

28. Anspruch auf Bekanntgabe der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach IFG

Art. 12, 14 GG; § 345 HGB; § 74 Satz 1 EnWG; § 1 I 1 IFG

1. Die Bundesnetzagentur ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG verpflichtet, einem Kläger jedenfalls die kalenderjährlichen Beträge der Mehrerlösabschöpfung als Betrag zum Abzug von den Erlösobergrenzen bekanntzugeben.

2. Zwar kann nach der klaren Regelung des § 6 Satz 2 IFG der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur gewährt werden, soweit die Betroffenen eingewilligt haben. Der Schutz des § 6 entfällt nicht im Wege der Abwägung. Aber bei dem Betrag der Mehrerlösabschöpfung handelt es sich nicht um ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des § 6 Satz 2 IFG.

(Leitsätze der Redaktion)

VG Köln, U. v. 25.02.2016 – 13 K 5017/13

Aus dem Tatbestand:

[2] Der Kläger beantragte mit Schreiben vom 10. Dezember 2012 bei der Bundesnetzagentur, ihm Informationszugang zu verschiedenen Fragen betreffend die Beigeladene (das Gas- und Stromenergieversorgungsunternehmen in N. 100 %-ige Tochter der Stadtwerke N. GmbH, welche im Eigentum der Landeshauptstadt N. steht und insoweit sog. „natürliche Monopolistin“) zu gewähren. Zum einen wollte er erfahren, welche Erlösobergrenzen für die Kalenderjahre 2009, 2010, 2011, 2012 und 2013 festgelegt (Frage 1) und zum anderen welche Anpassungen der Erlösobergrenze jeweils für die Jahre 2010, 2011, 2012 und 2013 verfügt worden seien (Frage 3). Schließlich wollte er wissen,

[3] „2. Um welchen jährlichen Betrag waren gemäß Beschluss vom 7.12.2009 die mit Bescheid vom 3.2.2009 festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die Jahre 2010, 2011 und 2012 im Hinblick auf die Mehrerlösabschöpfung zu reduzieren?“

[4] Betreffend die Beigeladene hatte die Bundesnetzagentur in dem in Bezug genommenen Beschluss vom 7. Dezember 2009 betreffend den Mehrerlös im Bereich Strom verfügt, dass die Beigeladene verpflichtet sei, „zum 1. Januar eines Kalenderjahres, die mit Bescheid vom 03.02.2009 festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die Jahre 2010, 2011 und 2012 im Hinblick auf die Mehrerlösabschöpfung um jeweils ... Euro zu reduzieren.“

[5] Mit seinem Antrag wies der Kläger darauf hin, dass die entsprechenden Daten in anderen Bundesländern veröffentlicht würden, so von der Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg. Auch seien die Entscheidungen der Bundesnetzagentur auf deren Internetseite und im Amtsblatt nach § 74 Satz 1 EnWG zu veröffentlichen.

[6] Die Bundesnetzagentur beteiligte die Beigeladene, die mitteilte, der Antrag beziehe sich auf den Informationszugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen; eine nähere Begründung erfolgte nicht. Mit Bescheid 20. Februar 2013 gab die Bundesnetzagentur dem Antrag vollständig statt; Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse lägen nicht vor. Gegen diesen Bescheid legte die Beigeladene fristgerecht ausdrücklich Widerspruch ein, soweit er die Übermittlung der mit dem Antrag zu 3 gewünschten Daten betraf. [...] [Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]

