



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 53/14

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 aufgehoben.

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 9. November 2012 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerde- und 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 1.900 km langes Erdgas-Hochdruckleitungsnetz in Baden-Württemberg und Teilen der Schweiz, Österreichs und Liechtensteins. Sie ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der E. mbH. Die E. S.p.A. (E.) und E. AG (En.) bilden als Gruppe ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen, das über die E. mbH die Kontrolle über die Antragstellerin ausübt.
- 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 Bereiche "Finanzen & IT" und "Gremien, Recht & Personal" 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. Das Beschwerdegericht hat den Bescheid daraufhin abgeändert und festgestellt, dass nur die jeweilige Leitung der Center "Asset- und Regulierungsmanagement", "Netzsteuerung" und "Netzservice" den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterfalle. Dagegen wendet sich die Bundesnetzagentur mit ihrer - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde, mit der sie ihr Begehren auf Zurückweisung der Beschwerde der Antragstellerin weiterverfolgt.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist begründet; sie führt zur
Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und zur Zurückweisung der
Beschwerde der Antragstellerin.

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

7 Die Beschwerde sei 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 Grund-
rechte der Europäischen Union oder am Grundgesetz zu messen sei. Die hier be-
troffenen 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, Sys-
tematik und Sinn und Zweck der Regelung nur diejenigen Fachbereichsleiter ge-
meint, die eine persönliche und sachliche Verantwortung für die drei relevanten Be-
reiche trügen. Insbesondere beziehe sich der Begriff "Betrieb" nicht auf den gesam-
ten Netzbetrieb, weil ansonsten die weiteren Merkmale der "Wartung" und "Entwick-
lung" des Netzes bedeutungslos wären. Darüber hinaus werde der Anwendungsbe-
reich des § 10c Abs. 6 EnWG durch den Begriff "verantwortlich" weiter einge-
schränkt. Nach der Gesetzesbegründung sei dieser auf die Personen zu beschrän-

ken, die erheblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen und umfangreiche Kenntnisse über die technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seinen Zustand hätten.

9 Nach diesen Maßgaben würden die Leiter der Bereiche "Finanzen & IT" und "Gremien, Recht & Personal" 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.

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 - die Leiter der Bereiche "Finanzen & IT" und "Gremien, Recht & Personal" von § 10c Abs. 6 EnWG erfasst.
- 14 aa) Der Leiter des Fachbereichs "Finanzen & IT" verantwortet nach den Angaben der Antragstellerin die drei Fachgebiete "Finanz- und Rechnungswesen", "Unternehmensplanung, -controlling und Reporting" und "Informationstechnologie". Dazu gehören unter anderem die Buchhaltung und die Erstellung von Monats- und Jahresabschlüssen, die Liquiditätssteuerung, die Erstellung von Unternehmensplanungen einschließlich der Finanzplanung, das Controlling, die Ermittlung der regulatorischen Netzkosten, die Erstellung betriebswirtschaftlicher Analysen und die Sicherstellung einer effizienten Informations- und Datenverarbeitung.
- 15 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs ist ohne umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands nicht denkbar. Schon der 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 Entsprechendes gilt in Bezug auf das Finanz- und Rechnungswesen. 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).

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

18 bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist auch der Leiter des Bereichs "Gremien, Recht & Personal" der Karenzzeitenregelung des § 10c Abs. 6 EnWG unterworfen.

19 Nach den Angaben der Antragstellerin ist der Leiter des Bereichs "Gremien, Recht & Personal" unter anderem für die rechtliche Beratung der Geschäftsführung in strategischen Fragen, für die Betreuung von Rechtsangelegenheiten von besonderer Bedeutung für das Unternehmen, das Versicherungsmanagement, die strategische Personalplanung und die Rekrutierung und Personalbetreuung von Führungskräften und Schlüsselpositionen zuständig.

20 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs setzt umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands voraus. 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 hin-

reichendes 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).

21 Entsprechendes gilt für das Personalmanagement. Wie sich aus § 10a Abs. 3 EnWG ergibt, erfasst die Entflechtung auch das Personalwesen. Mit dieser Regelung soll die Nutzung gemeinsamer Dienstleistungen durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und den Unabhängigen Transportnetzbetreiber eingeschränkt werden, um die Unabhängigkeit des Unabhängigen Transportnetzbetreibers in allen Bereichen vollständig zu gewährleisten, indem auch mittelbare Einflussnahmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausgeschlossen werden (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 83 - Karenzzeiten). Die Nutzung gemeinsamer Dienstleistungen betraf vor Inkrafttreten der Entflechtungsvorschriften der §§ 10 ff. EnWG vor allem die Bereiche Kundenservice, Buchhaltung, Rechnungswesen, Datenverarbeitung, Personalwesen und juristische Dienste (vgl. Senatsbeschluss aaO). Diesen Bereichen gemein ist der Zugang zu diskriminierungsrelevanten Informationen und ihr Einfluss auf netzbezogene Entscheidungen der Geschäftsleitung. Dies ist für die Anwendung des § 10c Abs. 6 EnWG entscheidend.

22 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 Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union oder eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nicht angezeigt.

III.

23 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.08.2014 - VI-3 Kart 299/12 (V) -