



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

EnVR 51/14

Verkündet am:  
26. Januar 2016  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Karenzzeiten

EnWG § 10c Abs. 6

- a) Die für die zweite Führungsebene bestehenden Karenzzeitenregelungen in § 10c Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 und Abs. 5 EnWG verstoßen nicht gegen höherrangiges Recht.
- b) § 10c Abs. 6 EnWG erfasst diejenigen 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 in Bezug auf Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes maßgeblich beeinflussen können.

BGH, Beschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck 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 5. Februar 2013 abgeändert hat.

Die Beschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2 bis 20 gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 5. Februar 2013 werden insgesamt zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2, 3, 5, 7, 10 und 13 bis 20 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur werden der Antragstellerin und den Beigeladenen zu 2 bis 20 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 bundesweit ein 2.300 km langes Gasfernleitungsnetz. Sie ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der W. KG, die über mehrere Unternehmen in den Bereichen Erdgashandel, -vertrieb und -speicherung aktiv ist. Die Anteile an der W. KG werden zu 50,02% von der zum B. -Konzern gehörenden W. -Beteiligungs-GmbH und zu 49,98% von der G. GmbH gehalten. Die G. GmbH gehört über die O. zur russischen O. .
  
- 3 Mit Bescheid vom 5. Februar 2013 zertifizierte die Bundesnetzagentur die Antragstellerin gemäß § 4a EnWG als Unabhängige Transportnetzbetreiberin. Zu diesem Zeitpunkt waren die Beigeladenen zu 2 und 3 Geschäftsführer der Antragstellerin, wobei der Beigeladene zu 2 für den Geschäftsbereich "Steuerung und Finanzen (GT)" und der Beigeladene zu 3 für den Geschäftsbereich "Netz (GN)" zuständig war. Die Beigeladenen zu 4 bis 20 gehörten der zweiten Führungsebene an und leiteten jeweils einen der Bereiche "Recht und Versicherung (GTJ)", "Einkauf (GTB)", "Controlling (GTC)", "Gasdisposition (GTD)", "Vertragsermittlung (GTE)", "Finanzen und Steuern (GTF)", "Personal und Verwaltung (GTH)", "IT Management (GTI)", "Kapazitätsmanagement (GTK)", "Marktgebietsmanagement (GTM)", "Regulierungsmanagement (GTR)", "Leitungsrechte und -dokumentation (GNL)", "Anlagentechnik (GNA)", "Montage (GNM)", "Trassenengineering (GNT)", "Betriebstechnik Ost (GNO)" und "Betriebstechnik West (GNW)". Nummer 3 des Tenors des Zertifizierungsbescheids enthält die Feststellung, dass die jeweilige Leitung dieser Bereiche

den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliege. In der Begründung des Bescheids wird insoweit ausgeführt, dass lediglich die drei weiteren Fachbereiche "Kommunikation (GT/S)", "Qualitätsmanagement (GT-QM)" und "Sicherheit, Umwelt und Gesundheit (HSE)" netzfremde, nicht von § 10c Abs. 6 EnWG erfasste Tätigkeiten ausüben würden. Ferner lehnte die Bundesnetzagentur in Nummer 6 des Bescheids den Antrag der Antragstellerin auf Nichtanwendung der Karenzzeitenregelungen für die zweite Führungsebene ab.

4 Zum 1. Oktober 2013 veränderte die Antragstellerin ihre Führungsstruktur, wobei zugleich der Beigeladene zu 3 aus der Geschäftsführung ausschied. Zwischen der Geschäftsführung und der Fachbereichsebene richtete die Antragstellerin eine neue zweite Führungsebene ein, die aus drei Ressorts besteht. Das Ressort 1 "Steuerung und Finanzen" wird - neben seiner Geschäftsführertätigkeit - von dem Beigeladenen zu 2 geleitet und umfasst die Fachbereiche GTC, GTF, GTH, GTJ und GTR. Das Ressort 2 "Netz" wird von dem Beigeladenen zu 3 geleitet und aus den Fachbereichen GNA, GNL, GNM, GNO, GNT und GNW gebildet. Dem Ressort 3 "Kapazität und Entwicklung" steht ein weiterer Geschäftsführer vor; es umfasst die Fachbereiche GTB, GTD, GTE, GTI, GTK und GTM. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2013 teilte die Bundesnetzagentur der Antragstellerin hierzu mit, dass nach ihrer Auffassung die Leiter der den Ressorts 1 und 3 zugehörigen Fachbereiche weiterhin der zweiten Führungsebene zuzuordnen seien, weil diese Ressorts von den amtierenden Geschäftsführern geleitet würden und damit weiterhin unmittelbar der Geschäftsführung nachgeordnet seien. Dagegen sei in Bezug auf das Ressort 2 nur noch deren Leiter, der Beigeladene zu 3, als zweite Führungsebene einzustufen, während die Fachbereichsleiter des Ressorts 2 nicht mehr den Karenzzeitenregelungen unterfielen, so dass für diese nunmehr die "Abkühlungszeit" begonnen habe.

5 Mit ihrer Beschwerde hat sich die Antragstellerin gegen die Feststellung in Nummer 3 des Bescheids vom 5. Februar 2013, soweit sich diese nicht auf die Fachbereiche "Gasdisposition (GTD)", "Kapazitätsmanagement (GTK)", "Marktgebietsmanagement (GTM)", "Betriebstechnik Ost (GNO)" und "Betriebstechnik West

(GNW)" bezieht, gewandt. Ferner hat sie - unter Aufhebung von Nummer 6 des Zertifizierungsbescheids - die Feststellung begehrt, dass die Sperrzeiten für die Geschäftsführung und die Mitarbeiter der zweiten Führungsebene der Antragstellerin nicht gelten, hilfsweise, dass die Karenzzeit maximal ein halbes Jahr, höchst hilfsweise einen anderen unter vier Jahren liegenden Zeitraum betrage. Die Beigeladenen zu 4 bis 15 haben beantragt, Nummer 3 des Zertifizierungsbescheids aufzuheben, soweit sich die Feststellung zu ihren Lasten auf die nachlaufende Karenzzeit bezieht. Schließlich haben die Beigeladenen zu 2 bis 20 - unter Aufhebung von Nummer 6 des Zertifizierungsbescheids - die Feststellung begehrt, dass die Karenzregelungen für sie nicht gelten, hilfsweise, dass die nachlaufende Karenzzeit maximal ein halbes Jahr, höchst hilfsweise einen anderen unter vier Jahren liegenden Zeitraum betrage.

- 6 Das Beschwerdegericht hat den Bescheid in Nummer 3 abgeändert und festgestellt, dass - zum Zeitpunkt des Zertifizierungsbescheids und vorbehaltlich einer Einordnung der jeweiligen Fachbereichsleiterstellen als "2. Führungsebene" derzeit - die jeweilige Leitung der Bereiche "Gasdisposition (GTD)", "Kapazitätsmanagement (GTK)", "Marktgebietsmanagement (GTM)", "Betriebstechnik Ost (GNO)", "Betriebstechnik West (GNW)", "Vertragsermittlung (GTE)", "Anlagentechnik (GNA)", "Montage (GNM)", "Trassenengineering (GNT)", "IT Management (GTI)" und "Einkauf (GTB)" den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliege. Die weitergehende Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Dagegen wenden sich die Antragstellerin, die Beigeladenen zu 2 und 3 sowie zu 5, 7, 10 und 13 bis 20 und die Bundesnetzagentur mit ihren - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerden, mit denen sie ihre jeweiligen Begehren weiterverfolgen.

II.

7 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 Beschwerdeführer. Die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen sind dagegen unbegründet.

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

9 Die Beschwerden seien 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.

10 Die Karenzzeitenregelungen griffen zwar in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRCh, der Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Netzbetreiber und die Berufswahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG der jeweiligen Leiter der zweiten Führungsebene ein. Der Eingriff sei aber gerechtfertigt. Die Regelungen seien geeignet, das Diskriminierungspotential innerhalb des Unternehmensverbands zu vermindern. Es liege auf der Hand, dass innerhalb eines Konzerns schon aufgrund einer oft jahrelangen Zusammenarbeit in verschiedenen Positionen im Unternehmen ein relevantes Diskriminierungspotential bestehen könne. Es sei daher naheliegend, dass für das Entflechtungsmodell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers als "dritte Option" einer Entflechtung besondere gesetzliche An-

forderungen vorzusehen seien, um die Unabhängigkeit der Beteiligten sicherzustellen.

