



- Beschlusskammer 7 -

Enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse!

Beschluss

Az.: BK7-12-034

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Zertifizierung eines Fernleitungsnetzbetreibers

der Nowega GmbH, Nevinghoff 20, 48147 Münster gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

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,
ihre Beisitzerin Diana Harlinghausen
und ihre Beisitzerin Dr. Antje Becherer

am 09.11.2012 beschlossen:

1. Der Antragstellerin wird die Zertifizierung als Transportnetzbetreiberin erteilt.
2. Die Zertifizierung wird unter folgenden Auflagen erteilt:
 - a) Die Erbringung von Dienstleistungen durch die Erdgas Münster GmbH für die Antragstellerin ist spätestens bis zum [REDACTED] zu unterlassen.
 - b) Die Trennung der Informationstechnologie ist spätestens bis zum [REDACTED] vollständig abzuschließen.
 - c) Der zwischen der Antragstellerin (vormals Erdgas Münster Komplementär GmbH i.Gr.) und der Erdgas Münster GmbH (vormals Erdgas-Verkaufsgesellschaft mbH) bestehende Beherrschungs- und Ergebnisübernahmevertrag ist spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung zu beenden oder nach den folgenden Maßgaben in einen ausschließlichen Ergebnisübernahmevertrag umzuwandeln. Bei einer Umwandlung in einen ausschließlichen Ergebnisübernahmevertrag sind die in § 3 Abs. 1 des Beherrschungs- und Ergebnisübernahmevertrags vereinbarte Bindung der Gewinnrücklagenbildung an die Zustimmung der Erdgas Münster GmbH sowie die Regelung der Auflösung von Gewinnrücklagen auf Verlangen der Erdgas Münster GmbH zu streichen. Ein zwischen der Antragstellerin und der Erdgas Münster GmbH geschlossener Ergebnisübernahmevertrag ist spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung vom Aufsichtsrat der Antragstellerin zu genehmigen.

- d) Die Antragstellerin ist verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung der Beschlusskammer mitzuteilen, wie viele Mitarbeiter welche Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Unternehmensteile halten und ob ein Verkauf dieser Anteile bis zum 31.03.2016 geplant ist.
 - e) Die Antragstellerin wird verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung einen neuen Gleichbehandlungsbeauftragten zu bestimmen und dessen Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen zur Genehmigung vorzulegen bzw. die Prokura der bisherigen Gleichbehandlungsbeauftragten aufzugeben und deren Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen erneut zur Genehmigung vorzulegen.
3. Es wird festgestellt, dass die jeweilige Leitung der Bereiche „Energiedatenmanagement“, „Finanzen“, „Technik“ und „Netzvertrieb/ IT“ sowie der Stabstellen „Personal/ Assistenz“ und „Gleichbehandlung/ Recht“ den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliegt.
 4. Die Genehmigungen und Zustimmungen nach §§ 10b Abs. 5 S. 2 und 10e Abs. 1 S. 1 EnWG werden hiermit erteilt.
 5. Ein Widerruf bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

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

Die Antragstellerin ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Erdgas Münster GmbH. Die Erdgas Münster GmbH nimmt sowohl Funktionen und Aufgaben des Vertriebs von Erdgas als auch gewinnungsnahe Tätigkeiten wahr. So nimmt die Erdgas Münster GmbH das von ihren Gesellschaftern geförderte Gas [REDACTED] auf, bereitet es auf und mischt es zu verkaufsfähigem L-Gas. Das Gas wird zunächst über das vorgelagerte Rohrleitungsnetz und schließlich über das überregionale Fernleitungsnetz der Antragstellerin zu nachgelagerten Netzen und Letztverbrauchern transportiert. Das vorgelagerte Rohrleitungsnetz steht im Eigentum der Erdgas Münster GmbH, während die Antragstellerin Eigentümerin des überregionalen Fernleitungsnetzes ist. Beide Netze sind technisch eng miteinander verbunden. Die Antragstellerin vermarktet den Netzzugang sowohl für das überregionale Fernleitungsnetz als auch für das vorgelagerte Rohrleitungsnetz.

Die Antragstellerin wurde zum 01.09.2005 als Erdgas Münster Transport GmbH & Co. KG gegründet und zum 20.02.2012 in Nowega GmbH umfirmiert. Sie betreibt ein rund 700 km langes Erdgas-Hochdruckleitungsnetz im norddeutschen Raum. Das Netz der Antragstellerin liegt im Marktgebiet der Gaspool.

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 zum Unternehmen und ihrer Eigentümerstellung, die Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, Erklärungen zur Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse und zum Eigentum am Transportnetz sowie Mitteilungen über die Unternehmensleitung und den Aufsichtsrat. Außerdem hat sie zwei Gutachten

Die Antragstellerin legt dar, alle Anforderungen an eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zu erfüllen.

Die Antragstellerin beantragt,

als unabhängiger Transportnetzbetreiber gemäß § 4a EnWG zertifiziert zu werden.

Mit Schreiben vom 13.03.2012 und vom 26.04.2012 ist die Antragstellerin aufgefordert worden, fehlende Unterlagen und Informationen zu übersenden. Dieser Aufforderung ist die Antragstellerin mit verschiedenen Schreiben und Emails im März, Mai und Juni 2012 nachgekommen. Am 14.06.2012 hat die Beschlusskammer mit der Antragstellerin zudem ein Anhörungstelefonat geführt, in dem alle relevanten Fragestellungen besprochen wurden.

Die Beschlusskammer hat einen Entscheidungsentwurf erstellt. Dieser wurde der Europäischen Kommission am 10.07.2012 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt. Die vollständigen Antragsunterlagen wurden bereits unter dem 02.05.2012 an die Europäische Kommission gesendet.

Die Europäische Kommission hat der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 06.09.2012 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: Hinsichtlich der Dienstleistungen des vertikal integrierten Unternehmens, der Erdgas Münster GmbH, an die Antragstellerin regt die Europäische Kommission an, die Erbringung sämtlicher Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH

durch die Erdgas Münster GmbH für die Antragstellerin nicht überzeugt sei. Sie fordert die Bundesnetzagentur auf, dies erneut zu prüfen. Betreffend die Anforderungen an die perso-

nelle Ausstattung für den Betrieb des Netzes stellt die Europäische Kommission infrage, [REDACTED]

[REDACTED]. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, dies erneut zu prüfen. Bezüglich der Nutzungsüberlassung [REDACTED]

[REDACTED] Antragstellerin, wendet die Europäische Kommission ein, dass die Möglichkeit einer Eigentumsübertragung der in Rede stehenden Infrastruktur von dem vertikal integrierten Unternehmen an die Antragstellerin [REDACTED]

[REDACTED] Zudem solle auch die Möglichkeit der Erbringung der entsprechenden Dienstleistungen durch dritte Dienstleister, geprüft werden. Im Hinblick auf die Inanspruchnahme von IT-Beratern und externen Auftragnehmern bezweifelt die Europäische Kommission die Übereinstimmung des EnWG mit den Vorgaben der Richtlinie 2009/73/EG („Gasrichtlinie“). Die Europäische Kommission sieht unter Bezug auf die Gasrichtlinie keinen Raum für die Einschätzung der Bundesnetzagentur auf Grundlage des EnWG. Die Beauftragung von externen IT-Beratern durch die Antragstellerin, die auch Dienstleistungen für das vertikal integrierte Unternehmen erbringen sei auch dann unzulässig, sofern die Auftragnehmer sicherstellen, dass die betreffenden Mitarbeiter ausschließlich für die Beratung der Antragstellerin eingesetzt werden. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, erneut zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die rechtfertigen, dass kein anderer Dienstleister als derjenige, der die Dienstleistung auch für das vertikal integrierte Unternehmen erbringt, für die Antragstellerin tätig wird. Gleiche Einwände werden von der Europäischen Kommission im Rahmen der Rechnungslegung hinsichtlich des von der Antragstellerin und dem vertikal integrierten Unternehmen in Anspruch genommenen Wirtschaftsprüfers erhoben. Entsprechend wird die Einsetzung einer anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bei der Antragstellerin gefordert. In Bezug auf die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung und des Personals wird die Übereinstimmung des EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie bezweifelt. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, erneut zu prüfen, ob der überwiegende Teil der Unternehmensleitung der Antragstellerin die Unabhängigkeitskriterien der Gasrichtlinie in vollem Umfang erfüllt. Gleiche Einwände erhebt die Europäische Kommission hinsichtlich des Erwerbs von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen durch die Unternehmensleitung und die Beschäftigten der Antragstellerin. Schließlich sei die Erfüllung der Unabhängigkeitskriterien durch die Mitglieder des Aufsichtsorgans der Antragstellerin, insbesondere der Mitglieder, die vor dem in § 10d Abs. 3 in Verbindung mit § 10c Abs. 2 EnWG normierten Stichtag ernannt wurden, nicht hinreichend dargelegt worden und insoweit eine erneute Prüfung durch die Bundesnetzagentur erforderlich.

Zu der Stellungnahme der Europäischen Kommission hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.09.2012 und vom 05.10.2012 Stellung genommen.

Die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen ist gemäß § 55 Abs. 1 EnWG über die Einleitung des Zertifizierungsverfahrens benachrichtigt worden.

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 vorbehaltlich der in Tenor Ziffer 2. vorgesehenen Auflagen zu erteilen. Die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Zertifizierung liegen vor oder es wird durch die in Tenor Ziffer 2. vorgesehenen Auflagen sichergestellt, dass die Voraussetzungen erfüllt werden. Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie entsprechend der Vorgaben in §§ 10 ff. EnWG organisiert ist.

Zur besseren Übersicht wird den folgenden Entscheidungsgründen eine Gliederung vorangestellt.

Gliederung

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung.....	6
1.1. Zuständigkeit.....	6
1.2. Zulässigkeit des Antrags.....	6
1.3. Beteiligte Behörden.....	7
1.4. Entscheidungsfrist.....	7
2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung.....	7
2.1. Betrieb eines Transportnetzes.....	7
2.2. Stichtag, Aufgaben und Rechtsform.....	8
2.2.1. Stichtag.....	9
2.2.2. Aufgaben des Unabhängigen Transportnetzbetreibers.....	9
2.2.3. Rechtsform.....	9
2.3. Vermögenswerte, Anlagen, Personalausstattung, Unternehmensidentität.....	10
2.3.1. Gewährleistung der Mittel für Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben.....	10
2.3.2. Eigentum an Vermögenswerten.....	10
2.3.3. Erforderliche Personalausstattung.....	14
2.3.4. Erbringung von Dienstleistungen.....	16
2.3.4.1. Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH.....	17
2.3.4.2. Dienstleistungen der Antragstellerin.....	20
2.3.4.3. Dienstleistungen der Gesellschafter von Erdgas Münster GmbH.....	20
2.3.5. Unternehmensidentität.....	22
2.3.6. Trennung von Informationstechnologie.....	22
2.3.7. Räumliche Trennung.....	27
2.3.8. Rechnungslegung.....	27
2.4. Rechte und Pflichten im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen.....	29

2.4.1. Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse	30
2.4.2. Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers	32
2.4.3. Tochterunternehmen	33
2.4.4. Gewährleistung der Mittel für Transportnetz	34
2.4.5. Marktüblichkeit der Vereinbarungen	35
2.5. Unabhängigkeit des Personals und der Unternehmensleitung	36
2.5.1. Mitteilung über Personal in der obersten Unternehmensleitung	36
2.5.2. Vorgaben zur Einstellung („Cooling On“)	37
2.5.3. Vorgang nach Beendigung („Cooling Off“)	39
2.5.4. Gewährleistung der Unabhängigkeit	40
2.5.5. Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen	40
2.5.6. Personen der zweiten Führungsebene	43
2.6. Aufsichtsrat	44
2.6.1. Gewährleistung eines Aufsichtsrats	44
2.6.2. Aufgabenbereich	44
2.6.3. Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats	45
2.7. Gleichbehandlungsprogramm und Gleichbehandlungsbeauftragter	46
2.8. Nebenbestimmungen (Tenor Ziffer 2.)	48
2.9. Feststellung (Tenor Ziffer 3.)	50
2.10. Genehmigungen und Zustimmungen (Tenor Ziffer 4)	50
2.11. Widerrufsvorbehalt (Tenors Ziffer 5)	51

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 Antrags

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 03.03.2012 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 10.07.2012 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 06.09.2012 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 06.09.2012 ist bei der Beschlusskammer am 10.09.2012 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 12.11.2012.

