

Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR)

bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

Publikation von energierechtlichen Entgelt- und Kostenentscheidungen der Bundesnetzagentur zwischen Transparenz und Geheimnisschutz

5. Juli 2017

Die Bundesnetzagentur erhält bei der Erfüllung ihrer Aufgaben fortlaufend wissenschaftliche Unterstützung durch den Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR). Der WAR berät die Bundesnetzagentur in voller Unabhängigkeit in allen Fragen der Regulierung. Im Folgenden nimmt der WAR zu Schwärzungen bei zu veröffentlichenden Erlös-, Entgelt- und Kostenentscheidungen der Bundesnetzagentur Stellung.

1 Schwärzungen in Entgelt- und Kostenentscheidungen

Die Bundesnetzagentur kann ihre Entscheidungen veröffentlichen (§ 74 S. 2 EnWG). Entscheidungen auf Grundlage des dritten Teils des EnWG (Regulierung des Netzbetriebs) muss sie auf ihrer Internetseite oder in ihrem Amtsblatt publizieren (§ 74 S. 1 EnWG). Hierunter fallen auch die Entscheidungen zu Kosten und Netzentgelten, deren Nachvollziehbarkeit für die davon betroffenen Netznutzer von besonderem Interesse ist. In jedem Fall dürfen bei einer Veröffentlichung die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensbeteiligten, aber auch betroffener Dritter nicht unbefugt offenbart werden. Dies folgt mangels spezialgesetzlicher Vorschriften im EnWG unmittelbar aus § 30 VwVfG. Gegen eine umfassende Veröffentlichungspflicht bzw. -befugnis, die auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erfassen würde, spricht, dass eine solche unbedingte Offenlegung nicht einmal bei der deutlich klarer definierten und rechtsstaatlich besonders relevanten Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren (§ 29 VwVfG i.V.m. § 71 S. 2 und 4 EnWG) bzw. im Gerichtsprozess (§ 84 Abs. 2 S. 2 bis 4 EnWG) vorgesehen ist, sondern eine Abwägung stattzufinden hat. Nichts anderes kann für die Publikationsverpflichtung bzw. -befugnis nach § 74 EnWG gelten.

Der ausdrücklich an § 30 VwVfG anknüpfende § 71 EnWG hat die Aufgabe, die prozedurale Absicherung des materiellen Geheimhaltungsanspruchs zu regeln. Hiernach kennzeichnen die Netzbetreiber in den der Bundesnetzagentur überlassenen Informationen ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Dies führt in der Folge zu entsprechenden Schwärzungen in den veröffentlichten Entscheidungen. Der Schutz von personenbezogenen Daten oder die Wahrung der öffentlichen Sicherheit können Gründe für weitere Schwärzungen liefern. In der Praxis lässt sich eine oft uneinheitliche Handhabung dieser Vorgaben feststellen. Häufig erfolgen Schwärzungen zudem in einem Umfang, dass die Entscheidungen für betroffene Netznutzer kaum mehr nachvoll-

ziehbar sind.¹ Fallweise sind sogar sämtliche quantitativen Größen in einer Entscheidung geschwärzt.

Schwärzungen in den Entscheidungen der Bundesnetzagentur erschweren den Rechtsschutz. Sie sind daher schon immer der Kritik ausgesetzt. Das Anliegen, einen ausreichenden Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu erlangen, wurde aber in der Praxis dennoch höher gewichtet. Infolge des in der Gesellschaft gewachsenen Bedürfnisses nach Transparenz von Verwaltungsentscheidungen wird eine extensive Schwärzungspraxis immer weniger akzeptiert. Im Evaluierungsbericht zur Anreizregulierungsverordnung aus dem Jahr 2015 hat die Bundesnetzagentur dementsprechend herausgestellt, „dass Netzbetreiber, Banken, Investoren und Netznutzer immer wieder die fehlende Transparenz des Regulierungsverfahrens bemängelten, vor allem bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung“.² Ein Mehr an Transparenz könne einen wichtigen Beitrag „zur Selbstregulierung, zur Akzeptanzsteigerung und zur Verringerung des von Investoren und Fremdkapitalgebern wahrgenommenen Risikos leisten“.

Diese Einschätzungen und die anschließende Debatte in der Fachöffentlichkeit sind von der Bundesnetzagentur frühzeitig aufgegriffen worden. Sie hat als Ergebnis am 13. März 2017 ein Hinweispapier zu „Umgang und Reichweite zulässiger Schwärzung bei der Veröffentlichung von Entscheidungen der Bundesnetzagentur in den Bereichen Elektrizität und Gas (insbesondere mit Blick auf Entgelt- und Kostenentscheidungen)“ publiziert. Ziel des Hinweispapiers ist die Entwicklung einheitlicher und standardisierter Vorgaben, die bei der Veröffentlichung sowie der vorgelagerten Prüfung von Schwärzungen angewandt werden.

Diese Initiativen und Diskussionen sind für den WAR Grund genug, um sich mit dem Spannungsverhältnis zwischen der gewünschten Transparenz bei Kosten- und Entgeltentscheidungen der Bundesnetzagentur einerseits und dem Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auf Seiten der Netzbetreiber und Dritter andererseits zu beschäftigen und Vorschläge für den Umgang hiermit zu entwickeln.

