



Oberlandesgericht
Düsseldorf



Die aktuelle Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zu Veröffentlichungspflichten

Katrin van Rossum, VRinOLG

enreg.
Jahrestagung
07.12.2018



Transparenz des Regulierungsprozesses

- Informationsabhängigkeit der Regulierung
- Informationsinteresse der Marktbeteiligten + der Öffentlichkeit
- Offenlegung aktueller + verlässlicher Informationen ggü. Regulierungsbehörden, regulierten Unternehmen + Netznutzern
- informierte + tragfähige (pol.) Entscheidungen + ihre Kontrolle
- Nachvollziehbarkeit des Regulierungsprozesses
- Verbraucherschutz – Akzeptanz der Netzentgelte
- Spannungsverhältnis: Schutz von BuG der reg. Unternehmen

Rechtsrahmen Transparenzgebot

- Art. 35 Abs. 4 EltRL 2009/72, 39 Abs. 4 GasRL 2009/73:
RegBeh - unparteiische + **transparente** Ausübung ihrer Befugnisse
- Art. 37 Abs. 1a EltRL 2009/72, 41 Abs. 1a GasRL 2009/73:
Genehmigung/Festlegung der Tarife/Methoden anhand **transparenter** Kriterien
- Art. 37 Abs. 16 EltRL 2009/72, 41 Abs. 16 GasRL 2009/73:
Veröffentlichung der zu begründenden Entscheidungen unter Wahrung wirtsch. sensibler Informationen
- Art. 30, 31 EltRL 2009/72 bzw. GasRL 2009/73:
RegB → Recht auf Einsichtnahme in Rechnungslegung unter Wahrung wirtsch. sensibler Informationen -
NB → Pflicht zur **Veröffentlichung** der Jahresabschlüsse

- § 21 Abs. 1 EnWG: „Die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang müssen angemessen, diskriminierungsfrei, **transparent** sein,..“
- § 1a Abs. 5 EnWG: „Die **Transparenz** am Strommarkt soll erhöht werden.“
- § 74 EnWG: **Veröffentlichung** der Einleitung von Verfahren nach § 29 Abs. 1, Abs. 2 EnWG + der Entscheidungen nach Teil 3 des EnWG
- § 30 VwVfG, §§ 71, 67 Abs. 3 S. 2 EnWG:
Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen
→ Geheimhaltungsanspruch mit Offenbarungsvorbehalt

Publizitätspflichten der Netzbetreiber

- § 6b Abs. 4 EnWG: unverzügliche Einreichung + **Bekanntmachung** des Tätigkeitsabschlusses beim BAnz
- § 20 Abs. 1 EnWG: **Veröffentlichung** der Bedingungen + der Entgelte für den Netzzugang
- §§ 27 Strom-/GasNEV: **Veröffentlichung** von Netzentgelten + wes. Strukturmerkmalen des Netzes
- § 17 StromNZV, § 40 GasNZV: **Veröffentlichung** von netzrelevanten Daten



§ 31 ARegV n.F.

netzbetreiberbezogene VÖ in nicht anonymisierter Form – *insbes.*

- Wert der kalenderjährlichen EÖG
- ihr angepasster Wert
- verzinster Saldo des Regulierungskontos + Summe der Zu- und Abschläge aus Auflösung des Saldos
- nach §§ 12, 13 bis 15 sowie nach § 22 ermittelte Effizienzwerte, im Effizienzvergleich verwendete Aufwands - + Vergleichsparameter,
- nach § 12a ermittelte Supereffizienzwerte + Effizienzbonus,
- Parameterwerte + jährl. Anpassungsbeträge der EÖG für EF *als Summenwert*,
- jährl. Kapitalkostenaufschlag *als Summenwert*,
- dnb Kostenanteile sowie deren jährliche Anpassung *als Summenwert*,
- best. jährl. tats. entstandene Kostenanteile *als Summenwert*,
- jährl. volatile Kostenanteile *als Summenwert*,
- ermittelte Kennzahlen zur Versorgungsqualität,
- nach § 9 ermittelter genereller sektoraler Produktivitätsfaktor + nach § 24 ermittelter gemittelter Effizienzwert



§ 31 ARegV n.F.

