidung werde jeweils aktuell gefällt, unabhängig davon, wie die Ausrichtung in vorausgegangenen Ausschreibungsrunden gewesen sei. Dabei sei auch zu bedenken, dass mit jeder erfolglosen Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren das Risiko steige, entweder in zeitlich nachfolgenden Verfahren einen Zuschlag nur durch erhebliche Zugeständnisse bei der Gebotshöhe im Sinne von niedrigen Gebotspreisen machen zu müssen oder aber die Kraftwerke mangels erfolgreicher Gebote später entschädigungslos im Rahmen der gesetzlichen Reduzierung der Steinkohleverstromung stilllegen zu müssen. Daraus resultiere zugleich ein besonderes Schutzbedürfnis der Bieter, die rechtlichen Voraussetzungen für die Versagung eines Gebotszuschlags überprüfen zu können.

Für das von ihr begehrte umfassende Einsichtsrecht spreche auch, dass in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10.02.2021 „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht“ in einem neuen § 23b EnWG teils neue Veröffentlichungspflichten der Regulierungsbehörde vorgesehen sind, um das Verfahren und die Ergebnisse der Regulierung transparenter zu gestalten (vgl. BR-Drs. 165/21, S. 19 f., 68, 96, 122 ff.). Dass darin zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Anliegen müsse – auch wenn es dabei primär um die Anreizregulierung gehe – unabhängig vom Inkrafttreten der Novelle auch bei der Durchführung des KVBG und der zu treffenden Zwischenentscheidung nach § 84 Abs. 2 Satz 4 EnWG Berücksichtigung finden und zur Anordnung der begehrten Akteneinsicht führen. Entsprechendes folge aus § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG und der hierzu ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 04.11.2020 – 27 U 3/20.

Die Bundesnetzagentur hält dem entgegen, dass die Gebote der anderen Bieter sehr wohl Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, aber auch personenbezogene Daten enthielten, was einer Einsichtnahme und Offenlegung von Informationen über den Umfang des § 24 KVBG hinaus entgegenstehe. So hätten in den Geboten etwa Angaben zu technischen Komponenten gemacht werden müssen. Auch die Namen der an der Ausschreibung teilnehmenden nicht bezuschlagten Bieter, die konkrete Zuschlagshöhe, der Gebotswert sowie die historischen CO<sub>2</sub>-Emissionen seien nicht bekannt. Das von der Beschwerdeführerin angeführte Kohleverfeuerungsverbot bei bezuschlagten Bietern stehe der Annahme von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen schon deswegen nicht entgegen, weil eine Umrüstung der Anlage auf einen alternativen Energieträger zulässig bleibe.

Eine über den Umfang des § 24 KVBG hinausgehende Bekanntgabe von Informationen an einzelne Teilnahmeberechtigte würde überdies dem Sinn und Zweck des Ausschreibungsverfahrens, möglichst günstige Gebote zu bezuschlagen, widersprechen, da diese einen einseitigen Wissensvorsprung und damit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Teilnahmeberechtigten im Verfahren erlangten. Da die Ausschreibungsvolumina begrenzt seien, könne allein die Kenntnis über potentielle weitere Teilnehmer die Höhe des eigenen Gebotswerts entscheidend beeinflussen. Die Abschätzung, ob es etwa zu einer Überzeichnung komme, werde erheblich erleichtert. Auch die Bekanntgabe des Rangs der Beschwerdeführerin sei geeignet, den Erfolg künftiger Ausschreibungen zu gefährden, da sich hieraus für den Bieter ableiten lasse, welche Zuschlagchancen für einen Gebotswert beständen. Der Umstand, dass sich die Bieterstrategie zwischen zwei Gebotsrunden ändern könne, ändere nichts daran, dass Informationen über andere Teilnehmer angesichts der Begrenzung der Ausschreibungsvolumina zu einem strategischen Vorteil gegenüber den Wettbewerbern führen könnten.