- 11 Die Karenzzeitenregelungen seien zur Zielerreichung erforderlich, nachdem die Europäische Union und mit ihr der deutsche Gesetzgeber zu dem Ergebnis gekommen seien, dass die Entflechtung bis zum Jahr 2009 nicht in dem notwendigen Maße umgesetzt worden sei. Die mit den Gas- und Stromrichtlinien und deren Umsetzung in §§ 6 ff. EnWG erfolgten Änderungen seien deshalb erforderlich gewesen. Dies werde durch zahlreiche andere Vorschriften und Verbote im Energierecht, die ebenfalls das Ziel hätten, Diskriminierungen zu vermeiden, nicht in Frage gestellt. Denn durch die Sperrfristen solle präventiv verhindert werden, dass Diskriminierungen in besonders sensiblen Unternehmensbereichen überhaupt erst entstünden.
- 12 Schließlich seien die Bestimmungen auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Durch diese Vorschriften würden zwar Führungskräfte in ihren persönlichen Entwicklungsmöglichkeiten eingeschränkt. Die Sperrfristen bezögen sich aber nur auf bestimmte Tätigkeiten im Unternehmensverbund, weshalb es den Führungskräften möglich und zumutbar sei, außerhalb des Unternehmens eine neue (Karriere-)Position zu suchen. Die Länge der Karenzzeiten von drei und vier Jahren sei nicht zu beanstanden. Der Betrieb eines Übertragungsnetzes stelle ein natürliches Monopol dar, bei dem von vornherein ein erhebliches Diskriminierungspotential bestehen könne, dessen Vermeidung von hoher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung sei. Außerdem komme hinzu, dass die (eigentums-)rechtliche Entflechtung bei diesem "dritten" Modell nur unvollständig erfolge.
- 13 Aus diesen Gründen sei auch ein Eingriff in die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 17 Abs. 1 Satz 1 GRCh rechtmäßig, sofern die Karenzzeitenregeln als zukunftsgerichtete, gegebenenfalls die künftigen Erwerbchancen beeinträchtigende Normen überhaupt den Schutzbereich dieses Grundrechts tangierten.

- 14           Schließlich sei auch der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 20 GRCh nicht verletzt. Es sei sachgerecht, lediglich die Wechselmöglichkeiten innerhalb des Unternehmensverbunds zu beschränken, weil hier das Diskriminierungspotential strukturell größer sei als bei einem Wechsel von oder nach außen. Eine mögliche Ungleichbehandlung mit Führungskräften der beiden anderen Entflechtungsvarianten sei ebenfalls gerechtfertigt; bei dem eigentlich unvollkommenen Entflechtungsmodell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers seien strenge Anforderungen an die persönliche Unabhängigkeit der Führungskräfte zu stellen. Schließlich sei auch eine Unterscheidung zwischen Führungskräften und sonstigem Personal sachgerecht, weil bei Führungskräften aufgrund ihrer Entscheidungsmöglichkeiten die erhöhte Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sie relevante Informationen in diskriminierender Weise tatsächlich verwendeten.
- 15           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 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. Der Zweck der Vorschrift könnte zwar für eine weite Auslegung sprechen, weil dies dem Ziel der Entflechtung stärker dienen würde; eine solche Auslegung sei jedoch mit den übrigen Auslegungsgrundsätzen nicht vereinbar. Vor allem aber sei im Hinblick auf die Länge der Karenzzeiten ein enges Verständnis der Norm im Sinne einer grundrechtsschonenden Auslegung geboten.

- 16 Nach diesen Maßgaben unterfielen außer den Leitern der Bereiche GTD, GTK, GTM, GNO und GNW auch die Fachbereichsleiter GTE, GNA, GNM, GNT, GTI und GTB 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. Dies gelte insbesondere auch für den Leiter GTI, der dafür verantwortlich sei, alle IT-Prozesse und damit insbesondere auch gaswirtschaftliche Prozesse zu optimieren. Der Leiter GTB sei nicht nur für die allgemeine Beschaffung von Material, sondern auch für die Beschaffung spezieller netzspezifischer Komponenten verantwortlich.
- 17 Dagegen würden die Leiter der Abteilungen GTC, GTF, GTH, GTR, GTJ und GNL 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. Die Abteilung GNL erfülle vor allem Archivaufgaben.
- 18 2. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.
- 19 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 Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2, zu 3, zu 5, zu 7, zu 10 und zu 13 bis 20 (das sind die Beschwerdeführer zu 3, zu 4, zu 6, zu 8, zu 11 und zu 14 bis 21; im Folgenden: die Beigeladenen) bleiben ohne Erfolg.
- 20 aa) Es spricht einiges dafür, dass die Vorschriften an der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu messen sind. Nach der ständigen Rechtspre-

chung des Gerichtshofs der Europäischen Union finden die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen Anwendung (vgl. EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013 - C-617/10, NJW 2013, 1415 Rn. 19 mwN - Åkerberg Fransson; Urteil vom 30. April 2014 - C-390/12, EuZW 2014, 597 Rn. 33 - Pflieger ua). Dies betrifft zum einen Fälle, in denen Mitgliedstaaten das Gemeinschaftsrecht, vor allem Verordnungen und Richtlinien, umsetzen oder durch allgemeine Rechtsakte oder Einzelakte durchführen (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juli 1989 - 5/88, Slg. 1989, 2609 Rn. 17 ff. - Wachauf), und zum anderen Fälle, in denen Mitgliedstaaten Grundfreiheiten auf Grund geschriebener oder ungeschriebener Schrankenvorbehalte im Gemeinschaftsrecht durch nationales Recht einschränken (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 1991 - C-260/89, Slg. 1991, I-2925 Rn. 41 ff. - ERT). Hier dürfte die erste Fallgruppe einschlägig sein. Nach der Gesetzesbegründung zu § 10c EnWG dient die Vorschrift der Umsetzung von Art. 19 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (im Folgenden: Stromrichtlinie oder StromRL) und von Art. 19 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (im Folgenden: Gasrichtlinie oder GasRL). Dabei wird in den Materialien betont, dass die Richtlinie "keinen Gestaltungsspielraum zulässt" (BT-Drucks. 17/6072, S. 63 zu § 10c Abs. 2) oder "ein Gestaltungsspielraum für den deutschen Gesetzgeber (nicht) erkennbar" sei (BT-Drucks. 17/6072, S. 64 zu § 10c Abs. 5). Infolgedessen entsprechen § 10c Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 EnWG nahezu wortgleich Art. 19 Abs. 8 Satz 3, Abs. 3 und 7 GasRL.

21            Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich nichts anderes. Danach kommen die Unionsgrundrechte jedenfalls dann zur Anwendung, wenn - wie hier anzunehmen - keine Umsetzungsspielräume verbleiben oder es um eine Systementscheidung geht (vgl. BVerfGE 118, 79, 95 ff. mwN).

22 (1) Entgegen den Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen verstoßen Art. 19 der Richtlinien und ihre Umsetzung in § 10c EnWG nicht gegen die Berufsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht nach Art. 15 bis 17 der Charta. Zwar ist deren Schutzbereich berührt oder kann - insbesondere im Hinblick auf das Eigentumsrecht - als berührt unterstellt werden. Nach der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofes können aber weder das Eigentumsrecht noch die freie Berufsausübung oder die unternehmerische Freiheit uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern müssen im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden (vgl. nur EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1994 - C-306/93, Slg. 1994, I-5555 Rn. 22 = EuZW 1995, 109 - SMW Winzersekt).

23 Nach dieser Rechtsprechung, die nunmehr in Art. 52 Abs. 1 der Charta normiert worden ist, können folglich die Ausübung des Eigentumsrechts und der unternehmerischen Freiheit sowie die freie Berufsausübung Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet (vgl. EuGH, Slg. 1994, I-5555 Rn. 22 = EuZW 1995, 109 - SMW Winzersekt). Nach Art. 52 Abs. 1 der Charta muss eine solche Einschränkung, damit sie zulässig ist, ferner gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Freiheiten und Rechte achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darf sie außerdem nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich ist und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht (vgl. EuGH, EuZW 2014, 597 Rn. 58 - Pflieger ua). Dabei kommt den Gemeinschaftsorganen grundsätzlich ein weiter Ermessens- und Prognosespielraum zu, dessen Weite der Unionsgerichtshof insbesondere im Rahmen wirtschaftspolitischer Maßnahmen besonders hervorhebt (vgl. EuGH, Slg. 1994, I-5555 Rn. 21 = EuZW 1995, 109 - SMW Winzersekt). Die Rechtmäßigkeit einer in diesem Bereich erlassenen Maßnahme kann nur dann beeinträchtigt sein,

wenn diese Maßnahme zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist (vgl. EuGH aaO).

24 (2) Nach diesen Maßgaben ist der mit § 10c Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 EnWG verbundene Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit, der unternehmerischen Freiheit und des Eigentumsrechts nach Art. 52 Abs. 1 der Charta gerechtfertigt.

