

OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.07.2017 – 6 Kart 1/17

Tenor:

1. Der Antragsgegnerin wird im **Wege einstweiliger Anordnung** aufgegeben, es bis zur Entscheidung über die Beschwerde in der Hauptsache zu unterlassen, die in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Antragstellerin zu veröffentlichen.
2. Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Gebot nach Ziffer 1 ein Ordnungsgeld in Höhe von 50.000 € angedroht.
3. Der auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gerichtete Antrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Gründe:

I. Die Antragstellerin ist Betreiberin eines Stromverteilnetzes im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin. Sie wendet sich gegen die Absicht der Antragsgegnerin, die in dem regulatorischen Verwaltungsverfahren nach der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) für ihr Unternehmen ermittelten netzbetreiberspezifischen Unternehmenswerte nach § 31 Abs. 1 ARegV in der Fassung vom 14.09.2016 im Internet in nicht anonymisierter Form zu veröffentlichen.

Mit Schreiben vom 07.02.2017 informierte die Antragsgegnerin die Netzbetreiber in ihrem Zuständigkeitsbereich darüber, dass sie ihren Veröffentlichungspflichten nach § 31 Abs. 1 ARegV mit einer Frist von 14 Tagen zum 21.02.2017 nachkommen werde.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 10.02.2017 beim Brandenburgischen Oberlandesgericht eingegangenen Beschwerde, welche sie mit auf einstweiligen Rechtsschutz gerichteten Anträgen verbunden hat.

Die Antragstellerin erachtet die Regelung des § 31 ARegV in der Fassung vom 14.09.2016 für nichtig. Es fehle an der nach § 80 Abs. 1 GG erforderlichen Verordnungsermächtigung.

Zudem widerspreche die beabsichtigte Veröffentlichung der Vorschrift des § 30 VwVfG. Danach habe sie Anspruch darauf, dass ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht unbefugt von der Antragsgegnerin offenbart werden. § 31 Abs. 1 ARegV betreffe Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, an deren Nichtverbreitung sie im Wettbewerb mit anderen Netzbetreibern z.B. in Konzessionsvergabeverfahren (§ 46 EnWG), im Hinblick auf die Betriebsführung und den Messstellenbetrieb sowie als Nachfrager von Dienstleistungen, Gütern und Kapital auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten ein berechtigtes Interesse habe. Die zu veröffentlichenden Daten ließen bereits einzeln, jedenfalls aber in der Gesamtschau umfassende Rückschlüsse auf ihre gesamtwirtschaftliche Situation zu. Dazu führt die Antragstellerin im Einzelnen weiter aus. Die beabsichtigte Veröffentlichung stelle zudem einen Verstoß gegen die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse schützende Vorschrift des § 71 EnWG dar. In der obergerichtlichen Rechtsprechung sei allgemein anerkannt, dass Netzbetreiber geheimhaltungsbedürftige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben und dass deren Geheimhaltungsinteresse das jeweils gegenüberstehende Interesse an Veröffentlichung bzw. Einsichtnahme überwiege.

Die Antragstellerin vertritt die Ansicht, das zulässige Rechtsmittel gegen die beabsichtigte Veröffentlichung sei die Anfechtungsbeschwerde (§§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 3, Abs. 1, Abs. 3, 83 Abs. 2

EnWG), weil das Schreiben der Antragsgegnerin vom 07.02.2017 als Verwaltungsakt in der Form einer Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 Satz 2 VwVfG zu qualifizieren sei. Jedenfalls könne sie gegen die geplante Veröffentlichung mit einer vorbeugenden Unterlassungsklage vorgehen bzw. gerichtlich feststellen lassen, dass die Antragsgegnerin zur Veröffentlichung der Daten nach § 31 Abs. 1 ARegV nicht befugt sei.

Die Antragstellerin beantragt,

I. die Verfügung der Antragsgegnerin vom 07.02.2017 aufzuheben,

hilfsweise

II. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Antragstellerin zu unterlassen,

III. für jeden Fall der Zuwiderhandlung nach Ziffer II., der Antragsgegnerin ein Zwangsgeld in angemessener Höhe aufzuerlegen,

äußerst hilfsweise

IV. festzustellen, dass die Antragsgegnerin nicht befugt ist, die in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Antragstellerin zu veröffentlichen.

Ferner beantragt die Antragstellerin

im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes

V. die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde anzuordnen,

hilfsweise im Wege einstweiliger Anordnung

VI. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Antragstellerin vorläufig zu unterlassen,

VII. der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung nach Ziffer VI. ein Zwangsgeld in angemessener Höhe aufzuerlegen,

äußerst hilfsweise

VIII. die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung von Daten nach § 31 Abs. 1 ARegV vorläufig festzustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, die von der Antragstellerin im Hauptantrag angestrebte Anfechtungsbeschwerde sei bereits unstatthaft, weil das Schreiben vom 07.02.2017 mangels Regelungsgehalt nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren sei.

Im Übrigen seien die Rechtsbehelfe der Antragstellerin unbegründet. Die Neufassung des § 31 ARegV sei von der Verordnungsermächtigung gemäß § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG gedeckt. § 31 Abs. 1 ARegV stehe auch nicht in Widerspruch zu § 71 EnWG bzw. § 30 VwVfG, insbesondere stellen die nach § 31 ARegV zu veröffentlichenden Daten keine Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnisse dar. Der Antragstellerin komme kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse zu, weil die nach § 31 ARegV zu veröffentlichenden Daten den Mitbewerbern ohnehin nach § 46 EnWG zugänglich zu machen seien. Da sämtliche Netzbetreiber von der Veröffentlichungspflicht erfasst seien, erleide keines der Unternehmen einen Nachteil. Im Übrigen seien die zu veröffentlichenden Daten entweder bereits nach anderen Vorschriften (der StromNEV bzw. der StromNZV) zu veröffentlichen und damit offenkundig, oder sie seien hochaggregiert und ließen deshalb keine relevante Nachteile begründende Rückschlüsse auf die konkreten Unternehmensdaten der Antragstellerin zu, oder sie seien erst zu veröffentlichen, nachdem der betreffende Netzbetreiber bestimmte Kosten bei der Antragsgegnerin angemeldet habe, was seitens der Antragstellerin bislang unterblieben sei.