[7] Mit dem hier angefochtenen Widerspruchsbescheid vom 8. Juli 2013 gab die Bundesnetzagentur dem Widerspruch der Beigeladenen hinsichtlich des noch verbliebenen Antrags zu 2 statt. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, die Angaben zu dem jährlichen Betrag, um den die Erlösobergrenze für die Jahre 2010, 2011 und 2012 im Wege der Mehrerlösabschöpfung zu reduzieren gewesen sei, stellten schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen i.S.v. § 6 Satz 2 IFG dar. Mangels Einwilligung bestehe insoweit kein Informationszugangsanspruch. Es handle sich bei den begehrten Informationen um Unternehmensdaten aus dem Kernbereich des unternehmerischen Handelns der Beigeladenen, die Rückschlüsse auf die Kosten und Ertragslage insgesamt und in Teilen ermöglichten. Auch ein Monopolist habe Anspruch auf Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse, soweit daran – wie hier anzunehmen sei – ein berechtigtes Interesse bestehe. Da die Beträge zur Mehrerlösabschöpfung gerade nicht aus zulässigen und erreichbaren Quellen entnommen werden können, handle es sich nicht um offenkundige Tatsachen. Auch wenn den einschlägigen Jahresabschlüssen zu entnehmen sei, dass die jährliche Mehrerlösabschöpfung für Strom und Gas zusammen 18.417.000,00 EUR betragen habe, woraus eine geschätzte jährliche Mehrerlösabschöpfung Strom auf ca. 12 Mio. Euro abzuleiten sei, seien die konkreten Beträge jedenfalls gerade nicht bekannt und offenkundig. Die konkreten Beträge zur Mehr-

erlösabschöpfung seien nicht veröffentlichungspflichtig nach § 74 EnWG, weil Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach der Kommentarliteratur von der Veröffentlichung ausgenommen werden müssten. Es bestehe damit keine uneingeschränkte Veröffentlichungspflicht aus § 74 EnWG, die jeglichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen grundlegend aushebeln würde. Der Widerspruchsbescheid wurde am 17. Juli 2013 zugestellt.

[8] Am 15. August 2013 hat der Kläger Klage erhoben.

[9] [...] [Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]

Aus den Gründen:

[27] Das Gericht konnte trotz Ausbleibens eines Vertreters der Beigeladenen mündlich verhandeln und entscheiden, da die Beigeladene mit der Ladung hierauf gemäß § 102 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) hingewiesen worden und die Ladung ordnungsgemäß erfolgt ist.

[28] Die zulässige Klage hat im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts auch Erfolg. Der hier nach § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO angegriffene, teilweise ablehnende Widerspruchsbescheid der Bundesnetzagentur vom 8. Juli 2013 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, § 113 Abs. 5 VwGO. Der Kläger hat Anspruch auf den noch nicht gewährten Informationszugang gemäß Frage 2 des Antrags vom 10. Dezember 2012.

[29] Der Kläger ist anspruchsberechtigt. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) hat jeder nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Der Betrag der Mehrerlösabschöpfung, den die Beigeladene verteilt auf drei Jahre zu entrichten hat, ist eine bei der auskunftsverpflichteten Bundesnetzagentur vorhandene, amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung, und damit unabhängig von der Art ihrer Speicherung eine amtliche Information gemäß § 2 Nr. 1 IFG.

[30] Dem Anspruch steht auch nicht § 6 Satz 2 IFG – Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – entgegen. Der annuitätisch verteilte Betrag der Mehrerlösabschöpfung ist nicht als Geschäftsgeheimnis vom Informationszugang nach § 6 Satz 2 IFG ausgeschlossen; danach darf der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur gewährt werden, soweit die Betroffenen eingewilligt haben, woran es hier seitens der Beigeladenen fehlt.

[31] Dies folgt zwar – anders als der Kläger meint – nicht schon aus § 74 Satz 1 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG), wonach die Bundesnetzagentur ihre Entscheidungen, die wie hier auf der Grundlage des Teiles 3 – Regulierung des Netzbetriebs – des Energiewirtschaftsgesetzes (nämlich § 29 Abs. 1 EnWG) getroffen worden sind, auf der Internetseite und in ihrem Amtsblatt zu veröffentlichen hat. Es kann offen bleiben, ob die einfachgesetzliche Vorschrift dazu geeignet ist, den aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen,

[32] vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 –, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 115, 205 (229 ff.) = juris Rn. 81 ff.

