

MAXIMILIAN HEMMERT-HALSWICK

# Regulierungstransparenz und Geheimnisschutz

*Energierecht*

29

---

**Mohr Siebeck**

# ENERGIERECHT

Beiträge zum deutschen, europäischen  
und internationalen Energierecht

Herausgegeben von

Jörg Gundel und Knut Werner Lange

29





Maximilian Hemmert-Halswick

# Regulierungstransparenz und Geheimnisschutz

Untersuchung zu behördlichen Offenlegungspflichten  
und ihren Grenzen am Beispiel der energierechtlichen  
Entgeltregulierung

Mohr Siebeck

*Maximilian Hemmert-Halswick*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität zu Köln mit Sprachstudien in Peking; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster; seit 2020 Masterstudium an der University of Connecticut und Gruppenleiter für Energiewenderecht am Institut für die Transformation des Energiesystems der FH Westküste in Heide.

D 6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2020

ISBN 978-3-16-159879-1 / eISBN 978-3-16-159978-1

DOI 10.1628/978-3-16-159978-1

ISSN 2190-4766 / eISSN 2569-3921 (Energierrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Monopole und Geheimnisschutz – dass hierin kein Widerspruch liegen soll, ist begründungsbedürftig. Erst in den letzten Jahren aber hat sich dieses Spannungsverhältnis zu einem Dauerbrenner vor deutschen Gerichten entwickelt. Grund hierfür war die Einführung von neuen Transparenzpflichten in Bezug auf die Betreiber von Energieversorgungsnetzen im Jahr 2017. Im Schreibzeitraum mussten deshalb die Grundannahmen der Arbeit wiederholt hinterfragt und angepasst werden. Sollte bald, wie von Seiten der Rechtsprechung nahegelegt, der Gesetzgeber für klarere Verhältnisse sorgen, so dokumentiert diese Arbeit den wohl eher unbefriedigenden Status quo ante eines Zerwürfnisses mit ministerieller Verordnungsgebung, strenger Judikatur und einer dazwischen befindlichen Bundesnetzagentur in den Hauptrollen.

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von August 2020.

Entstanden ist diese Arbeit während meiner dreijährigen Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Münsteraner Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM). Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M., bin ich außerordentlich dankbar für die lehrreiche Zeit und gute Arbeitsatmosphäre an seinem Lehrstuhl sowie für die konstruktive Begleitung des Dissertationsprojekts mit der Ermöglichung von vertieften Einblicken in die Regulierungspraxis. Herrn Prof. Dr. Hans D. Jarass, LL.M., danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen Anregungen. Es sei auch Frau Prof. Dr. Sabine Schlacke für die angenehme Durchführung des Kolloquiums gedankt. Den Herausgebern, Herrn Prof. Dr. Jörg Gundel und Herrn Prof. Dr. Knut Werner Lange, danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Energie recht“.

Daneben gebührt zahlreichen Wegbegleitern Dank. Hervorgehoben möchte ich mich bedanken bei Jan Christopher Kalbhenn, LL.M., für stete Ermunterung und die gemeinsame Autoren- und Lehrtätigkeit, Karmen Stürznickel für Zuspruch und Förderung, Dr. Marius Stracke und Dr. Sarah Hartmann für die Unterstützung bei der Einarbeitung in die vielfältigen Themen des Lehrstuhls, Dr. Christopher Pape, LL.M., Christan Schepers und meinem Bruder Konstantin Hemmert-Halswick für anregende fachliche Diskussionen und Hinweise,

Justus Rademacher für betriebswirtschaftliche Erläuterungen, meiner Schwester Ricarda Hemmert-Halswick für professionelle bibliothekarische Unterstützung bei kniffligen Recherchefragen, Derman Aktas-Paszkiot und Constanze Vierling für die jeweils sehr nette Bürogemeinschaft, Florian Flamme für das Menschliche.

Meinem Vater, Dr. Arnold Hemmert-Halswick, möchte ich für sorgfältiges Korrekturlesen Danke sagen; meiner Mutter, Siegrid Hemmert-Halswick, für Unterstützung in vielerlei Hinsicht. Dafür, dass der Prozess der Entstehung dieser Arbeit ein schöner und von vielen unvergesslichen Momenten geprägter war, bin ich meiner lieben Friederike sehr dankbar.

Friedrichskoog, im Oktober 2020

*Maximilian Hemmert-Halswick*

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis. . . . .	IX
Einleitung . . . . .	1
§ 1 Einführung in das Thema . . . . .	1
§ 2 Zentrale Fragestellung. . . . .	3
§ 3 Gang der Untersuchung . . . . .	5
Kapitel 1: Energienetzentgelte und Markierung des Ausgangspunkts der Untersuchung . . . . .	7
§ 1 Regulierung der Netzentgelte . . . . .	7
§ 2 Ausgangspunkt der Untersuchung: Problemkonstellationen . . . . .	33
§ 3 Zusammenfassung . . . . .	35
Kapitel 2: Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Energienetzbetreibern . . . . .	36
§ 1 EU-rechtlicher Geheimnisschutz . . . . .	36
§ 2 Verfassungsrechtlicher Geheimnisschutz . . . . .	48
§ 3 Einfachrechtlicher Geheimnisschutz durch die Regulierungsbehörde und in relevanten Gerichtsverfahren . . . . .	85



§ 4 Analyse einzelner Daten hinsichtlich ihrer Schutzwürdigkeit . . . .	158
<b>Kapitel 3: Herstellung von Transparenz . . . . .</b>	<b>188</b>
§ 1 Transparenz für wen? – Hier: Netznutzer und andere Dritte . . . .	188
§ 2 Ziele und positive Effekte von transparenten Netzentgelten . . . .	189
§ 3 Energierechtliches Transparenzgebot . . . . .	198
§ 4 Transparenzvorschriften . . . . .	202
<b>Kapitel 4: Defizite in der aktuellen Rechtslage . . . . .</b>	<b>239</b>
§ 1 Behördlicher Geheimnisschutz . . . . .	239
§ 2 Transparenzvorschriften . . . . .	241
§ 3 Rechtsschutzaspekte mit Bezug zur Transparenzdiskussion . . . .	244
§ 4 Zusammenfassung . . . . .	264
<b>Kapitel 5: Regelungsvorschläge – Herstellung einer Balance zwischen Transparenz und Geheimnisschutz de lege ferenda</b>	<b>266</b>
§ 1 Energierechtlicher Geheimnisschutz . . . . .	266
§ 2 Transparenzvorschriften . . . . .	268
§ 3 Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten . . . . .	273
<b>Kapitel 6: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .</b>	<b>280</b>
Literaturverzeichnis . . . . .	287
Sachregister . . . . .	307

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Einleitung . . . . .	1
§ 1 Einführung in das Thema . . . . .	1
§ 2 Zentrale Fragestellung. . . . .	3
§ 3 Gang der Untersuchung . . . . .	5
Kapitel 1: Energienetzentgelte und Markierung des Ausgangspunkts der Untersuchung . . . . .	7
§ 1 Regulierung der Netzentgelte . . . . .	7
I. Energieversorgungsnetze . . . . .	7
II. Netzzugang . . . . .	9
III. Netzentgelte und Zusammensetzung der Strompreise . . . . .	10
IV. Überblick zur Bestimmung der Netzentgelte . . . . .	12
1. Historischer Abriss. . . . .	12
2. Anreizregulierung . . . . .	14
a) Idee hinter der Anreizregulierung . . . . .	14
b) Festsetzung von Erlösobergrenzen. . . . .	15
c) Effizienzvergleich . . . . .	17
d) Die Gefahr der Setzung von Fehlanreizen . . . . .	19
3. Ermittlung der Netzentgelte nach den Entgeltverordnungen . . . . .	20
4. Bundeseinheitliche Übertragungsnetzentgelte . . . . .	21
V. Informationserhebungen zur Ermittlung der Erlösobergrenzen. . . . .	23
1. Bedeutung für die Herstellung von Transparenz . . . . .	23
2. Multipolarität der regulierungsrechtlichen Beziehungen und Informationsasymmetrien. . . . .	24
3. Datenerhebungsbefugnisse . . . . .	26

a) Datenerhebung nach §§ 27 ff. ARegV . . . . .	26
b) Prüfung bzw. Belastbarkeit der Daten . . . . .	28
c) Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die regulierten Unternehmen . . . . .	30
§ 2 <i>Ausgangspunkt der Untersuchung: Problemkonstellationen</i> . . . . .	33
I. Veröffentlichung von Regulierungsentscheidungen . . . . .	33
II. Veröffentlichung von Netzbetreiberdaten . . . . .	33
III. Gerichtsverfahren . . . . .	34
IV. Zwischenergebnis . . . . .	35
§ 3 <i>Zusammenfassung</i> . . . . .	35

## Kapitel 2: Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Energienetzbetreibern . . . . . 36

§ 1 <i>EU-rechtlicher Geheimnisschutz</i> . . . . .	36
I. Geheimnisschutz als allgemein anerkannter Grundsatz . . . . .	36
II. EU-Grundrechte . . . . .	37
1. Eigentumsfreiheit aus Art. 17 GRC . . . . .	38
2. Unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC . . . . .	39
3. Schutz von öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen . . . . .	39
4. Zwischenergebnis . . . . .	41
III. Geheimnisschutzrichtlinie . . . . .	42
IV. Strommarkt- und Gasmarkttrichtlinie . . . . .	44
1. Schutz „wirtschaftlich sensibler Informationen“ in der Strom- und der Gasmarkttrichtlinie . . . . .	44
2. Entflechtungsrechtliche Begriffsprägung . . . . .	44
3. Folgen für das nationale Recht . . . . .	45
a) Schutz für alle Marktakteure . . . . .	46
b) Richtlinie nicht abschließend . . . . .	47
aa) Umsetzungsspielraum für Mitgliedstaaten . . . . .	47
bb) Grenzen des Umsetzungsspielraums in Bezug auf Transparenz und Geheimnisschutz . . . . .	47
V. Zwischenergebnis . . . . .	48
§ 2 <i>Verfassungsrechtlicher Geheimnisschutz</i> . . . . .	48
I. Verortung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen . . . . .	48
1. Einschlägige Grundrechte . . . . .	49