Das Hinweispapier der Bundesnetzagentur thematisiert neben den zu schwärzenden Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Netzbetreibern und Dritten auch Schwärzungen von personenbezogenen Daten oder Informationen und Daten mit Relevanz für die öffentliche Sicherheit sowie Nicht-Schwärzungen von Daten und Informationen, die einer Veröffentlichungspflicht unterliegen, oder von allgemeinen Angaben und Formalien im Beschluss. Da diese in der öffentlichen Diskussion weniger strittig sind, nimmt der WAR hierzu keine Stellung.

Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen werden vielmehr die wettbewerbliche Stellung der Netzbetreiber oder Dritter und deren daraus resultierendes Interesse an einer Schwärzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sein. Basis hierfür ist die rechtliche Definition des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses.

2 Was sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse?

2.1 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse i. S. d. § 30 VwVfG

Im Mittelpunkt der Transparenzdebatte steht der Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Er wird nicht nur in § 30 VwVfG und § 71 EnWG, sondern in zahlreichen weiteren Gesetzestexten verwendet (etwa im TKG, GWB, AktG, BImSchG), einschließlich dem IFG, auf das auch im

¹ InfraCOMP (2015): Transparenzdefizite in der Netzregulierung / Studie im Auftrag von Agora Energiewende.

² Bundesnetzagentur, Evaluierungsbericht nach § 33 Anreizregulierungsverordnung vom 21. Januar 2015, S. 332 ff.

Energiesektor in jüngster Zeit Ansprüche auf Akteneinsicht gestützt wurden. Eine Legaldefinition findet sich jedoch in keiner dieser Regelungen. Für die Anwendung dieses Begriffs wird deshalb auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgegriffen, die das Gericht im Kontext der Auslegung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) entwickelt hat. Hiernach werden als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich alle auf ein Unternehmen bezogene 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.³ Ähnlich wird auch der Begriff der Geschäftsgeheimnisse in der jüngsten EU-Richtlinie zum Geheimnisschutz⁴ definiert, sodass keine Veränderung der nationalen Begriffsauslegung ansteht.

Dieser Definition sind vier Voraussetzungen für das Vorliegen eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses zu entnehmen:

- Zur Unterscheidung von Geheimnissen, die die private Lebensführung betreffen, müssen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse *unternehmensbezogen* sein, d.h. aus der unternehmerischen Sphäre eines konkreten Marktteilnehmers herrühren. Dabei wird dem Unternehmen eigenes technisches Know-How unter den Begriff des *Betriebsgeheimnisses* gefasst. *Geschäftsgeheimnisse* betreffen die wirtschaftlichen Aspekte der Unternehmensführung, wozu beispielsweise Marktstrategien, Kalkulationsunterlagen oder Kundenlisten gezählt werden.
- Des Weiteren darf die Information *nicht offenkundig* sein. Insbesondere darf niemand Zugriff auf die Informationen durch öffentlich zugängliche Quellen haben.
- In subjektiver Hinsicht wird ein *Geheimhaltungswille* gefordert. Dieser kann einerseits ausdrücklich erklärt werden. Es reicht jedoch andererseits auch aus, wenn der Wille zur Geheimhaltung erkennbar ist.
- Schließlich muss ein *berechtigtes Geheimhaltungsinteresse* bestehen. Dies ist stets dann der Fall, wenn die Daten bei objektiver Betrachtung geeignet sind, spürbar die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu beeinflussen. Davon abzugrenzen sind Informationen, die keinen Einfluss auf die Stellung des betreffenden Unternehmens im Wettbewerb haben, an deren Geheimhaltung kein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht oder die schon den Status der Nicht-Offenkundigkeit verloren haben, weil sie auf normalem Wege oder ohne große Schwierigkeiten beschafft werden können.⁵ Die Anerkennung eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses soll insbesondere dann ausscheiden, wenn Daten wegen ihres *hohen Aggregationsgrades* oder aus *sonstigen Gründen* keine hinreichenden Schlüsse auf geheimhaltungsbedürftige Informationen erlauben.⁶

2.2 Veröffentlichungspflichten nach § 31 ARegV

Die Bundesnetzagentur legt im Rahmen der Anreizregulierung für die jeweilige Regulierungsperiode die Obergrenzen der zulässigen Gesamterlöse eines Netzbetreibers aus den Netzentgelten (Erlösobergrenzen) fest. Grundlage der Ermittlung der Erlösobergrenze ist die sogenannte Regulierungsformel, nach der sich die Erlösobergrenze im Wesentlichen aus verschiedenen Kostenanteilen und einem Effizienzvergleich ergeben. In § 31 ARegV (i.d.F. vom

³ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2006, Az. 1 BvR 2087/03, NVwZ 2006, 1041 (1042); BVerfGE 115, 205 (230 f.).

⁴ Richtlinie 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsgeheimnisse (Betriebsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, Art. 2.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.3.2007, Az. 3 Kart 289/06, NJOZ 2007, 3214 (3215); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V), Rn. 72.

⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V), Rn. 72.

14.09.2016) sind eine Reihe von Veröffentlichungspflichten der Bundesnetzagentur mit Nennung der Netzbetreiber vorgesehen. Demnach muss die Bundesnetzagentur für Netzbetreiber in nicht anonymisierter Weise alle die Erlösobergrenze bestimmenden Kostenanteile als Summenwerte, aber auch andere Informationen mit Einfluss auf die Erlösobergrenze wie Parameter und Ergebnisse von Effizienzvergleich und Erweiterungsfaktor sowie Kennzahlen der Versorgungsqualität veröffentlichen. Diese Veröffentlichungspflichten erlauben Dritten eine weitgehende Nachvollziehbarkeit der Regulierungsformel und ihrer Bestandteile.