[33] zu relativieren. Dagegen spricht die parallele Vorschrift in dem vergleichbaren Bereich der Regulierung des Telekommunikationsmarktes: § 26 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 23. Januar 2016 (BGBl. I S. 106) – TKG – bestimmt insoweit klarer, dass die Bundesnetzagentur die nach diesem Abschnitt getroffenen Maßnahmen unter Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen der betroffenen Unternehmen veröffentlicht. Die einschränkende Regelung in § 26 TKG, dass die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen zu wahren sind, wird als eine rein deklaratorische Verweisung auf die die Bundesnetzagentur allgemein bindenden verfassungsrechtlichen Rechtsgrundsätze verstanden. Nichts Anderes ist vor dem Hintergrund des Schutzes durch Art. 12 Abs. 1 GG auch zu erwarten,

[34] Geppert/Attendorff, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 26 Rn. 7; auf die verfassungsrechtliche Dimension verweisend Arndt/Fezer/Scherer/Graulich, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2015 § 26 Rn. 12.

[35] Für § 74 Satz 1 EnWG kann im Grundsatz – trotz der gegebenen Besonderheiten für den hier betroffenen Markt der Strom- und Gasnetzentgeltregulierung – nichts Abweichendes gelten. Dies wird auch deutlich in § 31 Abs. 1 und 3 der Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (Anreizregulierungsverordnung – ARegV) vom 29. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2529), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 6 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2498). Danach sind zwar bestimmte zentrale Werte – wie die nach den §§ 12 bis 15 ARegV ermittelten Effizienzwerte – netzbetreiberbezogen ebenso in nicht anonymisierter Form im Amtsblatt der Bundesnetzagentur und auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen (Abs. 1). Jedoch bestimmt § 31 Abs. 3 ARegV explizit, dass eine Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht erfolgt. § 74 Satz 1 EnWG ist demnach – jedenfalls in verfassungskonformer Auslegung – kein Ansatz für eine vollständige Veröffentlichung.

[36] Dies kann jedoch dahinstehen, zumal die letztverbindliche Auslegung des § 74 Satz 1 EnWG den damit betrauten Zivilgerichten vorbehalten bleiben muss. Denn zum einen kann sich die Beigeladene nicht auf den verfassungsrechtlichen Schutz eventueller Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen. Zum anderen handelt es sich bei dem Betrag der Mehrerlösabschöpfung nicht um ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des § 6 Satz 2 IFG; selbst wenn, ist es für die Beigeladene als natürliche Monopolistin nicht schützenswert.

[37] Allerdings kann, anders als der Kläger meint, der Schutz etwaiger Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen nicht durch das Transparenzgebot im Strom- und Gasregulierungsrecht sowie ein daraus resultierendes allgemeines Informationsinteresse vor dem Hintergrund des Zwecks des Informationsfreiheitsgesetzes überwunden werden. Nach der klaren Regelung des § 6 Satz 2 IFG kann der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur gewährt werden, soweit die Betroffenen eingewilligt haben, woran es hier fehlt. Anders als im Umweltinformationsrecht (§ 9 Abs. 1 Satz 1 UIG) entfällt der Schutz nach § 6 Satz 2 IFG nicht im Wege der Abwägung,

[38] Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 24. November 2014 – 7 C 12.13 –, juris Rn. 30.

[39] Jedoch greift der Schutz des § 6 Satz 2 IFG für die Beigeladene nicht, sie kann sich schon deshalb nicht auf den Schutz aus § 6 Satz 2 IFG hinsichtlich des Betrags der Mehrerlösabschöpfung berufen, weil insofern jedenfalls kein Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs. 1 GG besteht.

[40] Zwar ist Art. 12 Abs. 1 GG in seinem sachlichen Schutzbereich berührt, wenn im Rahmen der Entgeltkontrolle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch den Staat offen gelegt werden oder deren Offenlegung verlangt,

[41] vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006, a.a.O., BVerfGE 115, 205 (230) = juris Rn. 84 für das Telekommunikationsrecht.

[42] Auch gilt der durch Art. 12 Abs. 1 GG bewirkte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gleichermaßen für die ab dem 29. Oktober 2005 materiell rechtswidrig erhobenen Entgelte, die durch die Mehrerlösabschöpfung eingezogen werden sollen.

[43] vgl. BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Nichtannahmebeschluss vom 21. Dezember 2009 – 1 BvR 2738/08 –, juris Rn. 21 – Vattenfall.

