



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az.: BK7-18-051

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Zertifizierung eines Fernleitungsnetzbetreibers

der Ferngas Netzgesellschaft mbH, Reichswaldstraße 52, 90571 Schwaig b. Nürnberg, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

der Bayernets GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 1),

der FLUXYS Deutschland GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 2),

der GASCADE Gastransport GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 3),

der GRTgaz Deutschland GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 4),

der GASUNIE Deutschland Transport Services GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 5),

der Open Grid Europe GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 6),

der ONTRAS Gastransport GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 7),

der Thyssengas GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 8),

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 ihre Vorsitzende
ihre Beisitzerin
und ihre Beisitzerin

Barbie Kornelia Haller,
Diana Harlinghausen
Dr. Antje Peters

cc) Es wird festgestellt, dass die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung der Antragstellerin, [REDACTED] nicht gegeben ist, [REDACTED]

dd) Es wird festgestellt, dass die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung der Antragstellerin, [REDACTED] nicht gegeben ist, [REDACTED]

ee) Die Antragstellerin wird verpflichtet, die ordnungsgemäße Besetzung der Unternehmensleitung bis 6 Monate nach Erteilung der Zertifizierung sicherzustellen und gegenüber der Beschlusskammer unverzüglich anzuzeigen.

c) Die Antragstellerin wird verpflichtet, die Beschlusskammer mit einem Vorlauf von mindestens 6 Monaten vor der nach § 21 GasNZV vorgesehenen Marktgebietszusammenlegung, bei einer Marktgebietszusammenlegung zum 01.10.2021 spätestens zum 01.04.2021, über die aktuelle Netztopologie des Fernleitungsnetzes zu informieren.

3. Die Genehmigungen und Zustimmungen nach §§ 10e Abs. 1 S. 1, 10e Abs. 3 S. 2 und 10e Abs. 3 S. 4 EnWG werden hiermit erteilt.
4. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

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

Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin von in Thüringen und in Sachsen sowie in Nordbayern gelegenen Gasverteilernetzen und der Fernleitung EGL 401. In ihrer heutigen Form besteht die Antragstellerin seit dem 30.06.2017. Sie ist durch Verschmelzung der ehemaligen Ferngas Nordbayern GmbH und der Ferngas Thüringen-Sachsen GmbH entstanden. Die Antragstellerin ist eine Tochtergesellschaft der FS Deutsche Gastransport Zwischenholding GmbH (im Folgenden mit FS Zwischenholding abgekürzt), die wiederum zu 100 % von der FS Deutsche Gastransport Holding GmbH (im Folgenden mit FS Holding abgekürzt) gehalten wird. Über weitere Holdinggesellschaften vermittelt werden die Anteile an der FS Holding von der First State Investments-Gruppe (im Folgenden mit FSI-Gruppe abgekürzt) gehalten, die die Infrastrukturbeteiligungen des First State European Diversified Infrastructure Fund FCP-SIF (im Folgenden mit EDIF I abgekürzt) und des European Diversified Infrastructure Fund II ScSp (im Folgenden mit EDIF II abgekürzt) verwaltet.

Die Netze der Antragstellerin verlaufen in zwei Netzgebieten. Das Verteilernetzgebiet Nordbayern mit einer Länge von rund 2.040 km befindet sich im süddeutschen Raum und das Verteilernetzgebiet Thüringen-Sachsen mit einer Länge von rund 886 km befindet sich in Thüringen und Teilen der angrenzenden Bundesländer Hessen, Sachsen-Anhalt und Sachsen. Die Antragstellerin ist Eigentümerin der EGL 401, einer Hochdruckleitung mit einer Gesamtlänge von circa 250 Kilometern, die von Vitzeroda über Ronneburg nach Niederhohndorf verläuft. Seit dem 01.10.2018, dem Ende der Verpachtung dieser Leitung an die Open Grid Europe GmbH, ist die Antragstellerin zugleich deren Betreiberin und vermarktet die zuvor verpachteten Transportkapazitäten nunmehr in eigener Verantwortung.

Die EGL 401 verfügt über zwei Netzkopplungspunkte mit Fernleitungsnetzen anderer Betreiber. Einer dieser Punkte befindet sich bei Vitzeroda und stellt eine Verbindung mit dem Fernleitungsnetz der Open Grid Europe GmbH her. Dieser Netzkopplungspunkt liegt – aufgrund der Zuordnung sämtlicher Ein- und Ausspeisepunkte der EGL 401 zum Marktgebiet GASPOOL – an der innerdeutschen Marktgebietsgrenze zwischen NetConnect Germany und GASPOOL. Er wird daher als Marktgebietsübergangspunkt (im Folgenden mit MÜP abgekürzt) bezeichnet, an dem Transportkunden Ein- oder Ausspeisekapazitäten buchen können. Die Vermarktung entsprechender Kapazitäten wird seit dem 01.10.2018 auf der Primärkapazitätsplattform PRISMA vorgenommen. Bei Ronneburg befindet sich ein weiterer Netzkopplungspunkt der EGL 401 mit dem Fernleitungsnetz der GASCADE Gastransport GmbH. Dieser liegt – aufgrund besagter Zuordnung – innerhalb des Marktgebiets GASPOOL und wird deshalb als

Marktgebietsaustauschpunkt bezeichnet (im Folgenden mit MAP abgekürzt), an dem keine Ein- oder Ausspeisekapazitäten gebucht werden können. Schließlich verfügt die EGL 401 über Netzkopplungspunkte zu dem ebenfalls von der Antragstellerin betriebenen Verteilernetz „Netzgebiet Thüringen-Sachsen“. Derzeit wird die EGL 401 sowohl für die Aufspeisung des Verteilernetzes (circa 4,4 GWh/h/a) als auch für das Angebot fester Ausspeisekapazitäten am MÜP Vitzeroda (3,3 GWh/h/a) genutzt.

Mit Schreiben vom 31.07.2018 hat die Antragstellerin nach § 4a EnWG beantragt, als Unabhängige Transportnetzbetreiberin nach den §§ 10 bis 10e EnWG in Form einer Kombinationsnetzbetreiberin nach § 6d EnWG zertifiziert zu werden und sämtliche erforderlichen Genehmigungen und Zustimmungen zu erhalten. Mit dem Antrag hat die Antragstellerin umfangreiche Unterlagen vorgelegt. Diese enthalten insbesondere Informationen und Verträge zu den gesellschaftsrechtlichen Strukturen, zur Erbringung von Dienstleistungen und zu den kommerziellen und finanziellen Beziehungen innerhalb der Ferngas-Gruppe sowie Mitteilungen über die Unternehmensleitung und den Aufsichtsrat.

Die Antragstellerin legt dar, alle Anforderungen an eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zu erfüllen. Sie führt insbesondere aus, dass die Hochdruckleitung EGL 401 als Transportnetz einzustufen sei. Sie trägt weiter vor, dass die EDIF I als relevantes vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen einzustufen sei und legt die gesellschaftsrechtlichen, personellen und organisatorischen Strukturen innerhalb der Ferngas-Gruppe näher dar. Sie verweist weiter darauf, dass einige Vorgaben noch nicht vollumfänglich umgesetzt worden seien, da sie erst ab dem 01.10.2018 als Transportnetzbetreiberin agieren werde.

Die Antragstellerin beantragt,

als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zertifiziert zu werden.

Mit Schreiben vom 20.08.2018, Telefonat vom 06.11.2018, Schreiben vom 01.02.2019, Telefonaten vom 22.01.2019 und vom 06.03.2019 und zuletzt Schreiben vom 15.03.2019 ist die Antragstellerin aufgefordert worden, fehlende Unterlagen und Informationen nachzureichen. Ihr ist im Rahmen der Anhörungsschreiben, mehreren Telefonaten und Gesprächen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 02.04.2019 fand eine mündliche Verhandlung statt, in der ebenfalls die Gelegenheit zur Stellungnahme bestand. Den Aufforderungen ist die Antragstellerin insbesondere mit Schreiben vom 07.09.2018, 28.09.2018, 05.10.2018, 07.01.2019, 15.02.2019, 13.03.2019 und zuletzt 18.04.2019 nachgekommen.

Die Beschlusskammer hat einen Entscheidungsentwurf erstellt. Dieser ist der Antragstellerin am 29.05.2019 zur Stellungnahme übermittelt worden. Am gleichen Tag wurde der Entscheidungsentwurf auch der Europäischen Kommission mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt. Die vollständigen Verfahrensunterlagen wurden mit dem

Beschlussentwurf an die Europäische Kommission gesandt. Mit Schreiben vom 28.06.2019 hat die Antragstellerin zum Entscheidungsentwurf Stellung genommen. Darin verweist sie im Wesentlichen auf ihre Stellungnahme vom 18.04.2019. Sie trägt weiterhin vor, dass sie die Auflagen zu den Beteiligungen sowie die Feststellungen zur Unternehmensleitung für nicht sachgerecht halte. Insbesondere hinsichtlich der Beteiligungen sei ein Interessenkonflikt nicht erkennbar, da aufgrund des geringen wirtschaftlichen und finanziellen Interesses der Antragstellerin an den Stadtwerkebeteiligungen kein entscheidungsrelevantes Diskriminierungspotential bestehe. Auch sei bei den Aufsichtsratsmandaten kein Interessenkonflikt erkennbar, sodass die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung gewahrt sei. Sie begrüße jedoch die gewählte Form der Auflage bezüglich der Marktgebietszusammenlegung in der Ausprägung einer Informationspflicht hinsichtlich der Netztopologie, da eine über die Information hinausgehende Auflage insbesondere das Ermessen der Beschlusskammer zu einem zu frühen Zeitpunkt widerrechtlich reduzieren würde.

Die Europäische Kommission hat der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 22.07.2019, eingegangen am 25.07.2019, ihre Stellungnahme vom 22.07.2019 (C(2019) 5524 final) übermittelt. Darin vertritt die Kommission die Auffassung, dass eine Bewertung der Auswirkungen der Beteiligung der Commonwealth Bank of Australia, einer australischen Bankengruppe, auf die Versorgungssicherheit nach Art. 11 der Richtlinie 2009/73/EG bzw. § 4b EnWG durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie getroffen werden müsse, zu der die Europäische Kommission ihrerseits Stellung nehmen können müsse. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang auf, die Erteilung der Zertifizierung von einer entsprechenden Bewertung abhängig zu machen. Zu diesem Zweck solle ein überarbeiteter Entscheidungsentwurf, der eine solche Bewertung nach Art. 11 der Richtlinie 2009/73/EG bzw. § 4b EnWG enthält, der Kommission gemäß Artikel 10 Abs. 6 der Richtlinie 2009/73/EG übermittelt werden. Die Kommission stimmt mit der Bundesnetzagentur überein, dass die FSI-Gruppe aufgrund ihrer Tätigkeit in den Bereichen der Stromerzeugung als vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen einzustufen ist. Die Kommission stimmt des Weiteren der Auffassung der Bundesnetzagentur zu, dass die EGL 401 ein Fernleitungsnetz darstelle. Sie vertritt aber insofern den Standpunkt, dass diese Einstufung der EGL 401 nach der Definition der Fernleitung in Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2009/73/EG unabhängig davon gelte, ob diese Leitung buchbare Kopplungspunkte enthalte oder nicht. Die Kommission begrüßt in Ihrer Stellungnahme vom 22.07.2019 die von der Bundesnetzagentur formulierten Auflagen, insbesondere im Hinblick auf die Untersagung der Minderheitsbeteiligungen der Antragstellerin an zwei im Erzeugungs- und Versorgungsbereich tätigen Stadtwerken. Die Kommission vertritt jedoch die Auffassung, dass eine Umhängung der Stadtwerkebeteiligungen an die Holdinggesellschaften, welche Kontrolle über die Antragstellerin ausüben, nur von begrenztem Nutzen wäre. Die Kommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass Führungskräfte und Mitglieder der Verwaltungsorgane

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 28.10.2019 seine Bewertung darüber, ob die Erteilung der Zertifizierung die Sicherheit der Gasversorgung Deutschlands oder der EU gefährdet (§ 4b EnWG), an die Beschlusskammer übermittelt. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie stellt darin fest, dass die Erteilung der Zertifizierung gegenüber der Antragstellerin keine Gefährdung der deutschen oder europäischen Erdgasversorgung darstelle.

Die Beschlusskammer hat die Bewertung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie in dem Entscheidungsentwurf vom 04.11.2019 berücksichtigt und am gleichen Tag der Europäischen Kommission erneut zur Stellungnahme vorgelegt sowie ergänzend alle weiteren relevanten Verfahrensunterlagen übermittelt.

Der überarbeitete Entscheidungsentwurf ist der Antragstellerin sowie der Europäischen Kommission jeweils am 04.11.2019 zur Stellungnahme übermittelt worden. Mit Schreiben vom 25.11.2019 hat die Antragstellerin zum überarbeiteten Entscheidungsentwurf Stellung genommen. Dabei verweist sie jedoch im Wesentlichen auf ihre Stellungnahmen vom 18.04.2019 und 28.06.2019. Die Europäische Kommission hat der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 20.12.2019, eingegangen am 23.12.2019, ihre Stellungnahme vom 19.12.2019 (C(2019) 9299 final) übermittelt. Die Stellungnahme entspricht dabei im Wesentlichen der Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 22.07.2019. Ergänzend führt die Europäische Kommission insbesondere aus, dass sie die Auffassung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Bewertung einer Gefährdung der Versorgungssicherheit Deutschlands oder der EU teile. Auch sie sehe die deutsche oder europäische Erdgasversorgung durch die Erteilung der Zertifizierung als nicht gefährdet an.

Der Antragstellerin wurde die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19.12.2019 am 02.01.2020 zur Kenntnis und Stellungnahme übermittelt. Mit Schreiben vom 07.01.2020 hat die Antragstellerin insoweit auf ihre Stellungnahme vom 09.08.2019 sowie ihre weiteren Stellungnahmen zu den Entscheidungsentwürfen der Beschlusskammer verwiesen.

Auf ihren Antrag vom 08.10.2018 ist die Beigeladene zu 1), die Bayernets GmbH, mit Beschluss vom 06.03.2019 beigeladen worden. Die Beigeladene zu 2), die FLUXYS Deutschland GmbH, ist auf ihren Antrag vom 26.10.2018 mit Beschluss vom 06.03.2019 beigeladen worden. Die Beigeladene zu 3), die GASCADE Gastransport GmbH, ist auf ihren Antrag vom 17.09.2018 mit Beschluss vom 06.03.2019 beigeladen worden. Die Beigeladene zu 4), die GRTgaz Deutschland GmbH, ist auf ihren Antrag vom 28.09.2018 mit Beschluss vom 06.03.2019 beigeladen worden. Die Beigeladene zu 5), die GASUNIE Deutschland Transport Services GmbH, ist auf ihren Antrag vom 08.10.2018 mit Beschluss vom 06.03.2019 beigeladen worden. Die Beigeladene zu 6), die Open Grid Europe GmbH, ist auf ihren Antrag vom 26.09.2018 mit Beschluss vom 06.03.2019 beigeladen worden. Die Beigeladene zu 7), die ONTRAS Gastransport GmbH, ist auf ihren Antrag

vom 05.10.2018 mit Beschluss vom 06.03.2019 beigeladen worden. Die Beigeladene zu 8), die Thyssengas GmbH, ist auf ihren Antrag vom 25.09.2018 mit Beschluss vom 06.03.2019 beigeladen worden.

Die Beiladungspetenten haben im Wesentlichen geltend gemacht, dass sie als Transportnetzbetreiber durch eine Entscheidung der Beschlusskammer 7 im Verfahren zur Zertifizierung der Antragstellerin als Kombinationsnetzbetreiberin erheblich in ihren Interessen berührt seien. Sie haben vorgetragen, dass die Zertifizierung die Einordnung eines Teils des bisherigen Verteilernetzes der Antragstellerin in ein Fernleitungsnetz impliziere. Dies habe erhebliche Auswirkungen insbesondere auf den Effizienzvergleich nach § 12 ARegV und auf die Bildung von Netzentgelten. Insbesondere aufgrund der Entgeltaspekte sei die wirtschaftliche Situation der Beiladungspetenten berührt. Zudem weisen die Beiladungspetenten darauf hin, dass mit der Integration eines neuen Fernleitungsnetzbetreibers ins GASPOOL-Marktgebiet und im Rahmen der Netzentwicklungsplanung neue Kooperationspflichten für die Beiladungspetenten entstünden.

Mit Schreiben vom 06.06.2019 ist den Beigeladenen jeweils der Entscheidungsentwurf zur Stellungnahme übersandt worden. Die Beigeladenen haben mit gemeinsamen Schreiben vom 27.06.2019 mitgeteilt, dass sie von einer Stellungnahme absehen.

Die Beigeladenen zu 3), 4), 5) und 8) haben jedoch zur Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 22.07.2019 Stellung genommen. Die Beigeladenen zu 3) und 4) führen darin aus, dass ihrer Auffassung nach das deutsche Recht nicht europarechtskonform sei, als dass das EnWG vom Wortlaut her die Definition einer Fernleitung, wie sie die Gasrichtlinie vorgebe, in unzulässiger Weise einenge. Die Beigeladenen zu 5) und 8) sind hingegen der Auffassung, dass das deutsche Recht keine Begrenzung des Anwendungsbereichs der Gasrichtlinie nach sich ziehe, sondern vielmehr eine europarechtskonforme Auslegung möglich sei.

Mit Schreiben jeweils vom 12.11.2019 ist den Beigeladenen der überarbeitete Entscheidungsentwurf zur Stellungnahme übersandt worden. Die Beigeladenen haben keine Stellungnahmen abgegeben.

Die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19.12.2019 ist den Beigeladenen jeweils mit Schreiben vom 07.01.2020 zur Kenntnis und Stellungnahme übermittelt worden.

Die Landesregulierungsbehörde Bayern wurde am 22.08.2018 gemäß § 55 Abs. 1 EnWG über die Einleitung des Zertifizierungsverfahrens benachrichtigt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Antragstellerin ist als Unabhängiger Transportnetzbetreiber in Form eines Kombinationsnetzbetreibers nach § 6d EnWG mit den im Tenor Ziffer 2. vorgesehenen Auflagen zu zertifizieren. Die erforderlichen Genehmigungen und Zustimmungen sind zu erteilen.

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

Zur besseren Übersicht wird den folgenden Entscheidungsgründen eine Gliederung vorangestellt.

Gliederung

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung.....	11
1.1. Zuständigkeit.....	11
1.2. Zulässigkeit des Antrages.....	11
1.3. Beteiligte Behörden.....	12
1.4. Entscheidungsfrist.....	13
2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung.....	13
2.1. Kombinationsnetzbetreiber.....	13
2.2. Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin.....	14
2.3. Betrieb eines Transportnetzes.....	22
2.4. Stichtag, Aufgaben und Rechtsform.....	26
2.4.1. Stichtag.....	27
2.4.2. Aufgaben des Unabhängigen Transportnetzbetreibers.....	27
2.4.3. Rechtsform.....	33
2.5. Vermögenswerte, Anlagen, Personalausstattung, Unternehmensidentität.....	34
2.5.1. Gewährleistung der Mittel für Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben.....	34
2.5.2. Eigentum an Vermögenswerten.....	36
2.5.3. Erforderliche Personalausstattung.....	38
2.5.4. Erbringung von Dienstleistungen.....	39
2.5.4.1. Dienstleistungen des vertikal integrierten Unternehmens.....	39
2.5.4.2. Dienstleistungen der Antragstellerin.....	40
2.5.5. Unternehmensidentität.....	41
2.5.6. Trennung von Informationstechnologie.....	42
2.5.7. Räumliche Trennung.....	44
2.5.8. Rechnungslegung.....	45
2.6. Rechte und Pflichten im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen.....	47
2.6.1. Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse.....	47
2.6.2. Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers.....	49
2.6.3. Tochterunternehmen.....	56
2.6.4. Gewährleistung der Mittel für Transportnetz.....	57
2.6.5. Marktüblichkeit der Vereinbarungen mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen.....	61
2.7. Unabhängigkeit des Personals und der Unternehmensleitung.....	61
2.7.1. Mitteilung über Personal in der Unternehmensleitung.....	61

2.7.2. Vorgaben zur Einstellung („Cooling On“)	62
2.7.3. Vorgaben nach Beendigung („Cooling Off“)	63
2.7.4. Gewährleistung der Unabhängigkeit	64
2.7.5. Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen und Vergütung von Personen der Unternehmensleitung	73
2.7.6. Personen der zweiten Führungsebene	73
2.8. Aufsichtsrat	75
2.8.1. Gewährleistung eines Aufsichtsrats	75
2.8.2. Aufgabenbereich	75
2.8.3. Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats	76
2.9. Gleichbehandlungsprogramm und Gleichbehandlungsbeauftragter	76
2.10. Keine Gefährdung der Sicherheit der Elektrizitäts- oder Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union	77
2.11. Nebenbestimmungen (Tenor Ziffer 2.)	78
2.12. Sonstige Genehmigungen und Zustimmungen (Tenor Ziffer 3.)	79
2.13. Kosten (Tenor Ziffer 4.)	80

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

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

1.1. Zuständigkeit

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

1.2. Zulässigkeit des Antrages

Der Antrag auf Zertifizierung ist zulässig. Er wurde durch den insoweit antragsbefugten Transportnetzbetreiber gestellt. Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus §§ 4a Abs. 1 S. 2, 4b Abs. 1 S. 2 EnWG. Hiernach wird das Zertifizierungsverfahren unter anderem auf Antrag des Transportnetzbetreibers eingeleitet.

Der Zulässigkeit des Antrags steht auch nicht § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG bzw. § 4b Abs. 1 S. 2 EnWG entgegen, wonach der Antrag auf Zertifizierung bis spätestens zum 03.03.2012 bzw. der Antrag auf eine Zertifizierung in Bezug auf Drittstaaten bis spätestens zum 03.03.2013 zu stellen ist. Zwar wurde der Antrag auf Zertifizierung erst mit Eingang des Antrags vom 31.07.2018 und damit nicht innerhalb der in § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG genannten Frist gestellt. Auch die Antragserweiterung um eine Bewertung der Zertifizierung in Bezug auf Drittstaaten nach § 4b EnWG im Hinblick auf die Beteiligung der MUG wurde erst zum 09.08.2019 und damit nicht innerhalb der Frist des § 4b Abs. 1 S. 2 EnWG gestellt. Die Fristregelungen des § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG und des § 4b Abs. 1

S. 2 EnWG sind jedoch im Lichte des Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2009/73/EG auszulegen, dessen Umsetzung sie dienen. Nach dieser Vorschrift haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass Fernleitungsnetzbetreiber ab dem 03.03.2012 die Entflechtungsvorgaben einhalten. Wird der Betrieb eines Transportnetzes erst nach dem Stichtag zum 03.03.2012 bzw. 03.03.2013 aufgenommen, kann und muss die Antragsfrist des § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG bzw. des § 4b Abs. 1 S. 2 EnWG naturgemäß nicht eingehalten werden. Nach einer an Sinn und Zweck dieser Vorschrift orientierten Auslegung kann ein nach dem Stichtag zum 03.03.2012 bzw. 03.03.2013 gestellter Antrag daher jedenfalls dann nicht als verspätet gelten, wenn der Zweck der Fristbestimmung, ab dem 03.03.2012 entflechtungskonforme Zustände sicherzustellen, nicht gefährdet wird. Diesen Anforderungen wird der vorliegende Antrag gerecht.

Die Antragstellerin hat den Betrieb des Fernleitungsnetzes EGL 401 erst zum 01.10.2018 von der zertifizierten Fernleitungsnetzbetreiberin Open Grid Europe GmbH und Beigeladenen zu 6) übernommen. Der Antrag wurde am 31.07.2018 vor der Aufnahme des Betriebs der Fernleitung gestellt und ist somit fristgerecht. Auch die Antragsweiterung nach § 4b EnWG im Hinblick auf die Beteiligung der MUFG ist fristgerecht, da der Verkauf erst Anfang August 2019 vollzogen wurde.