Die ARegV 2016 enthält keine dem § 31 Abs. 3 ARegV 2007 entsprechende Regelung mehr, nach welcher eine Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht erfolgt. Offenbar geht der Verordnungsgeber davon aus, dass die Veröffentlichung von den in der Norm allein geregelten Summenwerten keine Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darstellt. Die Norm ist daher keine Ausnahmeregelung im Sinne des Offenbarungsvorbehalts, sondern – jedenfalls gemäß der Intention des Gesetzgebers – eine (negative) normative Konkretisierung des Begriffs von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.⁷ Bemerkenswert ist, dass diese negative Konkretisierung darauf abzielt, das Verfahren und die Ergebnisse der Anreizregulierung transparenter zu gestalten.⁸ Entsprechend sah § 31 ARegV 2007 auch deutlich geringere Veröffentlichungspflichten vor, insbesondere keine Veröffentlichungspflichten zu Kostenanteilen.

Einige Oberlandesgerichte haben sich in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits mit der Neuregelung der Veröffentlichungspflichten in § 31 ARegV 2016 beschäftigt.⁹ Sie haben durchgängig bestätigt, dass mit § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG zum Erlass des § 31 ARegV eine wirksame Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht. Darüber hinaus haben sie zu Recht bestätigt, dass die zu veröffentlichenden Werte keine originären Daten der Netzbetreiber darstellen. Deshalb seien sie auch nicht geeignet, Wettbewerbern exklusives kaufmännisches Wissen oder eine marktstrategische Ausrichtung des Netzbetreibers zu vermitteln. Zur Begründung stellen die Gerichte insbesondere darauf ab, dass es sich um mehr oder weniger hoch aggregierte Werte handle.¹⁰ Diese Werte seien entweder durch die Behörden in energiewirtschaftlichen Verwaltungsverfahren nach Maßgabe der Vorgaben der StromNEV/GasNEV bzw. der ARegV selbst ermittelt worden oder nach Maßgabe regulatorischer Vorgaben von den Netzbetreibern selbst bestimmt worden. Zur erstgenannten Kategorie gehören die in § 31 Abs. 1 ARegV aufgeführten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen (Nr. 1) und der angepasste Wert der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen (Nr. 2), zur zweiten der Saldo des Regulierungskontos (Nr. 2) und die volatilen Kostenanteile (Nr. 11). Das OLG Schleswig betont zudem, dass die zu veröffentlichenden Informationen weitestgehend hinter den ohnehin zu veröffentlichenden konkreten Unternehmensdaten zurückbleiben.¹¹

2.3 Veröffentlichungspflichten aus dem EU-Netzkodex über Fernleitungsentgeltstrukturen

Ähnliche Entwicklungen sind auf der europäischen Ebene im Hinblick auf die Verordnung (EU) 2017/460 der Kommission vom März 2017 zur Festlegung eines Netzkodex über harmonisierte

⁷ So auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V), Rn. 71 ff.

⁸ BR-Drs. 296/16, S. 45

⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V); OLG Schleswig, Beschl. v. 07.03.2017, Az. 53 Kart 4/17; OLG Bremen, Beschl. v. 04.04.2017, Az. 2 W 11/17; OLG Jena, Beschl. v. 30.05.2017, Az. 2 Kart 1/17; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.04.2017, Az. VI-3 Kart 11/17 (V).

¹⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V), Rn 72, 80, 82, 86; OLG Schleswig, Beschl. v. 07.03.2017, Az. 53 Kart 4/17, S. 10.

¹¹ OLG Schleswig, Beschl. v. 07.03.2017, Az. 53 Kart 4/17, S. 13.

Fernleitungsentgeltstrukturen¹² zu verzeichnen. Die Verordnung sieht ebenfalls umfangreiche Veröffentlichungspflichten zu Netzentgelten und Kapazitätsprodukten (Art. 29), zu den technischen Eingangsparametern (Art. 30 Abs. 1 lit. a), den Erlösen und Kosten der Fernleitungsbetreiber (Art. 30 Abs. 1 lit. b), zur Form der Veröffentlichung (Art. 31) und zu Veröffentlichungsfristen (Art. 32) vor. Verantwortlich für die Veröffentlichung sind in Deutschland die Netzbetreiber, die auch die Netzentgelte berechnen.

In konzeptioneller Hinsicht ist zu betonen, dass die Veröffentlichungspflichten nach der VO 2017/460 einen Schritt weiter als die ARegV gehen. Im Grundsatz sind hier nicht nur Summenwerte von Erlösen und Kosten zu publizieren, sondern es ist eine Stufe weiter aufzuschlüsseln: So sind z.B. Kosten nach Betriebs- und Kapitalkosten darzulegen oder auch Wert und Abschreibung der Anlagen aggregiert nach Anlagentypen bekannt zu geben.

2.4 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bei öffentlichen Unternehmen oder Monopolunternehmen

Bei öffentlichen Unternehmen oder Monopolunternehmen wird teilweise generell ein Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bzw. ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse an den Erlös- und Kostendaten bestritten. Dieser Sicht ist in einem Urteil aus dem Jahre 2016 das VG Köln beigetreten.¹³ In diesem Fall ging es um ein gegen die Bundesnetzagentur gerichtetes Auskunftersuchen, welches auf das IFG gestützt wurde. Der Kläger wollte wissen, um welchen jährlichen Betrag die für eine Tochter der Stadtwerke München GmbH von der Behörde festgesetzten Erlösobergrenzen im Hinblick auf die Mehrerlösabschöpfung zu reduzieren waren.

