



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Laubenstein, die Richterin am Oberlandesgericht Frister und die Richterin am Oberlandesgericht Pastoher am 16.07.2018

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

Der Antrag der Betroffenen zu Ziff. V., die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde vom 10.04.2018 in der Fassung vom 07.05.2018 anzuordnen, wird zurückgewiesen.

Auf den Hilfsantrag der Betroffenen zu Ziff. VI. wird die Bundesnetzagentur verpflichtet, die Veröffentlichung der nachfolgend aufgeführten Vergleichs- bzw. Strukturparameter sowie Aufwandparameter der Betroffenen auf der Internetseite der Bundesnetzagentur (<http://www.bnetza.kta>) gemäß ihrer Ankündigung durch die E-Mails vom 12.03., 16.04. und 30.04.2018 vorläufig zu unterlassen:

- Zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen im Bezugsjahr
- Summe nicht stillgelegter Ausspeisepunkte an Letztverbraucher; fremde nachgelagerte Netze; fremde Speicher, Misch- und Konvertierungsanlagen

sowie Sonstige am letzten Tag des Bezugsjahres (abzüglich Invest § 23 ARegV)

- Summe nicht stillgelegter Ausspeisepunkte der Netzebenen HD3, HD4 an Letztverbraucher; fremde nachgelagerte Netze; fremde Speicher, Misch- und Konvertierungsanlagen sowie Sonstige am letzten Tag des Bezugsjahres (abzüglich Invest § 23 ARegV)

- Summe nicht stillgelegter Ausspeisepunkte der Netzebenen HD2, HD3, HD4 an Letztverbraucher; fremde nachgelagerte Netze; fremde Speicher, Misch- und Konvertierungsanlagen sowie Sonstige am letzten Tag des Bezugsjahres (abzüglich Invest § 23 ARegV)

- Summe nicht stillgelegter Ausspeisepunkte der Netzebenen ND, MD, HD1 an Letztverbraucher; fremde nachgelagerte Netze; fremde Speicher, Misch- und Konvertierungsanlagen sowie Sonstige am letzten Tag des Bezugsjahres (abzüglich Invest § 23 ARegV)

- Anzahl potenzieller Ausspeisepunkte

- Potenzielle zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen - im Bezugsjahr, Berechnung lt. Beschluss OLG Stuttgart Az.: 1-4455.5-3/65

- Netzlänge am letzten Tag des Bezugsjahres - Summe für alle Durchmesserklassen, Netzebenen und Werkstoffe (inkl. Hausanschlussleitungen) (abzüglich Fremdnutzungsanteil, Biogas, Invest § 23 ARegV)

- Summe der Leitungslänge der Netzebenen HD1, MD, ND (abzüglich Fremdnutzungsanteil, Biogas, Invest § 23 ARegV)

- Summe der Leitungslänge der Netzebenen HD2, HD3, HD4 (abzüglich Fremdnutzungsanteil, Biogas, Invest § 23 ARegV)

- Angabe der versorgten Fläche, Summe Flächenschlüssel - ALKIS sonst ALB

- Rohrvolumen am letzten Tag des Bezugsjahres - Summe für alle Durchmesserklassen, Netzebenen und Werkstoffe (inkl. Hausanschlussleitungen) (abzüglich Fremdnutzungsanteil, Biogas, Invest § 23 ARegV)

- Summe Anzahl Messstellen bei Letztverbrauchern/ Netzkopplungspunkten am letzten Tag des Bezugsjahres (abzüglich Invest § 23 ARegV), die Anzahl Messstellen aufgrund von Biogaseinspeisung sind nicht enthalten

- Anzahl Messstellen bei Letztverbrauchern und an Netzkopplungspunkten am letzten Tag des Bezugsjahres - Netzebene ND - (abzüglich Invest § 23 ARegV), die Anzahl Messstellen aufgrund von Biogaseinspeisung sind nicht enthalten
- Anzahl Messstellen bei Letztverbrauchern und an Netzkopplungspunkten am letzten Tag des Bezugsjahres - Summe Netzebenen MD,HD1,2,3,4 - (abzüglich Invest § 23 ARegV), die Anzahl Messstellen aufgrund von Biogaseinspeisung sind nicht enthalten
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2, 3 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 4, 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2 und 6, 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 3, 4 und 5 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 1, 3, 4 und 5 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der maximalen Bodenklassen 2, 3 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der maximalen Bodenklassen 4, 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der maximalen Bodenklassen 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der maximalen Bodenklassen 2 und 4 (Tiefenstufe 0

- 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Grabbarkeit 3, 4 und 5 (Tiefenstufe 0-1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Grabbarkeit 5, 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Grabbarkeit 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Grabbarkeit 2 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der maximalen Grabbarkeit 3, 4 und 5 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der maximalen Grabbarkeit 5, 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der maximalen Grabbarkeit 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der maximalen Grabbarkeit 2 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Konzessionsfläche
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2, 3 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 4, 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2, 4, 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)

- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 2, 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 3, 4 und 5 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Bodenklassen 1, 3, 4 und 5 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der maximalen Bodenklassen 2, 3 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der maximalen Bodenklassen 4, 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der maximalen Bodenklassen 5 und 6 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der maximalen Bodenklassen 2 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Grabbarkeit 3, 4 und 5 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Grabbarkeit 5, 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Grabbarkeit 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der vorherrschenden Grabbarkeit 2 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der maximalen Grabbarkeit 3, 4 und 5 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der maximalen Grabbarkeit 5, 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der maximalen Grabbarkeit 6 und 7 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)
- Gewichtung des Anteils der maximalen Grabbarkeit 2 und 4 (Tiefenstufe 0 - 1m) mit der Netzlänge (inklusive Hausanschlussleitungen)

- Flächengewichtete Adressdichte
- Flächengewichtete Messstellendichte
- Flächengewichtete Ausspeisepunktdichte
- Gesamtanzahl Adressen
- Anzahl Adressen gleich oder oberhalb einer Adressdichte von 700 Adressen je km²
- Anzahl Adressen gleich oder oberhalb einer Adressdichte von 800 Adressen je km²
- Anzahl Adressen gleich oder oberhalb einer Adressdichte von 900 Adressen je km²
- Anzahl Adressen gleich oder oberhalb einer Adressdichte von 1000 Adressen je km²
- Versorgte Fläche gleich oder oberhalb einer Adressdichte von 700 Adressen je km²
- Versorgte Fläche gleich oder oberhalb einer Adressdichte von 800 Adressen je km²
- Versorgte Fläche gleich oder oberhalb einer Adressdichte von 900 Adressen je km²
- Versorgte Fläche gleich oder oberhalb einer Adressdichte von 1000 Adressen je km²
- Nicht standardisierte Kosten
- Standardisierte Kosten.