[44] Jedoch kommt der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG der Beigeladenen von vornherein nicht zu, sie ist insoweit als juristische Person in staatlicher Hand nicht grundrechtsfähig.

[45] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt Folgendes: Grundrechtsträger sind nach Art. 19 Abs. 3 GG auch inländische juristische Personen, soweit Grundrechte betroffen sind, die ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Die Grundrechtsfähigkeit einer juristischen Person des öf-

fentlichen Rechts ist vor diesem Hintergrund grundsätzlich dann zu verneinen, wenn diese öffentliche Aufgaben, insbesondere der Daseinsvorsorge, wahrnimmt

[46] vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 2. Mai 1967 – 1 BvR 578/63 –, BVerfGE 21, 362 (369 f.); vom 7. Juni 1977 – 1 BvR 108, 424/3 und 226/4 –, BVerfGE 45, 63 (78); vom 8. Juli 1982 – 2 BvR 1187/80 –, BVerfGE 61, 82 (101); des Ersten Senats vom 31. Oktober 1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82 –, BVerfGE 68, 193 (206); vom 14. Mai 1985 – 1 BvR 449, 523, 700, 728/82 –, BVerfGE 70, 1 (15); vom 14. April 1987 – 1 BvR 775/84 –, BVerfGE 75, 192 (197); vom 10. März 1992 – 1 BvR 454, 470, 602, 616, 905, 939 – 955, 957 – 963, 1128, 1315 – 1318, 1453/91 –, BVerfGE 85, 360 (385); stRspr, vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2014 – 1 BvR 2142/11 –, BVerfGE 138, 64 = juris Rn. 60.

[47] Gleiches gilt für juristische Personen des Privatrechts, die von der öffentlichen Hand vollständig gehalten oder maßgeblich beherrscht werden,

[48] vgl. BVerfG a.a.O., BVerfGE 45, 63 (79 f.); BVerfGE 68, 193 (212 f.); Beschluss vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/06 – BVerfGE 128, 226 (245 f., 247) – Fraport.

[49] Denn eine juristische Person des Privatrechts, deren alleiniger Aktionär oder Inhaber eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, kann sich ebenso wenig wie diese auf Individualgrundrechte berufen. Anderenfalls wäre die Frage der Grundrechtsfähigkeit der öffentlichen Hand in nicht geringem Umfang abhängig von den jeweiligen Organisationsformen; es käme darauf an, ob eine Aufgabe der Daseinsvorsorge von ihrem Träger selbst oder von einer diesem gegenüber rechtlich verselbständigten, privatrechtlich organisierten Verwaltungseinheit erfüllt wird. Ein Betrieb, der ganz der öffentlichen Aufgabe der (gemeindlichen) Daseinsvorsorge gewidmet ist und der sich in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung befindet, stellt daher nur eine besondere Erscheinungsform dar, in der öffentliche Verwaltung ausgeübt wird; er ist in der Frage der Grundrechtssubjektivität in dem hier gegebenen Zusammenhang nicht anders zu behandeln als der Verwaltungsträger selbst,

[50] so explizit für die Stadtwerke Hameln AG das BVerfG in der Grundsatzentscheidung vom 7. Juni 1977, a.a.O., BVerfGE 45, 63 (80).

[51] Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt für solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die von den ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben her unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind, wie Universitäten und Fakultäten, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und Kirchen. Handelt es sich um eine juristische Person des Privatrechts, deren Gesellschafter ausschließlich Städte und Gemeinden sind und nimmt sie als von der öffentlichen Hand gehaltenes Unternehmen nimmt sie typische öffentliche Aufgaben der Daseinsvorsorge wahr, ohne einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet zu sein, ist ihr hingegen der Grundrechtsschutz zu versagen,

[52] so jüngst für Art. 14, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG bei Wahrnehmung von Aufgaben der Wohnraumversorgung und der Förderung des Wohnungsbaus, insbesondere des sozialen Wohnungsbaus: BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 3. November 2015 – 1 BvR 1766/15, 1782/15, 1815/15 –, juris Rn. 6 f. m. w. Nachw.