1.3. Beteiligte Behörden

Die Vorschriften über den Ablauf des Zertifizierungsverfahrens, einschließlich der nach § 4b EnWG vorgesehenen Beteiligung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 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 29.05.2019 übersandt. Bei der Berechnung der Frist war zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin erst im Laufe des Verfahrens vollständige Unterlagen vorgelegt hat. Zusammen mit dem Entscheidungsentwurf wurden der Europäischen Kommission alle Antragsunterlagen zur Verfügung gestellt, § 4a Abs. 5 EnWG. Die Kommission hat zu dem Entwurf mit Schreiben vom 22.07.2019 Stellung genommen. Darin fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, die Erteilung der Zertifizierung von einer Bewertung der Auswirkungen der Beteiligung der Commonwealth Bank of Australia auf die Versorgungssicherheit nach Art. 11 der Richtlinie 2009/73/EG bzw. § 4b EnWG durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie abhängig zu machen und einen überarbeiteten Entscheidungsentwurf, der eine solche Bewertung nach Art. 11 der Richtlinie 2009/73/EG bzw. § 4b EnWG enthält, der Kommission gemäß Artikel 10 Abs. 6 der Richtlinie 2009/73/EG zu übermitteln. Dem ist die Beschlusskammer nachgekommen. Die Beschlusskammer hat auf der Grundlage der Antragsweiterung der Antragstellerin vom 09.08.2019 der Kommission am 04.11.2019 einen überarbeiteten Entscheidungsentwurf zur Stellungnahme unter Berücksichtigung der Bewertung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nach § 4b

EnWG übersandt sowie ergänzend alle weiteren relevanten Verfahrensunterlagen übermittelt. Aufgrund des Verkaufs der FSI-Gruppe durch die Commonwealth Bank of Australia an die MUFG zum 02.08.2019 war jedoch auf letztere bei der Bewertung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie abzustellen. Die Kommission hat der Beschlusskammer mit Schreiben vom 20.12.2019 ihre Stellungnahme vom 19.12.2019 zu dem überarbeiteten Entscheidungsentwurf übermittelt.

1.4. Entscheidungsfrist

Die Zertifizierungsentscheidung wurde fristgerecht erlassen. Die Beschlusskammer hat die Frist von zwei Monaten nach Zugang der Stellungnahme der Europäischen Kommission eingehalten (§ 4a Abs. 6 S. 1 EnWG). Maßgeblich war aufgrund der Antragsweiterung durch die Antragstellerin vom 09.08.2019 insofern die Stellungnahme der Kommission vom 19.12.2019. Diese ist bei der Bundesnetzagentur am 23.12.2019 per Post eingegangen. Die Entscheidungsfrist endete daher nach Maßgabe von § 31 Abs. 1 und Abs. 3 VwVfG i.V.m. §§ 188 Abs. 2, 187 Abs. 1 sowie 193 BGB am 24.02.2020.

2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Die Entscheidung ist auch materiell rechtmäßig. Die Antragstellerin betreibt ein Transportnetz und ist deshalb zertifizierungspflichtig (siehe folgenden Abschnitt 2.3.). 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 2.4. bis 2.9.). Sie hat daher einen Anspruch auf Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber. Die Entscheidung war unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens mit Nebenbestimmungen zu versehen (siehe Abschnitt 2.10.). Zudem waren die sonstigen Genehmigungen und Zustimmungen zu erteilen (siehe Abschnitt 2.11.). Bevor allerdings die einzelnen Voraussetzungen geprüft werden können, ist zunächst auf die Zulässigkeit des von der Antragstellerin gewählten Kombinationsnetzbetreibermodells nach § 6d EnWG einzugehen (siehe folgenden Abschnitt 2.1.) und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zu bestimmen, dem die Antragstellerin angehört (siehe folgenden Abschnitt 2.2.).

2.1. Kombinationsnetzbetreiber

Die Antragstellerin betreibt sowohl ein Transportnetz als auch zwei Verteilernetze. Nach § 6d EnWG ist der gemeinsame Betrieb eines Transport- und eines Verteilernetzes durch denselben Netzbetreiber zulässig. Voraussetzung hierfür ist, dass der Netzbetreiber insgesamt den strengeren Entflechtungsvorgaben für Transportnetzbetreiber unterliegt. Die strengeren für Fernleitungsnetzbetreiber geltenden Vorgaben müssen daher auch für den Verteilernetzbereich eingehalten werden. Dies betrifft soweit übertragbar, insbesondere die Vorgabe, dass der Kombinationsnetzbetreiber die originären Netzbetreiberaufgaben, insbesondere im Sinne des

§ 10 Abs. 1 EnWG eigenverantwortlich wahrnimmt, dass er Eigentümer aller Netze, also sowohl des Verteiler- als auch des Fernleitungsnetzes, ist (§ 10a Abs. 1 S. 2 EnWG) und dass er über die für den Betrieb dieser Netze erforderlichen finanziellen, technischen, materiellen und personellen Mittel verfügt (§ 10a Abs.1 S. 1 EnWG). Sollte es gesondertes Personal für den Verteilernetzbereich geben, so unterliegt auch dieses den strengen Vorgaben zur personellen Entflechtung (insb. § 10c EnWG). Im Rahmen des Zertifizierungsverfahrens findet dahingegen keine gesonderte Prüfung in der Weise statt, dass bestimmte finanzielle, technische, materielle und personelle Mittel dem einen oder anderen Netzbereich zugeordnet werden.

Die Antragstellerin hat insbesondere mit Schreiben vom 07.01.2019 vorgetragen, dass sie die strengeren für Transportnetzbetreiber geltenden Vorgaben auch für den Verteilernetzbereich einhalte. Auf die einzelnen Vorgaben wird soweit erforderlich im Folgenden im Rahmen des jeweiligen Prüfungspunktes eingegangen.

2.2. Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin

Die Antragstellerin gehört einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, nämlich der First State Investments-Gruppe (FSI-Gruppe) an.

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

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

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

- Kontrollkriterium

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

- Aktivitätskriterium

Bei den Unternehmen, die Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind, muss es sich um Elektrizitäts- oder Gasunternehmen handeln. Das EnWG enthält keine ausdrückliche Definition dieser Unternehmen. Begriffsbestimmungen enthalten jedoch die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG:

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

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

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

- Geographisches Kriterium

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

(2) Die Antragstellerin ist ein 100%iges Tochterunternehmen der FS Zwischenholding, deren Anteile ihrerseits zu 100% von der FS Holding gehalten werden. Diese Unternehmen bilden zusammen mit zwei Tochterunternehmen der Antragstellerin, der Ferngas Service & Management Verwaltungs GmbH und der Ferngas Service & Management GmbH & Co. KG (im Folgenden mit FSM abgekürzt), die Ferngas-Gruppe. Dabei werden die Anteile an der FSM zu 100 % von der Antragstellerin gehalten. Die persönlich haftende Gesellschafterin ist die Ferngas Service & Management GmbH, deren alleinige Anteilseignerin wiederum die Antragstellerin ist.

Die Anteile an der Ferngas-Gruppe werden zu 100% von der FSI-Gruppe gehalten. Dabei befinden sich die Anteile der FS Holding zu 100% in den Händen der in den Niederlanden ansässigen First State Atoll BV, die – vermittelt durch jeweils 100%ige Beteiligungen der First State Infrastructure Management BV mit Sitz in den Niederlanden und der First State Infrastructure S.a.r.l. mit Sitz in Luxemburg – eine 100%ige Tochtergesellschaft der Fondgesellschaft First State European Diversified Infrastructure Fund FCP-SIF (EDIF I) mit Sitz in Luxemburg ist. Die EDIF I ist ein in vertragsform errichteter, durch eine Verwaltungsgesellschaft vertretener Spezialfond. Gemeinsam mit der Fondgesellschaft European Diversified Infrastructure Fund II SCSp (EDIF II) hält die EDIF I jeweils vermittelt über weitere 100%ige Holdinggesellschaften unter anderem Beteiligungen im Bereich der Erzeugung von Energie, nämlich an der Coriance Gruppe (EDIF I zu 28,8% und EDIF II zu 44,5%) und der Finerge Gruppe (EDIF I zu 58,34% und EDIF II zu 23,09%). Die Verwaltung der beiden Fondgesellschaften EDIF I und EDIF II und die Kontrolle über deren gemeinsam mehrheitlich gehaltenen Beteiligungen wird aufgrund vertraglicher Vereinbarungen durch die First State Investments (UK) Limited und in letzter Verantwortung durch die First State Investments International Limited ausgeübt. Im Rahmen dieser Verträge wurden alle zur Ausübung der Kontrolle maßgeblichen Verwaltungs-, Kontroll- und Führungsbefugnisse auf die letztgenannten Gesellschaften übertragen.

(3) Nach der oben dargelegten Definition und den Angaben der Antragstellerin (vgl. insbesondere [REDACTED], Anwaltliches Gutachten vom 13.03.2019, Schreiben der Antragstellerin vom 18.04.2019, S. 55 ff. und Schreiben vom 15.02.2019, S. 7 ff.) bildet die FSI-Gruppe das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin. Dabei üben die First State Investments (UK) Limited und in letzter Verantwortung die First State Investments International Limited eine aktive Anlagenverwaltung auf die im Energiebereich tätigen Beteiligungen (Coriance-Gruppe und Finerge-Gruppe) durch spezialisierte Fondsmanager und Anlageverwalter und Einflussnahme auf die Unternehmensstrategie aus. First State Investments International Limited bildet daher die Obergesellschaft des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, da sie Aktivitäten im Energiebereich wahrnimmt und Kontrolle über die relevanten Gesellschaften ausübt. Die verschiedenen von der FSI-Gruppe kontrollierten Beteiligungen sind grundsätzlich Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens. Nach den Darlegungen der Antragstellerin (vgl. insbesondere Schreiben der Antragstellerin vom 18.04.2019, S. 52 ff.; [REDACTED], Anwaltliches Gutachten vom 13.03.2019; Schreiben der Antragstellerin vom

31.07.2018, S. 6 ff. und Anlagen A_1.1.A, A_1.1B., A_1.1.C., A_1.1.D., A_1.2., A_1.3. und A_1.4.) handelt es sich hier insbesondere um die Unternehmen im Bereich der Erzeugung und dem Vertrieb von Energie, nämlich die Unternehmen der Coriance-Gruppe in Frankreich (Erzeugung und Vertrieb von Elektrizität im Rahmen von Fernwärmekonzessionen) und der Finerge-Gruppe in Portugal (Windparkportfolio mit einer installierten Kapazität von rund 863 MW). Für die Bewertung des Aktivitätskriteriums unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei der Antragstellerin um eine Fernleitungsnetzbetreiberin im Gasbereich handelt und sich die weiteren Aktivitäten der FSI-Gruppe derzeit auf den Elektrizitätsbereich beschränken. Eine sektorenübergreifende Überkreuzbetrachtung von Strom- und Gassektor ist vielmehr sowohl im europäischen Rechtsrahmen als auch im EnWG vorgesehen (vgl. 9 Abs. 3 der Richtlinien 2009/73 und 2009/72 und § 8 Abs. 2 S. 2 und S. 3 EnWG). Auch wenn diese Vorgaben ausdrücklich nur für das Modell des Eigentumsrechtlich Entflochtenen Transportnetzbetreibers geregelt sind, so ist dieser Regelung der Grundsatz der Überkreuzbetrachtung zu entnehmen, weil ansonsten eine Regelungslücke entstünde. Auch die Europäische Kommission hat in ihren Stellungnahmen vom 22.07.2019 bzw. 19.12.2019 bekräftigt, dass der Grundsatz der Überkreuzbetrachtung in einem Erst-Recht-Schluss auch für das Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers gelten muss, da dieser gerade zusätzlichen und strengeren Vorgaben unterliegt, als ein eigentumsrechtlich entflochtener Transportnetzbetreiber (vgl. Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 22.07.2019, S. 5, Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19.12.2019, S. 6).

(4) Reine Holdinggesellschaften innerhalb der FSI-Gruppe und auch der Ferngas-Gruppe gehören jedoch nicht zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, da sie keine Aktivitäten im Energiebereich wahrnehmen.

Die Europäische Kommission stimmt in ihren Stellungnahmen vom 22.07.2019 bzw. 19.12.2019 (vgl. Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 22.07.2019, S. 5, Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19.12.2019, S. 6) nicht mit dieser Auffassung der Beschlusskammer überein. Die Kommission führt insofern aus, dass die auf deutschem Recht beruhende Bewertung der Bundesnetzagentur, dass reine Holdinggesellschaften, die keine energierelevante Tätigkeit ausüben, nicht Teil des vertikal integrierten Unternehmens seien, zu einem Umgehungsrisiko führen. Um aus Sicht der Kommission dieses Umgehungsrisiko zu vermeiden, müsste die gesamte Gruppe von Unternehmen, die über eine Kontrollkette vertikal integriert ist, in das vertikal integrierte Unternehmen einbezogen werden. Der von der Bundesnetzagentur gewählte Ansatz zur Vermeidung eines solchen Umgehungsrisikos auch solche Unternehmen, die nach deutschem Recht nicht Teil des vertikal integrierten Unternehmens seien, wesentlichen Entflechtungsanforderungen zu unterwerfen, sei zwar geeignet, dieses Risiko zu verringern, nicht aber auszuschließen. So erfordere der von der Bundesnetzagentur gewählte Ansatz, dass bei jeder Anforderung untersucht und begründet werde, ob sie auch auf reine Holdinggesellschaften oder nicht im Energiesektor tätige Unternehmen anzuwenden sei. Dies könne zu einer mangelnden Transparenz und Kohärenz des Entflechtungsrahmens führen. Die

Kommission fordert die Bundesnetzagentur daher auf, für die vollständige Anwendung der Bestimmungen des Kapitels IV der Gasrichtlinie in Bezug auf alle Unternehmen der FSI-Gruppe zu sorgen.

Die Beschlusskammer hat sich bereits in einem anderen Verfahren mit dieser Auffassung der Kommission und den vorgetragenen Argumenten auseinandergesetzt (vgl. Beschluss vom 20.12.2013, BK7-12-188, S. 15 ff.). Danach kann der Auffassung der Kommission, dass die Definition des vertikal integrierten Unternehmens alle Unternehmen einer Gruppe umfasse, ohne dass es auf eine relevante Tätigkeit des Unternehmens im Energiesektor ankäme, bereits aus grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen nicht gefolgt werden. Die Auffassung der Kommission findet keine Stütze in den rechtlichen Vorgaben. Der Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist im EnWG legal definiert. Nach § 3 Nr. 38 EnWG fallen unter den Begriff nur „im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätige (...) Unternehmen oder eine Gruppe von Elektrizitäts- oder Gasversorgungsunternehmen“. Damit gehören in einer Gruppe verbundener Unternehmen nicht alle miteinander verbundenen Unternehmen, sondern nur die Elektrizitäts- und Gasversorgungsunternehmen zum vertikal integrierten Unternehmen. Diese im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Begrenzung des vertikal integrierten Unternehmens auf im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätige Unternehmen geht unmittelbar auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in den relevanten Richtlinien zurück. Sowohl die Richtlinie 2009/73/EG für den Gasmarkt, als auch die Richtlinie 2009/72/EG für den Elektrizitätsmarkt enthalten eine Definition des vertikal integrierten Unternehmens. In beiden Richtlinien ist der Umfang des vertikal integrierten Unternehmens ausdrücklich auf Erdgasunternehmen oder eine Gruppe von Erdgasunternehmen (Art. 2 Ziffer 20 Richtlinie 2009/73/EG) bzw. auf Elektrizitätsunternehmen oder eine Gruppe von Elektrizitätsunternehmen (Art. 2 Ziffer 21 Richtlinie 2009/72/EG) beschränkt. Zwar benennt die deutsche Fassung der Richtlinie 2009/73/EG neben Erdgasunternehmen auch eine „Gruppe von Unternehmen“ ohne den einschränkenden Zusatz „Erdgas“. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben jedes verbundene Unternehmen der Gruppe oder der wirtschaftlichen Einheit zum vertikal integrierten Unternehmen zu zählen sei. Dass die deutsche Fassung auf eine „Gruppe von Unternehmen“ und nicht auf eine Gruppe von Erdgasunternehmen abstellt, ist lediglich ein Redaktionsversehen. In den ebenfalls verbindlichen französischen und englischen Fassungen der Legaldefinition des vertikal integrierten Unternehmens in Art. 2 Ziffer 20 Richtlinie 2009/73/EG ist der einschränkende Zusatz „Gruppe von Erdgas-Unternehmen“ nämlich enthalten (vgl. französische Fassung: „entreprise de gaz naturel ou un groupe d'entreprises de gaz naturel“ und englische Fassung: „natural gas undertaking or a group of natural gas undertakings“). Auch die deutsche Fassung der für den Elektrizitätsbereich geltenden Definition des vertikal integrierten Unternehmens enthält eine entsprechende Beschränkung auf „Elektrizitätsunternehmen oder eine Gruppe von Elektrizitätsunternehmen“ (vgl. Art. 2 Ziffer 21

der Richtlinie 2009/72/EG) und damit das einschränkende Kriterium einer energierelevanten Tätigkeit (Aktivitätskriterium).

Die maßgeblichen Richtlinien konkretisieren die Definition des vertikal integrierten Unternehmens sogar noch weiter und legen fest, was unter einem „Erdgasunternehmen“ (vgl. Art. 2 Ziffer 1 Richtlinie 2009/73/EG) bzw. einem „Elektrizitätsunternehmen“ (vgl. Art. 2 Ziffer 35 Richtlinie 2009/72/EG) zu verstehen ist. Auch diese Begriffsbestimmungen enthalten eine weitere Einschränkung, indem sie darauf abstellen, dass das Unternehmen

1. eine der Funktionen Gewinnung, Fernleitung, Verteilung, Lieferung, Kauf oder Speicherung von Erdgas, einschließlich verflüssigtem Erdgas (vgl. Art. 2 Ziffer 1 Richtlinie 2009/73/EG) bzw. eine der Funktionen Erzeugung, Übertragung, Verteilung, Lieferung oder Kauf von Elektrizität (vgl. Art. 2 Ziffer 35 Richtlinie 2009/72/EG) wahrnimmt und
2. die kommerziellen, technischen und/oder wartungsbezogenen Aufgaben im Zusammenhang mit diesen Funktionen erfüllt.

Die Einschränkung auf bestimmte im Energiebereich tätige Unternehmen in den maßgeblichen Richtlinien und dem EnWG ist eindeutig. Sie ist vor dem Hintergrund des Zwecks der Entflechtungsvorgaben und dem auch gemeinschaftsrechtlich verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von staatlichen Eingriffen zu sehen. Der Netzbetrieb soll von den Wettbewerbsbereichen Gewinnung bzw. Erzeugung und Versorgung wirksam getrennt (entflochten) werden, um Diskriminierung bei der Ausübung des Netzbetriebs und der Schaffung von Anreizen für vertikal integrierte Unternehmen, ausreichend in ihre Netze zu investieren, entgegen zu wirken (vgl. Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2009/73/EG und Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2009/72/EG). Andererseits handelt es sich bei den Entflechtungsvorschriften um Vorgaben, die die unternehmerische Freiheit in Bezug auf getätigte Investitionen zum Teil erheblich einschränken können. Eingriffe in die unternehmerische Freiheit sind grundsätzlich nur in dem Umfang gerechtfertigt, der zur Erreichung der genannten Ziele erforderlich ist. Diese Gesichtspunkte wurden bei der Ausgestaltung der gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Entflechtungsvorgaben berücksichtigt. Nach den Rechtsvorschriften ist die Definition des vertikal integrierten Unternehmens daher auf solche Unternehmen beschränkt, die in den relevanten Energiebereichen auch tatsächlich tätig sind, da hier ein Diskriminierungspotential anzunehmen ist.

Die Kommission begründet ihre den gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vorschriften widersprechende Auffassung damit, dass bei einer auf Energieversorgungsunternehmen beschränkten Definition die Gefahr bestünde, dass die Entflechtungsvorgaben durch zusätzlich gegründete Tochtergesellschaften, die keine relevante Tätigkeit im Energiebereich ausüben, leicht umgangen werden könnten. Über diese Holding-Gesellschaften könnte das vertikal integrierte Unternehmen den Unabhängigen Netzbetreiber auf eine Weise beeinflussen, die nach den für Unabhängige Netzbetreiber geltenden Vorschriften verboten sei.

Die Beschlusskammer hat den Bedenken der Kommission unter Berücksichtigung der skizzierten rechtlichen Vorgaben und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausreichend Rechnung getragen und geprüft, ob konkrete Anhaltspunkte für die Möglichkeit einer unzulässigen Beeinflussung durch die Holdinggesellschaften der FSI-Gruppe bestehen. Dabei ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass es für die vorliegende Zertifizierungsentscheidung mit Bezug auf die Einhaltung der materiellen Entflechtungsvorgaben letztlich gar nicht darauf ankommt, ob Holdinggesellschaften der FSI-Gruppe Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind. Denn auch die Holdinggesellschaften der FSI-Gruppe halten die Bestimmungen für vertikal integrierte Unternehmen gemäß Kapitel IV der Richtlinie 2009/73/EG so, wie von der Kommission in ihrer Stellungnahme gefordert, bereits überwiegend ein. Permanente Dienstleistungsbeziehungen zwischen den Holdinggesellschaften der FSI-Gruppe einerseits und der Antragstellerin bestehen nicht (siehe Abschnitt 2.5.4). Eine Verwechslungsgefahr ist ausgeschlossen (siehe Abschnitt 2.5.5) und getrennte Rechnungslegung durch verschiedene Wirtschaftsprüfer (vgl. Abschnitt 2.5.6) und räumliche Trennung (vgl. Abschnitt 2.5.7) hinreichend sichergestellt. Die Antragstellerin verfügt über wirksame Entscheidungsbefugnisse und eine unzulässige Einflussnahme durch die Holdinggesellschaften der FSI-Gruppe ist ausgeschlossen (vgl. Abschnitt 2.6.1). Die Antragstellerin kann nunmehr auch finanziell unabhängig von den Holdinggesellschaften der FSI-Gruppe agieren (vgl. Abschnitt 2.6.1). Durch die Auflage Ziffer 2 lit. b) wird zudem sichergestellt, dass auch die Unternehmensleitung der Antragstellerin über eine hinreichende berufliche Unabhängigkeit verfügt und unabhängig von den Holdinggesellschaften agieren kann (siehe unten, Abschnitt 2.6.2).

Die Kommission erkennt zwar an, dass das Umgehungsrisiko nach dem von der Beschlusskammer gewählten Ansatz zu einer Verringerung dieses Risikos führt. Soweit die Kommission befürchtet, dass das Umgehungsrisiko jedoch nicht vollumfänglich ausgeschlossen wird, sind diese Bedenken jedoch unbegründet. Nach den Vorgaben des EnWG ist ausreichend sichergestellt, dass Verhaltensweisen, durch die die Entflechtungsvorgaben in einer unzulässigen Weise umgangen werden, wirksam begegnet werden können. Dies belegen auch Erfahrungen aus anderen Verfahren (vgl. etwa BK7-13-073, BK7-14-122 und BK7-15-049). Sollte der Beschlusskammer zukünftig ein Verhalten bekannt werden, dass eine Umgehung der relevanten Entflechtungsvorgaben und unzulässige Einflussnahme darstellt, kann sie die Zertifizierung nachträglich mit Auflagen versehen oder widerrufen (vgl. § 4d EnWG) oder ein Aufsichtsverfahren nach § 65 EnWG gegen den Netzbetreiber oder das vertikal integrierte Unternehmen durchführen. Entflechtungsrechtlich bedenkliche Einflussnahmen der Holdinggesellschaften der FSI-Gruppe auf die Antragstellerin können damit wirksam auch in der Zukunft unterbunden werden, ohne den Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu überdehnen. Soweit die Kommission eine mangelnde Transparenz und Kohärenz des Entflechtungsrahmens befürchtet, sind auch diese Bedenken unbegründet, da durch die gesetzlichen Vorgaben des EnWG und die

Anwendung durch die Beschlusskammer schon aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung eine gleichmäßige Verwaltungspraxis nach deutschem Verwaltungsrecht sichergestellt ist.

