



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 57/14

Verkündet am:
15. November 2016
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

in der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 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 in der Fassung des Beschlusses vom 20. Oktober 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Beschwerdegericht den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 5. Februar 2013 hinsichtlich der Feststellung dahin abgeändert hat, dass die jeweilige Leitung der Bereiche "Recht und Regulierung" und "Kaufmännischer Bereich" den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG nicht unterliegt.

Im Umfang der Aufhebung wird die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 5. Februar 2013 zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur tragen die Antragstellerin zu 7/8 und die Bundesnetzagentur zu 1/8. Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur werden der Antragstellerin auferlegt.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Beteiligten streiten um Rechtmäßigkeit und Auslegung der Karenzzeitenregelungen des § 10c EnWG.

2 Die Antragstellerin betreibt ein ... Erdgas-Hochdruckleitungsnetz. Sie ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der A. . Diese betreibt mittelbar und unmittelbar die Gewinnung, den Kauf und die Lieferung von Erdgas. Sie steht im Eigentum der G. ,

3 Mit Beschluss vom 5. Februar 2013 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 "Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement", "Recht und Regulierung", "Kaufmännischer Bereich", "Prozess- und IT-Management", "Abwicklung/Operatives", "Assetmanagement", "Netzservice" und "Technisches Sicherheitsmanagement" 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 5. Februar 2013 gewandt und außerdem die Feststellung begehrt, dass die Sperrzeiten für 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.

5 Das Beschwerdegericht hat den Bescheid in Nummer 3 abgeändert und festgestellt, dass die jeweilige Leitung der Bereiche "Abwicklung/Operatives", "Assetmanagement", "Netzservice", "Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement" und

"Prozess- und IT-Management" 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 - die Bundesnetzagentur nur im Hinblick auf die Bereiche "Recht und Regulierung" und "Kaufmännischer Bereich" - weiterverfolgen.

II.

6 Die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur ist begründet; sie führt in Bezug auf die Bereiche "Recht und Regulierung" und "Kaufmännischer Bereich" zur Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und insoweit zur Zurückweisung der Beschwerde der Antragstellerin. Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist dagegen unbegründet.

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

8 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.

9 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 ge-

meint, die eine persönliche und sachliche Verantwortung für die drei relevanten Bereiche tragen. 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.

- 10 Nach diesen Maßgaben unterfielen die jeweilige Leitung der Bereiche "Abwicklung/Operatives", "Assetmanagement", "Netzservice", "Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement" und "Prozess- und IT-Management" dem Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG. Diese seien nach der Aufgabenbeschreibung der Antragstellerin im engeren Sinne für "Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes" verantwortlich und erfüllten typische Aufgaben in engem Zusammenhang mit dem Netzbetrieb.
- 11 Dagegen würden die Leiter der Abteilungen "Recht und Regulierung", "Kaufmännischer Bereich" und "Technisches Sicherheitsmanagement" von § 10c Abs. 6 EnWG nicht erfasst. Der Einfluss im Unternehmen auf finanzielle Mittel, Buchhaltung und Jahresabschluss sowie 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. Der Bereich "Technisches Sicherheitsmanagement" beinhalte lediglich die organisatorische Planung und Durchführung des Ideenmanagements, inhaltliche Fragen würden von dem "Ideenbeauftragten" nicht entschieden.
- 12 2. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

- 13 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; die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 6. Juli 2016 - 1 BvR 1016/16 - nicht zur Entscheidung angenommen) entschieden und im Einzelnen begründet hat - ohne Erfolg.
- 14 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).
- 15 c) Nach diesen Maßgaben werden die jeweilige Leitung der Bereiche "Abwicklung/Operatives", "Assetmanagement", "Netzservice", "Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement" und "Prozess- und IT-Management" sowie - entgegen der

Auffassung des Beschwerdegerichts - auch diejenigen der Fachbereiche "Recht und Regulierung" und "Kaufmännischer Bereich" von § 10c Abs. 6 EnWG erfasst. Inso- weit hat die Rechtsbeschwerde der Bundesnetzagentur Erfolg, während die Rechts- beschwerde der Antragstellerin unbegründet ist. Im Einzelnen:

