



Enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse!

- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az.: BK7-12-031

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Zertifizierung eines Fernleitungsnetzbetreibers

der GASCADE Gastransport GmbH, Kölnische Straße 108-112, 34119 Kassel, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

der BASF [REDACTED], 67056 Ludwigshafen, gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

Beigeladene zu 1),

sowie der folgenden natürlichen Personen:

[REDACTED]

Beigeladener zu 2),

[REDACTED]

Beigeladener zu 3),

[REDACTED]

Beigeladene zu 4),

[REDACTED]

Beigeladener zu 5),

[REDACTED]

Beigeladener zu 6),

[REDACTED]

Beigeladener zu 7),

[REDACTED]

Beigeladener zu 8),

[REDACTED]

Beigeladener zu 9),

[REDACTED]

Beigeladener zu 10),

[REDACTED]

Beigeladener zu 11),

[REDACTED]

Beigeladener zu 12),

[REDACTED]

Beigeladene zu 13),

[REDACTED]

Beigeladener zu 14),

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Beigeladener zu 15),

Beigeladener zu 16),

Beigeladener zu 17),

Beigeladener zu 18),

Beigeladener zu 19),

Beigeladener zu 20),

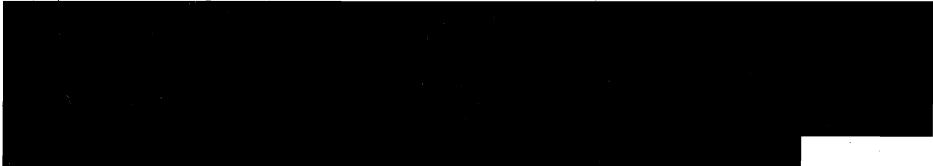


jeweils geschäftsansässig c/o GASCADE Gastransport GmbH, Kölnische Straße 108-112, 34119 Kassel,

- Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen zu 2) bis 20):

hat die Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann,

durch ihren Vorsitzenden Christian Mielke,  
ihren Beisitzer Dr. Chris Mögelin  
und ihre Beisitzerin Dr. Antje Becherer

am 05.02.2013 beschlossen:

1. Der Antragstellerin wird die Zertifizierung als Transportnetzbetreiberin erteilt.
2. Die Zertifizierung wird unter folgenden Auflagen erteilt:
  - a) Die Trennung der Informationstechnologie ist spätestens bis zum 15.05.2013 vollständig abzuschließen.
  - b) Der zwischen der Antragstellerin und der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG geschlossene Ergebnisabführungsvertrag ist spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung vom Aufsichtsrat der Antragstellerin zu genehmigen. Die in § 1 Abs. 2 des Ergebnisabführungsvertrags vereinbarte Bindung der Gewinnrücklagenbildung an die Zustimmung der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG ist spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung zu streichen.
  - c) 
  - d) Die Geltung von Konzernrichtlinien des BASF-Konzerns ist für die Antragstellerin spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung aufzuheben. Soweit keine Aufhebung durch die BASF  erfolgt, genügt hierzu die Erklärung der Antragstellerin, die Konzernrichtlinien nicht länger anzuwenden.
  - e) 

- f) Die Antragstellerin wird verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung die Verträge der Geschäftsführung und den Musterarbeitsvertrag dahingehend zu ändern, dass die Beachtung von Konzernrichtlinien des BASF-Konzerns nicht gefordert wird.
- g) Die Antragstellerin wird verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung [REDACTED] die Geschäftsführung der Antragstellerin einzustellen. Die Antragstellerin hat zu gewährleisten, dass die betroffenen Personen der Unternehmensleitung die [REDACTED] erhaltenen Anteile bis zum 31.03.2016 veräußern.
- h) Die Antragstellerin wird verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung die Bindung der Vergütung der Unternehmensleitung [REDACTED] aus den Verträgen mit den Personen der Unternehmensleitung zu streichen.
- i) Die Antragstellerin wird verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung die „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ und den Musterarbeitsvertrag dahingehend zu ändern, dass die Antragstellerin sowohl Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der Wintershall-Gruppe als auch Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der GAZPROM export-Gruppe ist.
- j) Die Antragstellerin ist verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung der Beschlusskammer mitzuteilen, wie viele Mitarbeiter welche Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einer seiner Unternehmensteile halten und ob ein Verkauf dieser Anteile bis zum 31.03.2016 geplant ist.
3. Es wird festgestellt, dass die jeweilige Leitung der Bereich [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliegt.
4. Die Genehmigungen und Zustimmungen nach §§ 10b Abs. 5 S. 2, 10e Abs. 1 S. 1, 10e Abs. 3 S. 2 und 10e Abs. 3 S. 4 EnWG werden hiermit erteilt.
5. Ein Widerruf bleibt vorbehalten.
6. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

## Gründe

### I.

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft die Zertifizierung eines Transportnetzbetreibers nach § 4a EnWG.

Die Antragstellerin ist ein 100%iges Tochterunternehmen der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG, die neben den Anteilen an der Antragstellerin auch alle Anteile an der OPAL Gastransport GmbH, der NEL Gastransport GmbH (vormals „1. WINGAS Projektgesellschaft mbH“) und an

der WINGAS GmbH hält, die wiederum über verschiedene Tochterunternehmen in den Bereichen Erdgashandel, Erdgasvertrieb und Erdgasspeicherung aktiv ist. Die Anteile an der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG und ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin werden zu 50,02% von der Wintershall Erdgas Beteiligungs-GmbH, die zum BASF-Konzern gehört und deren Alleingesellschafter die Wintershall Holding GmbH ist, und zu 49,98% von der GAZPROM Germania GmbH gehalten, deren Alleingesellschafter die OOO GAZPROM export ist. Sämtliche Geschäftsanteile der OOO GAZPROM export werden wiederum von der russischen OAO GAZPROM gehalten.

Die Antragstellerin ist Betreiberin und Eigentümerin eines Gasfernleitungsnetzes, das sich über ganz Deutschland erstreckt und in das Marktgebiet GASPOOL integriert ist. Dieses Fernleitungsnetz umfasst u.a. die großen Fernleitungen JAGAL, STEGAL, MIDAL und WEDAL und hat eine Leitungslänge von insgesamt ca. 2.300 km.

Mit Schreiben vom 02.03.2012, eingegangen am 03.03.2012, hat die Antragstellerin die Einleitung des Zertifizierungsverfahrens beantragt. Mit ihrem Antrag hat die Antragstellerin umfangreiche Unterlagen vorgelegt, auf die jeweils im Einzelnen Bezug genommen wird. Diese enthalten insbesondere Informationen und Verträge zu den gesellschaftsrechtlichen Strukturen, zur Erbringung von Dienstleistungen und zu den kommerziellen und finanziellen Beziehungen zwischen der Antragstellerin und dem vertikal integrierten Unternehmen sowie Mitteilungen über die Unternehmensleitung und den Aufsichtsrat. Außerdem hat sie ein Gutachten der Kanzlei [REDACTED] zur „Vereinbarkeit einzelner Aspekte der vorgesehenen Ausgestaltung mit den Entflechtungsvorgaben des EnWG“ vorgelegt.

Die Antragstellerin legt dar, alle Anforderungen an eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zu erfüllen. Sie führt insbesondere aus, dass die Wintershall Holding GmbH als relevantes vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen einzustufen sei und nicht die BASF [REDACTED]. Dementsprechend sei die Anwendung verschiedener BASF-Konzernrichtlinien weiterhin zulässig. Zudem vertritt sie die Auffassung, dass auch die Bindung der Vergütung der Unternehmensleitung [REDACTED] an Personen der Unternehmensleitung weiterhin zulässig sei. Seitens der GAZPROM-Beteiligung lässt die Antragstellerin offen, ob die OOO GAZPROM export Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist, jedenfalls sei dies nicht deren Muttergesellschaft, die OAO Gazprom mit Sitz in Moskau, Russland.

Die Antragstellerin beantragt,

als Transportnetzbetreiber zertifiziert zu werden und sämtliche erforderlichen Genehmigungen und Zustimmungen zu erhalten.

Zudem beantragt die Antragstellerin,

die Anerkennung der Kosten dem Grunde nach, die ihr entstanden sind und noch entstehen werden, um die gesetzlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit der Betrieb ihres Transportnetzes gemäß § 4a Abs. 1 EnWG zertifiziert wird (Entflechtungskosten). Dieser Antrag wird hilfsweise für die Entflechtungskosten gestellt, die die Antragstellerin gemäß § 6 Abs. 1 ARegV am 30. Juni 2011 bei der Bundesnetzagentur beantragt hat und im Rahmen des dortigen Verfahrens nicht genehmigt werden.

Die Antragstellerin beantragt weiter festzustellen,

dass die Regelungen des § 10c Abs. 2, 5 und 6 EnWG im Falle der Antragstellerin nicht zur Anwendung kommen, hilfsweise, dass keine längere Frist als sechs Monate für das Cooling On bzw. Cooling Off des betroffenen Personenkreises gelten wird.

Mit Schreiben vom 29.03.2012, 13.04.2012 und 30.07.2012 ist die Antragstellerin aufgefordert worden, fehlende Unterlagen und Informationen zu übersenden. Dieser Aufforderung ist die Antragstellerin mit verschiedenen Schreiben und E-Mails im Mai, Juli, August und September 2012 nachgekommen. Am 03.09.2012 hat die Beschlusskammer eine telefonische Anhörung mit der Antragstellerin durchgeführt.

Die Beschlusskammer hat einen Entscheidungsentwurf erstellt. Dieser wurde der Europäischen Kommission am 05.10.2012 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt. Die Antragsunterlagen wurden bereits unter dem 02.05.2012 an die Europäische Kommission gesandt. Die Europäische Kommission hat der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 03.12.2012 ihre Stellungnahme übermittelt. Darin bestätigt sie grundsätzlich den Entwurf der Zertifizierungsentscheidung und die von der Beschlusskammer vorgenommenen rechtlichen Bewertungen, wobei die Kommission bei bestimmten Voraussetzungen eine vertiefte Prüfung bzw. Änderung verlangt. Im Einzelnen: Die Europäische Kommission hat hinsichtlich der Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens Zweifel daran, dass die Definition in den deutschen Rechtsvorschriften mit der Gasrichtlinie übereinstimmt. Insbesondere daher hinterfragt die Kommission die Feststellung, dass die BASF [REDACTED] und die OAO GAZPROM nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind. Hinsichtlich des Bruchteilseigentums der Antragstellerin an einem Teil des von ihr betriebenen Fernleitungsnetzes teilt die Europäische Kommission die Einschätzung der Bundesnetzagentur. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur jedoch auf, dafür zu sorgen, dass ausschließlich zertifizierte Fernleitungsnetzbetreiber Partner in einer Bruchteilsgemeinschaft sind. Bezüglich der Dienstleistungen, die von anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber erbracht werden, wendet die Europäische Kommission ein, dass die vorgebrachten Gründe die bislang noch von Teilen des vertikal integrierten Unternehmens erbrachten Dienstleistungen nicht rechtfertigen und diese Dienstleistungsverträge erneut geprüft werden sollten. In Bezug auf die räumliche Trennung weist die Kommission darauf hin, dass die Antragstellerin bestimmte Büro- und Geschäftsräume weiterhin mit dem vertikal integrierten Unternehmen nutzen will. Sie

fordert die Bundesnetzagentur auf, die Kriterien für eine wirksame räumliche Trennung zu stärken und selbige sicherzustellen. Im Hinblick auf die Inanspruchnahme von IT-Beratern und externen Auftragnehmern wird die Übereinstimmung des EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie bezweifelt. Die Europäische Kommission sieht unter Bezug auf die Richtlinie keinen Raum für die Einschätzung der Bundesnetzagentur auf Grundlage des EnWG. Die Beauftragung von externen IT-Beratern, die auch Dienstleistungen für das vertikal integrierte Unternehmen erbringen, durch die Antragstellerin, sei auch dann unzulässig, wenn die Auftragnehmer sicherstellten, dass die betreffenden Mitarbeiter ausschließlich für die Beratung der Antragstellerin eingesetzt würden. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, erneut zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die rechtfertigen, dass kein anderer Dienstleister als derjenige, der die Dienstleistung auf für das vertikal integrierte Unternehmen erbringt, für die Antragstellerin tätig wird. Gleiche Einwände werden von der Europäischen Kommission im Rahmen der Rechnungslegung hinsichtlich der von der Antragstellerin und dem vertikal integrierten Unternehmen in Anspruch genommenen Wirtschaftsprüfer erhoben. Entsprechend wird die Einsetzung einer anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bei der Antragstellerin gefordert. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Aufhebung der Konzernrichtlinie schließt sich die Europäische Kommission den Ausführungen der Bundesnetzagentur an, fordert jedoch auch hier eine Prüfung, ob eine frühere Beendigung möglich ist. Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Änderung der Verträge der Geschäftsführung und den Musterarbeitsvertrag, die keine Beachtung von Konzernrichtlinien beinhalten soll. Hier solle die Bundesnetzagentur einen kürzeren Übergangszeitraum als die avisierten sechs Monate ab dem Datum der endgültigen Zertifizierungsentscheidung prüfen. Gleiches gilt für den Übergangszeitraum zur Aufhebung der Konzernrichtlinie, nach der die Vergütung der Unternehmensleitung [REDACTED] gebunden ist. Hinsichtlich der Befugnisse der Unternehmensleitung wendet die Kommission ein, dass nach der Satzung der Antragstellerin bestimmte Entscheidungen der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats bedürften bzw. für zustimmungsbedürftig erklärt werden könnten. Eine Anpassung der Satzung sollte geprüft werden. Einwände erhebt die Europäische Kommission hinsichtlich des Erwerbs von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen durch die Unternehmensleitung und die Beschäftigten der Antragstellerin. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, eine erneute Überprüfung anhand der europarechtlichen Vorgaben durchzuführen.

Die Antragstellerin hat mit mehreren Schreiben zur Stellungnahme der Europäischen Kommission Stellung genommen.

Die Landesregulierungsbehörden wurden gemäß § 55 Abs. 1 EnWG über die Einleitung des Zertifizierungsverfahrens benachrichtigt.

Auf ihren Antrag vom 20.12.2012 und 08.01.2013 wurde die BASF [REDACTED] mit Beschluss vom 09.01.2013 beigeladen (Beigeladene zu 1)). In der Sache hat die Beigeladene zu 1) mit Schreiben vom 28.01.2013 vorgetragen. Mit Beschluss vom 09.01.2013 wurden zudem die

Geschäftsführer sowie alle Fachbereichsleiter der Antragstellerin beigelegt (Beigeladene zu 2) bis 20)). Die Beiladung hatten diese Beigeladenen am 23.01.2013 beantragt und für den Fall der erfolgten Beiladung in der Sache Stellung genommen. Sie beantragen,

im Zertifizierungsbescheid durch Feststellung oder Ausnahmeregelung zu bestimmen, dass die Cooling Off-Regelung für die Beigeladenen zu 2) bis 20) nicht gelten, hilfsweise, dass die Cooling Off-Periode maximal ein halbes Jahr beträgt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

Die Antragstellerin ist als Unabhängiger Transportnetzbetreiber mit den in Tenor Ziffer 2. vorgesehenen Auflagen zu zertifizieren. Die erforderlichen Genehmigungen und Zustimmungen sind zu erteilen. Die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Zertifizierung liegen vor oder werden durch die in Tenor Ziffer 2. vorgesehenen Auflagen sichergestellt. Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie entsprechend den Vorgaben in §§ 10 ff. EnWG organisiert ist.

Zur besseren Übersicht wird den folgenden Entscheidungsgründen eine Gliederung vorangestellt.

### Gliederung

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung.....	8
1.1. Zuständigkeit.....	8
1.2. Zulässigkeit des Antrages.....	8
1.3. Beteiligte Behörden.....	9
1.4. Entscheidungsfrist.....	9
2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung.....	9
2.1. Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin.....	10
2.2. Betrieb eines Transportnetzes.....	19
2.3. Stichtag, Aufgaben und Rechtsform.....	20
2.3.1. Stichtag.....	21
2.3.2. Aufgaben des Unabhängigen Transportnetzbetreibers.....	21
2.3.3. Rechtsform.....	21
2.4. Vermögenswerte, Anlagen, Personalausstattung, Unternehmensidentität.....	22
2.4.1. Gewährleistung der Mittel für Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben.....	22
2.4.2. Eigentum an Vermögenswerten.....	23
2.4.3. Erforderliche Personalausstattung.....	26
2.4.4. Erbringung von Dienstleistungen.....	26
2.4.4.1. Dienstleistungen des vertikal integrierten Unternehmens.....	27
2.4.4.2. Dienstleistungen der Antragstellerin.....	27
2.4.5. Unternehmensidentität.....	28
2.4.6. Trennung von Informationstechnologie.....	29

2.4.7. Räumliche Trennung .....	34
2.4.8. Rechnungslegung .....	35
2.5. Rechte und Pflichten im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen.....	37
2.5.1. Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse .....	38
2.5.2. Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers .....	39
2.5.3. Tochterunternehmen .....	46
2.5.4. Gewährleistung der Mittel für Transportnetz .....	47
2.5.5. Marktüblichkeit der Vereinbarungen .....	51
2.6. Unabhängigkeit des Personals und der Unternehmensleitung .....	52
2.6.1. Mitteilung über Personal in der Unternehmensleitung .....	52
2.6.2. Vorgaben zur Einstellung („Cooling On“) .....	53
2.6.3. Vorgaben nach Beendigung („Cooling Off“).....	54
2.6.4. Gewährleistung der Unabhängigkeit.....	54
2.6.5. Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen und Vergütung von Personen der Unternehmensleitung.....	55
2.6.6. Personen der zweiten Führungsebene .....	60
2.7. Aufsichtsrat.....	66
2.7.1. Gewährleistung eines Aufsichtsrats .....	66
2.7.2. Aufgabenbereich .....	66
2.7.3. Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats .....	67
2.8. Gleichbehandlungsprogramm und Gleichbehandlungsbeauftragter .....	67
2.9. Nebenbestimmungen (Tenor Ziffer 2.) .....	68
2.10. Feststellung (Tenor Ziffer 3.).....	72
2.11. Sonstige Genehmigungen und Zustimmungen (Tenor Ziffer 4.).....	72
2.12. Widerrufsvorbehalt (Tenor Ziffer 5.).....	73
3. Ablehnung des Kostenantrags und des Antrags zum Cooling On bzw. Cooling Off (Tenor Ziffer 6.) .....	73

## **1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung**

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der vorliegenden Entscheidung sind die gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren, auch unter Berücksichtigung der besonderen formellen Voraussetzungen des §§ 4a ff. EnWG, gewahrt worden.

### **1.1. Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Zertifizierung nach § 4a Abs. 1 S. 1 EnWG ergibt sich aus § 54 Abs. 1 EnWG, die der Beschlusskammer zur Entscheidung folgt aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

### **1.2. Zulässigkeit des Antrages**

Der Antrag auf Zertifizierung ist zulässig. Insbesondere wurde er rechtzeitig durch den insoweit antragsbefugten Transportnetzbetreiber gestellt. Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt



sich aus § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG. Hiernach wird das Zertifizierungsverfahren unter anderem auf Antrag des Transportnetzbetreibers eingeleitet. Nach § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG ist der Antrag auf Zertifizierung bis spätestens 03.03.2012 zu stellen. Die Zertifizierung wurde unter dem 02.03.2012 und mithin fristgerecht beantragt.

### **1.3. Beteiligte Behörden**

Die Vorschriften über den Ablauf des Zertifizierungsverfahrens und die Einbindung der Europäischen Kommission wurden eingehalten. Die Beschlusskammer hat innerhalb des vorgegebenen Zeitraums von vier Monaten ab Einleitung des Zertifizierungsverfahrens einen Entscheidungsentwurf erstellt und diesen unverzüglich der Europäischen Kommission zur Abgabe einer Stellungnahme am 05.10.2012 übersandt. Bei der Berechnung der Frist war zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin erst im Laufe des Verfahrens vollständige Unterlagen vorgelegt hat. Im Vorfeld der Übersendungsverfügung wurden der Europäischen Kommission alle Antragsunterlagen zur Verfügung gestellt (§ 4a Abs. 5 EnWG). Die Europäische Kommission hat mit Schreiben vom 03.12.2012 Stellung genommen.

### **1.4. Entscheidungsfrist**

Die Zertifizierungsentscheidung wurde ebenfalls fristgerecht erlassen. Die Beschlusskammer hat die Frist von zwei Monaten nach Zugang der Stellungnahme der Europäischen Kommission eingehalten (§ 4a Abs. 6 S. 1 EnWG). Die Stellungnahme der Kommission vom 03.12.2012 ist bei der Bundesnetzagentur am 05.12.2012 eingegangen. Die Entscheidungsfrist endete daher nach Maßgabe von § 31 Abs. 1 VwVfG i.V.m. §§ 188 Abs. 2, 187 Abs. 1 sowie 193 BGB am 05.02.2013.

## **2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung**

Die Entscheidung ist auch materiell rechtmäßig. Die Antragstellerin betreibt ein Transportnetz und ist deshalb zertifizierungspflichtig (siehe folgenden Abschnitt 2.2.). Sie erfüllt die Voraussetzungen des § 10 EnWG und ist zugleich entsprechend den Vorgaben in §§ 10a bis 10e EnWG als Unabhängiger Transportnetzbetreiber organisiert (siehe folgende Abschnitte 2.3. bis 2.8.). Sie hat daher einen Anspruch auf Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber. Die Entscheidung war unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens mit Nebenbestimmungen zu versehen (siehe Abschnitt 2.9.). Zudem waren eine Feststellung zur zweiten Führungsebene im Unternehmen der Antragstellerin zu treffen (siehe folgenden Abschnitt 2.10.) und die sonstigen Genehmigungen und Zustimmungen zu erteilen (siehe folgenden Abschnitt 2.11.). Bevor allerdings die einzelnen Voraussetzungen geprüft werden können, ist zunächst das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zu bestimmen, dem die Antragstellerin angehört (siehe folgenden Abschnitt 2.1.).

## 2.1. Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin

Die Antragstellerin gehört zwei vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen an: Zum einen bildet die Wintershall-Gruppe im Rahmen des BASF-Konzerns das für die Antragstellerin relevante vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Zum anderen ist die Antragstellerin Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der GAZPROM export-Gruppe.