Das VG Köln hat diesem Begehren entsprochen. Es ist der Auffassung, dass von einem gegen die Bundesnetzagentur gerichteten Auskunftsbegehren gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 IFG betroffene Unternehmen sich nur dann auf den in § 6 S. 2 IFG gewährten Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen könnten, wenn sie sich auf Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) berufen könnten. Dies sei aber für juristische Personen des Privatrechts ausgeschlossen, wenn deren alleiniger Aktionär oder Inhaber eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sei. Diese Voraussetzungen seien hier gegeben, da die Beklagte eine 100-prozentige Tochter der Stadtwerke München GmbH sei, die sich selbst wiederum im Eigentum der Landeshauptstadt München befinde. Dieser Sichtweise kann nicht gefolgt werden. Denn der Gesetzgeber ist befugt, auch diese juristischen Personen in den Anwendungsbereich der Geheimnisschutzregelungen des IFG einzubeziehen.¹⁴

Des Weiteren vertritt das VG Köln die Auffassung, dass kein ernsthafter Wettbewerbsvorteil der Konkurrenten entstehen könne und deshalb ein Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ausgeschlossen sei.¹⁵ Es bestehe ein natürliches Monopol und damit keine ernsthafte Wettbewerbslage. Dieser Sichtweise sind jüngst das OLG Düsseldorf¹⁶ und das VG Mainz¹⁷ entgegengetreten. Das OLG Düsseldorf geht davon aus, dass die Entgeltregulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze nach § 1 Abs. 2 EnWG „gerade darauf abzielt, wettbewerbsähnliche Zustände bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen

¹² Verordnung (EU) Nr. 2017/460 der Kommission vom 16. März 2017 zur Festlegung eines Netzkodex über harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen.

¹³ VG Köln, Urt. v. 25.02.2016, Az. 13 K 5017/13.

¹⁴ VG Mainz, Urt. v. 30.03.2017, Az. 1 K 1480/15.MZ, S. 16.

¹⁵ VG Köln, Urt. v. 25.02.2016, Az. 13 K 5017/13, Rn. 76.

¹⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V), Rn. 73.

¹⁷ VG Mainz, Urt. v. 30.03.2017, Az. 1 K 1480/15.MZ, S. 18 ff.

zu erzeugen oder zu simulieren.“¹⁸ Die Netzentgeltregulierung solle sicherstellen, dass der Monopolist seine Infrastrukturdienstleistungen möglichst effizient und zu angemessenen Preisen erbringe und überdies ausreichende Investitionen in die Netzinfrastruktur vorgenommen würden.¹⁹ Das OLG Düsseldorf zieht aus dieser gesetzgeberischen Zielsetzung den Schluss, dass auch einem Monopolisten, der in seinem operativen Geschäft keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, im Hinblick auf seine Stellung insbesondere auf den Beschaffungsmärkten durchaus ein Anspruch auf Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse zustehen kann.²⁰ Das sei jedenfalls dann der Fall, „soweit daran ein berechtigtes Interesse besteht.“ Hierauf wird sogleich näher eingegangen.

2.5 Offenbarungsvorbehalte

§ 30 VwVfG verbietet nur das *unbefugte* Offenbaren von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Die Norm statuiert damit einen als Ausnahmetatbestand restriktiv zu interpretierenden Offenbarungsvorbehalt, der auch in der Verfahrensvorschrift des § 71 S. 4 EnWG vorausgesetzt wird. Eine Offenbarungsbefugnis kann aus expliziten gesetzlichen Mitteilungspflichten oder im Fall einer Rechtsgüterkollision aus überwiegenden Gegeninteressen folgen.

Entscheidend ist im Fall einer Rechtsgüterkollision, dass für eine Publikation von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eindeutig überwiegende öffentliche oder private Transparenzinteressen sprechen. Nach allgemeiner Ansicht ist hier zugunsten der grundrechtlich fundierten Geheimnisschutzinteressen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strikt zu beachten, so dass eine Offenbarung nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommt. Die Offenbarung ist auf das zwingend erforderliche Maß zu beschränken, wobei auch die wirtschaftliche Bedeutung des Geheimnisses im Einzelfall zu berücksichtigen ist.

Aus *allgemeiner Perspektive* kann bei dieser Abwägung berücksichtigt werden, dass sich etwa aus § 6 Satz 2 IFG im Vergleich zu § 9 Abs. 1 UIG bzw. § 3 S. 2 VIG ableiten lässt, dass sich ganz allgemeine Transparenzerwartungen generell nicht gegen Geheimnisschutzrechte durchsetzen, während bei Umwelt- und gesundheitsbezogenen Verbraucherinformationen ein überwiegendes Transparenzinteresse durchaus bestehen kann. Die hier interessierenden Regulierungsentscheidungen dürften jedoch nur in ganz wenigen Ausnahmefällen derartige umwelt- bzw. gesundheitsbezogene Verbraucherinformationen enthalten. Ebenso dürften Rechtsschutzinteressen Dritter nur in wenigen Ausnahmekonstellationen eine allgemeine Publikation von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen legitimieren. Rechtsschutzinteressen werden im EnWG bereits durch die §§ 71 und 84 mit Geheimnisschutzinteressen abgeglichen, die eine Abwägung der kollidierenden Interessen im Einzelfall verlangen. Für die Anerkennung von unbedingten *Offenbarungspflichten zur Wahrung von Rechtsschutzinteressen* unter Rückgriff auf § 74 EnWG besteht daneben kein Raum. Dies gilt auch trotz der restriktiven und umstrittenen Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislastregelung im Rahmen der Energiepreiskontrolle gemäß § 315 BGB. Etwaige Dysfunktionalitäten sind im Rahmen dieser Rechtsprechung aufzulösen, können aber nicht über eine weit überschießende Beschränkung von Geheimhaltungsrechten im Rahmen von § 74 EnWG aufgefangen werden.