2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Die Entscheidung ist auch materiell rechtmäßig. Die Antragstellerin betreibt ein Transportnetz und ist deshalb zertifizierungspflichtig (siehe folgenden Abschnitt 2.1.). 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 2.2. bis 2.7.). Sie hat daher einen Anspruch auf Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber. Die Entscheidung war unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens mit Nebenbestimmungen zu versehen (siehe folgende Abschnitte 2.8. und 2.11.). Zudem waren eine Feststellung zur zweiten Führungsebene im Unternehmen der Antragstellerin zu treffen (siehe folgenden Abschnitt 2.9.) und die sonstigen Genehmigungen und Zustimmungen zu erteilen (siehe folgenden Abschnitt 2.10.)

2.1. 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 das Netz der Antragstellerin wird zum größten Teil mit Gasmengen aus inländischer Produktion über das vorgelagerte Rohrleitungsnetz aufgespeist. Die Antragstellerin ist marktgebietsaufspannender Netzbetreiber im Marktgebiet Gaspool, das gemeinschaftlich von den Netzbetreibern DONG Energy Pipelines GmbH, GASCADE Gastransport GmbH, Gastransport Nord GmbH, Gasunie Deutschland Transport Services GmbH, der Antragstellerin, ONTRAS – VNG Gastransport GmbH und Jordgas Transport GmbH betrieben wird.

2.2. Stichtag, Aufgaben und Rechtsform

Die Voraussetzungen 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 2.2.1.), die

Antragstellerin nimmt bestimmte Mindestaufgaben eigenverantwortlich wahr (siehe folgenden Abschnitt 2.2.2.) und ist in einer zulässigen Rechtsform organisiert (siehe folgenden Abschnitt 2.2.3.).

2.2.1. Stichtag

Die Einrichtung eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers ist vorliegend möglich, denn das Transportnetz der Antragstellerin stand zum maßgeblichen Zeitpunkt, dem 03.09.2009, im Eigentum des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens Erdgas Münster GmbH (§ 10 Abs. 1 S. 1 EnWG). Die Antragstellerin wurde 2005 als 100%ige Tochter der Erdgas Münster GmbH gegründet. Sie betreibt ein rund 700 km langes Erdgas-Hochdruckleitungsnetz im norddeutschen Raum.

Das Bestandsnetz wurde zwischen dem Stichtag 03.09.2009 und heute in geringem Umfang durch Leitungszukäufe bzw. Neuanschlüsse zweier Biogaseinspeiseanlagen erweitert, die mit dem Bestandsnetz physisch verbunden sind. Der Umfang des privilegierten Transportnetzes erstreckt sich über das gesamte Bestandsnetz inklusive der Erweiterung des Bestandsnetzes, die mit dem Bestandsnetz physisch verbunden sind.

2.2.2. 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.

Insbesondere werden Aufgaben der Vertretung der Antragstellerin gegenüber Dritten und der Regulierungsbehörde sowie der Vertretung des UTB innerhalb des Europäischen Verbunds der Übertragungs- und Transportnetzbetreiber wahrgenommen. Zudem erhebt die Antragstellerin transportnetzbezogene Entgelte, bearbeitet eigenständig alle Rechtsfragen für das Unternehmen in der eigenen Stabstelle „Gleichbehandlung & Recht“, verfügt über eine eigene Buchhaltung sowie über eine Abteilung „Netzvertrieb & IT“, die unter anderem auch die Betreuung der bei der Antragstellerin vorhandenen Informationstechnologie wahrnimmt.

2.2.3. Rechtsform

Die Antragstellerin ist als GmbH und damit in einer nach § 10 Abs. 2 S. 2 EnWG zulässigen Rechtsform organisiert. Die Errichtung der „Nowega GmbH“ wurde am 29.12.2011 beurkundet. Die Eintragung im Handelsregister erfolgte zum 29.03.2012. Durch Vorlage des Handelsregisterauszuges wurde die zulässige Rechtsform der Antragstellerin nachgewiesen (siehe Anlage 3.1 des Antrags).

2.3. Vermögenswerte, Anlagen, Personalausstattung, Unternehmensidentität

Die Antragstellerin ist entsprechend der besonderen Vorgaben für Unabhängige Transportnetzbetreiber in § 10a EnWG organisiert. Insbesondere verfügt sie über die erforderlichen Mittel zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben (siehe folgenden Abschnitt 2.3.1.), ist Eigentümerin der notwendigen Vermögenswerte (siehe folgenden Abschnitt 2.3.2.) und besitzt die erforderliche personelle Ausstattung (siehe folgenden Abschnitt 2.3.3.). Die Erbringung von Dienstleistungen vom und für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ist überwiegend entsprechend der gesetzlichen Vorgaben beschränkt (siehe folgenden Abschnitt 2.3.4.). Eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen wurde ausgeschlossen (siehe folgenden Abschnitt 2.3.5.). Die Antragstellerin hat des Weiteren sichergestellt, dass Informationstechnologie, Büro- und Geschäftsräume und die Rechnungslegung weitestgehend vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen getrennt wurden (siehe folgende Abschnitte 2.3.6., 2.3.7. und 2.3.8.). Soweit hinsichtlich der Dienstleistungen und der Informationstechnologie noch Umsetzungsdefizite bestehen, kann die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch Auflagen sichergestellt werden.

2.3.1. 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).

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.

Des Weiteren hat die Antragstellerin nachgewiesen, 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.

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.

2.3.2. Eigentum an Vermögenswerten

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie in ihrer Eigenschaft als Transportnetzbetreiber unmittelbar (beziehungsweise vermittelt durch Beteiligungen) Eigentümerin aller für den

Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerte einschließlich des Transportnetzes ist (§ 10a Abs. 1 S. 2 EnWG).

(1) Die Antragstellerin ist unmittelbare Eigentümerin der für das Transportnetz direkt erforderlichen Betriebsmittel, insbesondere des Gastransportleitungssystems. Den überwiegenden Teil des Transportnetzes hält sie im Alleineigentum, vereinzelt besteht Bruchteilseigentum.

(siehe Anlagen 11.5-2 und 11.5-3 des Antrags). Die Übertragung des Eigentums der Leitungen und Stationen des Transportnetzes ist durch Einbringungsvertrag vom 29.12.2011 mit Wirkung zum 01.01.2012 erfolgt.

(2) Neben dem direkt erforderlichen Eigentum weist die Antragstellerin auch indirekt erforderliche Betriebsmittel auf. Hierbei handelt es sich um das sogenannte zentrale Prozessnetz.

Technische Rahmenbedingungen sowie Aspekte der Betriebssicherheit erfordern

(siehe Anlage 11.2-2 des Antrags). Hier ist unter anderem auch geregelt, dass Informationen der Antragstellerin bzw. der Erdgas Münster GmbH lediglich von den eigenen Mitarbeitern eingesehen werden können (siehe §§ 4 und 5 Nutzungsüberlassungsvertrag, Anlage 11.2-2 des Antrags).

In ihrer Stellungnahme vom 06.09.2012 fordert die Europäische Kommission, dass die Möglichkeit einer Eigentumsübertragung des Prozessnetzes von dem vertikal integrierten Unternehmen an die Antragstellerin verbunden mit einer Erbringung von

Zudem solle auch die Möglichkeit der Erbringung der entsprechenden

Dienstleistungen durch Dritte, nicht mit dem vertikal integrierten Unternehmen verbundene Dienstleister, geprüft werden.

In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 24.09.2012 und vom 05.10.2012 ist die Antragstellerin hierauf eingegangen und hat klargestellt,

[REDACTED]

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 aller rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte unter Berücksichtigung der Vor- und Nachteile der unterschiedlichen

[REDACTED]

2.3.3. Erforderliche Personalausstattung

Die Antragstellerin verfügt über die für den Betrieb des Netzes notwendige personelle Ausstattung, um als Fernleitungsnetzbetreiber unabhängig alle Aufgaben wahrnehmen zu können und entspricht somit den Anforderungen des § 10a Abs. 1 S. 1 EnWG. Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie über die für den Betrieb des Netzes nötige personelle Ausstattung verfügt, um als Fernleitungsnetzbetreiber unabhängig alle Aufgaben wahrnehmen zu können.

(1) Zur Ermittlung der für den Betrieb des Netzes notwendigen Personalausstattung führte die Antragstellerin eine detaillierte Aufgaben- und Prozessanalyse durch, aus der eine erforderliche Personalausstattung von [REDACTED] Mitarbeitern resultierte. Als Konsequenz stockte die Antragstellerin ihre Personalausstattung [REDACTED] Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Einreichung des Zertifizierungsantrags zum 03.03.2012 auf. Die Antragstellerin trägt vor, dass aufgrund des bestehenden Mangels an technischen Fachkräften die Besetzung der Stellen im Bereich Netztechnik zum 03.03.2012 noch nicht abgeschlossen werden konnte. Eine entsprechende Einstellung der weiteren [REDACTED] Mitarbeiter sei allerdings bis Mitte 2012 vorgesehen.

Zwischenzeitlich zeigte die Antragstellerin der Beschlusskammer die Besetzung zweier Stellen an:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

(2) Die vergleichsweise geringe Mitarbeiterzahl begründet die Antragstellerin auch durch die Organisation der technischen Maßnahmen des Netzbetriebes vor Ort über Dienstleistungsverträge mit Dritten, die selbst Betreiber von Gashochdruckrohrleitungen sind. Den vorgelegten Informationen zur durchgeführten Aufgaben- und Prozessanalyse (siehe Anlagen 4.1-3 und 4.1-4 des Antrags) ist insoweit zu entnehmen, dass die eigene Aufgabenwahrnehmung der Antragstellerin durch eine Personalausstattung von [REDACTED] Mitarbeitern ergänzt durch Dienstleistungen Dritter möglich ist.

Zu den Aufgaben, die jeder Transportnetzbetreiber eigenverantwortlich wahrnehmen muss, gehören nicht nur die Abwicklung von Netzzugang, Netzanschluss und Netzausbau (siehe Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 des EnWG), sondern auch die Aufgaben des in § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG aufgeführten Aufgabenkatalogs, wie z.B. die Erhebung transportnetzbezogener Entgelte sowie die eigenständige Bearbeitung aller Rechtsfragen für das Unternehmen (siehe oben Abschnitt 2.2.2.). Diese Aufgabenerfüllung wird zwar durch die ergänzende Inanspruchnahme von Dienstleistungen gewährleistet, allerdings werden die Kernaufgaben des Fernleitungsnetzbetreibers durch das eigene Personal erfüllt. So sind derzeit [REDACTED] Mitarbeiter für den technischen Bereich, [REDACTED] Mitarbeiter für den Netzvertrieb und IT, [REDACTED] Mitarbeiter für das Energiedatenmana-

gement, [REDACTED] Mitarbeiter für kaufmännische Tätigkeiten, [REDACTED]
[REDACTED]

(3) Zudem hat die Antragstellerin erklärt, dass im Fall [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

(4) Die Antragstellerin hat darüber hinaus dargelegt, dass ihr weder vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen (der Erdgas Münster GmbH) Personal im Wege der Arbeitnehmerüberlassung zur Verfügung gestellt wird, noch sie als Transportnetzbetreiberin dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen selbst oder einem seiner Tochterunternehmen Arbeitnehmer durch Überlassung zur Verfügung stellt (§ 10a Abs. 2 EnWG).