(1) Ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen ist nach der Definition in § 3 Nr. 38 EnWG

„ein in der Europäischen Union im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätiges Unternehmen oder eine Gruppe von Elektrizitäts- oder Gasunternehmen, die im Sinne des Artikels 3 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24 vom 29.1.2004 S. 1) miteinander verbunden sind, wobei das betreffende Unternehmen oder die betreffende Gruppe in der Europäischen Union im Elektrizitätsbereich mindestens eine der Funktionen Übertragung oder Verteilung und mindestens eine der Funktionen Erzeugung oder Vertrieb von Elektrizität oder im Erdgasbereich mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, Betrieb einer LNG-Anlage oder Speicherung und gleichzeitig eine der Funktionen Gewinnung oder Vertrieb von Erdgas wahrnimmt.“

Um festzustellen, ob ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen vorliegt, ist daher Folgendes zu prüfen: Ein Elektrizitäts- oder Gasunternehmen muss zumindest mit einem weiteren Elektrizitäts- oder Gasunternehmen durch Beherrschung verbunden sein (Kontrollkriterium). Zumindest ein Unternehmen muss ein Netzbetreiber sein und mindestens eins der mit dem Netzbetreiber verbundenen Unternehmen muss gleichzeitig eine Funktion in den Wettbewerbsbereichen wahrnehmen (Aktivitätskriterium). Sowohl der Netzbetreiber als auch das mit diesem verbundene Unternehmen müssen in der Europäischen Union tätig sein (Geographisches Kriterium).

- **Kontrollkriterium**

Die Definition der Kontrolle ergibt sich aus der Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen), wonach die Kontrolle über ein Unternehmen durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet wird, die einzeln oder zusammen die Möglichkeit gewähren einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben.

- **Aktivitätskriterium**

Bei den Unternehmen, die Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind, muss es sich um Elektrizitäts- oder Gasunternehmen handeln. Das EnWG

enthält keine ausdrückliche Definition dieser Unternehmen. Begriffsbestimmungen enthalten jedoch die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG:

„Elektrizitätsunternehmen“ ist „eine natürliche oder juristische Person, die mindestens eine der Funktionen Erzeugung, Übertragung, Verteilung, Lieferung oder Kauf von Elektrizität wahrnimmt und die kommerzielle, technische und/oder wartungsbezogene Aufgaben im Zusammenhang mit diesen Funktionen erfüllt, mit Ausnahme der Endkunden.“ (Art. 2 Nr. 35 Richtlinie 2009/72/EG)

„Erdgasunternehmen“ ist „eine natürliche oder juristische Person, die mindestens eine der Funktionen Gewinnung, Fernleitung, Verteilung, Lieferung, Kauf oder Speicherung von Erdgas, einschließlich verflüssigtem Erdgas, wahrnimmt und die kommerzielle, technische und/oder wartungsbezogene Aufgaben im Zusammenhang mit diesen Funktionen erfüllt, mit Ausnahme der Endkunden.“ (Art 2 Nr. 1 Richtlinie 2009/73/EG)

Voraussetzung ist also, dass der Gruppe von Unternehmen eine Aufgabe innerhalb des Netzbereichs und eines wettbewerblichen Bereiches des Energiemarktes zukommt. Dabei ist es erforderlich, dass dem betreffenden Unternehmen die Verantwortung für das Wahrnehmen der Aufgabe zukommt. Neben der grundsätzlichen Funktion im Energiebereich muss zusätzlich noch die kommerzielle, technische und/oder wartungsbezogene Aufgabe, die in Zusammenhang mit einem der Bereiche steht, wahrgenommen werden.

- Geographisches Kriterium

Für die Zugehörigkeit zum vertikal integrierten Unternehmensverbund kommt es darauf an, ob das Energieunternehmen oder eine Gruppe von verbundenen Energieunternehmen in der Europäischen Union „tätig“ sind. Damit ist nicht der Sitz des Unternehmens, sondern seine Betätigung auf dem Markt innerhalb der Europäischen Union entscheidend.

(2) Die Antragstellerin ist ein 100%iges Tochterunternehmen der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG.

Die Anteile an der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG und ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin werden zu 50,02% von der Wintershall Erdgas Beteiligungs-GmbH gehalten. Die Wintershall Erdgas Beteiligungs-GmbH ist zu 100% ein Unternehmen der Wintershall Holding GmbH. Diese Unternehmen bildet zusammen mit weiteren Tochterunternehmen (u.a. Wingas GmbH, astora GmbH & Co KG) die „Wintershall-Gruppe“. Die Anteile der Wintershall Holding GmbH wiederum werden zu [REDACTED] von der BASF [REDACTED] die Beigeladene zu 1), und [REDACTED] von der [REDACTED] gehalten („BASF-Beteiligung“).

Der andere Anteilseigner der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG zu 49,98% ist die GAZPROM Germania GmbH, deren Alleingesellschafter die OOO GAZPROM export ist. Diese Unterneh-

men bildet zusammen mit weiteren Tochterunternehmen (u.a. Gazprom Marketing and Trading Ltd) die GAZPROM export-Gruppe. Sämtliche Geschäftsanteile der OOO GAZPROM export werden wiederum von der russischen OAO GAZPROM gehalten („GAZPROM-Beteiligung“).

(3) Seitens der BASF-Beteiligung bilden grundsätzlich nur die Unternehmen der Wintershall-Gruppe das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, sofern die Unternehmen Aktivitäten im Energiebereich wahrnehmen. Die BASF [REDACTED] als Konzernobergesellschaft gehört nicht zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, auch wenn sie die Antragstellerin mittelbar über ihre Beteiligung an der Wintershall-Gruppe kontrolliert (vgl. auch Anlage B.1.1.2, S. 8 ff.).

Primär betätigt sich die BASF [REDACTED] mit ihren sonstigen Beteiligungen in den Bereichen Chemikalien, Kunststoffe, Veredelungsprodukte, Pflanzenschutz und Ernährung. Im Zusammenhang mit ihrer Haupttätigkeit übt sie jedoch verschiedene Neben- und Hilfstätigkeiten aus, die die Sektoren Erdgas und Strom betreffen. Im Energiesektor entfaltet die BASF folgende Aktivitäten:

- Die BASF [REDACTED] betreibt am Standort Ludwigshafen [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED].
- Der am Standort Ludwigshafen erzeugte Strom wird zum ganz überwiegenden Teil von BASF [REDACTED] und mit ihr verbundenen Unternehmen verbraucht. Nur ein sehr geringer Anteil des am Standort Ludwigshafen erzeugten Stroms wird von der BASF [REDACTED] an Dritte, nicht zum BASF-Konzern gehörende und am Werksstandort Ludwigshafen angesiedelte, Unternehmen verkauft oder in das Netz der allgemeinen Versorgung ausgespeist:
  - Strom aus Stromerzeugungsanlagen am Standort Ludwigshafen:  
[REDACTED]
  - Ausspeisung in das Netz der allgemeinen Versorgung:  
[REDACTED]
  - Lieferung an konzernfremde Unternehmen in Ludwigshafen:  
[REDACTED]

Damit wird weniger als 1% der verteilten Energie (bezogen auf den gesamten Werksverbrauch) auf dem Werksgelände Ludwigshafen an Dritte – konzernfremde Unternehmen – verteilt. Die in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Mengen werden über einen Dienstleister, der nicht gesellschaftsrechtlich mit der BASF [REDACTED] verbunden ist, entweder an der Börse oder OTC vermarktet. [REDACTED]

[REDACTED] Schreiben vom 04.05.2012, S. 2).

- Zur Versorgung aller Produktionsanlagen, Labors, Werkstätten, Verwaltungsbauten und sonstiger Einrichtungen mit elektrischer Energie betreibt die BASF ■ am Standort Ludwigshafen schließlich ein über das Werksgelände verzweigtes Stromnetz mit den Spannungsebenen 220 kV, 110 kV, 20 kV, 6 kV und Niederspannung. Alle Stromerzeuger und Stromverbraucher auf dem Werksgelände sind an das Stromnetz angeschlossen und über eine 220 kV-Schaltanlage mit dem öffentlichen Netz verbunden. Auf dem Werksgelände befindet sich auch ein Gasnetz, das ausschließlich der betrieblichen Eigenversorgung dient.

Die BASF ■ ist dennoch nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1) ergibt sich dies nicht bereits deshalb, weil eine Überkreuzbetrachtung von Strom- und Gassektor unzulässig wäre (siehe Anlage B.1.1.2, S. 11 ff.). Vielmehr ist diese sektorübergreifende Betrachtung sowohl im europäischen Rechtsrahmen als auch im EnWG vorgesehen (vgl. 9 Abs. 3 der Richtlinien 2009/73 und 2009/72 und § 9 Abs. 2 S. 2 und S. 3 EnWG). Auch wenn diese Vorgaben ausdrücklich nur für das Modell des Eigentumsrechtlich Entflochtenen Transportnetzbetreibers geregelt sind, so ist dieser Regelung der Grundsatz der Überkreuzbetrachtung zu entnehmen, weil ansonsten eine Regelungslücke entstünde. Im Ergebnis kommt es hierauf aber nicht an, da die Energietätigkeiten der BASF ■ bereits aus folgenden Gründen nicht dazu führen, dass die BASF ■ Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens wird.

Für die von der BASF ■ auf dem Werksgelände betriebenen Strom- und Gasnetze gilt das bereits deshalb, weil sie fast ausschließlich dem betriebsnotwendigem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen dienen und damit – soweit anhand der im Zertifizierungsantrag vorgelegten Unterlagen ersichtlich – eine Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung nach § 3 Nr. 24b EnWG darstellen. Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung sind nach der gesetzgeberischen Entscheidung keine der Regulierung unterworfenen Energieversorgungsnetze (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 51; Leitfaden geschlossene Verteilernetze, Seite 8). Auch stellt der Betrieb einer Kundenanlage nach § 3 Nr. 24a oder § 24b EnWG keine Tätigkeit als Energieversorgungsunternehmen dar, da der Betrieb der Kundenanlage in § 3 Nr. 18 EnWG ausdrücklich ausgenommen wurde. Folglich kann die Kundenanlage nicht in den Anwendungsbereich der Entflechtungsvorschriften des EnWG fallen und damit auch nicht zur Bestimmung eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens nach § 3 Nr. 38 EnWG herangezogen werden. Zudem fehlt es durch die für das Vorliegen einer Kundenanlage geforderte Unentgeltlichkeit der Zurverfügungstellung der Energieanlagen an einer wettbewerbsrelevanten Marktteilnahme im Bereich der Strom- und Gasversorgung (siehe insgesamt zur Europarechtskonformität der Regelung der Kundenanlage: Rüger, in IR (InfrastrukturRecht) 2012, 338 ff.).

Für die Stromerzeugung kann mit Blick auf die Bestimmung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens eine Analogie zu § 3 Nr. 24b EnWG gezogen werden. Eine Kundenanlage liegt gemäß § 3 Nr. 24b EnWG lit. c) u.a. dann vor, wenn die Energieanlage fast ausschließlich dem betriebsnotwendigem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen dient. Der deutsche Gesetzgeber hat also für die Energieverteilung die fast ausschließliche Belieferung von verbundenen Unternehmen als nicht bzw. nur sehr eingeschränkt regulierungsbedürftig angesehen. Wesentlich ist insbesondere, dass der Betrieb einer Kundenanlage keine Tätigkeit als Energieversorgungsunternehmen darstellt (vgl. § 3 Nr. 18 EnWG). Eine fast ausschließliche Versorgung des Erzeugers und von mit ihm verbundenen Unternehmen liegt dann vor, wenn der Fremdversorgungsanteil in Anhängigkeit vom Einzelfall 5% bis 10% nicht übersteigt (vgl. „Gemeinsames Positionspapier der Regulierungsbehörden der Länder und der Bundesnetzagentur zu geschlossenen Verteilernetzen gemäß § 110 EnWG vom 23.02.2012“, „Leitfaden geschlossene Verteilernetze“, S. 8). Überträgt man diese Argumentation auf die Auslegung des Begriffs „Erzeugung“ bzw. „Elektrizitätsunternehmen“ in § 3 Nr. 38 EnWG, so ist aufgrund des vorliegenden Fremdversorgungsanteils von unter 5% (im Jahr [REDACTED] bzw. nur etwas über 5% (im Jahr [REDACTED])) nicht von einer wettbewerbsrelevanten Marktteilnahme der BASF [REDACTED] als Erzeuger jedenfalls aus entflechtungsrechtlicher Sicht auszugehen. Die Beschlusskammer weist allerdings darauf hin, dass eine erhebliche Ausweitung der Stromproduktion durch die BASF [REDACTED] eine Neubewertung erforderlich macht und eine solche Neubewertung zu dem Ergebnis führen könnte, dass BASF [REDACTED] Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist. Gleiches gilt für eine etwaige Wiederaufnahme der Aktivitäten im Erdgasbereich.

Die Europäische Kommission ist dagegen der Ansicht, dass es irrelevant ist, ob der Strom überwiegend für den Eigenverbrauch verwendet wird, da die BASF [REDACTED] ungeachtet dessen in der Stromerzeugung aktiv ist. Sie fordert die Bundesnetzagentur deshalb auf klarzustellen, dass auch die BASF [REDACTED] Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist. Dieser Auffassung ist bereits aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zu folgen. Soweit Energie für den Eigenverbrauch erzeugt oder gewonnen wird, ist dies weder zur Bestimmung des vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmens noch für sonstigen entflechtungsrechtliche Bestimmungen relevant. Gleiches gilt z.B. auch für den Betrieb und Einsatz von Speichern für eigene Zwecke des Netzbetreibers. Bei konsequenter Fortführung der Argumentation der Europäischen Kommission wäre es Fernleitungsnetzbetreibern generell untersagt, im Bereich der Speicherung tätig zu sein (vgl. u.a. Art. 2 Nr. 22, Art. 15 Gasrichtlinie). Im deutschen Recht ist allerdings nicht zweifelhaft, dass Netzbetreiber solche Anlagen zu eigenen netzbezogenen Zwecken betreiben und nutzen dürfen, ohne dass dies entflechtungsrechtlich zu beanstanden ist:

Speicheranlage ist „eine einem Gasversorgungsunternehmen gehörende oder von ihm betriebene Anlage zur Speicherung von Gas, einschließlich des zu Speicherzwecken ge-

nutzten Teils von LNG-Anlagen, jedoch mit Ausnahme des Teils, der für eine Gewinnstätigkeit genutzt wird, ausgenommen sind auch Einrichtungen, die ausschließlich Betreibern von Leitungsnetzen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben vorbehalten sind“ (§ 3 Nr. 31 EnWG, Hervorhebung nur hier).

Dieser Grundsatz für Speicheranlagen ist auch im europäischen Recht anerkannt (vgl. Art. 2 Nr. 9 Gasrichtlinie). Alles in allem zeigt dies, dass Netzbetreiber solche Tätigkeiten, die den Wettbewerbsbereichen zugeordnet und damit grundsätzlich zu entflechten sind, dann ausführen dürfen, wenn dies zu eigenen Zwecken geschieht. Folglich kann auch der Eigenverbrauch bei anderen Konzerngesellschaften nicht irrelevant sein, da dies zu Wertungswidersprüchen führen würde.

Schließlich argumentiert die Europäische Kommission in ihren eigenen Entscheidungen widersprüchlich, wenn sie im vorliegenden Fall jegliche Stromerzeugung für relevant erachtet, in dem Zertifizierungsverfahren der ENAGAS S.A. jedoch das Gegenteil vertritt. Ausweislich der veröffentlichten Stellungnahme war in diesem Fall gerade mitentscheidend, dass die Stromproduktion des Anteilseigners (SEPI) relativ gering war (ungefähr 0,1375 % der gesamten spanischen Stromerzeugung).

„The Commission considers that as long as these generation activities are performed under a regulated framework, as long as they can benefit by law from priority dispatching as is the case at present, and as long as they remain small in size, it cannot be expected that SEPI will be able to influence the transmission activities of ENAGAS in a discriminatory manner (...). In such circumstances the Commission considers that an obstacle to certification cannot be identified“ (Stellungnahme der Kommission vom 15.06.2012, englische Fassung, S. 4, Hervorhebung nur hier).

Dies belegt, dass auch für die Europäische Kommission die Marktrelevanz der jeweiligen Stromproduktion grundsätzlich von Bedeutung ist. In Erwartung einer einheitlichen europäischen Zertifizierungspraxis hat die Beschlusskammer bereits im Entscheidungsentwurf deutlich gemacht, dass aufgrund der geringen Erzeugung für die allgemeine Versorgung und für auf dem Werksgelände ansässige Dritte keine Marktrelevanz der Stromproduktion der BASF [REDACTED] besteht. Im Übrigen ist bezogen auf die nationale Stromproduktion in Deutschland ([REDACTED]) sowohl der Anteil der Ausspeisung in das Netz der allgemeinen Versorgung ([REDACTED]) als auch der Anteil der Lieferung an konzerfremde Unternehmen in Ludwigshafen ([REDACTED]) äußerst gering und liegt auch in der Addition deutlich unter den Werten, die die Kommission im Fall ENAGAS S.A. akzeptiert hat. Zwar mag der Anteil der gesamten Stromproduktion der BASF [REDACTED] an der deutschen Stromproduktion höher sein als im Fall ENAGAS S.A. Dies ist jedoch unbeachtlich, da es auf die Marktrelevanz der Produktion ankommt. Eine solche Marktrelevanz wird nur durch Lieferungen an Dritte

bzw. Ausspeisungen in das Netz der allgemeinen Versorgung, nicht aber durch die Eigenproduktion entfaltet. Folglich ist die Eigenproduktion unbeachtlich.

Die Beschlusskammer hat die Marktrelevanz auf Grundlage des deutschen Rechts (Analogie zu § 3 Nr. 24b EnWG) bestimmt. Dies ist europarechtlich nicht zu beanstanden, weil es bei der Bestimmung der Marktrelevanz keine konkreten verbindlichen europäischen Vorgaben gibt, so dass dem nationalen Gesetzgeber und der vollziehenden Regulierungsbehörde ein Ermessensspielraum zukommt. Der Rückgriff auf eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme (Analogie zu § 3 Nr. 24b EnWG) ist aus Sicht der Beschlusskammer nicht nur ermessensfehlerfrei, sondern aus Gründen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit auch deutlich vorzugswürdig.

Selbst wenn jedoch die Europäische Kommission an ihrer Auffassung festhielte, kommt es für die vorliegende Zertifizierungsentscheidung mit Bezug auf die Einhaltung der materiellen Entflechtungsvorgaben nicht darauf an, ob die BASF ■■■ Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist. Permanente Dienstleistungsbeziehungen zwischen der BASF ■■■ und ihren Tochtergesellschaften einerseits und der Antragstellerin bestehen langfristig nicht mehr (siehe zu IT-Dienstleistungen unten, Abschnitt 2.4.6.). Zudem ist z.B. die Geltung von Konzernrichtlinien auch ohne Einbeziehung der BASF ■■■ in die Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens aufzuheben (siehe unten, Abschnitt 2.5.2.). Entflechtungsrechtlich bedenkliche Einflussnahmen der BASF ■■■ auf die Antragstellerin können damit wirksam unterbunden werden, ohne den Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu überdehnen.

(4) Die verschiedenen Unternehmen der Wintershall-Gruppe sind grundsätzlich Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der Antragstellerin, da diese Unternehmen von der Wintershall Holding GmbH kontrolliert werden. Reine Holdinggesellschaften innerhalb der Wintershall-Gruppe gehören jedoch nicht zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, das sie keine Aktivitäten im Energiebereich wahrnehmen. Zur Konkretisierung hat die Antragstellerin eine Liste mit den Unternehmen der Wintershall-Gruppe vorgelegt, die in solchen wettbewerblich relevanten Bereichen aktiv sind (Anlage B.1.2.1, aktualisiert durch Anlage 6 des Schreibens vom 10.09.2012). Ausdrücklich wird zwar nur auf Funktionen im Erdgasbereich verwiesen, die Beschlusskammer geht jedoch davon aus, dass Aktivitäten im Strombereich (Erzeugung, Übertragung, Verteilung, Lieferung, Kauf, Vertrieb) bisher überhaupt nicht stattfinden, so dass eine Erklärung hierzu entbehrlich ist.

(5) Seitens der GAZPROM-Beteiligung ist die Konzernobergesellschaft, die OAO GAZPROM, nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, weil die Muttergesellschaft selbst keine unmittelbaren Energiefunktionen innerhalb der Europäischen Union wahrnimmt (vgl. § 3 Nr. 38 EnWG). Solche Funktionen innerhalb der Europäischen Union werden nur vom Tochterunternehmen der OAO GAZPROM, der OOO GAZPROM export, sowie deren Beteiligungen wahrgenommen.



Die verschiedenen Unternehmen der GAZPROM export-Gruppe sind grundsätzlich Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der Antragstellerin, da diese Unternehmen – genau so wie die Antragstellerin selbst – von der OOO GAZPROM export kontrolliert werden. Reine Holdinggesellschaften innerhalb der GAZPROM export-Gruppe gehören jedoch nicht zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, da sie keine Aktivitäten im Energiebereich wahrnehmen. Zur Konkretisierung hat die Antragstellerin eine Liste mit den Unternehmen der GAZPROM export-Gruppe vorgelegt, die in solchen wettbewerblich relevanten Bereichen aktiv sind (siehe Anlage B.1.2.1, aktualisiert durch Anlage 6 des Schreibens vom 10.09.2012).

Die Europäische Kommission hat hinsichtlich der Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens bezweifelt, dass die Definition in den deutschen Rechtsvorschriften mit der in Artikel 2 Abs. 20 der Gasrichtlinie übereinstimmt. Die Kommission stellt fest, dass die Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens nach dem EnWG ohne erkennbaren Grund Unternehmen auszuschließen scheint, die von dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen kontrolliert werden, jedoch außerhalb der Europäischen Union ansässig sind. Die Kommission hinterfragt deshalb die Feststellung, dass die OAO GAZPROM nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist. Hinsichtlich der OAO GAZPROM stellt sie fest, dass das Unternehmen selbst zwar keine Aktivitäten im Energiebereich innerhalb der Europäischen Union wahrnimmt, wohl aber über sein Tochterunternehmen OOO GAZPROM export. Daher fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Entscheidung klarzustellen, dass die relevanten Unternehmen oder Unternehmensgruppen, die als zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen gehörig anzusehen sind, in jedem Fall auch die OAO GAZPROM einschließt.