Schließlich kann eine Publikation von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Rahmen von § 74 EnWG nicht mittels eines etwaigen Interesses der Bundesnetzagentur an sogenannten *Kontrastinformationen Dritter* legitimiert werden, die die in den geschützten Angaben der regulierten Unternehmen enthaltenen Kostenfaktoren kritisch hinterfragen. Zum einen erfolgt die

¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V), Rn. 73.

¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V), Rn. 73.

²⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.02.2017, Az. VI 5 Kart 24/16 (V), Rn. 73.

Publikation nach Abschluss des Verfahrens, so dass etwaige Kontrastinformationen gar nicht mehr für die Regulierungsentscheidung genutzt werden könnten, und zum anderen ist anerkannt, dass die Behörde auch im Rahmen ihrer Sachverhaltsermittlung Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren hat.

3 Der Netzbetreiber im Wettbewerb

3.1 Fragestellung

Von den vier oben genannten Voraussetzungen für das Vorliegen eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses ist nachfolgend insbesondere das *berechtigte Geheimhaltungsinteresse* weiter zu erörtern, da dieses inhaltlich über deren maßgeblichen Einfluss auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Netzbetreibers bestimmt ist. Demgegenüber ist eine Unternehmensbezogenheit bei Entgelt- und Kostenentscheidungen für die dem Unternehmen entstammenden Daten gegeben. Der Geheimhaltungswille wird durch die nach § 71 EnWG von Netzbetreibern eingeforderte Kennzeichnung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in den der Bundesnetzagentur vorgelegten Informationen offenbar. Die Offenkundigkeit von Informationen, die daher keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, kann stets durch die Angabe der öffentlich zugänglichen Quelle oder den Nachweis der allgemeinen Bekanntheit belegt werden.

Für Netzbetreiber stellt sich daher die grundsätzliche Frage, inwieweit sie in einem wettbewerblichen Umfeld stehen, das geeignet ist, ihre wirtschaftlichen Verhältnisse maßgeblich zu beeinflussen, bzw. inwieweit sie als Monopolisten keinem Wettbewerb ausgesetzt sind. Netzbetreiber sind Marktteilnehmer an vor- und nachgelagerten Märkten. An den vorgelagerten Märkten treten Netzbetreiber als Nachfrager von Kapital, Dienstleistungen, Gütern und Wegenutzungsrechten auf, an nachgelagerten Märkten als Anbieter von Dienstleistungen (hierzu 3.2). Innerhalb des regulierten Monopols unterliegen sie einem Als-Ob-Wettbewerb bzw. Effizienzwettbewerb (hierzu 3.3). Soweit die Bundesnetzagentur Unterlagen mit Informationen über Dritte erhält, stellt sich die Frage, wie hiermit umzugehen ist (hierzu 3.4).

3.2 Vor- und nachgelagerte Märkte

Netzbetreiber müssen an Märkten Dienstleistungen und Güter beschaffen. Für Errichtung und Betrieb von ihren Netzen werden dies insbesondere technische Dienstleistungen und Anlagen sein. Netzbetreiber haben in diesem Beschaffungswettbewerb ein wirtschaftliches Interesse, ihre Nachfrage nach technischen Dienstleistungen und Anlagen aktuell wie auch langfristig zu günstigsten Preisen und Konditionen zu beschaffen. Alle nicht offenkundigen Informationen, die geeignet sind, die Position des Netzbetreibers als Nachfrager gegenüber den Anbietern oder anderen Nachfragern zu schwächen, sind daher als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse anzusehen. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass Netzbetreiber ihre Dienstleistungen und Güter in Ausschreibungen beschaffen. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden daher insbesondere die Informationen sein, die Rückschlüsse auf die Zahlungsbereitschaft des Netzbetreibers, die Dringlichkeit seines Bedarfs oder mögliche Mitbieter zulassen.

Zu den vorgelagerten Märkten zählen auch die Märkte für Kapital bzw. Investoren. Auch hier befinden sich Netzbetreiber in einer Wettbewerbssituation mit anderen Nachfragern nach Kapital und Anbietern von Kapital. Netzbetreiber haben hier ein wirtschaftliches Interesse, Kapital zu möglichst günstigen Zinsen und sonstigen Konditionen zu beschaffen. Informationen, die z.B. Rückschlüsse auf Liquidität oder Bonität zulassen, können als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sein.