Einer Anhörung des betroffenen Netzbetreibers vor der Veröffentlichung bedürfe es auch nach § 71 EnWG nicht, weil die zu veröffentlichenden Parameter keine Daten betreffen, welche die Antragstellerin innerhalb des Entgeltregulierungsverfahrens vorzulegen verpflichtet sei.

Mit Beschluss vom 14.02.2017 hat der Senat der Antragsgegnerin im Wege der Zwischenverfügung aufgegeben, es zu unterlassen, bis zur Zustellung einer Entscheidung des Senats über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 10.02.2017 die in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Antragstellerin zu veröffentlichen.

II.

Der Antrag der Antragstellerin im Einstweiligen Rechtsschutz führt zum Erfolg, soweit die Anordnung der vorläufigen Unterlassung der Veröffentlichung begehrt wird (§ 123 VwGO entsprechend). Der Antrag ist zulässig und begründet.

I.)

Nicht zulässig ist der auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gerichtete Antrag.

Dieser setzt - als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal - eine sog. Anfechtungslage voraus (OLG Düsseldorf, B. v. 29.03.2007 - VI-3 Kart 466/06 (V), Rn. 11 zit. nach juris; Britz-Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 77 Rn. 16). Die in der Hauptsache gegen das Schreiben vom 07.02.2017 gerichtete Beschwerde wendet sich allerdings nicht gegen einen mit der Anfechtungsklage anzugreifenden

Verwaltungsakt.

Dem Schreiben vom 07.02.2017 kommt Verwaltungsaktsqualität nicht zu, weil ihm der für Verwaltungsakte konstituierende Regelungscharakter fehlt. Ob eine Behörde eine Regelung treffen, also eine Rechtsfolge verbindlich festsetzen will, ist durch eine an den für Willenserklärungen entwickelten Grundsätzen orientierte Auslegung zu ermitteln, wobei § 133 BGB analog zur Anwendung kommt und die äußere Form des Schreibens zur Auslegung heranzuziehen ist (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 35 Rn 71f.). Wird mit der Ankündigung einer Maßnahme verbindlich die Entscheidung darüber getroffen, dass deren Voraussetzungen vorliegen und stellt sich die Vornahme als Vollzug dieser Ankündigung dar, kann danach ein Verwaltungsakt vorliegen. Anders ist es, wenn - wie hier, insbesondere ohne Bezeichnung als Verwaltungsakt und ohne Rechtsbehelfsbelehrung - nur auf die bestehende Rechtslage hingewiesen wird, weil es dann an der für einen Verwaltungsakt geforderten Finalität fehlt, der Zweckbestimmung, eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen zu erzeugen. Diese Finalität ergibt sich vorliegend auch weder aus dem Zusatz, eine weitere Entscheidung mit Rechtsmittelbelehrung ergehe nicht, noch dem - nicht ausdrücklich erklärten - Verzicht auf eine Anhörung der Betroffenen vor der Veröffentlichung. Auch der Veröffentlichung als solcher kommt keine Verwaltungsaktsqualität zu, es handelt sich vielmehr um einen Realakt, der lediglich der Information dient und nicht auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist (vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 28.01.2013 - 9 S 2423/12, Rn. 4 zit. nach juris; VG Berlin, Urt. v. 28.11.2012 - 14 K 79.12, Rn. 46 zit. nach juris).

II.)

Der hilfsweise gestellte Antrag, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten der Antragstellerin vorläufig zu unterlassen, ist zulässig und begründet (§ 123 VwGO entsprechend).

1.) Der Antrag ist zulässig.

1.1.) Das Beschwerdegericht ist nach §§ 76 Abs. 3 Satz 1, 72 EnWG befugt, bis zur endgültigen Entscheidung eine vorläufige Anordnung zu treffen. Da die §§ 62ff. EnWG keine abschließende Regelung für das kartellrechtliche Beschwerdeverfahren enthalten, sind die zu § 123 VwGO entwickelten Grundsätze auf den kartellrechtlichen Eilrechtsschutz in Energiewirtschaftssachen zu übertragen (BGHZ 117, 209 Rn. 11; OLG Düsseldorf, B. v. 29.03.2007 - VI-3 Kart 466/06 (V) Rn. 12; B. v. 30.12.2016 - VI-3 Kart 1203/16, 3 Kart 1203/16 (V) Rn. 39, jeweils zit. nach juris).

1.2.) Der Antrag, gerichtet auf eine Sicherungsanordnung mit dem Ziel der vorläufigen Erhaltung des bestehenden Zustandes im Sinne des § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO, ist statthaft. Die Antragstellerin verfolgt in der Hauptsache eine vorbeugende Unterlassungsklage, welche die Zulässigkeitsanforderungen erfüllt. Die Antragstellerin als am energiewirtschaftlichen Verwaltungsverfahren Beteiligte verfügt auch über die erforderliche Antragsbefugnis in der Hauptsache, § 66 Abs. 2 EnWG.

1.3) Ihr kommt auch das notwendige qualifizierte Rechtsschutzinteresse zu. Da die kartell-rechtlichen Vorschriften, wie § 63 Abs. 1 und 3 GWB erkennen lassen, auf nachträglichen Rechtsschutz ausgerichtet sind, ist eine vorbeugende Unterlassungsklage nur dann zulässig, wenn ein Handeln der Antragsgegnerin bevorsteht, das irreparabel oder nur sehr schwer ausgleichbare Nachteile zur Folge hätte. Das qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn zeitnah effektiver Rechtsschutz mit Hilfe der im Gesetz

vorgesehenen, nachträglichen Kontrolle erlangt werden kann (BGHZ 117, 209 Rn. 8 -10 zit. nach juris; OLG Düsseldorf, B. v. 28.09.2005 - VI-Kart 7/05 (V); B. v. 14.01.2015 - VI-Kart 4/14 (V) Rn. 16 zit. nach juris; Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, § 63 GWB Rn. 46; Immenga/Mestmäcker-Schmidt, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 63 GWB Rn. 9; Bechthold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 63 Rn. 12). Sollte die angekündigte Veröffentlichung erfolgen, wären für die Antragstellerin irreparable Nachteile zu besorgen, denn eine Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten wäre nicht mehr umkehrbar. Die faktische Wirkung von Information kann nicht mehr eingefangen und umfassend beseitigt werden (vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 28.01.2014 - 9 S 2423/12 Rn. 6, zit. nach juris). Dies gilt auch für diejenigen Daten, hinsichtlich derer eine Veröffentlichung zum angekündigten Datum noch nicht zu besorgen war, weil die zugrundeliegenden Parameter erst auf einen Antrag des betroffenen Netzbetreibers ermittelt werden und die Antragstellerin einen solchen noch nicht gestellt hat. Denn im Hinblick auf die voraussichtliche Dauer des Hauptsacheverfahrens ist mit einer rechtskräftigen Entscheidung nicht vor Ablauf der Antragsfristen zu rechnen, so dass die Antragstellerin auch bezüglich dieser Daten nicht auf effektiven Rechtsschutz durch nachträgliche Kontrolle verwiesen werden kann.