Die Beschwerdeführerin habe im Übrigen die Entscheidungserheblichkeit der Tatsachen, deren Offenlegung sie begehre, schon nicht hinreichend dargelegt. Ihre Ausführungen enthielten keinerlei Anknüpfungspunkte dafür, dass sich aus den Unterlagen eine Rechtswidrigkeit der erteilten Zuschläge oder Fehler der Bieter bei der Einreichung der Gebote ergeben könnten. Ihr gehe es allein um eine generelle Überprüfung der Richtigkeit der Zuschlagserteilungen. Die beehrte Akteneinsicht stelle sich daher als (unzulässiger) Ausforschungsbeweis dar, die (bestenfalls) dazu diene, mögliche

Rechtsverstöße erst zu ermitteln. Die einzig konkrete Behauptung der Unrechtmäßigkeit einer Bezuschlagung basiere auf einer (vollständigen) Veröffentlichung der Eigenerklärung dieses Bieters Z und bedürfe daher keiner Akteneinsicht. Die Abgabe dieser Eigenerklärung sei im Übrigen gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 7 KVBG ebenso verpflichtend wie die Zustimmung zur Veröffentlichung bei Bezuschlagung. Insofern gebe es hierzu keine weiteren Angaben als diejenigen, die der Beschwerdeführerin bereits durch die Veröffentlichung bekannt seien.

Anhaltspunkte für einen Rechtsverstoß ergäben sich auch nicht aus ihrer geänderten Verwaltungspraxis in Bezug auf den Umgang mit Nachkommastellen bei den historischen CO<sub>2</sub>-Emissionen zwischen der ersten und zweiten Ausschreibungsrunde. Die diesbezügliche „Vermutung“ der Beschwerdeführerin, dass sie auch in der ersten Runde bei einzelnen Bietern eine Rundung zugelassen habe, entbehre jeder Grundlage. Sie habe vielmehr vor dem Hintergrund der auslegungsbedürftigen Formulierung „ohne Nachkommastellen“ in § 14 Abs. 1 Nr. 10 KVBG, die sie in das Hauptformular übernommen habe, in der ersten Ausschreibungsrunde allen Bietern mitgeteilt, dass keine Rundung erfolgen, sondern schlicht die Nachkommastellen weggelassen werden sollten. Für die zweite Ausschreibungsrunde habe sie dann ihre Verwaltungspraxis einheitlich dahin geändert, dass die Zahl auf volle Tonnen zu runden sei.

Die Erwägungen im Gesetzentwurf vom 10.02.2021 zur Änderung des § 23b Abs. 1 Nr. 13 EnWG ließen sich nicht auf das streitgegenständliche Akteneinsichtsgesuch übertragen. Im KVBG existierten derartige Offenlegungstatbestände nicht. Zudem fehle es insoweit an einer den Netzbetreibern vergleichbaren Monopolstellung.

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit deren Anlagen Bezug genommen.

## **B.**

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht ist lediglich im tenorierten Umfang begründet.

I. Weder aus § 84 Abs. 2 Satz 1 EnWG noch aus § 84 Abs. 2 Satz 4 EnWG folgt ein Anspruch auf Akteneinsicht in dem von der Beschwerdeführerin begehrten Umfang. Gegenwärtig besteht lediglich ein Anspruch auf Einsicht in den dem Gericht von der

Bundesnetzagentur übersandten Verwaltungsvorgang zum Gebot der Beschwerdeführerin für ihr Kraftwerk Y.

Etwas anders folgt auch nicht aus § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG, der für die Wahrnehmung der Aufgaben der Bundesnetzagentur nach diesem Gesetz (KVBG) und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen – ebenso wie § 64 Abs. 1 KVBG für gerichtliche Rechtsbehelfe – die Bestimmungen des Teils 8 des Energiewirtschaftsgesetzes und damit auch § 84 EnWG für entsprechend anwendbar erklärt.