Verteilnetzbetreiber befinden sich untereinander oder mit Unternehmen, die das regulierte Geschäftsfeld Verteilnetzbetrieb für sich neu erschließen möchten, im Wettbewerb um Wegenutzungsrechte bzw. im sogenannten Konzessionswettbewerb. Verteilnetzbetreiber können in diesem Markt zwei Rollen einnehmen, einmal bei der „Verteidigung“ einer auslaufenden Konzession z.B. alle 20 Jahre, ein andermal bei der „Gewinnung“ neuer Konzessionen, eine Rolle, die sie in Anbetracht der Vielzahl der Konzessionen in Deutschland abhängig von ihrer Unternehmensstrategie quasi ständig einnehmen können. Informationen, die die Position des Netzbetreibers bei der „Verteidigung“ bestehender Konzessionen oder der „Gewinnung“ neuer Konzessionen schwächen, kommen demnach als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis in Betracht. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Kostendaten der Netzbetreiber bei der Auswahlentscheidung der Kommune keine Rolle spielen und es für Konzessionsinhaber durch gesetzliche Vorgaben im Vergabeverfahren eine Reihe von Offenlegungspflichten gibt. Beide Aspekte sprechen gegen eine Qualifizierung der betroffenen Daten als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse.

Netzbetreiber bieten fallweise auch technische Dienstleistungen an Märkten an. Hierzu zählt u.a. der Messstellenbetrieb, sofern der Netzbetreiber dies außerhalb seiner Rolle als grundzuständiger Messstellenbetreiber ausübt. Da jeder Netznutzer seinen Messstellenbetreiber frei wählen kann, befinden sich diese Netzbetreiber in einer wettbewerblichen Situation zu anderen Messstellenbetreibern. Netzbetreiber agieren hier außerhalb des regulierten Bereichs Netzbetrieb. In dieser Situation sind alle nicht offenbaren Informationen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einzustufen, wenn sie die diesbezüglichen wirtschaftlichen Verhältnisse eines Netzbetreibers maßgeblich bestimmen.

3.3 Als-ob-Wettbewerb

Die jährlichen Erlösobergrenzen, die den Netzbetreibern im Rahmen der Anreizregulierung zugestanden werden, bestimmen gemeinsam mit dem jährlichen Aufwand für Errichtung und Betrieb der Netze die betriebswirtschaftliche Profitabilität der Netzbetreiber. Dabei ist der Aufwand ausschließlich bestimmt durch das unternehmerische Handeln der Netzbetreiber sowie ihre gesetzliche Verpflichtung nach § 11 Abs. 1 EnWG, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist. Demgegenüber bestimmen sich die Erlösobergrenzen der Netzbetreiber nicht ausschließlich durch Handeln des Netzbetreibers und dieser gesetzlichen Pflicht. Zwar hängt das Ausgangsniveau der Erlösobergrenze nur von der Kostenprüfung des Netzbetreibers ab, die eigentliche Erlösobergrenze für den Netzbetreiber ist aber Folge dieser Kostenprüfung und eines Effizienzvergleichs unter Netzbetreibern.

Im Effizienzvergleich wird jedem Netzbetreiber ein Effizienzwert zugewiesen, der die Kosten des Netzbetreibers (Aufwandsparameter) ins Verhältnis zu seiner gesetzlichen Verpflichtung (Vergleichsparameter) setzt. Der Effizienzwert eines Netzbetreibers ist dabei von den Aufwands- und Vergleichsparametern anderer Netzbetreiber und damit auch von den gesetzlichen Pflichten und dem unternehmerischen Handeln anderer Netzbetreiber abhängig.

Ein Netzbetreiber hat im Verlauf einer Regulierungsperiode eine höhere Erlösobergrenze, wenn sein Effizienzwert hoch ist. Daraus leitet sich ein grundsätzliches betriebswirtschaftliches Interesse eines Netzbetreibers ab, bessere Effizienzwerte als andere Netzbetreiber zu haben. Der Netzbetreiber hat daher auch ein Interesse, nicht offenkundige Konzepte und Maßnahmen, die ursächlich für seinen guten Effizienzwert und zugleich geeignet sind, die Effizienz anderer Netzbetreiber zu verbessern, anderen Netzbetreibern nicht offenzulegen. Sein Interesse steigt nach

der Einführung des Effizienzbonus in der ARegV 2016. Insbesondere innovative Maßnahmen, die zu einem höheren OPEX führen, rechnen sich betriebswirtschaftlich gegenüber anderen Maßnahmen mit höherem CAPEX eher, wenn damit Vorteile im Effizienzwert einhergehen.

Zentrales Anliegen der Anreizregulierung ist die Simulation von Wettbewerbsbedingungen in natürlichen Monopolen. Der fehlende Wettbewerb auf der Netzebene soll durch eine *effizienzorientierte* Regulierung simuliert werden. Sie folgt somit anderen Regeln als reale Märkte und ist auch in ihrer „organisierten Wettbewerbswirkung“ weniger intensiv als „spontaner Wettbewerb“. Gleichwohl begründet die Anreizregulierung für Netzbetreiber zumindest wettbewerbsähnliche Wirkungen: Das unternehmerische Handeln eines Netzbetreibers führt abhängig von seiner Positionierung zu anderen Netzbetreibern im Effizienzvergleich zu wirtschaftlichen Risiken und Chancen, die beide aber im Vergleich zu realem Wettbewerb geringer sind.

Die Definition eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses stellt nicht auf die Regeln oder Ausgestaltung eines Wettbewerbs, also der Unterscheidung zwischen realem oder simuliertem Wettbewerb, sondern nur auf seine *Wirkung* ab. Vielmehr werden zu solchen Geheimnissen Informationen gezählt, „durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können“.²¹

Bei der Prüfung, welche Informationen im Rahmen der Anreizregulierung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind, ist daher insbesondere zu berücksichtigen, ob

- die wirtschaftlichen Verhältnisse des Netzbetreibers in Anbetracht der weniger intensiven Wirkung eines simulierten Wettbewerbs noch *maßgeblich* durch diese Informationen bestimmt werden,
- die Informationen andere Netzbetreiber tatsächlich in die Lage versetzen, ihren eigenen Effizienzwert zu verbessern,
- die Offenbarung von Informationen ein konzeptioneller Bestandteil der Simulation des Wettbewerbs im Rahmen der Anreizregulierung ist, sodass diese Daten kein schutzwürdiges Geheimnis darstellen können.