25 (a) Die Karenzzeitenregelungen sind Bestandteil des sogenannten ITO-Modells als einer der drei Entflechtungsoptionen des 3. EU-Liberalisierungspakets zur Vollendung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkts. Während die Kommission in ihren Richtlinien-Vorschlägen vom 19. September 2007 (KOM(2007) 528 endg. und KOM(2007) 529 endg.) in Bezug auf die Transportnetzbetreiber für die Einführung der eigentumsrechtlichen Entflechtung ("Ownership Unbundling", OU) - also den Zwangsverkauf der Netze - votiert und das Modell des Unabhängigen Systembetreibers ("Independent System Operator", ISO) nur als zweitbeste Alternative angesehen hatte, hat als dritte Alternative das Modell eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers ("Independent Transmission Operator", ITO) erst auf Initiative von acht Mitgliedstaaten unter Führung von Frankreich und Deutschland Eingang in die Richtlinien gefunden (vgl. dazu Schmidt-Preuß, et 9/2009, 82 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 59, BT-Drucks. 17/7181, S. 111 f.). Hintergrund für die Überlegungen der Kommission zur Erforderlichkeit einer Entflechtung der Transportnetzbetreiber war der Befund, dass der durch die bisherigen Vorschriften und Maßnahmen vorgegebene Rahmen nicht ausgereicht hat, um das Ziel eines gut funktionierenden Binnenmarkts zu verwirklichen (Erwägungsgründe 5 und 7 GasRL, Erwägungsgründe 7 und 10 StromRL). Dazu hat sie insbesondere auf ihre Mitteilung "Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlussbericht)" vom 10. Januar 2007 verwiesen. Diese Untersuchung hat ergeben, dass durch die vertikale Integration der Versorgungs- und Netzaktivitäten ein systemimmanenter Interessenkonflikt besteht, der zu einem Mangel an Investitionen und zu Diskriminierung geführt hat (S. 13 der Mitteilung). Um diesen Interes-

senkonflikt aufzulösen und um Verzerrungen bei den Anreizen für Eigentümer und/oder Netzbetreiber durch die Interessen der verbundenen Versorgungsunternehmen zu vermeiden, hat es die Kommission für notwendig erachtet, die bisherige - unzureichende - Entflechtung weiter voranzutreiben, wobei sie die eigentumsrechtliche Entflechtung als wirksamstes Mittel angesehen hat (aaO; Erwägungsgrund 8 GasRL, Erwägungsgrund 11 StromRL). Die in der Gas- und Stromrichtlinie vorgesehenen Entflechtungsmodelle sollen daher vor allem dem Zweck dienen, bei vertikal integrierten Unternehmen die Gefahr einer Diskriminierung in der Ausübung des Netzgeschäfts zu vermeiden und Anreize zu schaffen, ausreichend in die Netze zu investieren (Erwägungsgrund 6 GasRL, Erwägungsgrund 9 StromRL).

26 (b) Vor diesem Hintergrund begegnen die Karenzzeitenregelungen keinen grundrechtlichen Bedenken.

27 (aa) Sie sind zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich. Die Vorschriften dienen der Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs, der besseren Durchsetzung einer diskriminierungsfreien Tarifgestaltung, der Verhütung von Quersubventionierungen durch missbräuchlich überhöhte Netzentgelte, der Verhinderung einer Weitergabe vertraulicher Informationen im Konzern und der Unterbindung wettbewerbshemmender Investitionsentscheidungen gerade auch mit Blick auf den grenzüberschreitenden Handel im Binnenmarkt (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 49, BT-Drucks. 16/7087, S. 161; Mohr, N&R 2015, 45, 47). Aufgrund der Einbindung des Transportnetzbetreibers in den Verbund eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist zu besorgen, dass der Netzbetreiber seine Tätigkeit nicht auf eine möglichst effiziente Bereitstellung der Netzdienste im Sinne des § 21 Abs. 2 EnWG ausrichtet, sondern auf eine Beförderung der Interessen der Wettbewerbsbereiche des Energieversorgungsunternehmens (vgl. BVerwGE 137, 58 Rn. 44 [zu § 9a AEG]; Mohr, N&R 2015, 45, 46). Dies kann sich in offenen Netzzugangsdiskriminierungen zeigen, aber auch mittelbar in Form überhöhter Netzentgelte zur Quersubventionierung der Wettbewerbsbereiche und einem am Konzerninteresse ausgerichteten Ausbau der Netze.

- 28            Insbesondere im Hinblick auf die - in § 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG ausdrücklich normierten - Entflechtungsziele eines transparenten und diskriminierungsfreien Netzbetriebs ist es erforderlich, die Karenzzeitenregelungen nicht nur auf die Geschäftsleitung, sondern auch auf die leitenden Mitarbeiter der zweiten Führungsebene zu erstrecken. Auch diese können wichtige Tätigkeiten im Hinblick auf einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb ausüben, weil sie insoweit - anders als ein Sachbearbeiter - über einen hinreichend großen Überblick über die Netz Tätigkeit ihres Arbeitgebers und eine entsprechende Verantwortung verfügen. Die Gefahr einer Beförderung der Interessen des Energieversorgungsunternehmens besteht dabei nicht nur bei den Führungskräften der rein technisch-netzbezogenen Fachabteilungen, sondern auch bei denjenigen, die einen maßgeblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen ausüben.
- 29            (bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde der Antragstellerin und der Beigeladenen steht der Erforderlichkeit der Karenzzeitenregelungen nicht entgegen, dass diese durch die übrigen Maßnahmen zur Gewährleistung von Transparenz und diskriminierungsfreier Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs und damit zur Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Gas und Strom entbehrlich sind.
- 30            Das ITO-Modell als dritte Möglichkeit einer Entflechtung umfasst zwar insgesamt ein ganzes Bündel an Maßnahmen zur Erreichung der genannten Ziele. Dazu gehören neben den besonderen Entflechtungsvorgaben für Transportnetzbetreiber nach §§ 8 ff. EnWG die Zertifizierungspflicht nach § 4a EnWG, die Vorschriften über die Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen und die Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Verwendung dieser Informationen nach § 6a EnWG, die Verpflichtungen zur diskriminierungsfreien Gewährung von Netzanschluss (§ 17 EnWG) und Netzzugang (§ 20 EnWG) sowie die Vorschriften über - angemessene, diskriminierungsfreie und transparente - Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang (§ 21 EnWG). Diese Maßnahmen werden flankiert durch die Bestellung eines Gleichbehandlungsbeauftragten beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber (§ 10e

Abs. 2 EnWG), die staatliche Entgeltregulierung (§ 21a EnWG), ein ausdrückliches Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot nebst entsprechenden Missbrauchsverfahren (§§ 30, 31 EnWG) und umfangreiche behördliche Eingriffsbefugnisse (§ 65 EnWG).

31 Dessen ungeachtet haben aber der europäische Richtliniengeber wie auch der nationale Gesetzgeber den Karenzzeitenregelungen eine besondere Bedeutung für die Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers beigemessen (vgl. Erwägungsgrund 16 GasRL, Erwägungsgrund 19 StromRL, BT-Drucks. 17/6072, S. 64). Insoweit ist es konsequent, dass die Verpflichtung zur Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen und zu ihrer diskriminierungsfreien Verwendung nicht nur den Unabhängigen Transportnetzbetreiber und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen selbst trifft, sondern - um die Effektivität des ITO-Modells zu gewährleisten - auch auf die Führungskräfte erstreckt wird. Denn gerade den Karriere- und Wechselmöglichkeiten innerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens wohnt ein nicht unerhebliches Diskriminierungspotential inne. Da eine natürliche Person ihr vorhandenes Wissen schlechterdings nicht "verschließen" kann, kann der Gefahr einer Diskriminierung durch einen Wissenstransfer nur durch nachlaufende Karenzzeiten begegnet werden. Entsprechendes gilt für die vorlaufenden Karenzzeiten im Hinblick auf die Gefahr einer Bevorzugung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und einer Ausrichtung der zu fällenden unternehmerischen Entscheidungen an dessen Interessen.

32 (cc) Die sektorspezifischen Tätigkeitsverbote sind schließlich auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Karenzzeitenregelungen dienen dem gewichtigen öffentlichen Interesse der Union und ihrer Mitgliedstaaten an einem funktionierenden, wettbewerblichen Energiemarkt, der ein hohes Rechtsgut verkörpert. Die Sperrfristenregeln gelten nur innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens. Sie schließen eine Tätigkeit bei einem anderen Netzbetreiber oder auch in einem netzfremden Tochterunternehmen innerhalb des (vertikal integrierten) Unternehmensverbands, wenn es sich etwa um ein Mehrspartenunternehmen handelt, nicht aus. Die verblei-

benden Nachteile der Führungskräfte bei ihrem beruflichen Fortkommen innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens und die Erschwerungen bei der Personal- und Nachwuchsplanung des Unternehmens treten dagegen hinter die mit den Karenzzeitenregelungen verbundenen Ziele zurück.

33 Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die in der Gas- und Stromrichtlinie vorgesehenen Entflechtungsmaßnahmen die Reaktion des europäischen Richtlinien- und nationalen Gesetzgebers auf eine bis dahin von der Kommission als unzureichend festgestellte Entflechtung der Transportnetzbetreiber mit der damit verbundenen Gefahr der Diskriminierung in der Ausübung des Netzgeschäfts und fehlender Anreize zur Investition in das Netz darstellten. Gegen diese Einschätzung ist aufgrund des dem Richtliniengebers zukommenden weiten Ermessens- und Prognosespielraums nichts zu erinnern; hiergegen bringt auch die Rechtsbeschwerde nichts vor. Das Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers ist zudem - im Vergleich zu den beiden anderen Modellen - für das vertikal integrierte Unternehmen mit den geringsten Eingriffen verbunden. Für die Geschäftsleitung und die Führungskräfte der zweiten Führungsebene stellt sich die Rechtslage nicht schlechter dar als bei dem Modell einer eigentumsrechtlichen Entflechtung.