Gründe:

A.

Die Betroffene ist Betreiberin eines Gasverteilernetzes und wendet sich gegen die be-

absichtliche Veröffentlichung unternehmensbezogener Daten durch die Bundesnetzagentur.

Am 17.05.2016 erließ die Bundesnetzagentur auf Grundlage von § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 11 ARegV und § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 ARegV eine Festlegung von Vorgaben für die Erhebung von Daten zur Durchführung des Effizienzvergleichs der Gasverteilernetzbetreiber für die 3. Regulierungsperiode (BK9-15/603). Danach waren alle Betreiber von Gasverteilernetzen im Sinne des § 3 Nr. 7 EnWG, die bis zum 30.06.2016 keinen Antrag auf Teilnahme am vereinfachten Verfahren gemäß § 24 Abs. 4 ARegV gestellt hatten, dazu verpflichtet, die von der Bundesnetzagentur für die 3. Regulierungsperiode zur Durchführung des Effizienzvergleichs gemäß §§ 12 bis 14 ARegV benötigten Last-, Struktur- und Absatzdaten für das im Kalenderjahr 2015 abgeschlossene Geschäftsjahr sowie historische Werte in dem Umfang, in der Struktur und mit dem Inhalt, wie sie in der Anlage V zur vorbezeichneten Festlegung vorgegeben sind, unter Berücksichtigung der darin enthaltenen Datendefinitionen bis spätestens zum 15.09.2016 elektronisch an die Bundesnetzagentur zu übermitteln. Die Betroffene kam dieser Verpflichtung nach. Auf Grundlage dieser Daten führte die Bundesnetzagentur eine Kostentreiberanalyse (KTA) im Sinne von § 13 Abs. 3 S. 7 bis S. 9 ARegV durch mit dem Ziel, die bei einem Effizienzvergleich zu berücksichtigenden Vergleichsparameter (Kostentreiber) zu identifizieren und möglichst weitgehende Aussagen über ihren funktionellen Zusammenhang mit den Netzkosten (Aufwandsparametern) zu gewinnen. Mit dem Abschluss der Kostentreiberanalyse identifizierte die Bundesnetzagentur die nachfolgend aufgeführten fünf Vergleichsparameter als wesentliche Kostentreiber und verwendet diese im Rahmen des Effizienzvergleichs für die 3. Regulierungsperiode:

- Die tatsächliche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen an Letztverbraucher,
- das Rohrvolumen,
- die Anzahl der Messstellen bei Letztverbrauchern,
- die Anzahl der Ausspeisepunkte > 5 bar sowie
- die mit der Netzlänge gewichteten Bodenklassen 4, 5 und 6.

Mit E-Mail vom 12.03.2018 (Anlage ASt1/Bf 1) informierte die Bundesnetzagentur die

Betroffene darüber, dass sie die für die Kostentreiberanalyse verwendeten netzbetreiberindividuellen Vergleichs- bzw. Strukturparameter sowie die Aufwandparameter des Effizienzvergleichs für die 3. Regulierungsperiode Gas am 11.04.2018 auf ihrer Internetpräsenz veröffentlichen wolle und verwies hinsichtlich des Umfangs der beabsichtigten Veröffentlichung auf eine auf ihrer Internetseite abrufbare Excel-Tabelle. In der E-Mail heißt es unter anderem:

Um eine größtmögliche Transparenz zu schaffen, d.h. den Betreibern von Gasverteilernetzen, den betroffenen Wirtschaftskreisen und Verbrauchern die Möglichkeit zu geben, die Ausgestaltung der Methodik nachzuvollziehen, ist es notwendig, die in der Tabelle aufgeführten Daten zu veröffentlichen.

Darüber hinaus wird die Möglichkeit eingeräumt, die Daten zu prüfen, die in die KTA eingehen. Auf Basis der KTA ist das entsprechende Modell zur Berechnung der Effizienzwerte bestimmt worden. Die Veröffentlichung der Vergleichs- und Aufwandparameter ist auch mit Blick auf die gebotene Transparenz, zur Nachvollziehbarkeit und der konkreten Berechnungen der ermittelten Effizienzwerte für die 3. Regulierungsperiode bzw. der zugrundeliegenden KTA erforderlich und eröffnet zugleich die Möglichkeit einer nachhaltigen Sachdiskussion im Verwaltungsverfahren.

Gleichzeitig wies die Bundesnetzagentur darauf hin, dass zu der für den 11.04.2018 angekündigten Veröffentlichung keine weitere Entscheidung mit Rechtsbehelfsbelehrung ergehe und die Netzbetreiber, wenn sie mit der Veröffentlichung nicht einverstanden seien, unmittelbar den Rechtsweg beschreiten könnten. Eine der E-Mail im Wesentlichen entsprechende Ankündigung erfolgte auch auf der Internetseite der Bundesnetzagentur.

Durch E-Mail an die Betroffene vom 16.04.2018 (Anlage ASt 8/Bf 2) ordnete die Bundesnetzagentur ergänzend an, dass sie mit der „Anzahl der Ausspeisepunkte > 16 bar“ einen weiteren Parameter auf ihrer Internetseite veröffentlichen werde. Mit einer weiteren E-Mail vom 30.04.2018 (Anlage ASt 10/Bf 3) teilte sie mit, dass sich gegenüber den Verfügungen vom 12.03.2018 und 16.04.2018 eine nochmalige Änderung von drei Parameterbezeichnungen, nämlich der Parameter „potentielle Ausspeisepunkte“, „Netzlänge“ sowie „Rohrvolumen“, ergeben habe.

Wegen der Einzelheiten der nunmehr zur Veröffentlichung vorgesehenen Daten wird

auf die Excel-Tabelle „Vergleichsparameter der KTA (Blankotabelle) - korrigierte Fassung“ verwiesen, die auf dem Internetauftritt der Bundesnetzagentur unter <http://bnetza.de/kta> abrufbar ist. Daten der Betroffenen sind hierin gemäß der Zusage der Bundesnetzagentur, zunächst eine Entscheidung im vorliegenden Eilverfahren abzuwarten, bislang nicht veröffentlicht.

Die Betroffene wendet sich mit ihrer am 10.04.2018 erhobenen Beschwerde gegen die beabsichtigte Datenveröffentlichung und beantragt gleichzeitig die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes.