Letzteres gilt sicherlich für die Veröffentlichung von Parametern und Ergebnissen des Effizienzvergleichs, was auch durch die nach § 31 ARegV bestehende Veröffentlichungspflicht der Bundesnetzagentur bestätigt wird.

Konzepte und Maßnahmen, die ursächlich für einen guten Effizienzwert sind, lassen sich in der Regel nicht aus aggregierten oder alten Daten ableiten. Diese stellen daher keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse dar, solange der Netzbetreiber nicht belastbar und nachvollziehbar das Gegenteil darlegen kann.

Analog zum Effizienzwettbewerb besteht zwischen Netzbetreibern auch ein *Als-Ob-Qualitätswettbewerb*. Auf die Erlösobergrenzen können Zu- oder Abschläge vorgenommen werden, wenn Netzbetreiber hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit von Kennzahlvorgaben abweichen. Die Kennzahlvorgabe und damit die Höhe der Zu- und Abschläge sind dabei auch von der Netzzuverlässigkeit der anderen Netzbetreiber abhängig. Ein Netzbetreiber hat demnach ein wirtschaftliches Interesse, bei vergleichbarem Aufwand eine bessere Netzzuverlässigkeit als andere Netzbetreiber zu erzielen. Der Netzbetreiber möchte daher Konzepte und Maßnahmen, die ursächlich für seine bessere Netzzuverlässigkeit bei vergleichbarem Aufwand sind, anderen Netzbetreibern nicht offenlegen. Für die Beurteilung, ob Informationen im Rahmen des

²¹ BVerfG, Beschl. v. 14.03.2006, Az. 1 BvR 2087/03, Rn. 87.

Qualitätswettbewerbs als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind, gelten die obigen Ausführungen zum Effizienzwettbewerb entsprechend.

Dabei ist anzumerken, dass nicht alle Netzbetreiber einem Effizienzvergleich unterliegen. In den Effizienzvergleich wird nur eine zahlenmäßige Minderheit der größeren Netzbetreiber einbezogen, die dem Regelverfahren der ARegV unterliegen. Die zahlenmäßige Mehrheit der kleinen Netzbetreiber nimmt am vereinfachten Verfahren teil, bei welchem der Effizienzwert pauschal und nicht über einen Effizienzvergleich ermittelt wird. Für diese kleinen Netzbetreiber im vereinfachten Verfahren gelten die obigen Ausführungen nicht. Ebenso zu berücksichtigen ist, dass der Effizienzbonus auch nur die wenigen Netzbetreiber im Regelverfahren betrifft, die effizient sind und deren Effizienzwert sich gleichzeitig aus der Dateneinhüllanalyse (DEA) ableitet.

3.4 Informationen Dritter

Von Netzbetreibern zur Verfügung zu stellende Informationen für Entgelt- und Kostenentscheidungen der Bundesnetzagentur enthalten auch Informationen Dritter. Hierzu zählen Geschäftspartner in den vor- und nachgelagerten Märkten sowie Netznutzer, seien es Einspeiser, Abnehmer oder andere Netzbetreiber. Dritte können aber auch Eigentümer der Netzanlagen sein, die diese den Netzbetreibern verpachten. Für Entgelt- und Kostenentscheidungen sind vor allem Informationen von Dienstleistern und Lieferanten in vorgelagerten Märkten sowie von Verpächtern von Bedeutung.

Dritte Dienstleister und Lieferanten befinden sich in der Regel in einem Wettbewerbsumfeld auf den hier als dem Netzbetrieb vorgelagert bezeichneten Märkten. Diese Dritten können sich nach den allgemeinen Grundsätzen auf den Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen, sollte deren Offenlegung durch die Publikation von Entgelt- und Kostenentscheidungen ihre wirtschaftlichen Verhältnisse maßgeblich beeinflussen.

Die Schutzwürdigkeit von Kostendaten der Verpächter ist so zu bewerten, als wäre der Netzbetreiber Eigentümer der Netzanlagen.

4 Folgen für Schwärzungen

Fazit der bisherigen Überlegungen ist, dass auch Netzbetreiber sich in einem Wettbewerb sowohl in vor- bzw. nachgelagerten Märkten als auch durch die Anreizregulierung befinden. Informationen, die die wirtschaftlichen Verhältnisse der Netzbetreiber maßgeblich beeinflussen, stellen schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar.

Die Frage, welche Informationen eines Netzbetreibers schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, muss inhaltlich entschieden werden. Folgende vier Grundsätze können hierbei herangezogen werden:

- Daten, die die Bundesnetzagentur oder die Netzbetreiber aufgrund eines Gesetzes oder einer Verordnung (z.B. § 6b EnWG, § 31 ARegV, § 17 StromNZV, § 27 StromNEV, § 40 GasNZV, § 27 GasNEV) veröffentlichen, sind keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.
- Je höher der Aggregationsgrad der offenzulegenden Daten ist, umso weniger ist von einem Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis auszugehen. Unter Aggregation wird die Zusammenfassung von Einzelwerten mit einer gemeinsamen Eigenschaft zu einem Gesamtwert, z.B. das Zusammenfassen von Personal-, Dienstleistungs- oder Anlagenkosten, verstanden. Je detaillierter und aufgeschlüsselter die offenzulegenden Daten sind, umso eher ist bei diesen ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis anzunehmen.
Liegt den aggregierten Werten in Entgelt- und Kostenentscheidungen eine hinreichend große Vielzahl von Einzelpositionen zu Grunde, ist kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gegeben.