Die Beschlusskammer schließt sich der Auffassung der Europäischen Kommission nicht an. Die deutsche Rechtslage, nach der nur Aktivitäten innerhalb der Europäischen Union relevant sind (vgl. § 3 Nr. 38 EnWG), ist eindeutig. Die geografische Einschränkung hat der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf die europäischen Vorgaben im Jahr 2011 bewusst eingeführt. Diese Einschränkung ist auch europarechtskonform. Zutreffend ist zwar, dass die Gasrichtlinie keine ausdrückliche geografische Beschränkung kennt. Allerdings ergibt sich diese aus Prinzipien des internationalen (Wettbewerbs-)Rechts.

Im Völkerrecht gilt der Grundsatz der Territorialität, der festlegt, dass jeder Staat für sein Hoheitsgebiet zuständig ist. Demnach unterfallen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich der Rechtsordnung des Staates, auf dessen Gebiet sie veranlasst worden sind. Bei Übertragung dieses Grundsatzes auf das sektorspezifische Energierecht würde die Einbeziehung der OAO GAZPROM bereits daran scheitern, dass nicht nur ihr Rechts- und Verwaltungssitz außerhalb der Europäischen Union liegt, sondern sie auch unmittelbar – d.h. nicht mittelbar über Tochtergesellschaften – keine energierechtlich relevanten Aktivitäten innerhalb dieses geografischen

Raums entfaltet. Gegenteilige Anhaltspunkte sind jedenfalls im Verfahren nicht erkennbar geworden. Demgegenüber ist die OOO GAZPROM export unmittelbar in der Europäischen Union tätig. Auch wenn es sich hierbei ebenfalls um eine Gesellschaft nach russischem Recht handelt, entfaltet sie ihren Geschäftsbetrieb damit innerhalb der Europäischen Union einschließlich des deutschen Staatsgebiets, so dass sie auch unter Berücksichtigung des Territorialitätsprinzips ohne Weiteres in den Anwendungsbereich der entflechtungsrechtlichen Bestimmungen einzubeziehen ist.

In einigen Fällen führt das Territorialitätsprinzip allerdings nicht zu sachgerechten Ergebnissen, so dass es durch das sogenannte Auswirkungsprinzip ergänzt und erweitert wird. In vielen Ländern schützt das nationale Wettbewerbsrecht nämlich nur den innerstaatlichen Wettbewerb. Wettbewerbsbeschränkungen, die nur das Ausland betreffen (z. B. Exportkartelle), werden regelmäßig nicht erfasst. Bei einer strikten Verfolgung des Territorialitätsgrundsatzes wären damit Wettbewerbsbeschränkungen, die in einem Land veranlasst werden, ihre Wirkung aber nur in einem anderen Land entfalten, von keiner Rechtsordnung erfasst. Um diese Regelungslücke im Wettbewerbsrecht zu schließen, wurde das Auswirkungsprinzip entwickelt. Danach sind nationale Vorschriften auch dann anwendbar, wenn das Verhalten außerhalb seines Geltungsbereichs veranlasst wird, sich dieses Verhalten aber im Inland auswirkt. Das Auswirkungsprinzip ist auch im europäischen Wettbewerbsrecht allgemein anerkannt ist (vgl. Mäger, Europäisches Kartellrecht, 2. Auflage 2011, S. 46, Rn. 2). Das Auswirkungsprinzip, das energiewirtschaftsrechtlich seinen Niederschlag auch in § 109 Abs. 2 EnWG gefunden hat, begründet umfassende Zuständigkeiten der inländischen Behörden für im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen, so dass die Tätigkeit einer nationalen Behörde des Auswirkungsstaates zu erheblichen Konflikten mit dem Veranlasserstaat führen können. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Rechtsordnungen von Veranlasserstaat und Auswirkungsstaat etwas anderes regeln. Um zu einem billigen Ausgleich der Interessen zu gelangen, werden dem Auswirkungsprinzip daher Grenzen gesetzt. Als völkerrechtliche Schranken des Auswirkungsverbots werden vor allem das Missbrauchsverbot, das Einmischungsverbot und der Grundsatz der Interessenabwägung diskutiert.

Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob das Auswirkungsprinzip überhaupt zur Anwendung kommt, jedenfalls dürften seine Grenzen erreicht sein. Nach § 109 Abs. 2 EnWG erstreckt sich der Geltungsbereich des EnWG auf „Verhaltensweisen“, die sich im Geltungsbereich des EnWG auswirken, auch wenn sie außerhalb von dessen Geltungsbereich veranlasst werden. Die Frage, ob die OAO GAZPROM Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens im Sinne der Entflechtungsbestimmungen ist, betrifft aber keine Verhaltensweise, sondern ist struktureller Natur. Auch darüber hinaus besteht kein rechtliches Bedürfnis dafür, die OAO GAZPROM in den Anwendungsbereich der für die Europäische Union geltenden entflechtungsrechtlichen Vorgaben einzubeziehen. Eine Regelungslücke, die zur Ausweitung des Territorialitätsprinzips führen müsste, ist nicht erkennbar. Die GAZPROM-Gruppe nimmt ihre Tätigkeiten

innerhalb der Europäischen Union durch die OOO GAZPROM export wahr. Alle relevanten Tätigkeiten innerhalb der Europäischen Union werden von dieser Gesellschaft bzw. deren Tochtergesellschaften gesteuert und durchgeführt, so dass diese auch Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind. Die GAZPROM-Gruppe ist Adressat aller entflechtungsrechtlichen Vorgaben, solange und soweit sie in der Europäischen Union aktiv ist. Eine Ausweitung auf die Konzernobergesellschaft OAO GAZPROM und aller ihrer Tochtergesellschaften im Energiebereich ist nicht erforderlich, weil nicht ersichtlich ist, wie sich deren Verhalten außerhalb der Europäischen Union negativ auf die Umsetzung der Trennung von Netz- und Wettbewerbsebenen mittels der entflechtungsrechtlichen Vorgaben auswirken soll. Jedenfalls hat auch die Europäische Kommission nicht dargetan, dass eine solche Ausweitung des Territorialprinzips geboten ist.

Für die vorliegende Zertifizierungsentscheidung kommt es mit Bezug auf die Einhaltung der materiellen Entflechtungsvorgaben auch nicht darauf an, ob die OAO GAZPROM Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist, da weder Dienstleistungsbeziehungen noch ein Personalaustausch zwischen der OAO GAZPROM und deren außereuropäischen Tochtergesellschaften einerseits und der Antragstellerin andererseits ersichtlich sind. Soweit bestimmte Maßnahmen konkret die Unabhängigkeit der Antragstellerin gefährden, kann dem durch eine euoparechtskonforme weite Auslegung etwa der Vorschriften über die operationelle Entflechtung Rechnung getragen werden. Hierbei sind ggf. auch Gesetzesanalogien oder der Rechtsgedanke des Verbots von Umgehungsgeschäften heranzuziehen. Insoweit ist es auch Aufgabe des Gleichbehandlungsbeauftragten, auf faktische Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit der Antragstellerin hinzuweisen, die aus dem unmittelbaren Verhältnis zur OAO GAZPROM resultieren.

(6) Sowohl die „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ der Antragstellerin (Anlage B17\_1 bzw. Anlage 18 zum Schreiben vom 20.08.2012, Akte 5) als auch der Musterarbeitsvertrag der Antragstellerin (Anlage B17\_2) enthalten noch eine andere – auf die Wintershall-Gruppe beschränkte – Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens. Die Dokumente sind deshalb anzupassen (siehe Tenor zu Ziffer 2. lit. i)).

## **2.2. Betrieb eines Transportnetzes**

Die Antragstellerin ist als Betreiberin eines Fernleitungsnetzes nach § 4a Abs. 1 S. 1 EnWG verpflichtet, sich zertifizieren zu lassen, denn der Betrieb eines Transportnetzes bedarf der Zertifizierung durch die Regulierungsbehörde. Transportnetz ist nach § 3 Nr. 31d EnWG jedes Übertragungs- oder Fernleitungsnetz, dementsprechend ist Transportnetzbetreiber gemäß § 3 Nr. 31c EnWG jeder Betreiber eines Übertragungs- oder Fernleitungsnetzes. Dabei umfasst der Betrieb insbesondere die Aufgaben nach Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 EnWG (Netzentwicklungsplanung, Netzanschluss, Netzzugang).

Die Antragstellerin bedarf als Betreiberin eines Fernleitungsnetzes i.S.v. § 3 Nr. 10 EnWG der Zertifizierung. Betreiber von Fernleitungsnetzen sind solche Netzbetreiber, die Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkte aufweisen, die insbesondere die Einbindung großer europäischer Importleitungen in das deutsche Fernleitungsnetz gewährleisten, oder natürliche oder juristische Personen oder rechtlich unselbständige Organisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens, die die Aufgabe der Fernleitung von Erdgas wahrnehmen und verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau eines Netzes,

a) das der Anbindung der inländischen Produktion oder von LNG-Anlagen an das deutsche Fernleitungsnetz dient, sofern es sich hierbei nicht um ein vorgelagertes Rohrleitungsnetz im Sinne von Nr. 39 handelt, oder

b) das an Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkten Buchungspunkte oder -zonen aufweist, für die Transportkunden Kapazitäten buchen können (§ 3 Nr. 5 EnWG).

Im Gasbereich hat der Begriff des Fernleitungsnetzes durch die Neufassung des § 3 Nr. 5 EnWG eine Anpassung dahingehend erfahren, dass er nun ausdrücklich solche Netze betrifft, welche Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkte aufweisen, die insbesondere die Einbindung großer europäischer Importleitungen in das deutsche Fernleitungsnetz gewährleisten. Dies korrespondiert mit der in § 3 Nr. 37 EnWG vorgenommenen Klarstellung zur „Verteilung“, wonach der Verteilung von Gas auch solche Netze dienen, die über Grenzkopplungspunkte verfügen, über die (aber) ausschließlich ein anderes, nachgelagertes Netz aufgespeist wird. Über den Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkt hinaus muss also gerade auch die „Einbindung großer europäischer Importleitungen in das deutsche Fernleitungsnetz“ gegeben sein, damit das Netz als Fernleitungsnetz gilt.

Hiernach ist die Antragstellerin als Betreiberin eines Fernleitungsnetzes zu qualifizieren, denn sie betreibt ein deutschlandweites Leitungssystem, das direkt an die großen europäischen Transitleitungen aus Russland und der Nordsee angebunden ist. Das Netz der Antragstellerin verfügt über mehrere Grenz- bzw. Marktgebietsübergangspunkte und verbindet Polen, die Tschechische Republik, Deutschland, Belgien und die Niederlande.

### **2.3. Stichtag, Aufgaben und Rechtsform**

Die Voraussetzung des § 10 EnWG für eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber liegen vor. Das Transportnetz stand bereits vor dem 03.09.2009 im Eigentum eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (siehe folgenden Abschnitt 2.3.1.), die Antragstellerin nimmt bestimmte Mindestaufgaben eigenverantwortlich wahr (siehe folgenden Abschnitt 2.3.2.) und ist in einer zulässigen Rechtsform organisiert (siehe folgenden Abschnitt 2.3.3.).

### 2.3.1. Stichtag

Die Einrichtung eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers ist vorliegend möglich, denn das Transportnetz stand zum maßgeblichen Zeitpunkt, dem 03.09.2009, im Eigentum eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (§ 10 Abs. 1 S. 1 EnWG). Eigentümerin des Transportnetzes war bereits vor dem 03.09.2009 [REDACTED], ein Gemeinschaftsunternehmen von Unternehmen aus dem BASF- und dem GAZPROM-Konzern. Seit 2005 übt die Antragstellerin (vormals WINGAS TRANSPORT GmbH) die Aufgabe und Funktion des Netzbetriebs für dieses Transportnetz aus. [REDACTED]

[REDACTED] das gesamte Eigentum [REDACTED] an die Antragstellerin übertragen (vgl. Anlage A.4).

Das bestehende Transportnetz hat sich nach dem 03.09.2009 nur unwesentlich durch kleinere Erweiterungsmaßnahmen der Antragstellerin verändert. Erweiterungen des Transportnetzes um Netzbestandteile, die vor dem 03.09.2009 im Eigentum eines anderen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder nicht-vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens standen, haben nicht stattgefunden.

### 2.3.2. Aufgaben des Unabhängigen Transportnetzbetreibers

Die Antragstellerin erfüllt die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG. Neben den Aufgaben, die jeder Transportnetzbetreiber eigenverantwortlich wahrnehmen muss und die insbesondere in Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 des EnWG benannt sind, ist sie ausdrücklich verantwortlich für den in § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG aufgeführten Aufgabenkatalog.

Die Durchführung dieser Aufgaben erfolgt größtenteils durch eigenes Personal der Antragstellerin, teilweise auch durch Gemeinschaftsunternehmen. So werden insbesondere die Vertretung gegenüber Dritten, gegenüber der Regulierungsbehörde und bei ENTSOG, die Erhebung aller transportnetzbezogenen Entgelte, die Einrichtung und Unterhalt einer eigenen Rechtsabteilung, einer eigenen Buchhaltung und einer eigenen Abteilung für die Betreuung der bei der Antragstellerin vorhandenen IT-Infrastruktur durch eigenes Personal der Antragstellerin wahrgenommen. Das Bilanzkreismanagement, der Betrieb des Virtuellen Handelspunkts und der Betrieb der Kapazitätsplattform TRAC-X werden hingegen von den Gemeinschaftsunternehmen GASPOOL Balancing Services GmbH und TRAC-X GmbH wahrgenommen.

### 2.3.3. Rechtsform

Die Antragstellerin ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung und damit in einer nach § 10 Abs. 2 S. 2 EnWG zulässigen Rechtsform organisiert. Dies hat sie durch Vorlage des Handelsregisterauszuges vom 23.02.2012 nachgewiesen (vgl. Anlage B2.1.1 des Antrags).

## **2.4. Vermögenswerte, Anlagen, Personalausstattung, Unternehmensidentität**

Die Antragstellerin ist entsprechend den besonderen Vorgaben für Unabhängige Transportnetzbetreiber in § 10a EnWG organisiert. Insbesondere verfügt sie über die erforderlichen Mittel zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben (siehe folgenden Abschnitt 2.4.1.), ist Eigentümerin der notwendigen Vermögenswerte (siehe folgenden Abschnitt 2.4.2.) und besitzt die erforderliche personelle Ausstattung (siehe folgenden Abschnitt 2.3.3.). Die Erbringung von Dienstleistungen vom und für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ist entsprechend den gesetzlichen Vorgaben beschränkt (siehe folgenden Abschnitt 2.4.4.). Eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen wurde ausgeschlossen (siehe folgenden Abschnitt 2.4.5.). Die Antragstellerin hat des Weiteren sichergestellt, dass Informationstechnologie, Büro- und Geschäftsräume und die Rechnungslegung in hinreichendem Maße vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen getrennt wurden bzw. noch getrennt werden (siehe folgende Abschnitte 2.4.6., 2.4.7. und 2.4.8.).

### **2.4.1. Gewährleistung der Mittel für Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben**

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie als Transportnetzbetreiber über die finanziellen, materiellen, technischen und personellen Mittel verfügt, die erforderlich sind, um die Aufgaben nach Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 wahrzunehmen (§ 10a Abs. 1 S. 1 EnWG).

(1) Insbesondere hat die Antragstellerin dargelegt, dass sie in der Lage ist, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen. Die Antragstellerin hat erklärt, dass sie grundsätzlich über die notwendigen finanziellen Mittel verfüge, die erforderlich sind, um den Aufgaben, die sich aus Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 EnWG ergeben, nachzukommen. Sie besitzt die entsprechende Ausstattung, um wirtschaftlich zumutbar ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Gastransportnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen. Dies umfasst insbesondere auch Investitionen, die sich aus gesetzlichen Anschlussverpflichtungen oder Netzentwicklungsplänen ergeben. Die entsprechenden Investitionen sind Bestandteil der mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erstellten betriebswirtschaftlichen Finanzplanung der Antragstellerin und werden durch entsprechende Eigen- und Fremdfinanzierungen abgedeckt. Die Ausstattung der Antragstellerin mit den notwendigen finanziellen Mitteln zur Abdeckung der Kosten für Betrieb, Wartung und Instandhaltung des Transportnetzes wird durch die Aufnahme dieser Kosten in dem durch die Antragstellerin nach § 6 Abs. 1 ARegV zu stellenden Kostenantrag des jeweiligen Basisjahrs – zuletzt für das Jahr 2010 – gewährleistet. Die aufgrund dieses Kostenantrags durch die Bundesnetzagentur genehmigten Kosten bilden das Ausgangsniveau für die daraus zu ermittelnde Erlösobergrenze der jeweiligen Regulierungsperiode, die wiederum als Grundlage für die Ermittlung der kostendeckenden Netzentgelte dient.

(2) Des Weiteren hat die Antragstellerin dargetan, dass sie über die materielle und technische Ausstattung, die für die Erfüllung der Pflichten des Transportnetzbetreibers notwendig ist, verfügt. Hierzu zählen insbesondere alle für den Betrieb des Transportnetzes erforderlichen Anlagen und personellen Ressourcen, wobei Dienstleistungsverträge grundsätzlich zulässig sind, dabei jedoch eine qualifizierte Überwachung und Kontrolle zu gewährleisten ist.

Die Antragstellerin hat unmittelbares Eigentum bzw. Miteigentum an allen für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerten, einschließlich des von ihr betriebenen Transportnetzes (siehe auch Abschnitt 2.3.2.). Einige nur mittelbar für den Betrieb des Transportnetzes notwendige Einrichtungen und Anlagen werden von der Antragstellerin hingegen gemietet (z.B. Büroräume).

(3) In Bezug auf ihre personelle Ausstattung hat die Antragstellerin erklärt, dass sie hinsichtlich ihrer Organisation und der Anzahl der angestellten Personen in der Lage ist, den gesetzlichen Aufgaben nachzukommen.

Die Antragstellerin hat derzeit [REDACTED] von genehmigten [REDACTED] Mitarbeiterstellen besetzt, davon [REDACTED] in Teilzeit ([REDACTED]). Ca. weitere [REDACTED] Personen unterstützen die Antragstellerin teils in Arbeitnehmerüberlassung, teils im Rahmen von Dienstleistungsverträgen. Die noch offenen Positionen werden von der Antragstellerin sukzessive besetzt, [REDACTED]

Die Mitarbeiter sind in den beiden Geschäftsbereichen „Steuerung und Finanzen ([REDACTED])“ und „Netz ([REDACTED])“ organisiert, die jeweils in [REDACTED] bzw. [REDACTED] Fachbereiche unterteilt sind. Den beiden Geschäftsführern ist jeweils ein Geschäftsbereich zugeordnet. Daneben gibt es noch [REDACTED] Stabsstellen, die über den Organisationsleiter der Stabsstellen direkt an einen der Geschäftsführer berichten (vgl. S. 12 ff. des Antrags und Anlage 15 zum Schreiben vom 20.08.2012).

Die fachliche Eignung der für die Fachbereiche verantwortlichen Führungskräfte hat die Antragstellerin durch Vorlage der entsprechenden Qualifikationsprofile nachgewiesen (vgl. Anlage B2.5.1).

#### **2.4.2. Eigentum an Vermögenswerten**

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie in ihrer Eigenschaft als Transportnetzbetreiberin unmittelbares Eigentum bzw. Miteigentum an allen für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerten einschließlich des Transportnetzes hat (§ 10a Abs. 1 S. 2 EnWG). Mit den als Anlage A.1, A.4, B11.11, B11.5.1, B11.5.2, B11.5.3a-b und B11.6.1 des Antrags vorgelegten Unterlagen, in denen die Antragstellerin u.a. Ausführungen zum Netzplan des Transportnetzes und zu den zum Betreiben des Netzes erforderlichen Anlagen macht, sowie mit ihrer Erklärung

in Anlage B2.2.1 zu ihrem Eigentum am Transportnetz einschließlich sämtlicher für den Netzbetrieb erforderlichen Betriebsmittel hat die Antragstellerin diesen Nachweis erbracht.

(1) Die Antragstellerin ist grundsätzlich unmittelbare Alleineigentümerin aller für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerte, einschließlich des Transportnetzes. Mit Ausgliederungs- und Übernahmevertrag vom 27.08.2010 wurde das gesamte Eigentum des bisher von der Antragstellerin gepachteten Transportnetzes im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge von der WINGAS GmbH auf die Antragstellerin übertragen (vgl. Anlage A.4).

(2) Lediglich an [REDACTED] Anschlussleitungen, die sich in dem von der Antragstellerin betriebenen Transportnetz befinden, hat die Antragstellerin Eigentum nach Bruchteilen. Es handelt sich hierbei um [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Die Antragstellerin kann ihre jeweiligen Kapazitätsanteile selbstständig nutzen. [REDACTED]

[REDACTED]

Das Eigentum nach Bruchteilen an allen [REDACTED] Anschlussleitungen ging ebenfalls – zusammen mit den anderen Transportnetzbestandteilen – [REDACTED]

[REDACTED] auf die Antragstellerin über. Demnach verfügt die Antragstellerin aufgrund der Möglichkeit zur freien Nutzung der Leitungskapazität auch bei den [REDACTED] Anschlussleitungen über eine Stellung, die der eines Alleineigentümers entspricht.

(3) In Ihrer Stellungnahme stellt die Europäische Kommission fest, dass die Antragstellerin Eigentümerin des Großteils des von ihr betriebenen Fernleitungsnetzes ist, mit Ausnahme von [REDACTED] Anschlussleitungen, an denen die Antragstellerin Eigentum nach Bruchteilen hat. Die Kommission ist der Ansicht, dass Bruchteilseigentum an einer Leitung unter bestimmten Umständen für die Einhaltung des Artikels 17 Absatz 1 Buchstabe a der Gasrichtlinie ausreichen kann. Wenn der Bruchteilseigentümer der Leitung jedoch in Bezug auf Beteiligungen in den Bereichen Gewinnung und Versorgung nicht denselben Grad an Unabhängigkeit genieße wie



der Fernleitungsnetzbetreiber, der Miteigentümer der Leitung ist und als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zertifiziert werden will, kann die Übereinstimmung mit Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe a der Gasrichtlinie nicht gewährleistet werden. Im vorliegenden Fall sei keiner der [REDACTED] Bruchteileigentümer in Bezug auf Beteiligungen in den Bereichen Gewinnung und Versorgung unabhängig. [REDACTED]

[REDACTED] Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur daher auf, in ihrer endgültigen Entscheidung durch eine Auflage dafür zu sorgen, dass das Eigentum an diesen Anschlussleitungen dahingehend geändert wird, dass nur ein oder mehrere unabhängige Transportnetzbetreiber (Bruchteils-)Eigentum an diesen Leitungen halten.