34 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde der Antragstellerin und der Beigeladenen ist auch die Länge der Karenzzeitenregelungen nicht zu beanstanden. Auch insoweit kommt dem europäischen Richtlinien- und nationalen Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Der nationale Gesetzgeber ist in § 10c Abs. 5 EnWG über die in Art. 19 Abs. 7 GasRL vorgesehene Mindestfrist von vier Jahren nicht hinausgegangen. Die Dauer der Fristen von drei bzw. vier Jahren begegnet keinen Bedenken. Sie sind geeignet und erforderlich, das erhebliche Diskriminierungspotential im Rahmen des Netzbetriebs zu minimieren. Vor diesem Hintergrund gehen die Hinweise der Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen auf die Regelung für Handelsvertreter nach §§ 74 ff. HGB, die nur ein zweijähriges Tätigkeitsverbot und zudem nur gegen eine Karenzentschädigung zulassen (vgl. dazu BVerfGE 81, 242, 252 ff.), oder auf die aktienrechtliche Vorschrift des § 100

Abs. 2 Nr. 4 AktG für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat ins Leere. Diese Regelungen betreffen (lediglich) den bilateralen Interessenkonflikt zwischen Prinzipal und Agent bzw. die - ebenfalls wichtige - Frage einer guten Unternehmensführung ("Corporate Governance"); sie dienen indes nicht dem gewichtigen öffentlichen Interesse an einem diskriminierungsfreien Netzbetrieb und einem wirksamen Wettbewerb auf dem Erdgas- und Elektrizitätsbinnenmarkt. Im Hinblick darauf sprechen diese - wenn überhaupt - sogar eher dafür, dass die Karenzzeitenregelungen deutlich über diejenigen nach §§ 74 ff. HGB bzw. § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG hinausgehen dürfen.

35           bb) Soweit sich die Rechtsbeschwerdeführer auf eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG berufen, ergibt sich nichts anderes. Deren Schutzbereich stimmt mit demjenigen der Art. 15 bis 17 der Charta überein und kann hier ebenfalls als berührt angesehen werden. Der Eingriff ist indes aus den vorstehenden Gründen gerechtfertigt.

36           Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf das Grundrecht auf freie Berufsausübung der Beigeladenen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Freiheit der Berufswahl der Beigeladenen - hier in der Form des Berufswechsels - betroffen oder lediglich ein Eingriff in ihre Freiheit der Berufsausübung gegeben ist, weil eine - zeitlich verzögerte oder praktisch verhinderte - Beförderung auf eine andere Position innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens nicht als eigenständiger Beruf anzusehen wäre. Selbst dann, wenn hier die strengeren Maßstäbe, die an eine Zulassungsbeschränkung bei der Wahl eines Zweitberufs zu stellen sind (vgl. dazu BVerfGE 21, 173, 181; 22, 275, 276), Anwendung finden sollten, begegnen die Karenzzeitenregelungen des § 10c EnWG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

37           Regelungen, die die Aufnahme der Berufstätigkeit von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig machen, sind nur gerechtfertigt, soweit sie zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erforderlich sind, d.h. soweit der Schutz von Gütern in Frage steht, denen bei sorgfältiger Abwägung der Vorrang vor dem Freiheitsanspruch des einzelnen eingeräumt werden muss, und soweit

dieser Schutz nicht auf andere Weise, nämlich mit Mitteln, die die Berufswahl nicht oder weniger einschränken, gesichert werden kann (vgl. nur BVerfGE 7, 377, 406 f.; 55, 185, 196). Dies ist hier der Fall.

38 Die Karenzzeitenregelungen dienen dem gewichtigen öffentlichen Interesse an einem diskriminierungsfreien Netzbetrieb und der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen. Dahinter müssen die Interessen der Betroffenen an einem in zeitlicher Hinsicht unbeschränkten beruflichen Fortkommen zurückstehen, zumal es ihnen unbenommen bleibt, eine solche Position außerhalb des vertikal integrierten Unternehmens oder - bei einem Mehrspartenunternehmen - auch innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens zu erlangen.

39 Es ist auch nicht erkennbar, dass die Karenzzeitenregelungen im Hinblick auf Anwendungsbereich und Dauer durch ein milderes, aber gleich geeignetes Mittel ersetzt werden könnten. Die Sperrfristen sollen die Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers auf personeller Ebene gewährleisten, indem ein "Wissenstransfer" innerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens unterbunden wird. Dazu bedarf es einer gewissen Anzahl von Jahren. Die Dauer der Karenzzeiten von drei und vier Jahren ist nicht unverhältnismäßig lang; sie liegt unterhalb der Dauer einer Regulierungsperiode von fünf Jahren (§ 3 Abs. 2 ARegV). Zur Vermeidung des für den Wettbewerb besonders gefährlichen "Wissenstransfers" aus dem Transportnetzbetreiber heraus ist es auch gerechtfertigt, dass die Karenzzeit für ausscheidende Führungskräfte vier Jahre (§ 10 Abs. 5 EnWG) und für eintretende Führungskräfte (nur) drei Jahre beträgt (§ 10 Abs. 2 Satz 1 EnWG).

40 cc) Schließlich ist auch der Gleichheitssatz aus Art. 20 der Charta oder Art. 3 Abs. 1 GG nicht verletzt.

41 Im Hinblick darauf, dass die Kommission in ihrer Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren bei vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen einen systemimmanenten Interessenkonflikt festgestellt hat, der zu einem Mangel an Investitionen und zu Diskriminierung geführt hat, ist es sachgerecht, die Karenzzeitenregelungen auf berufliche Wechsel innerhalb des Unternehmensverbands, aber nicht zu Drittunternehmen zu beschränken. Eine mögliche Ungleichbehandlung mit Führungskräften von Unternehmen, die sich einer der beiden anderen Entflechtungsvarianten unterworfen haben, wäre ebenfalls gerechtfertigt, weil mit den Sperrfristen die - nach der Einschätzung des Richtliniengebers - für die Zielerreichung an sich unvollkommenen Maßnahmen des Modells des Unabhängigen Transportnetzbetreibers aufgewogen werden sollen, um die Effektivität dieses Modells sicherzustellen (vgl. Erwägungsgrund 16 GasRL, Erwägungsgrund 19 StromRL). Davon abgesehen enthalten auch die beiden anderen Entflechtungsvarianten mit § 8 Abs. 2, § 9 Abs. 2 Satz 1 EnWG Vorschriften, die die persönliche Unabhängigkeit der handelnden Führungspersonen gewährleisten sollen. Die unterschiedliche Behandlung von Geschäftsleitern und Führungskräften der zweiten Führungsebene einerseits und den übrigen Mitarbeitern des Transportnetzbetreibers andererseits ist bereits mangels vergleichbaren Kenntnisstands und mangels vergleichbarer Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidungen des Unternehmens sachgerecht. Schließlich ist es auch sachgerecht, dass die Karenzzeitenregelungen uneingeschränkt nur für Transportnetzbetreiber gelten; dies beruht darauf, dass nach der Einschätzung des europäischen Richtliniengebers das Diskriminierungspotential vor allem auf der Ebene der Fernleitungsnetze und weniger auf der Verteilerebene besteht (vgl. Erwägungsgrund 25 GasRL, Erwägungsgrund 26 StromRL).

42 b) Das Beschwerdegericht hat auch den sachlichen Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG im Grundsatz zutreffend bestimmt. Danach werden 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 Zu-

stand haben müssen und die unternehmerischen Entscheidungen der obersten Unternehmensleitung maßgeblich beeinflussen können.

43           aa) Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ist § 10c Abs. 6 EnWG nicht dahin auszulegen, dass im Zweifel alle leitenden Mitarbeiter der zweiten Führungsebene erfasst sind, sofern der Netzbetreiber nichts Anderweitiges nachweist. Eine solche Zweifelsregelung widerspricht dem Charakter dieser Vorschrift als - grundrechtsrelevanter - Eingriffsnorm, die nur bei Vorliegen der in ihr positiv umschriebenen Tatbestandsmerkmale anwendbar ist.

44           Insoweit hat der Netzbetreiber allerdings im Rahmen der ihm obliegenden Mitwirkungspflichten nach § 69 EnWG unter anderem das Organisationsschema und eine detaillierte Arbeitsplatzbeschreibung der fraglichen Führungsstellen vorzulegen. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit kann die Regulierungsbehörde von den Ermittlungsmaßnahmen nach § 68 EnWG Gebrauch machen.

45           bb) Ebenfalls richtig ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass unter dem Begriff "Betrieb" nicht der (gesamte) Netzbetrieb an sich zu verstehen ist, weil ansonsten die weiteren Tatbestandsmerkmale der Wartung und Entwicklung des Netzes ohne eigenständige Bedeutung wären. Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm ist ihr Wortlaut. Hätte der Gesetzgeber in § 10c Abs. 6 EnWG alle Leiter der zweiten Führungsebene erfassen wollen, hätte es genügt, das Eingreifen der Vorschrift lediglich davon abhängig zu machen, dass die betreffenden Mitarbeiter "unmittelbar" der obersten Führungsebene unterstellt sind. Der Dreiklang aus Betrieb, Wartung und Entwicklung spricht dafür, dass (nur) diejenigen Bereichsleiter erfasst werden, die aufgrund des Aufgabenzuschnitts ihrer Fachbereiche oder Abteilungen maßgeblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen zu den technischen Eigenschaften des Transportnetzes, seinem Zustand und seiner Fortentwicklung haben und dazu umfangreiche diskriminierungsrelevante Kenntnisse darüber haben müssen.