2.) Der Antrag ist auch begründet.

Die Antragstellerin hat gegenüber der Antragsgegnerin Anspruch darauf, die in § 31 Abs. 1 ARegV vorgesehene Veröffentlichung zu unterlassen (2.1.). Ihr kommt auch ein Anordnungsgrund zu, weil die Gefahr besteht, dass durch die in Aussicht gestellte Veröffentlichung die Verwirklichung ihrer Geheimenschutzrechte verteilt oder wesentlich erschwert wird (2.2.).

2.1.) Die Antragstellerin hat einen Anspruch auf Unterlassung der in § 31 Abs. 1 ARegV vorgesehenen Veröffentlichung nach §§ 1004, 906 BGB analog. Nach der im Eilverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung verletzt die in Aussicht gestellte Veröffentlichung die Antragstellerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in ihren Rechten. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung in energiewirtschaftlichen Kartellverfahren setzt einen erhöhten Grad von Wahrscheinlichkeit voraus, denn es ist kein Grund ersichtlich, beim Eilrechtsschutz nach § 76 Abs. 3 S. 1 EnWG einen milderer Maßstab anzulegen als in den Anfechtungsfällen des § 77 Abs. 3 Nr. 2 EnWG, in denen einstweiliger Rechtsschutz nur unter der Voraussetzung gewährt wird, dass ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen (OLG Düsseldorf, B. v. 29.03.2007 – VI-3 Kart 466/06 (V) Rn. 14 zit. nach juris; Baur/Salje/Schmidt-Preuss-Chatzinerantzis, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016, Kap. 64 Rn. 40).

Dieser erhöhte Grad von Wahrscheinlichkeit ist erreicht. Die Veröffentlichungsanordnung in § 31 Abs. 1 ARegV ist unwirksam, weil es an einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage im Sinne des Art. 80 Abs. 1 GG fehlt (2.1.1). Zudem ist § 31 Abs. 1 ARegV mit höherrangigem Recht, nämlich mit § 30 VwVfG, nicht vereinbar (2.1.2).

2.1.1.) § 31 Abs. 1 ARegV kommt mangels gesetzlicher Grundlage Rechtswirkung nicht zu.

Als Rechtsverordnung kann die ARegV der Antragsgegnerin die in § 31 Abs. 1 angeordnete Veröffentlichung nur wirksam aufgeben, wenn sie formell ordnungsgemäß zustande gekommen ist, dem Zitiergebot genügt, auf einer wirksamen gesetzlichen Ermächtigung beruht, deren Anforderungen erfüllt und mit sonstigen höherrangigem Recht vereinbar ist (Maunz/Dürig-Remmert, GG, 70. Lfg. Dezember 2014, Art. 80 Rn. 121ff.). Die ARegV ist zwar formell ordnungsgemäß zustande gekommen und auch das Zitiergebot ist beachtet, für die angeordnete Veröffentlichung fehlt es allerdings an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage.

Nach dem Vorspruch zur Zweiten Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung vom 14.09.2016, durch die § 31 ARegV inkorporiert worden ist, ist diese auf Grundlage der §§ 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 und 3 in Verbindung mit S. 2 Nr. 1 bis 7, 9 und 10, § 24 S. 1 in Verbindung mit S. 2 Nr. 1, 2, 4, 6, 7 sowie S. 3 und 5 und § 29 Abs. 3 S. 1 EnWG bzw. § 12 Abs. 3a und § 49 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 EnWG erlassen. Diese Vorschriften umreißen - in Verbindung mit dem in § 1 EnWG niedergelegten Zielen des Gesetzes - Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung im Sinne des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG (Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 1 Rn. 45) und bilden zugleich den Maßstab für die gerichtliche Prüfung (BVerfGE 101, 1 Rn. 113 zit. nach juris; Maunz/Dürig-Remmert, a.a.O., Art. 80 Rn. 124).

(a) Die zitierten Rechtsgrundlagen der Verordnung enthalten keine ausdrückliche Ermächtigung zur Anordnung der Veröffentlichung nicht anonymisierter Daten von Netzbetreibern. Von den genannten Vorschriften beziehen sich § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 EnWG und § 24 Satz 2 Nr. 6 EnWG auf Daten der Netzbetreiber, dies allerdings nicht mit Blick auf deren Veröffentlichung, sondern betreffend ihre Erhebung, soweit diese für die Durchführung der Anreizregulierung und die Festlegung der Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang erforderlich ist.

(b) Auch systematisch lässt sich aus der ARegV kein Rückschluss auf das Bestehen einer gesetzlichen Ermächtigung zur Anordnung der Veröffentlichung in § 31 Abs. 1 ARegV ziehen. § 21 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG ermächtigt den Ordnungsgeber zur näheren Ausgestaltung der Methode einer Anreizregulierung, mit der das Ziel verfolgt wird, Anreize für die Netzbetreiber zu setzen, um die Effizienz ihrer Netze zu steigern, indem jeweils für eine Entwicklungsperiode die Orientierung an den Netzkosten aufgegeben und stattdessen die innerhalb dieser Periode maximal zu erzielenden Erlöse vorgegeben werden. Gelingt es den Netzbetreibern, ihre Kosten stärker zu verringern als die Erlöse abgesenkt werden, verbleibt ihnen die Differenz als zusätzlicher Gewinn. § 21a Abs. 1 bis 5 EnWG stellen dabei die Rahmenbedingungen für die Anreizregulierung auf, die vom Ordnungsgeber auszugestalten, also zu konkretisieren sind, es sollen Parameter bestimmt werden betreffend bestimmte Regulierungsperioden sowie betreffend einer Differenzierung zwischen beeinflussbaren und nicht beeinflussbaren Kostenanteilen beziehungsweise zwischen unterschiedlichen Effizienzvorgaben (Britz/Hellermann/Hermes-Groebel, a.a.O., § 21 a EnWG Rn. 1). Innerhalb dieses Programms ist das Anreizregulierungsmodell des EnWG methodenoffen gestaltet (BT-DrS 15/5268 S. 120) und erlaubt dem Ordnungsgeber die Ausgestaltung des Verfahrens.