Zielsetzung

- Vereinheitlichung der uneinheitlichen Veröffentlichungspraxis (Verzicht/Schwärzungen ↔ VÖ von EÖGs + Anpassungen)
- normierte Ermächtigung zur VÖ versch. Informationen - Rechtssicherheit
- Erhöhung der Transparenz der Regulierung – Ziel, Verfahren + Ergebnisse der Anreizregulierung
- Beitrag zur Selbstregulierung + Akzeptanzsteigerung



VI-5 Kart 33/16 (V)

- Dezember 2016: rd. 60 Beschwerden von Verteilernetzbetreibern beim 3. + 5. KS des OLG Ddf. verbd. mit Eilanträgen, gerichtet auf Unterlassung der Veröffentlichung
- Rügen:
Verordnungsänderung sei nichtig, da hinr. Ermächtigung für Preisgabe der Daten fehle
Daten = BuG, geschützt durch Art. 12 Abs. 1 GG
berechtigtes Geheimhaltungsinteresse → Teilnahme am Konzessionswettbewerb + Wettbewerb auf vor- + nachgelagerten Märkten
- Konnte VOGeber auf Ermächtigung in § 21a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG zurückgreifen?
→ Befugnis, die nähere Ausgestaltung der Methode der Anreizregulierung und ihrer Durchführung zu regeln



VI-5 Kart 33/16 (V)

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- BVerfG – (BVerfGE 115, 205, 230 f.): alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände, Informationen + Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind + an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat
 - Betriebsgeheimnis → techn. Wissen, Geschäftsgeheimnis → kfm. Wissen
 - 4 Kriterien:
 - Unternehmensbezug
 - Nichtoffenkundigkeit (-), wenn aus allgemein zugänglicher Quelle beschaffbar
 - Geheimhaltungswille
 - ber. Geheimhaltungsinteresse (-) bei hohem Aggregationsgrad der Daten, da kein Rückschluss auf geheimhaltungsbedürftige Informationen
- Ist Preisgabe der Information bei obj. Betrachtung geeignet, spürbar die Wettbewerbsfähigkeit zu beeinflussen = eigene Stellung im Wettbewerb zu verschlechtern oder die – jdfs. - eines Konkurrenten zu verbessern?



VI-5 Kart 33/16 (V)

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- Kann der NB, der im operativen Kerngeschäft *keinem* Wettbewerb ausgesetzt ist, BuG haben?
- differenzierte Einzelfallbetrachtung, da er sich u.a. als Nachfrager oder Anbieter auf vor- + nachgelagerten Märkten betätigt, in denen er *nicht* über eine Monopolstellung verfügt, sofern er dort im Wettbewerb steht
- BVerfG, B. v. 26.09.2017 – 1 BvR 1486/16 u.a. Rn. 33 „Lichtblick“
- BGH, Kartellsenat, B. v. 21.01.2014 – EnVR 12/12 Rn. 77 „SW Konstanz GmbH“
- BGH, Kartellsenat, B. v. 22.07.2014 – EnVR 59/12 Rn. 34 „Stromnetz Berlin GmbH“
- BGH, Kartellsenat, B. v. 07.10.2014 – EnVR 25/12 Rn. 33 ff.
- BGH, Kartellsenat, U. v. 14.04.2015 – EnZR 11/14 „Gasnetz Springe“



VI-5 Kart 33/16 (V)

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

- Beschaffungswettbewerb bei Dienstleistungen/Gütern → Informationen, die Rückschlüsse auf Zahlungsbereitschaft/Dringlichkeit des Bedarfs/Mitbieter zulassen
- Märkte für Kapital/Investoren → Informationen, die Rückschlüsse auf Liquidität/Bonität zulassen
- nachgelagerte Märkte → Anbieter von Dienstleistungen
- Verteilernetzbetreiber – „Wettbewerb um das Netz“ – Transparenzpflichten des Konzessionsinhabers (§§ 46, 46a EnWG)
- Qualitätswettbewerb/Wettbewerb um Effizienzbonus → nicht offenkundige Konzepte + Maßnahmen, die ursächlich für bessere Netzzuverlässigkeit/ besseren EW sind

VI-5 Kart 33/16 (V)

- Nr. 1, 2 - Erlösobergrenzen + Anpassungswerte
- Nr. 3 - Saldo Regulierungskonto + Summe Zu- + Abschläge nach Auflösung
- Nr. 4, 5 - Effizienzwerte, bei Durchführung verwandte Aufwands- oder Vergleichsparameter, Supereffizienzwert, Effizienzbonus
- Nr. 6, 7 + 9 - als *Summenwerte* die Parameter + Anpassungsbeträge des Erweiterungsfaktors, des KKA sowie die tats. entstandenen Kostenanteile für genehmigte, bereits durchgeführte Investitionsmaßnahmen
- Nr. 8 - *Summenwert* der dnb Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 ARegV oder ihr angepasster Wert
- Nr. 10 - *Summenwerte* der jährlich tats. entstandenen Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 + 8 ARegV (vorgelagerte + vermiedene Netzentgelte)
- Nr. 11 - *Summenwert* der volatilen Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV
- Nr. 12 - Ermittelte Kennzahlen zur Versorgungsqualität

