



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

EnVR 52/14

vom

12. Juli 2016

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Juli 2016 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur wird der Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. August 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Beschwerdegericht den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 9. November 2012 im Hinblick auf die Leitung der Center "IT/Organisation", "Finanzen/Controlling" und "Personal/Recht" sowie des Bereichs "Regulierungsmanagement/Strategie" abgeändert hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 9. November 2012 zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin und der Bundesnetzagentur tragen die Antragstellerin zu 85 % und die Bundesnetzagentur zu 15 %. Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur werden der Antragstellerin auferlegt.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligten streiten um Rechtmäßigkeit und Auslegung der Karenzzeitenregelungen des § 10c EnWG.
- 2 Die Antragstellerin betreibt ein 1.300 km langes Erdgas-Hochdruckleitungsnetz in Bayern. Sie ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der B. GmbH, eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens.
- 3 Mit Beschluss vom 9. November 2012 zertifizierte die Bundesnetzagentur die Antragstellerin gemäß § 4a EnWG als Unabhängige Transportnetzbetreiberin. Nummer 3 des Tenors des Zertifizierungsbescheids enthält die Feststellung, dass die jeweilige Leitung der Center "Netzbetrieb", "Lastverteilung", "Netzmanagement", "Netzvermarktung", "IT/Organisation", "Finanzen/Controlling" und "Personal/Recht" sowie der Bereiche "Regulierungsmanagement/Strategie" und "Sicherheitsingenieur" den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliege.
- 4 Mit ihrer Beschwerde hat sich die Antragstellerin gegen die Feststellung in Nummer 3 des Zertifizierungsbescheids gewandt, soweit sich diese nicht auf die Center "Netzbetrieb", "Lastverteilung" und "Netzmanagement" bezieht. Das Beschwerdegericht hat den Bescheid daraufhin abgeändert und festgestellt, dass neben den nicht angefochtenen Feststellungen nur die Leitung des Center "Netzvermarktung" den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliege. Dagegen wendet sich die Bundesnetzagentur mit ihrer - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde, mit der sie - mit Ausnahme des Bereichs "Sicherheitsingenieur" - ihr Begehren auf Zurückweisung der Beschwerde der Antragstellerin weiterverfolgt.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist begründet; sie führt mit Ausnahme des nicht angefochtenen Bereichs "Sicherheitsingenieur" zur Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und insoweit zur Zurückweisung der Beschwerde der Antragstellerin.

6 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Die Beschwerde sei teilweise begründet. Die Karenzzeitenregelungen seien allerdings verfassungsgemäß, weil sie nicht in unzulässiger Weise in Grundrechte, sei es aus dem Grundgesetz, sei es aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union abgeleitete Rechte, eingriffen. Dabei könne dahinstehen, ob die Vorschrift des § 10c EnWG - wegen der detaillierten europäischen Vorgaben - an der Charta der Grundrechte der Europäischen Union oder am Grundgesetz zu messen sei. Die hier betroffenen Grundrechte wiesen nach deutschem und europäischem Recht weitgehend ähnliche Schutzbereiche auf, die indes nicht in unverhältnismäßiger Weise berührt würden.

8 Die Vorschrift des § 10c Abs. 6 EnWG erfasse nur die Leiter der zweiten Führungsebene, die für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich seien. Entgegen dem weiten Verständnis der Bundesnetzagentur schließe dies nicht die gesamte zweite Führungsebene ein. Vielmehr seien nach Wortlaut, Historie, Systematik und Sinn und Zweck der Regelung nur diejenigen Fachbereichsleiter gemeint, die eine persönliche und sachliche Verantwortung für die drei relevanten Bereiche trügen. Insbesondere beziehe sich der Begriff "Betrieb" nicht auf den gesamten Netzbetrieb, weil ansonsten die weiteren Merkmale der "Wartung" und "Entwicklung" des Netzes bedeutungslos wären. Darüber hinaus werde der Anwendungsbe-

reich des § 10c Abs. 6 EnWG durch den Begriff "verantwortlich" weiter eingeschränkt. Nach der Gesetzesbegründung sei dieser auf die Personen zu beschränken, die erheblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen und umfangreiche Kenntnisse über die technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seinen Zustand hätten.

9 Nach diesen Maßgaben unterfielen außer den Leitern der Center "Netzbetrieb", "Lastverteilung" und "Netzmanagement" nur noch der Leiter des Center "Netzvermarktung" dem Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG. Dagegen würden die Leiter der Center "IT/Organisation", "Finanzen/Controlling" und "Personal/Recht" sowie der Bereiche "Regulierungsmanagement/Strategie" und "Sicherheitsingenieur" von § 10c Abs. 6 EnWG nicht erfasst. Der Einfluss im Unternehmen auf finanzielle Mittel, Buchhaltung, Jahresabschluss und Personal genüge nicht, um eine Steuerung des Netzbetriebs oder der Netzentwicklung anzunehmen. Eine Verantwortlichkeit für die Bearbeitung von Rechtsfragen reiche dazu ebenfalls nicht aus; soweit die Rechtsabteilung Handlungsempfehlungen entwerfe und auf Haftungsrisiken hinweise, sei damit eine faktische Bindung der Geschäftsleitung nicht verbunden. Auch im Übrigen bestehe nicht der für § 10c Abs. 6 EnWG erforderliche Bezug zu "Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes".