(5) Die Antragstellerin hatte zu Beginn des Verfahrens mitgeteilt, dass der damalige Mutterkonzern ihres vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der FSI-Gruppe, die Commonwealth Bank of Australia die im Sommer 2018 veröffentlichten Pläne zu einem Börsengang der gesamten Vermögensverwaltungssparte der Bank und der darin eingegliederten, nahezu unabhängig agierenden FSI-Gruppe aufgegeben habe. Stattdessen habe die Commonwealth Bank of Australia zu Beginn des Verfahrens Aktivitäten unternommen, die FSI-Gruppe aus der Vermögensverwaltung der Bank vollständig herauszulösen und an die japanische Großbank Mitsubishi UFJ Trust and Banking Corporation zu verkaufen (vgl. Schreiben vom 07.01.2019, S. 6).

Mit Schreiben vom 09.08.2019 hat die Antragstellerin die Beschlusskammer darüber informiert, dass der Verkauf der FSI-Gruppe nunmehr vollzogen sei und diese seit dem 02.08.2019 zu 100% im Eigentum der Carol Australia Holdings Pty Ltd. mit Sitz in Australien, welche wiederum zu 100% im Eigentum der Mitsubishi UFJ Trust and Banking Corporation mit Sitz in Japan und damit letztlich zu 100% im Eigentum der Mitsubishi UFJ Financial Group Inc. (MUFG) mit Sitz in Japan stehe. Die noch im Entscheidungsentwurf vom 29.05.2019 insoweit vorgesehene Informationsauflage (Tenor Ziffer 2. lit. d)) konnte daher zwischenzeitlich entfallen.

Die Antragstellerin hat glaubhaft dargelegt, dass die Gesellschaften oberhalb der FSI-Gruppe nicht als vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen einzustufen sind, da sie keine relevanten Tätigkeiten im Energiebereich in der Europäischen Union entfalten. Die Antragstellerin hat insoweit glaubhaft vorgetragen, dass die neue Eigentümerin der FSI-Gruppe, die MUFG, in den Wettbewerbsbereichen allenfalls als Finanzinvestor im Rahmen von Projektfinanzierungen (z.B. Kreditvergabe, Portfoliomanagement) tätig ist, darüber hinaus aber keine aktive Beteiligungsverwaltung an Unternehmen ausübt, die in den Wettbewerbsbereichen Erzeugung oder Gewinnung von Strom bzw. Gas oder Vertrieb tätig sind (vgl. Schreiben vom 29.09.2019 einschließlich Anlagen). Weitergehende Informationen waren entgegen der Auffassung der Europäischen Kommission (vgl. Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 7) nicht einzuholen. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die gegen den Vortrag bzw. die vorgelegten Unterlagen der Antragstellerin sprechen. Selbstredend hat die Beschlusskammer auch umfangreiche eigene Recherchen betrieben, um insbesondere den Vortrag der Antragstellerin zu plausibilisieren, sodass der Amtsermittlungsgrundsatz gewahrt ist. Weitere Ermittlungen hält die Beschlusskammer daher nicht für erforderlich im Sinne des § 68 Abs. 1 EnWG, da die vorgetragenen Tatsachen hinreichend erwiesen sind (vgl. Wende in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Auflage 2019, § 38, Rn. 4). Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sobald die Antragstellerin Informationen über veränderte Umstände erhält, die insbesondere das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen betreffen, sie diese Umstände gemäß § 4c

EnWG der Beschlusskammer mitzuteilen hat, da dies eine Neubewertung der Zertifizierungsvoraussetzungen nach den §§ 4a, 4b EnWG erforderlich machen könnte. Kommt sie dieser Pflicht nicht nach, handelt sie gemäß § 95 Nr. 1b EnWG ordnungswidrig und kann mit einer Geldbuße belegt werden. Die Einleitung eines Aufsichtsverfahrens gemäß § 65 EnWG bei Verstößen gegen die Entflechtungsvorgaben bleibt davon unberührt.

2.3. 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 (siehe unter Ziffer (1)). Die Zertifizierung war gemäß Tenor Ziffer 2 lit. c.) mit der Auflage zu versehen, die Beschlusskammer mit einem hinreichenden Vorlauf über die aktuelle Netztopologie der Antragstellerin zum Zeitpunkt des Wegfalls des Marktgebietsübergangspunktes Vitzeroda im Zusammenhang mit der nach § 21 GasNZV angeordneten Marktgebietszusammenlegung zu informieren (siehe unter Ziffer (2)).

(1) Fernleitungsnetzbetreibereigenschaft

Die Antragstellerin bedarf als Betreiberin eines Fernleitungsnetzes i.S.v. § 3 Nr. 5 EnWG der Zertifizierung. Dabei umfasst der Betrieb insbesondere die Aufgaben nach Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 EnWG (Netzentwicklungsplanung, Netzanschluss, Netzzugang). 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. Die Antragstellerin betreibt seit dem 01.10.2018 ein Fernleitungsnetz; die in ihrem Eigentum befindliche und von ihr betriebene EGL 401 mit dem Marktgebietsübergangspunkt Vitzeroda dient der Fernleitung (vgl. Schreiben der Antragstellerin vom 31.07.2018, S. 10 ff.).

Die EGL 401 bildet ein – von den Verteilernetzen der Antragstellerin separiertes – eigenes Leitungssystem, das über einen Marktgebietsübergangspunkt, den Punkt Vitzeroda, verfügt. Transportkunden können an diesem Netzpunkt Kapazitäten buchen. Die EGL 401 wird somit in nicht unerheblicher Höhe für das Angebot von Transportkapazitäten zum Marktgebiet NetConnect Germany genutzt. Daneben erfolgt die Aufspeisung des Netzgebiets Thüringen-Sachsen. Das Leitungssystem verbindet die Fernleitungssysteme der Open Grid Europe GmbH und der GASCADE Gastransport GmbH und dient damit auch dem Import von Erdgas aus Russland nach Deutschland und Europa und der Einbindung großer europäischer Importleitungen in das deutsche Fernleitungsnetz. Hiernach ist die Antragstellerin als Betreiberin eines Fernleitungsnetzes zu qualifizieren.

(2) Informationsaufgabe gemäß Tenor Ziffer 2 lit. c) zur Marktgebietszusammenlegung

Die Zertifizierung war gemäß Tenor Ziffer 2 lit. c) mit der Auflage zu versehen, dass die Antragstellerin die Beschlusskammer mit einem Vorlauf von mindestens 6 Monaten vor der nach § 21 GasNZV vorgesehenen Marktgebietszusammenlegung, bei einer Marktgebietszusammenlegung zum 01.10.2021 spätestens zum 01.04.2021, über die aktuelle Netztopologie des Fernleitungsnetzes zu informieren hat.

Die Informationspflicht soll die Beschlusskammer rechtzeitig in die Lage versetzen, zu prüfen, ob ein Widerruf der Zertifizierung der Antragstellerin nach § 4d EnWG im Fall der Marktgebietszusammenlegung erforderlich ist oder, ob die Antragstellerin aufgrund einer veränderten Netztopologie auch nach Wegfall des Marktgebietsübergangspunktes Vitzeroda die Voraussetzungen der gesetzlichen Definition des Fernleitungsnetzbetreibers nach § 3 Nr. 5 EnWG erfüllt.

Der Status der Antragstellerin als Fernleitungsnetzbetreiberin begründet sich derzeit wesentlich darauf, dass die Antragstellerin Transportkapazitäten an dem Marktgebietsübergangspunkt Vitzeroda vermarktet. Damit erfüllt sie derzeit die Voraussetzungen, die die gesetzliche Definition des Fernleitungsnetzbetreibers nach § 3 Nr. 5 S. 1 Alt. 1 bzw. Alt. 2. lit. b) EnWG aufstellt.

Voraussetzung ist insofern, dass das Netz einen Marktgebiets- oder Grenzübergangspunkt aufweist. Im Zusammenhang mit der nach § 21 GasNZV spätestens für den 01.04.2022 vorgesehenen Marktgebietszusammenlegung der Marktgebiete GASPOOL und NetConnect Germany zu einem einzigen Marktgebiet wird der einzige Marktgebietsübergangspunkt Vitzeroda im Fernleitungsnetz der Antragstellerin aller Voraussicht nach wegfallen. Nach der Auffassung der Beschlusskammer dürfte damit der Status der Antragstellerin als Fernleitungsnetzbetreiberin entfallen, wenn sich in der Zwischenzeit nicht die Netztopologie so verändert hat, dass trotz Wegfall des Marktgebietsübergangspunktes die Voraussetzungen der gesetzlichen Definition des Fernleitungsnetzbetreibers nach § 3 Nr. 5 EnWG erfüllt sind. Sollte der Status als Fernleitungsnetzbetreiber entfallen, so würde dies eine Neubewertung der Zertifizierung nach § 4d EnWG erforderlich machen. Nach § 4a Abs. 1 S. 1 EnWG bedarf der Betrieb eines Transportnetzes der Zertifizierung. Diese Pflicht zur Zertifizierung besteht ausschließlich für Transportnetzbetreiber. Es handelt sich insoweit um eine gebundene Entscheidung, bei der der Regulierungsbehörde kein Ermessen zukommt. Die Anwendung des § 4a EnWG ist also daran geknüpft, dass der Netzbetreiber die Tatbestandsvoraussetzungen der gesetzlichen Definition des Fernleitungsnetzbetreibers nach § 3 Nr. 5 EnWG erfüllt. Liegen diese Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor, fehlt es an der Zertifizierungsfähigkeit. Ebenso wenig, wie der Bundesnetzagentur bei der Auswahl der in den Effizienzvergleich einzubeziehenden Unternehmen ein Ermessen zusteht, ob über Fernleitungsnetzbetreiber hinaus Verteilernetzbetreiber einzubeziehen wären (vgl. BGH, Beschluss vom 12.06.2018, ENVR 53/16, amtlicher Umdruck, Rd. 12 ff.), steht der Beschlusskammer bei der Frage, des „Ob“ oder „Ob nicht“ der Zertifizierung und Benennung als Fernleitungsnetzbetreiber nach § 4a EnWG ein Ermessen zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die im Gesetz vorgesehene Unterscheidung zwischen den Betreibern von Fernleitungsnetzen und den Betreibern von Verteilernetzen vielmehr abschließend (vgl. BGH, Beschluss vom 12.06.2018, ENVR 53/16, amtlicher Umdruck, Rd. 17). Dies hat die Beschlusskammer auch im Rahmen der §§ 4a ff. EnWG zu berücksichtigen. Liegen die Voraussetzungen der gesetzlichen Definition des Fernleitungsnetzbetreibers nicht mehr vor, fehlt es an der Zertifizierungsfähigkeit nach den §§ 4a EnWG.

Die Fernleitungsnetzbetreiber planen die Zusammenlegung der Marktgebiete zum 01.10.2021 (siehe: <http://www.marktgebietszusammenlegung.de/>). Bei einem Start des gemeinsamen Marktgebiets zu diesem Zeitpunkt hätte die Antragstellerin die Beschlusskammer gemäß Tenor Ziffer 2 lit. c) spätestens zum 01.04.2021 über die aktuelle Netztopologie des Fernleitungsnetzes im Hinblick auf die Voraussetzungen der gesetzlichen Definition des Fernleitungsnetzbetreibers nach § 3 Nr. 5 EnWG zu informieren. Sollte die Marktgebietszusammenlegung später kommen, wäre die Beschlusskammer mit einem Vorlauf von mindestens 6 Monaten entsprechend später zu informieren.

Die Beschlusskammer hatte in der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2019 noch in Erwägung gezogen, die Zertifizierung mit dem Vorbehalt eines Widerrufs nach § 36 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 VwVfG und § 4a Abs. 4 i.V.m. § 4d EnWG zu versehen.

Die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs auch für Fallgestaltungen wie die vorliegende ergibt sich jedoch bereits unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich § 4d EnWG selbst. Nach § 4d EnWG kann die Regulierungsbehörde die Zertifizierung nach § 4a EnWG widerrufen, soweit auf Grund tatsächlich geänderter Umstände eine Neubewertung der Zertifizierungsvoraussetzungen erforderlich wird. Der Wegfall des Marktgebietsübergangspunktes Vitzeroda im Zusammenhang mit der Marktgebietszusammenlegung kann eine solche Änderung der tatsächlichen Umstände darstellen. Sollte sich die Netztopologie der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Marktgebietszusammenlegung nicht so verändert haben, dass die Antragstellerin nach der gesetzlichen Definition des § 3 Nr. 5 EnWG trotz des Wegfalls des Marktgebietsübergangspunktes weiterhin als Fernleitungsnetzbetreiberin anzusehen wäre, würde dies eine Neubewertung der Zertifizierungsvoraussetzungen nach § 4d EnWG erforderlich machen, die den Widerruf der Zertifizierung zur Folge haben kann. Aufgrund der nach § 4d EnWG bestehenden gesetzlichen Widerrufsmöglichkeit bedarf es eines deklaratorischen Widerrufsvorbehaltes in der Zertifizierung daher nicht. Soweit die Marktteilnehmer und insbesondere die zum Teil am Verfahren beteiligten Fernleitungsnetzbetreiber ein berechtigtes Interesse an der Transparenz über den Status der Antragstellerin haben, geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Antragstellerin die betroffenen Marktteilnehmer mit einem hinreichenden Vorlauf über die anstehenden Entwicklungen informiert. Im Hinblick auf die anderen Fernleitungsnetzbetreiber dürfte sich eine solche Informationspflicht ohnehin aus den zwischen Fernleitungsnetzbetreibern geltenden Kooperationspflichten ergeben.

Die Europäische Kommission hat in ihren Stellungnahmen vom 22.07.2019 bzw. 19.12.2019 die Auffassung geäußert, dass die in Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2009/73/EG festgelegte Begriffsbestimmung von Fernleitung nicht das Vorhandensein eines buchbaren Kopplungspunktes erfordert. Die Richtlinie stelle einzig auf den „Transport von Erdgas durch ein hauptsächlich Hochdruckfernleitungen umfassendes Netz, mit Ausnahme von vorgelagerten Rohrleitungsnetzen und des in erster Linie im Zusammenhang mit der lokalen Erdgasverteilung benutzten Teils von Hochdruckfernleitungen“ ab. Auch wenn ein Teil der Gasflüsse auf der EGL 401 in lokale Verteilernetze fließe, stammte ein erheblicher Teil der Gasflüsse aus der Verbindung zwischen den Fernleitungsnetzen der GASPOOL und NetConnect Germany. Daher sei die EGL 401 als Fernleitung einzustufen, ohne dass es auf das Vorhandensein von buchbaren Kopplungspunkten ankäme. Das Diskriminierungsrisiko, das durch die Entflechtung verhindert werden solle, sei nicht ausschließlich mit buchbaren Kopplungspunkten verbunden, sondern sei auch bei Netzbetreibern ohne buchbare Punkte vorhanden. Auch diesen stünden wettbewerbsrelevante Informationen zur Verfügung, die von Marktteilnehmern zur Wettbewerbsverzerrung genutzt werden könnten, und Netzbetreiber ohne buchbare Punkte

könnten dennoch Entscheidungen mit diskriminierender Wirkung, etwa bezüglich der Entwicklung und Wartung von Netzen treffen.

Die Europäische Kommission unterstreicht an dieser Stelle die Bedeutung, dass alle Fernleitungsnetzbetreiber den Entflechtungsvorgaben unterliegen sollen, unabhängig davon, ob diese Leitungen buchbare Kopplungspunkte umfassen oder nicht.

Die Beigeladenen zu 3) und zu 4) haben sich in Stellungnahmen der Rechtsauffassung der Europäischen Kommission angeschlossen und halten die deutsche Definition der Fernleitung in § 3 Nr. 5 EnWG für eine unzulässige Verengung der Vorgaben aus der Richtlinie. Das Merkmal eines buchbaren Marktgebietsübergangspunktes bzw. Grenzübergangspunktes sei für die europarechtlich vorgegebene Abgrenzung anhand der Funktion des Netzes für den Transport auf der einen Seite und die lokale Verteilung von Gas auf der anderen Seite ohne Aussagegehalt. Die Beigeladenen zu 5) und 8) halten die deutsche Definition der Fernleitung, die auf einen buchbaren Marktgebietsübergangspunkt bzw. Grenzübergangspunkt abstellt, demgegenüber für eine zulässige Konkretisierung der europarechtlichen Vorgaben.

Gegen die Auffassung der europäischen Kommission könnte sprechen, dass die Definition der Fernleitung in § 3 Nr. 5 EnWG gegenüber der Richtlinie 2009/73/EG keine zusätzlichen Bedingungen an einen Fernleitungsnetzbetreiber aufstellt, die zu einem begrenzteren Anwendungsbereich führen würden. Das Abstellen auf einen buchbaren Marktgebietsübergangspunkt bzw. Grenzübergangspunkt berücksichtigt vielmehr die Besonderheiten der heterogenen Netzbetreiberlandschaft in Deutschland und ermöglicht eine trennscharfe und rechtssichere Abgrenzung zwischen Netzbetreibern, deren Netze vorwiegend der lokalen Verteilung und solchen Netzen, die in erster Linie Transportaufgaben mit europäischer Bedeutung dienen.

Letztlich muss diese Rechtsfrage in der vorliegenden Entscheidung aber nicht entschieden werden. Denn aktuell liegt auch nach Ansicht der Kommission keine unzulässige Begrenzung des Kreises der Fernleitungsnetzbetreiber vor. Ebenso wie die Kommission geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Antragstellerin nach derzeitiger Sachlage als Fernleitungsnetzbetreiber einzustufen ist. Ob die Antragstellerin auch nach der Marktgebietszusammenlegung weiterhin als Fernleitungsnetzbetreiber einzustufen sein wird, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens, sondern wird erst im Rahmen zukünftiger Regulierungsverfahren, beispielsweise eines Widerrufverfahrens nach § 4d EnWG, zu prüfen sein.

2.4. Stichtag, Aufgaben und Rechtsform

Die Voraussetzungen des § 10 EnWG für eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber liegen vor. Bei der Fernleitung EGL 401 handelt es sich um ein zum Stichtag am 03.09.2009 im Eigentum eines vertikal integrierten

Energieversorgungsunternehmens stehendes Transportnetz (siehe folgenden Abschnitt 2.4.1.), die Antragstellerin nimmt bestimmte Mindestaufgaben eigenverantwortlich wahr (siehe folgenden Abschnitt 2.4.2.) und ist in einer zulässigen Rechtsform organisiert (siehe folgenden Abschnitt 2.4.3.).

2.4.1. Stichtag

Die Einrichtung eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers ist vorliegend möglich, denn bei der Fernleitung EGL 401 handelt es sich um ein Transportnetz, das zum maßgeblichen Zeitpunkt, dem 03.09.2009, im Eigentum eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens stand (§ 10 Abs. 1 S. 1 EnWG). Nach § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG können vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen einen Unabhängigen Transportnetzbetreiber nach den Regelungen der §§ 10 bis 10e EnWG einrichten, wenn das Transportnetz am Stichtag (03.09.2009) im Eigentum eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens stand.

Zum maßgeblichen Zeitpunkt (03.09.2009) stand das Transportnetz der Antragstellerin (EGL 401) mittelbar zu je 50 % im Eigentum der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen E.ON AG und VNG AG, da diese zum damaligen Zeitpunkt zu je 50% mittelbar die Anteile an der nunmehr auf die Antragstellerin verschmolzenen Ferngas Thüringen-Sachen GmbH hielten (vgl. Antrag vom 31.07.2018, S. 12). Diese Auffassung wird von der Europäischen Kommission in ihren Stellungnahmen vom 22.07.2019 bzw. 19.12.2019 bestätigt.

2.4.2. Aufgaben des Unabhängigen Transportnetzbetreibers

Die Antragstellerin erfüllt die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG. Wird der Netzbetrieb im Kombinationsnetzbetrieb, das heißt dem gemeinsamen Betrieb eines Fernleitungsnetzes und eines Verteilernetzes, organisiert, sind die genannten Vorgaben zur eigenverantwortlichen Erfüllung der originären Netzbetreiberaufgaben nach § 6d EnWG für den Fernleitungsnetzbereich und den Verteilernetzbereich – soweit sie übertragbar sind – gleichermaßen zu erfüllen. Dies betrifft insbesondere die Vertretung gegenüber Dritten (§ 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG), die Erhebung von Entgelten (§ 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 EnWG) und die Unterhaltung von sog. Shared Services wie einer eigenen Rechtsabteilung, einer eigenen Buchhaltung und einer eigenen IT (§ 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 EnWG).

Die Antragstellerin ist neben den Aufgaben, die jeder Transportnetzbetreiber eigenverantwortlich wahrnehmen muss und die insbesondere in Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 des EnWG benannt sind, ausdrücklich verantwortlich für den in § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG aufgeführten Aufgabenkatalog sowohl im Hinblick auf das Transport- als auch das Verteilernetz.

Die Antragstellerin bedient sich nach ihren Angaben zur Durchführung dieser Aufgaben in großem Umfang der Unterstützung von Dienstleistern (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 14 ff. und S. 24 ff.; Schreiben vom 28.09.2018, S. 9; Schreiben vom 07.01.2019, S. 7 ff. und S. 20; Schreiben vom

integrierten Energieversorgungsunternehmens, Dienstleistungen für den Transportnetzbetreiber zu erbringen.

Tochterunternehmen, die zu 100% in der Hand des Transportnetzbetreibers selbst sind und über die der Transportnetzbetreiber Kontrolle ausübt, sind jedoch schon aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten im Wege einer einschränkenden Auslegung der Sphäre des Netzbetreibers zuzurechnen. Dem Transportnetzbetreiber muss letztlich die Entscheidungsfreiheit verbleiben, wie er die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben gesellschaftsrechtlich organisiert. Dies darf allerdings nicht dazu führen, dass die Entflechtungsvorgaben durch eine solche gesellschaftsrechtliche Konstruktion von Tochterunternehmen unterlaufen werden. Um Umgehungen zu vermeiden, müssen sich diese Tochterunternehmen des Netzbetreibers daher ebenso an den Entflechtungsvorgaben messen lassen wie der Transportnetzbetreiber selbst.

b.) Ausreichend eigenes Personal

Nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG und den oben genannten Grundsätzen muss der Netzbetreiber unabhängig von den Vorgaben des Dienstleistungsverbotes des § 10a Abs. 3 S. 1 EnWG mindestens die in § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG genannten Aufgaben eigenverantwortlich wahrnehmen (§ 10 Abs. 1 EnWG). Ihm müssen auch bei einer weitgehenden Aufgabenerfüllung durch einen externen Dienstleister wirksame Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte zustehen (§ 10b Abs. 1 S. 1 EnWG). Unzulässig ist somit eine komplette Fremdvergabe. Auch wenn sich der Netzbetreiber zur Erfüllung seiner Aufgaben weitgehend eines Dienstleisters bedient, muss er die Verantwortung für die in § 10 Abs. 1 EnWG genannten Aufgabenbereiche durch eine geeignete Überwachung, Steuerung und Koordinierung der Dienstleistungserbringung wahrnehmen. Zumindest die Überwachung und Koordinierung der gesetzlichen Mindestaufgaben müssen unmittelbar durch eigenes Personal des Netzbetreibers selbst wahrgenommen werden (vgl. auch Abschnitt 2.5.1 und 2.5.3.).