1. § 84 EnWG regelt das Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten im Beschwerdeverfahren (Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, 4. Aufl., § 84 EnWG Rn. 1). Die Vorschrift entspricht § 72 GWB (BT-Drucks. 15/3917, S. 72; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 84 Rn. 1). Gegenstand des Akteneinsichtsrechts nach § 84 EnWG sind zum einen gemäß Absatz 1 Satz 1 die Gerichtsakten selbst und zum anderen gemäß Absatz 2 die dem Gericht vorliegenden Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte anderer Stellen (Huber, in: Kment, EnWG, 2. Aufl., § 84 Rn. 5). Eine Einsicht in diese sonstigen Akten ist nur mit Zustimmung der verfügungsberechtigten Stelle zulässig (Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 84 EnWG Rn. 7). Das Einsichtsrecht nach § 84 EnWG betrifft jedoch insgesamt nur den bei Gericht vorhandenen Aktenbestand (Boos, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 108. EL September 2020, § 84 EnWG Rn. 1, 7; Kafka/König, IR 2010, 74 (75)). Dies gilt auch für das im Absatz 2 des § 84 EnWG geregelte Einsichtsrecht in Akten anderer Stellen. Nur soweit sie dem Gericht tatsächlich vorliegen, findet § 84 Abs. 2 EnWG überhaupt Anwendung. Ein Anspruch auf Beiziehung von Akten folgt aus der Norm dagegen nicht (Kafka/König, ebenda; Boos, in: Theobald/Kühling, ebenda; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 11.03.2004 – 6 B 71/03, Juris Rn. 10; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 100 Rn. 8 – jeweils zu § 100 Abs. 1 VwGO). § 84 EnWG dient der Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Die Vorschrift soll sicherstellen, dass die Verfahrensbeteiligten Kenntnis von allen Akten nehmen und sich zu allen Akteninhalten äußern können, die dem Gericht zur Entscheidung vorliegen und die es damit zu seiner Entscheidungsgrundlage macht (Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 84 EnWG Rn. 1).

Die Unterlagen, in die die Beschwerdeführerin Einsicht begehrt, sprich mindestens die Verwaltungsvorgänge aller ihr im Rang vorgehenden Bieter der ersten Ausschrei-



bungsrunde zur Reduzierung der Steinkohleverstromung für den Gebotstermin im verkürzten Verfahren am 01.09.2020, hat der Senat bislang nicht angefordert und diese Akten wurden von der Bundesnetzagentur auch nicht freiwillig vorgelegt. Für eine entsprechende Beiziehungsanordnung besteht auf Basis des derzeitigen Vorbringens auch kein Anlass (dazu sogleich unter II.). In Anbetracht dessen war und ist der Senat gegenwärtig nicht gehalten, gemäß § 84 Abs. 2 Satz 4 EnWG im Rahmen eines Zwischenverfahrens eine Entscheidung darüber zu treffen, ob der Inhalt dieser Akten trotz möglicher entgegenstehender Belange und Interessen der von der Offenlegung Betroffenen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, zugänglich zu machen ist. Zur Einsichtnahme in den dem Senat allein vorliegenden Verwaltungsvorgang zum Gebot der Beschwerdeführerin für das Kraftwerk Y hat die Bundesnetzagentur gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 EnWG die erforderliche Zustimmung erteilt, weshalb der Beschwerdeführerin insoweit Einsicht zu gewähren ist.

**2.** Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG, der für die Wahrnehmung der Aufgaben der Bundesnetzagentur nach dem KVBG im Grundsatz die Bestimmungen des Teils 8 des Energiewirtschaftsgesetzes (§§ 65 bis 108 EnWG) für entsprechend anwendbar erklärt.

**2.1.** Nach der Gesetzesbegründung zu § 55 Abs. 3 KVBG-Entwurf, der dem jetzigen § 61 Abs. 3 KVBG entspricht, ist die Vorschrift an § 85 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 orientiert und regelt die Anwendbarkeit der Befugnisse der Bundesnetzagentur im behördlichen Verfahren (BT-Drs. 19/17342, S. 148). Die von der entsprechenden Anwendbarkeit ausgenommenen Regelungen – dies betrifft § 69 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 10, § 91, §§ 95 bis 101 und § 105 EnWG – seien nach ihrem EnWG-spezifischen Regelungsgehalt nicht auf die Aufgaben der Bundesnetzagentur nach diesem Gesetz (KVBG) anwendbar. Über den Verweis auf § 75 Abs. 4 EnWG erfolge für den gerichtlichen Rechtsschutz eine abdrängende Sonderzuweisung an das für den Sitz der Bundesnetzagentur zuständige Oberlandesgericht (OLG Düsseldorf) und die (weitere) Rechtsbeschwerde führe über den Verweis auf § 86 EnWG zum Bundesgerichtshof (BT-Drs. 19/17342, S. 148). Der Verweis auf Teil 8 des EnWG erfolgt mithin – wie auch bei § 85 Abs. 3 Satz 2 2017 EEG – zu dem Zweck, um nicht eigenständige, ausschließlich das EEG bzw. das KVBG betreffende Verfahrensvorschriften vorhalten zu müssen (vgl. Salje, EEG 2017, 8. Aufl., § 85 Rn. 34). Gleiches gilt im Übrigen für § 31b Abs. 2 Satz 1 KWKG, der eine vergleichbare Regelung bzw. Verweisung enthält (vgl. hierzu