10 2. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

11 a) Das Beschwerdegericht hat allerdings zu Recht angenommen, dass die Karenzzeitenregelungen des § 10c Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 EnWG nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Die dagegen gerichteten Angriffe der Antragstellerin bleiben - was der Senat mit Beschluss vom 26. Januar 2016 (EnVR 51/14 Rn. 19 ff. - Karenzzeiten) entschieden und im Einzelnen begründet hat - ohne Erfolg.

- 12            b) Das Beschwerdegericht hat auch den sachlichen Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG im Grundsatz zutreffend bestimmt. Danach werden - was der Senat ebenfalls mit Beschluss vom 26. Januar 2016 (EnVR 51/14 Rn. 42 ff. - Karenzzeiten) entschieden und im Einzelnen begründet hat - von dieser Vorschrift nicht nur die Leiter derjenigen Abteilungen erfasst, die sich lediglich in technischer Hinsicht mit Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes befassen, sondern auch die Führungskräfte der zweiten Führungsebene, die umfangreiche Kenntnisse über die technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seinen Zustand haben müssen und die unternehmerischen Entscheidungen der obersten Unternehmensleitung maßgeblich beeinflussen können. Aufgrund dessen dürfen - anders als die Antragstellerin meint - die Tatbestandsvoraussetzungen des § 10c Abs. 6 EnWG nicht dahin verengt werden, dass nur die Fachbereiche erfasst werden, die rein technische, netzbezogene Aufgaben zu erfüllen haben. Vielmehr genügt eine für die Aufgabenerfüllung der entsprechenden Fachabteilung notwendige Kenntnis der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands, verbunden mit einer maßgeblichen Einflussmöglichkeit auf die Entscheidungen der Unternehmensführung, ohne dass damit zugleich verlangt wird, dass der Fachbereich die technischen Aufgaben selbst ausführt (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 46 f. - Karenzzeiten).
- 13            c) Nach diesen Maßgaben werden - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - auch die Leiter der Center "IT/Organisation", "Finanzen/Controlling" und "Personal/Recht" sowie des Bereichs "Regulierungsmanagement/Strategie" von § 10c Abs. 6 EnWG erfasst. Im Einzelnen:
- 14            aa) Der Fachbereich "IT/Organisation" ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts für die Entwicklung optimaler EDV-unterstützter Organisationsformen (außer technischen Verfahren) zuständig. Dazu gehören nach der im Zertifizie-

rungsverfahren vorgelegten Stellenbeschreibung der Antragstellerin auch die Kontrolle und Sicherstellung von Qualität und Leistung mit dem Ziel, den Betrieb des Rechenzentrums und der EDV-Anlagen, einschließlich des Software-Einsatzes, der Entwicklung von (EDV-unterstützten) Organisationsabläufen sowie die Koordination und Überwachung aller notwendigen Wartungsmaßnahmen.

15           Dieser allgemeine Aufgabenbereich der IT-Abteilung der Antragstellerin erfüllt die Anforderungen des § 10c Abs. 6 EnWG, weil die Bewältigung dieser Aufgaben umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands voraussetzt und der Leiter der IT-Abteilung maßgeblichen Einfluss auf die insoweit zu treffenden Entscheidungen der Geschäftsleitung besitzt. Wie der Senat mit Beschluss vom 26. Januar 2016 (EnVR 51/14 Rn. 72 f. - Karenzzeiten) entschieden hat, bildet die Funktionsfähigkeit und ständige Anpassung der Informationstechnologie eine Kerntätigkeit des Netzbetriebs. Die Entflechtung der Anwendungssysteme und der IT-Infrastruktur stellt deshalb nach § 10a Abs. 5 EnWG, Art. 17 Abs. 5 der Richtlinien 2009/72/EG (im Folgenden: StromRL) und 2009/73/EG (im Folgenden: GasRL) einen Schwerpunkt des Maßnahmenpakets des Gesetz- und Richtliniengebers im Rahmen des Modells des Unabhängigen Transportnetzbetreibers dar, um dessen Unabhängigkeit zu gewährleisten und insbesondere die im IT-Bereich besonders gefährdete Geheimhaltung der gespeicherten Infrastrukturdaten vor einem unberechtigten Zugriff Dritter, d.h. (einzelfallabhängig) auch vor einem Zugriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu schützen (vgl. Senatsbeschluss aaO Rn. 72 - Karenzzeiten).

16           bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts unterfällt auch der Leiter des Center "Finanzen/Controlling" dem Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG.