Die Antragstellerin hat glaubhaft dargelegt, dass sie über das erforderliche eigene Personal verfügt, um die Dienstleistungserbringung durch die FSM steuern und koordinieren zu können (Schreiben vom 31.07.2018, S. 13 ff., S. 19, Schreiben vom 28.09.2018, S. 9, Schreiben vom 05.10.2018 und Schreiben vom 18.04.2019, S. 10 f. und Anlage A_16.2.E). Die Antragstellerin verfügt insbesondere über eigenes, mit den erforderlichen Befugnissen ausgestattetes Personal (jeweils eine Person) in den Bereichen „Kaufmännischer Bereich“, „Infrastruktur“ und „Netzwirtschaft“ (vgl. hierzu ausführlich Abschnitt 2.5.3).

c.) Vertragliche Absicherung einer wirksamen Überwachung, Steuerung und Koordinierung

Die Antragstellerin hat die zwischen ihr und FSM bestehenden Dienstleistungsverträge (Vertrag

durch

Nachtragsvereinbarungen (vgl. Email vom 23.05.2019 und Schreiben vom 18.04.2019, jeweils Anlagen [REDACTED]) aufgrund entsprechender Hinweise der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2019 (vgl. Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 02.04.2019, S. 5 ff.) angepasst, so dass die Verantwortlichkeit der Antragstellerin für den in § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG genannten Aufgabenkatalog nunmehr durch wirksame Kontroll- und Einflussnahmemöglichkeiten sichergestellt ist (§ 10b Abs. 1 S. 1 EnWG):

Geregelt sind umfassende und unbeschränkte Weisungsrechte der Antragstellerin in allen Angelegenheiten ([REDACTED] Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019). Damit ist gewährleistet, dass die Antragstellerin jederzeit in allen Angelegenheiten des Geschäftsbetriebs, der Vermarktung des Netzes und der technischen Betriebsführung Einfluss nehmen kann. Durch umfassende Auskunftsrechte der Antragstellerin ([REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; § [REDACTED] Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019) sowie regelmäßige und außerordentliche Informationspflichten der FSM ([REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019) wird die Antragstellerin in die Lage versetzt, ihr Weisungsrecht wirksam auszuüben. Die Dienstleistungsverträge sehen ein ordentliches und außerordentliches Kündigungsrecht vor, letzteres ausdrücklich auch für den Fall, dass die FSM gegen die Entflechtungsvorgaben, das Gleichbehandlungsprogramm und die Compliance Richtlinien der Antragstellerin verstößt ([REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019).

Die Dienstleistungsverträge sehen die Möglichkeit für die FSM vor, die Dienstleistungserbringung auf Dritte zu verlagern. Die Beschlusskammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2019 darauf hingewiesen, dass eine wirksame Überwachung, Steuerung und Koordinierung durch eigenes Personal des Netzbetreibers und die Einhaltung der Entflechtungsvorgaben auch bei einer Weiterdelegierung nur dann sichergestellt sein dürfte, wenn die Delegation bzw.

Unterbeauftragung an die Zustimmung des Netzbetreibers geknüpft ist. Die Antragstellerin hat diese Bedenken durch die Nachtragsvereinbarungen ausgeräumt und ein Zustimmungserfordernis aufgenommen. Die Dienstleistungsverträge regeln nunmehr darüber hinaus, dass eine entflechtungskonforme Gestaltung zu beachten ist und die Verträge mit Dritten die Möglichkeit eines Entzugs der Zustimmung zur Unterbeauftragung in der Vertragsgestaltung berücksichtigen müssen (vgl. [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED], Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019). Damit ist jetzt auch im Fall einer Unterbeauftragung von Dritten durch die FSM eine ausreichende Überwachung, Steuerung und Koordinierung sichergestellt.

Nach [REDACTED] (Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019) ist die FSM zudem verpflichtet, die Unternehmensleitung der Antragstellerin als eigene Unternehmensleitung einzusetzen. Durch diese schuldrechtlich verankerte Personalunion in der Unternehmensleitung der Antragstellerin und der FSM sind die Steuerungs- und Lenkungskreise beider Unternehmen identisch (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 6). Dadurch wird zusätzlich sichergestellt, dass die Antragstellerin die Dienstleistungserbringung durch die FSM mit eigenem Personal steuern und koordinieren kann. Die Antragstellerin hat zudem vorgetragen, dass auch auf Grund ihrer Gesellschafterstellung als alleinige Komplementärin (durch ihr 100%iges Tochterunternehmen die Ferngas Service & Management Verwaltungs GmbH) und alleinige Kommanditistin der FSM eine Steuerung und Koordinierung der FSM erfolgen kann (Schreiben vom 18.04.2019, S. 5 f.)

Aufgrund der dargestellten Anpassungen der Dienstleistungsverträge ist eine dauerhafte und von den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen und der personellen Besetzung der Unternehmensleitung unabhängige und an die Dienstleistungserbringung gekoppelte Überwachung, Steuerung und Koordinierung sichergestellt.

d.) Vertragliche Verpflichtung des Dienstleisters auf Entflechtungsvorgaben

Nach der Auffassung der Beschlusskammer muss die Einhaltung der Entflechtungsvorgaben auch und gerade dann sichergestellt sein, wenn sich der Netzbetreiber bei der Erfüllung von gesetzlichen Pflichtaufgaben (§ 10 Abs. 1 S. 2 EnWG) eines Dienstleisters bedient. Die Einhaltung der Entflechtungsvorgaben ist jedenfalls dann ohne weiteres sichergestellt, wenn es sich bei dem Dienstleister um einen zertifizierten Transportnetzbetreiber handelt. Ist dies nicht der Fall, bedarf es aus Sicht der Beschlusskammer einer entsprechenden dienstvertraglichen Absicherung. Dies ist vorliegend trotz der bestehenden Personalunion in der Unternehmensleitung von Transportnetzbetreiber und Dienstleister und dem bestehenden Gesellschaftsverhältnis als

Mutter- und Tochterunternehmen notwendig. Es bedarf daneben einer dauerhaften und von den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen und der personellen Besetzung der Unternehmensleitung unabhängigen und an die Dienstleistungserbringung gekoppelten vertraglichen Verpflichtung zur Einhaltung der Entflechtungsvorgaben.

Die Antragstellerin hat die zwischen ihr und FSM bestehenden Dienstleistungsverträge ([REDACTED]) durch [REDACTED] Nachtragsvereinbarungen (vgl. Email vom 23.05.2019 und Schreiben vom 18.04.2019, Anlagen [REDACTED]) auch insoweit aufgrund entsprechender Hinweise der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2019 (vgl. Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 02.04.2019, S. 5 ff.) angepasst. Die Verträge regeln nunmehr, dass die FSM zur Einhaltung der Entflechtungsvorgaben, des Gleichbehandlungsprogramms und der Compliance-Regelungen der Antragstellerin verpflichtet ist. Dem Gleichbehandlungsbeauftragten der Antragstellerin werden durch die Nachtragsvereinbarungen in Bezug auf die FSM und ihr Personal die gleichen Rechte des § 10e EnWG eingeräumt, wie gegenüber der Auftraggeberin. Außerdem ist die FSM nach den Nachtragsvereinbarungen in den jährlichen Bericht des Gleichbehandlungsbeauftragten einzubeziehen (vgl. zum Ganzen: [REDACTED] , Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED] , Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019; [REDACTED] , Anlage [REDACTED] der Email vom 23.05.2019 und des Schreibens vom 18.04.2019). Damit ist die Einhaltung und Überwachung der Entflechtungsvorgaben im Rahmen der Dienstleistungserbringung durch FSM nunmehr hinreichend gewährleistet.

(3) Dienstleistungsverhältnis mit der [REDACTED]

Nach den Angaben der Antragstellerin erfolgt die Vermarktung der Transportkapazitäten über einen Dienstleistungsvertrag mit der [REDACTED] (vgl. Schreiben vom 15.02.2019, S. 6 und Anlage A_4.4.A). Der Dienstleistungsvertrag sieht ausreichende umfassende unbeschränkte Weisungsrechte, umfassende Auskunftsrechte, regelmäßige und außerordentliche Informationspflichten und ein ordentliches und außerordentliches Kündigungsrecht vor (vgl. [REDACTED] des Vertrages [REDACTED] , Anlage A_4.4.A des Schreibens vom 15.02.2019), so dass auch hier eine wirksame Überwachung, Steuerung und Koordinierung der Dienstleistungserbringung durch eigenes Personal der Antragstellerin sichergestellt ist. Die [REDACTED] ist zudem nach dem Dienstleistungsvertrag zur Einhaltung der Entflechtungsvorgaben verpflichtet (vgl. [REDACTED] des Vertrages [REDACTED] , Anlage A_4.4.A des Schreibens vom 15.02.2019). Darüber hinaus handelt es sich bei der [REDACTED] um ein

100%iges Tochterunternehmen der [REDACTED], bei der es sich um einen [REDACTED] handelt.

Der Dienstleistungsvertrag sieht die Möglichkeit der Unterbeauftragung von Dritten vor. Um auch in diesem Fall eine wirksame Überwachung, Steuerung und Koordinierung und die Einhaltung der Entflechtungsvorgaben auch durch diesen Dienstleister sicherzustellen, hat die Antragstellerin nach entsprechenden Hinweisen der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2019 die Möglichkeit der Delegation bzw. Unterbeauftragung auch im Rahmen dieses Dienstleistungsverhältnisses an die Zustimmung des Transportnetzbetreibers geknüpft ([REDACTED] des Vertrages [REDACTED], Anlage A_4.4.B des Schreibens vom 18.04.2019).

(4) Kombinationsnetzbetrieb

Die Antragstellerin hat glaubhaft erklärt, dass die Aufgabenbereiche eines Netzbetreibers entsprechend § 6d EnWG i.V.m. § 10 Abs. 1 S.1 EnWG ohne eine organisatorische Unterscheidung der Netzebene (Fernleitungsnetz und Verteilernetz) durch eigenes Personal der Antragstellerin gesteuert, koordiniert und überwacht werden (vgl. Schreiben vom 07.01.2019, S. 7 ff. und Schreiben vom 15.02.2019, S. 20).

(5) Zusammenfassung

Damit sind die Dienstleistungsverhältnisse so ausgestaltet, dass der Antragstellerin die Verantwortung für den in § 10 Abs. 1 EnWG genannten Mindestaufgabenbereich obliegt. Dies gilt insbesondere für die Vertretung gegenüber Dritten und gegenüber der Regulierungsbehörde, für die Erhebung aller transportnetzbezogenen Entgelte, die Einrichtung und den Unterhalt einer eigenen Rechtsabteilung, einer eigenen Buchhaltung und einer eigenen Abteilung für die Betreuung der bei der Antragstellerin vorhandenen IT-Infrastruktur. Soweit hier eine Dienstleistungserbringung stattfindet, wird diese durch eigenes Personal der Antragstellerin gesteuert, koordiniert und überwacht (vgl. Schreiben vom 18.03.2018, S. 3 ff.; Schreiben vom 15.02.2019, S. 20).

2.4.3. Rechtsform

Die Antragstellerin ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung und damit in einer nach § 10 Abs. 2 S. 2 EnWG zulässigen Rechtsform organisiert. Dies hat sie durch Vorlage des Handelsregisterauszeuges vom 28.09.2018 nachgewiesen (vgl. Handelsregisterauszug vom 28.09.2018, HRB 32587, Anlage zum Schreiben vom 05.10.2018, eingegangen am 25.10.2018).

2.5. Vermögenswerte, Anlagen, Personalausstattung, Unternehmensidentität

Die Antragstellerin ist entsprechend den besonderen Vorgaben für Unabhängige Transportnetzbetreiber bzw. Kombinationsnetzbetreiber in § 6d EnWG i.V.m. § 10a EnWG organisiert. Insbesondere verfügt sie über die erforderlichen Mittel zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben (siehe folgenden Abschnitt 2.5.1.), ist Eigentümerin der notwendigen Vermögenswerte (siehe folgenden Abschnitt 2.5.2.) und besitzt die erforderliche personelle Ausstattung (siehe folgenden Abschnitt 2.5.3.). Die Erbringung von Dienstleistungen vom und für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ist entsprechend den gesetzlichen Vorgaben beschränkt (siehe folgenden Abschnitt 2.5.4.). Eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen wurde ausgeschlossen (siehe folgenden Abschnitt 2.5.5.). Die Antragstellerin hat des Weiteren sichergestellt, dass Informationstechnologie, Büro- und Geschäftsräume und die Rechnungslegung in hinreichendem Maße vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen getrennt wurden (siehe folgende Abschnitte 2.5.6., 2.5.7. und 2.5.8.).

2.5.1. Gewährleistung der Mittel für Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie als Transportnetz- und Verteilernetzbetreiber über die finanziellen, materiellen, technischen und personellen Mittel verfügt, die erforderlich sind, um die Aufgaben nach Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 wahrzunehmen (§ 6d i.V.m. § 10a Abs. 1 S. 1 EnWG).

(1) Die Antragstellerin hat dargelegt, dass sie in der Lage ist, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen. Die Antragstellerin hat erklärt, dass sie grundsätzlich über die notwendigen finanziellen Mittel verfüge, die erforderlich sind, um den Aufgaben, die sich aus Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 EnWG ergeben, nachzukommen. Es wird wegen der Einzelheiten auf die Ausführungen unter Abschnitt 2.6.4. verwiesen.

(2) Des Weiteren hat die Antragstellerin dargetan, dass sie über die materielle und technische Ausstattung, die für die Erfüllung der Pflichten des Transportnetzbetreibers und Verteilernetzbetreibers 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. [REDACTED]

[REDACTED] (Schreiben vom 18.04.2019, S. 35 und Email vom 23.05.2019, Anlage A_8.3.S_6). Die Antragstellerin hat unmittelbares Eigentum bzw. Bruchteilseigentum an allen für den Transportnetzbetrieb bzw. den Betrieb der Verteilernetze erforderlichen Vermögenswerten, einschließlich des von ihr betriebenen Transportnetzes (siehe auch Abschnitt 2.5.2).

(3) In Bezug auf ihre personelle Ausstattung hat die Antragstellerin glaubhaft erklärt, dass sie hinsichtlich ihrer Organisation und der Anzahl der angestellten Personen grundsätzlich in der Lage ist, den gesetzlichen Aufgaben eines Kombinationsnetzbetreibers nachzukommen (hierzu unter (a)). Die Antragstellerin verfügt mit [REDACTED]

[REDACTED] über ausreichendes eigenes Personal in der Unternehmensleitung, um die für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben erforderliche Handlungsfähigkeit und Verantwortlichkeit zu gewährleisten (hierzu unter (b)).

(a) Die Antragstellerin nimmt zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben in großem Umfang Dienstleistungen der FSM und der [REDACTED] in Anspruch. Dies ist entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Antragstellerin verfügt, wie oben dargelegt, über ausreichendes eigenes Fachpersonal, um die Dienstleistungserbringung überwachen, steuern und koordinieren zu können (vgl. auch Abschnitt 2.4.2)

(b) Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie über das erforderliche eigene Personal, das mit entsprechenden Befugnissen ausgestattet ist, verfügt, um die Handlungsfähigkeit des Unternehmens ausreichend sicherzustellen. Nach § 6d Abs. 1 i.V.m. § 10a Abs. 1 S. 1 EnWG haben Kombinationsnetzbetreiber zu gewährleisten, dass sie insbesondere über die personellen Mittel verfügen, die erforderlich sind, um die Aufgaben nach Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 wahrzunehmen. Die Handlungsfähigkeit und die Verantwortlichkeiten des Unternehmens müssen originären und nicht etwa im Rahmen von Dienstleistungsverträgen oder Arbeitnehmerüberlassungen abgeleiteten Charakter haben. Um eine umfassende und wirksame Unternehmensführung zu gewährleisten, müssen daher mindestens eine handlungsfähige Person und eine weitere handlungsfähige Person als Vertretung im Fall der Verhinderung unmittelbar bei dem Transportnetzbetreiber angestellt sein. Diese Personen müssen in der Lage sein, Entscheidungen nach außen, im Fall der Antragstellerin insbesondere gegenüber den mit der Aufgabenerfüllung betrauten Dienstleistungsunternehmen treffen und durchsetzen zu können. Diese Handlungsbefugnisse können etwa durch eine Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers und eine Prokura (§§ 48 ff. HGB) sichergestellt werden. Die erforderliche Handlungsfähigkeit ist in diesen Fällen jedenfalls dann gegeben, wenn die Person alleinvertretungsberechtigt ist. Ist eine Person nur gemeinsam mit einer weiteren Person gesamtvertretungsberechtigt, muss auch diese weitere Person unmittelbar beim Transportnetzbetreiber angestellt sein. In diesem Fall erhöht sich die Mindestanzahl der notwendigerweise unmittelbar beim Transportnetzbetreiber angestellten Personen von zwei auf drei möglicherweise sogar vier Personen, je nachdem wie und in welcher Kombination diese Personen mit Vertretungsbefugnis ausgestattet sind. Die Handlungsfähigkeit der Antragstellerin wird vorliegend durch den alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer [REDACTED] [REDACTED] und die mit Einzelprokura ausgestatteten Bereichsleiter [REDACTED] [REDACTED] (vgl. Handelsregisterauszug vom 28.09.2018, HRB 32587, Anlage zum Schreiben vom 05.10.2018, eingegangen am 25.10.2018) sichergestellt.

2.5.2. Eigentum an Vermögenswerten

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie in ihrer Eigenschaft als Kombinationsnetzbetreiberin im Wesentlichen unmittelbares Eigentum bzw. Miteigentum an allen für den Transportnetzbetrieb und Verteilernetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerten einschließlich des Transportnetzes und der Verteilernetze hat (§ 10a Abs. 1 S. 2 EnWG und § 6d EnWG i.V.m. § 10a Abs. 1 S. 2 EnWG).

(1) Grundsätze

Gemäß § 10a Abs. 1 S. 2 EnWG sind grundsätzlich zwei Konstellationen denkbar: Entweder hat der Netzbetreiber Eigentum im Sinne des Sachenrechts am Transportnetz (und an allen für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerten) inne oder ihm wird die Verfügungsbefugnis über das Transportnetz (und über alle für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerte) durch die Beteiligung an einer anderen Gesellschaft („Eigentumsgesellschaft“ oder „Leitungsgesellschaft“) vermittelt, wobei diese Gesellschaft das sachenrechtliche Eigentum am Transportnetz inne hat. In diesem Fall ist er in Ansehung von § 10a Abs. 1 S. 2 EnWG, das heißt begrenzt auf die entflechtungsrechtliche Wertung, als wirtschaftlicher Eigentümer des Transportnetzes und der sonstigen für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerte anzusehen. Insbesondere bei Gasfernleitungen treten verschiedene Fallkonstellationen auf, in denen eine Leitung von mehreren Netzbetreibern genutzt wird, die sich in der einen oder anderen Form auch das Eigentum an diesen Leitungen oder Kapazitäten teilen. Die technische Betriebsführung kann in diesem Fall faktisch aber nur einheitlich erfolgen. Allerdings können Betreibereigenschaft und faktische Betriebsführung auseinander fallen, ohne dass dies zu beanstanden ist.

Darüber hinaus kann eine Nutzungsüberlassung von einzelnen Vermögensgegenständen von einem anderen Transportnetzbetreiber bei Vorliegen einer eigentümerähnlichen Stellung im Einzelfall zulässig sein. Nutzungsüberlassungen in beschränktem Maße stehen einer Zertifizierung nicht entgegen. Hinsichtlich des zur Nutzung überlassenen Anteils bzw. der zur Nutzung überlassenen Anlagen müssen jeweils die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise zulässige Nutzungsüberlassung vorliegen. § 10a Abs. 1 Satz 2 EnWG ist im Wege der teleologischen Reduktion dahingehend zu interpretieren, dass Nutzungsüberlassungslösungen als Ausnahme von der Regel des Eigentumserwerbs im Einzelfall zulässig sind, wenn

- der Transportnetzbetreiber einen solch starken Einfluss auf das überlassene Objekt ausübt, dass dieser einer Eigentümerstellung vergleichbar ist, das heißt die Überlassungsverträge so ausgestaltet sind, dass der Transportnetzbetreiber faktisch und rechtlich vergleichbar einem Eigentümer agieren kann,

- das Objekt von einem anderen Transportnetzbetreiber oder im Rahmen eines als Unabhängiger Systembetreiber zertifizierten Eigentümers zur Nutzung überlassen wird, und
- das überlassene Objekt im Verhältnis zum Gesamttransportnetz nicht wesentlich ins Gewicht fällt; also nur solche Leitungen oder Anlagen zur Nutzung überlassen werden, die im Vergleich zum sonstigen Netz eine untergeordnete Rolle spielen.

Diese einschränkenden Voraussetzungen einer Nutzungsüberlassung sind vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der Entflechtungsregelungen geboten, aber auch ausreichend. Das Ziel der Entflechtung wird nämlich nicht gefährdet, wenn in einem beschränkten Maße und unter den oben genannten Bedingungen Nutzungsüberlassungen ausnahmsweise zugelassen werden. Eine „wirksame Entflechtung“ soll eine wirksame Trennung des Netzbetriebs von Erzeugung bzw. Versorgung ermöglichen, da ansonsten die Gefahr einer Diskriminierung in Ausübung des Netzgeschäfts und in Bezug auf die Schaffung von Anreizen für vertikal integrierte Unternehmen, ausreichend in ihre Netze zu investieren, bestünde (vgl. Erwägungsgrund 9 StromRL 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 6 GasRL 2009/73/EG). Dabei soll das Entflechtungssystem die Interessenkonflikte zwischen Erzeugern und Lieferanten einerseits und Transportnetzbetreibern andererseits wirksam lösen, um Anreize für die notwendigen Investitionen zu schaffen und Zugang von Markteinsteigern zu gewährleisten (vgl. Erwägungsgrund 12 StromRL 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 9 GasRL 2009/73/EG). Materiell kann es jedoch nicht zu einer Beeinträchtigung der Entflechtungsziele kommen, wenn Teile des Transportnetzes von einem anderen Transportnetzbetreiber zur Nutzung überlassen werden, weil der Kooperationspartner ebenfalls Transportnetzbetreiber ist, der selbst den entflechtungsrechtlichen Vorgaben genügen muss.

(2) Transportnetz

Die Antragstellerin ist Eigentümerin aller für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerte, einschließlich des Transportnetzes, der EGL 401. Mit den als Anlagen A_11.1 und A_11.2 des Schreibens vom 31.07.2018 vorgelegten Unterlagen, in denen die Antragstellerin u.a. Ausführungen zum Netzplan des Transportnetzes und zu den zum Betreiben des Netzes erforderlichen Anlagen und ihrem Eigentum daran macht, sowie mit ihrer Erklärung zu ihrem Eigentum am Transportnetz einschließlich sämtlicher für den Netzbetrieb erforderlichen Betriebsmittel (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 24), hat die Antragstellerin diesen Nachweis erbracht.

(3) Verteilernetz

Im Verteilernetzbereich hat die Antragstellerin nachgewiesen, dass sie überwiegend Eigentümerin der für den Verteilernetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerte, einschließlich der Verteilernetze ist (vgl. Schreiben vom 07.01.2019, S. 19 f. und Anlagen A_11.1.B_Netzkarten).

An einer Leitung zwischen [REDACTED] besteht eine Bruchteileigentumsgemeinschaft mit [REDACTED]. Dies ist entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden, da es sich bei Bruchteileigentum um vollwertiges Eigentum handelt.

In einem weiteren Fall besteht eine Nutzungsüberlassung in Form eines Pachtverhältnisses mit [REDACTED] hinsichtlich einer Leitung zwischen [REDACTED] im Verteilernetzbereich [REDACTED]. Dieses Nutzungsverhältnis ist nach den oben genannten Grundsätzen entflechtungsrechtlich zulässig, da es sich bei der Leitung mit einer Länge von ca. 50 km im Verhältnis zum Verteilernetz Nordbayern mit einer Gesamtlänge von rund 2.040 km lediglich um einen untergeordneten Abschnitt handelt. Die Überlassung erfolgt durch die [REDACTED], bei der es sich um [REDACTED] handelt. Das Pachtverhältnis ist zudem so ausgestaltet, dass der Antragstellerin eine eigentümerähnliche Stellung zukommt (Anlage A_11.6.C_Pacht des Schreibens vom 07.01.2019).