Küper/Goldberg, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 31b KWKG Rn. 25 ff., 32). Von dem Verweis in § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG umfasst sind das behördliche Verfahren vor der Bundesnetzagentur (§§ 65 bis 74 EnWG), das Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren (§§ 75 bis 88 EnWG) und die gemeinsamen Bestimmungen für das behördliche und gerichtliche Verfahren (§§ 89 bis 93 EnWG); ausgenommen sind die Ermittlungsbefugnisse in § 69 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 10 EnWG, die Gebührenregelung in § 91 EnWG, die Vorschriften über das regulierungsbehördliche Bußgeldverfahren in §§ 95 bis 101 EnWG sowie die Regelung zur Streitwertanpassung in § 105 EnWG.

Da der Verweis auch die Vorschriften für den gerichtlichen Rechtsschutz umfasst und dies nach der Gesetzesbegründung auch so intendiert ist, gibt es keinen Anhaltspunkt für ein von seinem originären Gehalt abweichendes Normverständnis des § 84 EnWG im Sinne eines umfassenden, sich auch auf bislang nicht vom Gericht beigezogene Akten erstreckendes Einsichts- und Offenlegungsrechts. Insbesondere wird durch die (Verweisungs-)Regelung in § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG auch kein unmittelbar gegenüber der Regulierungsbehörde bestehendes spezifisches Akteneinsichtsrecht begründet. Entsprechendes wird – soweit ersichtlich – auch im Zusammenhang mit den Parallelvorschriften in § 85 Abs. 3 Satz 1 EEG 2017 und § 31b Abs. 2 Satz 1 KWKG von niemandem vertreten. Vielmehr wird durch den Verweis in § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG nicht nur die entsprechende Anwendung der Bestimmungen des 8. Teils des EnWG für das behördliche, sondern auch für das gerichtliche Verfahren gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen nach dem KVBG angeordnet, ohne dass der grundsätzliche Regelungsgehalt des § 84 EnWG dabei eine Veränderung erfährt bzw. erfahren soll.

**2.2.** Etwas Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass unter der Überschrift „Rechtsschutz“ mit § 64 KVBG eine spezielle Regelung für gerichtliche Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem KVBG und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen existiert und dessen Absatz 1 im Wesentlichen § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG entspricht. Nach der Gesetzesbegründung zu § 58 Abs. 1 KVBG-Entwurf, der inhaltlich dem jetzigen § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG gleichkommt, soll durch die Regelung klargestellt werden, dass die Bestimmungen des Teils 8 des EnWG – mit Ausnahme des § 69 Abs.1 Satz 2 und Abs. 10, des § 91, der §§ 95 bis 101 sowie des § 105 EnWG – entsprechend anzuwenden seien, soweit das KVBG keine abweichenden Regelungen treffe. Damit – so die Begründung weiter – würden unter anderem die Regelungen zum behördlichen Verfahren, der Beschwerde

sowie der Rechtsbeschwerde entsprechend gelten (vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 149). Daraus folgt, dass § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG und § 64 Abs. 1 KVBG jedenfalls zum Teil inhaltlich identische Regelungsbereiche besitzen, die eine der beiden Regelungen insoweit überflüssig machen. Das von der Beschwerdeführerin begehrte Akteneinsichtsrecht kann hierüber daher nicht begründet werden.