- 16 aa) Die Leiter der Bereiche "Abwicklung/Operatives", "Assetmanagement" und "Netzservice" sind nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts für Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes im Sinne des § 10c Abs. 6 EnWG verantwort- lich. Dies wird auch von der Antragstellerin nicht in Frage gestellt. Sie wendet ledig- lich ein, dass die Leiter dieser Fachbereiche keine (verantwortlichen) Entscheidun- gen über den Netzbetrieb treffen würden, sondern im Rahmen solcher Entscheidun- gen eine lediglich vorbereitende, unterstützende und beratende Funktion gegenüber der Geschäftsleitung hätten. Darauf kommt es indes nicht entscheidend an. Insoweit genügt es, dass der jeweilige Bereichsleiter zumindest insoweit maßgeblichen Ein- fluss auf die entsprechenden unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftslei- tung hat, dass er bestimmte Planungen aus technischer Sicht vorziehen oder verwer- fen kann. Das damit vorhandene Diskriminierungspotential im Hinblick auf eine Be- vorzugung der Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist dabei gegeben (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 69 - Karenzzeiten).
- 17 bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin unterfällt auch der Leiter des Bereichs "Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement" dem Anwendungsbe- reich des § 10c Abs. 6 EnWG.
- 18 Diese Abteilung ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts für die "netzbezogenen Themen" des Netzbetriebs im engeren Sinne, wie Kapazitätsver- marktung und Kapazitätsplattformprojekte, Konzeption, Aufbau und Vermarktung sowie alle Marktgebietsthemen, verantwortlich.
- 19 Die Erfüllung dieses Aufgabenbereichs setzt umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes voraus. Kapazitätsvermarktung und

Kapazitätsplattformprojekte gehören zum Kernbereich des Netzbetriebs. Die Abwicklung der Transportleistungen kann nicht losgelöst von den technischen Eigenschaften und dem Zustand des bestehenden Transportnetzes erfolgen. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist es unerheblich, dass der Leiter dieses Fachbereichs keine (verantwortlichen) Entscheidungen über den technischen Netzbetrieb trifft. Insoweit genügt es, dass im Rahmen der Aufgabenabwicklung 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, weil insoweit eine generalisierende Betrachtungsweise auf der Grundlage der konkreten Aufgabenbeschreibung anzustellen ist.

20 cc) Entsprechendes gilt für den Leiter des Bereichs "Prozess- und IT-Management". Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ist der Bereich nicht nur für die "allgemeine IT", sondern auch für netzspezifische IT-Projekte zuständig.

21 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. (ein-

zelfallabhängig) auch vor einem Zugriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu schützen (vgl. Senatsbeschluss aaO Rn. 72 - Karenzzeiten).

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

23 Nach den Angaben der Antragstellerin ist die Abteilung unter anderem für das Regulierungsmanagement, die kaufmännische Regulierung, die Bearbeitung sämtlicher regulierungsrechtlicher Anforderungen, die Beobachtung und Prüfung aktueller Rechts- und regulatorischer Rahmenentwicklungen, die Information und Beratung der Geschäftsführung und das Compliance-Management zuständig.

24 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).

25 ee) Schließlich ist entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts auch der Leiter der Abteilung "Kaufmännischer Bereich" der Karenzzeitenregelung des § 10c Abs. 6 EnWG unterworfen.

- 26 Der Fachbereich ist nach den Angaben der Antragstellerin für die Geschäftsbuchhaltung, die Erstellung der Monats- und Jahresabschlüsse, die Etablierung und den Ausbau der Instrumente der Unternehmensplanung und -steuerung sowie des Unternehmens- und Risiko-Controllings, für die Planung und das Controlling von Projekten zur Sicherstellung einer effizienten Investitions- und Mittelverwendung sowie für Personalbetreuung, -entwicklung und -abrechnung zuständig.
- 27 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 sowie Personal genügt, um eine Steuerung des Netzbetriebs oder der Netzentwicklung i.S.d. § 10c Abs. 6 EnWG anzunehmen. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Leiter der Abteilung umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands haben muss und die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsleitung maßgeblich beeinflussen kann. Dies ist bei der gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise zu bejahen. Die Entflechtung der Buchhaltung und des Rechnungswesens stellt nach § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, § 10a Abs. 7 EnWG, Art. 17 Abs. 2 Buchst. h, Abs. 6 StromRL/GasRL einen Schwerpunkt des Maßnahmenpakets des Gesetz- und Richtliniengebers im Rahmen des Modells des Unabhängigen Transportnetzbetreibers dar, um dessen Unabhängigkeit und insbesondere die im Rechnungswesen besonders zu fordernde Vertraulichkeit der wirtschaftlich sensiblen Informationen zu gewährleisten (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Januar 2016 - EnVR 51/14 Rn. 80 - Karenzzeiten).
- 28 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.

29 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.

30 Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG.

Limperg

Strohn

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.08.2014 - VI-3 Kart 58/13 (V) -