a)	Berufsfreiheit . . . . .	49
b)	Eigentumsfreiheit . . . . .	50
c)	Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG . . . . .	52
2.	Grundrechtsfähigkeit von Energienetzbetreibern. . . . .	54
a)	Grundrechtsinhaltsseite . . . . .	54
b)	Grundrechtsträgerseite . . . . .	54
aa)	Gesellschafterstruktur von Netzbetreiberunternehmen . . . . .	55
(1)	Betätigung der öffentlichen Hand als Netzbetreiber . . . . .	55
(2)	Unterscheidung: Öffentliches Unternehmen, gemischtwirtschaftliches Unternehmen und Eigengesellschaft . . . . .	56
(3)	Netzbetreiber in privater Hand . . . . .	56
bb)	Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtspflichtigkeit von öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen . . . . .	57
(1)	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	57
(a)	Stadtwerke Hameln . . . . .	58
(b)	HEW-Beschluss . . . . .	59
(c)	Beschluss zum grundrechtlichen Geheimnisschutz der Telekom AG . . . . .	59
(d)	Mainova . . . . .	59
(e)	Fraport . . . . .	60
(f)	Freizeitbad-GmbH. . . . .	60
(g)	Vattenfall . . . . .	61
(h)	Deutsche Bahn AG . . . . .	62
(i)	Zusammenfassung . . . . .	62
(2)	BVerwG-Urteil zur Grundrechtsfähigkeit der Telekom AG . . . . .	63
(3)	Meinungen in der Literatur . . . . .	64
(a)	Belange der privaten Minderheitsaktionäre . . . . .	64
(b)	Das Kriterium des beherrschenden Einflusses . . . . .	65
(c)	Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe als Differenzierungskriterium . . . . .	66
(d)	Grundrechtstypische Gefährdungslage . . . . .	68
(4)	Zusammenführung der Argumente . . . . .	69
c)	Zusammenfassung . . . . .	70
3.	Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus Art. 28 Abs. 2 GG . . . . .	71
a)	Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung im Energiebereich . . . . .	71

b) Geheimnisschutz als Teil des Schutzes durch Art. 28 Abs. 2 GG . . . . .	73
4. Geheimnisschutz für öffentliche Unternehmen als allgemeiner Grundsatz – Aufwertung fiskalischer Interessen durch das „Deutsche Bahn-Urteil“ . . . . .	74
a) Wesentliche Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Geheimnisschutz von öffentlichen Unternehmen . . . . .	74
b) Übertragbarkeit auf andere Wirtschaftsbereiche . . . . .	75
c) Kritik . . . . .	76
d) Reichweite des Schutzes . . . . .	76
e) Zwischenergebnis. . . . .	77
II. Verhältnis von verfassungsrechtlichem und einfachrechtlichem Geheimnisschutz . . . . .	77
1. VG Köln: Grundrechtlicher Geheimnisschutz auch für das einfache Recht maßgebend . . . . .	77
2. Kritik am Urteil des VG Köln. . . . .	78
a) Einfachrechtlicher Geheimnisschutz nicht bloß deklaratorischer Verweis auf grundrechtlichen Geheimnisschutz . . . . .	78
b) Keine „Relativierung“ des Geheimnisschutzes durch Anwendung auf staatlich beherrschte Unternehmen . . . . .	79
c) Fehlgehen des Verweises auf das Urteil des OVG Münster . . . . .	79
3. Argumente aus Rechtsprechung und Literatur: Einfachrechtlicher Geheimnisschutz unabhängig von Grundrechtsfähigkeit . . . . .	80
a) Relevanz der einfachrechtlichen Wettbewerbsordnung . . . . .	80
b) Grundsätzliche Trennung von Verfassungsrecht und einfachem Recht . . . . .	82
4. Stellungnahme . . . . .	83
III. Zwischenergebnis . . . . .	85
§ 3 <i>Einfachrechtlicher Geheimnisschutz durch die Regulierungsbehörde und in relevanten Gerichtsverfahren</i> . . . . .	
I. Die energierechtliche Geheimnisschutznorm des § 71 EnWG . . . . .	86
II. Geheimnisschutz durch die Regulierungsbehörde nach § 30 VwVfG . . . . .	86
1. Allgemeine Geheimnisschutznorm für das Verwaltungs- bzw. Regulierungsverfahren . . . . .	86
2. Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses i.S.d. § 30 VwVfG . . . . .	87
a) Definition . . . . .	87
b) Definitionsmerkmale . . . . .	88

aa)	Tatsachen, Umstände und Vorgänge . . . . .	88
bb)	Unternehmensbezogenheit . . . . .	88
cc)	Nichtoffenkundigkeit . . . . .	89
dd)	Geheimhaltungswille . . . . .	90
ee)	Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse . . . . .	91
	(1) Wettbewerbsrelevanz der Information . . . . .	91
	(2) Inhärente Abwägung beim berechtigten Geheimhaltungsinteresse?. . . . .	92
	(a) Problemaufriss . . . . .	92
	(b) Relevanz für das Energierecht . . . . .	93
	(c) Ratio legis: keine inhärente Abwägung . . . . .	93
c)	Begriffsverständnis nach der EU-Geheimnisschutzrichtlinie und möglicher Einfluss auf das Begriffsverständnis der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse i.S.d. § 30 VwVfG . . . . .	95
aa)	Definition in der GehSchRI . . . . .	95
bb)	Unterschiede zur Definition des Bundesverfassungsgerichts. . . . .	96
	(1) Nur Verwendung des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses . . . . .	96
	(2) Information vs. Tatsachen, Umstände, Vorgänge. . . . .	97
	(3) Geheimheit vs. Nichtoffenkundigkeit . . . . .	97
	(4) Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen vs. Geheimhaltungswille . . . . .	98
	(5) Kommerzieller Wert vs. berechtigtes Geheimhaltungsinteresse . . . . .	98
	(6) Zwischenergebnis zu den Unterschieden. . . . .	99
cc)	Auswirkungen der Geheimnisschutzrichtlinie auf das öffentliche Recht . . . . .	100
	(1) Verfolgung unterschiedlicher Zwecke . . . . .	100
	(2) Geheimhaltungsmaßnahmen für Behörde oft nicht erkennbar. . . . .	100
	(3) Zwischenergebnis . . . . .	101
d)	Zusammenfassung und maßgeblicher Diskussionspunkt bei Netzbetreibern . . . . .	102
3.	Geheimhaltungsinteresse bei Energienetzbetreibern als Monopolunternehmen . . . . .	102
a)	Monopolstellung im Netz . . . . .	102
b)	Wettbewerb mit anderen Netzbetreibern . . . . .	103
aa)	Effizienzwettbewerb . . . . .	103
bb)	Konzessionswettbewerb . . . . .	105
	(1) Das Konzessionsverfahren . . . . .	105

(2) Das Konzessionsverfahren als Wettbewerbsverhältnis zur Begründung eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses . . . . .	106
(3) Relevanz von Offenlegungspflichten des Altkonzessionärs für die Diskussion . . . . .	107
c) Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Ebenen . . . . .	109
aa) Beschaffungswettbewerb . . . . .	109
bb) Wettbewerb um Personal . . . . .	111
d) Zwischenergebnis . . . . .	112
e) Datenkategorien zur Ermittlung des berechtigten Geheimhaltungsinteresses von Energienetzbetreibern . . . . .	113
aa) Informationelles Proprium . . . . .	113
bb) Rückschlussinformationen . . . . .	113
cc) Aggregierte Daten . . . . .	114
dd) Regulatorische Daten . . . . .	116
ee) Alter der Information . . . . .	117
(1) Grundsätzliche Überlegungen zur Beziehung zwischen Alter und berechtigtem Geheimhaltungsinteresse . . . . .	117
(2) Fünf-Jahres-Marke . . . . .	118
(3) Zwischenergebnis . . . . .	119
ff) Zusammenfassung: Datenkategorien . . . . .	120
f) Zwischenergebnis: Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 30 VwVfG . . . . .	120
4. Befugheitsklausel zur Offenlegung . . . . .	120
a) Einverständnis des Betroffenen in die Offenlegung . . . . .	121
b) Rechtsvorschrift . . . . .	122
c) Abwägung . . . . .	122
d) Zwischenergebnis . . . . .	123
5. Zusammenfassung: Geheimnisschutz nach § 30 VwVfG . . . . .	124
III. Geheimnisschutz im Beschwerdeverfahren nach §§ 83 f. EnWG . . . . .	125
1. Zulässigkeit des Beschwerdeverfahrens . . . . .	125
a) Statthafte Beschwerdeart – Rechtsschutzsituationen . . . . .	125
b) Zulässigkeitsvoraussetzungen . . . . .	127
aa) Beteiligung im behördlichen Verfahren . . . . .	127
bb) Ermessensentscheidung der Behörde über die Beiladung . . . . .	130
cc) Ausnahme von der formalisierten Beschwerdebefugnis . . . . .	131
dd) Erfordernis der formellen und materiellen Beschwerde . . . . .	132
c) Zusammenfassung . . . . .	134
2. Ausgestaltung des Geheimnisschutzes . . . . .	134

a)	Beziehung und Verwertbarkeit von Akten der Regulierungsbehörde . . . . .	134
b)	Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – Verweigerung des Akteneinsichtsrechts. . . . .	135
aa)	Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als Grenze des Akteneinsichtsrechts . . . . .	135
bb)	Zwischenverfahren zur Offenlegung . . . . .	136
(1)	Verfahrensablauf . . . . .	136
(a)	In-Camera-Einsichtnahme in die Vorakten?. . . . .	136
(b)	Abwägungsentscheidung zur Einführung der Vorakten ins Verfahren . . . . .	137
(2)	Hauptsächliche Konfliktkonstellation für Erlösobergrenzen . . . . .	138
3.	Zwischenergebnis . . . . .	138
IV.	Die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB und die dortige Ausgestaltung des Geheimnisschutzes . . . . .	139
1.	Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB auf Netznutzungsentgelte. . . . .	140
a)	Anwendbarkeit des § 315 BGB auf Energienetzentgelte (nationales Recht) . . . . .	140
aa)	Vorliegen eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts . . . . .	140
bb)	Energieregulierungsrechtliche Besonderheiten . . . . .	141
(1)	Anpassung der Netzentgelte während einer Regulierungsperiode . . . . .	142
(2)	Konkurrenz zwischen behördlicher und gerichtlicher Kontrolle . . . . .	143
(3)	Rechtsschutz als Grund für die Anwendbarkeit des § 315 BGB . . . . .	144
cc)	Zwischenfazit . . . . .	145
b)	Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur eisenbahnrechtlichen Entgeltkontrolle nach § 315 BGB . . . . .	146
aa)	Grundsätzliche Aussagen des Gerichts . . . . .	146
bb)	Übertragbarkeit auf das Energierecht . . . . .	148
(1)	Gemeinsamkeiten zwischen der Eisenbahnrichtlinie und den energierechtlichen Binnenmarkttrichtlinien . . . . .	148
(2)	Unterschiede zwischen den Sektoren . . . . .	149
(3)	Streitentscheid zur Übertragbarkeit . . . . .	150
cc)	Dennoch: Weiterhin zukünftige Anwendung wegen geringer Vorlagewahrscheinlichkeit . . . . .	151
2.	Geheimnisschutz und Informationsasymmetrien im Rahmen der Billigkeitskontrolle: Die Darlegung der Unbilligkeit . . . . .	153