(5) In ihrer Stellungnahme vom 06.09.2012 stellt die Europäische Kommission in Frage, ob [REDACTED] Mitarbeiter für einen zuverlässigen und sicheren Betrieb des Netzes der Antragstellerin als ausreichend betrachtet werden können. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur daher auf, erneut zu prüfen, ob die vorgeschlagene Mitarbeiterzahl von [REDACTED] Mitarbeitern für einen zuverlässigen und sicheren Betrieb des Netzes ausreicht.

Die Antragstellerin stellt in ihrem Schreiben vom 24.09.2012 zunächst klar, dass entgegen der Stellungnahme der Europäischen Kommission die Besetzung sämtlicher eingeplanter Stellen bereits abgeschlossen sei. Die insoweit noch bestehenden Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH an die Antragstellerin seien lediglich noch für eine Einarbeitung bzw. Qualifizierung der eingestellten Mitarbeiter der Antragstellerin erforderlich (siehe Schreiben der Antragstellerin vom 24.09.2012 sowie weitere Ausführungen in Abschnitt 2.3.4.1). Sodann führt die Antragstellerin aus, dass ihr Aufsichtsrat in seiner ersten und dritten Sitzung darüber informiert worden sei, dass die Geschäftsführung der Antragstellerin den Stellenplan auf [REDACTED] Mitarbeiter erweitert habe. In beiden Sitzungen habe der Aufsichtsrat die Sichtweise der Antragstellerin bestätigt, dass es sich bei Entscheidungen dieser Art um Entscheidungen betreffend das laufende Geschäft handele, die ausschließlich von der Unternehmensleitung der Antragstellerin zu treffen seien.

Die Beschlusskammer teilt die grundsätzliche Auffassung der Kommission, dass ein Fernleitungsbetreiber über die für den sicheren Betrieb des Netzes nötige personelle Ausstattung zu verfügen hat und, sollte er Aufgaben nach außen vergeben, stets in der Lage sein muss, die ordnungsgemäße Durchführung dieser Aufgaben wirksam zu überwachen und nachzuprüfen. Dies gilt im Übrigen nach der Überzeugung der Beschlusskammer vollkommen unabhängig davon, ob sich der Fernleitungsnetzbetreiber als Eigentumsrechtlich Entflochtener Transportnetzbetreiber oder als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zertifizieren lässt. Denn es macht für den sicheren Netzbetrieb keinen Unterschied, welches Entflechtungsmodell gewählt wurde.

Folglich können auch die Anforderungen nur einheitlich bestimmt und angewendet werden, so dass die Beschlusskammer auch Mitarbeiterzahlen vergleichbarer Fernleitungsnetzbetreiber heranzieht, wenn sie im Rahmen des Eigentumsrechtlich Entflochtenen Transportnetzbetreiber-Modells zertifiziert wurden und dies von der Kommission nicht beanstandet wurde. Diese Vergleiche zeigen, dass bei kleineren Netzbetreibern, die für ihre Aufgabenerbringung regelmäßig eine Vielzahl von Dienstleistungen in Anspruch nehmen, ein sicherer und entflechtungskonformer Netzbetrieb auch mit einer geringen Anzahl von eigenen Mitarbeitern gewährleistet werden kann. Jedenfalls steht auch nach nochmaliger Prüfung zur Überzeugung der Beschlusskammer fest, dass Zweifel an der erforderlichen Personalausstattung der Antragstellerin nicht begründet sind. Die Antragstellerin nimmt für wichtige Aufgaben (z.B. Bilanzierung, Kapazitätsvermarktung, Organisation der technischen Maßnahmen des Netzbetriebes vor Ort) Dienstleister in Anspruch, so dass auch mit Blick auf die Größe des Netzes der Antragstellerin und die Anzahl ihrer Transportkunden eine jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt ausreichende Personalausstattung zu konstatieren ist.

Zudem hat die Antragstellerin ausreichend nachgewiesen, dass sie im Fall sich veränderter Aufgaben und sich abzeichnender Personalengpässe eine entsprechende Aufstockung der Personalausstattung vornehmen wird. Die unverzügliche Reaktion der Geschäftsführung der Antragstellerin auf den sich in der Zwischenzeit angedeuteten personellen Mehrbedarf aufgrund aktueller Marktentwicklungen mit einer Aufstockung der personellen Ausstattung überzeugt die Beschlusskammer, dass die Geschäftsführung auch in Zukunft weiterhin auf einen sich verändernden personellen Bedarf entsprechend reagieren wird, um stets über die personelle Ausstattung für einen zuverlässigen und sicheren Betrieb des Netzes zu verfügen.

2.3.4. Erbringung von Dienstleistungen

Die Erbringung von Dienstleistungen vom und für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ist überwiegend entsprechend der gesetzlichen Vorgaben beschränkt. Im Übrigen kann die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch Auflagen sichergestellt werden. Die Antragstellerin hat die im Zeitpunkt der Antragstellung

beenden (siehe Abschnitt 2.3.4.1.). Zudem hat die Antragstellerin erklärt, dass sie Dienstleistungen für die Erdgas Münster GmbH erbringt, die sie diskriminierungsfrei auch Dritten anbietet (siehe Abschnitt 2.3.4.2.). Die Antragstellerin trägt vor, dass darüber hinaus Dienstleistungen der Gesellschafter der Erdgas Münster GmbH bestehen, die allerdings entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden seien, da die Gesellschafter weder Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens noch ein Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens seien (siehe Abschnitt 2.3.4.3.).

2.3.4.1. Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH

Die Antragstellerin nimmt derzeit noch Dienstleistungen vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen (Erdgas Münster GmbH) in Anspruch, so dass sie den Vorgaben des § 10a Abs. 3 Satz 1 EnWG bisher noch nicht vollständig entspricht. Nach Würdigung der vorgebrachten Argumente der Antragstellerin für die dringende Notwendigkeit dieser Dienstleistungen von der Erdgas Münster GmbH und der Abwägung der mit den entflechtungsrechtlichen Vorschriften verbundenen Ziele macht die Beschlusskammer von ihrem Ermessensspielraum Gebrauch und erteilt die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. a) unter der Auflage, dass die Erbringung von Dienstleistungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (Erdgas Münster GmbH) [REDACTED]

(1) Bei diesen noch bestehenden Dienstleistungsverhältnissen handelt es sich um eine vorübergehende Inanspruchnahme von Dienstleistungserbringungen durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. [REDACTED]

[REDACTED]

Die Antragstellerin hat den aktuellen Umfang der Dienstleistungsverhältnisse mit der Erdgas Münster GmbH sowie den vorgesehen zeitlichen Abbau mit den jeweiligen Stufen umfänglich beschrieben (siehe Anlagen 5.1-2 und 5.3-1 des Antrags) [REDACTED]

[REDACTED]

(2) Die dringende Notwendigkeit für die vorübergehende Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH resultiert nach den Ausführungen der Antragstellerin insbesondere aus einem Mangel an Personalressourcen mit ausreichender Qualifikation zur Erfüllung der technischen Aufgaben. [REDACTED]

[REDACTED]




[REDACTED]

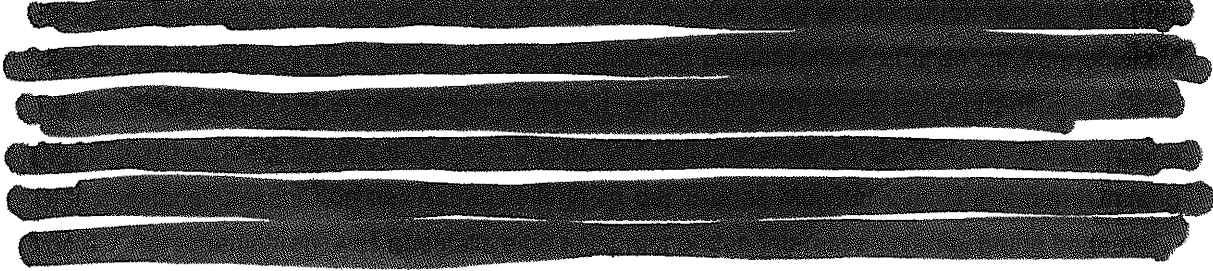
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Stattdessen schlägt sie vor, die Möglichkeit eines zeitlich befristeten Mitarbeiterleasings der Antragstellerin von der Erdgas Münster GmbH verbunden mit der vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen der Antragstellerin an die Erdgas Münster GmbH mithilfe der geleasteten Mitarbeiter in Erwägung zu ziehen.

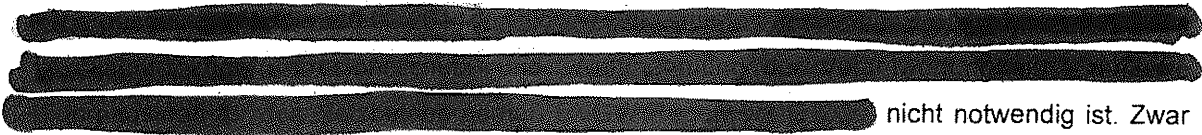
Mit Schreiben vom 24.09.2012 hat die Antragstellerin hierzu Stellung genommen und zunächst klargestellt, dass entgegen der Stellungnahme der Europäischen Kommission die Besetzung sämtlicher eingeplanter Stellen bereits abgeschlossen sei. Die noch bestehenden Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH an die Antragstellerin und somit die im Entwurf der Zertifizierungsentscheidung vorgesehene Fristen 30.06.2013 und 30.06.2014 seien lediglich noch für eine Einarbeitung bzw. Qualifizierung der eingestellten Mitarbeiter der Antragstellerin erforderlich (siehe Schreiben der Antragstellerin vom 24.09.2012 sowie weitere Ausführungen in Abschnitt 2.3.3). Bezogen auf die Möglichkeit, das Personal der Erdgas Münster GmbH über ein Leasing-



modell vorübergehend auf die Antragstellerin zu übertragen, hat die Antragstellerin vorgetragen, dass es sich zwar lediglich um  Personenjahre handle, diese allerdings von  erbracht werden müssen 




(5) Die noch bestehenden Dienstleistungen der Erdgas Münster an die Antragstellerin stellen einen sehr geringen Anteil der zu erfüllenden Aufgaben des Fernleitungsnetzbetreibers dar. Daher sieht die Beschlusskammer die Entflechtungsziele durch den geplanten schrittweisen Abbau dieser Dienstleistungen nicht gefährdet. Eine lediglich vorübergehende Inanspruchnahme dieser Dienstleistung der Erdgas Münster GmbH gegenüber der Antragstellerin ist jedenfalls unter Ermessensgesichtspunkten hinnehmbar, zumal vertraglich geregelt und damit sichergestellt ist, dass sensible Informationen über das Transportgeschäft oder über die Transportkunden der Antragstellerin nicht an Erdgas Münster GmbH gelangen dürfen und die Gleichbehandlungsbeauftragte Zugang zu allen für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Daten und zu den Geschäftsräumen auch der Erdgas Münster GmbH hat, so dass sie die Einhaltung entflechtungsrechtlicher Vorgaben bzw. ein Nichtvorliegen entflechtungsrelevanter Verstöße prüfen kann (siehe Abschnitt 2.7.).

Nach einer erneuten Prüfung der Übergangsfristen zum Abbau der noch bestehenden Dienstleistungen ist die Beschlusskammer allerdings zu der Auffassung gelangt, dass eine verlängerte



 nicht notwendig ist. Zwar schließt sich die Beschlusskammer den Argumenten der Antragstellerin gegen ein zeitlich befristetes Mitarbeiterleasing der Antragstellerin von der Erdgas Münster GmbH verbunden mit der vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen der Antragstellerin an die Erdgas Münster GmbH mithilfe der geleasteten Mitarbeiter an. 