Die Antragstellerin stellt mit Schreiben vom 21.12.2012 klar, dass es sich bei der „Anschlussleitung [REDACTED]“ nicht um eine Anschlussleitung, sondern um [REDACTED] Erdgashochdruckleitung handelt. [REDACTED]. Bei [REDACTED] besteht Bruchteileigentum mit Verteilnetzbetreibern, die ebenfalls Entflechtungsregeln unterliegen. Zudem sehen die Verträge keine Klauseln vor, die ausschließen, dass die Antragstellerin ihren besonderen Verpflichtungen als Fernleitungsnetzbetreiberin nachkommt. [REDACTED]

[REDACTED] Die Antragstellerin kann auch hier ihren Kapazitätsanteil unabhängig vermarkten und ggf. erweitern. Der Antragstellerin erschließt sich die Auffassung der Kommission nicht, wie der eigenverantwortliche Betrieb des Partners der Bruchteilsgemeinschaft und ein mögliches Diskriminierungspotential des Partners auf die Antragstellerin durchschlagen soll.

Die Beschlusskammer hat die Einwände der Europäischen Kommission sowie die von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente bei ihrer erneuten Prüfung und ihrer Entscheidung so weit wie möglich berücksichtigt. Nach umfassender Abwägung gelangt die Beschlusskammer dabei jedoch weiterhin zu der Auffassung, dass es unabhängig von den Entflechtungsanforderungen des Miteigentümers der Bruchteilsleitung ausschließlich darauf ankommt, ob die Antragstellerin Sacheigentum hat oder ihre Stellung jedenfalls der einer (Allein-)eigentümerin entspricht. Im Ergebnis kommt die Beschlusskammer weiterhin zu der Überzeugung, dass die vorliegenden Bruchteileigentumsverhältnisse der Antragstellerin entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden sind.

Maßstab für die Beurteilung des Eigentums sind die §§ 903 ff. BGB. Eigentum im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 EnWG bzw. des § 10a Abs. 1 S. 2 EnWG ist auch das Bruchteileigentum am betriebenen Transportnetz, da es vollwertiges Eigentum im Sinne der BGB darstellt. Es ist nicht ersichtlich, dass der sachenrechtliche Eigentumsbegriff des nationalen Rechts durch die

europarechtlichen Vorgaben eingeschränkt werden sollte. Die Antragstellerin verfügt hier über eine Stellung, die der eines Alleineigentümers entspricht (siehe oben).

Im Übrigen ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Europäische Kommission eine Vereinbarkeit der Bruchteilsgemeinschaften mit dem Europäischen Recht dann verneint, wenn die Partner der Bruchteilsgemeinschaft einem unterschiedlichen Entflechtungsniveau unterliegen. Aufgrund der eindeutigen deutschen und europäischen Rechtslage ist allein maßgeblich, ob die Antragstellerin Eigentümerin ist und die damit verbundenen Rechte selbstständig wahrnehmen kann. Für weitergehende Anforderungen ist weder eine Rechtsgrundlage noch ein materielles Bedürfnis ersichtlich. Schließlich hat die Europäische Kommission in den vorangegangenen Stellungnahmen vergleichbare Bruchteilsgemeinschaften nicht beanstandet (siehe u.a. BNetzA, Beschluss vom 09.11.2012, Az. BK7-12-034, Bl. 11 des amtl. Umdrucks).

#### **2.4.3. Erforderliche Personalausstattung**

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie über die für den Betrieb des Netzes nötige personelle Ausstattung verfügt (§ 10a Abs. 1 S. 1 EnWG). In diesem Zusammenhang hat die Antragstellerin ebenfalls dargelegt, dass sie die Verpflichtungen zur personellen Ausstattung nicht dadurch erfüllt, dass ihr in Form einer Arbeitnehmerüberlassung seitens des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens Personal zur Verfügung gestellt wird und dass sie als Transportnetzbetreiberin auch dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen selbst oder einem seiner Tochterunternehmen keine Arbeitnehmer durch Überlassung zur Verfügung stellt (§ 10a Abs. 2 EnWG).

Die Antragstellerin beschäftigt derzeit [REDACTED] Mitarbeiter, die in den beiden Geschäftsbereichen „Steuerung und Finanzen ([REDACTED])“ und „Netz ([REDACTED])“ organisiert sind, die jeweils in [REDACTED] bzw. [REDACTED] Fachbereiche unterteilt sind. Den beiden Geschäftsführern ist jeweils ein Geschäftsbereich zugeordnet. Daneben gibt es noch [REDACTED] Stabsstellen, die über den Organisationsleiter der Stabsstellen direkt an einen der Geschäftsführer berichten (vgl. S. 12 ff. des Antrags und Anlage 15 zum Schreiben vom 20.08.2012). Die Antragstellerin erfüllt ihre Aufgaben weitgehend durch dieses eigene Personal, hat jedoch zur Erfüllung einiger Aufgaben (z.B. Bilanzierung und Kapazitätsvergabe) Gemeinschaftsunternehmen eingeschaltet.

Die Antragstellerin hat erklärt, dass dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen selbst oder einem seiner Tochterunternehmen keine Arbeitnehmer durch Überlassung zur Verfügung gestellt werden. Zudem finden auch keine Arbeitnehmerüberlassungen von dem vertikal integrierten Unternehmen an die Antragstellerin statt (vgl. Anlage B2.2.1).

#### **2.4.4. Erbringung von Dienstleistungen**

Die Erbringung von Dienstleistungen vom und für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ist entsprechend den gesetzlichen Vorgaben beschränkt. Die Antragstellerin hat die

im Zeitpunkt der Antragstellung noch bestehenden Dienstleistungen durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen inzwischen vollständig beendet (siehe folgenden Abschnitt 2.4.4.1.). Zudem hat die Antragstellerin erklärt, dass sie Dienstleistungen für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erbringt, die sie diskriminierungsfrei auch Dritten anbietet (siehe folgenden Abschnitt 2.4.4.2.).

#### **2.4.4.1. Dienstleistungen des vertikal integrierten Unternehmens**

Die Antragstellerin nimmt keine Dienstleistungen vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen in Anspruch, so dass sie den Vorgaben des § 10a Abs. 3 Satz 1 EnWG vollständig entspricht. Dienstleistungen, die zum Zeitpunkt der Antragstellung noch vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen an die Antragstellerin erbracht wurden, sind mittlerweile beendet worden.

#### **2.4.4.2. Dienstleistungen der Antragstellerin**

Die Erbringung von Dienstleistungen der Antragstellerin dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen gegenüber ist unter Einhaltung bestimmter Bedingungen zulässig. Die Antragstellerin erfüllt vorliegend diese Voraussetzungen aus § 10a Abs. 3 Satz 2 EnWG.

(1) Die Antragstellerin erbringt Dienstleistungen für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Diese Dienstleistungen betreffen sowohl [REDACTED]

[REDACTED]

(2) In Bezug auf diese Dienstleistungen wird den Erfordernissen des § 10a Abs. 3 Satz 2 EnWG Rechnung getragen. Insbesondere bietet die Antragstellerin die betreffenden Dienstleistungen diskriminierungsfrei für alle Netznutzer an. So veröffentlicht die Antragstellerin ihr Angebot an Dienstleistungen auf ihrer Internetseite. Hierbei werden sowohl detaillierte Beschreibungen der verschiedenen angebotenen Dienstleistungen als auch standardisierte Musterverträge für Betriebsführung und Dienstleistung veröffentlicht. Diese Musterverträge bilden die Verhandlungsbasis für die Erstellung der individuellen Teile eines solchen Vertrages, die als Annexe zum Mustervertrag beigefügt werden. Bei diesen individuellen Teilen handelt es sich einerseits um die detaillierte Definition und Beschreibung des Leistungsumfanges der Dienstleistung, welche sich an den Bedürfnissen des Kunden ausrichtet (Annex 1) und andererseits um die kommerziellen Bedingungen des Vertrages (Annex 2). Die kommerziellen Bedingungen des Vertrages

werden dabei diskriminierungsfrei sowohl dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen als auch dem Netznutzer angeboten. [REDACTED]

Zusätzlich hat die Antragstellerin zehn Dienstleistungsverträge mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen der Beschlusskammer zur Prüfung vorgelegt. Aus diesen Unterlagen ergibt sich sowohl eine Beschreibung der Dienstleistung als auch die vereinbarte Vergütung. Zudem entsprechen diese Verträge den auf der Internetseite veröffentlichten Musterverträgen, (siehe Anlage B5.2.1, B5.3.1 – B5.3.9 sowie Anlage A zum Schreiben vom 04.05.2012).

Vorsorglich weist die Beschlusskammer darauf hin, dass eine Anpassung der Dienstleistungsverträge im Rahmen des Zertifizierungsprozesses eine wesentliche Änderung gemäß § 4c Abs. 1 EnWG darstellen würde, die der Beschlusskammer entsprechend mitzuteilen wäre.

(3) Bestimmte Dienstleistungen, die geeignet sind, Wettbewerber des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu diskriminieren und deshalb generell nicht angeboten werden dürfen, werden von der Antragstellerin nicht erbracht (§ 10a Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EnWG).

#### **2.4.5. Unternehmensidentität**

Die Antragstellerin hat zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, in welcher Weise sie wirksam sicherstellt, dass hinsichtlich ihrer Firma, ihrer Kommunikation mit Dritten sowie ihrer Markenpolitik und Geschäftsräume eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Tochterunternehmen ausgeschlossen ist (§ 10a Abs. 4 EnWG).

Die Antragstellerin firmiert unter GASCADE Gastransport GmbH. Dieser Name wurde zur Eintragung [REDACTED]

[REDACTED] angemeldet (vgl. Anlagen B6.2.1 und B.6.2.2). Mit dieser Marke bestreitet die

Antragstellerin ihre vollständige Außenkommunikation. Die Außenkommunikation der Antragstellerin gegenüber ihren Kunden sowie der Öffentlichkeit erfolgt überwiegend über die firmeneigene Homepage „www.gascade.de“ Diese Homepage ist mit integrierten Schnittstellen zu allen für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Online-Plattformen verbunden. Hierzu zählt beispielsweise auch die für die Versteigerung von Transportkapazitäten eingerichtete Online-Plattform der TRAC-X oder der Marktgebietskooperation Gaspool, auf denen die Antragstellerin ebenfalls unter ihrer Marke auftritt. Ferner sind Geschäftsbriefe und Visitenkarten der Mitarbeiter der Antragstellerin entsprechend mit der Marke versehen. Die Geschäftsräume der Antragstellerin sind insbesondere mit der Marke „GASCADE“ auf Türen, Firmen- und Klingelschildern gekennzeichnet. Auch gibt es bei Betriebsmitteln der Außendienstmitarbeiter beispielsweise entsprechende Helm- und Fahrzeugkennzeichnungen. Für die Außendarstellung werden darüber hinaus u.a. mit dieser Marke gekennzeichnete Banner, Aufsteller und Werbeartikel verwendet. Die Homepage der Antragstellerin stellt die Basis für eine umfassende Kundenkommunikation dar. Unter „www.gascade.de“ werden die telefonischen und E-Mail-Kontaktdaten der Kundenbetreuer der Antragstellerin bereitgestellt. Die Kunden erreichen ihre persönlichen Ansprechpartner unter der E-Mail-Adresse Vorname.Nachname@gascade.de. Zudem erhalten die Kunden über die Internetseite die wichtigsten Unternehmens- sowie sämtliche Transparenzinformationen, zu deren Veröffentlichung die Antragstellerin gesetzlich verpflichtet ist. Eine Verlinkung leitet die Kunden direkt zur gemeinsamen Primärkapazitätsplattform TRAC-X weiter, auf der die Kunden Transportkapazitäten der Antragstellerin erwerben können. Über das Kundenportal [www.gascade.de/portal](http://www.gascade.de/portal) können die Kunden ihre Buchungen einsehen sowie ihre Bilanzkreiseinbringung und ihre Nominierungen bei der Antragstellerin vornehmen.

#### **2.4.6. Trennung von Informationstechnologie**

Die Antragstellerin hat ihr Konzept zur Trennung der Informationstechnologie dargelegt und insoweit nachgewiesen, dass sie die Vorgaben des § 10a Abs. 5 EnWG bereits erfüllt bzw. bis zum 15.05.2013 vollständig erfüllen wird. Insoweit erfüllt die Antragstellerin die Vorgaben des § 10a Abs. 5 EnWG derzeit noch nicht uneingeschränkt.

(1) Nach § 10a Abs. 5 S. 1 EnWG ist die gemeinsame Nutzung von IT-Anwendungssystemen untersagt, wenn diese auf die Besonderheiten entweder des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder des Transportnetzbetreibers angepasst wurden. Mit Anwendungssystemen der IT sind die auf der Hardware installierten Softwareprogramme gemeint.

Demgegenüber ist die gemeinsame Nutzung von Standardprogrammen weiterhin uneingeschränkt möglich. Ebenso ist die gemeinsame Nutzung solcher branchenspezifischer Standardprogramme möglich, die sich zwar unternehmensindividuell anpassen lassen, diese Anpassung jedoch bei der gemeinsamen Nutzung noch nicht erfolgt ist, sondern erst später separat für den

Unabhängigen Transportnetzbetreiber und/oder das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erfolgt.

(2) Die Nutzung von Infrastruktur der Informationstechnologie gemeinsam mit anderen Teilen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 10a Abs. 5 S. 2 EnWG zulässig. Hiernach ist die gemeinsame Nutzung möglich, wenn die IT-Infrastruktur von Dritten angeboten wird und weder die Mitarbeiter des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens noch die des Transportnetzbetreibers direkten Zugriff auf die Hardware haben.

(3) Die Erbringung von IT-Dienstleistungen durch die BASF [REDACTED] ist nicht zu beanstanden, da die BASF [REDACTED] bzw. die BASF [REDACTED] als Tochterunternehmen der BASF [REDACTED] nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens bzw. Tochterunternehmen eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind (siehe oben, Abschnitt 2.1.). Damit ist die Erbringung von IT-Dienstleistungen an die Antragstellerin grundsätzlich zulässig.

Die Europäischen Kommission ist dagegen der Auffassung, die BASF [REDACTED] sei Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und die Bundesnetzagentur habe nicht ausreichend klar dargelegt, dass die IT-Dienstleistungen nicht auch von anderen, nicht mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbundenen Dienstleistern unmittelbar oder in absehbarer Zukunft erbracht werden könnten. Die Kommission vertritt daher die Ansicht, dass die Bundesnetzagentur diese Dienstleistungsverträge in ihrer endgültigen Entscheidung erneut prüfen sollte, um die Unabhängigkeit und Autonomie des Unabhängigen Transportnetzbetreibers in vollem Umfang sicherzustellen.

Die Beschlusskammer teilt die Ansicht der Europäischen Kommission zur Reichweite des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens nicht (siehe oben, Abschnitt 2.1.).

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

(4) Da der Prozess zur Trennung der Informationstechnologie insbesondere hinsichtlich der IT-Infrastruktur (u.a. [REDACTED]) zwar weit fortgeschritten, aber noch nicht abgeschlossen ist (vgl. Anlage 2 zum Schreiben vom 20.08.2012), erteilt die Beschlusskammer im Rahmen ihres Ermessensspielraums die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2.

lit. a) unter der Auflage, dass die Trennung bis zum 15.05.2013 vollständig abgeschlossen sein muss. Im Entscheidungsentwurf war noch eine Frist bis zum 01.01.2013 vorgesehen. Die Antragstellerin hat jedoch mitgeteilt, dass aufgrund der verzögerten Bereitstellung einiger Hardwarekomponenten und der Notwendigkeit, die Systeme für den Jahresabschluss stabil zu halten, der ursprüngliche Zeitplan angepasst werden musste. Die vollständige IT-Trennung ist deshalb bis zum 15.05.2013 umzusetzen. Die Antragstellerin hat die Beschlusskammer über den Vollzug unverzüglich zu unterrichten.

(5) Die Antragstellerin hat der Beschlusskammer zudem erläutert, mit welchen externen Beratern sie selbst bzw. das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen in diesem Zusammenhang zusammenarbeiten. Sie erfüllt insoweit die Anforderungen des § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG.

Hiernach ist es dem Transportnetzbetreiber und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen untersagt, im IT-Bereich mit denselben externen Auftraggebern/Beratern zusammenzuarbeiten. Dabei wird nicht auf die juristische, sondern auf die natürliche Person abgestellt. Eine Zusammenarbeit mit demselben IT-Unternehmen ist also möglich, solange es sich bei den beratenden Personen nicht um dieselben natürlichen Personen handelt. Allerdings muss diese Trennung nicht nur während der konkreten Beratung erfolgen. Auch die Organisationsstruktur des Beratungsunternehmens muss sicherstellen, dass die ganze betroffene Organisationseinheit für den Transportnetzbetreiber, aber nicht für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen beratend tätig wird. Dieser Organisationseinheit müssen die Mitarbeiter auch dauerhaft zugeordnet sein.

Die Antragstellerin hat erläutert, dass alle externen Dienstleister, die in der Gaswirtschaft auch mit Händlern zusammenarbeiten, inzwischen rollenspezifische Teams gebildet haben und eigene Ansprechpartner für die Antragstellerin benannt haben (vgl. Anlage 2 zum Schreiben vom 20.08.2012). Zudem werde in den mit den IT-Dienstleistern neu abgeschlossenen Verträgen standardmäßig eine Vertraulichkeitserklärung aufgenommen, welche die IT-Dienstleister zur vertraulichen Behandlung der aufgrund des Dienstleistungsverhältnisses gewonnenen Informationen – auch gegenüber dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen - verpflichtet. Bereits bestehende Verträge mit IT-Dienstleistern sind – sofern erforderlich - entsprechend angepasst worden (vgl. Anlage 2 zum Schreiben vom 20.08.2012).

In der Stellungnahme der Europäischen Kommission wird die Übereinstimmung des EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie hinsichtlich der Inanspruchnahme von IT-Beratern und anderen externen Auftragnehmern bezweifelt. Die Beauftragung von externen IT-Beratern, die auch Dienstleistungen für das vertikal integrierte Unternehmen erbringen, sei auch dann unzulässig, wenn die Auftragnehmer sicherstellten, dass die betreffenden Mitarbeiter ausschließlich für die Beratung der Antragstellerin eingesetzt würden.

Die Beschlusskammer hat die Rechtsauffassung der Kommission bei ihrer erneuten Prüfung berücksichtigt. Auch die Formulierung der Gasrichtlinie in Artikel 17 Abs. 5, welche von einem Verbot der Zusammenarbeit „[...] mit denselben Beratern und externen Auftragnehmern [...]“ spricht, schreibt jedoch nicht zwingend eine Trennung der juristischen Personen bei IT-Beratern und externen Auftragnehmern vor. Vielmehr besteht auch insoweit Auslegungsspielraum dahingehend, dass bei dem Verbot der Inanspruchnahme von externen IT-Beratern durch die Transportnetzbetreiber, die auch Dienstleistungen für das vertikal integrierte Unternehmen erbringen, auf die natürliche Person abzustellen ist. Demzufolge stehen aus Sicht der Beschlusskammer die Europäische Richtlinie und die deutsche Gesetzgebung im Einklang. Auch aus den Gesetzgebungsmaterialien zu § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG ergibt sich, dass im Rahmen der Umsetzung in nationales Recht ein entsprechender Umsetzungsspielraum gesehen und genutzt wurde. So heißt es in der Begründung der Bundesregierung zu § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG:

„Satz 3 verpflichtet vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen und Unabhängigen Transportnetzbetreiber gleichermaßen, dafür Sorge zu tragen, dass sie mit Blick auf Software oder Hardware, die sich in ihren jeweiligen Geschäftsräumen befindet, nicht mit denselben externen Auftragnehmern zusammenarbeiten. Der Begriff Auftragnehmer umfasst als weitergehender Begriff dabei auch die in den Richtlinien in Artikel 17 Absatz 5 genannten externen Berater. Sowohl der Berater- als auch der Auftragnehmerbegriff sind dabei auf die jeweiligen natürlichen Personen und nicht auf die jeweiligen Beratungsgesellschaften (z. B. Wirtschaftsprüfer), die häufig auch als überregional oder international tätige juristische Personen organisiert sein dürften, beschränkt. Unverzichtbar ist jedoch, wenn externe Berater oder Auftragnehmer beschäftigt werden, dass die verpflichteten Gesellschaften gewährleisten können und auch tatsächlich sicherstellen, dass nicht dieselbe natürliche Person sowohl für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber als auch für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen tätig sind.“ (BT Drs 17/6072, S. 61)

Die Kommission hat die Bundesnetzagentur aufgefordert, erneut zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die rechtfertigen, dass kein anderer Dienstleister als derjenige, der die Dienstleistung auch für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erbringt, für die Antragstellerin tätig wird. Diese Anforderungen erscheinen aus Sicht der Beschlusskammer, wie ausgeführt, bereits dem Grunde nach zu weitgehend. Zudem bestünde die konkrete Gefahr, dass ein Abstellen auf die juristische Person der IT-Beratungsunternehmen zu negativen Wettbewerbseffekten im IT-Beratungsmarkt führen würde. Würde man den IT-Beratungsunternehmen mittelbar durch die Entflechtungsvorgaben des Transportnetzbetreibers auferlegen, entweder für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen oder den Transportnetzbetreiber tätig zu werden, so würde sich das Beratungsunternehmen aus ökonomischen Gründen stets für das Unternehmen entscheiden, welches das größte Auftragsvolumen vergibt. Im vorliegenden Fall



wäre das überwiegend das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, da sich dieses größtenteils aus mehreren Unternehmen zusammensetzt und demzufolge größere Umsatzvolumina beauftragen kann. Bei der IT-Beratung und Programmierung für Energieversorgungsunternehmen handelt es sich um ein Marktsegment, in dem nur eine begrenzte Anzahl von spezialisierten IT-Unternehmen tätig ist. Da der Energiemarkt besonderen rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen unterliegt, bestehen zudem besondere Anforderungen hinsichtlich von Austauschzyklen, Verfügbarkeit und Qualität der angebotenen Software bzw. IT-Beratungsleistungen. Unabhängige Transportnetzbetreiber könnten damit nur noch auf wenige Unternehmen zurückgreifen, die nicht bereits für ihr vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen tätig sind. Dabei ermöglichen die hohe Komplexität und die spezifischen Anforderungen, die an die IT-Systeme von Energieunternehmen gerichtet werden, es dem Transportnetzbetreiber wie auch dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nicht, jedes IT-Beratungsunternehmen im Markt mit der Beauftragung der Betreuung der eigenen Systeme und der spezifischen Software zu betrauen. Es ist der Beschlusskammer aus anderen Zusammenhängen bekannt und wurde auch in den Zertifizierungsverfahren umfangreich und zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, dass die individuellen und spezifischen Anforderungen an die IT-Systeme im Wesentlichen nur größere IT-Beratungsunternehmen oder hoch spezialisierte Nischenunternehmen erfüllen können. Ziehen diese jedoch – wie zuvor dargestellt – die Leistungserbringung für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen vor, ergibt sich für die Transportnetzbetreiber einerseits ein Problem in der Auswahl potenzieller Beratungsunternehmen. Andererseits ist damit zu rechnen, dass die Transportnetzbetreiber umfangreiche Neuprogrammierungen von IT-Produkten in Auftrag geben müssen. Diese müssten dann zeit- und kostenintensiv erarbeitet und bereitgestellt werden. Auch unter Verhältnismäßigkeitsaspekten stellt sich daher eine Auslegung der europarechtlichen und nationalen Vorgaben, nach der auf die natürliche und nicht auf die juristische Person abzustellen ist, als sachgerecht dar.