Der Veröffentlichung von Daten der Netzbetreiber ist allerdings weder unter die in § 21 a Abs. 1 bis 5 EnWG aufgeführten Parameter zu subsumieren, noch hat sie stimulierenden Effekt auf die Reduzierung der Netzentgelte. Die Veröffentlichungsanordnung hält sich damit nicht in dem durch § 21a EnWG vorgegebenen Rahmen. Statt Anreize zu schaffen, kommt der nicht anonymisierten Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV genannten Daten eine Prangerwirkung zu, die sich nicht in das System der Anreizregulierung einfügt. Der Ordnungsgeber verfolgt mit der Veröffentlichung auch kein mit der Schaffung von Anreizen verbundenes Ziel, sondern beabsichtigt, die Transparenz zum Abbau bestehender Informationsdefizite für Verbraucher und Investoren zu erhöhen (BR-Drs 296/16, S. 2).

(c) Die Entstehungsgeschichte des § 21 a EnWG bietet gleichfalls keinen Hinweis darauf, dass sich die Verordnungsermächtigung auch auf die Anordnung von Veröffentlichungspflichten beziehen könnte. Insbesondere die Begründung des Gesetzentwurfes zum Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (BT-Drs 15/5268 S. 119 f) erwähnt Transparenzvorgaben nicht, sondern enthält Ausführungen ausschließlich zu den Parametern, die Eingang in den Gesetzestext (insbesondere des § 21a Abs. 2 bis 5 EnWG) gefunden haben.

(d) Eine Ermächtigung des Ordnungsgebers zur Bestimmung von Veröffentlichungspflichten lässt sich weiter nicht aus einer Zusammenschau der im Vorspruch genannten Normen mit den in § 1 EnWG niedergelegten Zielen des Gesetzes ableiten. Das EnWG bestimmt in § 1 den Zweck des Gesetzes als die Schaffung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas. Aus dem Gesetzeszweck der Verbraucherfreundlichkeit wird ein Gebot zur Transparenz abgeleitet (Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 1 Rn. 33), das sich allerdings - den unionsrechtlichen Vorgaben folgend (Art. 3 Abs. 5 RL 2003/54/EG vom 26.06.2003 - ABl. EU v. 15.07.2003; Art 3 Abs. 3 S. 4 RL 2003/55/EG v. 26.06.2003 – ABl. EU v. 15.07.2003) - auf den Verbraucherschutz bezieht. Entsprechend wird die Transparenz von Vertragsbedingungen, allgemeinen Informationen und Streitbeilegungsverfahren gefordert. Eine Ermächtigung zur Anordnung der Veröffentlichung von Unternehmensdaten lässt sich dem aus § 1 EnWG abgeleiteten Transparenzgebot nicht entnehmen.

(e) Schließlich begründen auch die mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes (Strommarktgesetz) vom 26.07.2016 (BGBl. I 2016 Nr. 37 v. 29.07.2016 S. 1786) eingeführten Neuregelungen in § 1a EnWG (Grundzüge des Strommarkts) und Teil 9 (§§ 111d ff. Transparenz) keine Ermächtigung für die in § 31 Abs. 1 ARegV vorgesehenen Veröffentlichungen. Diese Vorschriften werden im Vorspruch zur 2. Verordnung zur Änderung der ARegV nicht als Rechtsgrundlage für die Novellierung der Verordnung benannt und können bereits deshalb nicht als gesetzliche Grundlage für § 31 Abs. 1 ARegV herangezogen werden. Fehlt es an der Übereinstimmung der Rechtsverordnung mit der zitierten Ermächtigungsgrundlage, kommt es nicht darauf an, ob die Rechtsverordnung auf der Grundlage einer anderen Ermächtigungsgrundlage hätte ergehen können (BVerfGE 101, 1 Rn. 113 zit. nach juris).

Im Übrigen ließe sich auch aus diesen Vorschriften eine Ermächtigung zur Anordnung der in § 31 Abs. 1 ARegV angeordneten Veröffentlichungspflichten nicht ableiten. Denn die Gesetzesbegründung (BT-Drs 18/7317) stellt das Transparenzgebot des § 1 a EnWG ausdrücklich in den Zusammenhang mit der nach § 111d ff. EnWG zu errichtenden nationalen Informationsplattform und dem Marktstammdatenregister, die sich nicht auf die in § 31 Abs. 1 ARegV zur Veröffentlichung bestimmten Unternehmensdaten der Netzbetreiber beziehen. Auf eine Ergänzung des § 21a EnWG korrespondierend zur Regelung in §§ 1 a, 119d ff. EnWG hat der Gesetzgeber mit der Novellierung des EnWG im Jahr 2016 verzichtet.

2.1.2.) § 31 Abs. 1 ARegV ist zudem mit § 30 VwVfG nicht vereinbar und verstößt damit gegen höherrangiges Recht. Die in Aussicht gestellte Veröffentlichung droht auch deshalb rechtswidrig in die subjektiven öffentlichen Rechte der Antragstellerin einzugreifen.

§ 30 VwVfG begründet einen unmittelbaren, subjektiv öffentlich-rechtlichen Anspruch gegenüber Behörden auf Wahrung von Geheimnissen, u.a. von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Die Vorschrift kommt - in Verbindung mit § 71 EnWG und § 72 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 4 GWB - auch im Kartellverwaltungsrecht zur Anwendung (BGHZ 172, 368 Rn. 47; Senat, B. v. 20.10.2011 - Kart W 10/09 Rn. 101; OLG Düsseldorf, B. v. 02.06.2009 - VI-2 Kart 5/08 (V) Rn. 21, jeweils zit. nach juris). Nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorzunehmenden summarischen Prüfung stellen die nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten in ihrer Gesamtheit Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin im Sinne des § 30 VwVfG dar.