[53] Die Voraussetzungen für den Ausschluss einer juristischen Person des Privatrechts vom Schutz des hier für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einschlägigen Grundrechts des Art. 12 Abs. 1 GG liegen vor: Die Beigeladene ist ein Energieversorgungsunternehmen in N. und nimmt mit der Gas- sowie der hier in Rede stehenden Stromversorgung klassische Aufgaben der Daseinsvorsorge wahr. Sie ist eine 100 %ige Tochter der Stadtwerke N. GmbH,

[54] vgl. den Geschäftsbericht Stadtwerke N. GmbH 2014

[55] 100 % Anteil am Stammkapital der Beigeladenen.

[56] Die Stadtwerke N. GmbH steht ihrerseits im Alleineigentum der Landeshauptstadt N., denn die Landeshauptstadt N. ist deren Alleingesellschafterin.

[57] Auch nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen ist für die vorliegende Konstellation kein abweichendes Ergebnis anzunehmen: Zwar hat das Gericht in einem den Informationszugang gegenüber der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BIMA) betreffenden Verfahren den Grundrechtsschutz für öffentliche Stellen bejaht, soweit diese wie ein privater Dritter mit der Absicht der Gewinnerzielung am Markt auftreten,

[58] Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW), Urteil vom 19. März 2013 – 8 A 1172/11 –, juris Rn. 127 ff.

[59] Dies ist aber hinsichtlich der Beigeladenen hier gerade nicht der Fall: Während die BIMA genau wie ein Makler am Markt tätig ist und daher in Angebotsbildung etc. sich der Konkurrenz anderer Makler und Anbieter gegenüber sieht, ist dies bei der Beigeladenen als natürlicher Monopolistin gerade nicht der Fall, wie noch dazuzulegen sein wird.

[60] Eine andere Bewertung ist auch nicht vor dem Hintergrund gefordert, dass die Bundesnetzagentur zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen gemäß § 30 VwVfG, § 71 EnWG verpflichtet ist. Auch die dort geregelten Schutzpflichten basieren auf der Prämisse, dass dem Beteiligten des energie-regulierungsrechtlichen Verwaltungsverfahrens der Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs. 1 GG zukommt.

[61] Des Weiteren handelt es sich bei dem Betrag der Mehrerlösabschöpfung nicht um ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des § 6 Satz 2 IFG. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse umfassen alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig sind, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat; Betriebsgeheimnisse betreffen im Wesentlichen technisches Wissen, Geschäftsgeheimnisse – wie hier – vornehmlich kaufmännisches Wissen,

[62] vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03 –, BVerfGE 115, 205 (230 f.); BVerwG, stRspr, vgl. zuletzt Vorlagebeschluss vom 4. November 2015 – 7 C 4.14 –, juris Rn. 16.

[63] Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter werden nur geschützt, wenn der Geheimnisträger ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung hat. Ein solches Interesse ist anzuerkennen, wenn die Offenlegung der Information geeignet ist, exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Konkurrenten zugänglich zu machen und so die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen. Hierfür muss die prognostische Einschätzung nachteiliger Auswirkungen im Fall des Bekanntwerdens der Informationen nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden,

[64] BVerwG, Urteil vom 27. November 2014 – 7 C 12.13 –, juris Rn. 2, Beschluss vom 25. Juli 2013 – 7 B 45.12 –, juris Rn. 10, 16, sowie Urteil vom 24. September 2009 – 7 C 2.09 –, Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 135, 34 (45, 46) = juris Rn. 52, 58 f.

[65] Daran gemessen ist nicht feststellbar, dass es sich bei dem Betrag der Mehrerlösabschöpfung um ein Geschäftsgeheimnis oder um eine den Rückschluss auf ein solches zulassende Information handelt.