a)	Die Billigkeit des einseitig bestimmten Entgelts . . . . .	153
b)	Darlegungslast zur Unbilligkeit . . . . .	153
c)	Die Indizwirkung der Entgeltfestsetzung – richterrechtliche Anpassungen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen . . . . .	154
aa)	Die Indizwirkung und ihre Erschütterung . . . . .	154
bb)	Indizwirkung auch für Erlösobergrenzenfestsetzung. . . . .	156
d)	Zwischenergebnis. . . . .	157
V.	Zusammenfassung. . . . .	157
§ 4	<i>Analyse einzelner Daten hinsichtlich ihrer Schutzwürdigkeit</i> . . . . .	158
I.	Beispiele aus der Veröffentlichungs- bzw. Schwärzungspraxis der Bundesnetzagentur. . . . .	158
II.	Unternehmensstrategien . . . . .	161
III.	Informationen zur Versorgungsqualität . . . . .	162
IV.	Kalkulatorische Daten . . . . .	163
V.	Anlagengruppenscharfe Kostendaten . . . . .	164
VI.	Katalog des § 31 ARegV 2016 . . . . .	164
1.	Hintergründe zur Verordnungsgebung . . . . .	164
2.	Schutzwürdigkeit der einzelnen Daten . . . . .	166
a)	Erlösobergrenzen . . . . .	166
b)	Regulierungskonto . . . . .	167
aa)	Sinn und Zweck des Regulierungskontos . . . . .	167
bb)	Exkurs: Zur Geheimnisqualität des Mehrerlösabschöpfungsbetrags. . . . .	168
cc)	Geheimhaltungsbedürftigkeit des Saldos des Regulierungskontos . . . . .	169
c)	Effizienzwerte . . . . .	170
d)	Vergleichs- und Aufwandsparameter . . . . .	171
aa)	Aufwandsparameter . . . . .	172
bb)	Vergleichsparameter . . . . .	173
e)	Erweiterungsfaktor und Kapitalkostenaufschlag . . . . .	174
f)	Genehmigte Investitionsmaßnahmen. . . . .	176
g)	Dauerhaft nichtbeeinflussbare Kostenanteile als Summenwert . . . . .	177
h)	Kosten durch vermiedene Netzentgelte als Summenwert . . . . .	179
i)	Volatile Kostenanteile als Summenwert . . . . .	179
j)	Kennzahlen zur Versorgungsqualität. . . . .	181
k)	Zwischenergebnis. . . . .	182
3.	Die Auswirkungen der Entscheidung des BGH zur Veröffentlichung von Netzbetreiberdaten nach § 31 ARegV auf die Schwärzungs- und Veröffentlichungspraxis . . . . .	183

a) Auswirkungen auf die Veröffentlichung von Daten nach § 31 Abs. 1 ARegV . . . . .	183
b) Auswirkungen auf die sonstige Schwärzungspraxis . . . . .	184
aa) Hinweispapier vom 13. März 2017 . . . . .	184
(1) Allgemeine Ausführungen zum Geheimnisschutz . . . . .	184
(2) Datenkategorien . . . . .	185
bb) Aktualisiertes Hinweispapier vom 22. März 2019 . . . . .	186
cc) Fazit . . . . .	186
VII. Zwischenergebnis . . . . .	187
Kapitel 3: Herstellung von Transparenz . . . . .	188
§ 1 <i>Transparenz für wen? – Hier: Netznutzer und andere Dritte</i> . . . . .	188
§ 2 <i>Ziele und positive Effekte von transparenten Netzentgelten</i> . . . . .	189
I. Verfahrenstransparenz zur Kostensenkung und zur Verhinderung eines Regulatory Capture . . . . .	190
II. Wettbewerbsetablierung . . . . .	193
III. Erleichterung der Energiewende und wissenschaftliche Zwecke . . . . .	193
IV. Marktdisziplinierung und Akzeptanzsteigerung . . . . .	195
V. Bessere Entscheidungsgrundlage für Vertragspartner und Investoren . . . . .	196
VI. Gerichtliche Überprüfung und Erhöhung der Rechtsschutzmöglichkeiten . . . . .	197
§ 3 <i>Energierightliches Transparenzgebot</i> . . . . .	198
I. Energierightliches Transparenzgebot aus dem Unionsrecht . . . . .	198
II. Transparenzgebot im EnWG . . . . .	199
1. § 21 EnWG . . . . .	199
2. Transparenzgebot aus der Zusammenschau weiterer Vorschriften . . . . .	200
III. Zwischenergebnis . . . . .	201
§ 4 <i>Transparenzvorschriften</i> . . . . .	202
I. Arten von Transparenzvorschriften . . . . .	202
II. § 74 EnWG . . . . .	202
1. Gegenstand der Veröffentlichungspflicht der Regulierungsbehörden nach § 74 EnWG . . . . .	202
2. Veröffentlichung der Entscheidungsgründe?. . . . .	202

3.	Grenze der Veröffentlichungspflicht durch Geheimnisschutz. . . . .	204
4.	§ 74 EnWG als Offenbarungsbefugnis i.S.v. § 30 VwVfG . . . . .	204
III.	Veröffentlichung von Netzbetreiberdaten nach § 31 ARegV. . . . .	205
1.	Neuregelung 2016 . . . . .	205
a)	Ziele der Neuregelung . . . . .	205
b)	Einschätzung zur Transparenzsteigerung. . . . .	206
c)	Wegfall von § 31 Abs. 3 ARegV . . . . .	207
2.	Ermächtigungsgrundlage . . . . .	208
a)	Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage . . . . .	208
aa)	Kein ausdrücklicher Hinweis auf die Regelung von Veröffentlichungspflichten. . . . .	208
bb)	Veröffentlichungsregelungen als Ausgestaltung der Durchführung der Anreizregulierung . . . . .	209
b)	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage . . . . .	211
c)	Grenzen für den Ordnungsgeber durch Geheimnisschutz . . . . .	212
aa)	Auslegung von § 21a Abs. 6 S. 2 EnWG im Lichte von § 30 VwVfG . . . . .	212
bb)	§ 31 Abs. 1 ARegV als Offenbarungsbefugnis . . . . .	213
3.	Zusammenfassung . . . . .	214
IV.	Katalog des Art. 30 Netzkodex für harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen . . . . .	215
1.	Hintergrund . . . . .	215
2.	Zu veröffentlichende Informationen. . . . .	217
3.	Vereinbarkeit mit Geheimnisschutz . . . . .	218
a)	Prüfungsmaßstab . . . . .	218
b)	Vereinbarkeit mit dem Geheimnisschutz aus der Grundrechtecharta . . . . .	219
4.	Verhältnis zum nationalen Recht . . . . .	220
V.	Informationsfreiheitsgesetze . . . . .	220
1.	Bedeutung der IFG-Praxis für die Veröffentlichung von Regulierungsentscheidungen nach § 74 EnWG . . . . .	221
2.	Anspruch auf Informationszugang . . . . .	222
a)	Allgemeiner Anspruch . . . . .	222
b)	Anspruchsverpflichtete . . . . .	222
c)	Anwendbarkeit . . . . .	223
d)	Relevante Versagungsgründe für die Informationsherausgabe im Kontext der Erlösobergrenzenregulierung . . . . .	225
aa)	Grundsätzliches zu den Ausschlussstatbeständen. . . . .	226

bb)	Nachteilige Auswirkungen auf Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben der Finanz-, Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden (§ 3 Nr. 1d IFG-Bund) . . . . .	227
	(1) Behinderung der Regulierungstätigkeit . . . . .	227
	(2) IFG-Bereichsausnahme für die Entgeltregulierung im Energierecht? . . . . .	228
cc)	Vertrauliche Informationen . . . . .	229
	(1) Begriff der vertraulichen Information und Schutzzweck . . . . .	230
	(2) Keine grundsätzliche Vertraulichkeit der von den Regulierungsbehörden erhobenen Daten . . . . .	230
dd)	Fiskalische Interessen . . . . .	232
ee)	Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse . . . . .	233
	(1) Absoluter und relativer Geheimnisschutz . . . . .	233
	(a) Absoluter Geheimnisschutz – insbesondere IFG-Bund . . . . .	234
	(b) Relativer Geheimnisschutz – IFG der Länder . . . . .	235
	(2) Unterschiedliche Transparenzniveaus als Folge des Unterschieds zwischen absolutem und relativem Geheimnisschutz . . . . .	237
3.	Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse zu den Informationsfreiheitsgesetzen. . . . .	237
VI.	Zwischenergebnis . . . . .	238
Kapitel 4:	Defizite in der aktuellen Rechtslage . . . . .	239
§ 1	Behördlicher Geheimnisschutz . . . . .	239
I.	Zu weitgehender Schutz . . . . .	239
II.	Keine spezifische Geheimnisschutzvorschrift für das Energierecht. . . . .	240
§ 2	Transparenzvorschriften . . . . .	241
I.	Veröffentlichung von Netzbetreiberdaten (§ 31 ARegV) . . . . .	241
	1. Nur geringe Transparenz nach derzeitigem Recht . . . . .	241
	2. Anforderungen durch Art. 59 Abs. 9 ErtRI . . . . .	242
II.	Gegenstand von Veröffentlichungspflichten nach § 74 EnWG. . . . .	243
§ 3	Rechtsschutzaspekte mit Bezug zur Transparenzdiskussion . . . . .	244
I.	Relevanz für die Transparenzdiskussion . . . . .	244
II.	EU-rechtliche Vorgaben . . . . .	245