(a) Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis werden alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat (BVerfGE 115, 205 Rn. 87 zit. nach juris). Der Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses ist weit

auszulegen (OLG Düsseldorf, B. v. 14.03.2007, VI-3 Kart 289/06 - 3 Kart 289/06 Rn. 5 zit. nach juris). Zu derartigen Geheimnissen werden etwa Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können (BVerfGE 115, 205 Rn. 87; BVerfGE 137, 185 Rn. 182, jeweils zit. nach juris). An die Manifestation des Geheimhaltungswillens sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen, es reicht aus, wenn sich das Geheimhaltungsinteresse aus der Natur der geheimzuhaltenden Tatsache ergibt (BGH Urt. v. 02.07.2006 – I ZR 126/03 Rn. 19 zit. nach juris).

Ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht, wenn die Offenlegung der Information geeignet ist, den Marktkonkurrenten exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen zugänglich zu machen und so die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen (BVerfGE 115, 205 Rn. 85; BVerwGE 135, 34 Rn. 50; B. v. 25.07.2013 – BVerwG 7 B 45.12 Rn. 10; BGH Urt. 27.04.2006 Rn. 19; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 29.08.2010 - OVG N 20.15 Rn. 6, jeweils zit. nach juris). Das Geheimhaltungsinteresse fehlt hingegen, wenn die betreffende Information nach der Wertung des Gesetzgebers - sei es auch in anderem Zusammenhang - der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen ist oder wenn kein rechtserheblicher Nachteil durch die Offenbarung entstehen kann (Immenga/Mestmäcker-K. Schmidt, a.a.O., § 56 Rn. 11). Als offenkundig gelten solche Informationen, die ein Interessent ohne größere Schwierigkeiten in Erfahrung bringen kann, etwa dadurch, dass sie allgemein zugänglich sind. Solche Umstände und Vorgänge sind auch dann keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wenn der Inhaber sie als solche bezeichnet (BVerwG, B. 04.01.2005 - 6 B 59/04 Rn. 10 zit. nach juris). Zugänglich gemacht wird ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis nicht nur dann, wenn die konkret betroffene Information als solche ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis darstellt, sondern bereits dann, wenn die offengelegte Information ihrerseits Rückschlüsse auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zulässt (BVerwGE 135, 34 Rn. 5 zit. nach juris), wobei die besonderen Kenntnisse und Qualifikationen der Mitbewerber zu berücksichtigen sind (BVerwG, B. v. 25.07.2013 - BVerwG 7 B 45.12 Rn. 15; OVG Sachsen-Anhalt, B. v. 29.07.2016 - 2 M 14/16 Rn. 46, jeweils zit. nach juris).

(b) Im Hinblick auf die Bedeutung des Geheimnisschutzrechts für das einzelne Unternehmen sind im Verfahren des Einstweiligen Rechtsschutzes betreffend energiewirtschaftliche Entgeltregulierungsverfahren an die Darlegung, dass bestimmte zu veröffentlichende Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Die Feststellung, ob bestimmte Einzelangaben im Falle ihrer Offenlegung einem Wettbewerber Rückschlüsse auf wettbewerbsrelevante Umstände ermöglichen, setzt grundsätzlich eine prognostische Beurteilung voraus. Diese ist notwendig mit einem gewissen Maß an Unsicherheit verbunden, die nur der Überprüfung dahin unterliegt, ob die Schlussfolgerung möglich, also plausibel und nachvollziehbar ist (BVerwGE 135, 34 Rn. 58; BVerwG, B. v. 25.07.2013 – BVerwG 7 B 45.12 Rn. 16 jeweils zit. nach juris). Es lässt sich deshalb für das energiewirtschaftliche Entgeltregulierungsverfahren nicht vertreten, dass der Betroffene zur Durchsetzung seines Geheimnisschutzanspruchs im Verfahren des Einstweiligen Rechtsschutzes in jedem Einzelfall nachvollziehbar und substantiiert darlegen müsste, welche konkreten Nachteile bei einer Geheimnisoffenbarung drohen (vgl. für das telekommunikationsrechtliche Entgeltverfahren OVG Nordrhein-Westfalen, B. v. 08.11.2000 - 13 B 15/00 Rn. 8 zit. nach juris). Soweit der Bundesgerichtshof in Zusammenhang mit der Billigkeitskontrolle von Energiepreisen nach § 315 BGB von dem betroffenen Energieunternehmen substantiierten Sachvortrag zu den konkret erwarteten Nachteilen verlangt hat (BGHZ 178, 362 Rn. 46; Urt. v. 08.07.2009 - VIII ZR 314/07 Rn. 30, jeweils zit. nach juris), ist diese in Zivilprozessen entwickelte und damit der Parteimaxime und dem Beibringungsgrundsatz Rechnung tragende Rechtsprechung auf das hier zu beurteilende kartellrechtliche Entgeltregulierungsverfahren nicht zu übertragen. Jedenfalls in dem hier zu beurteilenden Zusammenhang führte ein entsprechender Ansatz zur Aushöhlung des Geheimnisschutzanspruchs und

trüge zudem den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht Rechnung. Wegen der Bedeutung des Geheimnisschutzes ist vielmehr bei im Einzelfall verbleibenden Zweifeln von der Geheimniseigenschaft der einzelnen Unterlage auszugehen (OVG Nordrhein-Westfalen, a.a.O, Rn. 11 für das telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierungsverfahren).