[66] Dies liegt – isoliert betrachtet – für den Betrag der Mehrerlösabschöpfung auf der Hand. Dieser wird als „nackte Zahl“ von der Bundesnetzagentur rein rechnerisch ermittelt und bei der hier mit Bescheid vom 3. Februar 2009 verfügte Mehrerlösabschöpfung durch drei geteilt und von den festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen für die Jahre 2010, 2011 und 2012 subtrahiert – um eine konkrete, einem bestimmten Jahreszeitraum zuordnungsfähige, von der Beigeladenen gelieferte Zahl handelt es sich nicht. Darüber hinaus wird schon wegen der Drittelung auch ein konkreter Rückbezug zu den Jahren 2005 bis 2006 ausgeschlossen.

[67] Des Weiteren sind hier im Hinblick auf die ehemals betroffenen Jahre 2005 und 2006 – aber auch für die Jahre 2010 bis 2012 – die Darlegungsanforderungen an das Vorliegen eines schützenswerten Geschäftsgeheimnisses höher anzusetzen. Die Information

betrifft die Mehrerlösabschöpfung für den Zeitraum vom 29. Oktober 2005 bis zum Wirksamwerden der ersten Entgeltgenehmigung für die Beigeladene Ende des Jahres 2006, mithin die Jahre 2005 und 2006 sowie zumindest vier Jahre zurückliegende Erwerbsperioden. Nach einem im Europarecht zu findenden Ansatz beträgt die „Halbwertszeit“ für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fünf Jahre, danach steigt die Darlegungslast der auskunftsverpflichteten Behörde resp. des Drittbetroffenen deutlich an. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Praxis der Kommission wird davon ausgegangen, dass Angaben, die geheim oder vertraulich waren, aber mindestens fünf Jahre alt sind und daher nicht mehr als aktuell anzusehen sind, weder geheim noch vertraulich sind, wenn nicht ausnahmsweise der Betroffene nachweist, dass sie trotzdem ein noch wesentlicher Bestandteil seiner eigenen oder der wirtschaftlichen Stellung eines Dritten sind,

[68] vgl. BVerwG, Vorlagebeschluss vom 4. November 2015 – 7 C 4.14 –, juris Rn. 32. Vgl. auch zu einer Übertragung der europarechtlich fundierten Fünfjahresfrist OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. Januar 2014 – OVG 12 B 50.09 –, juris Rn. 50; VG Berlin, Urteil vom 19. Juni 2014 – 2 K 221.13 –, juris Rn. 54.

[69] Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nunmehr zum einen ein Systemwechsel eingetreten ist, nämlich der Übergang von der kostenorientierten Entgeltregulierung zur Anreizregulierung, und zum anderen – wie die Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung angegeben hat – mittlerweile ab 2014 eine neue Regulierungsperiode begonnen hat.

[70] Aber auch wenn unter dem Blickwinkel des Geschäftsgeheimnisses auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beigeladenen für die Jahre 2010, 2011 und 2011 zu berücksichtigen sind, ist nach dem Vortrag der Bundesnetzagentur und der Beigeladenen nicht erkennbar, dass der Informationszugang zu dem Betrag der Mehrerlösabschöpfung Rückschlüsse auf diese Jahre selbst und das noch in genügend konkreter, geheimnisverletzender Weise zulässt.

[71] So führt die Beigeladene selbst bereits in ihrem Widerspruchsschreiben aus, „Die der Ermittlung der Erlösobergrenze zugrunde liegenden Daten stellen dabei Kennzahlen aus dem Kernbereich des unternehmerischen Handelns der Beigeladenen dar, die Rückschlüsse auf Kosten und Ertragslage insgesamt und in Teilen ermöglichen.“ Darauf ist das Informationszugangsbegehren des Klägers aber nicht gerichtet. Die Mehrerlösabschöpfung betrifft einen betragsmäßigen Abzug von den Erlösobergrenzen. Letztere sind dem Kläger als Antwort auf seine Frage 1 aus dem Verwaltungsverfahren zwar bekannt, aber schon aus der Natur der Information als Erlösobergrenze ist nicht feststellbar oder plausibel dargelegt, inwieweit verlässlich aus der Subtraktion des einen Drittels des abzuschöpfenden Mehrerlösbetrags für jeweils die Jahre 2010, 2011 und 2012 auf weitere wirtschaftliche Kennzahlen der Beigeladenen geschlossen werden kann. Maßstab für die Festlegung der zulässigen Erlösobergrenze ist § 21 Abs. 2 EnWG. Die behördliche zu genehmigende Erlösobergrenze wird danach auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet. Es handelt sich um eine Obergrenze, die Beigeladene kann auch darunter liegende Erlöse erzielen. Jedenfalls bietet die Anreizregulierung genügend Spielraum, inwieweit die Erlösobergrenze und wodurch sie erreicht wird, kann nicht verlässlich aus der Subtraktion von Erlösobergrenze minus Betrag der Mehrerlösabschöpfung geschlossen werden.