Nicht zuletzt hätte eine strikte Nichtberücksichtigung von solchen Unternehmen, die bereits für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen tätig sind, durch den Transportnetzbetreiber zur Folge, dass das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen faktisch durch Inanspruchnahme bestimmter Dienstleister steuern könnte, welche Dienstleister überhaupt noch vom Transportnetzbetreiber genutzt werden können. Damit könnte angesichts der begrenzten Anzahl qualifizierter und auf die Energiewirtschaft spezialisierter Dienstleister gerade die Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers bei der Auswahl der Dienstleister in Frage stehen. Der entflechtungsrechtliche Ansatz, die Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers zu gewährleisten, würde damit konterkariert. Eine solche Wirkung ist sicherlich auch im Ergebnis nicht von der Europäischen Kommission intendiert. Demgegenüber erweist sich der nationale Ansatz des EnWG als zielführender, eine echte Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers zu gewährleisten.

Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Antragstellerin mit den gleichen externen IT-Unternehmen zusammenarbeitet wie das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Die Antragstellerin wie auch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen haben jedoch sicherzustellen, dass die beauftragten Unternehmen gewährleisten müssen, dass die Trennung der natürlichen Personen während der konkreten Beratung erfolgt. Zugleich müssen sie gewährleisten, dass auch die Organisationsstruktur des Beratungsunternehmens sicherstellt, dass die betroffene Organisationseinheit nur für die Antragstellerin und nicht zugleich für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen beratend tätig wird. Die Antragstellerin hat diesen Nachweis durch die Einreichung einer Liste von IT-Beratungsunternehmen erbracht. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dies die Unabhängigkeit der Antragstellerin beeinträchtigt.

#### **2.4.7. Räumliche Trennung**

Die Antragstellerin hat ihr Konzept zur räumlichen Trennung dargelegt und insoweit nachgewiesen, dass sie die Vorgaben des § 10a Abs. 6 EnWG erfüllt.

(1) Die Antragstellerin verfügt über eigene Büro- und Geschäftsräume in der Kölnischen Straße 108-112, die sie von der [REDACTED] gemietet hat. Der Gebäudeteil C5 dieser Büro- und Geschäftsräume wird voraussichtlich noch bis April 2013 von der Antragstellerin an die Wingas GmbH, die Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist, untervermietet. Die Konditionen des Hauptmietvertrages hat die Antragstellerin an die Wingas GmbH weitergeleitet (siehe Schreiben vom 10.09.2012, S. 3 sowie Anlagen 3 und 4). Eine räumliche Trennung zwischen den Gebäudeteilen der Antragstellerin und des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist jedoch bereits durch Verschluss und Verplombung der inneren Durchgangstüren zwischen den betroffenen Gebäudeteilen gewährleistet. Zudem besitzen die Geschäftsräume der Antragstellerin und des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens separate Zugangstüren, so dass der Eingang zu den Büro- und Geschäftsräumen der Antragstellerin von dem des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens getrennt ist. Diese Räumlichkeiten verfügen zudem über ein eigenes Zugangskontrollsystem. Nur Mitarbeiter der Antragstellerin haben Zugang zu den Räumlichkeiten, Mitarbeitern des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist der Zugang nicht möglich. Nach dem Auszug des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens beabsichtigt die Antragstellerin, die dann frei werdenden Büro- und Geschäftsräume selbst zu nutzen.

(2) Lediglich [REDACTED] mit den dazugehörigen Mitarbeitern der Antragstellerin verbleiben am Standort Baumbachstraße 1, an dem sich auch Büro- und Geschäftsräume des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens befinden. Auch hier wird jedoch die räumliche Trennung vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen durch Verschluss und Verplombung der inneren Durchgangstüren zwischen den

Gebäudeteilen und durch Errichtung eines neuen separaten Eingangs gewährleistet. Hinsichtlich der Unterbringung [REDACTED] der Antragstellerin an diesem Standort sind die Umbaumaßnahmen beendet und damit die vollständige räumlichen Trennung gewährleistet.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme bezweifelt, ob die geplante Trennung wirksam und in der Lage sein werde, jedwede Verwechslung hinsichtlich der separaten Identität des Unabhängigen Transportnetzbetreibers und des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu beseitigen. Es sei nicht eindeutig feststellbar, ob die geplante Trennung der [REDACTED] hierzu ausreichend sein werde und fordert eine Verschärfung der entsprechenden Anforderungen.

Die Beschlusskammer hat die Stellungnahme geprüft und so weit wie möglich berücksichtigt. Die Antragstellerin hat jedoch zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, dass jedwede Verwechslung hinsichtlich der separaten Identität des Unabhängigen Transportnetzbetreibers und des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens auch in Bezug auf [REDACTED] ausgeschlossen ist (siehe Schreiben der Antragstellerin vom 21.12.2012). Zutreffend ist zwar, dass sich [REDACTED] noch im selben Gebäude wie das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen befinden. Ungeachtet der Tatsache, dass diese Einrichtungen der Antragstellerin keinen Publikumsverkehr haben, sind die Einrichtungen jedoch deutlich von den Büros des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens getrennt. Die Antragstellerin und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen benutzen separate Eingänge, die ca. 100-150m voneinander entfernt und von unterschiedlichen Straßen zugänglich sind. Zudem sind die separaten Eingänge ausschließlich mit den jeweiligen Unternehmenskennzeichen versehen und besitzen getrennte Zugangskontrollsysteme. Innerhalb des Gebäudes sind die Zwischentüren verplombt, so dass zwischen den Gebäudeteilen nicht gewechselt werden kann. Hieraus ergibt sich, dass eine Verwechslung der separaten Identität sowohl für Dritte als auch für Betriebsangehörige ausgeschlossen ist.

(3) Der Prozess zur räumlichen Trennung auch am Standort Baumbachstraße 1 ist zwischenzeitlich abgeschlossen worden. Die noch im Entscheidungsentwurf vorgesehene Auflage ist deshalb nicht mehr erforderlich.

#### **2.4.8. Rechnungslegung**

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie die Anforderungen des § 10a Abs. 7 EnWG an die Rechnungslegung erfüllt.

Die Rechnungslegung der Antragstellerin erfolgt durch andere Wirtschaftsprüfer als die des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder eines seiner Tochterunternehmen. Zwar arbeitet die Antragstellerin mit derselben Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ([REDACTED]) zusammen wie das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Gleichwohl sind auch

in einem solchen Fall die Vorgaben des § 10a Abs. 7 EnWG erfüllt. Denn die Regelung bezieht sich auf die natürliche Person eines einzelnen Wirtschaftsprüfers, nicht jedoch auf die jeweilige Prüfungsgesellschaft (juristische Person). Die Antragstellerin hat versichert, dass die Prüfung der Rechnungslegung durch andere Abschlussprüfer (natürliche Personen) erfolge als die der anderen Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (vgl. Anlage B2.2.1). Diese sind zur Vertraulichkeit hinsichtlich der durch die Prüfung gewonnenen Erkenntnisse und wirtschaftlich sensiblen Informationen verpflichtet.

Im Rahmen ihrer Stellungnahme hat die Europäische Kommission ihre Einwände gegen die Inanspruchnahme identischer Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durch den Unabhängigen Transportnetzbetreiber und das vertikal integrierte Unternehmen vorgebracht. Wie bereits bei der Inanspruchnahme gleicher IT-Unternehmen (siehe oben Abschnitt 2.4.6.) wird die Übereinstimmung des EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie bezweifelt. Entsprechend wird von der Europäischen Kommission die Einsetzung einer anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bei der Antragstellerin gefordert, es sei denn, es könne der Nachweis erbracht werden, dass kein anderer Dienstleister als derjenige, der die Dienstleistung auf für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erbringt, tätig werden kann.

Die Beschlusskammer hat die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission geprüft und in der Bewertung des Sachverhaltes berücksichtigt. Die Beschlusskammer kommt auch hier – in Anlehnung an die Ausführungen unter Abschnitt 2.4.6. – zu dem Ergebnis, dass die Formulierung der Richtlinie im Einklang mit der deutschen Gesetzgebung in § 10a Abs. 7 EnWG steht. In der Gasrichtlinie heißt es in Artikel 17 Abs. 6:

„Die Rechnungslegung von Fernleitungsnetzbetreibern ist von anderen Wirtschaftsprüfern als denen, die die Rechnungsprüfung beim vertikal integrierten Unternehmen oder bei dessen Unternehmensteilen, vornehmen.“

Hier wird somit direkt von „Wirtschaftsprüfern“, demnach natürlichen Personen, gesprochen und nicht von „Wirtschaftsprüfungsgesellschaften“. Die Richtlinie schließt deshalb nicht aus, dass der nationale Gesetzgeber auf natürliche und nicht auf juristische Personen abstellt. Bei der Prüfung der Gesetzgebungsmaterialien zu § 10a Abs. 7 EnWG ist deshalb festzustellen, dass im Rahmen der Umsetzung in nationales Recht ein entsprechender Umsetzungsspielraum gesehen und genutzt wurde. In der Begründung der Bundesregierung zu § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG heißt es:

„Absatz 7 Satz 1 bestimmt, dass der Unabhängige Transportnetzbetreiber die Rechnungslegung von anderen Wirtschaftsprüfern als denen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder eines seiner Tochterunternehmen vornehmen lassen muss. Auch hier ist der Begriff bezogen auf die jeweilige natürliche Person und nicht bezogen auf das jeweilige Beratungsunternehmen bzw. die jeweilige Beratungsgesellschaft zu verstehen.“ (BT Drs. 17/6072, S. 61)

Die Berücksichtigung natürlicher und nicht juristischer Personen bei der Trennung der Wirtschaftsprüfung ist auch vor dem Hintergrund der weiterhin zulässigen Vollkonsolidierung folgerichtig. Die Vollkonsolidierung des Unabhängigen Transportnetzbetreibers im Rahmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens soll weiterhin gewährleistet bleiben (vgl. § 10a Abs. 7 EnWG). Zur Aufstellung des Konzernabschlusses gilt die sog. Einheitstheorie, d.h. alle Teileinheiten des Konzerns werden als eine fiktive rechtliche Einheit betrachtet. Dies hat zur Folge, dass der Konzern auch nach einheitlichen Rechnungslegungsregeln zu bilanzieren hat und somit Wahlrechte bei Ansatz, Bewertungen und Ausweis einheitlich von allen Teileinheiten auszuüben sind. Entsprechende Vorgaben stehen auch nicht im Widerspruch mit der Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers, da sie seine Entscheidungsfreiheiten nicht in für den Netzbetrieb relevanter Art und Weise beschränken. Für die Konsolidierbarkeit des Unabhängigen Transportnetzbetreibers im Konzern ist es somit erforderlich, dass es sich um die gleiche Wirtschaftsprüfungsgesellschaft handelt oder dass der Wirtschaftsprüfer des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens Einsicht in die Bücher der Transportgesellschaft nehmen kann, um gleiche Bewertungsansätze anzuwenden. Vor diesem Hintergrund kann die Zusammenarbeit mit dergleichen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nicht gänzlich unterbunden werden, da in Sachen Vollkonsolidierung die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ohnehin Einsicht in die Bücher des Unabhängigen Transportnetzbetreibers benötigt. Dies erfordert – um Diskriminierungspotential zuverlässig auszuschließen – entsprechende Vertraulichkeitsvereinbarungen der Gesellschaft. Diese können auch durch die Prüfer als natürliche Personen abgeschlossen werden. Entsprechende Erklärungen, dass es sich bei den Wirtschaftsprüfern, die für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber tätig sind, nicht um die Prüfer handelt, die für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen arbeiten, hat die Antragstellerin in Anlage 9.1 des Zertifizierungsantrages vorgelegt.

Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Antragstellerin hier unter Berücksichtigung der aufgezeigten Grenzen dieselbe Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beauftragt, wie das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dies die Unabhängigkeit der Antragstellerin beeinträchtigt.

## **2.5. Rechte und Pflichten im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen**

Die Antragstellerin ist mit den erforderlichen Rechten und Pflichten ausgestattet, mit denen ihre Unabhängigkeit im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nach § 10b EnWG gewährleistet wird. Insbesondere besitzt die Antragstellerin wirksame Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Fragen (siehe folgenden Abschnitt 2.5.1.), ihre Unabhängigkeit ist in Struktur und Satzung jedenfalls unter Einhaltung der Auflagen gewährleistet (siehe folgenden Abschnitt 2.5.2.). Eine indirekte Beeinflussung der Antragstellerin durch Beteiligung an oder von dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder dessen Tochterunternehmen liegt nicht vor (siehe folgenden Abschnitt 2.5.3.). Des Weiteren ist sichergestellt, dass die

Antragstellerin jederzeit über die erforderlichen Mittel für Errichtung, Betrieb und Erhalt des Netzes verfügt (siehe folgenden Abschnitt 2.5.4.). Die Vereinbarungen mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen sind marktüblich ausgestaltet (siehe folgenden Abschnitt 2.5.5.).

### **2.5.1. Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse**

Es ist grundsätzlich gewährleistet, dass die Antragstellerin wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besitzt und diese im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen unabhängig von der Leitung und den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben kann (§ 10b Abs. 1 Satz 1 EnWG). Allerdings ist die Bindung der Gewinnrücklagenbildung an die Zustimmung der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG im Rahmen des Ergebnisabführungsvertrags nicht mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar.

(1) Eine entsprechende Erklärung der Antragstellerin ist dem Antrag beigelegt (vgl. Anlage B2.2.1). Soweit die Antragstellerin diese Erklärung allerdings nur vorbehaltlich der Regelungen in der Satzung vom 16.02.2012, den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates sowie den Regelungen in den Geschäftsführerverträgen der Geschäftsführer (§ 1 Ziff. 3 und § 2 Ziff. 4) abgibt, weist die Beschlusskammer darauf hin, dass die Entflechtungsvorgaben aus den §§ 10 ff. EnWG hinsichtlich der Unabhängigkeit und der wirksamen Entscheidungsbefugnisse vorrangig sind. Ein solcher Vorbehalt ist dementsprechend nur dann und nur insoweit zulässig, als er mit den Entflechtungsvorgaben der §§ 10 ff. EnWG vereinbar ist.

(2) Insbesondere besteht zwischen der Antragstellerin und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen kein gesellschaftsrechtlicher Beherrschungsvertrag oder eine vergleichbare vertragliche Konstruktion, die dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen Eingriffsmöglichkeiten in die Unternehmensleitung der Antragstellerin ermöglicht.

Der Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags ohne jegliche Beherrschungsklauseln (vgl. Anlage B15.1.13) zwischen der Antragstellerin und der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG ist aus Sicht der Beschlusskammer grundsätzlich mit §§ 10 ff. EnWG vereinbar. Gemäß § 10d Abs. 2 S. 2 Alt. 3 EnWG muss der Aufsichtsrat aufgrund seiner Entscheidungshoheit hinsichtlich der Ergebnisverwendung („Dividenden“) jedoch dem Ergebnisabführungsvertrag zustimmen bzw. einen bereits bestehenden Ergebnisabführungsvertrag genehmigen sowie während der Laufzeit des Ergebnisabführungsvertrags die Entscheidungen über die Bildung und Auflösung von Gewinnrücklagen treffen. Ein Verstoß gegen diese Kompetenzen des Aufsichtsrats hat die schwebende Unwirksamkeit des Ergebnisabführungsvertrags bzw. der während seiner Laufzeit vom Gesellschafter beschlossenen Bildung oder Auflösung von Gewinnrücklagen zur Folge. Mit Erteilung der Genehmigung durch den Aufsichtsrat wird der Ergebnisabführungsvertrag bzw. die

Bildung oder Auflösung von Gewinnrücklagen wirksam, mit der Verweigerung endgültig unwirksam. Vor diesem Hintergrund ist die in § 1 Abs. 2 des Ergebnisabführungsvertrags zwischen der Antragstellerin und der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG vereinbarte Bindung der Gewinnrücklagenbildung an die Zustimmung der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG mit § 10d Abs. 2 S. 2 EnWG nicht vereinbar. Die Beschlusskammer erteilt daher im Rahmen ihres Ermessensspielraums die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. b) unter der Auflage, dass die in § 1 Abs. 2 des Ergebnisabführungsvertrags vereinbarte Bindung der Gewinnrücklagenbildung an die Zustimmung der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG gestrichen wird und der Aufsichtsrat dem Ergebnisabführungsvertrag zustimmt bzw. diesen genehmigt.

(3) Zudem besitzt die Antragstellerin die Befugnis, sich gemäß den Regelungen in der Satzung und innerhalb des vom Aufsichtsrat vorgegebenen Rahmens eigenständig zusätzliche Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt, insbesondere durch Aufnahme von Darlehen oder durch eine Kapitalerhöhung, zu beschaffen (vgl. Anlage B2.2.1 und § 5 Abs. 5 der Satzung in Anlage B10.2.1).

### **2.5.2. Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers**

Struktur und Satzung der Antragstellerin stellen ihre Unabhängigkeit vom vertikal integrierten Unternehmen i.S.d. §§ 10 bis 10e sicher (§ 10b Abs. 2 EnWG). Allerdings beeinträchtigen die [REDACTED] sowie die Geltung von Konzernrichtlinien des BASF-Konzerns für die Antragstellerin die Unabhängigkeit der Antragstellerin, so dass die Zertifizierung nur unter Einhaltung von Auflagen erteilt wird.

(1) Dem Antrag liegt die Satzung der Antragstellerin (vgl. Anlage B10.2.1) und eine Erklärung der Wintershall Holding GmbH und der OOO GAZPROM export nach § 10b Abs. 2 EnWG zum Verzicht auf jegliche Einflussnahme auf das laufende Geschäft der Antragstellerin als Unabhängiger Transportnetzbetreiber (vgl. Anlage 1 des Schreibens vom 10.07.2012, Anlage 5 des Schreibens vom 10.09.2012) bei.

Die Satzung der Antragstellerin bestimmt, dass die Gesellschafterversammlung und der Aufsichtsrat keinen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss auf das laufende Geschäft (insbesondere den Netzbetrieb und auf notwendige Tätigkeiten zur Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplanes) nehmen können; hierauf gerichtete Weisungen sind unzulässig (vgl. § 5 Abs. 5 der Satzung).

Soweit die Satzung in § 9 Abs. 1 lit. d) und in § 9 Abs. 1 lit. b) vorsieht, dass Gründung und Erwerb anderer Unternehmen, Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen und die Änderung von Beteiligungsquoten sowie die Ausgliederung von Unternehmensbereichen auf Beteiligungsgesellschaften der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen; hat die Antragstellerin erklärt, dass solche Geschäfte nicht zustimmungsbedürftig sind, wenn sie laufendes Tagesgeschäft darstellen, weil dann weder Geschäftszweck noch Umfang

oder Risiko der Gesellschaft geändert werden. Solche Entscheidungen fallen unter § 9 Abs. 3 der Satzung (vgl. Anlage B10.2.1 und Schreiben vom 20.08.2012), nach dem es keiner Zustimmung für Geschäfte bedarf, die für das laufende Geschäft (insbesondere den Netzbetrieb und den Netzentwicklungsplan) betreffen. Gleiches gilt auch für die in § 9 Abs. 1 lit. n) der Satzung enthaltene Regelung, dass auch alle anderen Geschäfte, die vom Aufsichtsrat für zustimmungsbedürftig erklärt werden, der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen. Die Antragstellerin hat bestätigt, dass auch diese Regelungen unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des § 9 Abs. 3 der Satzung und dem des Geschäftsführungsverbots des § 111 Abs. 4 S. 1 AktG stehen. Dementsprechend sind auch solche Geschäfte nicht zustimmungsbedürftig, wenn sie laufendes Tagesgeschäft darstellen (vgl. Schreiben vom 20.08.2012).

Die Europäische Kommission weist in ihrer Stellungnahme mit Nachdruck darauf hin, dass klar sein muss, dass alle mit dem laufenden Tagesgeschäft zusammenhängenden Geschäfte und die Erstellung des Netzentwicklungsplans nicht der Zustimmung des Aufsichtsorgans unterliegen, „obwohl laut Satzung eine vorgerige Zustimmung des Aufsichtsorgans nicht erforderlich sei, wenn die jeweilige Transaktion Teil des laufenden Tagesgeschäfts ist“ (Stellungnahme der Kommission, S. 7). Daher solle die Bundesnetzagentur erneut prüfen, ob die Satzung der Bestimmungen des ITO-Modells entspricht und ob sie dahingehend angepasst werden muss, dass die Befugnisse der Unternehmensleitung in Bezug auf das laufende Tagesgeschäft des Transportnetzbetreibers und die Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans bestätigt werden, und zwar bedingungslos und ohne die Verpflichtung, die Zustimmung des Aufsichtsorgans einzuholen.

Die Beschlusskammer hat diese Bedenken geprüft und kommt zu dem Schluss, dass die Satzung der Antragstellerin die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung gewährleistet. Gemeinsam mit der Kommission ist die Beschlusskammer der Ansicht, dass laut Satzung eine vorherige Zustimmung des Aufsichtsorgans „nicht erforderlich“ ist, wenn die jeweilige Transaktion Teil des laufenden Tagesgeschäfts bzw. der Netzentwicklungsplanung ist. Die Beschlusskammer hat deshalb keinerlei Zweifel daran, dass in diesen Fällen etwaige Zustimmungen des Aufsichtsrats oder Gesellschaftsversammlung nicht einzuholen sind. Im Übrigen hat die Antragstellerin erklärt, dass sie sich für die Auslegung des Begriffs „laufendes Geschäft“ in Zweifelsfällen rechtzeitig mit der Bundesnetzagentur abstimmen wird.