2.3.4.2. 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 (Erdgas Münster GmbH). Diese Dienstleistungen betreffen den Zugang zum vorgelagerten Rohrleitungsnetz der Erdgas Münster GmbH und umfassen im Wesentlichen die Vermarktung von Kapazitäten sowie die Ermittlung und Bereitstellung von abrechnungsfähigen Energiedaten für die Transportkunden (siehe Dienstleistungsvertrag zwischen der Antragstellerin und Erdgas Münster GmbH, Anlage 5.3-2 des Antrags).

(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 die angebotene Dienstleistung mit den wesentlichen Prozessen als auch die Kriterien, nach denen die Vergütung der Dienstleistung bemessen wird, dargestellt. Auf Nachfrage bei der Antragstellerin werden interessierten Dritten die auf Basis der veröffentlichten Kriterien kalkulierten Leistungsentgelte individuell übersendet. Zusätzlich hat die Antragstellerin den Dienstleistungsvertrag mit der Erdgas Münster GmbH, aus dem sowohl eine Beschreibung der Dienstleistung als auch die mit der Erdgas Münster GmbH vereinbarte Vergütung hervorgeht, der Beschlusskammer zur Prüfung vorgelegt (siehe Anlage 5.3-2 des Antrags).

Vorsorglich weist die Beschlusskammer darauf hin, dass eine Anpassung des Dienstleistungsvertrags im Rahmen der Zertifizierung 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).

2.3.4.3. Dienstleistungen der Gesellschafter von Erdgas Münster GmbH

Die Dienstleistungen der Gesellschafter der Erdgas Münster GmbH, [REDACTED] für die Antragstellerin sind entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden, sie unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des § 10a Abs. 3 EnWG.

(1) [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Der Umfang der Dienstleistung richtet sich nach den Anforderungen der Gashochdruckleitungsverordnung in Verbindung mit den technischen Regeln des DVGW Regelwerks.

(2) Diese Dienstleistungen [REDACTED] entfalten keine entflechtungsrechtliche Relevanz. Denn die [REDACTED] erbringenden Unternehmen / Gesellschaften sind weder Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens noch sind sie ein Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens.

Mit dem neuen EnWG wurde die Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens dahingehend ergänzt, dass zur Beurteilung der vertikalen Integration auf die Europäische Union abzustellen ist. Ebenfalls neu ist die Einschränkung, dass nur solche Unternehmen dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zugerechnet werden, die selbst Elektrizitäts- oder Gasunternehmen sind. Ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen setzt daher voraus, dass

- ein Elektrizitäts- oder Gasunternehmen zumindest mit einem weiteren Elektrizitäts- oder Gasunternehmen durch Beherrschung verbunden ist (Kontrollkriterium),
- zumindest ein Unternehmen ein Netzbetreiber ist und mindestens eins der mit dem Netzbetreiber verbundenen Unternehmen gleichzeitig eine Funktion in den Wettbewerbsbereichen wahrnimmt (Aktivitätskriterium) und schließlich
- diese beiden Unternehmen in der Europäischen Union tätig sind (Geographisches Kriterium).

(3) Die Antragstellerin trägt vor, dass zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen neben der Antragstellerin selbst die Erdgas Münster GmbH, sowie die GHG Gasspeicher Hannover GmbH, an der die Erdgas Münster GmbH [REDACTED] [REDACTED] Anteile hält, gehören (siehe Ziffer 3.1.1.2 des Antrags). Mangels Kontrolle zählten die Gesellschafter der Erdgas Münster GmbH nicht zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen. Zum Nachweis legt die Antragstellerin zwei juristische Gutachter [REDACTED] [REDACTED] (siehe Anlagen 1.1-1 und 1.1.-6 des Antrags) sowie weitere Informationen zu den Entscheidungen der Gesellschafter der Erdgas Münster GmbH (siehe Anlagen 1.1-7 bis 1.1-9 des Antrags) vor.

Die Antragstellerin hat mit dem Gutachten [REDACTED] überzeugend dargelegt, dass kein einzelner Gesellschafter Kontrolle über Erdgas Münster GmbH ausüben kann. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
Auf Nachforderung der Beschlusskammer hat die Antragstellerin daher ein ergänzendes Gutachten vorgelegt, [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
Die Antragstellerin hat somit insgesamt zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, dass das Kontrollkriterium im Zusammenhang mit den Gesellschaftern der Erdgas Münster GmbH nicht vorliegt. Insoweit schließt sich die Beschlusskammer der Argumentation der Antragstellerin an, dass keine Ausdehnung des Begriffs des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens auf einen, mehrere oder alle Gesellschafter der Erdgas Münster GmbH erfolgt kann.

2.3.5. Unternehmensidentität

Die Antragstellerin hat außerdem zur Überzeugung der Beschlusskammer nachgewiesen, 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).

So trägt die Antragstellerin vor, dass sie zur Stärkung der Unabhängigkeit über eine eigene und unabhängige Außenkommunikation verfüge. Eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen sei aufgrund der autonomen Marke bzw. Markenpolitik (siehe Anlagen 6.2-1 und 6.2-2 des Antrags), des unabhängigen Logos und der Gestaltungselemente sowie aufgrund der Verwendung von eigenständigen Kommunikationsmitteln, wie Telekommunikationsanbindung, Webaufttritt und Mail-Domain, ausgeschlossen (siehe Anlagen 6.1 und 6.3 des Antrags). Zudem sei der Firmenname nicht mit einer Firma des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens verwechselbar. Die Bild-/Wortmarke „Wir transportieren Gas. nowega“ ist seit dem 11.01.2012 als eigenständige Marke (Vr. 30 2011 058 823.6/39 der dpma-Urkunde) in das Register des Deutschen Patent- und Markenamtes eingetragen worden. Anmelder und Eigentümer der eingetragenen Wort-/ Bildmarke ist die Antragstellerin.

2.3.6. Trennung von Informationstechnologie

Die Antragstellerin hat ihr Konzept zur Trennung der Informationstechnologie dargelegt und erklärt, dass die vollständige IT-Trennung zum [REDACTED] abgeschlossen sein wird. Insoweit

erfüllt die Antragstellerin die Vorgaben des § 10a Abs. 5 EnWG derzeit noch nicht uneingeschränkt.

(1) Nach § 10a Abs. 5 EnWG ist die gemeinsame Nutzung von IT-Anwendungssystemen untersagt, wenn diese auf die Besonderheiten entweder des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder des Transportnetzbetreibers angepasst wurden (§ 10a Abs. 5 S. 1 EnWG). 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) Da der Prozess zur Trennung der Informationstechnologie zwar sehr weit fortgeschritten, aber noch nicht abgeschlossen ist, erteilt die Beschlusskammer im Rahmen ihres Ermessensspielraums die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. b) unter der Auflage, [REDACTED]

[REDACTED] Die Antragstellerin hat die Beschlusskammer über den Vollzug unverzüglich zu unterrichten.

Die Beschlusskammer hat im Entwurf der Zertifizierungsentscheidung entsprechend dem im Zertifizierungsantrag eingereichten Zeitplan zunächst eine Frist zur vollständigen Trennung der Informationstechnologien bis zum [REDACTED] vorgesehen. Im Telefonat vom 28.08.2012 sowie mit Schreiben vom 29.08.2012 hat die Antragstellerin über den Stand der Trennung von Informationstechnologien berichtet. Der überwiegende Teil des Prozesses zur Trennung der Informationstechnologien sei demnach abgeschlossen. Die Antragstellerin hat zur Überzeugung der Beschlusskammer jedoch dargestellt, dass unter anderem aufgrund der Notwendigkeit einer Fehlerbehebung eine vollständige Umsetzung der noch verbleibenden Trennungsschritte erst [REDACTED] Aus Sicht der Beschlusskammer ist eine vorübergehende Hinnahme dieses nicht entflechtungskonformen Zustandes auch bei einer [REDACTED] Verlängerung der Umsetzungsfrist hinnehmbar. Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine bewusste Verzögerung durch die Antragstellerin, so dass die Zertifizierung unter der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2. lit. b) erteilt wird.

(3) Soweit die Antragstellerin Infrastruktur der Informationstechnologie gemeinsam mit anderen Teilen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens nutzt, liegen jedenfalls die Voraussetzungen des § 10a Abs. 5 S. 2 EnWG vor. 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.

Die Antragstellerin hat der Beschlusskammer erläutert, mit welchen externen Beratern sie selbst bzw. das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zusammenarbeitet (siehe Anlagen 7.1 bis 7.3 des Antrags). 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. Sondern auch die Organisationsstruktur des Beratungsunternehmens muss sicherstellen, dass die ganze betroffene Organisationseinheit für den Transportnetzbetreiber aber nicht für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen Leistungen beratend tätig wird. Dieser Organisationseinheit müssen die Mitarbeiter auch dauerhaft zugeordnet sein. Die [REDACTED]

(4) In der Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 06.09.2012 wurde die Übereinstimmung des EnWG mit den Vorgaben der europäischen Gasrichtlinie (2009/73/EG) hinsichtlich der Inanspruchnahme von IT-Beratern und externen Auftragnehmern bezweifelt. Die Europäische Kommission sehe 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, sofern die Auftragnehmer sicherstellen, 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 auch für das vertikal integrierte Unternehmen erbringe, für die Antragstellerin tätig werde.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 24.09.2012 vorgetragen, sie habe die Vorbereitung auf das Zertifizierungsverfahren auf Basis der Anforderungen des EnWG vom 04.08.2011 sowie des Hinweispapiers der Bundesnetzagentur vom 12.12.2011 vorgenommen. Dabei habe sie sichergestellt, dass sie und die Erdgas Münster GmbH mit unterschiedlichen Beratern zusammenarbeiten würden. Hierbei sei auf die natürlichen nicht auf die juristischen Personen abgestellt worden, so dass die Vorschriften des EnWG eingehalten werden.

Die Beschlusskammer hat die Rechtsauffassung der Kommission bei ihrer rechtlichen Analyse berücksichtigt. Auch die Formulierung der Richtlinie 2009/73/EG 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 Auslegungsspiel-

raum 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 (siehe Anlage 7.4-1 des Zertifizierungsantrags) erbracht. Die aufgeführten Unternehmen wurden von der Antragstellerin angeschrieben und auf die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben gemäß § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG hingewiesen. Die Schreiben wurde dem Antrag ebenso beigelegt (siehe Anlagen 7.4-2 bis 7.4-12 des Antrags). Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dies die Unabhängigkeit der Antragstellerin beeinträchtigt.

2.3.7. Räumliche Trennung

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie die räumliche Trennung vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen entsprechend § 10a Abs. 6 EnWG gewährleistet.

Sie hat eigene Büro- und Geschäftsräume angemietet (siehe Anlagen 8.3-1 und 8.3-2 des Antrags), so dass keine Verbindung mehr mit dem Bürogebäude des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besteht (siehe Anlagen 8.1-1 und 8.1-2 des Antrags). Sowohl die Adresse als auch der Eingang zu den Büro- und Geschäftsräumen sind vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen getrennt. Zudem verfügen die Büro- und Geschäftsräume über ein eigenes Zugangskontrollsystem, mit dem sichergestellt werden kann, dass ausschließlich die Beschäftigten der Antragstellerin Zugang zu den Räumlichkeiten haben (siehe Anlage 8.2 des Antrags).