2.5.3. Erforderliche Personalausstattung

Die Antragstellerin hat im Laufe des Verfahrens nachgewiesen, dass sie über die für den Betrieb des Netzes nach § 6d i.V.m. § 10a Abs. 1 S. 1 EnWG nötige personelle Ausstattung verfügt (vgl. hierzu bereits ausführlich Abschnitt 2.4.1.).

In diesem Zusammenhang hat die Antragstellerin dargelegt, dass sie die Verpflichtungen zur personellen Ausstattung über die Dienstleistungserbringung durch FSM und [REDACTED] hinaus nicht dadurch erfüllt, dass ihr in Form einer Arbeitnehmerüberlassung seitens des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens Personal zur Verfügung gestellt wird und dass sie als Transportnetzbetreiberin auch dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen selbst keine Arbeitnehmer durch Überlassung zur Verfügung stellt (§ 10a Abs. 2 EnWG). Soweit die Unternehmensleitung der Antragstellerin als [REDACTED] tätig ist, ist dies entflechtungsrechtlich zu beanstanden, da dies die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung beeinträchtigt. Die Zertifizierung kann jedoch erteilt werden, da die Auflage in Tenor Ziffer 2 lit. b) gewährleistet, dass die Unabhängigkeit innerhalb einer angemessenen Umsetzungsfrist sichergestellt wird. Es wird insofern auf Abschnitt 2.7.4 verwiesen.

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass die originäre Handlungsfähigkeit und Verantwortlichkeit hinreichend durch eigenes Personal gewährleistet wird (vgl. im Einzelnen Abschnitt 2.5.1.).

Soweit die Antragstellerin zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben in großem Umfang Dienstleistungen der FSM und der [REDACTED] in Anspruch nimmt, ist dies wie bereits ausgeführt, nicht zu beanstanden. Die Antragstellerin hat glaubhaft dargelegt, dass sie über das erforderliche eigene Fachpersonal verfügt, um die

Dienstleistungserbringung durch FSM und der [REDACTED] steuern, koordinieren und überwachen zu können (vgl. Abschnitt 2.4.2.).

2.5.4. Erbringung von Dienstleistungen

Die Erbringung von Dienstleistungen vom und für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ist entsprechend den gesetzlichen Vorgaben beschränkt. Die Antragstellerin nimmt zwar Dienstleistungen von ihrem 100%igem Tochterunternehmen, der FSM, in Anspruch. Dies ist entflechtungsrechtlich jedoch nicht zu beanstanden. Darüber hinaus werden von den vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen keine Dienstleistungen für die Antragstellerin erbracht (siehe folgenden Abschnitt 2.5.4.1.). Die Antragstellerin erbringt selbst keine Dienstleistungen für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Soweit das Tochterunternehmen der Antragstellerin, die FSM, derzeit Dienstleistungen in geringem Umfang für die aktivitätsneutralen Holdinggesellschaften FS Holding und FS Zwischenholding erbringt bzw. plant, ist dies grundsätzlich ebenfalls entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden (siehe folgenden Abschnitt 2.5.4.2.).

2.5.4.1. Dienstleistungen des vertikal integrierten Unternehmens

Nach § 6d i.V.m. § 10a Abs. 3 S. 1 EnWG hat das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen oder eines seiner Tochterunternehmen die Erbringung von Dienstleistungen für den Kombinationsnetzbetreiber zu unterlassen. Die Antragstellerin nimmt keine Dienstleistungen vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen der FIS-Gruppe in Anspruch (vgl. Schreiben vom, 31.07.2018, S. 26). Damit sind die Vorgaben des § 10a Abs. 3 Satz 1 EnWG eingehalten.

Soweit die Antragstellerin in großem Umfang auf Dienstleistungen ihres 100%igen Tochterunternehmens zurückgreift, ist dies wie bereits ausgeführt nicht zu beanstanden. Der Wortlaut des § 10a Abs. 3 S. 1 EnWG der auf Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens abstellt, ist insoweit unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten einschränkend auszulegen. Zur Vermeidung von Umgehungen ist das Tochterunternehmen allerdings an die Entflechtungsvorgaben genau wie der Transportnetzbetreiber selbst gebunden (siehe Abschnitt 2.4.2). Die Antragstellerin hat glaubhaft dargelegt, dass die FSM durch die bestehenden Dienstleistungsverträge, die Bindung an die Unternehmensrichtlinien UR 2 Verhaltenskodex und UR 29 Gleichbehandlungsprogramm und die gesellschaftsrechtlich verankerten einheitlichen Steuerungs- und Lenkungsstrukturen durch die identische Unternehmensleitung umfassend an die Geltung der Entflechtungsvorgaben gebunden ist (siehe Abschnitt 2.7.4).

2.5.4.2. Dienstleistungen der Antragstellerin

Die Antragstellerin erfüllt vorliegend die Voraussetzungen aus § 6d i.V.m. § 10a Abs. 3 Satz 2 EnWG. Nach § 6d i.V.m. § 10a Abs. 3 S. 2 EnWG ist die Erbringung von Dienstleistungen für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen durch den Unabhängigen Kombinationsnetzbetreiber zulässig, soweit,

1. die Dienstleistungen grundsätzlich für alle Nutzer des Transportnetzes diskriminierungsfrei zugänglich und der Wettbewerb in den Bereichen Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb weder eingeschränkt, verzerrt oder unterbunden wird,
2. die vertraglichen Bedingungen für die Erbringung der Dienstleistung durch den Unabhängigen Transportnetzbetreiber für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der Regulierungsbehörde vorgelegt und von dieser geprüft wurden und
3. die Dienstleistungen weder die Abrechnung erbrachter Dienstleistungen gegenüber dem Kunden für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen im Bereich der Funktionen Gewinnung, Verteilung, Vertrieb von Elektrizität oder Erdgas oder Speicherung von Erdgas noch andere Dienstleistungen umfasst, deren Wahrnehmung durch den Unabhängigen Transportnetzbetreiber geeignet ist, Wettbewerber des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu diskriminieren.

Nach diesen Maßgaben und stets ausgehend vom Unabhängigen Transportnetzbetreiber bzw. Kombinationsnetzbetreiber ist auch die Zulässigkeit von sog. Shared Services Gesellschaften zu beurteilen. Der Unabhängige Netzbetreiber bzw. Kombinationsnetzbetreiber darf gegenüber dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen und weiteren Netznutzern nur als externer Dienstleister und nicht im Rahmen eines „unternehmensinternen Outsourcing“ von Dienstleistungen auftreten.

Die Antragstellerin hat erklärt, dass sie derzeit keine Dienstleistungen für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erbringt (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 26). Auch das 100%ige Tochterunternehmen FSM, das sich ebenfalls an der Entflechtungsvorgaben messen lassen muss (siehe Abschnitt 2.4.2), erbringt keine Dienstleistungen an das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin, die FSI-Gruppe (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 3 ff.; Schreiben vom 15.02.2019, S. 23 f.). Soweit die FSM Dienstleistungen an die beiden aktivitätsneutralen Holdinggesellschaften der Antragstellerin, die FS Holding und die FS Zwischenholding, erbringt (vgl. Anlage A_5.3.E und Anlage A_5.3.F des Schreibens vom 15.02.2019), ist dies grundsätzlich entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden. Soweit die Dienstleistungsverträge [REDACTED]

[REDACTED] vorsehen, beeinträchtigt dies derzeit die Unabhängigkeit des

Kombinationsnetzbetreibers. Durch die Auflage in Tenor Ziffer 2 lit. b) wird sichergestellt, dass auch diese Vorgaben zukünftig eingehalten werden.

2.5.5. Unternehmensidentität

Die Antragstellerin hat zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, in welcher Weise sie wirksam sicherstellt, dass hinsichtlich ihrer Firma, ihrer Kommunikation mit Dritten sowie ihrer Markenpolitik und Geschäftsräume eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ausgeschlossen ist (§ 6d i.V.m. § 10a Abs. 4 EnWG).

Hierzu wurde von der Antragstellerin die Darstellung der Außenkommunikation und Marke (Anlage A_6.1.A und Anlage A_6.1.B des Schreibens vom 31.07.2018) und die Unterlagen des Deutschen Patent- und Markenamtes (Anlage A_6.2.A und Anlage A_6.2.B des Schreibens vom 31.07.2018) vorgelegt. Zudem stellt die Prozessbeschreibung „Kundenkommunikation“ sicher, dass jeglicher Kundekontakt allein über die Mitarbeiter der Antragstellerin erfolgt und der Geschäftsbereich „Vertragsmanagement“ in der Kommunikation gegenüber Transportkunden unabhängig vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin, der FSI-Gruppe, durchgeführt wird.

Nach § 6d i.V.m. § 10a Abs. 4 EnWG hat der Kombinationsnetzbetreiber auch sicherzustellen, dass hinsichtlich seiner Firma, seiner Kommunikation mit Dritten sowie seiner Markenpolitik und Geschäftsräume eine Verwechslung mit Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausgeschlossen ist.

Nach den Angaben der Antragstellerin (vgl. Schreiben vom 15.02.2019, S. 25; Schreiben vom 31.07.2018, S. 27 f.) war diese Vorgabe im Hinblick auf die beiden Ferngas-Holdinggesellschaften, FS Holding und FS Zwischenholding, zunächst nicht erfüllt.

Bei den Holdinggesellschaften der Antragstellerin handelt es sich um Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens. Maßgeblich ist insofern, dass das Mutter- und das Tochterunternehmen durch Kontrolle i.S.d. der Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen) verbunden sind. Der Anwendungsbereich der Vorgaben zur Unternehmensidentität nach § 10a Abs. 4 EnWG bezieht sich ausdrücklich auch auf sogenannte aktivitätsneutrale Holdinggesellschaften, die wie die FS Holding und die FS Zwischenholding selbst keine Aktivitäten im Energiebereich i.S.d. der gesetzlichen Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens nach § 3 Nr. 38 EnWG entfalten. Der Wortlaut des § 10a Abs. 4 EnWG enthält nämlich gerade keinen Zusatz auf solche Tätigkeiten der Tochterunternehmen im Energiebereich, wie er in anderen Normen, etwa im Rahmen des Beteiligungsverbot des § 10c Abs. 3 EnWG ausdrücklich enthalten ist.

Zumindest die FS Zwischenholding wird im Rahmen ihrer Finanzierungsfunktion auch nach außen tätig. Die Beschlusskammer hatte daher noch im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom

02.04.2019 die Aufnahme einer entsprechenden Auflage zur Umsetzung der Vorgaben des § 10a Abs. 4 EnWG im Verhältnis zu den beiden Holdinggesellschaften erwogen (vgl. Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 02.04.2019, S. 9 ff.).

Die Antragstellerin hat aufgrund entsprechender Hinweise daraufhin die den Außenauftritt regelnde und für die FS Holding und FS Zwischenholding ebenfalls geltende Gruppen-Unternehmensrichtlinie UR4 Corporate Design angepasst. Die Regelungen für einen einheitlichen Außenauftritt und die Kommunikation nach außen gelten nun nicht mehr für die FS Holding und die FS Zwischenholding. Den Holdinggesellschaften ist die Verwendung des Firmenlogos und der sonstigen Vorgaben für einen einheitlichen Außenauftritt untersagt (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 30 ff. und Anlage A_6.1.C) Damit wird nun eine hinreichende Unterscheidbarkeit sichergestellt, so dass die Einhaltung der Vorgaben des § 10c Abs. 4 EnWG gewährleistet ist.

2.5.6. Trennung von Informationstechnologie

Die Antragstellerin hat ihr Konzept zur Trennung der Informationstechnologie dargelegt (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 28 f. und Anlagen A_7.1., A_7.2, A_7.3.A; A_7.3.B, A_7.4.A und A_7.4.B) und nachgewiesen, dass sie die Vorgaben des § 6d i.V.m. § 10a Abs. 5 EnWG erfüllt.

(1) Die Nutzung von Infrastruktur der Informationstechnologie gemeinsam mit anderen Teilen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 10a Abs. 5 S. 2 EnWG zulässig. Hiernach ist die gemeinsame Nutzung möglich, wenn die IT-Infrastruktur von Dritten angeboten wird und weder die Mitarbeiter des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens noch die des Transportnetzbetreibers direkten Zugriff auf die Hardware haben. Nach § 10a Abs. 5 S. 1 EnWG ist des Weiteren die gemeinsame Nutzung von IT-Anwendungssystemen untersagt, wenn diese auf die Besonderheiten entweder des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder des Transportnetzbetreibers angepasst wurden. Mit Anwendungssystemen der IT sind die auf der Hardware installierten Softwareprogramme gemeint. Demgegenüber ist die gemeinsame Nutzung von Standardprogrammen (z.B. MS Office) weiterhin uneingeschränkt möglich. Ebenso ist die gemeinsame Nutzung solcher branchenspezifischer Standardprogramme möglich, die sich zwar unternehmensindividuell anpassen lassen, diese Anpassung jedoch bei der gemeinsamen Nutzung noch nicht erfolgt ist, sondern erst später separat für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber und/oder das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erfolgt.

(2) Die Antragstellerin hat glaubhaft dargelegt, dass sie nicht in die IT-Systeme anderer Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der FSI-Gruppe eingebunden ist und die erforderlichen IT-Systeme eigenständig verwaltet bzw. direkter Ansprechpartner für externe Dienstleister ist (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 28 und Anlagen A_7.1., A_7.2, A_7.3.A; A_7.3.B, A_7.4.A und A_7.4.B). [REDACTED]

[REDACTED]. Hierüber erfolgt jedoch

nach ihren Angaben kein operativer Betrieb. [REDACTED]

[REDACTED] Die Antragstellerin hat weiter glaubhaft erläutert, dass kein automatischer Austausch stattfindet, sondern die Antragstellerin selbst aktiv über die Datenweitergabe entscheide (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 29)

(3) Die Antragstellerin hat der Beschlusskammer zudem dargelegt, mit welchen externen Beratern sie selbst in diesem Zusammenhang zusammenarbeitet (vgl. Anlage A_7.4.A und A_7.4.B). Sie erfüllt insoweit die Anforderungen des § 6d i.V.m. § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG.

(4) Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass die Vorgaben zur Trennung der IT-Technologie nach § 6d i.V.m. § 10a Abs. 5 EnWG auch im Hinblick auf die beiden nicht nach den Vorgaben der §§ 10 bis 10e EnWG entflochtenen Ferngas-Holdinggesellschaften erfüllt sein müssen. Anderenfalls könnte die Vorgabe des § 10a Abs. 5 EnWG durch die Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften leicht umgangen werden. Das Zwischenschalten aktivitätsneutraler, nicht entflochtener Holdinggesellschaften darf nicht dazu führen, dass die Entflechtungsvorgaben durch ein solches gesellschaftsrechtliches Konstrukt umgangen werden. Zu einer Umgehungsgefahr der Entflechtungsvorgaben hat sich die Europäische Kommission in diesem Kontext in mehreren Zertifizierungsverfahren (vgl. etwa BK7-12-030, BK7-12-031, BK7-12-036 und BK7-12-188) sehr kritisch geäußert. Die Europäische Kommission hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Schaffung neuer Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens nicht dazu führen dürfe, dass neue Einflussnahmemöglichkeiten über diese Tochtergesellschaften entstehen. Damit wird es aus Sicht der Beschlusskammer und der Kommission notwendig, die Möglichkeit von Umgehungen durch das Zwischenschalten aktivitätsneutraler Holdinggesellschaften wirksam zu unterbinden. Nach § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG muss der Netzbetreiber nämlich wirksame Entscheidungsbefugnisse besitzen und diese unabhängig vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ausüben können. Hierbei handelt es sich um zwei, kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale. Um die entflechtungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten, ist es nicht ausreichend, wenn die gesellschaftsrechtliche Struktur und Einbettung des Netzbetreibers lediglich Einflussnahmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens verhindern. Die Abwesenheit von Fremdkontrolle muss zugleich mit einem autonomen Gestaltungs- und Entscheidungsfreiraum des Netzbetreibers korrespondieren. Die Unabhängigkeit des Netzbetreibers ist insofern nicht teilbar. Daher sind bestimmte Entflechtungsvorgaben auch im Verhältnis zu nicht entflochtenen, nicht im Energiebereich tätigen Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens anzuwenden. Hierzu gehört gerade auch der sensible Bereich der gemeinsamen Nutzung von IT-Technologie.

Die Antragstellerin hat jedoch insoweit vorgetragen, dass die Holdinggesellschaften kein operatives Geschäft betreiben würden und daher im Wesentlichen eine Verwendung von

energiewirtschaftlich spezifischer Software und IT ausscheide. Die Holdinggesellschaften selbst würden auch keine eigene IT nutzen, da sie über kein eigenes Personal verfügten. Die Abwicklung der Finanzierungsfunktion der FS Zwischenholding und des Haltens der Beteiligung würden über einen Dienstleistungsvertrag mit der FSM abgebildet, der auch die erforderlichen IT-Anwendungen umfasse (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 33). Im Übrigen stellt die angepasste Unternehmensrichtlinie UR4 Corporate Design nunmehr sicher, dass auch im elektronischen Verkehr nach außen eine hinreichende Unterscheidbarkeit sichergestellt ist (siehe Abschnitt 2.5.5.)

2.5.7. Räumliche Trennung

Die Antragstellerin hat dargelegt, dass sie die Vorgaben des § 6d i.V.m. § 10a Abs. 6 EnWG erfüllt. Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie die räumliche Trennung vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen entsprechend § 10a Abs. 6 EnWG gewährleistet.

Sie verfügt über eigene Büro- und Geschäftsräume und ein eigenes Zugangskontrollsystem (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 30 und Anlagen A_8.1.A, A_8.1.B, A_8.2, A_8.2, A_8.3.E und A_8.3.S). Sowohl die Adresse als auch der Eingang zu den Büro- und Geschäftsräumen sind vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin, der FSI-Gruppe, getrennt. Mitarbeitern des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist der Zugang nicht möglich.

Nach § 6d i.V.m. § 10a Abs. 4 EnWG hat der Kombinationsnetzbetreiber auch sicherzustellen, dass insbesondere hinsichtlich seiner Geschäftsräume eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Tochterunternehmen ausgeschlossen ist. Nach § 10a Abs. 6 EnWG haben vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und andere Teile des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens eine gemeinsame Nutzung von Büro- und Geschäftsräumen, einschließlich der gemeinsamen Nutzung von Zugangskontrollsystemen zu unterlassen.

Diese Vorgaben zur räumlichen Trennung gelten nach der Ansicht der Beschlusskammer auch im Hinblick auf die als Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens einzustufenden Ferngas-Holdinggesellschaften, FS Holding und FS Zwischenholding. Anderenfalls könnten die Vorgaben zur räumlichen Trennung durch die Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften leicht umgangen werden (vgl. bereits ausführlich unter Ziff. 2.5.6).

Die Antragstellerin hat insoweit glaubhaft dargelegt, dass die Vorgaben zur räumlichen Trennung derzeit eingehalten seien, da die Holdinggesellschaften FS Holding und FS Zwischenholding über kein eigenes Personal verfügten und daher keine Räumlichkeiten nutzten. Erforderliche Tätigkeiten der Holdinggesellschaften im Zusammenhang mit der Finanzierungsfunktion für die Antragstellerin und das Halten der Beteiligungen werden von der FSM im Rahmen von

Dienstleistungsverträgen ausgeführt. Die Beschlusskammer weist vorsorglich darauf hin, dass soweit hier in Einzelfällen Räumlichkeiten, etwa für Treffen der Unternehmensleitung der Holdinggesellschaften, benötigt werden, diese sich außerhalb der von der Antragstellerin genutzten Räumlichkeiten befinden müssen. Sollte sich an der derzeitigen räumlichen Situation etwas ändern, ist die Antragstellerin nach § 4c EnWG verpflichtet dies mitzuteilen und es hätte ggf. eine Neubewertung der Zertifizierung zu erfolgen.

2.5.8. Rechnungslegung

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie die Anforderungen des § 6d i.V.m. § 10a Abs. 7 EnWG an die Rechnungslegung erfüllt.

Nach § 6d i.V.m. § 10a Abs. 7 EnWG hat der Netzbetreiber die Rechnungslegung von anderen Abschlussprüfern als denen prüfen zu lassen, die die Rechnungsprüfung beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Teile durchführen. Ausreichend ist insofern nach den Vorgaben aus anderen Zertifizierungsverfahren (vgl. etwa BK7-12-030 oder BK7-12-036), dass innerhalb derselben Wirtschaftsprüfungsgesellschaft jeweils andere natürliche Personen für den Transportnetzbetreiber einerseits und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen andererseits tätig werden.

Die Rechnungslegung der Antragstellerin erfolgt durch andere Wirtschaftsprüfer als die des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, der FSI-Gruppe (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 30 f. und Anlage A_9.1).

Die Europäische Kommission fordert die Beschlusskammer in ihren Stellungnahmen vom 22.07.2019 bzw. 19.12.2019 auf, erneut zu prüfen, ob die Verpflichtung zur getrennten Prüfung des Fernleitungsnetzbetreibers und anderer Teile des vertikal integrierten Unternehmens dadurch erfüllt werden kann, dass zumindest sichergestellt ist, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vollständig voneinander getrennte Teams einsetzt.

Die Antragstellerin hat im Verfahren eine verbindliche Erklärung abgegeben, dass die beiden von ihr namentlich benannten Wirtschaftsprüfer nicht für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, der FSI-Gruppe, tätig sind.

In einem solchen Fall sind die Vorgaben des § 10a Abs. 7 EnWG erfüllt. Denn die Regelung bezieht sich auf die natürliche Person eines einzelnen Wirtschaftsprüfers, nicht jedoch auf die jeweilige Prüfungsgesellschaft (juristische Person). Die Auslegung von § 10 a Abs. 7 EnWG, dass auf unterschiedliche natürliche und nicht auf unterschiedliche juristische Personen abzustellen ist, steht auch im Einklang mit den europäischen Vorgaben. 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, zu prüfen.“

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

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

Die Berücksichtigung natürlicher und nicht juristischer Personen bei der Trennung der Wirtschaftsprüfung ist auch vor dem Hintergrund der weiterhin zulässigen Vollkonsolidierung folgerichtig. Die Vollkonsolidierung des Unabhängigen Transportnetzbetreibers im Rahmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens soll weiterhin gewährleistet bleiben (vgl. § 10a Abs. 7 EnWG). Zur Aufstellung des Konzernabschlusses gilt die sog. Einheitstheorie, d.h. alle Teileinheiten des Konzerns werden als eine fiktive rechtliche Einheit betrachtet. Dies hat zur Folge, dass der Konzern auch nach einheitlichen Rechnungslegungsregeln zu bilanzieren hat und somit Wahlrechte bei Ansatz, Bewertungen und Ausweis einheitlich von allen Teileinheiten auszuüben sind. Entsprechende Vorgaben stehen auch nicht im Widerspruch mit der Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers, da sie seine Entscheidungsfreiheiten nicht in für den Netzbetrieb relevanter Art und Weise beschränken. Für die Konsolidierbarkeit des Unabhängigen Transportnetzbetreibers im Konzern ist es somit erforderlich, dass es sich um die gleiche Wirtschaftsprüfungsgesellschaft handelt oder dass der Wirtschaftsprüfer des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens Einsicht in die Bücher der Transportgesellschaft nehmen kann, um gleiche Bewertungsansätze anzuwenden. Vor diesem Hintergrund kann die Zusammenarbeit mit der gleichen 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.

2.6. Rechte und Pflichten im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen

Die Antragstellerin ist mit den erforderlichen Rechten und Pflichten ausgestattet, mit denen ihre Unabhängigkeit im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nach § 6d i.V.m. 10b EnWG gewährleistet wird. Insbesondere besitzt die Antragstellerin wirksame Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Fragen (siehe folgenden Abschnitt 2.6.1.), ihre Unabhängigkeit ist in Struktur und Satzung unter Einhaltung der Auflagen gewährleistet (siehe folgenden Abschnitt 2.6.2.). Eine indirekte Beeinflussung der Antragstellerin durch Beteiligung an oder von dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder dessen Tochterunternehmen wurde bislang nicht festgestellt (siehe folgenden Abschnitt 2.6.3.). Des Weiteren ist sichergestellt, dass die Antragstellerin jederzeit über die erforderlichen Mittel für Errichtung, Betrieb und Erhalt des Netzes verfügt (siehe folgenden Abschnitt 2.6.4.). Vereinbarungen mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen existieren aktuell nicht (siehe folgenden Abschnitt 2.6.5.).