Sie ist der Ansicht, die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsbeschwerde sei nach § 77 Abs. 3 S. 4, S. 1 Nr. 2 und Nr. 2 EnWG anzuordnen, da ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung der Bundesnetzagentur vom 12.03.2018 bestünden und die Vollziehung für sie eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Ein Abwarten bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren sei nicht zumutbar, da ihr durch die Veröffentlichung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ein irreparabler Nachteil mit potentiell schwerwiegenden nachteiligen wirtschaftlichen Auswirkungen drohe.

Der Eilantrag sei zulässig. In der Hauptsache liege eine Anfechtungssituation vor. Die E-Mail der Bundesnetzagentur vom 12.03.2018 sei ein Verwaltungsakt in Form einer adressatenbezogenen Allgemeinverfügung. Der Anordnungscharakter ergebe sich aus dem Inhalt und der äußerlichen Gestaltung der E-Mail. Sie habe diese bei objektiver Würdigung aller Umstände nur dahingehend verstehen können, dass dadurch eine verbindliche Regelung getroffen werden sollte. Zumindest müsse den E-Mails eine konkludente feststellende Regelungswirkung zugesprochen werden, da die Bundesnetzagentur konkludent feststelle, dass die Daten keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellten und damit überhaupt einer Veröffentlichung zugänglich seien.

Der Antrag nach § 77 Abs. 3 S. 4 EnWG sei auch begründet, da ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Veröffentlichung bestünden.

Es fehle bereits an einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage. Eine solche sei von der Bundesnetzagentur in der E-Mail vom 12.03.2018 nicht mitgeteilt worden. § 31 Abs. 1

Nr. 4 ARegV komme nicht in Betracht, da diese Vorschrift mangels tauglicher Ermächtigungsgrundlage nichtig sei. 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 worden sei. 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 genüge und sich die Veröffentlichungspflichten aus § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV auch bei einem weiten Verständnis der Verordnungsermächtigung jedenfalls nicht unter diese fassen ließen. 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 Verordnungsbegründung und -genese. Hiervon abgesehen habe die Bundesnetzagentur für den Effizienzvergleich der 3. Regulierungsperiode nur fünf Vergleichsparameter verwandt, die übrigen streitgegenständlichen, im Effizienzvergleich nicht verwendeten Parameter seien von § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV nicht erfasst. Die diesbezügliche Entscheidung des Verordnungsgebers, nicht noch weitere Parameter zu veröffentlichen, müsse die Bundesnetzagentur respektieren. Schließlich könne 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 Landesregulierungsbehörde Sachsen und mithin nur diese für eine Veröffentlichung zuständig sei, wie sich aus der Zuständigkeitsverteilung nach § 54 EnWG ergebe, auf die § 31 ARegV ersichtlich abstelle.

Die Veröffentlichung der streitgegenständlichen netzbetreiberindividuellen Vergleichs- bzw. Strukturparameter sowie Aufwandparameter der Kostentreiberanalyse verstoße gegen höherrangiges Recht aus § 71 EnWG i.V.m. § 30 VwVfG, da diese Parameter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellten. Es sei höchstrichterlich anerkannt, dass Netzbetreiber auch im natürlichen Monopol geheimhaltungsbedürftige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben und selbst (hoch-)aggregierte, regulatorische und kalkulatorische Daten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen könnten. Der

Bundesgerichtshof habe bereits entschieden, dass Aufwands- und Vergleichsparameter gemäß §§ 13, 14 ARegV Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien und das berechnete Interesse der Netzbetreiber an der Geheimhaltung höher anzusehen sei als eine möglichst weitgehende Transparenz des Effizienzvergleichs. Die Netzbetreiber stünden 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. Es reiche für die Annahme von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus, dass die Veröffentlichung nachteilige Auswirkungen auf die wettbewerbliche Stellung eines Unternehmens haben *könne*, nicht *müsse*. Zu diesen nachteiligen Auswirkungen trägt sie im Einzelnen vor.

Die streitgegenständlichen Daten seien auch nicht offenkundig. Insbesondere schlüsselten die weiteren, nicht bereits nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV zu veröffentlichenden Strukturparameter die Netzinfrastruktur des einzelnen Netzbetreibers bis ins Detail auf, so dass ein umfassendes Bild über das Netz des einzelnen Netzbetreibers gezeichnet werde. Die verwendeten Strukturparameter, insbesondere die Daten der vorherrschenden Bodenklassen, sollten in einer Granularität veröffentlicht werden, die über die Vorgaben des § 31 Abs. 1 ARegV bzw. § 27 GasNEV, § 40 GasNZV weit hinausgingen.

Eine Offenbarungsbefugnis auf gesetzlicher oder verordnungsrechtlicher Grundlage, die eine Abwägung mit ihrem Geheimhaltungsinteresse 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, so dass ein Abwägungsausfall vorliege. Die Veröffentlichung der Daten nach § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV verstoße zudem gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 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.

Gleichzeitig liege eine unbillige Härte i.S.d. § 77 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EnWG, § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB vor und sei ihr das Abwarten des Ergebnisses der Hauptsache wegen der drohenden irreparablen Nachteile nicht zuzumuten.

Hilfsweise, wenn man in der Hauptsache eine nach der Rechtsprechung zulässige vorbeugende Unterlassungsbeschwerde annehme, sei der Antrag nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO in Form einer Sicherungsanordnung gerechtfertigt. Auch bei einem Feststellungsbegehren in der Hauptsache sei einstweiliger Rechtsschutz nicht ausgeschlossen, wie äußerst hilfsweise geltend gemacht werde.

Die Betroffene kündigt an, in der Hauptsache zu beantragen,

I.

die Verfügungen der Bundesnetzagentur vom 12.03.2018, vom 16.04.2018 und vom 30.04.2018 aufzuheben;

hilfsweise,

II.

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Veröffentlichung der im Tenor dieses Beschlusses aufgeführten, im Rahmen der Kostentreiberanalyse des Effizienzvergleichs für die 3. Regulierungsperiode Gas verwendeten Vergleichs- bzw. Strukturparameter sowie Aufwandparameter der Betroffenen auf der Internetseite der Bundesnetzagentur (<http://www.bnetza.de/kta>) zu unterlassen;

III.

der Bundesnetzagentur für jeden Fall der Zuwiderhandlung nach Ziffer II. ein Ordnungsgeld in angemessener Höhe aufzuerlegen;

äußerst hilfsweise,

IV.

festzustellen, dass die Bundesnetzagentur nicht befugt ist, die in Ziffer II. genannten Vergleichs- bzw. Strukturparameter sowie Aufwandparameter der Betroffenen auf der Internetseite der Bundesnetzagentur (<http://www.bnetza.de/kta>) zu veröffentlichen.