2.3.8. Rechnungslegung

Die Antragstellerin hat belegt, dass sie die Anforderungen des § 10a Abs. 7 EnWG an die Rechnungslegung erfüllt. So trägt die Antragstellerin vor, dass sie die Rechnungslegung von anderen Abschlussprüfern, d.h. von anderen natürlichen Personen als denen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens prüfen lassen werde (siehe Anlage 9.1-1 des Antrags). Hierzu hat die Antragstellerin ein Schreiben der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft [REDACTED] vorgelegt, wonach [REDACTED] „andere“ natürliche Personen i.S. des § 10a Abs. 7 EnWG einsetzt und sensible Informationen vertraulich behandelt sowie nicht an das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen übermittelt (siehe Anlage 9.1-2 des Antrags).

Zwar arbeiten die Antragstellerin und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen bezüglich der Rechnungslegung mit derselben Wirtschaftsprüfungsgesellschaft [REDACTED] [REDACTED] zusammen. 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). Dies ergibt sich auch bei systematischer Auslegung, da etwa § 1 des Gesetzes über eine Berufsord-

nung der Wirtschaftsprüfer (WiPrO) trennscharf zwischen Wirtschaftsprüfern und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften unterscheidet.

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 auch bei der Inanspruchnahme gleicher IT-Unternehmen, siehe Ausführungen unter der Ziffer 2.3.6, wird die Übereinstimmung des EnWG mit den Vorgaben der europäischen Gasrichtlinie (2009/73/EG) bezweifelt. Entsprechend wird von der Europäischen Kommission die Einsetzung einer anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bei der Antragstellerin gefordert, es sei denn es kann ein Nachweis erbracht werden, dass kein anderer Dienstleister als derjenige, der die Dienstleistung auf für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erbringt, tätig werden kann.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 24.09.2012 vorgetragen, sie habe die Vorbereitung auf das Zertifizierungsverfahren auf Basis der Anforderungen des EnWG vom 04.08.2011 sowie des Hinweispapiers der Bundesnetzagentur vom 12.12.2011 vorgenommen. Dabei habe sie sichergestellt, dass sie und die Erdgas Münster GmbH mit unterschiedlichen Wirtschaftsprüfern zusammenarbeiten. Hierbei sei auf die natürlichen, nicht auf die juristischen Personen abgestellt worden, so dass die Vorschriften des EnWG eingehalten werden.

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 der Ziffer 2.3.6. – zu dem Ergebnis, dass die Formulierung der Richtlinie im Einklang mit der deutschen Gesetzgebung in § 10 a Abs. 7 EnWG steht. In der Richtlinie 2009/73/EG 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 be-

zogen 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 sogenannte 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 den Anlagen 9.1-1 und 9.1-2 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.

2.4. Rechte und Pflichten im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen

Die Antragstellerin ist weitestgehend mit den erforderlichen Rechten und Pflichten ausgestattet, mit denen ihre Unabhängigkeit im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nach § 10b EnWG gewährleistet wird. Eine Einschränkung 


umfassenden wirksamen Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Fragen besitzt (siehe folgenden Abschnitt 2.4.1.). Die Unabhängigkeit der Antragstellerin in Struktur und Satzung ist dagegen gewährleistet (siehe folgenden Abschnitt 2.4.2.). Eine indirekte Beeinflussung der Antragstellerin durch Beteiligung an oder von dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder dessen Tochterunternehmen liegt nicht vor (siehe folgenden Abschnitt 2.4.3.). Des Weiteren ist sichergestellt, dass die Antragstellerin jederzeit über die erforderlichen Mittel für Errichtung, Betrieb und Erhalt des Netzes verfügt (siehe folgenden Abschnitt 2.4.4.). Die Vereinbarungen mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen sind marktüblich ausgestaltet (siehe folgenden Abschnitt 2.4.5.).

2.4.1. Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse

Die Antragstellerin trägt vor, dass gewährleistet sei, dass sie wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besitze und diese im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen unabhängig von der Leitung und den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben könne (§ 10b Abs. 1 Satz 1 EnWG). Aufgrund [REDACTED] mit den entsprechenden Klauseln überzeugt dieser Vortrag die Beschlusskammer nicht, so dass die Zertifizierung unter der nachfolgend noch erläuterten Auflage gemäß Tenor Ziffer 2. lit. c) erteilt wird.

(1) Die Antragstellerin legt zwar dar, dass sie die Befugnis besitze, sich zusätzliche Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt durch Aufnahme von Darlehen oder durch eine Kapitalerhöhung zu beschaffen (Anlage 10.7 des Antrags). Im Zusammenhang [REDACTED] dass ihre Entscheidungsbefugnisse in den mit den Vertragspartnerinnen vereinbarten BTG-Verträgen nicht unzulässig beschränkt und zum Teil explizit geregelt seien (siehe 10.6-1 und 10.6-2 des Antrags). Zusätzlich liegt eine Erklärung der Erdgas Münster GmbH vor, worin diese versichert, dass die Antragstellerin als Unabhängiger Transportnetzbetreiber alle wirksamen Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte besitzt und diese im Rahmen der Bestimmungen des EnWG und ohne die Einflussnahme des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben kann (siehe Anlage 10.1 des Antrags).

(2) Allerdings besteht zwischen der Erdgas-Verkaufs-Gesellschaft mbH, zwischenzeitlich umfirmiert zur Erdgas Münster GmbH und der Erdgas Münster Komplementär GmbH i.Gr., mittlerweile umfirmiert zu Nowega GmbH, [REDACTED] (siehe Anlage 10.4-6 des Antrags). Dieser gibt Erdgas Münster GmbH grundsätzlich das Recht, [REDACTED]

2.4.2. Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers

Die Struktur und die Satzung der Antragstellerin stellen ihre Unabhängigkeit vom vertikal integrierten Unternehmen i. S. d. §§ 10 bis 10e sicher (§ 10b Abs. 2 EnWG).

(1) Dem Zertifizierungsantrag liegt der Gesellschaftervertrag / die Satzung, eine Erklärung der Erdgas Münster GmbH nach § 10 b Abs. 1 EnWG zur Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse der Antragstellerin (siehe Anlage 10-1 des Antrags) sowie eine Erklärung der Erdgas Münster GmbH nach § 10 b Abs. 2 EnWG zum Verzicht auf Einflussnahme auf das laufende Geschäft der Antragstellerin als Unabhängiger Transportnetzbetreiber (siehe Anlage 12.2 des Antrags) bei.

Die Satzung der Antragstellerin enthält Regelungen, die sicherstellen, dass keine unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf das laufende Geschäft der Antragstellerin erfolgt. Bereits beim Gegenstand des Unternehmens wird auf die Unabhängigkeit des Netzgeschäfts hingewiesen. Nach § 5 Abs. 5 der Satzung wird das Recht von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat, Geschäfte als zustimmungspflichtig zu bezeichnen, nur in soweit gewährt, als nicht Entscheidungen nach zwingenden gesetzlichen Vorgaben, insbesondere dem EnWG, allein der Unternehmensleitung der Gesellschaft obliegen. Nach § 6 Abs. 5 der Satzung unterlässt die Gesellschafterversammlung jegliche mittelbare oder unmittelbare Einflussnahme, soweit das laufende Geschäft der Gesellschaft als Unabhängiger Transportnetzbetreiber oder der Netzbetrieb betroffen sind. Die Antragstellerin trägt vor, dass dies ebenfalls für notwendige Tätigkeiten zur Erstellung des Netzentwicklungsplans sowie für Entscheidungen über gesellschaftsrechtliche Beteiligungen gilt, die zur Erfüllung gesetzlicher oder verordnungsrechtlicher Aufgaben erforderlich sind, wie beispielsweise für Entscheidungen über Beteiligungen an TRAC-X. So findet in derartigen Fällen keine Zustimmung sondern lediglich eine Information der Gesellschafterversammlung statt (siehe Anlage 12.1-1 des Antrags).

(2) Einer Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf es ferner nicht, soweit einem Geschäftsvorfall bereits durch Genehmigung eines jährlichen oder langfristigen Finanzplanes zugestimmt worden ist. Des Weiteren ist sichergestellt, dass die Antragstellerin die Befugnis hat, innerhalb des ihr vorgegebenen Rahmens eigenständig auf dem Kapitalmarkt neue Finanzmittel, die für das Alltagsgeschäft nötig sind, zu akquirieren (siehe Anlage 10.2-1 des Antrags).

(3) Die Unabhängigkeit der Antragstellerin wird auch nicht durch den [REDACTED] zwischen der Antragstellerin und der Erdgas Münster GmbH beeinträchtigt (siehe Anlage 14.7 des Antrags). [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

2.4.3. 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 erfüllt diese Voraussetzungen.

Die Antragstellerin ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Erdgas Münster GmbH. Die Erdgas Münster GmbH als vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die verschiedene Anteilseigner hat, die selber nicht Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind (siehe Abschnitt 2.3.4.3.). Die Antragstellerin selbst hält Anteile an der TRAC-X Transport Capacity Exchange GmbH sowie der Gaspool Balancing Services GmbH, die nicht unzulässiger Teil eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind. Weitere relevante Beteiligungen liegen nicht vor.

2.4.4. 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). Aus den vorgelegten Unterlagen lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass der der Antragstellerin zur Verfügung stehende finanzielle Rahmen ausreichend ist, um den Betrieb und Erhalt des Netzes aufrecht zu erhalten und die notwendigen Investitionen, insbesondere solche, die sich aus gesetzlichen Anschlussverpflichtungen oder dem Netzentwicklungsplan ergeben, zu tätigen. Somit sind die Voraussetzungen des § 10b Abs. 4 EnWG erfüllt.

(1) Die Antragstellerin hat der Beschlusskammer den vom Aufsichtsrat gemäß § 10d Abs. 2 EnWG genehmigten Finanzplan für das Jahr 2012 sowie die Investitionsplanung für die Jahre 2012 bis 2017 eingereicht (siehe Anlagen 14.2-5 und 14.1 des Antrags). Aus diesen Unterlagen ergibt sich die Höhe der voraussichtlich erforderlichen Finanzmittel.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die Finanzierung des laufenden Unternehmensbetriebes durch Erlöse aus der Kapazitätsvermarktung sichergestellt sei. Zur Deckung des kurzfristigen Kapitalbedarfs besteht zudem [REDACTED] zwischen der Antragstellerin und der Erdgas Münster GmbH [REDACTED] über das die Antragstellerin jederzeit kurzfristig und eigenständig in vollem Umfang verfügen kann (siehe Anlage 14.7 des Antrags).

(2) Für die Finanzierung von Investitionsvorhaben, insbesondere für Anschlüsse von Biogaserzeugungsanlagen sowie für Projekte aus dem Netzentwicklungsplan [REDACTED] [REDACTED] Hierzu legt die Antragstellerin dem Zertifizierungsantrag [REDACTED] [REDACTED] (siehe Anlage 14.3 des Antrags).

Zusätzlich ist die Erdgas Münster GmbH

, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird,

Weiteren führt die Antragstellerin aus, dass unter Berücksichtigung der handelsrechtlichen Vorschriften auch die Möglichkeit, die Eigenkapitalbasis des Unternehmens zu stärken, bestehe. Zudem ist sichergestellt, dass die Antragstellerin die Befugnis hat, innerhalb des ihr vorgegebenen Rahmens eigenständig auf dem Kapitalmarkt neue Finanzmittel, die für das Alltagsgeschäft nötig sind, zu akquirieren (siehe Anlage 10.2-1 des Antrags). So ist die Geschäftsführung der Antragstellerin gemäß dem Gesellschaftsvertrag befugt, ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats auf dem Kapitalmarkt Kredite aufzunehmen, soweit es sich um Aufgaben für das laufende Geschäft der Antragstellerin als Unabhängiger Transportnetzbetreiber, den Netzbetrieb sowie die Umsetzung des Netzentwicklungsplans handelt.

Einen weiteren Nachweis über die finanzielle Leistungsfähigkeit erbringt die Antragstellerin durch die Vorlage der durch einen Wirtschaftsprüfer testierten Jahresabschlüsse der Jahre 2008-2010. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen (siehe Abschnitt 2.3.1.) verwiesen.