[REDACTED]



[REDACTED]

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]  
[REDACTED]

(3) Für die Antragstellerin gelten nach ihren eigenen Aussagen noch eine Reihe von Konzernrichtlinien der BASF. Insgesamt hat die Antragstellerin [REDACTED] Richtlinien der BASF vorgelegt, die Anwendung finden sollen. Die Richtlinien betreffen u.a. die Bereiche [REDACTED] [REDACTED] zum Schreiben vom 20.08.2012, Akte 5, 6, un 7).

Die Unabhängigkeit der Antragstellerin wird durch diese Konzernrichtlinien der BASF beeinträchtigt, da der BASF-Konzern hierdurch in unzulässiger Weise Einfluss auf das laufende Geschäft der Antragstellerin nimmt (siehe Auflage zu Tenor Ziffer 2. lit. d)). Zwar kann es aufgrund der Organpflichten eines Konzerns im Rahmen der Organisationspflicht erforderlich sein, Konzernrichtlinien zu erlassen. Diese Organpflichten reichen allerdings grundsätzlich nur soweit, wie rechtlich eine Einflussnahme auf die Tochtergesellschaften zulässig ist. Folglich sind BASF-Konzernrichtlinien, die das laufende Geschäft betreffen, unzulässig (vgl. § 10b Abs. 2 S. 2). Dabei ist es irrelevant, ob die BASF [REDACTED] als Konzernobergesellschaft selbst Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist (siehe dazu oben, Abschnitt 2.4.6.), da die Unabhängigkeit der Antragstellerin nicht teilbar ist. Um die entflechtungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten, ist es nicht ausreichend, wenn die gesellschaftsrechtliche Struktur und Einbettung des Transportnetzbetreibers lediglich Einflussnahmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens verhindert. Diese Abwesenheit von Fremdkontrolle muss zugleich mit einem autonomen Gestaltungs- und Entscheidungsfreiraum des Unabhängigen Transportnetzbetreibers korrespondieren. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG: Danach muss der Unabhängige Transportnetzbetreiber wirksame Entscheidungsbefugnisse besitzen und diese unabhängig vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ausüben können. Hierbei handelt es sich um zwei unterschiedliche Tatbestandsmerkmale, die kumulativ erfüllt sein müssen. Bei strukturell abgesicherten Einflussnahmen durch die Konzernobergesellschaft, die mangels relevanter Aktivitäten im Energiebereich nicht dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zuzurechnen ist, fehlt es jedenfalls am ersten Kriterium. Denn der Transportnetzbetreiber hat in diesem Fall keine umfassende eigene und damit auch keine wirksamen Entscheidungsbefugnisse mehr. Insofern bildet § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG auch die Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Konzernrichtlinien.

Die Antragstellerin hat sich entschieden, sich als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zu entflechten, so dass der Einfluss der mittelbaren und unmittelbaren Eigentümer auf das laufende Geschäft begrenzt ist. Nur im Rahmen des Entflechtungsmodells „Eigentumsrechtlich Entflochtener Transportbetreiber“ sind Einflussnahmen auf das laufende Geschäft entflechtungsrechtlich unbedenklich. Im Rahmen des Modells „Unabhängiger Transportbetreiber“ müssen sich alle mittelbaren und unmittelbaren Eigentümer an die Einschränkungen der §§ 10 bis 10e halten. Die

Interessen der Anteilseigner des Unabhängigen Transportbetreibers finden vor allem durch deren Präsenz und Funktionen im Aufsichtsrat Berücksichtigung. Eine Einflussnahme auf das laufende Geschäft ist aufgrund der Vorgaben des EnWG ausgeschlossen, selbst wenn dies gesellschaftsrechtlich (z.B. bei einer GmbH) zulässig wäre. Eine andere Auslegung hätte zudem zur Folge, dass die Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen – z.B. durch Holdingkonstruktionen – in einfacher Weise umgangen werden könnte.

Eine Einflussnahme auf den laufenden Geschäftsbetrieb des Unabhängigen Transportbetreibers schließt das EnWG grundsätzlich aus. Es wäre deshalb widersinnig, wenn – wie hier – die im Einklang mit dem EnWG stehende Satzung des Unabhängigen Transportbetreibers die Einflussnahme von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat auf das Tagesgeschäft grundsätzlich ausschließen und ausnahmsweise z.B. eine Zustimmung des Aufsichtsrat [REDACTED] für zulässig erachtet (vgl. § 9 (f) der Satzung) und demgegenüber die Konzernrichtlinien [REDACTED]

[REDACTED] Eine solche BASF-Richtlinie umgeht die im EnWG festgelegten Kompetenzen und Befugnisse von Unternehmensleitung und Aufsichtsrat des Unabhängigen Transportbetreibers. Gleich gilt z.B. auch für die BASF-Richtlinie [REDACTED]

[REDACTED] Eine solche Regelung widerspricht ebenfalls den Vorgaben zur Unabhängigkeit, nach denen jeder unmittelbare oder mittelbare Einfluss auf das laufende Geschäft untersagt ist.

Die Beigeladene zu 1) trägt vor, dass z.B. Richtlinien zum [REDACTED] zulässig seien, weil deren Einsatz sehr risikoreich und kein Alltagsgeschäft eines Infrastrukturunternehmens wie die Antragstellerin sei ([REDACTED]). Dies überzeugt bereits deshalb nicht, weil es der Antragstellerin im Rahmen der allgemeinen Finanzplanung durch den Aufsichtsrat grundsätzlich frei steht, ihre Finanzen zu regeln. So müssen Unabhängige Transportnetzbetreiber wie die Antragstellerin insbesondere die Befugnis haben, sich zusätzliche Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt durch Aufnahme von Darlehen oder durch eine Kapitalerhöhung zu beschaffen (§ 10b Abs. 1 S. 2 EnWG). In diesem Rahmen sind auch Geschäfte [REDACTED] „laufendes Geschäft“ (§ 10b Abs. 2 S. 2 EnWG) eines Netzbetreibers, so dass sie den Unabhängigkeitsanforderungen unterliegen, selbst wenn diese risikoreich

sind. Zum alltäglichen Geschäft eines Netzbetreibers dürfte auch eine Kapitalerhöhung nicht gehören, ungeachtet dessen muss er diese unabhängig durchführen können, sollte sie erforderlich werden. Nichts anderes gilt auch für die von der Beigeladenen zu 1) erwähnte Richtlinie zum Arbeits-, Gesundheits- und Umweltschutz [REDACTED]

[REDACTED] Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Antragstellerin von ihrem Recht Gebrauch gemacht hat, in diesem Bereich eigene Richtlinien und Leitlinien zu entwerfen (siehe u.a. Richtlinie „Arbeitssicherheit bei Dienstreisen mit dem PKW“ sowie „Leitlinie“ für Gesundheit, Arbeitssicherheit und Umweltschutz (HSE), Anlagen 1 und 10 der GASCADE-Richtlinien zum Schreiben vom 20.08.2012, Akte 5). Dies zeigt, dass die Antragstellerin ein Bedürfnis sieht, in diesen Bereichen eigene Regeln aufzustellen. Zudem bestehen keine ernsthafte Zweifel daran, dass Fragen der Arbeitssicherheit auch das laufende Geschäft der Antragstellerin betreffen. Gleiches gilt im Übrigen auch für die von der Beigeladenen zu 1) hervorgehobenen [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Diese Vorgaben schließen selbstverständlich das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der BASF-Beteiligung, d.h. die Unternehmen der Wintershall-Gruppe, ein. Sollten diese Leitlinie uneingeschränkt für die Antragstellerin gelten, bestünde folglich ein systematischer Interessenkonflikt zwischen der Pflicht zur Förderung der Wintershall-Interessen und z.B. der grundsätzlichen Pflicht zur Nichtdiskriminierung im Rahmen des Netzzugangs.

Auch bei den anderen Konzernrichtlinien ist das laufende Geschäft der Antragstellerin betroffen, jedenfalls werden ihr wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die in den Konzernrichtlinien geregelten Gegenstände genommen. Aus diesem Grund ist die Geltung aller Konzernrichtlinien der BASF für die Antragstellerin mit einer Frist von sechs Monaten aufzuheben (siehe Auflage zu Tenor Ziffer 2. lit. d)). Die Aufhebung erfolgt nicht „pauschal“, wie die Beigeladene zu 1) meint, sondern aufgrund der individuellen Prüfung jeder einzelnen Konzernrichtlinie, deren Ergebnis ist, dass sie das laufende Geschäft betreffen und wirksame Entscheidungsbefugnisse der Antragstellerin entgegenstehen. Soweit keine Aufhebung durch die BASF [REDACTED] erfolgt, genügt hierzu die Erklärung der Antragstellerin, die Konzernrichtlinie nicht länger anzuwenden. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die BASF [REDACTED] nicht unmittelbar Adressatin des vorliegenden Zertifizierungsverfahrens ist, so dass sie im Rahmen dieses Verfahrens nicht unmittelbar zur Aufhebung der Konzernrichtlinie verpflichtet werden kann. Zugleich erscheint eine formale Aufhebung der Konzernrichtlinie dann nicht zwingend erforderlich, wenn die Antragstellerin sie jedenfalls nicht länger anwendet und dies gegenüber der Beschlusskammer verbindlich zusichert. Hierzu bedarf es keiner Mitwirkung der Konzernmutter.

Die Beschlusskammer weist schließlich darauf hin, dass die Vollkonsolidierung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens weiterhin zulässig ist (vgl. § 10 a Abs. 7 S. 2 EnWG), und sollten zur Ermöglichung der Vollkonsolidierung konzernweite Bilanzierungsregeln zwingend erforderlich sein, stehen solchen einzelnen Vorgaben des Konzerns gegenüber der Antragstellerin – die ggf. neu zu regeln wären – keine grundsätzlichen entflechtungsrechtlichen Bedenken entgegen. Sofern dies teilweise Gegenstand bestehender Richtlinien ist, wie die Beigeladene zu 1) vorträgt, ist dies materiell nicht zu beanstanden, bedarf jedoch der Neuregelung, da es nicht Aufgabe der Beschlusskammer ist, aus den vielen Regelungen innerhalb der verschiedenen Richtlinien den zulässigen Bestand herauszufiltern. So enthält z.B. die von der Beigeladenen zu 1) in Bezug genommene Bilanzierungsrichtlinie [REDACTED]

[REDACTED] folgende Regelungen, die nicht in untrennbarem Zusammenhang mit dem Konzernabschluss im Rahmen der Vollkonsolidierung stehen:

- So wird der Antragstellerin [REDACTED] vorgeschrieben, und sollte die Antragstellerin hiervon abweichen wollen, hat sie der BASF [REDACTED] die Gründe zu nennen:

[REDACTED]

Zur Aufstellung des Konzernabschlusses sind Informationen über die Abschreibungsmethode und vor allem die Gründe, die zu einem Wechsel dieser Methode führen, nicht erforderlich. Notwendig sind vielmehr nur die konkreten Zahlen zur Abschreibung.

- Ferner wird der Antragstellerin vorgegeben, welchen [REDACTED] sie zu verwenden hat:

[REDACTED]

Eine solche Konzernvorgabe ist ebenfalls zur Ermöglichung des Konzernabschlusses nicht erforderlich und schränkt damit die Unabhängigkeit der Antragstellerin in unzulässiger Weise ein. Im Übrigen begegnet diese Vorgabe auch materiellen Bedenken, da mit der [REDACTED] Finanzierungs- und Geschäftsrisiken auch des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens in den Bereich der Antragstellerin verlagert werden.

Ferner könnte im Einzelfall eine Ausnahme für IT-Richtlinien gegeben sein, wenn diese zwar nicht als Konzernrichtlinien Anwendung fänden, aber im Rahmen des IT-Dienstleistungsvertrags vereinbart würden.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme bestätigt, dass die Geltung von BASF-Konzernrichtlinien für die Antragstellerin nicht mit den Entflechtungsbestimmungen des EnWG zu vereinbaren ist, jedoch solle die Bundesnetzagentur prüfen, ob eine frühere Beendigung der Geltung von Konzernrichtlinien als die Übergangsfrist von sechs Monaten ab dem Datum der endgültigen Entscheidung möglich ist. Die Bundesnetzagentur hat die Bedenken der Kommission geprüft und kommt zu dem Schluss, dass die Frist angemessen ist. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, bei der Entscheidung zu den Konzernrichtlinien von der allgemeinen Umsetzungsfrist, zu der sich die Beschlusskammer entschieden hat, abzuweichen. Zudem muss die Antragstellerin eigene Unternehmensvorgaben entwickeln, für die ein zeitlicher Vorlauf von sechs Monaten angemessen erscheint.

### **2.5.3. Tochterunternehmen**

Eine indirekte Beeinflussung der Antragstellerin durch Beteiligung an oder von Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, die die Funktionen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie wahrnehmen, ist entsprechend den Vorgaben in § 10b Abs. 3 EnWG ausgeschlossen. Solche Tochterunternehmen dürfen weder direkt noch indirekt Anteile am Transportnetzbetreiber halten. Der Transportnetzbetreiber darf weder direkt noch indirekt Anteile an Tochterunternehmen des vertikal integrierten Unternehmens, die diese Funktionen wahrnehmen, halten noch Dividenden oder andere finanzielle Zuwendungen von diesen Tochterunternehmen erhalten (§ 10b Abs. 3 EnWG).

Die Antragstellerin gehört zwei vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen an: Zum einen ist die Antragstellerin Teil der Wintershall-Gruppe und zum anderen Teil der GAZPROM export-Gruppe (siehe ausführlich dazu oben, Abschnitt 2.1.).

Tochterunternehmen der Wintershall Holding GmbH und der OOO GAZPROM export, die die Funktionen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie an Kunden wahrnehmen, halten weder direkt noch indirekt Anteile an der Antragstellerin. Die unterhalb der Wintershall Holding GmbH und der OOO GAZPROM export agierenden mittelbaren und unmittelbaren Eigentums-gesellschaften sind Holding-Gesellschaften, die keine der relevanten Funktionen wahrnehmen.

Umgekehrt hält die Antragstellerin weder direkt noch indirekt Anteile an Tochterunternehmen, die eine der vorgenannten Funktionen ausüben, noch erhält sie Dividenden oder andere finanzielle Zuwendungen von diesen Unternehmen. Bei den Gemeinschaftsunternehmen Gaspool Balancing Services GmbH und TRAC-X GmbH, an denen die Antragstellerin Beteiligungen hält, handelt es sich um Gemeinschaftsunternehmen von Netzbetreibern, die keine Funktionen aus den Wettbewerbsbereichen wahrnehmen. Auch erhält die Antragstellerin keine Dividenden oder andere finanzielle Zuwendungen von diesen Unternehmen.

**2.5.4. Gewährleistung der Mittel für Transportnetz**

Die Antragstellerin hat zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, dass sie jederzeit über die notwendigen Mittel für die Errichtung, den Betrieb und den Erhalt eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Transportnetzes verfügt (§ 10b Abs. 4 EnWG). [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

■

[REDACTED]

[REDACTED]

■

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter Abschnitt 2.4.1. verwiesen.

**2.5.5. Marktüblichkeit der Vereinbarungen**

Die zwischen der Antragstellerin und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen bestehenden kommerziellen und finanziellen Beziehungen sind derart ausgestaltet, dass marktübliche Bedingungen eingehalten werden (§ 10b Abs. 5 EnWG).

[REDACTED]

[REDACTED]

## **2.6. Unabhängigkeit des Personals und der Unternehmensleitung**

Die Antragstellerin erfüllt weitgehend die Anforderungen an die Gewährleistung der Unabhängigkeit des Personals nach § 10c EnWG. Sie hat der Beschlusskammer die Namen und Funktionen der obersten Unternehmensleitung mitgeteilt (siehe folgenden Abschnitt 2.6.1.). Die Vorgaben zur Einstellung von bestimmten Beschäftigten und nach Beendigung von bestimmten Arbeitsverhältnissen sind eingehalten (siehe folgende Abschnitte 2.6.2. und 2.6.3.). Die Unabhängigkeit des Personals ist grundsätzlich gewährleistet, jedoch dürfen weder die Geschäftsführung noch die Mitarbeiter an die Einhaltung von BASF-Konzernrichtlinien gebunden werden, so dass eine entsprechende Auflage zu Tenor Ziffer 2. lit. f) festzulegen war (siehe folgenden Abschnitt 2.6.4.). Die Beschränkungen zum Anteilserwerb werden nicht vollständig eingehalten, so dass dies durch die Auflage zu Tenor Ziffer 2. lit. g) gewährleistet wird. Ferner war die Auflage zu Tenor Ziffer 2. lit. h) zu den Vergütungsbestandteilen der Geschäftsführung erforderlich, da diese maßgeblich [REDACTED] [REDACTED] gebunden ist (siehe folgenden Abschnitt 2.6.5.). Hinsichtlich der Anforderungen an die Gewährleistung der Unabhängigkeit der sog. zweiten Führungsebene gemäß § 10c Abs. 6 EnWG haben die Beschlusskammer und die Antragstellerin unterschiedliche Auffassungen über den hiervon betroffenen Personenkreis. Es werden daher in Tenor Ziffer 3. die Leitungspositionen festgestellt, für die die Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG gelten (siehe folgenden Abschnitt 2.6.6.).

### **2.6.1. Mitteilung über Personal in der Unternehmensleitung**

Insbesondere hat sie der Beschlusskammer die Namen der Personen, die vom Aufsichtsrat als oberste Unternehmensleitung ernannt bzw. bestätigt wurden, sowie die Regelungen hinsichtlich der Funktion, für die diese Personen vorgesehen sind, die Laufzeit der Verträge mit diesen

Personen und die jeweiligen Vertragsbedingungen mitgeteilt. Des Weiteren hat sie auch Angaben zu den Personen der Unternehmensleitung im Sinne des § 3 Nr. 33a EnWG gemacht.

Als Personal der obersten Unternehmensleitung hat die Antragstellerin Herrn Dr. Christoph Sweder von dem Bussche-Hünnefeld und Herrn Manfred Bast benannt, die als Geschäftsführer der Antragstellerin bestellt worden sind. Herr Dr. von dem Bussche-Hünnefeld ist seit dem 05.06.2009 und Herr Bast seit dem 15.02.2011 Geschäftsführer der Antragstellerin. ■■■

■■■■ Die zwischen der Antragstellerin und Herrn Dr. von dem Bussche-Hünnefeld und Herrn Bast geschlossenen Dienstverträge liegen dem Antrag bei (vgl. Anlagen B16.2.1 und B16.2.2).

Weiteres Mitglied der Unternehmensleitung im Sinne des § 3 Nr. 33a EnWG ist zudem Herr Ludger Hümb's, der seit dem 17.01.2006 Prokurist der Antragstellerin ist.

### **2.6.2. Vorgaben zur Einstellung („Cooling On“)**

Die Mehrheit der Angehörigen der Unternehmensleitung darf in den letzten drei Jahren vor einer Ernennung nicht bei einem Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder einem Mehrheitsanteilseigner angestellt gewesen sein oder Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu einem dieser Unternehmen unterhalten haben. Die verbleibenden Angehörigen der Unternehmensleitung dürfen in den letzten sechs Monaten vor einer Ernennung keine Aufgaben der Unternehmensleitung beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen wahrgenommen haben (§ 10c Abs. 2 EnWG).

Bei der Regelung handelt es sich um die sog. „Cooling On“-Perioden, die gewährleisten sollen, dass ein Wechsel von Personen innerhalb des Konzerns grundsätzlich möglich bleibt. Allerdings soll das Diskriminierungspotential, das mit einem solchen internen Wechsel einhergeht, minimiert werden.

Für den vorliegenden Zertifizierungsantrag ist zu berücksichtigen, dass diese Vorgaben auf Ernennungen, die vor dem 03.03.2012 wirksam geworden sind, keine Anwendung finden. So liegt es hier: Herr Dr. von dem Bussche-Hünnefeld ist bereits seit dem 05.06.2009 und Herr Bast seit dem 15.02.2011 Geschäftsführer der Antragstellerin. Herr Hümb's ist zudem seit dem 17.01.2006 Prokurist der Antragstellerin. Ihre Ernennungen sind mithin vor dem 03.03.2012 wirksam geworden.

Für zukünftige Ernennungen gewährleistet die Antragstellerin die geforderte Einhaltung der „Cooling On“-Perioden durch die Aufnahme der Vorgaben in eine entsprechende „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ (vgl. Anlage B17\_1 bzw. Anlage 18 des Schreibens vom 20.08.2012, Akte 5). Darüber hinaus wurden für die Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens korrespondierende Richtlinien erlassen (vgl. Anlagen B17\_3 und B17\_4). Damit ist sichergestellt, dass die gesetzlichen Verpflichtungen sowohl von der

Antragstellerin, dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen als auch von der Unternehmensleitung eingehalten werden.

### **2.6.3. Vorgaben nach Beendigung („Cooling Off“)**

Personen der Unternehmensleitung dürfen nach Beendigung des Vertragsverhältnisses für vier Jahre nicht bei anderen Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder einem Mehrheitsanteilseigner angestellt sein oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu diesen Unternehmen unterhalten (§ 10c Abs. 5 EnWG).

Der § 10c Abs. 5 EnWG stellt das Pendant zum Absatz 2 dar und regelt die „Cooling Off“-Perioden der Personen der Unternehmensleitung. Die Antragstellerin hat eine entsprechende Regelung in ihre Geschäftsführerverträge bzw. in die „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ aufgenommen (vgl. Anlagen B16.2.1, B16.2.2 und B17\_1 1 bzw. Anlage 18 des Schreibens vom 20.08.2012, Akte 5).

### **2.6.4. Gewährleistung der Unabhängigkeit**

Die Voraussetzungen des § 10c Abs. 3 EnWG zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Personals liegen nur teilweise vor. Die Regelungen in den Geschäftsführerverträgen und dem Musterarbeitsvertrag zur Beachtung von Leitlinien der BASF-Gruppen widersprechen den gesetzlichen Vorgaben und ist deshalb aufzuheben.

(1) Die Antragstellerin hat belegt, dass alle bei ihr beschäftigten Personen nicht beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Teile angestellt sind, noch sonstige Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen unterhalten.