Sie beantragt, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes

V.

die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde gegen die Verfügungen anzuordnen.

Hilfsweise beantragt sie im Wege der einstweiligen Anordnung,

VI.

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Veröffentlichung der in Ziffer II. genannten Vergleichs- bzw. Strukturparameter sowie Aufwandparameter der Betroffenen auf der Internetseite der Bundesnetzagentur (<http://www.bnetza.de/kta>) zu unterlassen;

VII.

der Bundesnetzagentur für jeden Fall der Zuwiderhandlung nach Ziffer VI. ein Ordnungsgeld in angemessener Höhe aufzuerlegen;

äußerst hilfsweise,

VIII.

die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung der in Ziffer II. genannten Vergleichs- bzw. Strukturparameter sowie Aufwandparameter der Betroffenen auf der Internetseite der Bundesnetzagentur (<http://www.bnetza.de/kta>) vorläufig festzustellen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass in der Hauptsache eine Anfechtungsbeschwerde nicht statthaft sei. Ihre E-Mail vom 12.03.2018 sei mangels Regelungscharakters nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren, sondern diene nur der Information der Adressaten, wofür bereits deren äußere Form spreche. Gleiches gelte für die weiteren E-Mails vom 16. und 30.04.2018.

Es bestünden auch keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Veröffentlichung i.S.d. § 77 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EnWG.

Sie sei zur Veröffentlichung der Daten, die im Rahmen des ihr zustehenden Verfahrensermessens (§ 67 EnWG) erfolge, befugt. Sie sei für die Durchführung des Effizienzvergleichs bundesweit zuständig. Netzbetreiber, Marktteilnehmer und Verbraucher hätten ein Interesse daran, dass die Parameter, die in die Kostentreiberanalyse und damit in die Modellfindung eingeflossen seien, offengelegt würden. Ihnen werde dadurch die Möglichkeit eröffnet, die dem Effizienzvergleich zugrundeliegende Modellfindung bzw. Auswahl der Vergleichsparameter nachzuvollziehen und letztlich den individuellen Effizienzwert nachzurechnen. Die Möglichkeit zur eigenständigen Bewertung und konstruktiven Begleitung des Verfahrens werde dadurch weiter verbessert. Die betroffenen Netzbetreiber würden im Rahmen der Anhörung zur Festlegung der individuellen Erlösbergrenzen befähigt, weitere fundierte Rückmeldungen geben zu können. Dieses Interesse rechtfertige sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass ab der 3. Regulierungsperiode die Auswahl der Parameter erstmals allein durch sie, die Bundesnetzagentur, erfolge. Damit bestehe ein gesteigerter Bedarf für eine umfassende Sachdiskussion im Rahmen der Modellfindung. Ihr stehe insoweit ein Ermessen bei der Verfahrensgestaltung zu, innerhalb dessen insbesondere die Transparenz als inhärenter Teil des Netzzugangs- und Netzentgeltsystems zu berücksichtigen und zu verwirklichen sei. Schließlich sei die Veröffentlichung der Daten zumindest in Teilen von § 31 Abs. 1 ARegV umfasst. Die Liste der dort genannten Daten sei nicht abschließend. Nach ihrem Sinn und Zweck ermächtige die Regelung die Bundesnetzagentur auch, die streitgegenständlichen Parameter zu veröffentlichen. Zweckmäßigerweise erfasst seien die Daten, die von ihr während des Verfahrens des Effizienzvergleichs

zur Berechnung des individuellen Effizienzwertes und damit letztlich auch vorausgehend zur Modellfindung herangezogen würden.

Die zu veröffentlichenden Aufwands- und Strukturparameter stellen keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar. Ein Großteil der streitgegenständlichen Vergleichs- und Aufwandsparameter seien offenkundig, da sie bereits netzbetreiberbezogen im Rahmen der Datenveröffentlichung zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im Internet veröffentlicht worden seien. Die Daten würden teilweise auch nach § 27 Abs. 2 GasNEV durch die Netzbetreiber veröffentlicht. Die Aufwands- und Vergleichsparameter der Betroffenen der 3. Regulierungsperiode seien schließlich gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 4 ARegV auf ihrer Internetseite veröffentlicht.

Der Betroffenen sei es nicht gelungen, im Hinblick auf die streitgegenständlichen Parameter das nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung erforderliche berechnete Geheimhaltungsinteresse darzulegen. Nachteile im Konzessionsverfahren durch die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten seien ebenso wenig dargetan wie Nachteile im „Effizienzwettbewerb“, im Messstellenbetrieb sowie als Nachfragerin von Dienstleistungen, Gütern, Personal und Kapital, wozu die Bundesnetzagentur im Einzelnen vorträgt. Insbesondere seien die veröffentlichten Aufwandsparameter Kostendaten auf höchster Aggregationsstufe und es sei nicht ersichtlich, wie aus den Aufwands- und Vergleichsparametern der „Marktwert“ des Netzes hergeleitet werden könnte.

Die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten sei auch verhältnismäßig, da die Transparenzinteressen gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen an ihren nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzuordnenden Daten überwiegen würden. Das Ziel einer hohen Transparenz sei im EnWG angelegt und werde an einigen Stellen ausdrücklich gefordert, so etwa in § 1a Abs. 5 EnWG. Mit der Novellierung der ARegV und Neuregelung der Veröffentlichungspflichten zeige sich der Wille des Ordnungsgebers, dass neben der Wirtschaftlichkeit die Transparenz für die Kunden der Netzbetreiber, insbesondere für die Verbraucher, das wesentliche Ziel der Entgeltregulierung im Monopolbereich bleiben solle. Das Transparenzgebot stehe auch im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben. Der gesetzliche Zweck, Transparenz und Nachvollziehbarkeit zu erhöhen, werde durch die Datenveröffentlichung in

legitimer Weise erfolgt. Mildere Mittel stünden nicht zur Verfügung. Eine anonyme Veröffentlichung sei angesichts der Tatsache, dass ein Großteil der Daten ohnehin veröffentlicht sei, nicht geeignet, eventuelle Rückschlüsse auf konkrete Netzbetreiber auszuschließen. Eine Veröffentlichung allein im Energiedatenportal könnte die ebenfalls erforderliche Transparenz gegenüber den übrigen Marktteilnehmern - mit teils erheblichem Interesse an derselben - nicht herstellen.