1.	Begriff des Betroffenen in Art. 60 Abs. 8 EIR und Art. 41 Abs. 17 GasRI . . . . .	245
2.	Erfordernis eines geeigneten Verfahrens für Betroffene . . . . .	247
III.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Hinblick auf Informations- und Transparenzdefizite . . . . .	247
1.	Justizgewährungsrecht und Effektivität des Rechtsschutzes . . . . .	247
a)	Für Netznutzerinteressen: Kein Schutz nach Art. 19 Abs. 4 GG . . . . .	248
b)	Allgemeiner Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG . . . . .	249
c)	Informationsrechtliche Dimension des Rechts auf effektiven Rechtsschutz . . . . .	250
2.	Recht auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG . . . . .	251
3.	Prozessuale Waffengleichheit. . . . .	252
4.	Zwischenergebnis . . . . .	253
IV.	Vereinbarkeit der jetzigen Rechtsschutzmöglichkeiten mit diesen Anforderungen . . . . .	253
1.	Beschwerdeverfahren nach §§ 75 ff. EnWG . . . . .	253
a)	Hohe Zulässigkeitsvoraussetzungen . . . . .	253
b)	Keine materielle Beschwer für Verbände . . . . .	254
c)	Kein In-Camera-Hauptverfahren . . . . .	254
aa)	Ausgestaltung eines In-Camera-Hauptverfahrens – Vergleich mit Telekommunikationsrecht . . . . .	254
bb)	Notwendigkeit für das EnWG-Beschwerdeverfahren?. . . . .	256
2.	Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB . . . . .	257
a)	Grundsätzliche Kritik an der Indizwirkung-Rechtsprechung. . . . .	257
b)	Ausgestaltung der Indizwirkung – Anforderung an die Erschütterung. . . . .	258
aa)	Vorwurf: Unmöglichkeit der Erschütterung der Indizwirkung . . . . .	259
bb)	Erschütterung der Indizwirkung ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse?. . . . .	259
cc)	Plausible Einwände anstatt Erschütterung. . . . .	260
c)	Entschärfung des Problems durch verstärkte Transparenz? . . . . .	261
3.	Zusammenführung der Erkenntnisse . . . . .	262
a)	Zulässigkeitsvoraussetzungen zum Beschwerdeverfahren. . . . .	262
b)	Rechtfertigung hoher Zulässigkeitsvoraussetzungen unter Verweis auf die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB . . . . .	262

c) Verstärkte Anwendung des energierechtlichen Beschwerdeverfahrens . . . . .	263
d) Praktische Konkordanz zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimnisschutz . . . . .	263
§ 4 Zusammenfassung . . . . .	264
<b>Kapitel 5: Regelungsvorschläge – Herstellung einer Balance zwischen Transparenz und Geheimnisschutz de lege ferenda</b>	<b>266</b>
§ 1 <i>Energierrechtlicher Geheimnisschutz</i> . . . . .	266
I. Regelungsvorschlag . . . . .	266
II. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht . . . . .	268
§ 2 <i>Transparenzvorschriften</i> . . . . .	268
I. Veröffentlichungspflichten. . . . .	269
1. Ausweitung der Veröffentlichungen nach § 74 EnWG . . . . .	269
2. Veröffentlichung von Netzbetreiberdaten . . . . .	269
a) Parameter für eine neue Regelung . . . . .	270
b) Regelungsmöglichkeiten . . . . .	270
c) Gesamtbetrachtung zu den Regelungsvorschlägen . . . . .	271
II. Überprüfung von Veröffentlichungen. . . . .	272
§ 3 <i>Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten</i> . . . . .	273
I. Beteiligungsrechte am Regulierungsverfahren im Hinblick auf die Beschwerdebefugnis . . . . .	274
1. Herausgearbeitete Eckpfeiler und Anforderungen . . . . .	274
2. Regelungsvorschläge . . . . .	275
a) Ausarbeitung transparenter Beiladungskriterien . . . . .	275
b) Keine überhöhten Anforderungen an die materielle Beschwer . . . . .	276
c) Beschwerdebefugnis für Verbände . . . . .	277
d) Beibehaltung des Grundsatzes der Verfahrenskontinuität . . . . .	277
II. Ungeschriebenes behördliches Akteneinsichtsrecht zur besseren Einschätzung der Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Vorgehens . . . . .	278

Kapitel 6: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .	280
Literaturverzeichnis . . . . .	287
Sachregister . . . . .	307

# Einleitung

## § 1 Einführung in das Thema

Auf ihrer Jubiläumstagung zum 20-jährigen Bestehen im Herbst 2018 widmete die Bundesnetzagentur der Transparenz der Energienetzentgelte einen eigenen Themenblock. Die Netzentgelte hängen im Wesentlichen von der Erlösobergrenze ab, die für jeden Netzbetreiber von der Regulierungsbehörde festgelegt wird. Diese drückt aus, wie viel ein Betreiber von Gas- oder Stromnetzen jährlich mit dem Netzbetrieb erwirtschaften darf. In Bezug auf die Erlösobergrenzen wird ein Mangel an Transparenz kritisiert.<sup>1</sup> Transparenz bedeutet laut Wörterbuch „Durchsichtigkeit“ oder „Durchschaubarkeit“.<sup>2</sup> In diesem Sinne wird bemängelt, dass der Netznutzer nicht durchschauen könne, worauf sich die Höhe der Erlösobergrenzen gründet. Dies ist insbesondere deshalb brisant, da ein Netznutzer den Netzbetreiber nicht wechseln kann. Wegen der Monopolstellung muss er das Netzentgelt „hinnehmen“.

Für die Ermittlung der Erlösobergrenzen erhalten die Regulierungsbehörden eine Reihe von Daten. Zum großen Teil sind dies Daten zu den Kosten des Netzbetreibers, daneben spielen aber auch Daten zur Struktur und Beschaffenheit des Netzes eine Rolle. Viele dieser Daten werden, insbesondere von der Rechtsprechung und den Regulierungsbehörden, als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eingestuft. Als solche werden sie geschützt und der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht. Die Entscheidungen der Regulierungsbehörden sind insoweit nicht „durchschaubar“. Während Geheimnisschutz im Kontext dieser Arbeit hauptsächlich das Unter-Verschluss-Halten der für die Festlegung der Erlösobergrenzen relevanten Daten meint, zielt Transparenz auf deren Offenlegung ab.

Unter dem Titel „Regulierungskontrolle durch Transparenz“ bot die Bundesnetzagentur auf der eingangs erwähnten Jubiläumstagung diesem Diskurs, der insbesondere seit Einführung der Anreizregulierung nicht nur in der Rechtswissenschaft und -praxis, sondern auch politisch engagiert geführt wird, an wichtiger Stelle Raum. Als Beispiel für die mediale Beachtung des Themas kann folgendes Zitat dienen:

---

<sup>1</sup> Hervorzuheben ist *Agora Energiewende*, Transparenzdefizite, S. 31.

<sup>2</sup> Duden, Eintrag zu „Transparenz“.



„Preisfrage: Wenn man in der Stromwirtschaft ein stark eingeschwärztes Dokument vorgelegt bekommt, um was handelt es sich dann? Antwort: um eine Regulierungsentscheidung der Bundesnetzagentur in Sachen Stromnetze. Kein Witz: Dies ist leider die traurige Realität nach zehn Jahren Netzregulierung in Deutschland.“<sup>3</sup>

Dieses Zitat aus dem Jahr 2015 stammt von *Edda Müller*, der damaligen Vorsitzenden von Transparency International Deutschland<sup>4</sup>. Die Schwärzungen, von denen *Müller* spricht, dienen dem Zweck, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der regulierten Unternehmen, der Netzbetreiber, in den Veröffentlichungen der Regulierungsentscheidungen zu schützen. Dieser Praxis zum Trotz wird allerdings mitunter vertreten, dass Energienetzbetreiber im Hinblick auf ihre Monopolstellung Geheimnisschutz nicht für sich reklamieren können. So fordert etwa *Robert Busch* vom Bundesverband Neue Energiewirtschaft (BNE),

„dass die Betreiber von Energienetzen darlegen, wie sie die vielen Milliarden Euro an Netzentgelten, die die Energiekunden pro Jahr zahlen, einsetzen.“<sup>5</sup>

Von anderer Seite wird hingegen betont, dass auch Energienetzbetreiber berechnete Geheimhaltungsinteressen haben können.<sup>6</sup>

Die Bundesnetzagentur nimmt das Thema der Entgelttransparenz sehr ernst. In ihrem Hinweispapier zu zulässigen Schwärzungen aus dem Jahre 2017<sup>7</sup> gelobte sie, diese nicht mehr in dem bisherigen Ausmaß vorzunehmen. Kritik an ihrer Veröffentlichungspraxis hallte gleichwohl auch danach weiterhin durch die Medien.<sup>8</sup> Dieser Kritik leistete ein Judikat des BGH aus dem Jahre 2018

<sup>3</sup> *Müller*, „Mehr Transparenz bitte!“ Gastbeitrag vom 2.7.2015, Zeit-Online, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/wirtschaft/2015-07/stromnetze-transparenz-energiewende> [Stand: 31.8.2020].

<sup>4</sup> Gemeinnütziger Verein (e.V.), gegründet 1993, zur „Bekämpfung und Eindämmung der Korruption“ sowie zur Förderung der „Partizipation der Zivilgesellschaft“, so zu lesen auf <https://www.transparency.de/ueber-uns/wer-sind-wir/> [Stand: 31.8.2020].

<sup>5</sup> Pressemitteilung des Verbandes, der sich für die Interessen von Energielieferanten einsetzt, vom 22.8.2018, abrufbar unter: <https://www.bne-online.de/de/news/detail/bne-zur-transparenz-von-stromnetzentgelten/> [Stand: 31.8.2020]. Siehe bereits *Busch*, bne-Kompass 01/11, S. 3, der dort von der „Legende vom Geschäftsgeheimnis im Monopolbereich“ spricht.

<sup>6</sup> Z.B. BVerfG, RdE 2018, 71 (74); *Lennartz*, EnWZ 2017, 396 (398 ff.); *BDEW*, Stellungnahme zum BNetzA-Diskussionspapier, S. 7 ff.

<sup>7</sup> *BNetzA*, Hinweispapier – Umgang und Reichweite zulässiger Schwärzungen bei der Veröffentlichung von Entscheidungen der Bundesnetzagentur, 2017.

<sup>8</sup> Meldung der Initiative *Agora Energiewende*: „Blackbox Netzentgelte: Tarife vermutlich oft überhöht – Überprüfung unmöglich“, abrufbar unter: <https://www.agora-energiewende.de/presse/neuigkeiten-archiv/blackbox-netzentgelte-tarife-der-netzbetreiber-vermutlich-oft-ueberhoeht-ueberpruefung-ist-unmoeglich/> [Stand: 31.8.2020]; auch die ZDF-Frontal 21-Reportage „Geheime Netzentgelte: Wie Stromriesen kräftig abkassieren“, abrufbar unter: <https://www.zdf.de/politik/frontal-21/geheime-netzentgelte-100.html> [Stand: 31.8.2020]; *Macho*, Wirtschaftswoche vom 29.10.2017, Das schwarze Geheimnis der Energiewende, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/unternehmen/energie/strompreis-das-schwarze-geheimnis-der-energiewende/20516048.html> [Stand: 31.8.2020].