[72] Auch die behauptete Gefahr der Herleitung von Stromverteilnetzumsätzen aus der Mehrerlösabschöpfung besteht nicht. Denn diese Daten sind ihrerseits keine Geschäftsgeheimnisse. Die Beigeladene veröffentlicht die Umsatzerlöse im jährlichen Geschäftsbericht und teilt diese dabei aufgeteilt nach Sparten (auch für Strom) mit. Nach § 6b EnWG veröffentlicht die Beigeladene als Stromnetzbetreiberin ohnehin jährlich im elektronischen Bun-

desanzeiger deutlich detailliertere Unternehmensdaten, nämlich ihre nach handelsrechtlichen Maßstäben aufgestellten Gewinn- und Verlustrechnungen zu ihrem Stromnetzbetrieb. Sie kann vor diesem Hintergrund kein berechtigtes Interesse daran haben, ihre Umsätze – ob generell oder nach Sparten aufgeteilt – als geheime Unternehmensdaten behandelt zu wissen.

[73] Im Übrigen bleibt die Behauptung der Bundesnetzagentur, dass sich die Kenntnis von den Mehrerlösabschöpfungsbeträgen unmittelbar auf die Finanzierungskosten auswirken könne, sehr vage und unpräzise. Bei dem Betrag der Mehrerlösabschöpfung handelt es sich um Daten, die ex post betrachtet zu einer Korrektur der ex ante vorgenommenen Entgeltregulierung führen.

[74] Kein anderes Ergebnis ergibt sich daraus, dass die annuitätische Verteilung des Gesamtbetrags der Mehrerlösabschöpfung auf der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen für die Jahre 2010 bis 2012 beruht, auch diese Einschätzung ist weit von einem konkreten „Geheimnis“, von den eigentlichen Unternehmenskennzahlen entfernt, sodass auch insoweit ein Rückschluss auf ein Geschäftsgeheimnis ausgeschlossen erscheint. Dies ergibt sich auch daraus, dass die den Erlösbergrenzen zugrunde liegende Kostenbasis regelmäßig in der Vergangenheit liegt.

[75] Schließlich spricht entscheidend gegen die Einstufung des hier maßgeblichen Betrages der Mehrerlösabschöpfung – auch im Zusammenhang mit den weiteren, dem Kläger bekannten Daten –, dass weder die Beigeladene noch die Bundesnetzagentur darin ein Problem gesehen haben, dass für das Jahr 2013 dem Kläger die ohne einen Mehrerlösabschöpfungsbetrag verfügbaren Erlösbergrenzen resp. deren Anpassungen aufgrund seines Informationszugesbegehrens vom 10. Dezember 2012 bekannt gegeben worden sind. Dabei handelt es sich aber um die identische Art von Unternehmensdaten, die sich nach Abzug der hier im Streit stehenden Mehrerlösabschöpfungsbeträge ergeben werden. Diese sind zudem wesentlich jüngeren Datums. Vor diesem Hintergrund ist das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses für die Jahre 2010 bis 2012, geschweige denn für länger zurückliegende Zeiträume, nicht plausibel dargelegt. Dies gilt umso mehr, wenn man weiter in den Blick nimmt, dass 2014 eine neue Regulierungsperiode begonnen hat.