Aus der Datenveröffentlichung folge auch keine unbillige, nicht durch überwiegende Interessen gebotene Härte i.S.d. § 77 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EnWG. Eine Existenzbedrohung ihres Unternehmens nehme die Betroffene selbst nicht an. Ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse müsse, da keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen seien, hinter dem Transparenzinteresse der Marktbeteiligten und der Öffentlichkeit zurücktreten.

Die Hilfsanträge seien aus den dargestellten Gründen ebenfalls unbegründet, wobei der Feststellungsantrag mit Blick auf den Subsidiaritätsgrundsatz schon unzulässig sei.

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen und den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur Bezug genommen.

B.

Der Eilantrag der Betroffenen zu Ziff. V. ist bereits unzulässig. Der hilfsweise gestellte Eilantrag zu Ziff. VI. ist hingegen zulässig und begründet. Ein Anspruch auf Androhung oder gar Verhängung von Zwangsmitteln, wie mit dem Eilantrag zu Ziff. VII. geltend gemacht, besteht im Übrigen nicht.

I.

Der Antrag, gemäß § 77 Abs. 3 S. 4, S. 1 Nr. 2 und 3 EnWG die aufschiebende Wirkung der streitgegenständlichen Beschwerde anzuordnen, ist unzulässig. Der Antrag ist nicht statthaft, weil sich die insoweit zugrundeliegende Beschwerde der Betroffenen

nicht gegen ein Verwaltungshandeln richtet, das als belastender Verwaltungsakt mit der Anfechtungsbeschwerde angegriffen werden kann (vgl. Roesen/Johanns in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht (BerlK-EnR), Band 1, 3. Aufl., § 76 EnWG Rn. 3; Senat, Beschluss v. 29.03.2007, VI-3 Kart 466/06 [V], Rn. 11, RdE 2007, 272 ff., beck-online)

Ein Einzelverwaltungsakt wie auch eine Allgemeinverfügung gemäß § 35 S. 1 und 2 VwVfG liegen nur dann vor, wenn unmittelbar durch eine hoheitliche Maßnahme für den Betroffenen verbindlich Rechte, Pflichten oder ein Rechtsstatus geregelt werden (vgl. BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 29.04.2008, KVR 28/07, Rn. 10, NJW-RR 2008, 1654 ff. - „EDIFACT“, beck-online). Die für den Verwaltungsaktcharakter konstitutive Regelungswirkung ist dann zu bejahen, wenn die Maßnahme darauf abzielt, mit dem Anspruch unmittelbarer Verbindlichkeit und mit der Bestandskraft fähiger Wirkung unmittelbar subjektive Rechte oder Pflichten des Betroffenen zu begründen, aufzuheben, abzuändern oder verbindlich festzustellen. Abzugrenzen davon sind bloße unverbindliche Hinweise oder sonstige Verlautbarungen, wobei der objektive Erklärungswert maßgeblich ist (vgl. Senat, Beschluss v. 23.09.2009, VI-3 Kart 25/08 [V], Rn. 32 f., VW 2009, 254 ff., beck-online; Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 1 Rn. 144 ff. sowie Stelkens, ebenda, § 35 Rn. 85 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl., § 35 Rn. 47 m.w.N.; Pautsch in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, § 35 Rn. 25).

Bei der auf dieser Grundlage vorzunehmenden Auslegung beinhaltet die E-Mail vom 12.03.2018 eine verbindliche Regelung weder nach ihrer äußeren Form, der von der Bundesnetzagentur verfolgten Zielsetzung noch nach dem objektiven Sinngehalt des Schreibens. Schon die äußerlich gewählte Form eines Anschreibens, das weder als Anordnung bezeichnet noch mit einem Tenor versehen ist und keinerlei Fristsetzung oder gar Rechtsbehelfsbelehrung enthält, spricht gegen deren Qualifikation als Verwaltungsakt. Daher käme eine Qualifikation als Verwaltungsakt nur dann in Betracht, wenn sich der Regelungscharakter i.S.d. § 35 Abs. 1 VwVfG ohne jeden Zweifel aus dem Inhalt ergäbe (vgl. BVerwG, Urteil vom 30.10.2013, 2 C 23/12 Rn. 33, NVwZ 2014, 676, juris). Dem Inhalt aber lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass die Bundesnetzagentur über die Ankündigung ihrer weiteren Vorgehensweise hinaus rechtsverbindliche Regelungen treffen wollte. Die Bundesnetzagentur hat in der E-Mail

vom 12.03.2018 auch nicht in rechtsverbindlicher Weise abgelehnt, die von der beabsichtigten Veröffentlichung betroffenen Daten der Gasverteilernetzbetreiber als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen. Ein solcher Inhalt ist dem Schreiben weder explizit zu entnehmen noch kann er ihm sinngemäß beigemessen werden.

II.

Der hilfsweise gestellte Eilantrag zu Ziff. VI., der Bundesnetzagentur im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die streitgegenständliche Veröffentlichung vorläufig zu unterlassen, ist demgegenüber zulässig und begründet.

1.

Die Betroffene wendet sich gegen die - von ihr für rechtswidrig erachtete - Veröffentlichung der in die Kostentreiberanalyse eingeflossenen Aufwands- und Vergleichsparameter ihres Gasnetzes gemäß der im Wesentlichen durch die E-Mail vom 12.03.2018 erfolgten Ankündigung. Die Veröffentlichung als solche stellt sich, wie bereits ausgeführt, als schlichtes Verwaltungshandeln dar, deren vorläufige Abwendung im Eilverfahren ausnahmsweise dann geltend gemacht werden kann, wenn es dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann, die gesetzlich vorgesehene nachträgliche Kontrolle abzuwarten (vgl. BVerfG, Beschluss v. 09.08.1999, 1 BvR 2245-98, NVwZ 1999, 1330; BVerwG, Urteile v. 18.04.1985, 3 C 34/84, Rn. 31, BVerwGE 71, 183 ff. - "Arzneimittel-Transparenzlisten"; v. 05.11.1981, 3 C 47/80, Rn. 28 ff., DVBl. 1982, 636 ff. - "Bundesgesundheitsblatt" m.w.N., jeweils beck-online). Dabei sind die Anforderungen an einen solchen vorbeugenden Rechtsschutz hoch anzusetzen, um den vom Gesetzgeber grundsätzlich als ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz nicht infrage zu stellen (vgl. BGH, Kartellsenat, Beschlüsse v. 18.02.1992, KVR 4/91, Rn. 10 f., BGHZ 117, 209 ff.; v. 19.06.2007, KVZ 35/06, Rn. 4, juris; Senat, Beschluss v. 23.09.2009, VI-3 Kart 25/08, Rn. 41, RdE 2010, 35 ff., beck-online). Entsprechend § 123 Abs. 1, Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO kann der Senat insoweit vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutz nur gewähren, wenn ein besonderes Interesse an der vorbeugenden Gewährung von Rechtsschutz besteht und die materiellen Voraussetzungen für den Erlass der hier in Betracht kommenden Sicherungsanordnung vorliegen. Letzteres ist nur dann der Fall, wenn der Antragsteller einen Anordnungsgrund

und einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen kann (OLG Düsseldorf, 5. Kartellsenat, Beschluss v. 16.02.2017, VI-5 Kart 24/16 [V], Rn. 53, juris).