Vorschub: In diesem stärkte das Gericht den Geheimnisschutz von Energienetzbetreibern,<sup>9</sup> was nach Aussage von *Jochen Homann*, dem Präsidenten der Bundesnetzagentur, einen „Rückschlag für Transparenzbemühungen“<sup>10</sup> bedeutete.

## § 2 Zentrale Fragestellung

Vor diesem Hintergrund beleuchtet die vorliegende Arbeit, welche rechtlichen Aspekte bei der Transparenz der Energienetzentgelte und dem Geheimnisschutz der Energienetzbetreiber zu berücksichtigen sind. Insbesondere versucht sie die folgende Frage zu beantworten: Wie ist das grundlegende Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und Geheimnisschutz im Kontext der Energienetzentgelte zu lösen?

Adressaten dieser Frage sind vor allem die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden. Sie legen die den Netzentgelten zugrundeliegenden Erlösobergrenzen fest. Durch transparente Erlösobergrenzen würde eine Diskussionsgrundlage für die mitunter kritisierten hohen Renditen der Netzbetreiber<sup>11</sup> geschaffen. Der große und wohl wachsende<sup>12</sup> Anteil der Netzentgelte in der Stromrechnung würde an Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz gewinnen.

---

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 11.12.2018 – EnVR 1/18, 21/18; im Wesentlichen bestätigt durch BGH, Beschl. v. 8.10.2019 – EnVR 12/18. Mehrere Oberlandesgerichte vertraten einen anderen Standpunkt als der BGH, nur das OLG Brandenburg entschied zugunsten eines ähnlichen, wohlgermerkt auch einen noch weitgehenden Geheimnisschutzes für Energienetzbetreiber.

<sup>10</sup> *BNetzA*, Pressemitteilung, Bundesnetzagentur muss Transparenz bei Netzentgelten reduzieren, vom 12.12.2018, sprich einen Tag nach der BGH-Entscheidung, abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/20181212\\_TV.html](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/20181212_TV.html) [Stand: 31.8.2020].

<sup>11</sup> Etwa *Oliver Ristau*: „Hohe Netzentgelte machen Netzbetreiber reich – Für Netzbetreiber sind sie eine Gelddruckmaschine: Die Netzentgelte laufen aus dem Ruder, vor allem, weil ihre Berechnung nicht transparent ist“, vom 18.12.2018, abrufbar unter: <https://www.erneuerbareenergien.de/hohe-netzentgelte-machen-netzbetreiber-reich> [Stand: 31.8.2020]. Der Vorstand des VZBV, *Klaus Müller*, wird auf der Homepage des Verbandes am 16.1.2018 so zitiert: „Hohe Renditen zu fordern, aber nicht für Transparenz zu sorgen, das passt nicht zusammen“, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/pressemitteilung/renditen-fuer-strom-und-gasnetze-sind-mehr-als-ausreichend> [Stand: 31.8.2020]. Nach *Aribert Peters* äußert sich der Bund der Energieverbraucher: „Die Regulierung hat sich als unfähig erwiesen, die Netzrenditen auf ein vernünftiges Maß zu begrenzen“, so gibt *Peters* den Bund der Energieverbraucher resümierend wieder und fügt hinzu: „Ein zusätzliches Ärgernis ist die Geheimhaltung der Bescheide der Bundesnetzagentur.“, abrufbar unter: [https://www.energieverbraucher.de/de/netzentgelte\\_\\_370/NewsDetail\\_\\_17951/](https://www.energieverbraucher.de/de/netzentgelte__370/NewsDetail__17951/) [Stand: 31.8.2020]. Vgl. auch die Kleine Anfrage der Abgeordneten der *Fraktion Bündnis 90/Die Grünen*, BT-Drs. 18/6862, S. 1, zur Frage nach der Diskussionsgrundlage für die Angemessenheit der Regulierung und Erlöse der Netze.

<sup>12</sup> *Consentec*, Auswertung, S. 36 ff., 52; *Vahlenkamp et al.*, ET 2017/3, 25 (28).

Neben weiteren positiven Effekten von transparenten Netzentgelten würde auch eine gerichtliche Überprüfung der Entgelte erleichtert. Häufig ist dies mangels der Öffentlichkeit zugänglicher Informationen nicht möglich. Im Spannungsverhältnis zu transparenten Entgelten steht aber der Geheimnisschutz der Energienetzbetreiber. Da die Transparenzdiskussion somit in erheblichem Maße vom Belang des Geheimnisschutzes abhängt, stellt die Frage nach dem Grund und dem Umfang des Schutzes von netzbetreiberseitigen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einen Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit dar.

Abschließend sollen Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt werden, wie ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen erreicht werden kann. Hierbei spielt die Frage eine Rolle, ob das geltende Recht einen ausreichenden Rahmen für einen interessengerechten Ausgleich bietet oder ob der Gesetzgeber einen solchen noch schaffen muss.

Dabei kann diese Untersuchung an einen umfangreichen Fundus von Arbeiten zum Thema des (allgemeinen) Geheimnisschutzes anknüpfen.<sup>13</sup> Wie schon oben angedeutet ist das Thema des Geheimnisschutzes von Energienetzbetreibern in jüngster Zeit vermehrt Gegenstand von Gerichtsentscheidungen gewesen.<sup>14</sup> Eine einheitliche Linie ist allerdings nicht zu verzeichnen. Besonders der BGH und das VG Köln vertreten zueinander konträre Positionen. Während der BGH einen relativ weitreichenden Geheimnisschutz gewährt,<sup>15</sup> erkennt das VG

---

<sup>13</sup> Vgl. die Dissertationen *Gajec*, Das Wirtschaftsgeheimnis in der Verfassung; *Rody*, Der Begriff und die Rechtsnatur von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen unter Berücksichtigung der Geheimnisschutz-Richtlinie; *Cha*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse; *Prinz*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht; *Götz*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilverfahren; *Linßen*, Informationsprobleme und Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Telekommunikationsrecht; *Helbach*, Der gestufte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor Parlament, Presse und jedermann; *Beyerbach*, Die geheime Unternehmensinformation; *Paul*, Der Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen in Deutschland und Indien; *Wawrzinek*, Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen; *Frank*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Öffentlichen Recht; *Jansen*, Der Schutz von Unternehmensdaten im Verwaltungsrecht der Bundesrepublik Deutschland; *Taeger*, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen; *Richler*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltrecht.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.9.2017 – 1 BvR 1486/16; BGH, Beschl. 8.10.2019 – EnVR 12/18; BGH, Beschl. v. 11.12.2018 – EnVR 1/18, 21/18; BGH, Beschl. v. 21.1.2014 – EnVR 12/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.10.2018 – 3 Kart 82/17 (V); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.3.2018 – VI-3 Kart 28/17 (V); OLG Koblenz, Beschl. v. 13.9.2018 – W 161/18 Kart; OLG Frankfurt, Beschl. v. 5.10.2017 – 11 11 W 25/17 (Kart); OLG Brandenburg, Beschl. v. 10.7.2017 – 6 Kart 1/17; OLG Jena, Beschl. v. 25.5.2017 – 2 Kart 3/17 (n.v.); VG Köln, Urt. v. 25.6.2016 – 13 K 5017 = EnWZ 2016, 332.

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 11.12.2018 – EnVR 21/18, juris Rn. 41 ff. (geringfügig abgemildert durch die zeitlich nachfolgende Entscheidung BGH, Beschl. 8.10.2019 – EnVR 12/18, wonach die Daten zum Regulierungskonto nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV nicht mehr als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eingestuft werden).

Köln für Netzbetreiber kein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung jeglicher Informationen.<sup>16</sup> Es sind auch die Publikationen der *Agora Energiewende* hervorzuheben, in der sich der Think Tank für netzentgeltliche Transparenz einsetzt und wesentliche Grundlagen für die Diskussion schafft.<sup>17</sup> Ansonsten ist die Frage nach dem Geheimnisschutz von Energienetzbetreibern bislang nicht in grundsätzlicher, rechtsdogmatischer Weise adressiert worden. So stellt auch *Ruthig* fest:

„Ausführliche oder gar monographische Stellungnahmen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Energiewirtschaftsrecht finden sich kaum.“<sup>18</sup>

Diese Lücke sucht die vorliegende Arbeit zu schließen.

### § 3 Gang der Untersuchung

Zunächst gilt es, im ersten Kapitel das Untersuchungsobjekt – die Energienetzentgelte – vorzustellen (§ 1). Der Fokus ist insbesondere auf die informationellen Aspekte zu richten, also darauf, welche Informationen die Regulierungsbehörde benötigt, um die für die Netzentgelte maßgebenden Erlösbergrenzen zu ermitteln. Vor diesem Hintergrund ist der Ausgangspunkt der Untersuchung zu markieren (§ 2). Es soll dargestellt werden, an welchen Stellen sich das Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und Geheimnisschutz bemerkbar macht. Dies ist insbesondere der Fall bei Offenlegungspflichten in Bezug auf Entscheidungen der Regulierungsbehörden und die gezielte Veröffentlichung von Netzbetreiberdaten. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse setzen den Veröffentlichungspflichten Grenzen.

Zentral für das titelgebende Spannungsverhältnis ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (2. Kapitel). Der Geheimnisschutz stellt den Gegenpol zu Transparenz dar und ist somit elementar, wenn es um das Thema Transparenz geht. Der Geheimnisschutz von Energienetzbetreibern und die Frage nach im Einzelnen geschützten, unter den Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fallenden Informationen bilden deshalb den Schwerpunkt der Untersuchung. Welche Informationen sind geschützt? Woraus ergibt sich dieser Schutz und wie weit reicht er? Hierbei geht es um die unions- und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Geheimnisschutzes (§ 1 und § 2). Danach werden diejenigen Geheimnisschutzvorschriften vorgestellt, die den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im regulierungsbehördlichen

---

<sup>16</sup> VG Köln, EnWZ 2016, 332 (336).

<sup>17</sup> *Agora Energiewende*, Blackbox; *Agora Energiewende*, Transparenzdefizite; *Agora Energiewende*, Rechtliche Handlungsoptionen.

<sup>18</sup> *Ruthig*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, Kap. 59 Rn. 4.