2.6.1. Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse

Es ist grundsätzlich gewährleistet, dass die Antragstellerin wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besitzt und diese im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen unabhängig von der Leitung und den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben kann (§ 6d EnWG i.V.m. § 10b Abs. 1 Satz 1 EnWG).

(1) Die Antragstellerin und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen der FSI-Gruppe haben durch Vorlage der Gesellschaftsverträge, relevanter Gesellschafterbeschlüsse und des Gewinnabführungsvertrags (vgl. Anlagen A_10.2 bis A_10.4 des Schreibens vom 31.07.2018) und entsprechender Erklärung zur Einhaltung der Entflechtungsvorgaben (vgl. Anlage A_22.2 des Schreibens vom 18.04.2019 und Anlage A_10.1 und A_10.7 des Schreibens vom 31.07.2018) nachgewiesen, dass sie als Kombinationsnetzbetreiber über die nach § 10b Abs. 1 Satz 1 EnWG erforderlichen Entscheidungsbefugnisse und Unabhängigkeit verfügt.

(2) Auch wenn sich die Antragstellerin zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben in großem Umfang der Unterstützung von Dienstleistern bedient, beeinträchtigt dies ihre Unabhängigkeit nicht. Zum einen sind die Vorschriften über die Unabhängigkeit gegenüber dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen im Verhältnis zu ihrem 100%igem Tochterunternehmen FSM einschränkend auszulegen, da diese nach den Angaben der Antragstellerin im Rahmen der Dienstleistungserbringung an die Entflechtungsvorgaben gebunden und eine unzulässige Beeinflussung somit auszuschließen ist (vgl. hierzu Abschnitt 2.4.2.). Darüber hinaus hat die Antragstellerin dargelegt, dass sie die Dienstleistungserbringung in hinreichendem Maße kontrolliert, koordiniert und steuert, so dass sie über wirksame

Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes verfügt (vgl. hierzu bereits Abschnitte 2.4.2.).

(3) Die Antragstellerin hat erklärt, dass ihre Unabhängigkeit vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen weder durch eine Beherrschung, noch durch eine Eingliederung oder sonstige Vereinbarungen beeinträchtigt ist (vgl. Anlage A_10.1.B des Schreibens vom 18.04.2019 und Anlage A_10.1 und A_10.7 des Schreibens vom 31.07.2018). Zwischen der Antragstellerin und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen besteht kein gesellschaftsrechtlicher Beherrschungsvertrag oder eine vergleichbare vertragliche Konstruktion, die dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen Eingriffsmöglichkeiten in die Unternehmensleitung der Antragstellerin ermöglicht.

Der Abschluss des Gewinnabführungsvertrags vom 30.07.2018 ohne jegliche Beherrschungsklauseln (vgl. Anlage A_10.4.D. des Schreibens vom 31.07.2018) zwischen der Antragstellerin und der FS Zwischenholding ist aus Sicht der Beschlusskammer grundsätzlich mit §§ 10 ff. EnWG vereinbar. Gemäß § 10d Abs. 2 S. 2 Alt. 3 EnWG muss der Aufsichtsrat aufgrund seiner Entscheidungshoheit hinsichtlich der Ergebnisverwendung („Dividenden“) zudem dem Ergebnisabführungsvertrag zustimmen bzw. einen bereits bestehenden Ergebnisabführungsvertrag genehmigen sowie während der Laufzeit des Ergebnisabführungsvertrags die Entscheidungen über die Bildung und Auflösung von Gewinnrücklagen treffen. Ein Verstoß gegen diese Kompetenzen des Aufsichtsrats hat die schwebende Unwirksamkeit des Ergebnisabführungsvertrags bzw. der während seiner Laufzeit vom Gesellschafter beschlossenen Bildung oder Auflösung von Gewinnrücklagen zur Folge. Mit Erteilung der Genehmigung durch den Aufsichtsrat wird der Gewinnabführungsvertrag bzw. die Bildung oder Auflösung von Gewinnrücklagen wirksam, mit der Verweigerung endgültig unwirksam.

Die Antragstellerin und die FS Zwischenholding haben den Vertrag vor der Aufnahme der Tätigkeit der Antragstellerin als Fernleitungsnetzbetreiberin zum 01.10.2018 angepasst, so dass er den Entflechtungsvorgaben entspricht. Der Vertrag sieht keine Beherrschungsmöglichkeit der FS Zwischenholding vor. Er erlaubt entsprechend der gesetzlichen Vorgabe die Bildung und Auflösung von Rücklagen, ohne Einflussnahmen der FS Zwischenholding zu ermöglichen (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 33 und Anlage A_10.4.D und Anlage A_10.3). Nach dem Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin steht diese Befugnis entsprechend der gesetzlichen Vorgabe des § 10d Abs. 2 EnWG ausdrücklich dem Aufsichtsrat zu (§ 8 Abs. 1 d.) des Gesellschaftsvertrages vom 30.07.2018, Anlage A_10.4.B des Schreibens vom 31.07.2018).

(4) Die Antragstellerin besitzt zudem die Befugnis, sich gemäß den Regelungen des Gesellschaftsvertrags (§ 5 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages vom 30.07.2018, Anlage A_10.4.B des Schreibens vom 31.07.2018) und innerhalb des vom Aufsichtsrat vorgegebenen Rahmens

eigenständig zusätzliche Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt, insbesondere durch Aufnahme von Darlehen oder durch eine Kapitalerhöhung, zu beschaffen (siehe auch Abschnitt 2.6.4.).

2.6.2. Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers

Struktur und Satzung der Antragstellerin stellen ihre Unabhängigkeit vom vertikal integrierten Unternehmen i.S.d. §§ 10 bis 10e EnWG entsprechend der Vorgabe des § 6d i.V.m. § 10b Abs. 2 EnWG sicher (siehe hierzu Ziffer (1)). Die Unabhängigkeit der Antragstellerin wird derzeit jedoch aufgrund von zwei Beteiligungen an Energieversorgungsunternehmen, der Energieversorgung Inselsberg GmbH und der Stadtwerke Neustadt an der Orla GmbH, noch nicht vollumfänglich gewährleistet (siehe hierzu. Ziffer (2)). Die Zertifizierung war daher mit der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. a) zu versehen.

(1) Struktur und Satzung

Dem Antrag liegt der Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin (§ 5 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages vom 30.07.2018, Anlage A_10.4.B des Schreibens vom 31.07.2018) und eine Erklärung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der FSI-Gruppe (vgl. Anlage A_12.2.B des Schreibens vom 18.04.2019) nach § 10b Abs. 2 EnWG zum Verzicht auf jegliche Einflussnahme auf das laufende Geschäft der Antragstellerin als Unabhängiger Transportnetzbetreiber bei.

Die Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin bestimmt, dass die Gesellschafterversammlung und der Aufsichtsrat keinen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss auf das laufende Geschäft (insbesondere den Netzbetrieb und auf notwendige Tätigkeiten zur Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplanes) nehmen können; diese Entscheidungen sind ausschließlich von der Geschäftsführung zu treffen (§ 5 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages vom 30.07.2018, Anlage A_10.4.B des Schreibens vom 31.07.2018).

Der Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin (Anlage A_10.4.B des Schreibens vom 31.07.2018) bzw. [REDACTED], Anlage A_10.2.C) sahen zunächst noch Regelungen in Form von Zustimmungserfordernissen für bestimmte Entscheidungen der Antragstellerin (zustimmungspflichtigen Geschäfte) vor, die geeignet waren, die Unabhängigkeit des Netzbetreibers (§ 10b Abs. 2 EnWG, § 10d Abs. 2 S. 3 EnWG) zu beeinträchtigen.

Im Einzelnen:

a.) [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

b.) [REDACTED]

c.) [REDACTED]

(2) Beteiligung an Energieversorgungsunternehmen (Stadtwerken)

Die Unabhängigkeit der Antragstellerin nach § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG wird nach Ansicht der Beschlusskammer durch zwei Beteiligungen an der Energieversorgung Inselsberg GmbH und der Stadtwerke Neustadt an der Orla GmbH derzeit beeinträchtigt.

a.) Nach den Angaben der Antragstellerin hält diese zwei Minderheitsbeteiligungen in Höhe von jeweils 20 % an zwei Energieversorgungsunternehmen, der Energieversorgung Inselsberg GmbH und der Stadtwerke Neustadt an der Orla GmbH. Die Stadtwerke sind nach den Angaben der Antragstellerin im Vertrieb tätig. In den Gesellschaftsverträgen (vgl. Anlage A_13.2.F und Anlage A_13.2.H des Schreibens vom 15.02.2019) sind der Beteiligungshöhe von 20 % jeweils entsprechende Stimm- und Entsendungsrechte in den Aufsichtsrat verankert. Die Gesellschaftsverträge sehen dementsprechend das Recht der Antragstellerin vor, [REDACTED] Vertreter der Antragstellerin als Mitglieder in den Aufsichtsrat der Stadtwerke zu entsenden. ■

[REDACTED] (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 14 ff.; Schreiben vom 15.02.2019 S. 13 ff. und Anlagen A_13.2.F und A_13.2.H; Schreiben vom 31.07.2018, S. 34 f.).

b.) Zwar dürfte im Hinblick auf die Minderheitsbeteiligungen kein Verstoß gegen das Beteiligungsverbot des § 10b Abs. 3 S. 2 EnWG vorliegen, da die Antragstellerin keine Kontrolle § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG über die beiden Unternehmen ausübt. Damit handelt es sich bei den Stadtwerken nicht um Tochterunternehmen i.S.d. Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen).

Nach § 10b Abs. 3 S. 2 EnWG darf der Transportnetzbetreiber weder direkt noch indirekt Anteile an Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens halten, die die Funktionen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie an Kunden wahrnehmen. Da zwischen dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der FSI-Gruppe und den beiden im Vertrieb tätigen Stadtwerken keine direkte Beteiligung besteht, kommt es für die Frage, ob die Stadtwerke vermittelt über die Beteiligung an der Antragstellerin Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind, darauf an, ob die Antragstellerin (auch gemeinsame) Kontrolle über die Stadtwerke ausübt. Die Definition der Kontrolle ergibt sich aus der Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen), wonach die Kontrolle über ein Unternehmen durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet wird, die einzeln oder zusammen die Möglichkeit gewähren einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

d.) Die Unabhängigkeit nach § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG der Antragstellerin wird vorliegend durch das Halten der Minderheitsbeteiligungen an den beiden Stadtwerken beeinträchtigt. Die Antragstellerin war daher mit der Auflage in Tenor Ziffer 2 lit. a.) dazu zu verpflichten, ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Energieversorgung Inselsberg GmbH und der Stadtwerke Neustadt an der Orla GmbH spätestens 6 Monate nach Erteilung der Zertifizierung aufzugeben. Diese Auflage ist auch verhältnismäßig. [REDACTED]

[REDACTED] (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 20 ff.). Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten wird die Beeinträchtigung für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen durch die Auflage zudem dadurch gering gehalten, dass die Antragstellerin ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung auch in der Weise aufgeben kann, dass sie die Beteiligungen an ein Mutterunternehmen überträgt. Weitere weniger eingreifende Mittel als die Übertragung der Stadtwerkebeteiligungen an ein Mutterunternehmen der Antragstellerin, die den dargelegten Interessenkonflikt ebenso wirksam auflösen könnten, sind nicht ersichtlich.

Soweit die Europäische Kommission in ihren Stellungnahmen vom 22.07.2019 bzw. 19.12.2019 ausführt, dass die Möglichkeit der Übertragung der Beteiligung auf eine Muttergesellschaft der Antragstellerin unzulässig sei und fordert, dass die Übertragung der Beteiligungen auf ein Unternehmen außerhalb der direkten Holdingstruktur an die Muttergesellschaft oder eine Schwesterngesellschaft der Antragstellerin erfolgen soll, kann dem aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht gefolgt werden. Sowohl die deutsche Vorschrift des Beteiligungsverbot des § 10b Abs. 3 S. 1 EnWG, als auch die entsprechende gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art 18 Abs. 3 S. 1 Richtlinie 2009/73/EG verbieten es lediglich Tochterunternehmen des vertikal integrierten Unternehmens, die im Bereich Gewinnung oder Vertrieb (vgl. Definition von Versorgung in Art. 2 Ziff. 7 der Richtlinie 2009/73/EG) tätig sind, Beteiligungen am Transportnetzbetreiber zu halten. Umgekehrt ist es nach den inhaltlich identischen Vorgaben des § 10b Abs. 3 S. 2 EnWG, als auch der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art 18 Abs. 3 S. 2 Richtlinie 2009/73/EG nur dem Transportnetzbetreiber verboten, Anteile an Unternehmen in den Bereichen Gewinnung und Vertrieb zu halten. Weitergehende gesetzliche Verbote für Unternehmen im Konzern, die nicht in den Bereichen Gewinnung und Vertrieb selbst tätig sind, Anteile an Unternehmen im Bereich Gewinnung und Vertrieb zu halten, gibt es nicht. Bei den Ferngas-Holdinggesellschaften handelt es sich um bloße Finanzholdinggesellschaften, die über kein eigenes Personal verfügen und lediglich eine Finanzierungsfunktion erfüllen. Durch die Auflage in Tenor Ziffer 2 lit. b) wird auch die derzeit bestehende entflechtungsrechtlich unzulässige personelle Verflechtung mit Unternehmensleitung der Antragstellerin adressiert und in einem angemessenen Zeitraum aufgelöst. Derzeit bestehen keine weiteren Anhaltspunkte für ein Diskriminierungspotential. Sollte

der Beschlusskammer zukünftig ein Verhalten bekannt werden, dass eine Umgehung der relevanten Entflechtungsvorgaben und unzulässige Einflussnahme darstellt, kann sie die Zertifizierung nachträglich mit Auflagen versehen oder widerrufen (vgl. § 4d EnWG) oder ein Aufsichtsverfahren nach § 65 EnWG gegen den Netzbetreiber oder das vertikal integrierte Unternehmen durchführen. Entflechtungsrechtlich bedenkliche Einflussnahmen der Holdinggesellschaften der FSI-Gruppe auf die Antragstellerin können damit wirksam auch in der Zukunft unterbunden werden. Unter Berücksichtigung des auch gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist daher derzeit kein Raum für weitergehende Verbote hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Struktur im Konzern.

Darüber hinaus dient auch die Umsetzungsfrist von 6 Monaten der Wahrung der Verhältnismäßigkeit, um der Antragstellerin eine angemessene Zeit zur Umsetzung zu ermöglichen. Die Antragstellerin hat einen Umsetzungszeitraum von 6 Monaten selbst für ausreichend bezeichnet (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 21).

2.6.3. Tochterunternehmen

Eine indirekte Beeinflussung der Antragstellerin von Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, die die Funktionen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie wahrnehmen, ist entsprechend den Vorgaben in § 6d i.V.m. § 10b Abs. 3 EnWG ausgeschlossen. Solche Tochterunternehmen dürfen weder direkt noch indirekt Anteile am Kombinationsnetzbetreiber halten (§ 6d i.V.m. § 10b Abs. 3 S. 1 EnWG). Der Kombinationsnetzbetreiber 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 (§ 6d i.V.m. § 10b Abs. 3 S. 2 EnWG).

(1) Die Antragstellerin gehört dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen der FSI-Gruppe an (siehe ausführlich dazu oben, Abschnitt 2.2.).

Nach den Erklärungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der FSI-Gruppe (vgl. Anlage A_1.3.B des Schreibens vom 18.04.2019), den Erläuterungen der Antragstellerin und der von ihr vorgelegten Liste über die Abgrenzung der wettbewerblichen Tätigkeiten von den Netzaktivitäten innerhalb des Konzerns (vgl. insbesondere Schreiben der Antragstellerin vom 18.04.2019, S. 52 ff., [REDACTED], Anwaltliches Gutachten vom 13.03.2019, Schreiben der Antragstellerin vom 31.07.2018, S. 6 ff. und Anlagen A_1.1.A, A_1.1.B., A_1.1.C., A_1.1.D., A_1.2., A_1.3. und A_1.4.) halten Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der FSI-Gruppe, die die Funktionen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie an Kunden wahrnehmen, derzeit weder direkt noch indirekt Anteile an der Antragstellerin. Nach den Angaben der Antragstellerin sind die unterhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der FSI-Gruppe agierenden mittelbaren und

unmittelbaren Eigentumsgeellschaften Holding-Gesellschaften, die keine der relevanten Funktionen wahrnehmen (vgl. insbesondere Schreiben der Antragstellerin vom 18.04.2019, S. 52 ff.).

(2) Umgekehrt hält die Antragstellerin weder direkt noch indirekt Anteile an Tochterunternehmen, die eine der vorgenannten Funktionen ausüben, noch erhält sie Dividenden oder andere finanzielle Zuwendungen von diesen Unternehmen. Soweit die Antragstellerin zwei Minderheitsbeteiligungen an der Energieversorgung Inselsberg GmbH und der Stadtwerke Neustadt an der Orla GmbH hält, liegt kein Verstoß gegen das Beteiligungsverbot des § 10b Abs. 3 S. 2 EnWG vor, da es sich hier nicht um durch Kontrolle verbundene Tochterunternehmen handelt. Soweit hierdurch dennoch die Unabhängigkeit der Antragstellerin beeinträchtigt wird, wird durch die Auflage in Tenor Ziffer 2 lit. a) gewährleistet, dass die Entflechtungsvorgaben zukünftig eingehalten werden (siehe hierzu Abschnitt 2.6.2.).

2.6.4. 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 und des Verteilernetzes verfügt (§ 6d i.V.m. § 10b Abs. 4 EnWG).

(1) Die Antragstellerin hat erläutert, dass der ihr vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen vorgegebene finanzielle Rahmen ausreichend ist, um den Betrieb und Erhalt des Netzes aufrecht zu erhalten und der ihr zur Verfügung stehende finanzielle Rahmen auch finanzielle Mittel für Neuinvestitionen ermöglicht; insbesondere solche, die sich aus gesetzlichen Anschlussverpflichtungen oder dem Netzentwicklungsplan ergeben. 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 (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 35 ff. und Anlagen A_14.1 bis A_14.8 Schreiben vom 07.01.2019, S. 15 ff.; Schreiben vom 15.02.2019, S. 21 f.; und Schreiben vom 18.04.2019, S. 56 ff. und Anlage A.14.8.B).

Die Antragstellerin hat dargelegt, dass sie grundsätzlich über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, die erforderlich sind, um den Aufgaben, die sich aus Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 EnWG ergeben, nachzukommen. Sie besitzt die entsprechende Ausstattung, um wirtschaftlich zumutbar ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Gastransportnetz und Verteilernetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen. Dies umfasst insbesondere auch Investitionen, die sich aus gesetzlichen Anschlussverpflichtungen oder Netzentwicklungsplänen ergeben. Die entsprechenden Investitionen sind Bestandteil der mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erstellten betriebswirtschaftlichen Finanzplanung der Antragstellerin und werden durch entsprechende

Eigen- und Fremdfinanzierungen abgedeckt. Die Ausstattung der Antragstellerin mit den notwendigen finanziellen Mitteln zur Abdeckung der Kosten für Betrieb, Wartung und Instandhaltung des Transportnetzes dürfte zukünftig durch die Berücksichtigung dieser Kosten bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus für die Erlösbergrenzenfestlegung nach § 6 ARegV gewährleistet sein. Die aufgrund dieses Antrags durch die Bundesnetzagentur genehmigten Kosten dienen der Ermittlung der kostendeckenden Netzentgelte. Die in der Kostenprüfung durch die Bundesnetzagentur anerkannten Kosten bilden das Ausgangsniveau für die daraus zu ermittelnde Erlösbergrenze der jeweiligen Regulierungsperiode. Diese dient wiederum als Grundlage für die Ermittlung der kostendeckenden Netzentgelte.

(2) Die Antragstellerin hat ihre Vorhabenplanung für die nächsten Jahre dargelegt. In absehbarer Zukunft ist nach ihren Angaben kein Ausbau des Transportnetzes erforderlich, so dass aktuell insoweit kein zusätzlicher Investitionsbedarf besteht. Da die Antragstellerin erst zum 01.10.2018 als Fernleitungsnetzbetreiber agiert, war sie bislang nicht in die Netzentwicklungsplanung eingebunden, so dass auch hieraus aktuell keine Verpflichtungen resultieren. Selbst wenn hier jedoch zukünftig neue Ausbaupflichtungen entstehen, könnten diese durch entsprechende Eigen- und Fremdkapitalmittel abgedeckt werden. Im Verteilernetzbereich gibt es aktuell ein größeres Vorhaben zur Erneuerung einer Leitung (EGL 442) für die Jahre 2020 und 2022. [REDACTED]

[REDACTED] (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 38 ff.; Schreiben vom 15.01.2019, S. 16 f.).

(3) Nachweise über die finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin wurden durch die Einreichung des durch einen Wirtschaftsprüfer testierten Jahresabschlusses der Geschäftsjahre 2015 bis 2017 erbracht (vgl. Anlage A_14.4 bis A_14.6 des Schreibens vom 31.07.2018). Da die Antragstellerin erst ab dem 01.10.2018 als Fernleitungsnetzbetreiberin der Fernleitung EGL 401 tätig ist, sind aktuelle Jahresabschlüsse aus der Zeit, in der die Antragstellerin als Transportnetzbetreiber tätig geworden ist und die Betriebsführung der EGL 401 übernommen hat, naturgemäß nicht verfügbar. Die Jahresabschlüsse 2015 bis 2017 geben jedoch keine Hinweise auf einen wirtschaftlichen Misserfolg des Unternehmens. [REDACTED]

[REDACTED] (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 21 ff. und Schreiben vom 07.01.2019, S. 15 ff.). Darüber hinaus ist die FS Zwischenholding aufgrund des mit der Antragstellerin abgeschlossenen Gewinnabführungsvertrages vom 30.07.2018 ggf. auch zu einer

Verlustübernahme nach § 302 AktG verpflichtet (vgl. Anlage 10.4.D des Schreibens vom 31.07.2018).

(4) Die Antragstellerin trägt zudem vor, dass ihr über [REDACTED] [REDACTED] zur Verfügung steht, [REDACTED] (vgl. Anlage A_14.3 des Schreibens vom 31.07.2019 und Anlagen A_14.3.A bis A_14.3.D des Schreibens vom 18.04.2019). Die Antragstellerin ist, [REDACTED], unmittelbar selbst [REDACTED] berechtigt (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 58), so dass der Kombinationsnetzbetreiber unabhängig agieren kann. Die Antragstellerin hat zudem glaubhaft dargelegt, dass [REDACTED] die Möglichkeit der Aufnahme zusätzlicher Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt durch dritte Kapitalgeber nicht über das marktübliche, im Interesse [REDACTED] an einer hinreichenden Sicherung ihrer Rückzahlungsansprüche zulässige Maß hinaus einschränkt (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 58).

(5) Die Antragstellerin legt dar, dass sie zusätzliche Mittel auch über [REDACTED] [REDACTED] abrufen könne (vgl. Schreiben vom 18.04.2018, S. 58 und Schreiben vom 31.07.2018, S. 22). Insoweit war jedoch zunächst noch nicht ausreichend sichergestellt, dass die Antragstellerin, [REDACTED] unabhängig v[REDACTED] in Anspruch nehmen kann.