2.

Der erforderliche Anordnungsanspruch liegt vor, da ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der von der Bundesnetzagentur beabsichtigten, streitgegenständlichen Datenveröffentlichung bestehen.

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung können in tatsächlicher, verfahrensrechtlicher oder materiell rechtlicher Hinsicht gegeben sein, wobei das Verfahren - wie auch das gesetzlich ausdrücklich geregelte Eilverfahren nach § 77 Abs. 3 S. 4 EnWG - wegen seines vorläufigen Charakters nur eine summarische Prüfung zulässt (vgl. zu dem aus dem vorläufigen Charakter des energiewirtschaftsrechtlichen Eilverfahrens folgenden Prüfungsmaßstab Senat, Beschlüsse v. 27.06.2018, VI-3 Kart 497/18 [V] S. 6; v. 30.05.2018, VI- 3 Kart 446/18 S. 18 m.w.N.).

Zwar dürfte die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten im Internet nicht schon nach § 30 VwVfG, § 84 Abs. 2 S. 2 EnWG unzulässig sein. Denn es handelt sich bei diesen Daten nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betroffenen. Dies ergibt sich jeweils aus den Erwägungen, die bereits Gegenstand 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 (u.a. VI-3 Kart 11/17 [V]) in Beschwerdeverfahren betreffend die Veröffentlichungspflichten gemäß § 31 Abs. 1 ARegV und jüngst der Hauptsacheentscheidungen des Senats vom 11.07.2018 (u.a. VI-3 Kart 84/17 [V]) in Beschwerdeverfahren betreffend die Veröffentlichung der für die Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex im Rahmen der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsindex verwendeten Aufwands- und Strukturparameter der 1.-3. Regulierungsperiode einschließlich sog. „Überkreuzparameter“ waren. Dort ist bezüglich der Aufwandsparameter und der fünf im Effizienzvergleich berücksichtigten Vergleichsparameter der 3. Regulierungsperiode bzw. aller drei Regulierungsperioden jeweils ausführlich dargelegt worden, dass ihre Veröffentlichung bei objektiver Betrachtung nicht geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Unternehmens der Betroffenen nachteilig zu beeinflussen. Die dortigen

Ausführungen sind auf die im Rahmen der Kostentreiberanalyse für den Effizienzvergleich für die 3. Regulierungsperiode verwendeten Vergleichsparameter, die nicht in den Effizienzvergleich einfließen, übertragbar. Es ist von der Betroffenen nicht konkret dargetan und auch nicht ersichtlich, dass diese Parameter einzeln oder in ihrer Gesamtheit einen Erklärungswert im Hinblick auf wettbewerbsrelevante wirtschaftliche Verhältnisse der Betroffenen hätten, der über denjenigen der in den Effizienzvergleichen verwendeten, in Qualität und Aggregationsgrad vergleichbaren Vergleichsparameter hinausginge.

Der Senat sieht bei der gebotenen summarischen Prüfung indes keine Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche, mit E-Mail vom 12.03.2018 angekündigte Veröffentlichung.

a)

§ 67 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 2 EnWG i.V.m § 9 Abs. 3 ARegV kommt als Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche Datenveröffentlichung im Internet nicht in Betracht.

aa)

Zwar kann die Bundesnetzagentur zur Veröffentlichung von nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu qualifizierenden Daten der Netzbetreiber im Internet im Rahmen des ihr bei der Gewährung rechtlichen Gehörs zukommenden Verfahrensermessens gemäß § 67 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 2 EnWG i.V.m § 9 Abs. 3 ARegV berechtigt sein. Der Senat hat in seinen jüngsten Beschlüssen vom 11.07.2018 (u.a. VI-3 Kart 84/17 [V]) die hierauf gestützte Veröffentlichung der für die Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex im Rahmen der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsindex verwendeten Aufwands- und Vergleichsparameter der 1.-3. Regulierungsperiode einschließlich sog. „Überkreuzparameter“ auf der Internetseite der Bundesnetzagentur zum Zwecke der Konsultation der von der Bundesnetzagentur insoweit gewählten Berechnungsmethoden für rechtmäßig erachtet. Dies beruht im Wesentlichen auf den folgenden Erwägungen:

(1)

Gemäß § 67 Abs. 1 EnWG hat die Regulierungsbehörde den Beteiligten vor Erlass einer Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. 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, beck-online) - 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 Stellungnahme-rechts 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.

(2)

Um ihr Stellungnahmerecht sachgerecht und wirkungsvoll ausüben zu können, können die beteiligten Netzbetreiber, aber auch sonstige Verfahrensbeteiligte und - soweit die Voraussetzungen für ihre Anhörung nach § 67 Abs. 2 EnWG vorliegen - die von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise ein Interesse daran haben, dass die einer beabsichtigten regulierungsbehördlichen Entscheidung zugrundeliegenden Daten ihnen gegenüber offengelegt werden. Insoweit kann die Bundesnetzagentur im Rahmen des ihr nach § 40 VwVfG zukommenden Verfahrensermessens eine unternehmensscharfe Datenveröffentlichung vornehmen. § 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, a.a.O., § 10 Rn. 16). Die Behörde kann

daher Art und Weise der Anhörung der Beteiligten bestimmen (Ramsauer in: Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 10 Rn. 6).