- 17 Zu dessen Aufgabenbereich gehören nach der im Zertifizierungsverfahren vorgelegten Stellenbeschreibung der Antragstellerin die Erstellung von betriebswirtschaftlichen Reportings, von Investitions- und Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen und der Finanz- und Liquiditätsplanung sowie die Erstellung des Jahres- und des Unbundlingabschlusses. Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs setzt umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands voraus; zugleich übt dessen Leiter insbesondere durch das Kosten- und Risikomanagement einen maßgeblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen aus.
- 18 Anders als das Beschwerdegericht meint, ist nicht entscheidend, ob der Einfluss dieser Abteilung auf finanzielle Mittel, auf Buchhaltung und Jahresabschluss genügt, um eine Steuerung des Netzbetriebs oder der Netzentwicklung i.S.d. § 10c Abs. 6 EnWG anzunehmen. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Leiter der Abteilung umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands haben muss und die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung maßgeblich beeinflussen kann. Dies ist bei der gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise zu bejahen. Die Entflechtung der Buchhaltung und des Rechnungswesens stellt nach § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, § 10a Abs. 7 EnWG, Art. 17 Abs. 2 Buchst. h, Abs. 6 StromRL/GasRL einen Schwerpunkt des Maßnahmenpakets des Gesetz- und Richtliniengebers im Rahmen des Modells des Unabhängigen Transportnetzbetreibers dar, um dessen Unabhängigkeit und insbesondere die im Rechnungswesen besonders zu fordernde Vertraulichkeit der wirtschaftlich sensiblen Informationen zu gewährleisten (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 80 - Karenzzeiten).
- 19 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat die Abteilung auch nicht nur eine rein unterstützende Funktion. Vielmehr werden durch diesen Fachbereich Entscheidungen der Unternehmensleitung der Antragstellerin nicht nur vorbereitet, son-



dern auch inhaltlich beeinflusst. Dabei handelt es sich um Kernaufgaben, die für den Netzbetrieb zwingend erforderlich sind.

20 cc) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist auch der Leiter des Center "Personal/Recht" der Karenzzeitenregelung des § 10c Abs. 6 EnWG unterworfen.

21 Nach dem von der Antragstellerin vorgelegten Stellenprofil ist der Fachbereich unter anderem für das koordinierende Management der juristischen Betreuung des Unternehmens, insbesondere in energiewirtschaftlichen und gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten, für die verantwortliche juristische Betreuung von Berichten und Vorlagen an die Aufsichtsgremien und für die Unterstützung und Beratung der Geschäftsführung in grundsätzlichen Personalfragen zuständig.

22 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs ist ohne umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands nicht denkbar. Die Rechtsabteilung hat auch maßgeblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung. Sie unterzieht deren Vorstellungen einer rechtlichen Prüfung, zeigt Handlungsalternativen auf und bewertet sie nach ihrer rechtlichen Realisierbarkeit und ihren - auch wirtschaftlichen - Folgen; regelmäßig bereitet die Rechtsabteilung auch künftige Entscheidungen vor, sei es, dass sie Verhandlungen für künftige Verträge führt, sei es, dass sie die Entscheidungsfreiheit des Unternehmens gegenüber behördlichen Eingriffen zu wahren sucht (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 86 mwN - Karenzzeiten). Damit ist ein hinreichendes Diskriminierungspotential im Hinblick auf eine Bevorzugung der Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens vorhanden. Dass sich die Geschäftsleitung im Einzelfall über Handlungsempfehlungen der Rechtsabteilung hinwegsetzen mag, ändert daran bei der gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise nichts (vgl. Senatsbeschluss aaO - Karenzzeiten).

23 dd) Schließlich unterfällt auch der Leiter des Bereichs "Regulierungsma-  
24 nagement/Strategie" der Vorschrift des § 10c Abs. 6 EnWG.

24 Der Bereich ist nach dem von der Antragstellerin vorgelegten Stellenprofil  
unter anderem für die Analyse des regulatorischen Umfelds, insbesondere die Ana-  
lyse und Bewertung der regulatorischen Entwicklungen sowie deren Auswirkungen  
auf die Antragstellerin, zuständig und wirkt bei der Sicherstellung und Koordinierung  
der Implementierung neuer europäischer rechtlicher und regulatorischer Pflichten  
sowie bei der Kalkulation der Netzentgelte mit.

25 Auch die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs ist ohne umfangreiche Kennt-  
nisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands nicht  
denkbar. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Mitarbeit, Bewertung und Umsetzung  
des deutschen und europäischen Regulierungsrahmens (vgl. Senatsbeschluss vom  
26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 85 f. - Karenzzeiten) als auch insbesondere im  
Hinblick auf die Kalkulation der Netzentgelte (vgl. Senatsbeschluss aaO Rn. 78  
- Karenzzeiten).

26 3. Wie der Senat mit Beschluss vom 26. Januar 2016 (EnVR 51/14 Rn. 19 ff.,  
91 ff. - Karenzzeiten) entschieden und im Einzelnen begründet hat, ist ein Vorabent-  
scheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union oder eine Vorlage  
an das Bundesverfassungsgericht nicht angezeigt.

III.

27 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.08.2014 - VI-3 Kart 286/12 (V) -