(c) Unter Anwendung dieser Kriterien stellen die nach § 31 Abs. 1 ARegV zu veröffentlichenden Daten jedenfalls in der Gesamtschau Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin dar. Sie enthalten Angaben zu Erlösvorgaben, Kostenstrukturen sowie beabsichtigten Investitionen und geben Auskunft über die Struktur des Netzes und die Versorgungsqualität. Dadurch werden relevante Unternehmensdaten offengelegt und wird die wirtschaftliche Situation des betroffenen Netzbetreibers in der anstehenden Regulierungsperiode in nicht anonymisierter Form für interessierte und sachkundige Dritte nachvollziehbar. Dies lässt Rückschlüsse auf die Geschäfts- und Marktstrategie des einzelnen Netzbetreibers zu. Das Geheimhaltungsinteresse an solchen Informationen kann nicht von vornherein mit der Begründung versagt werden, dass eine vergleichbare Offenlegungspflicht alle Versorgungsunternehmen treffe (BGHZ 178, 362 Rn. 46 zit. nach juris). Denn die Antragstellerin steht auch mit anderen Unternehmen als Netzbetreibern im Wettbewerb.

(aa) Die zu veröffentlichenden Daten enthalten Informationen über die von den Netzbetreibern jährlich zu erzielenden Erlöse, indem der Wert der vorab festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 4 Abs. 2 ARegV, aber auch die jährlichen Anpassungen nach § 4 Abs. 3 und 4 ARegV und der verzinste Saldo des Regulierungskontos sowie die Summe der Zu- und Abschläge aus seiner Auflösung nach § 5 Abs. 1 bis 3 ARegV veröffentlicht werden. Diese Werte lassen Rückschlüsse auf die von dem jeweiligen Netzbetreiber zu realisierenden Umsätze zu. Dass es sich nicht um originär aus dem Unternehmen des jeweiligen Netzbetreibers stammende Werte, sondern um Berechnungen der Antragsgegnerin, mithin um kalkulatorische Werte handelt, steht ihrer Qualifizierung als Geschäftsgeheimnis nicht entgegen (vgl. BGH, B. v. 14.04.15 - EnVR 11/14 Rn. 24 zit. nach juris), denn sie sind jeweils auf das konkrete Unternehmen eines Netzbetreibers bezogen und sie bezeichnen mit dem Erlös als maßgebliche Komponente für den durch ein Unternehmen zu erzielenden Gewinn einen wettbewerbsrelevanten Parameter.

Diese Daten sind auch nicht offenkundig, insbesondere nicht Bestandteil des nach § 6 b Abs. 1, 3 EnWG zu veröffentlichenden Jahresabschlusses eines jeden Netzbetreibers, denn dieser umfasst die in abgeschlossenen Rechnungsperioden erwirtschafteten Werte, während sich die nach § 31 ARegV zu veröffentlichenden Parameter auf die in zukünftigen Wirtschaftsperioden zu erzielenden Erlöse beziehen.

(bb) § 31 Abs. 1 ARegV fordert zudem die Veröffentlichung von Daten, welche die Kostenstruktur der Netzbetreiber betreffen, nämlich die Gesamtkosten nach § 14 ARegV und die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV. Aus diesen Werten lassen sich unter Heranziehung des ebenfalls zu veröffentlichenden netzbetreiber-spezifischen Effizienzwertes (§ 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV) die Anteile der vorübergehend nicht-beinflussbaren Kostenanteile und die beeinflussbaren Kostenanteile errechnen, woraus sich für den erfahrenen Wettbewerber im Netzbetrieb nachvollziehbar Rückschlüsse auf das Einsparpotential des jeweiligen Netzbetreibers ziehen lassen. Dieser Ableitung steht auch nicht entgegen, dass es sich insoweit um hochaggregierte Werte handelt, die keinen Rückschluss auf konkrete Kostenpositionen zulassen.

(cc) Die nach § 31 Abs. 1 Nr. 6 und 7 zu veröffentlichenden Werte zum Erweiterungsfaktor bzw. zum Kapitalkostenaufschlag lassen Rückschlüsse auf Investitionsmaßnahmen der Netzbetreiber zu. Dass Kosten insoweit nur berücksichtigt werden, wenn die Investition durch die Antragsgegnerin genehmigt

worden ist und die Veröffentlichung nicht zwischen Modernisierungs-, Erhaltungs- und Erweiterungsmaßnahmen trennt, steht dem möglichen Rückschluss aus der Höhe der insoweit angesetzten Kosten auf die Investitionsfähigkeit des jeweiligen Netzbetreibers nicht entgegen. In Zusammenhang mit den nach § 31 Abs. 1 Nr. 12 zu veröffentlichenden Kennzahlen zur Versorgungsqualität lassen sich zudem Folgerungen auf die Dringlichkeit von Investitionen ziehen.

(dd) Schließlich geben die nach § 31 Abs. 1 Ziff. 4 ebenfalls zu veröffentlichenden Vergleichsparameter Aufschluss über die von dem Netzbetreiber zu erfüllende Versorgungsaufgabe, indem sie die geografischen, geologischen oder topografischen Merkmale des Versorgungsgebietes und seine strukturellen Besonderheiten aufnehmen. Es handelt sich damit um Informationen, welche die Kostenstruktur und die geschäftliche Ausrichtung des jeweiligen Netzbetreibers maßgeblich bestimmen. Auch diese Parameter sind nicht offenkundig. Die in § 13 Abs. 4 S. 4 ARegV aufgeführten, als Vergleichsparameter heranzuziehenden Kriterien sind zwar teilweise Gegenstand von Veröffentlichungspflichten nach anderen Rechtsvorschriften (vgl. § 27 Abs. 2 StromNEV, § 17 Abs. 2 StromNZV, § 27 Abs. 2 GasNEV). Allerdings sind die durch die Antragsgegnerin in die Veröffentlichungstabelle aufgenommenen Daten weiter spezifiziert. Zudem sind die in § 13 Abs. 4 S. 1 ARegV genannten Parameter ab der dritten Regulierungsperiode, die für Gasverteilernetze mit dem 01.01.2018 und für Stromverteilernetze ab dem 01.10.2019 beginnt, nicht mehr ausschließlich für die Entgeltregulierung maßgeblich, vielmehr obliegt es der Antragsgegnerin dann, weitere Parameter zu bestimmen, die dann ebenfalls zu veröffentlichen wären (Dobler/Wolf, VersWirtschaft 2016 S. 293, 295).

