

von Rechtsanwalt **Max-Lion Keller**, LL.M. (IT-Recht)

Datenerhebung durch Bundesnetzagentur rechtmäßig

Die Bundesnetzagentur war gemäß § 112a Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichtet, der Bundesregierung bis zum 1. Juli 2006 einen Bericht zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vorzulegen. Das Energiewirtschaftsgesetz räumt der Bundesnetzagentur zur Vorbereitung und Erstellung des Berichts die "Ermittlungsbefugnisse nach diesem Gesetz" ein. Die Bundesnetzagentur veröffentlichte am 21. Dezember 2005 in ihrem Amtsblatt ein Auskunftsverlangen, mit dem allen Betreibern von Gasversorgungsnetzen aufgegeben wurde, ins Einzelne gehende Angaben über Netzstrukturen und Kosten zu machen.

Gegen dieses Verlangen haben mehrere Betreiber von Gasversorgungsnetzen Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Nachdem ihre Anträge auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde zurückgewiesen worden waren, haben sie noch während der Beschwerdeverfahren die verlangten Daten übermittelt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat am 28. Juni 2006 die Beschwerden zurückgewiesen (vgl. hierzu näher Presseerklärung 013/2007, Verhandlungstermin: 8.5.2007). Wenige Tage später veröffentlichte die Bundesnetzagentur ihren (End)Bericht nach § 112a EnWG (s. <http://www.bundesnetzagentur.de>).

In drei Fällen haben die Betreiber von Gasfernleitungsnetzen Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts eingelegt. Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat diese Rechtsbeschwerden heute zurückgewiesen.

Allerdings hat es der Bundesgerichtshof als formell rechtswidrig beanstandet, dass die Bundesnetzagentur die angefochtene Auskunftsverfügung nicht nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes (VwZG) zugestellt hat. Der Bundesgerichtshof ist der Auffassung des Oberlandesgerichts nicht gefolgt, wonach § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG, der die Zustellung der von der Bundesnetzagentur erlassenen Entscheidungen vorschreibt, nach seiner systematischen Stellung nur auf einzelfallbezogene Regulierungsverfahren Anwendung finde. Die Bestimmung gilt – so der BGH – auch in Nebenverfahren, also insbesondere auch für das Auskunftsverlangen nach § 69 EnWG, und zwar unabhängig davon, ob ein Verfahren gegen ein bestimmtes Unternehmen eingeleitet sei oder nicht.

Danach gilt das Erfordernis einer förmlichen Zustellung nach §§ 1 ff. des Verwaltungszustellungsgesetzes (VwZG) auch in dem in § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Fall, in dem die Bekanntgabe einer Allgemeinverfügung an die Beteiligten untunlich ist. Bei Zustellungsschwierigkeiten stelle § 15 VwZG a.F. (nunmehr § 10 VwZG), der die öffentliche Zustellung erlaubt, eine abschließende Regelung dar. Da die Bundesnetzagentur nicht geltend gemacht habe, dass sie nicht imstande gewesen sei, die Adresse der Betroffenen zu ermitteln, lägen die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung nicht vor.

Der Kartellsenat hat den Zustellungsmangel jedoch als gemäß § 9 VwZG a.F. (vgl. heute § 8 VwZG) geheilt angesehen, weil die betroffenen Betreiber der Gasversorgungsnetze das Amtsblatt der

Bundesnetzagentur, in dem die Auskunftsverfügung veröffentlicht war, erhalten und die Auskunftsverfügung zur Kenntnis genommen haben und dabei keinen Zweifel daran hatten, dass die Bundesnetzagentur durch die Veröffentlichung der Verfügung die mit der förmlichen Zustellung der Verfügung verbundenen Rechtsfolgen auslösen wollte. Zwar komme die Heilung eines Zustellungsmangels grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Behörde mit Zustellungswillen gehandelt habe. Dafür genüge aber, dass die Behörde mit der Bekanntgabe der Entscheidung für die Betroffenen erkennbar die mit der Zustellung verbundenen Rechtsfolgen habe auslösen wollen.

In Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass die Bundesnetzagentur befugt war, von den Betroffenen die geforderten Auskünfte zu verlangen. Es sei grundsätzlich Sache der Bundesnetzagentur zu beurteilen, ob eine Auskunft erforderlich sei, um den Bericht nach § 112a EnWG zu erstellen. Allerdings unterliege diese Beurteilung im Hinblick auf die Bestimmung des § 83 Abs. 5 EnWG auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit der uneingeschränkten richterlichen Kontrolle. Die verlangten Auskünfte gingen aber nicht über das hinaus, was angesichts des Zwecks der Untersuchung als erforderlich angesehen werden durfte.

Der Bundesgerichtshof (Beschl. v. 19. Juni 2007 - KVR 16/06) hat es insbesondere nicht beanstandet, dass die Bundesnetzagentur die Auskünfte auch von überregionalen Gasfernleitungsnetzbetreibern verlangt hat, die für sich in Anspruch nehmen, selbst wirksamem Wettbewerb ausgesetzt zu sein und daher nicht Adressaten der Regulierung zu sein. Auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestehe keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur, von Dritten, also von Unternehmen, die derzeit nicht der Anreizregulierung unterliegen, nur solche Auskünfte zu verlangen, die bei den der Anreizregulierung unterliegenden Unternehmen nicht oder nicht ohne weiteres zu bekommen seien. Es sei vielmehr in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde gestellt, ob sie sich im Interesse einer validen Datenbasis an alle Unternehmen wende, die ihr die erforderlichen Auskünfte geben könnten. Im Übrigen sei zum Zeitpunkt der Auskunftsanordnung noch nicht geklärt gewesen, welche der Fernleitungsnetzbetreiber zu einem überwiegenden Teil wirksamem Wettbewerb ausgesetzt gewesen seien.

Schließlich sei die Auskunftsanordnung auch insoweit nicht zu beanstanden, als die geforderten Informationen Geschäftsgeheimnisse umfassten. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG sei erst berührt, wenn ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis durch die Behörde offengelegt werde. Der Geheimhaltungsbedürftigkeit der Angaben gegenüber Konkurrenten habe der Gesetzgeber durch eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen hinreichend Rechnung getragen.

Autor:

RA Max-Lion Keller, LL.M. (IT-Recht)

Rechtsanwalt