Die Antragstellerin gewährleistet durch entsprechende Regelungen in den Geschäftsführerverträgen, den Unternehmensrichtlinien sowie in den Unternehmensrichtlinien des vertikal integrierten Unternehmens die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung und der Beschäftigten im Sinne des § 10c Abs. 3 EnWG. So regelt Ziffer 2 der Ergänzungsvereinbarung zu den Geschäftsführerverträgen, dass die Geschäftsführer keine Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Teile unterhalten dürfen. Die Unabhängigkeitsverpflichtung ist zudem in der „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ der Antragstellerin (Ziffer 7 der Anlage B17\_1 bzw. 1 bzw. Anlage 18 des Schreibens vom 20.08.2012, Akte 5) enthalten. Dem Antrag liegt zudem eine Erklärung der Antragstellerin bei, dass die Verpflichtungen des § 10c Abs. 3 EnWG eingehalten werden (vgl. Anlage B2.2.1).

(2) Allerdings ist in den Geschäftsführerverträgen unter „Allgemeine Rahmenbedingungen“ eine Klausel zur Beachtung der „Grundsätze und Regelungen der BASF-Gruppe“, vor allem hinsicht-

lich der „Grundwerte und Leitlinien“ zu finden (vgl. Anlagen B16.2.1, B16.2.2). Eine ähnliche Formulierung enthält „§ 2 Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis“ des Musterarbeitsvertrags (Anlage B17\_2).

Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme bestätigt, dass die Geltung von BASF-Konzernrichtlinien für die Antragstellerin nicht mit den Entflechtungsbestimmungen des EnWG zu vereinbaren ist, jedoch solle die Bundesnetzagentur prüfen, ob eine frühere Beendigung der Geltung von Konzernrichtlinien als die Übergangsfrist von sechs Monaten ab dem Datum der endgültigen Entscheidung möglich ist. Dies gelte auch für die Anpassung des Musterarbeitsvertrags und Verträge der Geschäftsführung. Die Bundesnetzagentur hat die Bedenken der Kommission geprüft und kommt zu dem Schluss, dass die Frist angemessen ist. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, bei der Entscheidung zur Anpassung von Arbeitsverträgen von der allgemeinen Umsetzungsfrist, zu der sich die Beschlusskammer entschieden hat, abzuweichen. Zudem muss die Antragstellerin Verträge abändern, so dass ein zeitlicher Vorlauf von sechs Monaten angemessen erscheint.

Die Anwendung und Geltung von Konzernrichtlinien oder ähnlichen Leitlinien der BASF-Gruppe, die das laufende Geschäft des Unabhängigen Transportnetzbetreibers betreffen, sind jedoch grundsätzlich unzulässig (siehe oben, Abschnitt 2.5.2. sowie Tenor Ziffer 2. lit. d)). Damit stellt es auch einen Verstoß gegen § 10b Abs. 2 EnWG dar, wenn die Geschäftsführung oder Mitarbeiter in ihren Verträgen an Konzernrichtlinien der BASF o.ä. gebunden werden. Die Verträge sind deshalb anzupassen.

#### **2.6.5. Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen und Vergütung von Personen der Unternehmensleitung**

Die Antragstellerin und das vertikal integrierte Unternehmen gewährleisten nur teilweise, dass Personen der Unternehmensleitung und die übrigen Beschäftigten der Antragstellerin nach dem 03.03.2012 keine Anteile des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder eines seiner Unternehmensteile erwerben. Schließlich gewährleistet die Antragstellerin derzeit nicht, dass die Vergütung von Personen, die der Unternehmensleitung angehören, nicht vom wirtschaftlichen Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens bzw. einem seiner Unternehmensteile abhängig ist (§ 10c Abs. 4 EnWG).

(1) Die Antragstellerin hat erläutert, dass die Wintershall Holding GmbH bzw. ihre Unternehmensanteile im Sinne des EnWG gesellschaftsrechtlich so organisiert sind, dass es keine frei handelbaren Unternehmensanteile gibt. Ein Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen war in der Vergangenheit ausgeschlossen und ist gegenwärtig daher nicht möglich. Um die Vorgaben des § 10c Abs. 4 S. 1 EnWG auch zukünftig zu gewährleisten, wurde jedoch sowohl in der „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ (Ziffer 6, Anlage B17\_1 bzw. Anlage 18 zum Schreiben vom 20.08.2012, Akte 5) als auch in den Ge-

schäftsführerverträgen eine entsprechende Regelung aufgenommen, die den Erwerb von Anteilen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens untersagt, sofern dieses zu einem späteren Zeitpunkt möglich sein sollte. Gemäß Ziffer 2 der „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ bilden sowohl die Wingas GmbH & Co. KG als auch die Wintershall Holding GmbH sowie deren Töchter das vertikal integrierte Unternehmen. Grundsätzlich sind hierzu auch Tochterunternehmen der OOO GAZPROM export zu zählen, sofern sie relevante Energie-Aktivitäten innerhalb der Europäischen Union entfalten. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 10.09.2012 (Anlage 6) eine vollständige Liste der Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens vorgelegt, die sowohl die relevanten Wintershall-Unternehmen als auch die GAZPROM export-Unternehmen enthalten. Die „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ wird entsprechend angepasst.

Durch diese Regelung wird jedoch nicht der Anteilserwerb an anderen Unternehmen der BASF-Gruppe ausgeschlossen. So werden den Geschäftsführern der Antragstellerin derzeit [REDACTED] [REDACTED] gewährt. Auch wenn man vorliegend davon ausgeht, dass die BASF [REDACTED] nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist (siehe oben, Abschnitt 2.1.), würde die Unternehmensleitung jedoch aufgrund der Zugehörigkeit des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zum BASF-Konzern und der stattfindenden Vollkonsolidierung durch [REDACTED] [REDACTED] entgegen § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG indirekt auch am Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens partizipieren, so dass die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung gefährdet ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Jahresüberschuss des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens seitens der BASF-Beteiligung (d.h. die Wintershall-Gruppe, siehe oben, Abschnitt 2.1.) im Jahr 2011 [REDACTED] des Jahresüberschusses der BASF [REDACTED] ausgemacht hat (siehe Schreiben der Antragstellerin vom 20.08.2012, S. 16) und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen einen wesentlichen Beitrag zum wirtschaftlichen Erfolg der BASF-Gruppe leistet.

Soweit die Beschlusskammer im Entscheidungsentwurf die Ansicht vertreten hat, dass ein Anteilserwerb von Personen, die der Unternehmensleitung angehören, an Unternehmen der BASF-Gruppe einschließlich [REDACTED] unmittelbar an den Vorgaben des § 10c Abs. 4 S. 1 und 2 EnWG zu messen ist, hält sie hieran nicht mehr fest. Im Ergebnis ändert dies jedoch nichts, soweit solche Anteile als Vergütungsbestandteile erworben wurden, da § 10 c Abs. 4 S. 3 EnWG für die Unternehmensleitung einen separaten Verbotstatbestand enthält. Dieser geht über die für alle Beschäftigten geltenden Verpflichtungen bzw. Verbote des § 10c Abs. 4 S. 1 und 2 EnWG hinaus. Dies trägt den gesteigerten Interessenkonflikten Rechnung, denen die Unternehmensleitung im Vergleich zu den sonstigen Beschäftigten unterliegt.



Nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin nimmt die Unternehmensleitung [REDACTED] [REDACTED] Damit ist die Vergütung der Unternehmensleitung entgegen § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG in nicht unerheblichem Umfang vom wirtschaftlichen Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens abhängig, da dieser einen erheblichen Einfluss auf das Konzernergebnis der BASF [REDACTED] hat. Darauf, dass die BASF [REDACTED] nicht selbst Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist, kommt es insoweit nicht an, da die Norm auch eine mittelbare Abhängigkeit der Vergütung vom wirtschaftlichen Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens erfasst. Dies betrifft nicht nur die laufenden Vergütungsbestandteile, sondern auch Vergütungsbestandteile aus Vorperioden, soweit der hieraus resultierende Interessenkonflikt fortwirkt. Dies ist bei Vergütungen in Form von [REDACTED] [REDACTED] der Fall, da die Vergütung zwar in der Vergangenheit gewährt wurde, das potenzielle Interesse, den Geschäftserfolg des Konzerns über eine Bevorzugung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens positiv zu beeinflussen, aber bis zur Veräußerung der Anteile weiter besteht.

Anders als § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG enthält § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG zwar keine Veräußerungsfrist für derartige in der Vergangenheit gezahlte Vergütungsbestandteile. Insoweit erscheint jedoch eine entsprechende Anwendung von § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG sachgerecht. Die Vorgabe einer kürzeren Frist wäre jedenfalls deshalb unverhältnismäßig, weil in diesem Falle Anteile an der Konzernobergesellschaft, die nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist, strengeren Regeln unterfielen als Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen selbst. Die Beschlusskammer erteilt daher im Rahmen ihres Ermessensspielraums die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. g) unter der Auflage, dass die Gewährung von [REDACTED] an die Geschäftsführer der Antragstellerin eingestellt wird und die betroffenen Personen der Unternehmensleitung die bereits erhaltenen Anteile bis zum 31.03.2016 veräußern.

(2) Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme die Übereinstimmung der Übergangsfrist des § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie bezweifelt. Die Regelung könne in bestimmten Fällen die tatsächliche Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers untergraben. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf zu verlangen, dass die Unternehmensleitung ihre Beteiligungen am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen so schnell wie möglich veräußert oder zumindest einem Treuhänder überantwortet. Zudem hat die Kommission moniert, dass für Mitarbeiter, die Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen halten, überhaupt keine Veräußerungspflicht gilt.

Wie dargelegt, unterfällt [REDACTED] nicht unmittelbar § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG, sondern der Regelung des § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG, in dessen Rahmen § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG allenfalls entsprechend heranzuziehen ist. In Ansehung der Kritik der Europäischen Kommission kann dies indes dahinstehen, da die im EnWG gewährte vierjährige Übergangsfrist

für die Veräußerung von Anteilen der Unternehmensleitung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit europarechtskonform ist. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist nicht nur im nationalen Recht, sondern auch im Europarecht anerkannt (siehe Art. 5 Abs. 4 EUV). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn der nationale Gesetzgeber seinen Spielraum nutzt, um die Übergänge hin zu einem vollständig entflochtenen Transportnetzbetreiber mit angemessenen Übergangsfristen versieht. Die Einhaltung der von der Gasrichtlinie aufgestellten Grundregel, nach der die Unternehmensleitung keine Anteile mehr am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen halten darf, ist dadurch nicht gefährdet. Im Übrigen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Regelung im konkreten Fall die tatsächliche Unabhängigkeit der Antragstellerin untergräbt.

Zudem hat die Kommission zu Recht darauf hingewiesen, dass für Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, die von Mitarbeitern vor dem 03.03.2012 erworben wurden, im deutschen Rechtsrahmen keine Veräußerungspflicht gilt. Der deutsche Gesetzgeber hat für solche Anteile keine Veräußerungsnotwendigkeit gesehen und deshalb aus Gründen der Verhältnismäßigkeit von einer Verpflichtung abgesehen, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt:

„Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass Aktien des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens auch bei Beschäftigten, die nicht der Unternehmensleitung des Transportnetzbetreibers angehören, in der Vergangenheit (also vor Inkrafttreten der stärkeren Unabhängigkeitsanforderungen) häufig als sogenannte Mitarbeiteraktien ausgegeben wurden und Bestandteil des Vermögensaufbaus oder der individuellen Altersvorsorge dieser Mitarbeiter waren. Die betreffenden Aktien werden jedoch in der Regel nicht Vergütungsbestandteil der Mitarbeiter gewesen sein und daher keinen unbedingt relevanten Einfluss auf das Verhalten der betreffenden Mitarbeiter gehabt haben. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Mitarbeiter, die in der Vergangenheit über Mitarbeiteraktienprogramme Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen erworben haben, dieses nun auch zukünftig bevorzugen. Darüber hinaus werden diese Mitarbeiter auch weit überwiegend über keine bzw. keine signifikanten Einflussmöglichkeiten auf das Tagesgeschäft des Netzbetriebs haben. Um zudem den berechtigten Interessen dieses Personenkreises Rechnung zu tragen, wird es diesen Beschäftigten daher lediglich für die Zukunft untersagt, Aktien des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu erwerben.“ (BT Drs 17/6072, S. 63)

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass bei den meisten Transportnetzbetreibern Mitarbeiter keine Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen halten, da solche Anteile nicht frei gehandelt werden. Dies dürfte nach den bisherigen Feststellungen auch für die Mitarbeiter der Antragstellerin gelten, da die BASF ■ nach der hier zugrunde gelegten Rechtsauffassung nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist,

während die Anteile an der Wintershall Holding GmbH, der Wingas GmbH & Co. KG und OOO GAZPROM export nicht frei handelbar sind. Um dies abschließend zu verifizieren, verpflichtet die Beschlusskammer die Antragstellerin lediglich, in ihrem Unternehmen zu prüfen, ob solche Anteile erworben wurden und die Beschlusskammer entsprechend zu informieren (Tenor Ziffer 2. lit. j). Die Beschlusskammer weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich die Vorschrift nicht nur auf Anteile im engeren Sinne bezieht, sondern auch finanzielle Instrumente erfasst sind, die in vergleichbarer Weise die Unabhängigkeit von Unternehmensleitung und Beschäftigten gefährden (wie etwa Aktienoptionen). Das Verbot des Erwerbs von Anteilen gilt nur für den direkten Erwerb. Findet ein indirekter Erwerb (z.B. durch Anteile von Aktien in einem Fonds, der von dritten Fondsmanagern betreut wird, oder im Rahmen von fondsgebundenen Lebensversicherungen) statt, so ist dies unschädlich.

(3) Soweit die Geschäftsführerverträge bzw. der Prokuristen-Vertrag betroffen sind, gewährleistet die Antragstellerin derzeit unabhängig [REDACTED] nicht, dass die Vergütung von Personen, die der Unternehmensleitung angehören, nicht vom wirtschaftlichen Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens bzw. einem seiner Unternehmensteile abhängig ist (§ 10c Abs. 4 EnWG).

Aus den in Anlage B 16.2.1, B 16.2.2 und Anlage 11 zum Schreiben vom 04.05.2012 beigefügten Geschäftsführerverträgen bzw. Prokuristen-Vertrag ergibt sich, dass die beiden Geschäftsführer und der Prokurist der Antragstellerin neben einem Jahresgehalt auch [REDACTED]. Aus Sicht der Beschlusskammer ist diese Vertragsklausel nicht mit den Vorgaben aus § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG vereinbar und daher nicht zulässig.

Gemäß § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG hat der Unabhängige Transportnetzbetreiber zu gewährleisten, dass die Vergütung von Personen, die der Unternehmensleitung angehören, nicht vom wirtschaftlichen Erfolg, insbesondere dem Betriebsergebnis, des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder eines seiner Tochterunternehmen abhängig ist. Die Antragstellerin ist hingegen der Auffassung, dass BASF [REDACTED] nicht vom Regelungsgehalt des § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG erfasst sei, da die BASF [REDACTED] Obergesellschaft des BASF-Konzerns und gerade nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sei. Auch hier gilt jedoch, dass auch wenn die BASF [REDACTED] nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist (siehe hierzu oben, Abschnitt 2.1.), die Unternehmensleitung dennoch aufgrund der Zugehörigkeit des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zum BASF-Konzern und der stattfindenden Vollkonsolidierung [REDACTED]

[REDACTED] indirekt auch am Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (Wintershall-Gruppe) partizipieren würde. Der Beitrag des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (Wintershall-Gruppe) am unternehmerischen Erfolg der BASF-Gruppe ist auch nicht nur marginal, sondern vielmehr mit [REDACTED] Anteil

am Jahresüberschusses der BASF ■ im Jahr 2011 maßgeblich. Damit wird – wie bei einer unmittelbaren Verknüpfung der Vergütung mit dem wirtschaftlichen Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens – die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung gefährdet. Die Beschlusskammer erteilt daher im Rahmen ihres Ermessensspielraums die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. h) unter der Auflage, dass ■ den Verträgen mit den Personen der Unternehmensleitung gestrichen wird.

Die Europäische Kommission bestätigt die Bewertung der Bundesnetzagentur, allerdings solle auch hier eine Verkürzung der Frist für die Anpassung geprüft bzw. eine Anpassung als Vorbedingung der Zertifizierungsentscheidung auferlegt werden. Die Bundesnetzagentur hat die Bedenken der Kommission geprüft und kommt zu dem Schluss, dass die Frist angemessen ist. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, bei der Entscheidung zur Vergütung der Geschäftsführung von der allgemeinen Umsetzungsfrist, zu der sich die Beschlusskammer entschieden hat, abzuweichen. Aus Sicht der Beschlusskammer kommt auch eine entsprechende „aufschiebende Bedingung“ nicht in Betracht. Diese erscheint mit Blick auf die sonstigen erfüllten Zertifizierungsvoraussetzungen weder sachgerecht noch angemessen.

#### **2.6.6. Personen der zweiten Führungsebene**

Die Vorgaben des § 10c Abs. 2 S. 1, Abs. 3 und 5 EnWG gelten auch für Personen, die der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt und für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich sind (§ 10c Abs. 6 EnWG). Demnach haben auch diese Personen der sog. „zweiten Führungsebene“ die Vorgaben des EnWG hinsichtlich „Cooling On“, „Cooling Off“ und der Unabhängigkeit, gänzlich oder teilweise, zu erfüllen.

(1) Aus Sicht der Beschlusskammer sind grundsätzlich alle Fachbereichsleiter, die einen kommerziellen, rechtlichen oder technischen Verantwortungsbereich in Zusammenhang mit Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes leiten, als Personen der „zweiten Führungsebene“ einzustufen, es sei denn, sie sind für offensichtlich netzfremde Dienstleistungen verantwortlich. Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals kann also nicht auf rein technische Aufgaben im Zusammenhang mit dem Betrieb, der Wartung und Entwicklung des Netzes verengt werden, wie dies von der Antragstellerin vorgetragen wird.

Nach dem von der Antragstellerin vorgelegten Organigramm (vgl. Anlage 15 zum Schreiben vom 20.08.2012, Organigramm Stand 01.08.2012) und der Aufgabenbeschreibung der einzelnen Fachbereiche (vgl. S. 13 ff. des Antrags) sind aus Sicht der Beschlusskammer die Leitungen von ■ Fachbereichen, im Einzelnen die Leitungen der Bereiche ■  
■  
■  
■





Für den operativen Betrieb mitverantwortlich ist auch der Bereich [REDACTED]  
[REDACTED] weder technischer noch kommerzieller Betrieb des  
Netzes möglich wäre:

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Auch der Fachbereich [REDACTED] ist entsprechend seiner Aufgaben für Betrieb, Wartung  
und Entwicklung des Netzes verantwortlich, da er nicht nur für [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] verantwortlich ist.

Beim Fachbereich [REDACTED] handelt es sich um einen unterstützenden Bereich für  
den eigentlichen technischen Netzbetrieb:

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Ohne diese Dienstleitungen ist ein Netzbetrieb nicht möglich, da [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Darüber hinaus sind auch die folgenden Zentralbereiche von der Regelung des § 10c Abs. 6  
EnWG betroffen: [REDACTED]  
[REDACTED]

Hintergrund dieser Einordnung ist, dass diese Bereiche zwingend erforderlich sind, um den  
technischen Netzbetrieb sicherzustellen und Netzentwicklung zu gewährleisten. Zudem bestim-  
men diese Fachbereiche maßgeblich die Funktionsweise und Funktionsfähigkeit der unmittelbar

für den technischen Netzbetrieb verantwortlichen Bereiche. Innerhalb ihrer Verantwortungsbe-  
reiche steuern sie unmittelbar auch den Netzbetrieb und die Netzentwicklung, z.B. aufgrund der  
eigenständigen Bewertung [REDACTED]

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

(5) Soweit die Antragstellerin darüber hinaus vorträgt, dass die von der Beschlusskammer  
vertretene weite Auslegung auch nicht durch Sinn und Zweck des § 10c Abs. 6 EnWG gedeckt  
sei, kann dem nicht gefolgt werden. Nach der Gesetzesbegründung sollen von § 10c Abs. 6  
EnWG solche Personen erfasst werden, die zwar nicht der Unternehmensleitung angehören,  
aber eine vergleichbare Stellung wie die Unternehmensleitung haben und ebenfalls erheblichen  
Einfluss und umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und  
seines Zustands haben (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 64). Anknüpfungspunkt der gesetzlichen  
Regelung ist demnach die Möglichkeit zur Einflussnahme und die Verantwortung für einen der  
drei Bereiche "Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes", die alle umfangreiche Kenntnis-  
se der technischen Eigenschaften des Netzes und seines Zustands vermitteln und vorausset-  
zen. Solche Kenntnisse sind jedoch, anders als von der Antragstellerin vorgetragen, auch bei  
Personen der zweiten Führungsebene, die für einen kommerziellen oder rechtlichen Bereich  
verantwortlich sind, vorhanden, da auch die Bearbeitung und Entscheidung von kommerziellen  
und rechtlichen Aufgaben und Fragestellungen in Bezug auf Betrieb, Wartung und Entwicklung  
des Netzes umfangreiche Netzkenntnisse erfordern.

(6) Die vorgenommene Auslegung des § 10c Abs. 6 EnWG stellt daher auch keinen, wie von der  
Antragstellerin vorgetragen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1  
GG) dar. Es ist der Antragstellerin dahingehend zuzustimmen, dass es sich bei der Regelung  
des § 10c Abs. 6 EnWG um eine Beschränkung der Berufswahlfreiheit der betroffenen Personen  
handelt (vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/6072, S. 64). Aus Verhältnismäßigkeitsgrün-  
den darf der von der Regelung erfasste Personenkreis daher nicht über Gebühr ausgedehnt  
werden. Allerdings ist dieser Personenkreis aufgrund seines Einflusses und seiner Kenntnisse  
mit der Unternehmensleitung eingeschränkt vergleichbar und wäre ohne die Erstreckung der  
Vorgaben aus § 10c EnWG nur zufällig nicht erfasst. Dies wäre jedoch ausgehend vom Sinn  
und Zweck der Regelungen, nämlich der Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Betriebs  
des Transportnetzes und der Schaffung eines funktionierenden, wettbewerblichen Energie-  
markts mit Transportnetzen als vollständig neutralen Marktplätzen, nicht sachgerecht. Es sind  
daher für die Beurteilung der Einschränkungen der Berufswahlfreiheit und des Eigentumsrechts



für diesen Mitarbeiterkreis grundsätzlich die gleichen Maßstäbe heranzuziehen wie für die Bewertung im Falle der Unternehmensleitung (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 63 und 64).