**3.** Der von der Beschwerdeführerin angeführte Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10.02.2021 und die darin vorgesehene Fassung des § 23b EnWG nebst der dazugehörigen Begründung führen ebenfalls nicht zur Gewährung eines Einsichts- und Offenlegungsrechts in dem von der Beschwerdeführerin begehrten Sinne. Zum einen ist das Gesetzgebungsverfahren noch nicht abgeschlossen; es handelt sich bislang lediglich um einen Gesetzentwurf. Zum anderen steht der auf die Anreizregulierung bezogene Regelungszweck der Norm der Annahme eines darüber hinausgehenden gesetzgeberischen Willens zu allgemeiner Transparenz entgegen. Wenn der Gesetzgeber das Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten hätte erweitern wollen, hätte es im Übrigen nahe gelegen, im Rahmen des Gesetzentwurfs schlicht § 84 EnWG entsprechend zu modifizieren.

**4.** Auch § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG und das von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang zitierte Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 04.11.2020 – I-27 U 3/20 können das von ihr begehrte Akteneinsichtsrecht nicht begründen. Die Entscheidung verhält sich ausschließlich zum Anwendungsbereich und den Voraussetzungen des § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG, der zur Vorbereitung einer die Auswahlentscheidung betreffenden Rüge nach Absatz 2 Satz 3 einem beteiligten Unternehmen gegenüber der Gemeinde ein spezifisches Akteneinsichtsrecht einräumt (vgl. hierzu Wegner, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 47 EnWG Rn. 33 ff.). Um ein solches gegenüber einer einem Verwaltungsträger (Behörde) bestehendes Akteneinsichtsrecht geht es bei § 84 EnWG jedoch gerade nicht. Die Norm bezieht sich allein auf das gerichtliche Beschwerdeverfahren und gibt den Verfahrensbeteiligten zur Verwirklichung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör im Grundsatz die Möglichkeit, in den bei Gericht vorhandenen, ihr Verfahren betreffenden Aktenbestand Einsicht zu nehmen (Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 84 EnWG Rn. 1 m.w.N.).

**II.** Der Senat war auf Basis des derzeitigen Vorbringens der Beteiligten, namentlich der Beschwerdeführerin, überdies nicht gehalten, im Wege einer Beiziehungsanord-

nung nach § 82 Abs. 3 Satz 1 EnWG weitergehende Unterlagen von der Bundesnetzagentur anzufordern und diese so zum Gegenstand der dem Gericht vorliegenden Akten zu machen.

**1.** Ob und inwieweit Akten beizuziehen sind, richtet sich gemäß § 82 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG bzw. 64 Abs. 1 KVBG nach Maßgabe des Untersuchungs- oder Amtsermittlungsgrundsatzes (vgl. Kafka/König, IR 2010, 74 (76); BVerwG, Beschl. v. 11.03.2004 – 6 B 71/03, Juris Rn. 12 zu § 86 Abs. 1 VwGO; a.A. Boos, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 84 EnWG Rn. 7, der auf § 83 Abs. 1 Satz 2 EnWG abstellt). Gemäß § 82 Abs. 3 Satz 1 EnWG kann das Gericht die Beteiligten zur Vorlage der in ihren Händen befindlichen entscheidungserheblichen Urkunden oder sonstigen Beweismittel auffordern, sofern die verfahrensrechtliche Aufklärungspflicht hierzu Veranlassung gibt (Boos, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 82 EnWG Rn. 14; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 82 Rn. 7). Aufzuklären sind solche Umstände, auf die es nach der materiell-rechtlichen Auffassung des Gerichts, die es seiner Entscheidung zugrunde legt, ankommt. Dies gilt auch für die Frage der Aktenbeziehung (BVerwG, Beschl. v. 11.03.2004 – 6 B 71/03, Juris Rn. 12 m.w.N.).