2.4.5. 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).

(1) Dabei wird die Marktüblichkeit der Vereinbarungen entweder durch die Durchführung von Ausschreibungen sichergestellt wie z.B. bei dem Vertrag über Lastflusszusagen für das Marktgebiet Gaspool (siehe Anlage 15.1-2 des Antrags) und dem Vertrag über die Lieferung von Verbrauchsgas (siehe Anlage 15.1-4 des Antrags) oder durch die Vereinbarung von Konditionen, wie z.B. Kostentragungsvereinbarungen oder Zinskonditionen, die derzeit am Markt üblich sind.

(2) Sowohl im Dienstleistungsvertrag für Dienstleistungen der Antragstellerin an die Erdgas Münster GmbH (siehe Anlage 15.1-14 des Antrags) [REDACTED]

[REDACTED] (siehe Anlage 15.1-13 des Antrags) [REDACTED] vereinbart. [REDACTED]

(3) Beim Nutzungsüberlassungsvertrag (siehe Anlage 15.1-5 des Antrags sowie weitere Ausführungen in Abschnitt 2.3.2. der Festlegung) werden marktübliche Bedingungen eingehalten, [REDACTED]

2.5. Unabhängigkeit des Personals und der Unternehmensleitung

Die Antragstellerin erfüllt 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 2.5.1.). Die Vorgaben zur Einstellung von bestimmten Beschäftigten und nach Beendigung von bestimmten Arbeitsverhältnissen sind eingehalten (siehe folgende Abschnitte 2.5.2. und 2.5.3.). Die Unabhängigkeit des Personals ist gewährleistet (siehe folgenden Abschnitt 2.5.4.). Zudem sind die Beschränkungen zum Anteilserwerb eingehalten (siehe folgenden Abschnitt 2.5.5.). Hinsichtlich der Anforderungen an die Gewährleistung der Unabhängigkeit der sogenannten zweiten Führungsebene gem. § 10c Abs. 6 EnWG werden in Tenor Ziffer 3. die Leitungspositionen festgestellt, für die diese Vorgaben gelten (siehe folgenden Abschnitt 2.5.6.).

2.5.1. Mitteilung über Personal in der obersten Unternehmensleitung

Als Personal der obersten Unternehmensleitung hat die Antragstellerin der Beschlusskammer [REDACTED] benannt, der vom Aufsichtsrat als oberste Unternehmensleitung ernannt bzw. bestätigt wurde. [REDACTED] übt das Amt des alleinigen Geschäftsführers der Antragstellerin aus. [REDACTED]

Zu der Unternehmensleitung zählen [REDACTED]

2.5.2. Vorgaben zur Einstellung („Cooling On“)

Die Antragstellerin hält die Vorgaben gemäß § 10c Abs. 2 und 6 EnWG („Cooling On“) ein. Danach darf die Mehrheit der Angehörigen der Unternehmensleitung 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 haben (§ 10c Abs. 2 EnWG).

Bei der Regelung handelt es sich um die sogenannten „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, aufgrund der Übergangsbestimmung des § 10c Abs. 2 S. 3 EnWG keine Anwendung finden.

(siehe Anlagen 17.3-1, 17.3-2 und 17.3-3 des Antrags).

Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 06.09.2012 die Übereinstimmung der Übergangsbestimmung des § 10c Abs. 2 S. 3 EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie 2009/73/EG bezweifelt. Diese Regelung könne in bestimmten Fällen die tatsächliche Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers untergraben. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur deshalb auf, erneut zu prüfen, ob der überwiegende Teil der Unternehmensleitung der Antragstellerin die Unabhängigkeitskriterien der Richtlinie in vollem Umfang erfüllt.

Zutreffend ist zwar, dass die Gasrichtlinie – anders als das deutsche Umsetzungsgesetz – in Art. 19 Abs. 3 Gasrichtlinie keinen ausdrücklichen Stichtag für die Anwendung der „Cooling On“-Vorgaben vorsieht. Allerdings stellt Art. 9 Abs. 1 Gasrichtlinie klar, dass die Einhaltung der Entflechtungsregelungen erst zum 03.03.2012 sicherzustellen ist. Die allgemeine Umsetzungsfrist, die nach Art. 54 Gasrichtlinie auf den 03.03.2011 festgelegt ist, wird für die Vorgaben zur Entflechtung um ein Jahr (03.03.2012) verlängert. Insofern hat auch der europäische Richtliniengeber eine separate Umsetzungsfrist für die neuen Vorgaben zur Entflechtung vorgesehen. Damit ist schon systematisch unklar, ob der Richtliniengeber tatsächlich auch eine Rückwirkung

der „Cooling On“-Vorgaben verpflichtend vorgesehen hat oder ob nicht auch diese Vorgaben erst mit dem Stichtag 03.03.2012 Anwendung finden sollen. Vielmehr spricht die separate Umsetzungsfrist für die Entflechtung eher für einen Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten, nach dem jedenfalls spätestens nach dem 03.03.2012 alle Vorgaben der Entflechtung Anwendung finden müssen, eine Umsetzung vor dem Stichtag 03.03.2012 aber in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt ist. Hiergegen spricht auch nicht der Wortlaut in Art. 19 Abs. 3 Gasrichtlinie, nach dem Personen der Unternehmensleitung „drei Jahre vor einer Ernennung“ keine beruflichen Positionen beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen bekleidet haben dürfen. Die Frist knüpft nach dem reinen Wortlaut nicht an den Stichtag 03.03.2012, sondern an den Rechtsakt der „Ernennung“ an, der zeitlich weit vor diesem Stichtag liegen kann. Eine wörtliche Anwendung dieser Vorgabe hätte damit nicht nur eine echte Rückwirkung auf den Zeitpunkt vor der Veröffentlichung der Richtlinie im Amtsblatt (14.08.2009) zur Folge, sondern würde auch noch weit vor diesem Zeitpunkt in die Rechte der Transportnetzbetreiber und ihrer Mitarbeiter eingreifen.

Dies veranschaulicht der Fall, in dem Personen bereits seit einem langen Zeitraum Teil der Unternehmensleitung des Netzbetreibers sind, zu einem Zeitpunkt also, zu dem noch überhaupt keine Entflechtungsvorgaben galten. Sollte eine Ernennung z.B. im Jahr 2000 erfolgt sein, dann wäre bei wörtlicher Auslegung auch in diesem Fall die Tätigkeit unzulässig, wenn die betroffene Person drei Jahre zuvor, also in den Jahren 1997 bis 2000, beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen beschäftigt war. Eine solche Wirkung wäre weder mit Blick auf das Rückwirkungsverbot zulässig noch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geboten. Denn die betroffene Person müsste im Beispielsfall ihre Beschäftigung in der Unternehmensleitung beenden, obwohl sie seit 12 Jahren Netzbetreiberaufgaben wahrnimmt. Wäre die gleiche Person in diesem Zeitraum, d.h. seit dem Jahr 2000, 9 Jahre lang bei der Handelspartei des vertikal integrierten Unternehmens beschäftigt gewesen, hätte anschließend drei Jahre lang eine neutrale Tätigkeit ausgeübt und wäre dann kurz vor dem 03.03.2012 in die Unternehmensleitung des Transportnetzbetreibers berufen worden, dürfte sie ihre Tätigkeit weiter ausüben. Dies wäre eine erkennbar sachwidrige Ungleichbehandlung, die nicht in der Intention der Richtlinie liegen kann.

Folglich ist im Rahmen des nationalen Umsetzungsspielraums die Einführung eines Stichtages auch bei wörtlicher Anwendung von Art. 19 Abs. 3 Gasrichtlinie erforderlich. Ob ein solcher Stichtag

- der Tag der Veröffentlichung der Richtlinie im Amtsblatt,
- der Tag des Inkrafttretens der Richtlinie,
- der Tag des Ablaufs der allgemeinen Umsetzungsfrist oder
- der Tag des Ablaufs der speziellen Umsetzungsfrist für die Entflechtungsvorgaben

ist, regelt die Richtlinie nicht ausdrücklich, so dass von einem entsprechenden Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten auszugehen ist. Hiervon hat der deutsche Gesetzgeber mit der Übergangsbestimmung in § 10c Abs. 2 S. 3 EnWG Gebrauch gemacht, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt:

„Satz 3 dient der Klarstellung und regelt, zu welchem Zeitpunkt die Unabhängigkeitsregeln erstmals Anwendung finden. Dass eine solche Übergangsfrist erforderlich ist, ergibt sich zum einen aus Verhältnismäßigkeitsgründen, zum Anderen aber auch daraus, dass auch die mit den „Abkühlungsregeln“ in untrennbarem Zusammenhang stehenden Entflechtungsregeln erst ab dem 3. März 2012 Anwendung finden. Vor diesem Hintergrund ist es nur sachgerecht, auch die strengen Unabhängigkeitsanforderungen an die oberste Unternehmensleitung erst ab diesem Zeitpunkt wirken zu lassen.“ (BT Drs 17/6072, S. 63)

Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Antragstellerin hier die Ernennung vor dem 03.03.2012 vorgenommen hat und eine Prüfung der Anwendung der „Cooling On“-Vorgaben nicht stattfindet. Im Übrigen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Regelung im konkreten Fall die tatsächliche Unabhängigkeit der Antragstellerin untergräbt. Vielmehr wird im konkreten Fall der Antragstellerin jedoch mit Bezug auf die „Cooling On“-Vorgaben selbst eine rückwirkende Verpflichtung eingehalten. In den drei Jahren vor dem Stichtag 03.03.2012 waren weder

beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen beschäftigt oder haben Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu diesem unterhalten (siehe Schreiben der Antragstellerin vom 24.09.2012 sowie Anlagen 17.3-1, 17.3-2 und 17.3-3 des Antrags).

2.5.3. Vorgang nach Beendigung („Cooling Off“)

§ 10b Abs. 5 EnWG („Cooling Off“) stellt das Pendant zu § 10 Abs. 2 EnWG dar. Danach dürfen Personen der Unternehmensleitung 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.

Die Einhaltung der Voraussetzungen des § 10b Abs. 5 EnWG wird sowohl
 hergestellt. Für den vorliegenden Zertifizierungsantrag ist zu berücksichtigen, dass für diese Vorgaben ebenfalls der 03.03.2012 als Stichtag gilt

[REDACTED] Des Weiteren wurde [REDACTED] in einem gesonderten Schreiben der Erdgas Münster GmbH auf die Pflicht zur Einhaltung der „Cooling Off“-Vorgaben hingewiesen (siehe Anlage 18.1-6 des Antrags). Ein entsprechendes Schreiben erging auch von der obersten Unternehmensleitung der Antragstellerin [REDACTED]

[REDACTED] Für zukünftige Arbeitsverträge ist eine entsprechende Vertragsklausel zur Einhaltung der „Cooling Off“-Vorgaben vorgesehen. Hierzu hat die Antragstellerin einen Musterarbeitsvertrag vorgelegt (siehe Anlage 18.1-5 des Antrags).

2.5.4. Gewährleistung der Unabhängigkeit

Die Voraussetzungen des § 10c Abs. 3 EnWG zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Personals liegen vor. 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. Hierzu hat die Antragstellerin eine Erklärung zur Gewährleistung der Unabhängigkeit abgegeben (siehe Anlage 19.2 des Antrags). Zudem wurden sowohl der Geschäftsführer als auch die beiden Prokuristen in einem gesonderten Schreiben auf die Pflicht zur Gewährleistung der Unabhängigkeit hingewiesen (siehe Anlagen 18.1-2, 18.1-3 und 18.1-6 des Antrags).

Für zukünftige Arbeitsverträge ist eine entsprechende Vertragsklausel zur Gewährleistung der Unabhängigkeit vorgesehen. Hierzu hat die Antragstellerin einen Musterarbeitsvertrag vorgelegt (siehe Anlage 19.1 des Antrags).