(7) Vor diesem Hintergrund ist die von der Beschlusskammer vorgenommene Auslegung des § 10c Abs. 6 EnWG nicht zu weitreichend. Sie ist erforderlich, um einen diskriminierungsfreien Betrieb des Transportnetzes zu gewährleisten. Denn auch Personen der zweiten Führungsebene, die nicht für den technischen, sondern für einen kommerziellen oder rechtlichen Bereich verantwortlich sind, verfügen in der Regel über umfangreiche diskriminierungsrelevante Kenntnisse des Netzes. Durch die Anwendung des § 10c EnWG auf diese Personengruppe soll das Diskriminierungspotential, das mit einem internen Wechsel dieser Personen einhergeht, minimiert werden. Sie ist zudem verhältnismäßig, da es dem betroffenen Personenkreis weiterhin jederzeit möglich ist, außerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und seiner Tochterunternehmen, beispielsweise auch bei einem nicht in den Wettbewerbsbereichen tätigen Konzernunternehmen oder bei einem anderen Transportnetzbetreiber, zu arbeiten.

Hierin liegt auch kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), den die Beigeladenen zu 2) bis 20) geltend machen. Es ist schon unzutreffend, dass Geschäftsführer und Führungskräfte anderer Transportnetzbetreiber ungleich behandelt werden, da sie den gleichen Vorgaben unterworfen sind wie die Geschäftsführer und Führungskräfte der Antragstellerin. Innerhalb „seines“ vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens darf keine Führungskraft mehr wechseln, ohne die Cooling On- und Cooling Off-Regeln einzuhalten. Zutreffend ist zwar, dass Führungskräfte ohne Abwarten dieser Fristen bei „anderen“ vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen beschäftigt werden können. Diese Differenzierung ist jedoch sachlich gerechtfertigt, da die Entflechtungsvorgaben in erster Linie auf die Trennung von Netz- und Wettbewerbsaktivitäten innerhalb des „eigenen“ vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens gerichtet sind, weil aufgrund der gesellschaftlichen Kontrollrechte hier ein besonderes Näheverhältnis vermutet wird.

(8) Die Antragstellerin hat bislang nur ■■■■ Fachbereichsleiter als Personen der zweiten Führungsebene i. S. d. § 10c Abs. 6 EnWG benannt. Da die Antragstellerin und die Beschlusskammer unterschiedliche Auffassungen über den von § 10c Abs. 6 EnWG erfassten Personenkreis haben, werden in Tenor Ziffer 3 aus Gründen der Rechtssicherheit – insbesondere mit Blick auf die Gewährleistung der Einhaltung der „Cooling Off“-Vorgaben aus § 10c Abs. 5 EnWG – die Leitungspositionen festgestellt, für die die Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG gelten. Da alle Personen der zweiten Führungsebene, für die aus Sicht der Beschlusskammer die Vorgaben des § 10c EnWG gelten, bereits vor dem 03.03.2012 in ihrer Position tätig waren, sind die Vorgaben des § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG für diese Personen erfüllt. Sollte es spätere einzelne Wechsel gegeben haben, ist dies aufgrund der Quotenregelung nicht zu beanstanden.

(9) Aus den vorgenannten Gründen war der Antrag der Antragstellerin, dass die Regelungen des § 10c Abs. 2, 5 und 6 EnWG im Falle der Antragstellerin nicht zur Anwendung kommen, abzulehnen (Tenor zu Ziffer 6.). Auch der Hilfsantrag, nach der keine längere Frist als sechs Monate für das Cooling On bzw. Cooling Off des betroffenen Personenkreises gelten soll, war abzulehnen. Eine Rechtsgrundlage für eine solche Einschränkung besteht nicht. Im Übrigen kann die Beschlusskammer nicht feststellen, dass die Regelung verfassungswidrig ist, so dass für eine einschränkende Feststellung weder Bedarf noch Rechtsgrundlage bestehen. Aus den gleichen Gründen waren die inhaltsgleichen Anträge der Beigeladenen zu 2) bis 20) abzulehnen.

## **2.7. Aufsichtsrat**

Die Antragstellerin verfügt über einen Aufsichtsrat (siehe folgenden Abschnitt 2.7.1.), der die ihm in § 10d EnWG zugedachten Aufgaben weitestgehend wahrnimmt (siehe folgenden Abschnitt 2.7.2.). Die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrates vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen werden erfüllt (siehe folgenden Abschnitt 2.7.3.).

### **2.7.1. Gewährleistung eines Aufsichtsrats**

Die Antragstellerin verfügt entsprechend der Vorgabe in § 10d Abs. 1 EnWG über einen Aufsichtsrat nach Abschnitt 2 des Teils 4 des Aktiengesetzes. Der Aufsichtsrat der Antragstellerin wurde durch Gesellschafterbeschluss vom 23.02.2012 bestellt, er umfasst sechs Personen:

[REDACTED]

### **2.7.2. Aufgabenbereich**

Der Aufsichtsrat nimmt die ihm in § 10d Abs. 2 EnWG zugedachten Aufgabenbereiche wahr. In §§ 8 ff. der Satzung (vgl. Anlage B10.2.1) der Antragstellerin finden sich Regelungen zum Aufgabenbereich und den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates. So entscheidet der Aufsichtsrat über die Bestellung und Vertragsbeendigung von Mitgliedern der Unternehmensleitung einschließlich Vergütung und sonstigen Beschäftigungsbedingungen (vgl. § 8 Nr. 10 der Satzung) sowie über die Höhe der an die Gesellschafter auszuzahlenden Gewinnanteile, die Genehmigung des Finanz- und Investitionsplans sowie über die Höhe der Verschuldung der Gesellschaft (vgl. § 8 Nr. 6 bis 8 der Satzung). Der Antrag der Antragstellerin enthält Informatio-

nen zur [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED]. Zu den erforderlichen Befugnissen des Aufsichtsrates beim Ergebnisabführungsvertrag siehe oben, Abschnitt 2.5.1., sowie Auflage in Tenor zu Ziffer 2. lit. b).

Der Aufsichtsrat kann hingegen keinen Einfluss auf das laufende Geschäfte, insbesondere den Netzbetrieb sowie die Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans, nehmen (vgl. § 5 Abs. 5 und § 9 Abs. 3 der Satzung). Hierfür ist ausschließlich die Geschäftsführung zuständig.

### **2.7.3. Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats**

Die Antragstellerin hat erklärt, dass die in § 10d Abs. 3 EnWG enthaltenen Regelungen bezüglich der Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats eingehalten werden. So gelten die Unabhängigkeitsanforderungen des § 10c Abs. 1-5 EnWG auch für die Hälfte der Mitglieder (minus 1 Mitglied) des Aufsichtsrats entsprechend.

Gemäß § 10d Abs. 3 S. 1 EnWG i.V.m. § 10c Abs. 3 S. 1 EnWG dürfen zumindest zwei Aufsichtsratsmitglied der Antragstellerin weder beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Teile, außer dem Unabhängigen Transportnetzbetreiber, angestellt sein noch Geschäftsbeziehungen zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem dieser Teile unterhalten.

Alle sechs Mitglieder sind vor dem 03.03.2012 ernannt worden. Gemäß § 10d Abs. 3 S. 1 in Verbindung mit § 10c Abs. 2 S. 3 EnWG finden daher die Vorgaben des § 10c Abs. 2 S. 1 und S. 2 EnWG auf kein Aufsichtsratsmitglied Anwendung.

Dem Antrag sind zudem persönliche Erklärungen von [REDACTED] [REDACTED] beigefügt, aus denen ersichtlich ist, dass sie als Mitglied des Aufsichtsrates den Anforderungen nach § 10c EnWG genügen (vgl. Anlagen 19 und 20 zum Schreiben vom 04.05.2012).

### **2.8. Gleichbehandlungsprogramm und Gleichbehandlungsbeauftragter**

Die Antragstellerin hat schließlich dargelegt, dass sie die Anforderungen des § 10e EnWG zum Gleichbehandlungsprogramm und zum Gleichbehandlungsbeauftragten erfüllt.

(1) Das Gleichbehandlungsprogramm wurde vorgelegt und entspricht den Anforderungen (§ 10e Abs. 1). Das Gleichbehandlungsprogramms der Antragstellerin (vgl. Anlage 7 zum Schreiben vom 10.09.2012) enthält für alle Beschäftigten der Antragstellerin verbindliche Regelungen zur diskriminierungsfreien Ausübung des Transportnetzgeschäfts. Verstöße gegen die im Gleichbehandlungsprogramm festgelegten Pflichten stellen für die Mitarbeiter eine Verletzung ihrer arbeitsrechtlichen Verpflichtungen dar und können arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich

ziehen. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass das Gleichbehandlungsprogramm den Mitarbeitern auch ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist, so dass die hierin beschriebenen Sanktionen durchgesetzt werden können.

Die Gleichbehandlungsbeauftragte überwacht im Sinne ihrer Pflichten nach § 10e Abs. 4 bis 7 EnWG die Einhaltung des Gleichbehandlungsprogramms und unterrichtet die Regulierungsbehörde regelmäßig darüber.

(2) Die Gleichbehandlungsbeauftragte erfüllt die gesetzlichen Anforderungen.

Frau Bianca Dittmann ist vom Aufsichtsrat am 16.05.2012 als Gleichbehandlungsbeauftragte bestellt worden (vgl. Schreiben vom 25.05.2012). Die Anforderungen an ihre Unabhängigkeit (§ 10e Abs. 2 S. 3 i.V.m. §10c Abs. 1-5 EnWG) werden durch die Zusatzvereinbarung zum Anstellungsvertrag (vgl. Anlage 8 zum Schreiben vom 10.09.2012) und durch das Gleichbehandlungsprogramm (vgl. Anlage 7 zum Schreiben vom 10.09.2012) erfüllt.

Die Gleichbehandlungsbeauftragte ist der Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt und weisungsfrei (§ 10e Abs. 2 S. 4 EnWG). Des Weiteren hat die Antragstellerin erklärt, dass sie der Gleichbehandlungsbeauftragten alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Mittel bereitstellt und Zugang zu allen für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Daten sowie zu den Geschäftsräumen der Antragstellerin einräumt (siehe Anlage 3 zum Schreiben vom 10.07.2012). Ferner wird die Unabhängigkeit durch eine aufgabengerechte Ausstattung und die Einbindung der Gleichbehandlungsbeauftragten in die Entscheidungsabläufe gewährleistet. Das Recht der Gleichbehandlungsbeauftragten zur Teilnahme an allen Sitzungen der Unternehmensleitung, des Aufsichtsrates und der Gesellschafterversammlung nach § 10e Abs. 6 EnWG ist in der Satzung der Antragstellerin, im Gleichbehandlungsprogramm und in der Zusatzvereinbarung zum Anstellungsvertrag (Anlage 8 zum Schreiben vom 10.09.2012) verankert. Die Verpflichtung an Sitzungen des Aufsichtsrates nach § 10e Abs. 6 Nr. 1 bis 3 EnWG teilzunehmen, ist im Gleichbehandlungsprogramm geregelt.

Die Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen der Gleichbehandlungsbeauftragten entsprechen den gesetzlichen Vorgaben (vgl. § 10e Abs. 3 S. 4 EnWG).

## **2.9. Nebenbestimmungen (Tenor Ziffer 2.)**

Die unter Tenor Ziffer 2 ausgesprochenen Nebenbestimmungen sind rechtmäßig. Die Zertifizierung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um zu gewährleisten, dass die Vorgaben des § 8 EnWG erfüllt werden (§ 4a Abs. 4 EnWG). Sie kann im Sinne von § 36 VwVfG befristet, bedingt oder unter Widerrufsvorbehalt erlassen werden. Ebenso kann sie mit einer Auflage oder dem Vorbehalt deren nachträglicher Aufnahme, Änderung oder Ergänzung versehen werden. Die Verstöße gegen die Entflechtungsvorgaben sind nicht von solcher Intensität und solchem Umfang, dass der Antrag abzulehnen wäre.

Vielmehr ist vorliegend das Instrument der Auflage – auch und gerade unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten – geeignet aber auch erforderlich, um in einem vertretbaren zeitlichen Rahmen rechtmäßige Zustände herbeizuführen. Weniger milde Maßnahmen (z.B. eine aufschiebend bedingte Zertifizierung oder sogar die Ablehnung des Antrags) sind angesichts des erkennbaren Willens der Antragstellerin, einen entflechtungskonformen Zustand herzustellen, nicht erforderlich. Nach Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat sich die Beschlusskammer entschlossen, die Zertifizierung unter folgenden Auflagen zu erteilen:

(1) Die Zertifizierung wird gemäß Tenor Ziffer 2. lit. a) unter der Auflage erteilt, dass die Trennung der Informationstechnologie bis spätestens zum 15.05.2013 vollständig abzuschließen ist. Der Prozess zur Trennung der Informationstechnologie insbesondere hinsichtlich der IT-Infrastruktur ist zwar weit fortgeschritten, aber noch nicht abgeschlossen (siehe oben, Abschnitt 2.4.6.). Insoweit erfüllt die Antragstellerin die Vorgaben des § 10a Abs. 5 EnWG derzeit noch nicht uneingeschränkt. Die Trennung wird nach den eigenen Angaben der Antragstellerin bis zum 15.05.2013 vollständig abgeschlossen sein, so dass mit der Auflage eine nur begrenzte angemessene Übergangszeit gewährt wird.

(2) Der zwischen der Antragstellerin und der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG bestehende Ergebnisabführungsvertrag beeinträchtigt aus Sicht der Beschlusskammer die Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrates der Antragstellerin. Die Beschlusskammer sieht hierin einen Verstoß gegen § 10d Abs. 2 EnWG. Daher wird die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. b) nur unter der Auflage erteilt, dass der zwischen der Antragstellerin und der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG geschlossene Ergebnisabführungsvertrag spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung vom Aufsichtsrat der Antragstellerin zu genehmigen ist. Die in § 1 Abs. 2 des Ergebnisabführungsvertrags vereinbarte Bindung der Gewinnrücklagenbildung an die Zustimmung der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG ist ebenfalls spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung zu streichen, da auch hierüber allenfalls der Aufsichtsrat der Antragstellerin zu entscheiden hat.

(3) [REDACTED]



(7) Die Zertifizierung wird gemäß Tenor Ziffer 2. lit. g) weiterhin unter der Auflage erteilt, dass die Antragstellerin verpflichtet ist, bis spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung die Gewährung von [REDACTED] an die Geschäftsführung der Antragstellerin einzustellen. Die Antragstellerin hat zu gewährleisten, dass die betroffenen Personen der Unternehmensleitung [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Anteile bis zum 31.03.2016 veräußern. Den Geschäftsführern der Antragstellerin werden derzeit [REDACTED] [REDACTED] gewährt. Durch die Teilnahme [REDACTED] können die Geschäftsführer indirekt auch am Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (Wintershall-Gruppe) partizipieren, da das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen einen wesentlichen Beitrag zum wirtschaftlichen Erfolg der BASF-Gruppe leistet.

(8) Die Zertifizierung wird gemäß Tenor Ziffer 2. lit. h) unter der Auflage erteilt, dass die Antragstellerin verpflichtet ist, bis spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung die Bindung der Vergütung der Unternehmensleitung [REDACTED] [REDACTED] aus den Verträgen mit den Personen der Unternehmensleitung zu streichen. Die Vergütung der Geschäftsführer ist derzeit auch [REDACTED] [REDACTED]. An dem wirtschaftlichen Erfolg der BASF-Gruppe hat das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (Wintershall-Gruppe) maßgeblichen Anteil, so dass hier – wie bei einer unmittelbaren Verknüpfung der Vergütung der Geschäftsführer [REDACTED] [REDACTED] – die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung gefährdet wird. Die Auflage ist deshalb erforderlich, um die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung zu gewährleisten. Die gewährte Frist gibt ausreichend Zeit für Nachverhandlungen zwischen den betroffenen Parteien.

(9) Schließlich wird die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. i) unter der Auflage erteilt, dass die Antragstellerin verpflichtet ist, bis spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung die „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ und den Musterarbeitsvertrag dahingehend zu ändern, dass die Antragstellerin sowohl Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der Wintershall-Gruppe als auch Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der GAZPROM export-Gruppe ist (siehe oben, Abschnitt 2.1.). Sowohl die „Richtlinie zur Entflechtung des Transportnetzes“ der Antragstellerin als auch der Musterarbeitsvertrag der Antragstellerin enthalten noch eine andere – auf die Wintershall-Gruppe beschränkte – Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens. Zwar hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 10.09.2012 eine Anpassung (zumindest der Richtlinie) in Aussicht gestellt – diese Anpassung ist bisher aber noch nicht erfolgt, so dass die Auflage erforderlich und angemessen ist.

(10) Die Europäische Kommission hat zu Recht darauf hingewiesen, dass für Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, die von Mitarbeitern vor dem 03.03.2012 erwor-

ben wurden, im deutschen Rechtsrahmen keine Veräußerungspflicht gilt. Inwieweit diese Regelung europarechtskonform ist, bedarf keiner Entscheidung, sofern die Mitarbeiter der Betroffenen keine Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen halten. Soweit das vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen in dem oben dargelegten Sinne betroffen ist, also insbesondere die Wintershall Holding GmbH, die Wingas GmbH & Co. KG und OOO GAZPROM export, ist nach den Erläuterungen der Antragstellerin davon auszugehen, dass ihre Mitarbeiter keine Anteile an diesen Unternehmen halten. Anders als die Anteile an der BASF [REDACTED] sind solche Anteile nicht frei handelbar.

Zur abschließenden Verifizierung dieses Sachverhalts wird der Antragstellerin aufgegeben (Tenor Ziffer 2. lit. j), der Beschlusskammer in einer Frist von sechs Monaten nach Erteilung der Zertifizierungsentscheidung mitzuteilen, ob solche Anteile erworben wurden. Ausgehend von der hier zugrunde gelegten Reichweite des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens bezieht sich diese Mitteilungspflicht nicht auf Anteile an der BASF [REDACTED]. Da diese nach den vorliegenden Feststellungen nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist, besteht für Anteile, die von Mitarbeitern etwa im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms erworben wurden, weder eine Mitteilungs- noch eine Veräußerungspflicht. Hiervon unberührt bleiben die weitergehenden Anforderungen an die Unternehmensleitung, die sich aus § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG ergeben.

### **2.10. Feststellung (Tenor Ziffer 3.)**

Tenor Ziffer 3 enthält die Feststellung, dass die jeweilige Leitung der Bereiche [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] der Antragstellerin den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliegen. Diese Feststellung ist aus Gründen der Rechtssicherheit- insbesondere mit Blick auf die Gewährleistung der Einhaltung der „Cooling Off“-Vorgaben aus § 10c Abs. 5 EnWG – erforderlich, da die Antragstellerin und die Beschlusskammer unterschiedliche Auffassungen über die Auslegung und den von § 10c Abs. 6 EnWG erfassten Personenkreis haben (siehe oben Abschnitt 2.6.6.).

### **2.11. Sonstige Genehmigungen und Zustimmungen (Tenor Ziffer 4.)**

Die im Rahmen der erstmaligen Zertifizierungsentscheidung erforderlichen entflechtungsrechtlichen Genehmigungen und Zustimmungen werden erteilt. Dies betrifft die Genehmigung der kommerziellen und finanziellen Vereinbarungen der Antragstellerin mit dem vertikal integrierten



Energieversorgungsunternehmen nach § 10b Abs. 5 S. 2 EnWG (siehe Abschnitt 2.5.5.), die Genehmigung des Gleichbehandlungsprogramms nach § 10e Abs. 1 S. 1 EnWG, die Zustimmung zur Ernennung des Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 10e Abs. 3 S. 2 EnWG und die Genehmigung der Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen des Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 10e Abs. 3 S. 4 EnWG (siehe Abschnitt 2.8.).

### **2.12. Widerrufsvorbehalt (Tenor Ziffer 5.)**

Die Beschlusskammer behält sich gemäß § 36 Abs. 2 Ziff. 3 VwVfG den Widerruf dieser Entscheidung vor (Tenor Ziffer 5). Dieser Vorbehalt soll insbesondere sicherstellen, dass neue Erkenntnisse berücksichtigt werden können, soweit dies erforderlich ist. Nur so kann die Zukunftsoffenheit aufgrund eines derzeit nicht konkret absehbaren Anpassungsbedarfs gewährleistet werden. Hiervon wird das berechnete Bedürfnis der Antragstellerin nach Planungssicherheit nicht beeinträchtigt, da solche Erwägungen in einem etwaigen Änderungsverfahren unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sind.

### **3. Ablehnung des Kostenantrags und des Antrags zum Cooling On bzw. Cooling Off (Tenor Ziffer 6.)**

Die sonstigen Anträge der Antragstellerin waren abzulehnen.

(1) Die Antragstellerin beantragt neben der Zertifizierung die Anerkennung der Kosten dem Grunde nach, die ihr entstanden sind und noch entstehen werden, um die gesetzlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit der Betrieb ihres Transportnetzes gemäß § 4a Abs. 1 EnWG zertifiziert wird (Entflechtungskosten). Dieser Antrag wird hilfsweise für die Entflechtungskosten gestellt, die die Antragstellerin gemäß § 6 Abs. 1 ARegV am 30. Juni 2011 bei der Bundesnetzagentur beantragt hat und im Rahmen des dortigen Verfahrens nicht genehmigt werden.

Der Antrag war abzulehnen, da über anerkennungsfähige Kosten allein im Entgeltverfahren BK9-11/8002 zu entscheiden ist. Eine Rechtsgrundlage für eine Kostenanerkennung außerhalb dieses regulären Entgeltverfahrens ist nicht ersichtlich. Im Übrigen ist das Verfahren noch anhängig, so dass die von der Antragstellerin aufgestellte Bedingung bisher noch nicht eingetreten ist.

(2) Schließlich war der Antrag der Antragstellerin, dass die Regelungen zur zweiten Führungsebene (§ 10c Abs. 2, 5 und 6 EnWG) im Falle der Antragstellerin nicht zur Anwendung kommen, abzulehnen, da die gesetzlichen Regelung auch für die Antragstellerin gelten. Auch der Hilfsantrag, nach dem keine längere Frist als sechs Monate für das Cooling On bzw. Cooling Off des betroffenen Personenkreises gelten soll, war abzulehnen, da für eine einschränkende Feststellung weder eine Rechtsgrundlage noch eine materielle Rechtfertigung besteht (siehe insgesamt hierzu oben, Abschnitt 2.6.). Aus den gleichen Gründen waren die inhaltsgleichen Anträge der Beigeladenen zu 2) bis 20) abzulehnen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Christian Mielke  
Vorsitzender

Dr. Chris Mögelin  
Beisitzer

Dr. Antje Becherer  
Beisitzerin