Die Aufklärungspflicht gilt zudem nicht uneingeschränkt in der Weise, dass das Gericht von sich aus jegliche Nachforschungen anzustellen hätte; vielmehr geht die gerichtliche Aufklärungs- und Ermittlungspflicht nur soweit, als der Vortrag der Beteiligten oder der feststehende Sachverhalt als solcher dazu Anlass geben (BGH, Beschl. v. 11.11.2008 – KVR 60/07, Juris Rn. 30 ff.; Beschl. v. 27.02.1969 – KVR 5/68, Juris Rn. 15; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 82 Rn. 3; Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 82 EnWG Rn. 5; Kafka/König, IR 2010, 74 (76) m.w.N.). Der Untersuchungsgrundsatz enthebt die Verfahrensbeteiligten nicht von der Pflicht, den Sachverhalt darzulegen und Beweismittel anzugeben (BGH, Beschl. v. 27.02.1969 – KVR 5/68, Juris Rn. 15). Ihnen obliegt gemäß § 82 Abs. 3 EnWG eine Mitwirkungspflicht an der Sachverhaltsaufklärung (Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 82 EnWG Rn. 1). Dies ergibt sich für das Beschwerdeverfahren zudem aus § 78 Abs. 3 und Abs. 4 EnWG i.V.m. § 61 Abs. 3 Satz 1 KVBG bzw. § 64 Abs. 1 KVBG, wonach die Beschwerde gegen eine Entscheidung der Bundesnetzagentur binnen einer Frist von einem Monat zu begründen ist und diese neben dem Beschwerdegegenstand und dem Ziel die Angabe der Tatsachen und Beweismittel enthalten muss, auf die die Beschwerde gestützt wird. Der Umfang der gerichtlichen

Aufklärungspflicht wird mithin (auch) durch den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens begrenzt. Durch die Beschwerde nicht angegriffene Feststellungen der Regulierungsbehörde zum Sachverhalt muss der Senat daher nicht überprüfen (BGH, Beschl. v. 06.11.2012 – EnVR 101/10, Juris Rn. 28; Beschl. v. 21.07.2009 – EnVR 12/08, Juris Rn. 20; Senat, Beschl. v. 19.03.2014 – VI-3 Kart 64/13 (V), Juris Rn. 49; Boos, in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 82 EnWG Rn. 6 m.w.N.).

**2.** Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben ist gegenwärtig eine Beiziehung und Offenlegung von weiteren Verwaltungsvorgängen bzw. Aktenbestandteilen nicht veranlasst. Die Beschwerdeführerin hat keinen entscheidungserheblichen Inhalt der Gebotsunterlagen anderer Bieter vorgetragen, die eine Beiziehung dieser Akten im Umfang ihrer Entscheidungserheblichkeit zum Zwecke der Sachverhaltsaufklärung erforderlich machen würde (vgl. auch Senat, Beschl. v. 14.11.2018 – VI-3 Kart 6/18 [V], Juris Rn. 16 zu § 85 Abs. 3 EEG 2017 i.V.m. § 84 Abs. 2 EnWG). Gegenstand und Ziel der streitgegenständlichen Beschwerde sind noch nicht konkretisiert. Bislang liegen weder ein Antrag noch eine Beschwerdebegründung vor. Allein schon aus diesem Grund gibt auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Akteneinsichtsgesuchs dem Senat keinen Anlass, weitere Vorgänge des streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahrens beizuziehen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin selbst angegeben hat, keine Kenntnis von möglichen Verfahrensverstößen zu haben und dass sie bewusst davon abgesehen habe, etwaige Rechtsverstöße „ins Blaue hinein“ vorzutragen. In Anbetracht dessen geben die von der Beschwerdeführerin geäußerten Zweifel an der Rechtswirksamkeit der Eigenerklärung nach § 12 Abs. 1 Nr. 7 KVBG der Z sowie die von der Beschwerdeführerin selbst als solche bezeichnete „Vermutung“ zu einem vermeintlichen Nichtausschluss von Bietern durch die Bundesnetzagentur, deren Angaben zu den CO<sub>2</sub>-Emissionen Rundungen enthielten, dem Senat keine Veranlassung, weitere Akten bzw. Verwaltungsvorgänge von der Bundesnetzagentur anzufordern, um diesem Vortrag nachzugehen.

**III.** Eine andere (Gesamt-)Bewertung ist auch nicht etwa deswegen angezeigt, weil die Beschwerdeführerin nach eigenem Bekunden ohne Einsicht in die im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Ausschreibungsrunde bei der Bundesnetzagentur entstanden Akten nicht in der Lage ist, ihrer Substantiierungs- und Konkretisierungspflicht im Beschwerdeverfahren nachzukommen, bzw. ihr dies zumindest deutlich erschwert ist.