(3)

Die Vornahme einer Datenveröffentlichung im Internet zur Befriedigung des zur Ausübung des Stellungnahmerechts erforderlichen Informations- und Transparenzinteresses genügt den Anforderungen des im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnden Bestimmtheitsgebots und verstößt auch nicht gegen den Willen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers, der bestimmte Veröffentlichungspflichten ausdrücklich geregelt hat. Bei der Frage, ob das Verfahrensermessen insoweit fehlerfrei ausgeübt wurde, ist allerdings insbesondere zu prüfen, ob die Veröffentlichung verhältnismäßig ist, d.h. kein milderes Mittel zur Gewährleistung effektiven rechtlichen Gehörs zur Verfügung steht.

bb)

Anders als in der vom Senat durch die Beschlüsse vom 11.07.2018 entschiedenen Fallkonstellation, in der die Bundesnetzagentur die dort streitgegenständlichen Daten zur Grundlage einer breit angelegten Konsultation als typischem Mittel der Anhörung berührter Wirtschaftskreise im Sinne des § 67 Abs. 2 EnWG (vgl. Bauer, Konsultationen als kooperatives Element im Regulierungsprozess, EnWZ 2012, 71, 73, beck-online) gemacht hat, dient die streitgegenständliche Datenveröffentlichung ersichtlich nicht dazu, außer den Netzbetreibern auch etwaigen weiteren Verfahrensbeteiligten oder den Vertretern berührter Wirtschaftskreise im Sinne des § 67 Abs. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

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.). Eine solche Einflussmöglichkeit auf das Verfahren und dessen Ergebnis seitens der berührten Wirtschaftskreise ist im vorliegenden Verfahrensstadium indes nicht mehr anzunehmen. Auf Grundlage der streitgegenständlichen Daten wird die

Kostentreiberanalyse durchgeführt, die ihrerseits der Modellfindung für den Effizienzvergleich dient. Die Kenntnis dieser Daten ist daher erforderlich, um Einfluss auf die Durchführung der Kostentreiberanalyse und die Modellfindung nehmen zu können. In- des hat die Bundesnetzagentur die Kostentreiberanalyse bereits durchgeführt und auf ihrer Basis mittels der streitgegenständlichen Daten das Modell für die Ermittlung von Effizienzwerten festgelegt. Es ist deshalb fernliegend, dass die Bundesnetzagentur die Kostentreiberanalyse und die darauf beruhende Modellbildung im jetzigen Verfahrens- stadium, in dem sie diese nur noch netzbetreiberbezogen bei der Ermittlung der indi- viduellen Effizienzwerte und darauf fußend der individuellen Erlösbergrenzen der Gasverteilernetzbetreiber anwendet, inhaltlich nach wie vor zur Diskussion stellen will. Zwar hat die Bundesnetzagentur in ihrer E-Mail vom 12.03.2018 pauschal geltend ge- macht, dass die Datenveröffentlichung im Sinne des § 67 EnWG die Möglichkeit zu einer nachhaltigen Sachdiskussion im Verwaltungsverfahren eröffne. Da sie aber nicht mitgeteilt hat, in welchem Rahmen und innerhalb welcher Fristen eine solche Sachdis- kussion erfolgen solle, kann nicht angenommen werden, dass sie damit tatsächlich die inhaltliche Diskussion der Kostentreiberanalyse und der Modellfindung für das Verwal- tungsverfahren neu hätte eröffnen wollen.

Die von der Bundesnetzagentur hingegen mehrfach aufgeführte Begründung, dass die Datenveröffentlichung der *Nachvollziehbarkeit* der Methodik diene, kann eine Daten- veröffentlichung zum Zwecke der Anhörung nicht rechtfertigen, da allein die Nachvoll- ziehbarkeit nicht auch den erforderlichen Einfluss auf Verfahren und Ergebnis gewähr- leistet.

cc)

Soweit sich die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die laufenden Verwaltungsverfah- ren zur Festlegung der individuellen Erlösbergrenzen der Gasverteilernetzbetreiber darauf berufen hat, dass die Veröffentlichung der zum Zwecke der Kostentreiberana- lyse von den Verteilernetzbetreibern zur Verfügung gestellten, streitgegenständlichen Daten auch der Prüfung der in die Kostentreiberanalyse eingeflossenen Daten diene, so adressiert dies schon im Ausgangspunkt nur die Netzbetreiber, da nur diese in der Lage sind, die Richtigkeit der von ihnen der Bundesnetzagentur gemeldeten Daten zu prüfen.

Soweit man davon ausgehen wollte, dass die Bundesnetzagentur insoweit noch rechtliches Gehör gewähren wollte, so bezieht sich dies nur auf die Verfahrensbeteiligten. Eine Datenveröffentlichung im Internet zu diesen Zwecken wäre indes unverhältnismäßig und könnte nicht mit dem Gebot der zweckmäßigen und zügigen Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens gerechtfertigt werden. Denn als milderes und nicht deutlich aufwändigeres Mittel zur Befriedigung des berechtigten Informations- und Transparenzinteresses der Netzbetreiber als Verfahrensbeteiligter käme insbesondere die Zurverfügungstellung der Daten über das Energiedatenportal der Bundesnetzagentur in Betracht. Eine Veröffentlichung im Internet ist hierfür gerade nicht notwendig.

dd)

Andere verwaltungsverfahrensrechtliche Bestimmungen oder Grundsätze, die der Bundesnetzagentur nach § 40 VwVfG ein Verfahrensermessen eröffnen könnten, dass die streitgegenständliche Datenerhebung rechtfertigen könnte, sind nicht ersichtlich.

b)

Die vom Ordnungsgeber an verschiedener Stelle ausdrücklich geregelten Veröffentlichungspflichten sind nicht einschlägig und werden von der Bundesnetzagentur auch nicht als Ermächtigungsgrundlage herangezogen. Diese betreffen etwa 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.

Die in § 31 Abs. 1 Nr. 1-12 ARegV aufgeführten Daten veröffentlicht die Bundesnetzagentur in einer gesonderten Tabelle auf ihrer Internetseite, die hier nicht streitgegenständlich ist.

c)

Schließlich kommt § 31 Abs. 1 ARegV i.V.m. dem allgemeinen energiewirtschaftsrechtlichen Transparenzgebot nicht als Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche Datenveröffentlichung in Betracht.