- 46 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin und der Beigeladenen dürfen diese Tatbestandsvoraussetzungen nicht dahin verengt werden, dass nur die Fachbereiche erfasst werden, die rein technische, netzbezogene Aufgaben zu erfüllen haben. § 10c Abs. 6 EnWG nimmt zwar mit den Begriffen des Betriebs, der Wartung und der Entwicklung des Netzes auf die in Art. 17 Abs. 2 Buchst. e StromRL/GasRL genannten Kernaufgaben des Transportnetzbetreibers Bezug, ohne aber den Anwendungsbereich darauf einzuschränken. Insoweit hat die Aufzählung in Art. 17 Abs. 2 StromRL/GasRL keine abgrenzende, sondern lediglich eine konkretisierende Funktion. Auch bei den übrigen in dieser Regelung genannten Bereichen handelt es sich um Kernaufgaben des Transportnetzbetreibers, wie etwa bei der Investitionsplanung und der Netzplanungskompetenz (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 59, BT-Drucks. 17/7181, S. 112), aber auch bei anderen unternehmensspezifischen Einrichtungen, wie unter anderem Rechtsabteilung, Buchhaltung und IT-Diensten. Dies zeigt sich vor allem daran, dass für sie aufgrund ihrer Bedeutung für den Netzbetrieb und des Umfangs der gespeicherten unternehmensinternen, wirtschaftlich sensiblen Daten noch weitere Entflechtungsmaßnahmen vorgesehen sind (vgl. nur Art. 17 Abs. 5 StromRL/GasRL, § 10c Abs. 5 EnWG für IT-Abteilung, Art. 17 Abs. 6 StromRL/GasRL, § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, § 10a Abs. 7 EnWG für Rechnungswesen).
- 47 Dieses Verständnis wird durch Art. 19 Abs. 8 StromRL/GasRL belegt, wonach die der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellten Personen mit dem Betrieb, der Wartung oder der Entwicklung des Netzes "befasst" sein müssen. Es 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. Soweit in den Materialien zu § 10c Abs. 6 EnWG als Beispiel für die betroffenen Personen der zweiten Führungsebene der Hauptbereichsleiter Netz genannt wird (BT-Drucks. 17/6072, S. 64), ist dies zwar zutreffend, vermag aber im Hinblick auf den (weiten) Wortlaut dieser Norm

wie auch des Art. 19 Abs. 8 StromRL/GasRL keinen engeren Anwendungsbereich zu begründen.

48           Insoweit ist im Rahmen der systematischen Auslegung zu berücksichtigen, dass alle drei Entflechtungsmodelle die bestehenden Interessenkonflikte zwischen Erzeugern, Lieferanten und Fernleitungsnetzbetreibern wirksam, d.h. (gleich) effektiv beseitigen wollen (vgl. Erwägungsgrund 9 GasRL, Erwägungsgrund 12 StromRL). Die Entflechtungsmodelle sollen lediglich auf unterschiedlichen konstruktiven Wegen eine effektive Trennung der Sparten Erzeugung/Versorgung und der Transportnetze bewirken. Aufgrund der fehlenden eigentumsrechtlichen Entflechtung muss die Effektivität des ITO-Modells durch besondere zusätzliche Vorschriften sichergestellt werden (vgl. Erwägungsgrund 16 GasRL, Erwägungsgrund 19 StromRL). Dies erfordert die Durchtrennung unerwünschter Wissens- und Informationsschnittstellen und sogenannter weicher Faktoren wie der bewussten oder unbewussten Verbesserung der persönlichen Karrierechancen derjenigen Führungskräfte, die umfangreiche Kenntnisse über die technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seinen Zustand haben müssen und erheblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen in Bezug auf Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes haben. Dazu gehören neben der Geschäftsleitung jedenfalls auch die Leiter der zweiten Führungsebene, soweit sie für Kerntätigkeiten des Unabhängigen Transportnetzbetreibers zuständig sind.

49           Entgegen der Auffassung der Antragstellerin spricht die Vorschrift des § 10d Abs. 3 EnWG nicht für eine engere Auslegung des § 10c Abs. 6 EnWG. Nach dieser Vorschrift sind die Karenzzeitenregelungen nur für weniger als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates anwendbar. Daraus lässt sich indes wegen des unterschiedlichen Regelungszwecks für eine Auslegung des § 10c Abs. 6 EnWG nichts gewinnen. Die Vorschriften der §§ 10c, 10d EnWG unterscheiden zwar zwischen dem Aufsichtsrat, der Unternehmensleitung, der zweiten Führungsebene und den übrigen Mitarbeitern des Unabhängigen Transportnetzbetreibers. Diese Regelungen sind aber nicht allein mit einer verhältnismäßigen Abstufung der Entflechtungsintensität zu

erklären, sondern tragen dem komplexen Interessengeflecht zwischen dem Unternehmensverbund und der rechtlichen sowie faktischen Unabhängigkeit des Netzbetriebs Rechnung. Dabei hat der Aufsichtsrat eine Sonderstellung, weil er nicht nur Kontrollorgan der Geschäftsleitung ist, sondern über ihn die Anteilseigner - d.h. die Muttergesellschaft des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens - ihre eigenen Unternehmensinteressen einfließen lassen dürfen. Demgegenüber müssen sich die Vorgaben für die personelle Unabhängigkeit des für das operative Tagesgeschäft zuständigen Managements des Unabhängigen Transportnetzbetreibers allein an den Entflechtungszielen eines transparenten und diskriminierungsfreien Netzbetriebs orientieren. Aufgrund dessen können die in § 10d Abs. 3 EnWG geschützten Anteilseignerinteressen für die Interpretation des § 10c Abs. 6 EnWG nicht maßgeblich sein (vgl. Mohr, N&R 2015, 45, 47 f.).

50 cc) Die Materialien bestätigen dieses Auslegungsergebnis. Danach sollen die Führungskräfte erfasst werden, "die zwar nicht der Unternehmensleitung angehören, also keine Vertretungsbefugnis für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber haben, aber eine sonst vergleichbare Stellung" (BT-Drucks. 17/6072, S. 64). Dies wird dahingehend näher präzisiert, dass "dieser Personenkreis ... ebenfalls erheblichen Einfluss und umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustandes" hat (BT-Drucks. 17/6072, S. 64). Das entspricht der in den Gesetzesmaterialien in Bezug genommenen Vorstellung des europäischen Richtliniengebers, wonach eine wirksame Entflechtung mittels der Vorschriften für die unabhängigen Fernleitungsnetzbetreiber vor allem auf den Pfeiler der Maßnahmen zur Organisation und Verwaltung der Fernleitungsnetzbetreiber gestützt werden soll (Erwägungsgrund 16 GasRL, Erwägungsgrund 19 StromRL). Nach diesen Erwägungsgründen soll die Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers insbesondere durch die Karenzzeiten sichergestellt werden, in denen in dem vertikal integrierten Unternehmen keine Leitungsfunktion ausgeübt wird oder keine sonstige wichtige Funktion wahrgenommen wird, die Zugang zu den gleichen Informationen wie eine leitende Position eröffnen. Dies bedeutet, dass es für die Anwendbarkeit des § 10c Abs. 6 EnWG nicht darauf ankommt, ob die betreffende Führungskraft ei-

ne netzbezogene, technische Abteilung leitet, sondern vor allem darauf, ob sie - innerhalb der zweiten Führungsebene - umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustandes haben muss und erheblichen Einfluss auf die netzbezogenen Entscheidungen der Geschäftsleitung hat.

51           dd) Schließlich sprechen auch Sinn und Zweck des § 10c EnWG für dieses Normverständnis.

52           Die Vorschrift regelt die personelle Trennung der Unternehmensleitung und der weiteren Führungskräfte des Unabhängigen Transportnetzbetreibers von der Muttergesellschaft des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, deren Tochtergesellschaften und Mehrheitsanteilseignern, um damit deren berufliche Unabhängigkeit zu gewährleisten (vgl. Erwägungsgrund 16 GasRL, Erwägungsgrund 19 StromRL). Durch die Sicherung der beruflichen Handlungsunabhängigkeit der Führungskräfte des Unabhängigen Transportnetzbetreibers sollen in Ergänzung zur formalen personellen Entflechtung Anreize unterbunden werden, zur Verbesserung der persönlichen Karrierechancen oder der persönlichen Vergütung Marktaktivitäten des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens gegenüber dessen Wettbewerbern zu bevorzugen (BerlKommEnR/Säcker/Mohr, 3. Aufl., EnWG § 10c Rn. 1). Es soll der mit der von der Kommission als unzureichend festgestellten Entflechtung der Transportnetzbetreiber verbundenen Gefahr der Diskriminierung in der Ausübung des Netzgeschäfts und der Gefahr fehlender Anreize zur Investition in das Netz begegnet werden. Aufgrund der Einbindung des Transportnetzbetreibers in den Verbund eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist zu besorgen, dass der Netzbetreiber seine Tätigkeit nicht auf eine möglichst effiziente Bereitstellung der Netzdienste im Sinne des § 21 Abs. 2 EnWG ausrichtet, sondern auf eine Beförderung der Interessen der Wettbewerbsbereiche des Energieversorgungsunternehmens (vgl. BVerwGE 137, 58 Rn. 44 [zu § 9a AEG]; Mohr, N&R 2015, 45, 46). Dies kann sich in offenen Netzzugangsdiskriminierungen zeigen, aber auch mittelbar in Form überhöhter Netzentgelte zur Quersubventionierung der Wettbewerbsbereiche und einem am Konzerninteresse ausgerichteten Ausbau der Netze.