VI-5 Kart 33/16 (V)

Fazit

- Einzelfallbetrachtung
 - hoch aggregierte Daten, die Regulierungsprozess entstammen und in erster Linie spezifische Bedeutung in dem System der Anreizregulierung haben
 - Summenwerte = hohe Aggregationsform
 - z.T. ohnehin schon zu veröffentlichende Daten
 - z.T. auch Veröffentlichung von aussagekräftigeren, aktuellen + umfassenden Informationen
- daher nicht geeignet, eine wettbewerbliche Stellung des NBs insbesondere auf vor- + nachgelagerten Märkten nachhaltig zu beeinflussen
- auch keine Beeinträchtigung im Konzessionswettbewerb = Wettbewerb um das Netz
→ §§ 46 f. EnWG: Daten, die von Relevanz sind, sind Mitbewerbern ohnehin bekannt zu machen → umfangreicher Datenkatalog, s. Leitfaden BNA + BKartA

Beschwerdeverfahren 3. Kartellsenat

- VI-3 Kart 101/17 (V) – B. v. 5.09.2018
ungeschwärzte Veröffentlichung der Entscheidung der BNetzA zur Anpassung der kalenderjährlichen EÖGen 2014 – 2018 auf Grund eines Erweiterungsfaktors
→ EGL: § 74 EnWG – keine BuG

- VI-3 Kart 82/17 (V) ff. – B'e. v. 11.07.2018 = EnWZ 2018, 366 ff.
Veröffentlichung der Aufwands- + Strukturparameter der 1. – 3. Regulierungsperiode sowie der sogen. Überkreuzparameter iRd Konsultation zum Xgen **Gas**
→ Verfahrensermessen, das BNetzA iRd Konsultation nach § 67 EnWG + des damit zu gewährenden rechtl. Gehörs zukommt, rechtfertigt Veröffentlichung der Daten – keine BuG

- VI-3 Kart 850/18 (V) ff. – EilB'e. v. 9.11.2018
Veröffentlichung der Aufwands- + Strukturparameter der 1. – 3. Regulierungsperiode sowie der sogen. Überkreuzparameter iRd Konsultation zum Xgen **Strom**

Beschwerdeverfahren 3. Kartellsenat

- VI-3 Kart 809/18 (V) ff. - EilB. v. 12.09.2018
Veröffentlichung der bei der KTA verwendeten netzbetreiberindividuellen Vergleichs- + Strukturparameter sowie der Aufwandparameter des Effizienzvergleichs **Strom**
→ Verfahrensermessen, das BNetzA iRd Konsultation nach § 67 EnWG + des damit zu gewährenden rechtl. Gehörs zukommt, rechtfertigt Veröffentlichung der Daten – keine BuG
- VI-3 Kart 683/18 (V) ff. – EilB. v. 16.07.2018 = EnWZ 2018, 415 ff.
Veröffentlichung der bei der KTA verwendeten netzbetreiberindividuellen Vergleichs- + Strukturparameter sowie der Aufwandparameter des Effizienzvergleichs **Gas**
Veröffentlichung vorläufig untersagt - Verfahren war zum Zeitpunkt der beabsichtigten Veröffentlichung bereits so weit fortgeschritten, dass nicht auch weitere Verfahrensbeteiligte oder Vertreter der betroffenen Wirtschaftskreise noch Einfluss auf das Verfahren + sein Ergebnis hätten haben können – Verfahrensermessen rechtfertigte die Veröffentlichung daher nicht (mehr)



Neuere Rechtsprechung des BGH

- *Beachte:* Im Nachgang des Vortrags hat der BGH die BNetzA in einer Entscheidung vom 10.12.2018 dazu verpflichtet, die Veröffentlichung der Daten gem. § 31 Abs. 1 Nr. 3, 6 bis 11 und – insoweit nur in Bezug auf die Aufwands- und Vergleichsparameter – Nr. 4 ARegV eines Netzbetreibers zu unterlassen
(vgl. die Pressemitteilung der BNetzA v. 12.12.2018, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/20181212_TVO.html?nn=265778, letzter Abruf am 23.1.2019).
- Die Entscheidungsgründe des BGH lagen im Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Folien nicht vor.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