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

Nach § 6d i.V.m. § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG muss der Kombinationsnetzbetreiber wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau erforderlichen Vermögenswerte haben und diese Entscheidungsbefugnisse unabhängig ausüben können. Hierbei handelt es sich wie bereits oben dargelegt (vgl. Ziff. 2.5.6) um zwei, kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale. Um die entflechtungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten, ist es nicht ausreichend, wenn die gesellschaftsrechtliche Struktur und Einbettung des Netzbetreibers lediglich Einflussnahmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens verhindert. Die Abwesenheit von Fremdkontrolle muss zugleich mit einem autonomen Gestaltungs- und Entscheidungsfreiraum des Netzbetreibers korrespondieren. Die Unabhängigkeit des

Netzbetreibers ist insofern nicht teilbar. Daher sind bestimmte Entflechtungsvorgaben auch im Verhältnis zu nicht entflochtenen, nicht im Energiebereich tätigen Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens anzuwenden.

Da es sich bei der Antragstellerin um die Gesellschaft mit den größten Vermögenswerten (Netz und für den Betrieb erforderliche Mittel) in der Ferngas-Gruppe handelt, werden die [REDACTED] letztlich durch diese Vermögenswerte besichert (vgl. Anlage 14.3.C des Schreibens vom 15.02.2019). Vor diesem Hintergrund muss es der Antragstellerin möglich sein, unabhängig und ohne auf das Einvernehmen [REDACTED] zu partizipieren.

Dies war zunächst aus Sicht der Beschlusskammer auf Grund des [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] nicht der Fall, so dass die Unabhängigkeit der Antragstellerin insoweit noch nicht vollumfänglich gewährleistet war. Dementsprechend sah der Entscheidungsentwurf vom 29.05.2019 noch eine Auflage zur Anpassung [REDACTED] [REDACTED] vor, dass der Antragstellerin [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] zu erhalten. Die Antragstellerin hat [REDACTED] [REDACTED] angepasst. Nunmehr hat die [REDACTED] der Antragstellerin stets auf Verlangen [REDACTED] [REDACTED] zur Verfügung zu stellen [REDACTED] [REDACTED], Anlage zur Email vom 26.06.2019). Damit ist die Unabhängigkeit des Netzbetreibers hinreichend sichergestellt, so dass die Auflage in Tenor Ziffer 2. lit. b. des Entscheidungsentwurfs vom 29.05.2019 nicht mehr erforderlich ist.

(6) Darüber hinaus hat die Antragstellerin glaubhaft dargelegt, dass sie die Möglichkeit hat, eigenständig auf dem Kapitalmarkt neue Finanzmittel zu akquirieren, [REDACTED] [REDACTED] (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 56 f. und Schreiben vom 07.01.2019, S. 17). Diese Befugnis wird im Übrigen auch im Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin verbrieft (§ 5 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages vom 30.07.2018, Anlage A_10.4.B des Schreibens vom 31.07.2018).

Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter Abschnitt 2.5.1. verwiesen.

2.6.5. Marktüblichkeit der Vereinbarungen mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen

Zwischen der Antragstellerin und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen existieren keine kommerziellen und finanziellen Beziehungen, so dass die Vorgaben des § 6d i.V.m. § 10b Abs. 5 EnWG eingehalten werden.

Verträge mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen der Antragstellerin, der FSI-Gruppe, bestehen nach den Angaben der Antragstellerin nicht (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 42).

2.7. Unabhängigkeit des Personals und der Unternehmensleitung

Die Antragstellerin erfüllt die Anforderungen an die Gewährleistung der Unabhängigkeit des Personals nach § 6d i.V.m. § 10c EnWG und § 10a Abs. 2 S.1 EnWG noch nicht vollumfänglich. Die Antragstellerin hat der Beschlusskammer die Namen und Funktionen der obersten Unternehmensleitung mitgeteilt (siehe folgenden Abschnitt 2.7.1.). Die Vorgaben zur Einstellung von bestimmten Beschäftigten („Cooling On“) und nach Beendigung von bestimmten Arbeitsverhältnissen („Cooling Off“) sind eingehalten (siehe folgende Abschnitte 2.7.2. und 2.7.3.). Die Unabhängigkeit des Personals ist unter Einhaltung der Auflagen gewährleistet. Die Unternehmensleitung im Sinne des § 3 Nr. 33a EnWG ist unmittelbar bei der Antragstellerin angestellt. Allerdings wird die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung nach § 6d i.V.m. § 10c Abs. 1 EnWG und § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG derzeit durch [REDACTED]

[REDACTED] eingeschränkt. Die Zertifizierung war insoweit mit einer Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) zu versehen, um die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung zukünftig zu gewährleisten (siehe folgenden Abschnitt 2.7.4.). Die Beschränkungen zum Anteilserwerb werden eingehalten. Die Vergütung der Geschäftsführung ist nicht an den Unternehmenserfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der FSI-Gruppe gebunden (siehe folgenden Abschnitt 2.7.5.). Die Vorgaben zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der sog. zweiten Führungsebene gemäß § 6d i.V.m. § 10c Abs. 6 EnWG sind eingehalten (siehe folgenden Abschnitt 2.7.6.).

2.7.1. Mitteilung über Personal in der Unternehmensleitung

Die Antragstellerin hat der Beschlusskammer insbesondere den Namen der Person, die vom Aufsichtsrat als oberste Unternehmensleitung ernannt bzw. bestätigt wurde, sowie die Regelungen hinsichtlich der Funktion, für die diese Person vorgesehen ist, die Laufzeit der Verträge mit dieser Person und die jeweiligen Vertragsbedingungen mitgeteilt. Des Weiteren hat sie auch Angaben zu den Personen der Unternehmensleitung im Sinne des § 3 Nr. 33a EnWG gemacht.

Als Personal der obersten Unternehmensleitung hat die Antragstellerin [REDACTED] benannt, der [REDACTED] als Geschäftsführer der Antragstellerin ernannt worden ist (vgl. Protokoll [REDACTED] als Anlage zum Schreiben vom 05.10.2018, eingegangen am 25.10.2018). [REDACTED] war bislang bei dem Tochterunternehmen der Antragstellerin der FSM als Geschäftsführer angestellt und im Rahmen des Dienstleistungsvertrags Geschäftsbetrieb zwischen der FSM und der Antragstellerin als Geschäftsführer der Antragstellerin tätig geworden. Der Anstellungsvertrag von [REDACTED] mit der FSM wurde mit Wirkung zum 01.10.2018 auf die Antragstellerin übergeleitet, so dass nunmehr ausschließlich ein Anstellungsverhältnis mit der Antragstellerin besteht (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 24 ff. und Anlagen A_16.2.A2, A_16.2.B2, A_16.2.E; Schreiben vom 25.10.2018, S. 1 und Anlagen; Schreiben vom 28.09.2018, S. 9; Schreiben vom 31.07.2018, S. 24 f. und S. 43 ff.).

Weitere Mitglieder der Unternehmensleitung im Sinne des § 3 Nr. 33a EnWG sind derzeit [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2.7.2. Vorgaben zur Einstellung („Cooling On“)

Die Mehrheit der Angehörigen der Unternehmensleitung darf in den letzten drei Jahren vor einer Ernennung nicht bei einem Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder einem Mehrheitsanteilseigner angestellt gewesen sein oder Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu einem dieser Unternehmen unterhalten haben. Die verbleibenden Angehörigen der Unternehmensleitung dürfen in den letzten sechs Monaten vor einer Ernennung keine Aufgaben der Unternehmensleitung beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen wahrgenommen haben (§ 6d i.V.m. § 10c Abs. 2 EnWG).

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

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass die bei der Einstellung geltenden sog. „Cooling On“-Vorgaben für die Unternehmensleitung (§ 6d i.V.m. § 10c Abs. 2 EnWG) eingehalten wurden.

(1) Die Vorgaben des § 6d i.V.m. § 10c Abs. 2 EnWG finden unmittelbar Anwendung auf die Unternehmensleitung des Kombinationsnetzbetreibers. Der Gesetzgeber hat in § 3 Nr. 33a EnWG gesetzlich bestimmt, welche Personen unter den Begriff der Unternehmensleitung zu fassen sind. Danach gehören zur Unternehmensleitung zum einen die oberste Unternehmensleitung, bestehend aus Vorstand, Geschäftsführung oder einem Gesellschaftsorgan mit vergleichbaren Aufgaben und Befugnissen (vgl. § 3 Nr. 29b EnWG), zum anderen Personen, die mit

Leitungsaufgaben für den Transportnetzbetreiber betraut sind und auf Grund eines Übertragungsaktes, dessen Eintragung im Handelsregister oder einem vergleichbaren Register eines Mitgliedstaates der Europäischen Union gesetzlich vorgesehen ist, berechtigt sind, den Transportnetzbetreiber gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Bei den letztgenannten Personen dürfte es sich vor allem um Personen handeln, denen eine im Handelsregister einzutragende Prokura (§§ 48 ff. HGB) erteilt wurde.

(2) Die Unternehmensleitung der Antragstellerin besteht derzeit aus vier Personen. Damit müssen drei Personen die dreijährige „Cooling On“-Frist des § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG und die verbleibende Person die sechsmonatige „Cooling On“-Frist des § 10c Abs. 2 S. 2 EnWG einhalten.

(3) [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] ist die dreijährige „Cooling On“-Frist des § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG eingehalten. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] (vgl. Lebensläufe der Unternehmensleitung als Anlage [REDACTED] [REDACTED] des Schreibens vom 31.07.2018). Die Angehörigen der Unternehmensleitung haben zudem erklärt, dass sie die dreijährige „Cooling On“-Frist des § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG einhalten (vgl. Anlage [REDACTED] des Schreibens vom 31.07.2018). Die Beschlusskammer geht daher auch davon aus, dass die Angehörigen der Unternehmensleitung in diesem Zeitraum keine Interessen- oder Geschäftsbeziehung zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen unterhalten haben.

(4) Für zukünftige Ernennungen gewährleistet die Antragstellerin die geforderte Einhaltung der „Cooling On“-Perioden durch entsprechende Unternehmensrichtlinien (UR2 Verhaltenskodex und UR29 Gleichbehandlungsprogramm), die entsprechende Verpflichtungen und Informationspflichten vorsehen (vgl. Unternehmensrichtlinie UR2 und UR 29 als Anlagen zum Schreiben von 05.10.2018, hier eingegangen am 25.10.2018; Schreiben vom 18.04.2018, S. 37 ff. und Anlage A_22.1.B; Anlage A_12.3.D und Anlage 12.3.E des Schreibens vom 31.07.2018). Damit ist sichergestellt, dass die gesetzlichen Verpflichtungen eingehalten werden.

2.7.3. Vorgaben nach Beendigung („Cooling Off“)

Personen der Unternehmensleitung dürfen nach Beendigung des Vertragsverhältnisses für vier Jahre nicht bei anderen Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder einem Mehrheitsanteilseigner angestellt sein oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu diesen Unternehmen unterhalten (§ 6d i.V.m. § 10c Abs. 5 EnWG).

Der § 10c Abs. 5 EnWG stellt das Pendant zum Absatz 2 dar und regelt die „Cooling Off“-Perioden der Personen der Unternehmensleitung. Die Antragstellerin hat eine entsprechende Regelung in

ihren Geschäftsführervertrag (vgl. Anlage [REDACTED] des Schreibens vom 18.04.2019) bzw. den Anstellungsverträgen mit den Prokuristen (vgl. Anlage [REDACTED] des Schreibens vom 18.04.2019), in entsprechende Musterarbeitsverträge (vgl. Anlage A_19.1.C_AT und Anlage A_19.1.D_T des Schreibens vom 18.04.2019) und in die Unternehmensrichtlinien Verhaltenskodex und Gleichbehandlungsprogramm aufgenommen (vgl. Unternehmensrichtlinie UR2 und UR29 als Anlagen zum Schreiben von 05.10.2018, hier eingegangen am 25.10.2018; Schreiben vom 18.04.2018, S. 37 ff. und Anlage A_22.1.B; Anlage A_12.3.D und Anlage 12.3.E des Schreibens vom 31.07.2018). Damit stellt sie sicher, dass die Einhaltung der Cooling Off-Vorgaben hinreichend gewährleistet ist.

2.7.4. Gewährleistung der Unabhängigkeit

Die Voraussetzungen des § 10c Abs. 3 EnWG zur Unabhängigkeit des Personals des Netzbetreibers sind eingehalten. Die Antragstellerin gewährleistet, dass keine mit § 10c Abs. 3 EnWG unvereinbaren Interessen- bzw. Geschäftsbeziehungen zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen bestehen (vgl. Ziffer (1)). Die Antragstellerin hat dargelegt, dass die Unternehmensleitung nunmehr unmittelbar beim Kombinationsnetzbetreiber angestellt ist (vgl. unter Ziffer (2)). Die Voraussetzungen des § 10c Abs. 1 und § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Unternehmensleitung liegen allerdings noch nicht vollumfänglich vor. Die Aufnahme einer entsprechenden Auflage (Tenor Ziffer 2 lit. b)) gewährleistet jedoch, dass die Vorgaben zukünftig eingehalten werden (vgl. Ziffer (3)).

(1) Interessen- und Geschäftsbeziehungen zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen (§ 10c Abs. 3 EnWG)

Nach § 6d i.V.m. § 10c Abs. 3 EnWG hat der Kombinationsnetzbetreiber sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung und seine Beschäftigten weder beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Teile angestellt sind noch Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen unterhalten.

Die Antragstellerin hat erklärt, dass sie hinreichend Sorge dafür trägt, dass alle bei ihr beschäftigten Personen nicht beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Teile angestellt sind, noch sonstige Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen unterhalten. Die Antragstellerin gewährleistet die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung und der Beschäftigten im Sinne des § 10c Abs. 3 EnWG durch entsprechende Regelungen [REDACTED] (vgl. Anlage [REDACTED] des Schreibens vom 18.04.2019), den Anstellungsverträgen [REDACTED] (vgl. [REDACTED] des Schreibens vom 18.04.2019), durch entsprechende Gestaltung von Musterarbeitsverträgen (vgl. Anlage A_19.1.C_AT und Anlage A_19.1.D_T des

Schreibens vom 18.04.2019) sowie in den Unternehmensrichtlinien Verhaltenskodex und Gleichbehandlungsprogramm (vgl. Unternehmensrichtlinie UR2 und UR 29 als Anlagen zum Schreiben von 05.10.2018, hier eingegangen am 25.10.2018; Schreiben vom 18.04.2018, S. 37 ff. und Anlage A_22.1.B; Anlage A_12.3.D und Anlage 12.3.E des Schreibens vom 31.07.2018).

(2) Anstellung der Unternehmensleitung beim Kombinationsnetzbetreiber

Darüber hinaus muss die Unternehmensleitung im Sinne des § 3 Nr. 33a EnWG unmittelbar beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber bzw. Kombinationsnetzbetreiber angestellt sein.

Nach Ansicht der Beschlusskammer ist die Wahrnehmung von Aufgaben der Unternehmensleitung in Form von Arbeitnehmerüberlassungen oder Dienstleistungsverhältnissen mit den Unabhängigkeitsvorgaben unvereinbar. Die Entscheidungsbefugnisse und Verantwortlichkeiten der Unternehmensleitung, zu der nach § 3 Nr. 33a EnWG auch Prokuristen zählen, müssen originären und können keinen durch Dienstleistungsverträge abgeleiteten Charakter haben.

Die Unternehmensleitung der Antragstellerin – [REDACTED] – war zunächst nicht selbst beim Kombinationsnetzbetreiber, sondern bei dem Tochterunternehmen, der FSM, angestellt. Mit Übernahme des Betriebs der Fernleitung EGL 401 mit Wirkung zum 01.10.2018 wurden die Anstellungsverträge der Unternehmensleitung auf die Antragstellerin überführt, so dass die Unternehmensleitung und Bereichsleitern nunmehr unmittelbar beim Kombinationsnetzbetreiber angestellt sind (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 24 ff. und Anlagen A_16.2.A2, A_16.2.B2, A_16.2.E; Schreiben vom 25.10.2018, S. 1 und Anlagen; Schreiben vom 28.09.2018, S. 9; Schreiben vom 31.07.2018, S. 24 f. und S. 43 ff.).

(3) Unabhängigkeit der Unternehmensleitung

Die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung nach § 6d i.V.m. § 10c Abs. 1 EnWG und § 10a Abs. 2 S.1 EnWG und damit personelle Unabhängigkeit des Kombinationsnetzbetreibers nach § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG wird derzeit durch [REDACTED]

[REDACTED] in unzulässiger Weise eingeschränkt. Die Zertifizierung war insoweit mit einer Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) zu versehen, um die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung zukünftig zu gewährleisten.

a.) [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

(vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 14 ff.; Schreiben vom 15.02.2019 S. 13 ff. und Anlagen A_13.2.F und A_13.2.H; Schreiben vom 31.07.2018, S. 34 f.).

Nach der Auffassung der Beschlusskammer beeinträchtigt diese [REDACTED] die [REDACTED] Unabhängigkeit [REDACTED]

[REDACTED]. Gerade im Rahmen des Entflechtungsmodells des Unabhängigen Transportnetzbetreibers muss aber eine wirksame Trennung von Wettbewerbsinteressen (Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb) und den Netzinteressen durch Regulierungsvorgaben sichergestellt werden (vgl. Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2009/73/EG). Sowohl der Richtliniengeber, als auch der Bundesgerichtshof haben auf die besondere Bedeutung der Karenzzeitregelungen hingewiesen, da die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung eine große Rolle bei der Vermeidung von Diskriminierungen und Gewährleistung der Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers spielt (vgl. BGH, EnVR 51/14, Beschluss vom 26.01.2017, aml. Umdruck, Rn. 31; Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2009/73/EG). Diese Argumentation gilt gleichermaßen für die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung im Allgemeinen, da diese genau wie die Karenzzeitregelung gewährleistet, dass der Netzbetrieb ausschließlich an Netzinteressen und nicht auch an Interessen aus den Wettbewerbsbereichen ausgerichtet wird. [REDACTED]

[REDACTED].

Die personelle Unabhängigkeit bildet ein wesentliches Kernelement der insbesondere nach § 6d i.V.m. § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG zu gewährleistenden Unabhängigkeit des Netzbetreibers. Denn der Netzbetreiber kann nur so unabhängig sein, wie es die handlungs- und vertretungsbefugten Personen der Unternehmensleitung sind. Nach § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG muss der Netzbetreiber über wirksame Entscheidungsbefugnisse verfügen, die er unabhängig ausüben können muss. Wie oben dargelegt (siehe Abschnitt 2.5.6 und 2.6.2.), ist diese Unabhängigkeit des Netzbetreibers nicht teilbar und nicht auf eine Abwesenheit von Fremdkontrolle durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen beschränkt. Der Netzbetreiber muss vielmehr über einen originären Entscheidungsspielraum verfügen, der unabhängig von den Interessen anderer Gesellschaften und gerade auch von Vertriebsinteressen bestehen muss. Die [REDACTED] beeinträchtigen somit auch die personelle Unabhängigkeit des Kombinationsnetzbetreibers nach § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG.

Darüber hinaus ist nicht sichergestellt, dass relevante Informationen nach § 6a EnWG aus dem Netz- und dem Vertriebsbereich nicht bei einer Person zusammenlaufen. Dementsprechend hat

der Bundesgerichtshof in der sog. Karenzzeit-Entscheidung zur Anwendung des § 10c Abs. 3 EnWG auf die zweite Führungsebene nach § 10c Abs. 6 EnWG zutreffend festgestellt, dass eine natürliche Person ihr Wissen schlechterdings nicht „verschließen“ kann (BGH, EnVR 51/14, Beschluss vom 26.01.2017, amtl. Umdruck, Rn. 31).

Der Einwand der Antragstellerin, ein Interessenkonflikt sei [REDACTED] [REDACTED] nicht gegeben, kann demgegenüber nicht überzeugen. Denn ein solcher nicht auflösbarer Interessenkonflikt entsteht durch [REDACTED] [REDACTED] Aufgaben und Verantwortlichkeiten, die persönlichen Kontakte, den Austausch an Wissen und das aufgrund der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Die berufliche Unabhängigkeit der [REDACTED] der Unternehmensleitung wird durch [REDACTED] [REDACTED] beeinträchtigt, da nicht hinreichend sichergestellt ist, dass der Netzbetrieb ausschließlich an Netzinteressen ausgerichtet wird.

Die Europäische Kommission hat die Auffassung der Beschlusskammer zur Unabhängigkeit der Unternehmensleitung der Antragstellerin ausdrücklich bestätigt und die Aufnahme der entsprechenden Auflagen begrüßt (vgl. Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 22.07.2019, S. 6 f., Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19.12.2019, S. 7).

Die Zertifizierung war daher mit der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) lit. aa) und lit. dd) zu versehen, wonach festgestellt wird, dass die berufliche Unabhängigkeit [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] beeinträchtigt wird. Die Antragstellerin war durch die Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) lit. ee) dazu zu verpflichten, die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Erteilung der Zertifizierung zu gewährleisten und gegenüber der Beschlusskammer anzuzeigen.

Die genannten Auflagen sind auch verhältnismäßig. Sie verfolgen das legitime gesetzliche Entflechtungsziel, die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung und damit letztlich die personelle Unabhängigkeit des Kombinationsnetzbetreibers gegenüber [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] sicherzustellen. Die übergeordnete entflechtungsrechtliche Zielsetzung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur durch eine bloß formale personelle Entflechtung der Führungskräfte des Unabhängigen Transportnetzbetreibers und des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens erreicht, sondern bedarf auch einer Durchtrennung unerwünschter Wissens- und Informationsschnittstellen und sogenannter weicher

Faktoren wie der bewussten oder unbewussten Verbesserung der persönlichen Karrierewünsche der einzelnen Führungskräfte. Nur dann bestehen wirksame Anreize für das mit dem Netzbetrieb und allen damit zusammenhängenden Kerntätigkeiten betraute Personal des Unabhängigen Transportnetzbetreibers, damit dieses aus eigenem Antrieb einen transparenten und diskriminierungsfreien Netzbetrieb sicherstellt (BGH, EnVR 51/14, Beschluss vom 26.01.2017, amtl. Umdruck, Rn. 53). Die genannten Auflagen gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) lit. aa), lit. dd) und lit. ee), die die Antragstellerin zur Herstellung der beruflichen Unabhängigkeit und Anzeige gegenüber der Beschlusskammer verpflichten sind geeignet, erforderlich und angemessen, um das Ziel, der wirksamen Trennung von Netz- und Wettbewerbsinteressen im Interesse eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs zu erreichen. Denn durch die Auflösung [REDACTED]

[REDACTED] werden diese unerwünschten Wissens- und Informationsschnittstellen durchtrennt. Ein milderes Mittel ist nicht ersichtlich, insbesondere da die Auflage der Antragstellerin die Wahl der Mittel überlässt, wie sie die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung herstellt, denkbar etwa [REDACTED]

[REDACTED]. Die Auflage ist auch angemessen. Der Antragstellerin wird insbesondere eine angemessene Frist von 6 Monaten nach Erteilung der Zertifizierung zur Umsetzung der Auflage eingeräumt. Angesichts der Bedeutung der Unabhängigkeit der Unternehmensleitung für die personelle Unabhängigkeit des Kombinationsnetzbetreibers, des Schutzes vertraulicher Daten nach § 6a EnWG und des diskriminierungsfreien Netzbetriebs, konnte eine längere Umsetzungsfrist, etwa wie von der Antragstellerin im Hinblick auf eine gute Abgrenzbarkeit mit dem Beginn des Kalenderjahres bis zum 01.01.2021 demgegenüber nicht gefolgt werden. Die Antragstellerin hat denn auch selbst einen Umsetzungszeitraum von 6 Monaten als angemessen bezeichnet (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 25).

b.) [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Diese [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] beeinträchtigt die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung des Unabhängigen Kombinationsnetzbetreibers und stellt eine Umgehung des Anstellungsverbotes des § 6d i.V.m. § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG dar. Diese [REDACTED] beeinträchtigt im Übrigen auch die personelle Unabhängigkeit des Kombinationsnetzbetreibers nach § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG.