(d) Die Antragstellerin hat auch plausibel dargelegt, dass die Veröffentlichung der vorstehenden Daten im Wettbewerb mit anderen Netzbetreibern sowie auf vor- und nachgelagerten Märkten zu Nachteilen führen kann. Dass Netzbetreiber im Rahmen des Wettbewerbs nach § 46 EnWG um die Konzession für das von ihnen aktuell betriebene Netz Mitbewerbern netzbezogene Informationen zur Verfügung zu stellen haben, gleicht diese Nachteile nicht aus. Denn die Weitergabe von Informationen im Zusammenhang mit dem Konzessionsvergabeverfahren erfolgt an einen beschränkten Kreis von Unternehmen, die eine Verschwiegenheitsverpflichtung abzugeben haben. Die Daten werden in diesem Zusammenhang gerade nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt. Zudem gehen die in § 31 Abs. 1 ARegV zur Veröffentlichung vorgesehenen Parameter über die nach § 46a EnWG zu offenbarenden Informationen hinaus. Daten betreffend die wirtschaftliche Situation des Unternehmens können zudem auch in den weiteren Wettbewerbsverhältnissen des Netzbetreibers zu Nachteilen führen, etwa dann, wenn er in Konkurrenz um die Betriebsführung für andere Netze oder den Betrieb von Messstellen tritt. In diesem Zusammenhang können insbesondere auch die - ebenfalls zu veröffentlichenden - Kennzahlen zur Versorgungsqualität von Bedeutung sein (§ 31 Abs. 1 Nr. 12 ARegV). Schließlich ist auch das Vorbringen der Antragstellerin nachvollziehbar, dass sie durch die zu veröffentlichenden Informationen als Wettbewerberin auf vor- und nachgelagerten Märkten, insbesondere in Zusammenhang mit der Kapitalaufnahme, Nachteile zu erleiden droht. Dieses wird durch die Vermutung der Antragsgegnerin, als Kapitalgeber der kommunalen Antragstellerin betätige sich nahezu ausschließlich das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen als Eigentümer, nicht entkräftet.

(e) Einer Veröffentlichung dieser Geschäftsgeheimnisse auf Grundlage des § 31 Abs. 1 ARegV steht § 30 VwVfG entgegen.

§ 30 VwVfG begründet einen Geheimhaltungsanspruch mit Offenbarungsvorbehalt, d.h., der Anspruch auf Geheimhaltung tritt nur zurück bei einer durch den Geheimnisinhaber oder Rechtsvorschrift eingeräumten Offenbarungsbefugnis oder bei überwiegendem Offenbarungsinteresse der Allgemeinheit oder schutzberechtigter Dritter (Stelkens/Bonk/Sachs-Kallerhoff, a.a.O., § 30 Rn. 18). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, weder besteht eine Offenbarungsbefugnis noch ein überwiegendes

Offenbarungsinteresse.

(aa) Eine durch Rechtsvorschrift begründete Offenbarungsbefugnis besteht nicht, insbesondere könnte § 31 ARegV, selbst wenn die Veröffentlichungsanordnung auf hinreichender gesetzlicher Ermächtigung ergangen wäre, eine solche nicht begründen. Denn nur solche Rechtsvorschriften berechtigten die Behörde zur Weitergabe von Informationen, die Ausdruck einer Abwägung seitens des Gesetzgebers in Bezug auf die kollidierenden Interessen der Geheimhaltung einerseits und der Offenbarung andererseits sind (Kopp /Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 30 Rn. 13; Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, 2. Aufl. 2016, § 30 Rn. 19). Dass der Ordnungsgeber eine solche Abwägung vorgenommen hätte, lässt sich weder dem Wortlaut noch der Begründung des § 31 ARegV entnehmen, vielmehr ging dieser ersichtlich davon aus, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse seien durch die Veröffentlichung nicht betroffen.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin begründet auch § 46a EnWG keine Offenbarungsbefugnis im Sinne des § 30 VwVfG. Die Norm statuiert zunächst nur eine Weitergabe bestimmter Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes durch den Konzessionsinhaber an die Gemeinde, betrifft also weder sämtliche in § 31 ARegV aufgeführten, nicht netzbezogenen, sondern netzbetreiberbezogenen Daten und sieht auch keine Bereitstellung der Daten gegenüber der Öffentlichkeit vor.

(bb) Die Veröffentlichung ist auch nicht aufgrund eines überwiegenden Offenbarungs-interesses der Allgemeinheit oder Dritter gerechtfertigt. Zwar verfolgt der Ordnungsgeber mit dem Ziel der Herstellung von Transparenz grundsätzlich ein legitimes Ziel, jedenfalls, soweit es um die Beseitigung von Informationsdefiziten von Verbrauchern geht. § 31 ARegV genügt aber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht, die dort angeordnete Veröffentlichung ist zur Erreichung des vom Ordnungsgeber verfolgten Zieles weder erforderlich noch stehen Mittel und Zweck in einem angemessenen Verhältnis.

(1) Mit der Veröffentlichungsanordnung verfolgt der Ordnungsgeber das Ziel, das Verfahren und die Ergebnisse der Anreizregulierung transparenter zu gestalten und gemeinsame Standards zu schaffen, indem die Transparenz der Regulierung erhöht und eine gesetzliche Ermächtigung zur Veröffentlichung bestimmter Informationen geschaffen wird (BR-Drs 296/16 v. 2.6.16 S. 45). Durch mehr Transparenz sollen bestehende Informationsdefizite für Verbraucher und Investoren abgebaut werden (BR-Drs 296/16 v. 2.6.2016, S. 2).