Verfahren (§ 3 I., II.) sowie vor Gericht sicherstellen (§ 3 III., IV.). Zum Abschluss dieses Kapitels folgt eine Analyse einzelner Netzbetreiberinformationen hinsichtlich ihrer Schutzwürdigkeit (§ 4).

Im Anschluss daran steht die Herstellung von Transparenz im Mittelpunkt (3. Kapitel). Hier stellt sich zentral die Frage, welchen Zwecken eine transparente Gestaltung der Netzentgelte im Einzelnen dient und welche Transparenzregelungen es gibt. Zu Beginn soll herausgearbeitet werden, gegenüber welchen Akteuren als Anknüpfungspunkt für gesetzliche Regelungen Transparenz zu erzeugen ist (§ 1). Transparenz kann verschiedenen Zwecken dienen. Es ist darzustellen, welche Ziele und positiven Effekte mit transparenten Energieentgelten verfolgt werden (§ 2). Es soll auch der Frage nachgegangen werden, ob im Energierecht ein besonderes Gebot zu Transparenz identifiziert werden kann (§ 3). Sodann widmet sich die Arbeit den gesetzlichen Regelungen, die der Herstellung von Transparenz dienen (§ 4).

Ausgehend von den Ergebnissen aus den beiden vorigen Kapiteln sollen Defizite der aktuellen Rechtslage herausgearbeitet werden (4. Kapitel). Welche Aspekte verhindern eine angemessene Austeriarierung von Geheimnisschutz und Transparenz? Untersucht werden zu diesem Zweck Vorschriften zum Geheimnisschutz (§ 1), Transparenzregelungen (§ 2) und Vorschriften, die für den Rechtsschutz Dritter heranzuziehen sind (§ 3). Der Rechtsschutz stellt in diesem Kapitel einen zentralen Aspekt dar, da ein Mangel an Transparenz in diesem Zusammenhang besonders spürbar ist.

Anhand der identifizierten Defizite sollen Regelungsvorschläge formuliert werden (5. Kapitel). Welche Maßnahmen sind für einen bestmöglichen Ausgleich zwischen Transparenz- und Geheimnisschutzinteressen notwendig? Auch hier geht es um die drei Aspekte: Regelungen für den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 1), Regelungen zur Herstellung von Transparenz (§ 2) und die Verbesserung von Rechtsschutzmöglichkeiten (§ 3).

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (6. Kapitel).

## Kapitel 1

# Energienetzentgelte und Markierung des Ausgangspunkts der Untersuchung

## § 1 Regulierung der Netzentgelte

### I. Energieversorgungsnetze

Allgemein versteht man unter Netzen „raumübergreifende, komplex verzweigte Transport- und Logistiksysteme für Güter, Personen oder Information.“<sup>1</sup> Es wird zwischen physischen Netzen und virtuellen bzw. immateriellen Netzen unterschieden.<sup>2</sup> Die Energieversorgungsnetze, also die Strom- und Erdgasnetze,<sup>3</sup> gehören mit ihren Leitungen und Rohren zu den physischen Netzen.<sup>4</sup> Der Begriff des Energieversorgungsnetzes ist im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)<sup>5</sup> nicht definiert,<sup>6</sup> jedoch vorausgesetzt.<sup>7</sup> In Anlehnung an die Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 35 des Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien (EEG)<sup>8</sup> ist darunter die Gesamtheit der miteinander verbundenen

---

<sup>1</sup> So grundlegend von *Weizsäcker*, WuW 1997, 572 (572); ähnlich *Monopolkommission*, 11. Hauptgutachten 1994/1995, BT-Drs. 13/5309, Rn. 49 (dort: „[...] komplett verzweigte“).

<sup>2</sup> Vgl. *Werthmann*, Staatliche Regulierung, S. 187; *Baumann*, Drittschutz, S. 7; *Theobald*, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, § 1 Rn. 23.

<sup>3</sup> Auch Fernwärme, also Wärmeenergie, wird leitungsgelassen über Versorgungsnetze verteilt, jedoch rechtlich anders behandelt, siehe *Topp*, in: *Theobald/Kühling*, (76.) Fernwärmerecht Rn. 1.

<sup>4</sup> Zu den physischen (materiellen) Netzen zählen auch das Eisenbahn-, das Straßen-, das Telekommunikations- sowie das Wasser- und Abwassernetz, während etwa Buchungs- und Überweisungssysteme Beispiele für virtuelle Netze sind. Eine Mischform stellen Dienstleistungnetze dar, die sich sowohl durch physische als auch immaterielle Einrichtungen kennzeichnen, z.B. Post- und Banknetze, hierzu instruktiv *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, § 19 Rn. 280 ff.

<sup>5</sup> Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1818).

<sup>6</sup> Die Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 16 EnWG erschöpft sich in der Feststellung, dass Energieversorgungsnetze Elektrizitätsversorgungsnetze und Gasversorgungsnetze sind, und gibt insofern keine näheren Hinweise auf einzelne Definitionsmerkmale.

<sup>7</sup> *Vollprecht/Ahlers/Albrecht*, EnWZ 2018, 398 (401); BGH, Beschl. v. 18.10.2011 – EnVR 68/10, juris Rn. 8; OLG Düsseldorf, EnWZ 2018, 371 (373).

<sup>8</sup> Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728).

technischen Einrichtungen zur Abnahme, Übertragung bzw. Transport und Verteilung von Elektrizität bzw. Gas für die allgemeine Versorgung zu verstehen.<sup>9</sup> Nicht unter den Netzbegriff des EnWG fallen etwa lokal begrenzte Leitungsstrukturen, die der betrieblichen Eigenversorgung dienen.<sup>10</sup>

Um Strom und Gas vom Ort der Erzeugung an den des „Verbrauchs“ zu liefern, sind die Strom- bzw. Gaslieferanten auf die Netze in Form von Strom- und Gasleitungen angewiesen, die die „physikalische Verbindung“<sup>11</sup> zwischen den Wertschöpfungsstufen der Energieversorgung und zu den Letztverbrauchern herstellen. Die ausschließlich hierfür zuständigen Netzbetreiber<sup>12</sup> haben für ihren geografisch umrissenen Zuständigkeitsbereich jeweils eine Monopolstellung inne. Es handelt sich dabei um ein natürliches Monopol, d.h. die dominierende Position rührt daher, dass es sich wirtschaftlich für ein mögliches Konkurrenzunternehmen, unter anderem wegen hoher Anfangsinvestitionen sowie eines hohen Fixkostenanteils, nicht lohnen würde, ein zweites Netz zu errichten.<sup>13</sup>

Bei den Netzen wird sowohl im Strom- als auch im Gasbereich zwischen zwei Arten und weiteren Spannungs- bzw. Druckebenen unterschieden. Im Strombereich gibt es Übertragungs- und Verteilnetzbetreiber. Die Übertragungsnetzbetreiber sind für die Höchst- und Hochspannungsnetze<sup>14</sup> zuständig (§ 3 Nr. 32 EnWG). In Deutschland gibt es vier Übertragungsnetzbetreiber, die

---

<sup>9</sup> Vgl. *Vollprecht/Ahlers/Albrecht*, EnWZ 2018, 398 (401), die so anlässlich des Mieterstromzuschlags, der eine Netzdurchleitung ausschließt, den Netzbegriff konkretisieren; ähnlich *Lietz*, Power-to-Gas-Stromspeicherung, S. 370, die darauf hinweist, dass der EEG-Begriff freilich nicht den Gassektor umfasst; vgl. auch BGH, Beschl. v. 18.10.2011 – EnVR 68/10, juris Rn. 9, und OLG Düsseldorf, EnWZ 2018, 371 (373), die sich für „ein weites Verständnis des Netzbegriffs“ aussprechen.

<sup>10</sup> Vgl. *Schau*, IR 2007, 98 (100); hierbei geht es nach gegenwärtiger Rechtslage um die Einordnung unter den Begriff der „Kundenanlage“ i.S.v. § 3 Nr. 24a und 24b EnWG, da diese nicht zu den Energieversorgungsnetzen nach § 3 Nr. 16 EnWG zählen, vgl. zuletzt BGH, EnWZ 2020, 265; instruktiv *Helmes*, EnWZ 2013, 23; *Buchmüller*, EWeRK 2018, 181; *Wolf*, EnWZ 2018, 387.

<sup>11</sup> *Paskert*, WiVerw 2010, 122 (122) – Anführungszeichen in Fundstelle.

<sup>12</sup> Es gibt zwar auch sogenannte vertikal-integrierte Unternehmen (Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 38 EnWG), die gleichzeitig in mehreren Bereichen der Energieversorgung tätig sind. Die in den §§ 7 ff. EnWG geregelte Entflechtung („Unbundling“) sorgt jedoch dafür, dass eine innerbetriebliche Trennung dieser Bereiche zu erfolgen hat. Nach Auffassung der Europäischen Kommission führt auch das Unbundling zu einer Steigerung der Transparenz auf den Strommärkten, da andernfalls ein privilegierter Informationsfluss in einem vertikal integrierten Unternehmen besteht, vgl. COM SEC (2006) 1724/2 Rn. 499.

<sup>13</sup> *Pritzsche/Vacha*, Energierecht, S. 5; *Haucap/Coenen*, in: Holznapel/Schütz, ARegV, Einf. Rn. 92 ff.; *Meinzenbach*, Anreizregulierung, S. 159; instruktiv *Säcker*, N&R 2009, 78 (79).

<sup>14</sup> Höchstspannungsnetze werden in Deutschland mit 220 kV oder 380 kV betrieben, Hochspannungsnetze mit 110 kV, hierzu *Theobald*, in: Theobald/Kühling, EnWG, § 3 Rn. 277; *Tüngler*, in: Kment, EnWG, § 11 Rn. 25.

jeweils für bestimmte Regelzonen, die sich nicht streng entlang der Grenzen der Bundesländer aufteilen, verantwortlich sind.<sup>15</sup> Die Mittel- und Niederspannungsnetze<sup>16</sup> sowie teilweise auch die Hochspannungsnetze stellen die Verteilerstufe dar (§ 3 Nr. 37 EnWG). Die Betreiber dieser Netze werden Verteilernetzbetreiber genannt. Sie nehmen ihre Aufgabe in der Regel bezogen auf eine Stadt oder eine Gemeinde wahr, weshalb es relativ viele von ihnen gibt (889<sup>17</sup>).