**1.** Dieser Einwand ist zwar im Ansatz durchaus berechtigt. § 64 Abs. 2 Satz 3 KVVBG verlangt für eine begründete Verpflichtungsbeschwerde auf Erteilung des Zuschlags den Nachweis, dass der Beschwerdeführer ohne den Rechtsverstoß einen Zuschlag erhalten hätte. Der erforderliche Nachweis, dass der Zuschlag zu eigenen Gunsten erfolgen müsste, setzt außer bei Unterzeichnung der Ausschreibungsrunde notwendigerweise Kenntnisse von den anderen Geboten voraus (Siegel, in: BeckOK EEG, 11. Edition Stand: 16.11.2020, § 83a Rn. 4). Zumal in diesem Fall bei einem zulässigen Gebot – so wie hier – die Entscheidung über den Zuschlag auch vom Inhalt der Gebote der übrigen Bieter abhängig ist (Senat, Beschl. v. 14.11.2018 – VI-3 Kart 6/18 [V], Juris Rn. 16 zu § 83a Abs. 1 Satz 1 EEG 2017).

Dieser Umstand führt jedoch vorliegend zu keiner anderen Bewertung. Denn den nicht erfolgreichen Bietern – so auch der Beschwerdeführerin – stehen spezifische Akteneinsichts- und Informationsrechte zur Verfügung, mit denen die Offenlegung von relevanten Informationen für gerichtliche Rechtsbehelfe, die das Ausschreibungsverfahren betreffen, erwirkt werden kann. Von diesen – im Weigerungsfalle gerichtlich durchzusetzenden – Möglichkeiten hätte die Beschwerdeführerin vor Einlegung ihrer Beschwerde Gebrauch machen können und müssen. Bei einer vorsorglich eingelegten Beschwerde besteht die Möglichkeit, die Begründungsfrist zu verlängern (§ 78 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 EnWG), wovon die Beschwerdeführerin im Streitfall auch Gebrauch gemacht hat. Zudem dürfte eine infolge des Akteneinsichtsverfahrens bedingte Versäumung der Frist zur Beschwerdebegründung nach § 78 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 EnWG gemäß § 85 Nr. 2 EnWG i.V.m. § 233 Satz 1 ZPO ein Grund für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sein. Ergänzend ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zudem § 82 VwGO anwendbar, der es unter Umständen erlaubt, inhaltliche Mängel der Beschwerde auch noch nach Ablauf der Frist des § 78 Abs. 1 Satz 1 EnWG zu beheben (vgl. BGH, Beschl. v. 24.05.2011 – EnVR 14/19, Juris Rn. 6; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes/Hanebeck, a.a.O., § 78 Rn. 2).

**2.** Die Beschwerdeführerin hat insoweit selbst auf den nach ihrer Ansicht bis zur Bestandskraft des Verwaltungsakts – hier der negativen Zuschlagsentscheidung – anwendbaren § 29 VwVfG verwiesen, wonach die Behörde den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten hat, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist (zum zeitlichen Anwendungsbereich vgl. BVerwG, Urt. v. 01.07.1983 – 2 C 42/82, Juris

Rn. 22 f.; Herrmann, in: BeckOK VwVfG, 51. Ed. 01.04.2021, § 29 Rn. 20; Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 29 Rn. 38; Schneider, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 0. EL Juli 2020, § 29 Rn. 30 ff.).

In Betracht kommt zudem § 1 IFG, wonach im Grundsatz jedermann gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen hat (vgl. hierzu und zu anderen voraussetzungslosen Informationsansprüchen etwa Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 29 Rn. 20 ff. m.w.N.). Teilweise werden Auskunfts- und Informationsansprüche auch unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet (vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 02.07.2003 – 3 C 46/02, Juris Rn. 14 ff.).