(2) Zur Herstellung der insoweit beabsichtigten Transparenz ist die Veröffentlichung der genannten Daten - jedenfalls in nicht anonymisierter Form - nicht erforderlich. Ein Mittel ist erforderlich zur Erreichung eines gewünschten Zieles, wenn kein anderes Instrumentarium ersichtlich ist, welches das festgestellte legitime Ziel vergleichbar effektiv und weniger belastend sicherstellt. Ein solches Mittel dürfte hier aber mindestens mit einer anonymisierten Veröffentlichung der Daten zur Verfügung stehen. Denn das Verfahren und die Ergebnisse der Anreizregulierung werden aufgrund gemeinsamer Standards bereits dann nachvollziehbar, wenn die von der Antragsgegnerin in die zur Ermittlung der Erlösobergrenze entwickelte Berechnungsformel (vgl. Anlage 1 zu § 7 ARegV) eingebrachten Daten ohne Bezugnahme auf den jeweiligen Netzbetreiber veröffentlicht werden. Bereits dies versetzt Netzbetreiber in die Lage, im Wege des Vergleiches festzustellen, aufgrund welcher Parameter der ihm gegenüber festgesetzte Wert höher oder niedriger ausfällt als derjenige von Mitkonkurrenten. Die anonymisierte Veröffentlichung der Daten eröffnet den Netzbetreibern zwar nicht die Option, die durch die Antragsgegnerin für konkrete Mitbewerber ermittelten Werte nachzuvollziehen. Dies ist allerdings unschädlich, denn es besteht kein Anspruch auf Überprüfung der einem konkreten Mitkonkurrenten gegenüber erfolgten Festlegungen

(BGH, Beschluss vom 21.01.2014 - EnVR 12/12 - Stadtwerke Konstanz GmbH, Rn. 89 zit. nach juris).

Auch gegenüber Investoren und Kapitalgebern kann bereits durch die anonymisierte Veröffentlichung Transparenz hergestellt werden, denn diese könnten dadurch in die Lage versetzt werden, die ihnen von den jeweiligen Netzbetreibern unmittelbar zur Verfügung gestellten wirtschaftlichen Daten mit den anonymisierten - Daten der Mitbewerber zu vergleichen und damit ihre Entscheidungsgrundlage zu erweitern.

Gegenüber Verbrauchern wäre die Transparenz im Falle der anonymisierten Veröffentlichung von Daten zwar insoweit eingeschränkt, als für diese nicht erkennbar würde, welche Daten dem für ihn zuständigen regionalen Netzbetreiber zuzuordnen sind. Verbrauchern steht allerdings im Hinblick auf die in seine Stromrechnung einfließenden Netzentgelte wegen des - bedingt durch die leitungsgebundenen Versorgung - bestehenden faktischen regionalen Monopols ohnehin nicht die Möglichkeit offen, einen anderen kostengünstigeren Anbieter zu wählen. Zudem erscheint angesichts der Komplexität des Systems der Anreizregulierung und der zur Ermittlung der regulierten Netzentgelte vorzunehmenden Berechnungen zweifelhaft, ob die Veröffentlichung der in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten Parameter überhaupt geeignet ist, zur Herstellung einer höheren Transparenz zugunsten von Verbrauchern beizutragen.

(3) Die Veröffentlichungsanordnung ist auch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht vereinbar. Dieser verlangt, dass die Schwere des Eingriffs in das Geheimhaltungsinteresse bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht. Dabei ist ein angemessener Ausgleich zwischen dem Eingriffsgewicht der Regelung und dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel, zwischen Individual- und Allgemeininteresse herzustellen (BVerfGE 133, 277 Rn. 108 ff. zit. nach juris). Dies setzt voraus, die bei der Erlösobergrenzenfestsetzung bestehende Konfliktlage in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis zu bewältigen, an dem beteiligt sind der Staat in Gestalt der Regulierungsbehörde, die am Effizienzvergleich beteiligten Netzbetreiber in ihren diversen Wettbewerbsbeziehungen und die Verbraucher. Eine interessengerechte Lösung muss deshalb zumindest das Recht der Antragstellerin auf einen wirksamen Schutz ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse als auch das Interesse der anderen Netzbetreiber an einer Nachvollziehbarkeit der sie betreffenden Festlegungen und das Interesse des Staates an einer Akzeptanz der von ihm getroffenen Entscheidungen durch die Verbraucher berücksichtigen.

Die danach vorzunehmende Interessenabwägung führt zu einem Überwiegen des Geheimhaltungsinteresses der Antragstellerin. Der vollständigen netzbetreiberbezogenen Nachvollziehbarkeit der im Rahmen der Anreizregulierung gefundenen Ergebnisse misst der Senat kein das Schutzinteresse des Betroffenen überragendes Gewicht bei. Werden die in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten Daten nicht netzbetreiberbezogen veröffentlicht, berührt dies weder die Funktionsweise noch die Funktionsfähigkeit der Anreizregulierung, sondern begrenzt allenfalls die Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen der Entgeltregulierungsbehörde. Die dadurch entstehenden Einschränkungen können allerdings weitgehend durch andere Maßnahmen, etwa eine anonymisierte Veröffentlichung, ausgeglichen werden. Die vom Ordnungsgeber als weitere Zielsetzung angeführte bessere Information von Verbrauchern und Investoren vermag die nicht anonymisierte Offenlegung der netzbetreiberspezifischen Daten aus den vorgenannten Gründen ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

2.2.) Es besteht auch ein Anordnungsgrund (§ 123 Abs. 1 VwGO entsprechend).

Ein solcher ist gegeben, wenn die Anordnung erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen Schaden von dem Betroffenen abzuwenden. Im Falle der hier beantragten Sicherungsanordnung liegt ein

Anordnungsgrund vor, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden kann. Eine solche Gefahr besteht, weil sich aus der Gesamtschau der in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten Daten Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Situation des jeweiligen Netzbetreibers ziehen lassen und eine Veröffentlichung der Daten im Internet nicht mehr wirksam rückgängig gemacht werden könnte. Auch unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses und der Interessen Dritter besteht kein Anlass, die Antragstellerin auf den Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren zu verweisen.

Soweit die in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten Parameter erst in der dritten Regulierungsperiode zu erheben und damit auch erst nach dem 01.01.2019 zu veröffentlichen sein werden, steht auch dies einem Anordnungsgrund nicht entgegen, weil ein rechtskräftiger Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht vor Beginn der 3. Regulierungsperiode zu erwarten ist.

III.)

Die Festsetzung des Ordnungsgeldes beruht auf § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO iVm § 890 ZPO. Die Androhung eines Zwangsgeldes nach § 172 VwGO, wie von der Antragstellerin beantragt, kam nicht in Betracht, weil § 172 VwGO sich bereits seinem Wortlaut nach nur auf einstweilige Anordnungen bezieht, die auf den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts oder auf Folgenbeseitigung gerichtet sind (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.08.2000 – 8 L 25/99, NVwZ-RR 2001, 99; VGH München, Beschl. v. 26.05.1989 - NVwZ-RR 1989, 669).

IV.)

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.