Die Formulierung in § 31 Abs. 1 ARegV, wonach die Regulierungsbehörden *insbesondere* die dort genannten Daten auf ihrer Internetseite netzbetreiberbezogen in nicht

anonymisierter Form veröffentlichen, bringt zwar zum Ausdruck, dass die Veröffentlichungsbefugnisse durch die Bundesnetzagentur dort nicht erschöpfend geregelt werden sollten. Es kann aber nicht angenommen werden, dass der Verordnungsgeber durch die Formulierung in Verbindung mit dem im Entgeltregulierungsrecht an verschiedener Stelle verankerten Transparenzgebot eine über den Wortlaut des § 31 Abs. 1 ARegV hinausgehende Veröffentlichungsbefugnis aus Transparenzgründen hätte schaffen wollen.

aa)

Zwar ist die Veröffentlichung von Daten im Zusammenhang mit der Entgeltregulierung, die nach der Begründung des Verordnungsgebers die Transparenz erhöhen soll, seit Einführung der Anreizregulierungsverordnung ein Baustein im Modell der Anreizregulierung, wie der Senat in den bereits zitierten Entscheidungen zu Datenveröffentlichungen durch die Bundesnetzagentur im Einzelnen ausgeführt hat. 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 denen den Regulierungsbehörden unter anderem die Aufgabe übertragen wird, anhand transparenter Kriterien die Fernleitungs- oder Verteilungstarife bzw. die entsprechenden Methoden festzulegen oder zu genehmigen.

Schon bei der Einführung der ARegV hatte der Verordnungsgeber der Regulierungsbehörde 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 Kennzahlenvorgaben im Rahmen der Qualitätsbeurteilung und 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 Nachprüf-

barkeit 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 Effizienzreize, 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.

bb)

Auch unter Berücksichtigung des hiernach die Entgeltregulierung durchziehenden Transparenzgebots kann indes nicht angenommen werden, dass der Verordnungsgeber mit § 31 Abs. 1 ARegV eine umfassende Ermächtigungsgrundlage für Datenveröffentlichungen von regulierungsrelevanten Daten durch die Bundesnetzagentur schaffen wollte. Der Verordnungsgeber hat in der Verordnungsbegründung zu § 31 ARegV ausgeführt, dass die Neufassung die Transparenz erhöhe. Die Regelung diene dem Ziel, das Verfahren und die Ergebnisse der Anreizregulierung transparenter zu gestalten. Die gegenwärtige Praxis der Veröffentlichung der in § 31 genannten Informationen sei uneinheitlich. Die Regelung solle gemeinsame Standards schaffen, indem sie die Transparenz der Regulierung erhöhe und eine gesetzliche Ermächtigung zur Veröffentlichung verschiedener Informationen enthalte (BR-Drs. 296/16 S. 51).

Darin kommt gerade nicht zum Ausdruck, dass der Verordnungsgeber mit § 31 Abs. 1 ARegV eine Ermächtigungsgrundlage zur Veröffentlichung sämtlicher ihr im Verwaltungsverfahren bekannt gewordener regulierungsrelevanter Daten, die für die Nachvollziehbarkeit ihrer Entscheidungen von Bedeutung sind, schaffen wollte. Es ging dem Verordnungsgeber vielmehr ausdrücklich um eine gesetzliche Ermächtigung zur Veröffentlichung *verschiedener*, d.h. offenbar der in § 31 Abs. 1 ARegV ausdrücklich genannten Informationen. In Verbindung mit der Aussage, dass es ihm in § 31 Abs. 1 ARegV gerade um eine Vereinheitlichung der Veröffentlichungspraxis gehe, lässt sich

dem entnehmen, dass § 31 Abs. 1 ARegV nicht als umfassende Ermächtigungsgrundlage zu verstehen sein sollte.

Soweit im Übrigen das Transparenzgebot an verschiedenen anderen Stellen im EnWG verankert ist, so handelt es sich lediglich um allgemeine Zielsetzungen des Gesetzgebers, die deshalb weder für sich gesehen noch in der Zusammenschau als Ermächtigungsgrundlage für eine umfassende Veröffentlichungspflicht regulierungsrelevanter Daten durch die Bundesnetzagentur in Betracht kommen. So normiert § 21 Abs. 1 ARegV lediglich abstrakt, dass die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang unter anderem transparent sein müssen, ohne in diesem Zusammenhang konkrete Vorgaben zu machen. Dasselbe gilt für § 1a Abs. 5 EnWG, wonach die Transparenz auf dem Strommarkt erhöht werden soll, wobei § 1a Abs. 5 EnWG ohnehin nur den Strommarkt und nicht die hier streitgegenständlichen Gasverteilernetze adressiert.

cc)

Im Übrigen wäre eine allein aus dem allgemeinen Regulierungsziel der Transparenz resultierende, umfassende Veröffentlichungsbefugnis von Daten nicht mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar.

3.

Auch der erforderliche Anordnungsgrund liegt vor. Die entsprechend § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO erforderliche Eilbedürftigkeit für die einstweilige Sicherung des status quo ergibt sich daraus, dass der Betroffenen durch die beabsichtigte Datenveröffentlichung irreparable Nachteile entstehen würden. Sobald eine Veröffentlichung erfolgt, wie sie von der Bundesnetzagentur für die überwiegende Zahl der Gasverteilernetzbetreiber, die sich nicht gerichtlich gegen die Veröffentlichung gewehrt haben, bereits vorgenommen worden ist, werden die in Rede stehenden Daten allgemein bekannt, was irreversibel ist, da die hierdurch erlangten Kenntnisse fortbestehen. Zudem ist gerade bei einer Veröffentlichung im Internet eine vollständige Löschung einer einmal erfolgten Veröffentlichung schon aus technischen Gründen nicht möglich.

III.

Für die Androhung oder sogar - wie von der Betroffenen beantragt - Verhängung eines Zwangs- bzw. Ordnungsmittels gegenüber der Bundesnetzagentur fehlt jede Grundlage. Nach der vorliegend einschlägigen, besonderen Vollstreckungsvorschrift des § 172 VwGO kommt die Androhung und Festsetzung eines Zwangsgelds gegen eine Behörde erst nach Zuwiderhandlung gegen die ihr auferlegte Unterlassungsverpflichtung in Betracht, die im jetzigen Verfahrensstadium noch nicht erfolgt sein kann.

C.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil das Rechtsmittel nicht statthaft ist. Gemäß § 86 Abs. 1 EnWG ist nur gegen die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse des Oberlandesgerichts die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof eröffnet. Das Eilverfahren ist kein Hauptsache-, sondern ein Hilfsverfahren im Rahmen des Beschwerderechtszugs (Senat, Beschluss vom 29.03.2007, VI-3 Kart 466/06 [V], Rn. 17, juris; OLG Düsseldorf, 5. Kartellsenat, Beschluss vom 16.02.2017, VI-5 Kart 24/16 [V], Rn. 105, juris).

Laubenstein

Frister

Pastohr