Darüber hinaus wird nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung – sofern die Voraussetzungen spezifischer Akteneinsichts- und Informationsrechte nicht erfüllt sind – bei Bestehen eines berechtigten Interesses ein außergesetzliches, im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde (§ 40 VwVfG) stehendes Akteneinsichtsrecht angenommen (BGH, Beschl. v. 14.07.2015 – KVR 55/14, Juris Rn. 14 ff. m.w.N.; ferner BVerwG, Urt. v. 05.06.1984 – 5 C 73/82, Juris Rn. 9 f.; Urt. v. 20.02.1990 – 1 C 42/83, Juris Rn. 11, 29 ff.; Johanns/Roesen, in: BerlKommEnR, a.a.O., § 84 EnWG Rn. 1 a.E.; Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 29 Rn. 18). Ein berechtigtes Interesse wird insbesondere dann bejaht, wenn eine Person ein eigenes, gewichtiges und auf andere Weise nicht zu befriedigendes Informationsinteresse gegenüber der Behörde gerade im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Rechten darlegen kann (BGH, a.a.O., Juris Rn. 16, 30 ff. m.w.N.).

Angesichts dessen könnte vorliegend ein berechtigtes Interesse der Beschwerdeführerin durchaus in Betracht zu ziehen sein. Denn – wie ausgeführt – ist ein unmittelbar das Ausschreibungsverfahren nach §§ 10 ff. KVVG betreffender Rechtsbehelf nur erfolgreich, wenn der Beschwerdeführer gemäß § 64 Abs. 2 Satz 3 KVVG nachweist, dass er ohne den Rechtsverstoß einen Zuschlag erhalten hätte, was außer bei Unterzeichnung der Ausschreibung regelmäßig Kenntnisse von den anderen Geboten voraussetzt. Diese Kenntnisse sind einem erfolglosen Bieter zu ermöglichen bzw. in geeigneter Weise zu vermitteln. Nur so wird dieser in die Lage versetzt, die Erfolgsaussichten eines gegen die Ablehnung eines Zuschlags gerichteten Rechtsbehelfs überhaupt erst einmal zu beurteilen und im weiteren Verlauf darzulegen, dass er ohne den Rechtsverstoß einen Zuschlag erhalten hätte (vgl. Herms/Leutritz/Richter, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl., § 83 a Rn. 11; Siegel,

in: BeckOK EEG, a.a.O., § 83a Rn. 4; ders., IR 2017, 122 (124)). Dies kann im Ansatz nur durch ein umfassendes Recht auf Einsicht in die vollständigen Akten der Bundesnetzagentur für die betreffende Ausschreibungsrunde gewährleistet werden (Herms/Leutritz/Richter, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, a.a.O., § 83 a Rn. 11 m.w.N.).

Allerdings ist auch das außergesetzliche Akteneinsichtsrecht nicht grenzenlos. Vielmehr ist bei der Ermessensausübung das berechtigte Interesse an der Gewährung von Akteneinsicht abzuwägen mit etwaigen entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen an der Geheimhaltung des Akteninhalts, z.B. im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder personenbezogene Daten (BGH, a.a.O., Juris Rn. 16, 23, 41; Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 29 Rn. 18b). Insgesamt ist das Ermessen indes so auszuüben, dass jedenfalls so viel an Informationen aus dem Akteninhalt mitgeteilt wird, um unter Berücksichtigung des Grundprinzips des rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens eine beiderseits sachgerechte Interessenwahrnehmung zu ermöglichen (BGH, a.a.O., Juris Rn. 16, 23, 41; Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 29 Rn. 18b). Ein genereller Ausschluss eines Akteneinsichtsrechts dürfte daher üblicherweise nicht gerechtfertigt sein. Denn einem gebotenen Geheimnisschutz kann regelmäßig durch Schwärzung bzw. Anonymisierung oder Ausnahme einzelner Dokumente hinreichend Rechnung getragen werden (vgl. BGH, a.a.O., Juris Rn. 41; vgl. auch Herms/Leutritz/Richter, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, a.a.O., § 83 a Rn. 11 m.w.N.).

Entsprechende Auskunfts- und Informationsersuchen hat die Beschwerdeführerin gegenüber der Bundesnetzagentur – soweit ersichtlich – bislang nicht geltend gemacht. Dieses Versäumnis kann nicht durch eine Überdehnung des Akteneinsichtsrechts nach § 84 EnWG „geheilt“ werden.