- 53            Diese Zielsetzung wird nicht nur durch eine bloß formale personelle Entflechtung der Führungskräfte des Unabhängigen Transportnetzbetreibers und des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens erreicht, sondern bedarf auch einer Durchtrennung unerwünschter Wissens- und Informationsschnittstellen und sogenannter weicher Faktoren wie der bewussten oder unbewussten Verbesserung der persönlichen Karrierewünsche der einzelnen Führungskräfte. Nur dann bestehen wirksame Anreize für das mit dem Netzbetrieb und allen damit zusammenhängenden Kerntätigkeiten betraute Personal des Unabhängigen Transportnetzbetreibers, damit dieses aus eigenem Antrieb einen transparenten und diskriminierungsfreien Netzbetrieb sicherstellt (Mohr, N&R 2015, 45, 46).
- 54            § 10c Abs. 6 EnWG soll die Gefahr der Diskriminierung in der Ausübung des Netzgeschäfts und der Gefahr fehlender Anreize zur Investition in das Netz begegnen. Im Verfahren der Entscheidungsfindung zielt die Vorschrift damit nicht nur auf deren abschließende Phase - das "Treffen" der Entscheidung - und auch nicht nur auf das die Entscheidung "treffende" Personal, sondern nimmt auch weitere Phasen der Entscheidungsvorbereitung und die insofern damit befassten Personen in den Blick. Erfasst werden damit unter anderem alle Vorbereitungshandlungen, mit denen sachlich auf die zu treffende Entscheidung Einfluss genommen wird oder Einfluss genommen werden kann (vgl. BVerwGE 137, 58 Rn. 38 zu § 9a AEG). Auch insoweit besteht die naheliegende Gefahr, dass die mit diesen Entscheidungen befasste Person den Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens im Zweifel den Vorzug gibt, schon weil sie dort ihre bisherige berufliche Laufbahn zurückgelegt hat - beruflich "groß geworden" ist - und ihre künftige Laufbahn nicht in Frage stellen will (vgl. BVerwGE 137, 58 Rn. 44 zu § 9a AEG).
- 55            Aufgrund dessen ist es zur Zielerreichung folgerichtig, wenn von § 10c Abs. 6 EnWG nicht nur die Führungskräfte derjenigen Abteilungen erfasst werden, die sich lediglich in technischer Hinsicht mit Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes befassen, sondern auch die Führungskräfte, die aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit über umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Trans-

portnetzes und seines Zustandes verfügen und innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs maßgeblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung des Transportnetzbetreibers ausüben.

56 ee) Der Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG wird durch das weitere Tatbestandsmerkmal der Verantwortlichkeit lediglich in persönlicher Hinsicht, nicht in sachlicher Hinsicht eingeschränkt.

57 Nach den Materialien sollen mit diesem Kriterium die Führungskräfte erfasst werden, "die zwar nicht der Unternehmensleitung angehören, also keine Vertretungsbefugnis für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber haben, aber eine sonst vergleichbare Stellung" (BT-Drucks. 17/6072, S. 64). Dabei handelt es sich jedenfalls um die Leiter der jeweiligen Fachabteilung, während zweifelhaft ist, ob auch ihre Stellvertreter, die durchaus über denselben Kenntnisstand bezüglich der technischen Eigenschaften des Transportnetzes verfügen können, erfasst werden.

58 Ob nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 8 StromRL/GasRL der von dieser Norm betroffene Personenkreis weiter gezogen werden könnte, bedarf keiner Entscheidung. Die jeweiligen Fachbereichsleiter werden augenscheinlich erfasst. Dies zeigt auch ein Blick in die englische und französische Fassung der Richtlinien. Die Formulierungen "... to those directly reporting to them on matters related to the operation, maintenance or development of the network" bzw. "... celles qui leur rendent directement compte à propos de questions liées à l'exploitation, à la maintenance ou au développement du réseau" legen nahe, dass zumindest die der Geschäftsleitung unmittelbar nachgeordneten Bereichsleiter von Art. 19 Abs. 8 StromRL/GasRL erfasst sein sollen, weil diese eine unmittelbare und umfassende Berichtspflicht gegenüber der Geschäftsleitung haben.

59 Der persönliche Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG ist damit im Hinblick auf die Führungskräfte der zweiten Führungsebene dahin eindeutig bestimmt, dass jedenfalls die jeweiligen Fachbereichsleiter von der Vorschrift erfasst

werden. Der von der Rechtsbeschwerde der Antragstellerin und der Beigeladenen gerügte Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz liegt nicht vor.

60 ff) Schließlich bedarf es zur Frage des Kenntnisstands des jeweiligen Fachbereichsleiters keiner konkreten Feststellungen des Tatrichters im Einzelfall. Vielmehr stellen Gesetz und Richtlinien insoweit auf eine generalisierende Betrachtungsweise auf der Grundlage der konkreten Aufgabenbeschreibung innerhalb des Organisationsschemas des Transportnetzbetreibers ab. Die Karenzzeitenregelungen sollen die Effektivität des ITO-Modells sicherstellen und die im Hinblick auf die Ziele der Entflechtung bestehenden Schwächen dieses Modells insbesondere im Vergleich zu dem Modell der eigentumsrechtlichen Entflechtung ausgleichen (vgl. Erwägungsgrund 16 GasRL, Erwägungsgrund 19 StromRL). Aufgrund dessen ist allein maßgeblich, welchen Aufgabenbereich der betreffende Leiter der zweiten Führungsebene hat und welche Kenntnisse über die technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands er zur Erfüllung seiner Aufgaben üblicherweise besitzen muss.

61 gg) Dieses Auslegungsergebnis entspricht den oben dargestellten grundrechtlichen Vorgaben der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und des Grundgesetzes und bedarf im Hinblick darauf keiner Korrektur im Sinne einer unionsrechts- oder verfassungskonformen Auslegung. Der Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG ist in persönlicher Hinsicht durch die Beschränkung auf die Leiter der zweiten Führungsebene und in sachlicher Hinsicht durch die Merkmale des maßgeblichen Einflusses auf die netzbezogenen unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung und der umfangreichen Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Netzes und seines Zustands hinreichend bestimmt. Im Hinblick auf die mit den Karenzzeiten verbundene Zielsetzung der Sicherstellung der Effektivität des ITO-Modells, um für einen gerechten Wettbewerb, hinreichende Investitionen, den Zugang neuer Marktteilnehmer und die Integration der Strom- und Erdgasmärkte zu sorgen, sind die Karenzzeiten geeignet, erforderlich und verhältnismäßig.

- 62 c) Nach diesen Maßgaben werden für den - hier maßgeblichen - Zeitpunkt der angefochtenen Zertifizierungsentscheidung neben den Leitern der Fachbereiche GTD, GTK, GTM, GNO und GNW auch die Leiter der Fachbereiche GTE, GNA, GNM, GNT, GTI und GTB sowie - entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts - auch diejenigen der Fachbereiche GTC, GTF, GTH, GTJ, GTR und GNL von § 10c Abs. 6 EnWG erfasst. Insoweit hat die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur Erfolg, während die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen unbegründet sind. Im Einzelnen:
- 63 aa) Der Fachbereich "Vertragsenergieermittlung (GTE)" ist nach den unan- gefochten gebliebenen Feststellungen des Beschwerdegerichts für die technische Gasmessung und Gasabrechnung, die Gasbeschaffenheit und die Messanlagen, wie etwa Nacheichungen zuständig. Dazu gehört nach dem Vorbringen der Rechtsbe- schwerde der Antragstellerin und der Beigeladenen auch die Konzeption der Mess- verfahren sowie die Aufbereitung und Übermittlung abrechnungsrelevanter Messda- ten. Die darauf fußende Annahme des Beschwerdegerichts, der Leiter der Abteilung GTE unterfalle § 10c Abs. 6 EnWG, ist nicht zu beanstanden.
- 64 Die dagegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen bleiben ohne Erfolg. Aufgrund der Aufgabenbeschreibung ist ohne weiteres davon auszugehen, dass der Fachbereichsleiter GTE über umfangrei- che Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zu- stands verfügen muss und auch die unternehmerischen Entscheidungen der Ge- schäftsleitung im Bereich des Messwesens maßgeblich beeinflussen kann. Das Messwesen ist ein wichtiger Teil des Netzbetriebs, was bereits die detaillierten Rah- menregelungen der §§ 21b bis 21i EnWG zeigen. Messstellenbetrieb und Messung sind wichtige Hilfsdienste für die Gewährung von Netzzugang und Energielieferung, indem die gewonnenen Messdaten die Grundlage für eine Vielzahl von Abrech- nungsbeziehungen im Strom- und Gassektor bilden. Die Bestimmungen zum Mess- wesen zielen zum einen auf eine Marktöffnung im Bereich des Zähler- und Messwe- sens und zum anderen auf einen effizienteren Umgang mit Energie. Damit sollen zu-

gleich die allgemeinen Ziele des Energiewirtschaftsgesetzes wie der Versorgungs- und Preissicherheit oder des Klimaschutzes erreicht werden. Die Ausgestaltung und Konzeption des Messwesens stellt sich damit als eine komplexe Aufgabe dar, die einen umfangreichen Wissensstand über die technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seinen Zustand voraussetzt. Zugleich besteht damit insoweit ein maßgeblicher Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung.