Vergleichbares trifft auch auf die Gaswirtschaft zu. Die Fernleitungsnetze werden für den Transport von Erdgas zur Überbrückung längerer Distanzen genutzt (§ 3 Nr. 19 EnWG). Sie zeichnen sich dadurch aus, dass mit besonders hohem Druck geleitet wird.<sup>18</sup> Von Betreibern dieser Fernleitungsnetze gibt es in Deutschland 16.<sup>19</sup> Über 700<sup>20</sup> Verteilernetzbetreiber sind für die Weiterverteilung des Erdgases zu den Letztverbrauchern in den niederen Druckstufen<sup>21</sup> über örtliche und regionale Leitungsnetze zuständig.<sup>22</sup>

## II. Netzzugang

Nach § 20 EnWG sind die Netzbetreiber – das EnWG unterscheidet an dieser Stelle nicht zwischen Strom- und Gasnetzbetreibern – aufgrund ihrer Monopolstellung dazu verpflichtet, jedermann diskriminierungsfrei Zugang, entweder zur Entnahme oder zur Einspeisung, zu ihren Netzen zu gewähren. Der

---

<sup>15</sup> 50Hertz (Ostdeutschland und Hamburg), Amprion (Westdeutschland und ein Gebiet im Süden „zwischen“ Bayern und Baden-Württemberg), Tennet („Nord-Süd-Achse“ von Schleswig-Holstein über Niedersachsen und Hessen nach Bayern) und TransnetBW (Baden-Württemberg); § 2 Nr. 3a StromNEV.

<sup>16</sup> Mittelspannungsnetze werden mit 10 kV bis 30 kV betrieben, Niederspannungsnetze mit 0,4 kV, siehe *Tüngler*, in: Kment, EnWG, § 11 Rn. 25.

<sup>17</sup> *BNetzA*, Übersicht Stromnetzbetreiber, vom 9.5.2018, abzurufen unter dem Link: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen\\_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/NetzbetreiberStammdaten/UebersichtStromnetzbetreiber.html](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/NetzbetreiberStammdaten/UebersichtStromnetzbetreiber.html) [Stand: 31.8.2020].

<sup>18</sup> In Fernleitungen wird mit einem Druck von bis zu 100 bar (erdverlegte Fernleitungen) bzw. bis zu 200 bar (Offshore) transportiert, siehe *Tüngler*, in: Kment, EnWG, § 11 Rn. 26.

<sup>19</sup> *BNetzA/BKartA*, Monitoringbericht 2017, S. 289 (Tabelle 80).

<sup>20</sup> *BNetzA*, Übersicht Gasnetzbetreiber, vom 9.5.2018, abzurufen unter dem Link: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen\\_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/NetzbetreiberStammdaten/UebersichtGasnetzbetreiber.html?v=10&.blob=publicationFile](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/NetzbetreiberStammdaten/UebersichtGasnetzbetreiber.html?v=10&.blob=publicationFile) [Stand: 31.8.2020].

<sup>21</sup> Zur Verteilnetzebene gehörende Niederdrucknetze werden mit einem Druck von bis zu 0,1 bar, Mitteldrucknetze mit einem Druck von 0,1–1 bar und Hochdrucknetze mit einem Druck von größer als 1 bar betrieben, hierzu *Tüngler*, in: Kment, EnWG, § 11 Rn. 26; *Theobald*, in: *Theobald/Kühling*, EnWG, § 3 Rn. 278; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 19.

<sup>22</sup> Der Begriff der örtlichen und regionalen Leitungsnetze markiert die Unterscheidung zwischen der Fernleitungs- und der Verteilerstufe, die Druckstufen (Fn. 21) sind hierfür nicht maßgebend, vgl. *Schex*, in: Kment, EnWG, § 3 Rn. 93.



Netzbetreiber unterliegt hierbei einem Kontrahierungszwang.<sup>23</sup> Der den Netzzugang vermittelnde Vertrag heißt Netznutzungsvertrag und wird typischerweise vom Energielieferanten abgeschlossen,<sup>24</sup> alternativ jedoch auch vom Letztverbraucher selbst.<sup>25</sup> Derjenige, der den Netznutzungsvertrag abschließt, ist der Netznutzer.<sup>26</sup> Für den Strombereich – die gesetzlichen Anforderungen sind in § 20 Abs. 1a EnWG und in den §§ 23 ff. StromNZV geregelt – hat die Bundesnetzagentur hierzu verbindliche Musterverträge festgelegt.<sup>27</sup> Beim Gasnetzzugang ist zwischen Einspeise- und Ausspeiseverträgen zu unterscheiden, § 20 Abs. 1b S. 1–4 EnWG. Einzelheiten bezüglich dieser Verträge sind in den §§ 3 ff. GasNZV sowie in der „Kooperationsvereinbarung zwischen den Betreibern von in Deutschland belegenen Gasversorgungsnetzen“ geregelt.

### III. Netzentgelte und Zusammensetzung der Strompreise

Ebenso wichtig wie das *Ob* des Zugangs zu den Netzen ist das *Wie*. Hiermit sind die Bedingungen und vor allem die Kosten für den Netzzugang, die Netzentgelte<sup>28</sup>, gemeint. Die gemäß dem Netznutzungsvertrag zu zahlenden Netzentgelte<sup>29</sup> decken umfassend die Leistungen ab, die mit dem Energietransport zusammenhängen.<sup>30</sup> Ohne besondere Regelungen zu den Netzentgelten könnte der bloße diskriminierungsfreie Netzzugang dem Ziel der Wettbewerbsförderung im Netz nur schwer dienen, stellt sich wegen der monopolistischen Marktstruktur doch gerade kein Wettbewerb und somit kein äußerlicher Druck bei der Preisgestaltung ein.<sup>31</sup> Die Höhe der Netzentgelte beruht deshalb gemäß

<sup>23</sup> *Kment*, in: *Kment*, EnWG, § 20 Rn. 36; zum Unterschied zum gesetzlichen Anspruch auf Netzzugang *Britz/Herzmann/Arndt*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 20 Rn. 10.

<sup>24</sup> *Kment*, in: *Kment*, § 20 Rn. 39; *Hartmann/Wagner*, in: *Theobald/Kühling*, EnWG, § 20 Rn. 21; vgl. auch § 3 Abs. 1 StromNZV.

<sup>25</sup> *Britz/Herzmann/Arndt*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 20 Rn. 8, 64 f., 149; *Säcker*, in: *BerlK*, EnWG, § 20 Rn. 68; siehe auch *de Wyl/Thole/Bartsch*, in: *Schneider/Theobald*, *Recht der Energiewirtschaft*, § 16 Rn. 226, die ergänzen, dass davon wohl nur „Letztverbraucher mit hohem Eigenverbrauch, die mittels eines eigenen Netzzugangs- und Netznutzungsvertrages ihren Energiebezug optimieren wollen“ Gebrauch machen werden; ebenso *Hartmann/Wagner*, in: *Theobald/Kühling*, EnWG, § 20 Rn. 21.

<sup>26</sup> *Theobald*, in: *Theobald/Kühling*, EnWG, § 3 Rn. 224; *Boesche*, in: *BerlK*, EnWG, § 3 Rn. 184.

<sup>27</sup> *BNetzA*, Festlegung zur Anpassung des Netznutzungsvertrages/Lieferantenrahmenvertrages vom 20.12.2017, Az. BK6-17-168, Mustervertrag in Anlage 1.

<sup>28</sup> Siehe Legaldefinitionen in § 1 StromNEV und § 1 GasNEV.

<sup>29</sup> Vgl. § 7 Musternetznutzungsvertrag (Fn. 27).

<sup>30</sup> *Schütte*, in: *Kment*, EnWG, § 21 Rn. 29; *Säcker/Meinzenbach*, in: *BerlK*, EnWG, § 21 Rn. 26; siehe auch *Hartmann/Wagner*, in: *BerlK*, EnWG, § 20 Rn. 67.

<sup>31</sup> Vgl. *Kling*, ZHR 2013, 90 (90); *Theobald*, in: *Theobald/Kühling*, EnWG, § 1 Rn. 22, 39; hierzu auch *Säcker*, EnWZ 2015, 531 (532), der dem Regulierungsrecht vor diesem Hintergrund gegenüber dem (allgemeinen) Wettbewerbsrecht eine „weiterreichende Aufgabe“ zumisst.

# Sachregister

- Abschreibungen 118, 163 f., 175, 185
- Abwägung 92 ff., 122 f., 137, 204, 213 f., 233 ff., 267
- Abwägungsvorbehalt 95, 268
- aggregierte Daten 114 ff., 124, 172, 178, 183, 240
- Agora Energiewende 5, 25, 191 f., 195
- Akteneinsichtsrecht 43, 86, 135, 201, 223 ff., 251, 278
- Akzeptanz 194 ff., 206, 210
- allgemeine Verbrauchs- und Leistungsfähigkeit 170
- Amtsermittlungsgrundsatz 263, 278
- Anfechtungsbeschwerde 125 ff., 132, 134, 254
- Anhörung 136 f., 255, 263
- Anreizregulierungsverordnung 13
  - Novellierung 164 f., 171, 206 ff.
  - Referentenentwurf 206, 214
- Aufwandsparameter 16, 103, 172 f., 183
- Ausbaustrategie 175 f.
- Ausgangsniveau 16
  
- Basisjahr 179 f.
- BDEW 116, 261
- beeinflussbare Kosten 16, 180
- Befugtheitsklausel 120
- Beibringungsgrundsatz 250, 157
- Beiladung 128 ff., 244
  - Ermessen 130 f.
  - Kriterien 275
- Beizuladende
  - einfach 129
  - notwendig 129, 135
- Berechnungsmethoden 19, 163
- Berufsfreiheit 40, 49 ff., 248
- Beschwer
  - formelle 130, 132
  - materielle 132 f., 152, 254, 276 f.
- Beschwerde
  - Zulässigkeitsvoraussetzungen 125 ff.
- Beschwerdebefugnis 273, 277 f.
  - Verbände 277
- Bestimmtheitsgrundsatz 101, 123
- Beteiligte 127 ff., 135, 138, 190, 201, 223, 251, 254 f., 276, 278
  - gebotene 128
  - gekorene 128 f.
- Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 88
  - Kennzeichnung 30 ff., 86, 90, 101, 121, 226, 231, 233, 267
- Betriebssteuern 17, 177
- Beweislast 153, 156 f., 253
- Billigkeit 153
- Billigkeitskontrolle 35, 139
- BNE 2, 191
- Bundesnetzagentur
  - Diskussionspapier 117
  - Hinweispapier 2, 30, 34, 115, 161, 184 ff., 203, 239
  - Geheimnisschutzpraxis 165, 184, 240
  - Veröffentlichungspraxis 2, 161, 183, 203, 221, 242, 264
  