Dies dürfte im Grundsatz für die jeweils höchsten Aggregationsebenen in Erlös- und Kostenentscheidungen gelten. So sieht auch § 31 ARegV Veröffentlichungspflichten der Bundesnetzagentur auf dieser höchsten Aggregationsebene vor. Nur im Ausnahmefall, wenn derartig wenige zugehörige Einzelpositionen vorliegen, dass vom aggregierten Wert auf schutzwürdige Einzelwerte zurückgeschlossen werden kann, könnte auch der aggregierte Wert ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis sein.

Auch Werte einer zweiten Aggregationsebene können aufgrund der Vielzahl der zusammengefassten Einzelwerte kein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis darstellen. Die Veröffentlichungspflichten der VO (EU) 2017/460 entsprechen teilweise einer zweiten Aggregationsstufe.

- Gegebenenfalls schützenswerte Informationen können durch eine Offenlegung mehrerer Werte offenbar werden, die jeweils einzeln für sich betrachtet nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sind, in der Gesamtschau aber Rückschlüsse auf schützenswerte Informationen zulassen. Dies ist auch bei der Offenlegung vieler aggregierter Werte zu prüfen.
- Je älter die offenzulegenden Daten sind, desto weniger ist von einem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis auszugehen. Je aktueller die offenzulegenden Daten sind, umso mehr ist ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zu vermuten. Teilweise wird ein Alter von 5 Jahren angegeben, ab dem Informationen keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse mehr begründen.²² Alle wesentlichen Anlagen der Netzbetreiber weisen eine lange betriebliche Nutzungsdauer und eine entsprechend lange Abschreibungsdauer auf, die mehrere Dekaden betragen kann. Dies ist bei der Bewertung des Alters von offenzulegenden Informationen im Hinblick auf damit verbundene Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Auch wenn diese vier Grundsätze naheliegend und plausibel sind, bleibt es im Einzelfall schwierig zu unterscheiden, ab welchem Aggregationsgrad, ab welchem Alter und bis zu welchem Umfang der offenzulegenden Daten kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vorliegt.

5 Gesamtfazit

Der WAR begrüßt die Initiative der Bundesnetzagentur zum Hinweispapier „Umgang und Reichweite zulässiger Schwärzung bei der Veröffentlichung von Entscheidungen der Bundesnetzagentur in den Bereichen Elektrizität und Gas (insbesondere mit Blick auf Entgelt- und Kostenentscheidungen)“. Die Bundesnetzagentur adressiert mit diesem Hinweispapier zu Recht den in der bisher geübten Verwaltungspraxis unausgewogenen Interessenausgleich zwischen Transparenz bei Entgelt- und Kostenentscheidungen, insbesondere für betroffene Netznutzer einerseits, und berechtigten Geheimhaltungsinteressen, insbesondere der betroffenen Netzbetreiber andererseits. Der WAR unterstützt die Zielsetzung des Hinweispapiers, eine gleichermaßen diesem Interessenausgleich angemessene, für alle Netzbetreiber einheitliche und vor dem Hintergrund der Vielzahl an Entgelt- und Kostenentscheidungen auch einfache Verwaltungspraxis zu Schwärzungen von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in Entgelt- und Kostenentscheidungen nach § 71 EnWG zu etablieren.

Der WAR nimmt im vorliegenden Papier Stellung zu den in der öffentlichen Diskussion umstrittenen Schwärzungen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Netzbetreiber und Dritter, auch wenn das Hinweispapier selbst weitere Gründe, wie z.B. den Schutz personenbezogener Daten oder Daten mit Relevanz für die öffentliche Sicherheit, für zulässige Schwärzungen thematisiert. Der WAR teilt insbesondere die Auffassungen der Bundesnetzagentur, dass

²² Hierzu Bundesnetzagentur, Hinweispapier vom 13.03.2017, S. 6 unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung.

- Netzbetreiber auch als Monopolisten und in öffentlicher Hand befindlich einem Wettbewerb in vor- und nachgelagerten Märkten ausgesetzt sind, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse begründen können,
- hochaggregierte Daten kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis darstellen,
- die hohen Nutzungs- und Abschreibungsdauern technischer Anlagen der Netzbetreiber auch bei Werten älter als 5 Jahre ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis begründen können, und
- Daten, die die Bundesnetzagentur oder die Netzbetreiber aufgrund gesetzlicher Vorgaben veröffentlichen, keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind.

Der WAR versteht das Hinweispapier der Bundesnetzagentur als gelungenen Ausgangspunkt. Dieser kann durch Erfahrungen mit der darin für die Zukunft vorgeschlagenen Verwaltungspraxis und gegebenenfalls durch bisher nicht formulierte, aber nachvollziehbare Begründungen der Netzbetreiber weiter verfeinert werden. Denn es ist im Einzelfall nicht immer unmittelbar ersichtlich, ab welchem Aggregationsgrad, ab welchem Alter und bis zu welchem Umfang der offenzulegenden Daten kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vorliegt.