2.5.5. Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen

Die Antragstellerin und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen gewährleisten gemäß § 10c Abs. 4 EnWG, 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.

(1) Hierzu trägt die Antragstellerin vor, dass das Verbot des Erwerbs von Anteilen am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen (Erdgas Münster GmbH) bzw. einer der Beteiligungen der Erdgas Münster GmbH sichergestellt werden könne, da es sich bei den Unternehmen um Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) handele und damit, anders als bei Aktiengesellschaften, keine Anteile frei am Markt zu erwerben seien. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

(2) Die Vorschrift des § 10c Abs. 4 EnWG bezieht sich allerdings nicht nur auf Anteile im engeren Sinn, sondern auch auf finanzielle Instrumente, die in vergleichbarer Weise die Unabhängigkeit der Beschäftigten gefährden können. Daher reicht aus Sicht der Beschlusskammer die Erklärung der Antragstellerin bezüglich der grundsätzlichen Unmöglichkeiten zum Erwerb von Anteilen nicht aus. Vielmehr hat der Unabhängige Transportnetzbetreiber sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung und die übrigen Beschäftigten weder Anteile im engeren Sinn noch sonstige vergleichbare finanzielle Instrumente nach dem 03.03.2012 in Verbindung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen erwerben.

Um diesen Anforderungen nachzukommen, hat die Antragstellerin persönliche Erklärungen der obersten Unternehmensleitung sowie der Unternehmensleitung vorgelegt (siehe Anlagen 17.5-1 bis 17.5-3 des Antrags). Zudem wurden [REDACTED]

[REDACTED] (siehe Anlagen 18.1-2, 18.1-3 und 18.1-6 des Antrags). Für zukünftige Arbeitsverträge ist eine Vertragsklausel zum Verbot des Erwerbs von Anteilen an dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen Erdgas Münster gehörenden Unternehmensteilen vorgesehen (siehe Anlage 20.1 des Antrags).

(3) Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 06.09.2012 die Übereinstimmung der Übergangsfrist des § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie 2009/73/EG 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.

Die im EnWG gewährte vierjährige Übergangsfrist für die Veräußerung von Anteilen der Unternehmensleitung ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch europarechtskonform. 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. Im konkreten Fall der Antragstellerin besitzt [REDACTED]

[REDACTED] Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, so dass eine Veräußerungspflicht schon grundsätzlich nicht besteht (siehe Schreiben der Antragstellerin vom 24.09.2012 sowie Anlagen 17.5-1, 17.5-2 und 17.5-3 des Antrags).

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. Allerdings wurde diese Frage bisher noch nicht aufgeklärt, so dass die Beschlusskammer die Antragstellerin zunächst nur verpflichtet, in ihrem Unternehmen zu prüfen, ob solche Anteile erworben wurden und die Beschlusskammer entsprechend zu informieren (Tenor Ziffer 2. lit. d). Die Beschlusskammer wird dann im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben und der Begründung der nationalen Gesetzgebers darüber entscheiden, wie mit diesen Anteilen zu verfahren ist, ggf. wird die Zertifizierungsentscheidung mit einer nachträglichen Auflage versehen. 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 gefähr-

den (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.

(4) Schließlich gewährleistet die Antragstellerin, 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).

2.5.6. Personen der zweiten Führungsebene

Personen, die direkt der obersten Unternehmensleitung unterstellt sind, sind üblicherweise Personen der „zweiten Führungsebene“, die in der Regel einzelne Geschäftsbereiche verantworten. Auch Personen der zweiten Führungsebene haben die Vorgaben des EnWG hinsichtlich „Cooling On“ (§ 10c Abs. 2 S. 1), „Cooling Off“ (§ 10c Abs. 6 EnWG) und der Unabhängigkeit, gänzlich oder teilweise, zu erfüllen, soweit sie für den Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes (gemäß § 10c Abs. 6 EnWG) verantwortlich sind.

(1) Aus Sicht der Beschlusskammer fallen hierunter rechtliche, kommerzielle wie auch technische Verantwortungsbereiche. Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals kann also nicht auf rein technische Aufgaben im Zusammenhang mit dem Betrieb, der Wartung und Entwicklung des Netzes verengt werden, so dass hierunter im Zweifel sämtliche Personen zu subsumieren sind, die der zweiten Führungsebene angehören.

(2) Im Fall der Antragstellerin betrifft dies im Einzelnen die Leitung der Abteilungen „Energiedatenmanagement“, „Finanzen“, „Technik“ und „Netzvertrieb/ IT“. Darüber hinaus erfüllen vorliegend auch Stabsangestellte das Tatbestandsmerkmal „direkt der obersten Unternehmensleitung unterstellt“ zu sein. Denn auch sie verantworten einzelne Geschäftsbereiche und haben demnach die Anforderungen zur Unabhängigkeit sowie die Vorgaben zu „Cooling On“ und „Cooling Off“, gänzlich oder teilweise, zu erfüllen. Im Falle der Antragstellerin betrifft dies die Stabstellen „Gleichbehandlung/ Recht“ und „Personal/ Assistenz“. Im Rahmen der Feststellung gemäß Tenor Ziffer 3. weist die Beschlusskammer zur Schaffung von Rechtssicherheit auf ihre Rechtsauslegung des § 10c Abs. 6 EnWG hin und zählt jene Leitungsbereiche bei der Antragstellerin auf, die zur zweiten Führungsebene gehören.

(3) Die Antragstellerin hat im Rahmen von Nachforderungen die für die zweite Führungsebene notwendigen Nachweise zur Einhaltung der Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG hinsichtlich der Unabhängigkeit, sowie den Vorgaben zu „Cooling On“ und „Cooling Off“ eingereicht. Zudem hat sie ihrem Antrag eine Liste der Personen der zweiten Führungsebene beigefügt (siehe Anlagen 17.1-1 ff des Antrags).

2.6. Aufsichtsrat

Die Antragstellerin verfügt über einen Aufsichtsrat (siehe folgenden Abschnitt 2.6.1.), der die ihm in § 10d EnWG zugeordneten Aufgaben wahrnimmt (siehe folgenden Abschnitt 2.6.2.). Die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrates vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen werden erfüllt (siehe folgenden Abschnitt 2.6.3.).

2.6.1. 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 in der Sitzung der Gesellschafterversammlung am 29.02.2012 bestellt. Nach § 7 des Gesellschaftsvertrags der Antragstellerin besteht der Aufsichtsrat aus drei Mitgliedern, die von der Gesellschafterversammlung gewählt wurden (siehe Anlage 21.1 des Antrags)

[REDACTED]

2.6.2. Aufgabenbereich

Der Aufsichtsrat nimmt derzeit weitestgehend alle ihm in § 10d Abs. 2 EnWG zugeordneten Aufgabenbereiche wahr. Die Aufgabenbereiche des Aufsichtsrates sind in § 9 des Gesellschaftsvertrags der Antragstellerin geregelt (siehe Anlage 21.1 des Antrags). Hiernach übernimmt der Aufsichtsrat insbesondere folgende Aufgaben:

- Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie Abschluss, Änderung und Aufhebung von Dienstverträgen der Geschäftsführer,
- Genehmigung der jährlichen und langfristigen Finanzpläne der Gesellschaft,
- Festlegung der Höhe der Verschuldung der Gesellschaft,
- Beschlussfassung über die Verwendung des Ergebnisses, insb. die Höhe der an die Gesellschafter der Gesellschaft auszuzahlende Dividende, soweit nicht das Ergebnis bereits aufgrund eines Ergebnisübernahmevertrags zu übernehmen ist,
- Erteilung von Prokuren.

[REDACTED]

[REDACTED]

unzulässige Einschränkung der Aufgaben des Aufsichtsrats dar. Folglich sind bis zur Umsetzung der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2. lit. c) die Vorgaben des § 10d Abs. 2 EnWG nicht vollständig erfüllt. Die Beschlusskammer verweist insoweit auf die Ausführungen im Abschnitt 2.4.1.

2.6.3. Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats

Die Antragstellerin hat zur Überzeugung der Beschlusskammer nachgewiesen, 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.

Die Antragstellerin [REDACTED] (siehe Anlage 21.5 des Antrags) benannt. Dabei hat die Antragstellerin erklärt, [REDACTED] in keinem aktiven Beschäftigungsverhältnis zur Erdgas Münster GmbH befindet und auch keine sonstigen Geschäfts- oder Interessenbeziehungen zur Erdgas Münster GmbH hat.

Der Mitteilungspflicht, insbesondere zu der Person, die den strengen Anforderungen unterliegt, ist die Antragstellerin nachgekommen. So hat die Antragstellerin dem Zertifizierungsantrag sowohl das Protokoll der Sitzung der Gesellschafterversammlung vom 29.02.2012 als auch eine Erklärung zur Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder beigefügt. Aus diesen Unterlagen geht hervor, dass die Aufsichtsratsmitglieder zum 29.02.2012 bestellt wurden (siehe Anlagen 21.3, 21.7 und 21.7-2 des Antrags). Des Weiteren liegt eine persönliche Erklärung [REDACTED] vor, wonach die Vorgaben des § 10 c Abs. 1-5 EnWG eingehalten wurden bzw. eingehalten werden (siehe Anlage 21.6 des Antrags).

Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 06.09.2012 die Übereinstimmung der Übergangsbestimmung des § 10d Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 10c Abs. 2 S. 3 EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie 2009/73/EG bezweifelt. Die Stichtagsregelung zum „Cooling On“ könne in bestimmten Fällen die tatsächliche Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers untergraben. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf erneut zu prüfen, ob die Unabhängigkeit des Aufsichtsorgans gewährleistet ist.

Aus den oben genannten Gründen hat der nationale Gesetzgeber die Stichtagsregelung für die Anwendung der „Cooling On“-Vorgaben europarechtskonform ausgestaltet (siehe Abschnitt 2.5.2.). Dies gilt auch für das unabhängige Aufsichtsratsmitglied. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Antragstellerin hier die Ernennung vor dem 03.03.2012 vorgenommen hat und eine Prüfung der Anwendung der „Cooling On“-Vorgaben nicht stattfindet. Im Übrigen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Regelung im konkreten Fall die tatsächliche Unabhängigkeit der Antragstellerin untergräbt.

2.7. Gleichbehandlungsprogramm und Gleichbehandlungsbeauftragter

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie die Anforderungen des § 10e EnWG zum Gleichbehandlungsprogramm erfüllt. Für die Anforderungen an den Gleichbehandlungsbeauftragten gilt dies nur eingeschränkt. [REDACTED]

[REDACTED]. Hierdurch wird ihre Unabhängigkeit beeinträchtigt, so dass die Beschlusskammer die Zertifizierung mit der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2. lit. e) verbindet, wonach spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung ein neuer Gleichbehandlungsbeauftragter zu bestimmen und dessen Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen zur Genehmigung v [REDACTED]

(1) Das Gleichbehandlungsprogramm wurde vorgelegt und entspricht den gesetzlichen Anforderungen (§ 10e Abs. 1 EnWG).

Die Antragstellerin hat der Beschlusskammer ein Gleichbehandlungsprogramm vorgelegt, das verbindliche Maßnahmen zur diskriminierungsfreien Ausübung des Betriebs des Transportnetzes festlegt. In diesem Programm sind Pflichten der Mitarbeiter und mögliche Sanktionen dargelegt (siehe Anlage 22.1 des Antrags). Die Antragstellerin trägt vor, dass das Gleichbehandlungsprogramm den Mitarbeitern auch bekannt gegeben wurde, so dass die hierin beschriebenen Sanktionen durchgesetzt werden können.