[76] Selbst wenn es sich um ein schützenswertes Geschäftsgeheimnis handeln würde, ist aufgrund der Besonderheiten des (Gas- und) Stromnetzes ein Wettbewerbsvorteil der Konkurrenten ausgeschlossen. Dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen liegt der Ansatz zugrunde, dass nur wenn eine den Wettbewerb beeinflussende staatliche Maßnahme die Betroffene in ihrer beruflichen Tätigkeit behindert, dies eine Beschränkung ihres Freiheitsrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellt,

[77] BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006, a.a.O., BVerfGE 115, 205 (230) = juris Rn. 84 für das Telekommunikationsrecht.

[78] Hier aber besteht unwidersprochen ein sog. „natürliches“ Monopol, es besteht keine ernsthafte Wettbewerbslage und die „Wettbewerber“ haben keinen Vorteil aus der Kenntnis etwaiger Geschäftsgeheimnisse. Denn ein natürliches Monopol ist dadurch gekennzeichnet, dass es ohne regulierenden Einfluss besteht; es entsteht, wenn ein Unternehmen die hohen Ersterschließungskosten, etwa für aufwendige flächendeckende Infrastrukturmaßnahmen aufwendet, insbesondere bei Eisenbahnnetzen, Versorgung mit Strom, Gas, Wasser; insoweit bestehen für Konkurrenten aufgrund der hohen Kosten, mit denen der Aufbau eines zweiten Netzes verbunden wäre, eine so hohe Markteintrittsbarriere, dass es zu einem echten Wettbewerb nicht kommt und nicht kommen kann. Anders gewendet handelt es sich um einen monopolistischen Engpassbereich. Darunter verstehen Ökonomen, dass eine Netzinfrastruktur – wie hier insbesondere des Stromnetz – aufgrund von Kostenvorteilen, hohen Marktzutrittschranken und geringen Innovationspotentialen für einen längeren Zeitraum weder duplizierbar (neues Netz neben dem alten) noch substituierbar (Verdrängung durch Mitbewerber) ist. Bei den Energieversorgungsnetzen handelt es sich – im Unterschied zu anderen Netzindustrien, wie dem Telekommunikations- oder Post-Sektor – um tatsächliche natürliche

Monopole, die auch durch die Regulierung nicht aufgelöst werden können. Jeder Netzbetreiber versorgt allein ein bestimmtes Gebiet. Potentieller Wettbewerb – der entscheidende Argumentationsansatz für die kartellrechtliche Rechtsprechung, auch natürlichen Monopolisten den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zuzugestehen – durch benachbarte Netzbetreiber ist kaum geeignet, die marktbeherrschende Stellung zu beeinträchtigen; diese erhalten durch Veröffentlichung von Kennzahlen des jeweils anderen Monopolisten keinen Wettbewerbsvorteil. Ein Infrastrukturwettbewerb gehört nicht zu den durch die Bundesnetzagentur zu verwirklichenden Zielen des Energiewirtschaftsgesetzes.

[79] Der „Wettbewerb“ für die Beigeladene als natürlicher Monopolistin wird nur durch die Entscheidungen der Bundesnetzagentur als ein „als-ob-Wettbewerb“ gestaltet, mithin simuliert, um eine regulatorische Entscheidungsgrundlage zu bilden. Dass, wie in der mündlichen Verhandlung seitens der Bundesnetzagentur vorgetragen, für diese regulatorische Entscheidung eine Kenntnis von „Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen“ der Beigeladenen durch andere Stromnetzbetreiber ausgeschlossen sein sollte, ist nicht der Schutzzweck des Art. 12 Abs. 1 GG.

[80] [...] [Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]

29. Zulässigkeit von Blindstromentgelten [Nur Leitsätze der Redaktion]

§§ 17 I, 19 I, 20 I und Abs. 1 a, 31 EnWG

1. Die Bundesnetzagentur ist im Rahmen des besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG befugt, über die Zulässigkeit von Blindstromentgelten, die bei Wirkstrombezug eines Windparks erhoben werden.

2. Die Betreiberin eines Windparks hat Anspruch auf unentgeltlichen Austausch von Blindleistung beim Strombezug.

(Leitsätze der Redaktion)

BNetzA, B. v. 17.03.2016 – BK6-13-047