65            Aufgrund dessen ist es entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde unerheblich, dass der Fachbereich GTE keine Entscheidungen über die Steuerung des Netzes und die Verfügbarkeiten von Kapazitäten trifft. Ebenso ist es ohne Belang, dass der Fachbereich GTE Dienstleistungen auch für andere Fachbereiche erbringt. Soweit die Rechtsbeschwerde Feststellungen des Beschwerdegerichts zu dem Kenntnisstand des Fachbereichsleiters GTE vermisst, bedarf es solcher im Einzelfall nicht, weil insoweit - wie ausgeführt - eine generalisierende Betrachtungsweise auf der Grundlage der konkreten Aufgabenbeschreibung anzustellen ist.

66            bb) Die Fachbereiche "Anlagentechnik (GNA)" und "Montage (GNM)" sind nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts für die Konstruktion, die technische Planung, den Bau und die Inbetriebnahme der Gasleitungen verantwortlich und führen diese Maßnahmen durch.

67            Zur Erfüllung dieser Aufgabenbereiche bedarf es umfangreicher Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes, was auch von der Rechtsbeschwerde der Antragstellerin und der Beigeladenen nicht in Frage gestellt wird. Sie wenden lediglich ein, dass die beiden Fachbereiche nur für die technische Planung und Durchführung von Netzausbau- und -umbaumaßnahmen zuständig seien, hingegen keinen (verantwortlichen) Einfluss auf das Ob und Wie solcher Maßnahmen hätten. Dieses Vorbringen ist insbesondere im Hinblick darauf nicht nachvollziehbar, dass die beiden Fachbereiche unter anderem für die Konstruktion und die technische Planung verantwortlich sind. Insoweit haben sie zumindest insoweit maßgeblichen

Einfluss auf die entsprechenden unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung, dass sie bestimmte Konstruktionen oder Planungen aus technischer Sicht vorziehen oder verwerfen können. Das damit vorhandene Diskriminierungspotential im Hinblick auf eine Bevorzugung der Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist dabei gegeben.

68 cc) Die Abteilung "Trassenengineering (GNT)" ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts für die Entwicklung und Planung neuer Leitungstrassen einschließlich der Durchführung der entsprechenden Genehmigungsverfahren und der ökologischen Begleitung in der Bauphase zuständig.

69 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs setzt ebenfalls umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes voraus, weil die Entwicklung und Planung neuer Leitungstrassen 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 GNT keine (verantwortlichen) Entscheidungen über den konkreten Netzausbau trifft, sondern solche Entscheidungen lediglich vorbereitet und ausführt. Insoweit kommt es nur darauf an, dass im Rahmen der fachplanerischen Vorbereitung von Netzausbau- oder Umbaumaßnahmen ein hinreichendes Diskriminierungspotential 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 GNT, weil insoweit eine generalisierende Betrachtungsweise auf der Grundlage der konkreten Aufgabenbeschreibung anzustellen ist.

70 dd) Der Fachbereich "IT-Management (GTI)" ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts neben den allgemeinen IT-Aufgaben, die für ein Funktionieren des Netzbetriebs unabdingbar sind, auch für die Entwicklung netzbezogener Software, wie etwa zur Optimierung gaswirtschaftlicher Prozesse, zuständig. Wegen die-

ses spezifischen Aufgabenbereichs hat das Beschwerdegericht den Leiter der IT-Abteilung GTI dem Anwendungsbereich § 10c Abs. 6 EnWG unterworfen.

- 71 Auch dies ist rechtlich nicht zu beanstanden. Schon der allgemeine Aufgabenbereich der IT-Abteilung der Antragstellerin erfüllt die Anforderungen des § 10c Abs. 6 EnWG, weil die Bewältigung dieses Aufgabenbereichs 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. Das gilt erst recht im Hinblick darauf, dass nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts dieser Fachbereich gerade auch für die Entwicklung netzbezogener Software zuständig ist.
- 72 Die Funktionsfähigkeit und ständige Anpassung der Informationstechnologie bildet eine Kerntätigkeit des Netzbetriebs. Die Entflechtung der Anwendungssysteme und der IT-Infrastruktur stellt deshalb nach § 10a Abs. 5 EnWG, Art. 17 Abs. 5 StromRL/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. BT-Drucks. 17/6072, S. 61).
- 73 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde der Antragstellerin und der Beigeladenen ergibt sich etwas anderes nicht daraus, dass Art. 17 Abs. 2 GasRL zwischen dem Betrieb, der Wartung und dem Ausbau eines sicheren, effizienten und wirtschaftlichen Fernleitungsnetzes einerseits (Buchstabe e) und allen übrigen unternehmensspezifischen Einrichtungen und Leistungen, unter anderem Rechtsabteilung, Buchhaltung und IT-Dienste andererseits (Buchstabe h) unterscheidet. Daraus kann nicht gefolgert werden, dass die Leitung des IT-Bereichs von vornherein nicht von § 10c Abs. 6 EnWG erfasst wird. Art. 17 Abs. 2 GasRL beinhaltet lediglich - in

Ergänzung zu den in Art. 13 GasRL aufgeführten Aufgaben - eine konkretisierende Auflistung der Geschäftstätigkeiten des Unabhängigen Transportnetzbetreibers. Dem Unterpunkt des Art. 17 Abs. 2 Buchst. h GasRL kommt dabei eine Auffang- und Klarstellungsfunktion zu. Sein Regelungsbereich beschränkt sich auf die Benennung der vom Unabhängigen Transportnetzbetreiber rechtlich und tatsächlich unabhängig vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen auszuführenden Aufgaben. Davon zu trennen ist die in § 10c Abs. 6 EnWG geregelte Frage, wie diese Unabhängigkeit auch auf der zweiten Führungsebene gewährleistet wird. Beides ergänzt sich (vgl. Erwägungsgrund 16 GasRL, Erwägungsgrund 19 StromRL).

74 ee) Die Abteilung "Einkauf (GTB)" ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts insbesondere für die Beschaffung netznaher Technik und gasspezifischer IT-Systeme zuständig.

75 Schon dieser Umstand rechtfertigt es, den Leiter dieser Abteilung der Vorschrift des § 10c Abs. 6 EnWG zu unterwerfen. Denn damit ist er für eine Kerntätigkeit des Netzbetreibers verantwortlich zuständig und muss zur sachgerechten Erfüllung seines Aufgabenbereichs umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands haben. Zugleich ist damit ein Diskriminierungspotential zum Vorteil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens gegeben. Soweit die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und der Beigeladenen dagegen vorbringen, die schlichte Beschaffungstätigkeit weise allenfalls einen mittelbaren Bezug zu den Tätigkeiten Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes auf, kann dies keinen Erfolg haben. Ob die weitere Begründung des Beschwerdegerichts, die Zuständigkeit der Abteilung GTB für den Einkauf für die gesamte W. verdeutliche deren Einbindung in den Netzbetrieb im engeren Sinne, den Angriffen der Rechtsbeschwerden standhalten würde, bedarf keiner Entscheidung.

- 76 ff) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts unterfällt auch der Leiter der Abteilung "Controlling (GTC)" dem Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG.
- 77 Zu dessen Aufgabenbereich hat das Beschwerdegericht zwar keine eigenen Feststellungen getroffen. Diese vermag der Senat aber nachzuholen, weil das Beschwerdegericht hierfür im Übrigen allein auf die Angaben der Antragstellerin im Zertifizierungsverfahren abgestellt hat und diese auch hier maßgeblich sind. Danach ist die Abteilung GTC für die Koordination und Durchführung der operativen und rollierenden Planung, die Berichterstattung an die Geschäftsführung und Gesellschafter, das unternehmerische Kostenmanagement, das Risikomanagement, die Unterstützung von operativen Entscheidungen durch betriebswirtschaftliche Analysen und die Erarbeitung von regulatorisch erforderlichen Entgelt- und Investitionsbudgetanträgen zuständig. Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs setzt umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands voraus; zugleich übt sie insbesondere durch das Kosten- und Risikomanagement einen maßgeblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen aus.
- 78 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung 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. Die Erarbeitung von regulatorisch erforderlichen Entgelt- und Investitionsmaßnahmenanträgen wie auch die Bearbeitung der Netzkosten, der Effizienz und der Netzentgelte erfordert einen Zugang zu diskriminierungsrelevanten Informationen.
- 79 gg) Entsprechendes gilt auch im Hinblick auf den Leiter des Fachbereichs "Finanzen und Steuern (GTF)". Dieser ist nach dem maßgebenden Vortrag der An-

tragstellerin und der Beigeladenen für die Rechnungsprüfung und die Leistungsfakturierung sowie für die Archivierung der erforderlichen Unterlagen zuständig. Damit unterfällt er dem Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG.

80 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. BT-Drucks. 17/6072, S. 61). Insoweit gebieten § 10a Abs. 7 EnWG, Art. 17 Abs. 6 StromRL/GasRL einen Erst-recht-Schluss in dem Sinne, dass die Anforderungen an den unternehmensexternen Abschlussprüfer erst recht an den für das Rechnungswesen zuständigen Leiter der zweiten Führungsebene zu stellen sind.