- Cost-Plus-Modell 13
  
- Daseinsvorsorge 59, 72, 80
- Datenerhebungsbefugnisse 25 f., 223
- dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten 16 f., 33, 127, 177 ff., 183, 240
- Diskriminierungsverbot 141, 146 f.
- Dokumentationspflichten 25
- Drittanfechtungsbeschwerde 138
- Druckebene 8
  
- EEG-Erzeugungsanlage 174
- EEG-Umlage 11

- Effizienz
  - des Verwaltungsverfahrens 87
- Effizienzsteigerung 16, 103, 210
- Effizienzvergleich 17 ff., 28, 90, 103 ff., 165, 175, 228, 260
- Effizienzwert 17, 19, 27, 103 f., 127, 138, 241
  - Korrektur 27
- Effizienzziel 16, 217
- Eigengesellschaft 56, 58, 68
- Eigenkapitalzinssatz 133, 263
- Eigentumsfreiheit
  - Art. 14 GG 50 ff.
  - Art. 17 GRC 37 ff.
- einseitiges Leistungsbestimmungsrecht 139 f.
- Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 12, 44
- Energiedatenportal 26
- Energielieferant 10 f.
- Energieversorgungsnetze 7
- Energiewende 15, 19, 21 f., 55, 111, 193 f.
- Entflechtung 44 f.
- Entgeltverordnungen 13, 16, 20, 43, 200
- Ergebnistransparenz 206
- Erlösobergrenze 15 ff.
  - Anpassungsbetrag 166 f., 202
- Erlösobergrenzenformel 16, 19
- Ermächtigungsgrundlage 208, 211 ff.
- Ermessen 86, 130, 135, 276
- Ermessensentscheidung 130 f., 154, 201, 275 f.
- Erweiterungsfaktor 28, 174 f., 185, 202
- Evaluierungsbericht
  - 2015 161, 165, 189, 196, 206, 269
  - 2023 207, 241
- Ex-ante-Kontrolle 143
- Exklusivität des Verfahrens 190
  
- Fehlanreize 19
- Fehleingabe 27
- Fernleitungsnetze 9
- Festlegung 15, 24, 33, 125 ff., 133, 140, 202, 210
- fiskalische Interessen 74 f., 77, 85, 232 f.
- Fixkostenanteil 8
- Frontier-Unternehmen 17
  
- Gasmarktrichtlinie 38, 44, 46
- Geheimhaltungsanspruch 86, 121
- Geheimhaltungsinteresse
  - berechtigtes 91, 98
  - Wettbewerbsrelevanz 91 f.
- Geheimhaltungsmaßnahmen 99 ff.
  - angemessene 95, 98
- Geheimhaltungswille 90, 98, 101, 121
- Geheimnisinhaber 100 f.
- Geheimnisschutz
  - absoluter 233 f.
  - relativer 233 ff.
  - Verhältnis von verfassungsrechtlichem zu einfachrechtlichem 77 ff.
- Geheimnisschutzrichtlinie 38, 42 f., 95, 98 ff.
- Geschäftsgeheimnisgesetz 51, 95
- Gewinn 13, 16 f., 163, 181
- Grundrechtsfähigkeit
  - grundrechtstypische Gefährdungslage 68 ff.
- Grundrechtspflichtigkeit 57
  - beherrschender Einfluss 59 f.
  
- Hochspannungsnetze 8 f.
- Höchstspannungsnetze 8
  
- In-Camera-Verfahren 137
  - Hauptverfahren 139, 251, 254 ff.
  - Zwischenverfahren 136, 255
- Indizwirkung 154 ff., 257 ff.
  - Erschütterung 154, 258 ff.
- Ineffizienzen 14, 16, 179
- informationelles Proprium 113, 120, 124, 158, 183
- Informationsasymmetrie 24, 125, 153, 245
- Informationsdefizite 25
- Informationsfreiheitsgesetz 43, 220 ff.
  - Bereichsausnahme 228 ff.
- Informationsgefälle 24 f., 190, 252
- Informationsprodukt 120
- Informationszugang 202, 220, 222 ff.
- inhärente Abwägung 92 ff.
- Investitionen 19 f., 175, 177
- Investitionsmaßnahmen 28, 116, 174, 194, 197, 202
- Investitionsbedarfe 110, 182, 197

- Jahreshöchstlast 21, 173, 175  
 Justizgewährungsrecht 247
- Kalkulationsgrundlagen 163, 218  
 Kapitalkostenaufschlag 174 ff.  
 Kennzeichnungsverfahren 32 f., 86,  
 101, 121, 226, 267  
 Konfusionsthese 58  
 – enge 69  
 Kontrollmonopol 143  
 Konzessionsabgaben 17, 177  
 Konzessionsverfahren 105 ff.  
 – Auswahlkriterien 106 f.  
 – Offenlegungspflichten 174, 201  
 Kosten  
 – beeinflussbare 16, 180  
 – dauerhaft nicht beeinflussbare 16 f.,  
 33, 127, 177 ff., 183, 240  
 – vorübergehend nicht beeinflussbare  
 16 f., 178 f.  
 Kostenartenrechnung 16  
 Kostenblock 178, 240  
 Kostendaten 116, 154, 172, 242, 256  
 – anlagengruppenscharfe 164, 185  
 Kostenstruktur 74, 113, 173 f.  
 KWKG-Erzeugungsanlagen 174
- Landesregulierungsbehörde 15, 77, 90,  
 222 f.  
 Lehre vom personalen Substrat 58, 69
- Marktdisziplinierung 195  
 Marktstrategien 115, 161  
 Mehrerlösabschöpfungsbetrag 168  
 Missbrauchsverfahren 145, 192, 249  
 Monopol 14, 24, 219  
 – natürliches 8, 102
- Netzbetreiber  
 – Gesellschafterstruktur 55  
 – kommunale 69, 71  
 Netze 7  
 Netzentgelt 10 f.  
 – einheitliches 21  
 – individuelles 21  
 Netzentgeltmodernisierungsgesetz 21  
 Netzkodex 202, 215 ff.  
 Netznutzer 10  
 Netznutzungsvertrag 10
- Netzunterbrechungen 182  
 Netzzugang 9 f.  
 Netzzuverlässigkeit 162, 181  
 Nichtoffenkundigkeit 89, 97, 174, 180
- öffentliche Aufgabe 59, 63, 66 f.  
 Offenbarungsbefugnis 123, 204, 213 ff.  
 Offenlegungsinteresse 93, 123, 256, 267
- personenbezogene Daten 235, 89  
 Plausibilitätsprüfung 30, 261  
 praktische Konkordanz 75, 122, 263  
 Prioritätsprinzip 131  
 Produktivitätsfaktor 28, 160  
 prozessuale Waffengleichheit 252, 259
- Qualitätselement 27, 127, 162  
 – ASIDI 181  
 – Einführung 19  
 – SAIDI 181
- rechtliches Gehör 251 ff.  
 Rechtsschutz  
 – effektiver 145, 255 f., 263  
 – „Konfliktschlichtungsformel“ 248  
 Rechtsschutzmöglichkeiten 145, 152,  
 197, 253, 263, 273, 278  
 Rechtsstaatsprinzip 247, 251 f.  
 Rechtsverletzung 126, 132, 134, 254  
 Regulatorische Daten 116, 158, 182,  
 267  
 Regulatory Capture 190 ff.  
 Regulierungsermessen 18  
 Regulierungsformel 16, 28  
 Regulierungskonto 167  
 Regulierungskonzept 29, 171, 211  
 Regulierungsmodell 17  
 Regulierungsperiode 17 f., 119, 142,  
 151, 168, 175  
 Rekommunalisierung 22, 56, 105  
 Rückschlussinformation 94, 113
- Schwärzungen 2, 33, 115, 158, 193,  
 204, 240, 272 f.  
 Sektorenkopplung 193, 195  
 Selbstverwaltungsgarantie 71 ff.  
 Stadtwerke 55 f.  
 Strommarktrichtlinie 44  
 Strompreise 10 f.

- Summenwert 170, 174 ff., 179, 214, 217 f.  
 Telekommunikation 205, 254 f.  
 Transparenzdimensionen 189  
 Transparenzgebot 124, 212, 238, 256  
   – EnWG 199 f.  
   – Unionsrecht 198  
 Transparenzgesetz 220, 225, 237  
 Transparenzniveau 231  
 Transparenzpflichten 110, 189, 206, 268  
 Treibenergie 179 f.  
  
 Übertragungsnetzbetreiber 8, 22, 56, 199  
 Umsatz 162, 166, 168, 217  
 Umsetzungsspielraum 47, 134, 211, 242  
 Umstrukturierungsmaßnahmen 176  
 Umweltinformationsgesetz 101  
 Unkenntlichmachung 226  
 Universitäten 195  
 Unternehmen  
   – öffentliches 56, 69  
   – gemischtwirtschaftliches 56 ff., 68  
   – vertikal integriertes 45, 8  
 Unternehmensbezogenheit 88  
 Unternehmensinterna 49, 105, 176, 240  
 unternehmensinterne Kennzahlen 166, 170  
 Unternehmenskultur 111  
 Unternehmensstrategie 113, 161, 163, 218  
 Unternehmerische Freiheit 39, 219  
 Untersuchungsgrundsatz 134, 250  
  
 Verbändevereinbarung 12  
 Verfahrensökonomie 131  
 Vergleichsparameter 34, 171 ff., 185  
 Verhältnismäßigkeit 26, 43, 73, 93, 137, 219  
 Verlustenergiekosten 179 f.  
 vermiedene Netzentgelte 179  
 Veröffentlichungspflichten 202 ff.  
 Verpflichtungsbeschwerde 125 f., 254  
 Verprobung 20, 140  
 Versorgungsqualität 20, 72, 162, 181  
 Versorgungssicherheit 19 f., 107, 215, 219  
 Verteilnetzbetreiber 8 f., 18, 173, 177  
 vertrauliche Informationen 229 ff.  
 vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten 16 f., 178 f.  
  
 Wettbewerb  
   – „Als-ob-Wettbewerb“ 106  
   – auf vor- und nachgelagerten Ebenen 158, 193, 197  
   – Beschaffungswettbewerb 109  
   – Geheimwettbewerb 106  
   – Konzessionswettbewerb 105 ff.  
   – um das Netz 105  
 Wettbewerbsfreiheit 50  
 wirtschaftlich sensible Informationen 44 ff., 231, 242  
  
 Yardstick-Regulierung 13, 25, 103  
  
 Zuständigkeitsverweisung 222  
 Zwischenverfahren 136, 138 f., 255 ff.