



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 54/14

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 abgeändert hat.

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

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin 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 mit rund 1.130 km einen Teil des Mitteleuropäischen-Hochdruck-Gasleitungsnetzes M. . Sie ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der G. S.A.S., die wiederum ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der G. S.A. ist, die das Gasfernleitungsnetz in Frankreich betreibt. Die Anteile der G. S.A. werden zu 75% von der GD. S.A. und zu 25% von einem Finanzkonsortium gehalten.
- 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 "Key Account Management", "Operations", "Infrastructure/Europe", "Technical Management", "Finance" und "Legal and Regulatory Affairs" den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterfalle.
- 4 Mit ihrer Beschwerde hat sich die Antragstellerin gegen die Feststellung in Nummer 3 des Bescheids vom 9. November 2012 mit Ausnahme des Bereichs "Technical Management" gewandt. Das Beschwerdegericht hat den Bescheid in Nummer 3 abgeändert und festgestellt, dass außer dem Bereich "Technical Management" lediglich die jeweilige Leitung der Center "Key Account Management", "Operations" und "Infrastructure/Europe" den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliege. Die weitergehende Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Dagegen wenden sich die Antragstellerin und die Bundesnetzagentur mit ihren

- vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden, mit denen sie ihre jeweiligen Begehren weiterverfolgen.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist begründet; sie führt - soweit die Beschwerde Erfolg gehabt hat - zur Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und zur vollumfänglichen Zurückweisung der Beschwerde der Antragstellerin. Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist dagegen unbegründet.

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 "Entwick-

lung" des Netzes bedeutungslos wären. Darüber hinaus werde der Anwendungsbereich 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 dem Leiter des Bereichs "Technical Management" auch die jeweilige Leitung der Center "Key Account Management", "Operations" und "Infrastructure/Europe" dem Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG. Diese seien nach der Aufgabenbeschreibung der Antragstellerin ebenfalls im engeren Sinne für "Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes" verantwortlich und erfüllten typische Aufgaben in engem Zusammenhang mit dem Netzbetrieb.

10 Dagegen würden die Leiter der Abteilungen "Finance" und "Legal and Regulatory Affairs" von § 10c Abs. 6 EnWG nicht erfasst. Der Einfluss im Unternehmen auf finanzielle Mittel, Buchhaltung und Jahresabschluss 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.

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

12 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.

13 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).

14 c) Nach diesen Maßgaben werden neben dem Leiter des Bereichs "Technical Management" die jeweilige Leitung der Center "Key Account Management", "Operations" und "Infrastructure/Europe" sowie - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - auch diejenigen der Fachbereiche "Finance" und "Legal and Regulatory Affairs" von § 10c Abs. 6 EnWG erfasst. Insoweit hat die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur Erfolg, während die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin unbegründet ist. Im Einzelnen:

15 aa) Der Leiter der Abteilung "Key Account Management" ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts für die Kundenbetreuung und Kapazitätsverwaltung, das "Hochladen der Kapazitäten", zuständig. Dabei hat er Vertriebsprojekte zu realisieren und Kapazitäten zu bündeln oder zu auktionieren.

16 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs setzt umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes voraus, weil vor allem die Kapazitätsverwaltung nicht losgelöst von den technischen Eigenschaften und dem Zustand des bestehenden Transportnetzes erfolgen kann. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist es unerheblich, dass der Leiter des Fachbereichs keine (verantwortlichen) Entscheidungen über den Netzbetrieb trifft, sondern im Rahmen solcher Entscheidungen eine lediglich vorbereitende, unterstützende und beratende Funktion hat. Insoweit genügt es, dass dabei ein hinreichendes Diskriminierungspotential im Hinblick auf eine Bevorzugung der Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besteht (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 69 - Karenzzeiten).

17 bb) Die Abteilung "Operations" ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts für die operative Erbringung der Transportleistung verantwortlich. Der Bereich wickelt die Transporte der Kunden ab und führt auf einer 24-Stunden-Basis den Nominierungs- und Allokationsprozess mit Hilfe der Abteilung "Commercial Dispatching" durch. Außerdem werden die netzbezogenen IT-Anwendungen entwickelt.

18 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs setzt ebenfalls umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes voraus, weil die Abwicklung der Transportleistungen und die Entwicklung netzbezogener IT-Anwendungen nicht losgelöst von den technischen Eigenschaften und dem Zustand des bestehenden Transportnetzes erfolgen kann. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist es unerheblich, dass der Leiter des Fachbereichs "Operations" keine (verantwortlichen) Entscheidungen über den technischen Netzbetrieb trifft. Insoweit genügt es, dass im Rahmen der Aufgabenabwicklung ein hinreichendes Diskriminierungspo-

tential im Hinblick auf eine Bevorzugung der Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besteht. Schließlich bedarf es auch keiner Feststellungen des Beschwerdegerichts zu dem (konkreten) Kenntnisstand des Fachbereichsleiters "Operations", weil insoweit eine generalisierende Betrachtungsweise auf der Grundlage der konkreten Aufgabenbeschreibung anzustellen ist.

19 Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Entwicklung netzbezogener IT-Anwendungen. Dieser Aufgabenbereich 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).

20 cc) Der Leiter des Bereichs "Infrastructure/Europe" ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts für die Netzentwicklung und -planung zuständig.

21 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs ist ohne umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands nicht denkbar. Netzentwicklung und Netzplanung gehören zum Kernbereich des Netzbetriebs. Dies wird auch von der Rechtsbeschwerde nicht in Frage gestellt. Sie wendet lediglich ein, dass der Leiter dieses Fachbereichs nur für die technische Planung und Entwicklung des Netzes zuständig sei, hingegen keinen (verantwortlichen) Einfluss auf das Ob und Wie solcher Maßnahmen habe. Darauf kommt es indes nicht entscheidend an. Insoweit genügt es, dass der jeweilige Bereichsleiter zumindest insoweit maßgeblichen Einfluss auf die entsprechenden unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung hat, dass er bestimmte Planungen aus technischer Sicht vorziehen oder verwerfen kann. Das damit vorhandene Diskriminierungspotential im Hinblick auf eine Bevorzugung der Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist dabei gegeben (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 69 - Karenzzeiten).

22 dd) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts unterfällt auch der Leiter des Bereichs "Finance" den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG.

23 Der Fachbereich ist nach den Angaben der Antragstellerin für das kaufmännische Rechnungswesen verantwortlich und befasst sich mit allen finanziellen Aspekten des Netzbetriebs bei gleichzeitiger Einhaltung aller kaufmännischen Regelungsvorgaben. Er erstellt die Unternehmensabschlüsse und ist für die Budget- und Mittelfristplanung sowie für die Durchführung aller Aufgaben der Buchhaltung, der Rechnungskontrolle und des Berichtswesens verantwortlich.

24 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs ist ohne umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands nicht denkbar. 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 um-

fangreiche 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).

25 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.

26 ee) Schließlich ist entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts auch der Leiter des Bereichs "Legal and Regulatory Affairs", d.h. der Rechtsabteilung, der Karenzzeitenregelung des § 10c Abs. 6 EnWG unterworfen.

27 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 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).

- 28 3. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kommt - wie der Senat mit Beschluss vom 26. Januar 2016 (EnVR 51/14 Rn. 19 ff., 91 ff. - Karenzzeiten) entschieden und im Einzelnen begründet hat - ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union oder eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nicht in Betracht.

III.

29

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.08.2014 - VI-3 Kart 300/12 (V) -