81 hh) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist auch der Leiter der Abteilung "Personal und Verwaltung (GTH)" der Karenzzeitenregelung des § 10c Abs. 6 EnWG unterworfen.

82 Die Abteilung GTH unterstützt die anderen Fachbereiche bei der Personalbeschaffung und ist im Rahmen der Personalbetreuung Ansprechpartner für Geschäftsführung, Mitarbeiter und Betriebsrat in allen personalbezogenen Themen. Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs erfordert umfangreiche Kenntnisse der techni-

schen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands, weil die Eigenschaften und der Zustand des Netzes wie auch Umbau- oder Ausbaupläne die Grundlage für die Personalplanung bilden und daneben auch Anlass für einzelne Personalgespräche sein können. Damit einher geht ein maßgeblicher Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung.

83 Dagegen spricht nicht, dass die Personalabteilung in der Aufzählung des § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 EnWG fehlt. Diese Liste ist ersichtlich nicht abschließend. Zudem ergibt sich aus § 10a Abs. 3 EnWG, dass die Entflechtung auch das Personalwesen erfasst. 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. BT-Drucks. 17/6072, S. 610). 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. BerlKommEnR/Säcker/Mohr, 3. Aufl., EnWG § 10a Rn. 17 mwN). 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.

84 ii) Anders als das Beschwerdegericht meint, unterfallen auch die Leiter der Fachbereiche "Recht und Versicherungen (GTJ)" und "Regulierungsmanagement (GTR)" der Vorschrift des § 10c Abs. 6 EnWG.

85 Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ist der Fachbereich GTJ unter anderem für die Erstellung, Prüfung und Beratung bei der Abwicklung von Kapazitätsverträgen, Netzkopplungsvereinbarungen und Netzanbindungsverträgen, die Erstellung und Prüfung von Netzentgeltgenehmigungen und Investitionsbudgetanträ-

gen sowie die Beratung bei der Netzentgeltkalkulation zuständig. Die Abteilung GTR ist für die Mitarbeit, Bewertung und Umsetzung des deutschen und europäischen Regulierungsrahmens zuständig und nimmt insoweit ebenfalls im Wesentlichen juristische, beratende Aufgaben wahr.

86 Die Erfüllung dieser Aufgabenbereiche ist ohne umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands nicht denkbar. Die Rechtsabteilungen haben auch maßgeblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung. Sie unterziehen deren Vorstellungen einer rechtlichen Prüfung, zeigen Handlungsalternativen auf und bewerten sie nach ihrer rechtlichen Realisierbarkeit und ihren - auch wirtschaftlichen - Folgen; regelmäßig bereiten die Rechtsabteilungen auch künftige Entscheidungen vor, sei es, dass sie Verhandlungen für künftige Verträge führen, sei es, dass sie die Entscheidungsfreiheit des Unternehmens gegenüber behördlichen Eingriffen zu wahren suchen (vgl. BVerwGE 137, 58 Rn. 43 zu § 9a AEG). 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.

87 Für eine Anwendung des § 10c Abs. 6 EnWG spricht auch, dass die Entflechtung der Rechtsabteilung und der übrigen juristischen Dienste nach § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, § 10a Abs. 3 EnWG, Art. 17 Abs. 2 Buchst. h StromRL/GasRL einen Schwerpunkt des Maßnahmenpakets des Gesetz- und Richtliniengebers im Rahmen des Modells des Unabhängigen Transportnetzbetreibers darstellt, um dessen Unabhängigkeit und insbesondere die von der Rechtsabteilung in besonderem Maße zu fordernde Vertraulichkeit der wirtschaftlich sensiblen Informationen zu gewährleisten (vgl. dazu auch BVerwGE 137, 58 Rn. 38 ff. zu § 9a AEG).

88           jj) Schließlich ist entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts § 10c Abs. 6 EnWG auch auf den Leiter der Abteilung "Leistungsrechte und Liegenschaften (GNL)" anwendbar.

89           Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ist der Fachbereich GNL für die Beschaffung und Dokumentation der privatrechtlichen Genehmigungen für die vertragliche und dingliche Sicherung der Leistungsrechte des Netzes zuständig. Auch die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs bringt umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands mit sich, weil ohne diese eine sachgerechte Konzeption der entsprechenden Vertragsentwürfe und der erforderlichen Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt nicht möglich wäre. Zugleich ist damit ein maßgeblicher Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung verbunden. Wegen der fachlichen Nähe zu den Fachbereichen "Regulierungsmanagement (GTR)" und "Recht und Versicherungen (GTJ)" gelten im Übrigen die diesbezüglichen Ausführungen entsprechend.

90           d) Schließlich hat die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin und der Beigeladenen keinen Erfolg, soweit sie eine Verkürzung der Sperrfristen begehren. Die Länge der Karenzzeiten begegnet - wie oben ausgeführt worden ist - keinen rechtlichen Bedenken.

91           3. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin und der Beigeladenen kommt ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union nicht in Betracht.

92           a) Gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist das letztinstanzliche innerstaatliche Gericht, bei dem eine entscheidungserhebliche Frage über die Auslegung von Handlungen der Organe der Europäischen Union (Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV) gestellt wird, zur Anrufung des Unionsgerichtshofs immer dann verpflichtet, wenn sich in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine entscheidungserhebliche Frage des Uni-

onsrechts stellt, es sei denn, das nationale Gericht hat festgestellt, dass die betreffende unionsrechtliche Frage bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 - C.I.L.F.I.T.). Ob ein solcher Fall gegeben ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Union zu beurteilen (EuGH, Urteil vom 15. September 2005 - C-495/03, Slg. 2005, I-8151 Rn. 33 - Intermodal Transports). Hierzu muss das nationale Gericht davon überzeugt sein, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Unionsgerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde (EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 16 - C.I.L.F.I.T.; Slg. 2005, I-8151 Rn. 39 - Intermodal Transports; vgl. auch BVerfG, NJW 2010, 1268 Rn. 20 f.). Eine Vorlagepflicht besteht stets, wenn einzelstaatliche Gerichte Unionsrechtsakte als ungültig außer Anwendung lassen wollen (sog. Verwerfungsmonopol des Gerichtshofs; vgl. EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2005 - C-461/03, Slg. 2005, I-10513 Rn. 19 ff. - Gaston Schul).

93                    b) Nach diesen Maßgaben besteht keine Vorlagepflicht. Die dargestellte Rechtslage ist vielmehr offenkundig.

94                    aa) Dies betrifft zunächst die Frage nach einem möglichen Verstoß der Karenzzeitenregelungen des § 10c Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 EnWG gegen höherrangiges Recht. Diese Frage ist offenkundig zu verneinen. Das Verwerfungsmonopol des Gerichtshofs der Europäischen Union ist von vornherein nicht berührt.

95                    Der Schutzbereich der Grundrechte auf Berufsfreiheit und die unternehmerische Freiheit sowie das Eigentumsrecht, wie sie in den Art. 15 bis 17 der Charta niedergelegt sind, und deren Schranken i.S.d. Art. 52 Abs. 1 der Charta sind - wie oben im Einzelnen dargelegt worden ist - in der Rechtsprechung des Gerichtshofs hinreichend geklärt. Insoweit legen weder die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und

der Beigeladenen - neue - Zweifelsfragen dar, noch sind solche aus anderen Gründen ersichtlich. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass der Unionsgerichtshof den Gemeinschaftsorganen grundsätzlich einen weiten Ermessens- und Prognose-spielraum zubilligt, dessen Weite er insbesondere im Rahmen wirtschaftspolitischer Maßnahmen besonders hervorhebt (vgl. EuGH, Slg. 1994, I-5555 Rn. 21 = EuZW 1995, 109 - SMW Winzersekt). Weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum wird ein Verstoß des § 10c Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 EnWG gegen höher-rangiges Recht bejaht (vgl. BerlKommEnR/Säcker/Mohr, 3. Aufl., EnWG § 10c Rn. 16, 20; Kment/Knauff, EnWG, § 10c Rn. 14; Busch, N&R 2011, 226, 229; Mohr, N&R 2015, 45, 47 f.; Säcker/Mohr, N&R 2012, 1, 12 f.; Schmidt-Preuß, et 9/2009, 82, 86); eine vereinzelt gebliebene Gegenauffassung (Michaelis/Kemper, RdE 2012, 10, 12) wird nicht näher begründet.

- 96           bb) Des Weiteren bedarf auch die Frage nach dem Umfang des Anwen-dungsbereichs des § 10c Abs. 6 EnWG keiner Vorlage an den Gerichtshof der Euro-päischen Union. Der Anwendungsbereich lässt sich - jedenfalls soweit er vorliegend in Frage steht und wie oben näher ausgeführt - anhand des Wortlauts der zugrunde-liegenden Richtlinie und ihrem Sinn und Zweck eindeutig beantworten. Zweifelhaft könnte in diesem Zusammenhang allenfalls die Frage sein, ob der deutsche Gesetz-geber den Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG in persönlicher Hinsicht zu eng gezogen hat. Im Übrigen handelt es sich um eine Subsumtion im Einzelfall, weil für die Anwendung der Vorschrift der konkrete Aufgabenzuschnitt der einzelnen Fachbereiche maßgeblich ist.

III.

97 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Meier-Beck

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.08.2014 - VI-3 Kart 57/13 (V) -