(2) Die formalen Anforderungen des § 10e Abs. 2 S. 2 EnWG an die Ernennung des Gleichbehandlungsbeauftragten sind eingehalten worden. Vorliegend ist [REDACTED] bereits mit Wirkung zum 01.04.2011 als Gleichbehandlungsbeauftragte ernannt worden (siehe Anlage 22.10 des Antrags). Sie ist vom Aufsichtsrat in der Sitzung am 29.02.2012 unbefristet als Gleichbehandlungsbeauftragte bestellt worden (siehe Anlage 23.3 des Antrags). Die Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen des Gleichbehandlungsbeauftragten entsprechen den gesetzlichen Vorgaben (siehe § 10e Abs. 3 S. 3 EnWG). Ausführungen hierzu sind auch dem Gleichbehandlungsprogramm der Antragstellerin zu entnehmen.

Überwiegend sind auch die materiellen Anforderungen an die Unabhängigkeit gemäß § 10e Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 10c Abs. 1-5 EnWG sowie § 10e Abs. 2 S. 4 EnWG erfüllt. So liegt eine persönliche Erklärung [REDACTED] vor, wonach sie die Anforderungen des § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG erfüllt (siehe Anlage 22.9 des Antrags). Die Gleichbehandlungsbeauftragte hat die notwendigen Mittel und den Zugang zu den erforderlichen Daten und Informationen. Als Nachweis einer aufgabengerechten Ausstattung der Gleichbehandlungsbeauftragten liegen entsprechende Erklärungen der Antragstellerin vor (siehe Anlagen 22.3 und 22.7 des Antrags). Zusätzlich trägt die Antragstellerin vor, dass die Gleichbehandlungsbeauftragte derart in die Entscheidungsabläufe der Antragstellerin einbezogen ist, dass die entflechtungsrechtlichen Vorgaben erfüllt sind (siehe Anlage 22.8 des Antrags). Die Gleichbehandlungsbeauftragte kann zudem sowohl von der Antragstellerin als auch vom vertikal integrierten Energieversorgungsun-

ternehmen Zugang zu allen für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Daten sowie, ohne Vorankündigung, zu den Geschäftsräumen der beiden Unternehmen verlangen. Entsprechende Erklärungen hierzu liegen sowohl von der Antragstellerin als auch von Erdgas Münster GmbH vor (siehe Anlagen 22.2 und 22.3 des Antrags). Die Antragstellerin erklärt hierzu, dass die umfassende Zugangsmöglichkeit der Gleichbehandlungsbeauftragten zu Erdgas Münster GmbH auf die noch bestehenden vorübergehenden Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH an die Antragstellerin zurückzuführen ist (siehe Ausführungen in Abschnitt 2.3.4.1.). Aufgrund dieser Dienstleistungen sah es die Antragstellerin als erforderlich an, eine derartige Erklärung zum Zugang der Gleichbehandlungsbeauftragten zu Daten und Geschäftsräumen der Erdgas Münster GmbH für die Übergangszeit ausspricht. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass die Gleichbehandlungsbeauftragte ihren Aufgaben auch im Hinblick auf diese vorübergehenden Dienstleistungsbeziehungen umfassend nachkommen kann.

(3) Die Gleichbehandlungsbeauftragte erfüllt jedoch insoweit nicht die Anforderungen an die Unabhängigkeit, [REDACTED]

[REDACTED] e gesetzlich geforderte Unabhängigkeit der Gleichbehandlungsbeauftragten ist aufgrund dieser Mehrfachfunktionen nicht gewährleistet, so dass die Beschlusskammer die Anforderungen des § 10e Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 10c Abs. 1-5 EnWG und insbesondere des § 10e Abs. 2 S. 4 EnWG als nicht vollständig erfüllt erachtet und daher die Zertifizierung unter der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2. lit. e) erteilt. Im Einzelnen:

Die Gleichbehandlungsbeauftragte [REDACTED] bekleidet neben ihrer Tätigkeit als Gleichbehandlungsbeauftragte zugleich die Stabstelle „Gleichbehandlung/ Recht“ und ist hierbei direkt dem Geschäftsführer unterstellt. [REDACTED]

[REDACTED] dagegen in ihrer Stellung als Gleichbehandlungsbeauftragte weisungsfrei sei. Dies geht zwar auch aus der vorliegenden Stellenbeschreibung (siehe Anlage 2.5-15 des Antrags) hervor.

[REDACTED] Damit zählt [REDACTED] Die neutrale und diskriminierungsfreie Wahrnehmung der Position der Gleichbehandlungsbeauftragten erscheint in dieser Konstellation strukturell nicht sichergestellt. Da die Gleichbehandlungsbeauftragte [REDACTED] ist, [REDACTED]

[REDACTED] Anhaltspunkte dafür, dass [REDACTED] ihre Funktion bislang in konkreten Einzelfragen nicht unabhängig wahrgenommen hat, liegen der Beschlusskammer nicht vor. Um der Antragstellerin eine angemessene Umsetzungsfrist zur Bereinigung des strukturellen Interessenkonflikts zu gewähren, wird die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. e) unter der Auflage erteilt, dass die Antragstellerin spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung einen neuen Gleich-

behandlungsbeauftragten bestimmt und dessen Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen der Beschlusskammer zur Genehmigung vorlegt. Dabei kann eine Abberufung der bisherigen Gleichbehandlungsbeauftragten und eine Ernennung eines neuen Gleichbehandlungsbeauftragten, der die erforderliche Unabhängigkeit und fachliche Eignung aufweist, vorgenommen werden.

2.8. 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^a 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 unter der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. a) erteilt, dass die Erbringung von Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH an die Antragstellerin

Nach § 10a Abs. 3 S. 1 EnWG ist die Erbringung von Dienstleistungen für die Antragstellerin durch die Erdgas Münster GmbH nicht zulässig. Da dieses Tatbestandsmerkmal derzeit noch nicht vorliegt, die durch die Antragstellerin vorgetragene Argumente für die vorübergehende Inanspruchnahme von Dienstleistungen der Erdgas Münster GmbH von der Beschlusskammer jedoch nachvollzogen werden können, wird die vorliegende Zertifizierungsentscheidung dahingehend mit einer Auflage zum zeitlichen Abbau der

(2) Der Prozess zur Trennung der Informationstechnologien ist noch nicht vollständig umgesetzt, so dass die Antragstellerin die Vorgaben des § 10a Abs. 5 EnWG derzeit nicht erfüllt. Daher wird die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. b) unter der Auflage erteilt

(3) Der zwischen der Antragstellerin und der Erdgas Münster GmbH [REDACTED]

[REDACTED] Die Beschlusskammer sieht in dem Vorliegen des Beherrschungsvertrags einen Verstoß gegen § 10b Abs. 1 Satz 1 EnWG. Zudem beeinträchtigt die [REDACTED]

[REDACTED] Die Beschlusskammer sieht hierin einen Verstoß gegen § 10d Abs. 2 EnWG. Daher wird die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. c) nur unter der Auflage erteilt, dass der zwischen der Antragstellerin (vormals Erdgas Münster Komplementär GmbH i.Gr.) und der Erdgas Münster GmbH (vormals Erdgas-Verkaufs-Gesellschaft mbH) [REDACTED]

[REDACTED] beenden ist. Bei einer Umwandlung in einen [REDACTED]

[REDACTED] firmiert als Erdgas Münster GmbH) [REDACTED]

[REDACTED] etzt firmiert als Erdgas Münster GmbH) [REDACTED] Ein zwischen der Antragstellerin und der Erdgas Münster GmbH [REDACTED]

[REDACTED] nach Erteilung der Zertifizierung vom Aufsichtsrat der Antragstellerin zu genehmigen.

(4) Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 06.09.2012 die Übereinstimmung der Übergangsfrist des § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG mit den Vorgaben der Gasrichtlinie 2009/73/EG bezweifelt. Sie hat unter anderem moniert, dass für Mitarbeiter, die Anteile an vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen halten, überhaupt keine Veräußerungspflicht gilt. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass bei den meisten Transportnetzbetreibern Mitarbeiter keine Anteile an vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen halten, da solche Anteile nicht frei gehandelt werden. Allerdings wurde diese Frage bisher noch nicht aufgeklärt, so dass die Beschlusskammer die Antragstellerin gemäß Tenor Ziffer 2. lit. d) zunächst nur verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung der Beschlusskammer mitzuteilen, wie viele Mitarbeiter welche Anteile an vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einer seiner Unternehmensteile halten und ob ein Verkauf dieser Anteile bis zum 31.03.2016 geplant ist. 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).

(5) Die gleichzeitige Ausfüllung [REDACTED] und gefährdet die Unabhängigkeit der Gleichbehandlungsbeauftragten. Daher wird die Zertifizierung gemäß Tenor Ziffer 2. lit. e) unter der Auflage erteilt, dass die Antragstellerin [REDACTED] einen neuen Gleichbehandlungsbeauftragten bestimmt und dessen Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen zur Genehmigung vorlegt. Dies kann durch Abberufung der bisherigen Gleichbehandlungsbeauftragten und Ernennung eines neuen Gleichbehandlungsbeauftragten, der die erforderliche Unabhängigkeit und fachliche Eignung aufweist, vorgenommen werden. Abweichend hiervon ist auch [REDACTED] unter Beibehaltung ihrer Funktion als Gleichbehandlungsbeauftragte möglich.

2.9. Feststellung (Tenor Ziffer 3.)

Im Rahmen der ergänzenden Feststellung gemäß Tenor Ziffer 3. weist die Beschlusskammer auf ihre Rechtsauslegung des § 10c Abs. 6 EnWG hin und zählt jene Positionen bei der Antragstellerin auf, die zur zweiten Führungsebene gehören und demnach den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliegen: die jeweilige Leitung der Bereiche „Energiedatenmanagement“, „Finanzen“, „Technik“ und „Netzvertrieb/ IT“ sowie das Personal der Stabstellen „Personal/ Assistenz“ und „Gleichbehandlung/ Recht“.

2.10. Genehmigungen und Zustimmungen (Tenor Ziffer 4)

Die im Rahmen der erstmaligen Zertifizierungsentscheidung erforderlichen entflechtungsrechtlichen Genehmigungen und Zustimmungen werden bis auf die die Zustimmung zur Benennung der Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 10e Abs. 3 S. 2 und 3 EnWG und der Genehmigung der Auftragsbedingungen und Beschäftigungsbedingungen des Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 10e Abs. 3 S. 4 EnWG erteilt. Die Erteilung der Genehmigungen und Zustimmungen betreffen insbesondere die Genehmigung der kommerziellen und finanziellen Vereinbarungen der Antragstellerin mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nach § 10b Abs. 5 S. 2 EnWG und die Genehmigung des Gleichbehandlungsprogramms nach § 10e Abs. 1 S. 1 EnWG.

Die Benennung von [REDACTED] Gleichbehandlungsbeauftragte erfüllt nach Ansicht der Beschlusskammer allerdings nicht die Anforderungen an die Unabhängigkeit des Gleichbehandlungsbeauftragten, da [REDACTED] aufgrund der fehlenden Unabhängigkeit erteilt die Beschlusskammer die Zustimmung zur Benennung der Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 10e Abs. 3 S. 2 und 3 EnWG nicht. Da die Auftragsbedingungen bzw. die Beschäftigungsbedingungen des Gleichbehandlungsbeauftragten gemäß § 10e Abs. 3 S. 4 EnWG personenbezogen sind, wird die Genehmigung nach § 10e Abs. 3 S. 4 EnWG folglich ebenso nicht erteilt, obwohl die dem

Zertifizierungsantrag beigefügten Auftrags- bzw. Beschäftigungsbedingungen materiell nicht zu beanstanden sind.

2.11. Widerrufsvorbehalt (Tenors 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 berechnigte Bedürfnis der Antragstellerin nach Planungssicherheit nicht beeinträchtigt, da solche Erwägungen in einem etwaigen Änderungsverfahren unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sind.

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

Diana Harlinghausen
Beisitzerin

Dr. Antje Becherer
Beisitzerin