[REDACTED]

Nach dem Wortlaut des Anstellungsverbot des § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG dürfen Personen, die für den Betrieb des Transportnetzes erforderlich sind, nicht in anderen Gesellschaften des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder deren Tochterunternehmen „angestellt“ sein. In der Literatur wird zur Erläuterung des Begriffs „Anstellung“ auf synonyme Begrifflichkeiten wie „Überlassung von Personal“ (vgl. Knauff, in: Kment, EnWG, 2. Aufl., 2019, Rn. 6) oder „Personalüberlassung“ (vgl. Hölscher, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., 2015, Rn. 8) zurückgegriffen. Dies macht deutlich, dass man den Begriff „Anstellung“ letztlich weit auslegen muss, um eine wirksame personelle Entflechtung sicherzustellen. Ziel der Vorgabe des § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG ist es letztlich als eine den § 10c EnWG flankierende Regelung, personelle Verflechtungen zwischen den Wettbewerbsbereichen (Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb von Energie) und dem Netzbereich und operatives Unterlaufen der Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers im vertikal integrierten Konzern zu verhindern (vgl. Knauff, in: Kment, EnWG, 2. Aufl., 2019, Rn. 4). Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn der Begriff „Anstellung“ funktional verstanden wird. Jede einer Anstellung vergleichbare Tätigkeit bzw. jede Überlassung von Personal an das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen oder eines seiner Tochterunternehmen sind vom Anstellungsverbot des § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG erfasst. Anderenfalls könnte dieses Verbot durch Personalleasings oder Dienstleistungsstrukturen leicht umgangen werden. [REDACTED]

[REDACTED]

Die Europäische Kommission hat die Auffassung der Beschlusskammer zur Unabhängigkeit der Unternehmensleitung der Antragstellerin ausdrücklich bestätigt und insbesondere darauf

hingewiesen, dass die Unabhängigkeit nicht nur durch einen direkten Arbeitsvertrag beeinträchtigt werden kann. Unzulässig seien vielmehr auch Posten in einem anderen Teil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens auf der Grundlage ähnlicher Beziehungen, einschließlich der Abstellung oder des Ausleihens von Arbeitskräften (vgl. Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 22.07.2019, S. 7, Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19.12.2019, S. 8).

[REDACTED]

lit a.)). Die Zertifizierung war daher mit gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) genannten Auflage zu versehen, um die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung in der Zukunft sicherzustellen.

Die Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) berührt die Beeinträchtigung der beruflichen Unabhängigkeit der Unternehmensleitung durch [REDACTED]

[REDACTED]. Die Antragstellerin wird daher gemäß Tenor Ziffer lit. 2 lit. b) lit. ee) verpflichtet innerhalb von 6 Monaten nach Erteilung der Zertifizierung die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung der Antragstellerin sicherzustellen.

Diese Auflage ist verhältnismäßig. Sie verfolgt das legitime Ziel, die vom Anstellungsverbot des § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG erfassten personellen Verflechtungen aufzulösen und die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung herzustellen. Dabei kommt den Vorgaben zur personellen Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers (siehe auch bereits Abschnitt 2.7.4., Ziff. 3 lit a.)) gerade im Hinblick auf die Unternehmensleitung bei der Erreichung der übergeordneten Entflechtungsziele eine besondere Bedeutung zu (vgl. zur Karenzzeitregelung: BGH, EnVR 51/14, Beschluss vom 26.01.2017, amtl. Umdruck, Rn. 31). Nur wenn die Unternehmensleitung des Netzbetreibers unabhängig und frei von den Interessen und der Einflussnahmemöglichkeit des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens agieren kann, ist gewährleistet, dass der Netzbetrieb diskriminierungsfrei und ausschließlich an den Interessen einer effizienten Leistungsbereitstellung des Netzes für den vor und nachgelagerten Markt ausgerichtet wird. Die tenorierte Auflage ist auch geeignet, erforderlich und angemessen das Ziel einer personellen Entflechtung [REDACTED]

[REDACTED]. Die Verpflichtung der Antragstellerin die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung sicherzustellen, ist erforderlich, um das genannte Ziel zu erreichen. Die Auflage ist angemessen, da sie der Antragstellerin die Wahlfreiheit überlässt, dass für sie am wenigsten einschneidende Mittel zur Erreichung des Zieles selbst zu bestimmen. So ist eine Umsetzung der Auflage [REDACTED]

[REDACTED] denkbar. Die Angemessenheit der tenorierten Verpflichtung wird auch dadurch sichergestellt, dass der Antragstellerin eine großzügige Frist von 6 Monaten nach Erteilung der Zertifizierung eingeräumt wird. Diesen Zeitraum hat auch die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme als angemessen bezeichnet (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 28). Dem von der Antragstellerin im Hinblick auf eine gute Abgrenzbarkeit mit dem Beginn des Kalenderjahres vorgeschlagenen Zeitpunkt zum 01.01.2020 konnte dahingegen nicht gefolgt werden. Eine Bestimmung der Umsetzungsfrist zum 01.01.2020 wäre zur der ggf. erforderlichen gesellschaftsrechtlicher Veränderungen und zum Vortrag der Antragstellerin, dass sie hierfür 6 Monate benötige, nicht angemessen.

2.7.5. Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen und Vergütung von Personen der Unternehmensleitung

Die Antragstellerin und das vertikal integrierte Unternehmen gewährleisten, dass Personen der Unternehmensleitung und die übrigen Beschäftigten der Antragstellerin keine Anteile des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder eines seiner Unternehmensteile erwerben (§ 6d i.V.m. § 10c Abs. 4 EnWG).

Die Antragstellerin hat dargelegt, dass ein direkter Erwerb von Anteilen an den Fondgesellschaften des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens EDIF I und EDIF II für Privatanleger nicht möglich ist (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 45). Um ihre Mitarbeiter gleichwohl auf die gesteigerten Entflechtungsanforderungen an Kombinationsnetzbetreiber nach § 6d i.V.m. § 10c Abs. 4 EnWG hinzuweisen, hat die Antragstellerin ihre Unternehmensrichtlinie UR2 Verhaltenskodex angepasst und entsprechende Verpflichtungen aufgenommen (vgl. Anlage zum Schreiben von 05.10.2018, hier eingegangen am 25.10.2018).

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, mit Ausnahme des Transportnetzbetreibers, abhängig ist (§ 6d i.V.m. § 10c Abs. 4 EnWG). Die Antragstellerin hat insofern dargelegt, dass die steuerrelevante Kennzahl für [REDACTED] Vergütungsbestandteile [REDACTED] der Antragstellerin sei (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 20).

2.7.6. Personen der zweiten Führungsebene

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

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs spricht der Dreiklang aus Betrieb, Wartung und Entwicklung dafür, dass (nur) diejenigen Bereichsleiter von § 10c Abs. 6 EnWG erfasst werden, die aufgrund des Aufgabenzuschnitts ihrer Fachbereiche oder Abteilungen maßgeblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen zu den technischen Eigenschaften des Transportnetzes, seinem Zustand und seiner Fortentwicklung haben und dazu umfangreiche diskriminierungsrelevante Kenntnisse, haben müssen (BGH, EnVR 51/14, Beschluss vom 26.01.2017, amtl. Umdruck, Rn. 45).

Der Bundesgerichtshof hat weiter festgestellt, dass diese Tatbestandsvoraussetzungen allerdings nicht dahin verengt werden dürfen, dass nur die Fachbereiche erfasst werden, die rein technische, netzbezogene Aufgaben zu erfüllen haben. § 10c Abs. 6 EnWG nehme zwar mit den Begriffen

des Betriebs, der Wartung und der Entwicklung des Netzes auf die in Art. 17 Abs. 2 lit. e) der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Richtlinie 2009/73/EG genannten Kernaufgaben des Transportnetzbetreibers Bezug, ohne aber den Anwendungsbereich darauf einzuschränken. Die Aufzählung in Art. 17 Abs. 2 Richtlinie 2009/72/EG bzw. Richtlinie 2009/73/EG hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine abgrenzende, sondern lediglich eine konkretisierende Funktion. Auch bei den übrigen in dieser Regelung genannten Bereichen handelt es sich nach dem Bundesgerichtshof um Kernaufgaben des Transportnetzbetreibers, wie etwa bei der Investitionsplanung und der Netzplanungskompetenz, aber auch bei anderen unternehmensspezifischen Einrichtungen, wie unter anderem Rechtsabteilung, Buchhaltung und IT-Diensten. Dies zeigt sich vor allem daran, dass für sie aufgrund ihrer Bedeutung für den Netzbetrieb und des Umfangs der gespeicherten unternehmensinternen, wirtschaftlich sensiblen Daten noch weitere Entflechtungsmaßnahmen vorgesehen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof genügt eine für die Aufgabenerfüllung der entsprechenden Fachabteilung notwendige Kenntnis der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands, verbunden mit einer maßgeblichen Einflussmöglichkeit auf die Entscheidungen der Unternehmensführung, ohne dass damit zugleich verlangt wird, dass der Fachbereich die technischen Aufgaben selbst ausführt (BGH, EnVR 51/14, Beschluss vom 26.01.2017, amtl. Umdruck, Rn. 46 ff.). Schließlich bedarf es nach dem Bundesgerichtshof zur Frage des Kenntnisstands des jeweiligen Fachbereichsleiters keiner konkreten Feststellungen im Einzelfall. Vielmehr stellen Gesetz und Richtlinien insoweit auf eine generalisierende Betrachtungsweise auf der Grundlage der konkreten Aufgabenbeschreibung innerhalb des Organisationschemas des Transportnetzbetreibers ab. Die Karenzzeitenregelungen sollen die Effektivität des ITO-Modells sicherstellen und die im Hinblick auf die Ziele der Entflechtung bestehenden Schwächen dieses Modells insbesondere im Vergleich zu dem Modell der eigentumsrechtlichen Entflechtung ausgleichen (vgl. Erwägungsgrund 16 Richtlinie 2009/73/EG, Erwägungsgrund 19 Richtlinie 2009/72/EG). Aufgrund dessen ist allein maßgeblich, welchen Aufgabenbereich der betreffende Leiter der zweiten Führungsebene hat und welche Kenntnisse über die technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustands er zur Erfüllung seiner Aufgaben üblicherweise besitzen muss (BGH, EnVR 51/14, Beschluss vom 26.01.2017, amtl. Umdruck, Rn. 60).

Nach dem von der Antragstellerin vorgelegten Organigramm (vgl. Anlage A_4.1.A des Schreibens vom 31.07.2018) und der Aufgabenbeschreibung der einzelnen Fachbereiche (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 14 ff.) sind aus Sicht der Beschlusskammer derzeit die [REDACTED]

[REDACTED], nach dem vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen als Personen der zweiten Führungsebene i. S. d. § 10c Abs. 6 EnWG einzuordnen. Nach den Aufgabenbeschreibungen verfügen [REDACTED] über Kenntnis der technischen Eigenschaften des Transportnetzes bzw. Verteilernetzes und seines Zustands,

verbunden mit einer maßgeblichen Einflussmöglichkeit auf die Entscheidungen der Unternehmensführung (vgl. Schreiben vom 31.07.2018, S. 14 ff.).

(2) Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass die Vorgaben des § 10c Abs. 6 i.V.m. § 10c Abs. 2 EnWG bei der Ernennung [REDACTED]

[REDACTED] eingehalten sind. Die zukünftige Einhaltung der „Cooling Off“-Vorgabe des § 10c Abs. 5 EnWG für die Zeit nach einem Wechsel wird nach der Erläuterung der Antragstellerin durch entsprechende Regelungen in den Arbeitsverträgen und den Unternehmensrichtlinien gewährleistet. (vgl. bereits unter Abschnitt 2.7.2).

2.8. Aufsichtsrat

Die Antragstellerin verfügt über einen Aufsichtsrat (siehe folgenden Abschnitt 2.8.1.), der die ihm nach § 10d EnWG obliegenden Aufgaben wahrnimmt (siehe folgenden Abschnitt 2.8.2.). Die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrates vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen werden erfüllt (siehe folgenden Abschnitt 2.8.3.).

2.8.1. Gewährleistung eines Aufsichtsrats

Die Antragstellerin verfügt entsprechend der Vorgabe in § 10d Abs. 1 EnWG über einen Aufsichtsrat nach Abschnitt 2 des Teils 4 des Aktiengesetzes. Der Aufsichtsrat der Antragstellerin wurde durch Gesellschafterbeschluss vom 11.09.2018 bestellt und umfasst folgende drei Personen: Herrn Dr. Stefan Seipl, [REDACTED] (vgl. Anlagen A_21.1.A und A_22.1 des Schreibens vom 31.07.2018). Die Eintragung in das Handelsregister bezüglich des neuen Gesellschaftsvertrages wurde am 27.09.2018 veröffentlicht (vgl. Handelsregisterauszug vom 28.09.2018, HRB 32587, Anlage zum Schreiben vom 05.10.2018, eingegangen am 25.10.2018).

2.8.2. Aufgabenbereich

Der Aufsichtsrat nimmt die ihm in § 10d Abs. 2 EnWG zugeordneten Aufgabenbereiche wahr.

In §§ 6 bis 8 der Satzung des Aufsichtsrats (vgl. Anlage A_21.3 des Schreibens vom 31.07.2018) finden sich Regelungen zum Aufgabenbereich und den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats. So entscheidet der Aufsichtsrat gemäß § 8 Abs. 1a des Gesellschaftsvertrags über Anstellung und Entlassung für Personen der Unternehmensleitung. Zudem entscheidet der Aufsichtsrat über die Ernennung und Abberufung des Gleichbehandlungsbeauftragten (vgl. § 8 Abs. 1 b), die Genehmigung der jährlichen Wirtschafts- und Investitionspläne der Antragstellerin einschließlich der Entscheidung über die Höhe der Verschuldung (§ 8 Abs. 1c).

Entscheidungen, Geschäfte und Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat kann hingegen keinen

Einfluss auf das laufende Geschäft, insbesondere den Netzbetrieb sowie die Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans, nehmen. Hierfür ist ausschließlich die Geschäftsführung der Antragstellerin zuständig (vgl. § 5 Abs. 5 und 6 des Gesellschaftsvertrags, Anlage A_10.4.B des Schreibens vom 31.07.2018).

2.8.3. Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats

Die Antragstellerin hat 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.

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

Die Antragstellerin hat des Weiteren nachgewiesen, dass die Besetzung des Aufsichtsrats den Vorgaben des § 10c Abs. 2 S. 1 und S. 2 EnWG genügt. So ist dem Antrag eine persönliche Erklärung von [REDACTED] über die Beachtung der Anforderungen des § 10c EnWG beigefügt (vgl. Anlagen A_21.5, A_21.6 und A_21.7 des Schreibens vom 31.07.2018).

2.9. Gleichbehandlungsprogramm und Gleichbehandlungsbeauftragter

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

(1) Das Gleichbehandlungsprogramm wurde vorgelegt und entspricht den gesetzlichen Anforderungen (§ 10e Abs. 1 EnWG). So sind auch die Voraussetzungen des § 6d EnWG erfüllt, wonach der gemeinsame Betrieb eines Transport- und Verteilernetzes durch denselben Netzbetreiber nur dann zulässig ist, wenn dieser Netzbetreiber insgesamt die Bestimmungen der §§ 10 bis 10e EnWG einhält. Das Gleichbehandlungsprogramm der Antragstellerin (Anlage 22.1 B) enthält für alle Beschäftigten der Antragstellerin verbindliche Regelungen zur diskriminierungsfreien Ausübung des Transport- und Verteilernetzgeschäfts. Verstöße gegen die im Gleichbehandlungsprogramm festgelegten Pflichten stellen für die Mitarbeiter eine Verletzung ihrer arbeitsrechtlichen Verpflichtungen dar und können arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Die Bekanntmachung des neuen Gleichbehandlungsprogramms ist an alle Mitarbeiter ordnungsgemäß per E-Mail erfolgt (vgl. Schreiben vom 18.04.2019, S. 37 ff.), so dass die hierin beschriebenen Sanktionen durchgesetzt werden können.

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

(2) Die Gleichbehandlungsbeauftragte erfüllt die gesetzlichen Anforderungen.

Als Gleichbehandlungsbeauftragte wurde als juristische Person die [REDACTED] eingesetzt (§ 10e Abs. 2 S. 1 Alt. 2 EnWG) und vom Aufsichtsrat am 01.10.2018 bestellt. Die Anforderungen an ihre Unabhängigkeit (§ 10e Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG) werden durch den Dienstleistungsvertrag (vgl. Anlage A_22.4 des Schreibens vom 31.07.2018) und durch das Gleichbehandlungsprogramm (vgl. Anlage A_22.1 in der Fassung vom 17.04.2019 des Schreibens vom 18.04.2019) erfüllt.

Die Gleichbehandlungsbeauftragte hat unmittelbar die Unternehmensleitung als Ansprechpartner (Anlage A_22.5 des Schreibens vom 31.07.2018) und ist weisungsfrei (§ 10e Abs. 2 S. 4 EnWG). Des Weiteren hat die Antragstellerin erklärt, dass sie der Gleichbehandlungsbeauftragten alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Mittel bereitstellt und Zugang zu allen für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Daten sowie zu den Geschäftsräumen der Antragstellerin einräumt (siehe Anlagen A_22.3 und A_22.4 des Schreibens vom 31.07.2018). Ferner wird die Unabhängigkeit durch eine aufgabengerechte Ausstattung und die Einbindung der Gleichbehandlungsbeauftragten in die Entscheidungsabläufe gewährleistet. Das Recht der Gleichbehandlungsbeauftragten zur Teilnahme an allen Sitzungen der Unternehmensleitung, des Aufsichtsrates und der Gesellschafterversammlung nach § 10e Abs. 6 EnWG ist in der Satzung der Antragstellerin, im Gleichbehandlungsprogramm und im Dienstleistungsvertrag über die Funktionswahrnehmung der Gleichbehandlungsbeauftragten (vgl. Anlage A_22.8 des Schreibens vom 31.07.2018) verankert. Die Verpflichtung an Sitzungen des Aufsichtsrats nach § 10e Abs. 6 Nr. 1 bis 3 EnWG teilzunehmen, ist im Gleichbehandlungsprogramm geregelt.

Die Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen der Gleichbehandlungsbeauftragten (vgl. Anlage A_22.4 des Schreibens vom 31.07.2018) entsprechen den gesetzlichen Vorgaben (vgl. § 10e Abs. 3 S. 4 EnWG).

2.10. Keine Gefährdung der Sicherheit der Elektrizitäts- oder Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union

Gemäß § 4b Abs. 3 EnWG übermittelt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie der Regulierungsbehörde in einem Zertifizierungsverfahren mit Drittstaatenbezug seine Bewertung, ob die Erteilung der Zertifizierung die Sicherheit der Elektrizitäts- und Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union gefährdet ist. Diese Voraussetzung ist erfüllt.

Mit Schreiben vom 28.10.2019 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie diese Frage bewertet und gelangt auf Basis seiner Prüfung (unter Berücksichtigung der in § 4b Abs. 2 S. 3 EnWG vorgegebenen Kriterien) zu dem Ergebnis, dass die Erteilung der Zertifizierung gegenüber der Antragstellerin keine Gefährdung der deutschen oder europäischen Erdgasversorgung darstelle. Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 19.12.2019 der Beschlusskammer mitgeteilt, dass sie diese Auffassung teile.

2.11. 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 der §§ 10 bis 10e EnWG erfüllt werden (§ 4a Abs. 4 EnWG). Sie kann im Sinne von § 36 VwVfG befristet, bedingt oder unter Widerrufsvorbehalt erlassen werden. Ebenso kann sie mit einer Auflage oder dem Vorbehalt deren nachträglicher Aufnahme, Änderung oder Ergänzung versehen werden. Die Verstöße gegen die Entflechtungsvorgaben sind nicht von solcher Intensität und solchem Umfang, dass der Antrag abzulehnen wäre. Vielmehr ist vorliegend das Instrument der Auflage – auch und gerade unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten – geeignet aber auch erforderlich, um in einem vertretbaren zeitlichen Rahmen rechtmäßige Zustände herbeizuführen. Weniger milde Maßnahmen (z.B. eine aufschiebend bedingte Zertifizierung oder sogar die Ablehnung des Antrags) sind angesichts des erkennbaren Willens der Antragstellerin, einen entflechtungskonformen Zustand herzustellen, nicht erforderlich. Nach Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat sich die Beschlusskammer entschlossen, die Zertifizierung unter folgenden Auflagen zu erteilen:

(1) Die Zertifizierung wird gemäß Tenor Ziffer 2. lit. a) unter der Auflage erteilt, dass die Antragstellerin dazu verpflichtet ist, ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Energieversorgung Inselsberg GmbH und Stadtwerke Neustadt an der Orla GmbH innerhalb von 6 Monaten nach Erteilung der Zertifizierung aufzugeben. Damit soll sichergestellt werden, dass die Unabhängigkeit der Antragstellerin nach § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG, die durch das Halten der Minderheitsbeteiligungen an den beiden Stadtwerken beeinträchtigt wird, innerhalb eines vertretbaren zeitlichen Rahmens herbeigeführt wird. Diese Auflage ist auch verhältnismäßig (siehe zur Begründung Abschnitt 2.6.2.).

(2) Die Zertifizierung wird gemäß Tenor Ziffer 2. lit. b) unter der Auflage erteilt, dass die Antragstellerin die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung innerhalb von 6 Monaten nach Erteilung der Zertifizierung sicherzustellen hat. Die berufliche Unabhängigkeit

_____ wird _____

_____ beeinträchtigt, da nicht hinreichend sichergestellt ist, dass der Netzbetrieb ausschließlich an Netzinteressen ausgerichtet wird. Die Zertifizierung war daher mit der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) lit. aa) und lit. dd) zu

versehen, wonach festgestellt wird, dass die berufliche Unabhängigkeit [REDACTED]

[REDACTED] beeinträchtigt wird. Die Antragstellerin war durch Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit b) lit. ee) dazu zu verpflichten, die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Erteilung der Zertifizierung zu gewährleisten und gegenüber der Beschlusskammer anzuzeigen.

Darüber hinaus stellt Tenor Ziffer 2 lit. b) die Beeinträchtigung der beruflichen Unabhängigkeit der Unternehmensleitung der Antragstellerin [REDACTED]

[REDACTED] fest. Die Antragstellerin wird daher gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) lit. ee) verpflichtet innerhalb von 6 Monaten nach Erteilung der Zertifizierung die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung der Antragstellerin sicherzustellen.

Die Auflage gemäß Tenor Ziffer 2 lit. b) ist verhältnismäßig. Sie verfolgt das legitime Ziel, die vom Anstellungsverbot des § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG erfassten personelle Verflechtungen aufzulösen, die berufliche Unabhängigkeit der Unternehmensleitung und personelle Unabhängigkeit der Antragstellerin herzustellen (siehe zur Begründung Abschnitt 2.7.4.)

(3) Die Zertifizierung war mit der Auflage gemäß Ziffer 2 lit. c) zu verbinden, wonach die Antragstellerin verpflichtet wird, die Beschlusskammer mit einem Vorlauf von mindestens 6 Monaten vor der nach § 21 GasNZV vorgesehenen Marktgebietszusammenlegung, bei einer Marktgebietszusammenlegung zum 01.10.2021 spätestens zum 01.04.2021, über die aktuelle Netztopologie des Fernleitungsnetzes zu informieren. Damit soll der Beschlusskammer die erforderliche Sachverhaltsgrundlage verschafft werden, um rechtzeitig überprüfen zu können, ob aufgrund des Marktgebietsübergangspunktes Vitzeroda im Zusammenhang mit der Marktgebietszusammenlegung nach § 21 GasNZV eine Neubewertung bzw. ein Widerruf der Zertifizierung zu erfolgen hat (siehe Abschnitt 2.3.).

2.12. Sonstige Genehmigungen und Zustimmungen (Tenor Ziffer 3.)

Die im Rahmen der erstmaligen Zertifizierungsentscheidung erforderlichen entflechtungsrechtlichen Genehmigungen und Zustimmungen werden erteilt. Dies betrifft die Genehmigung des Gleichbehandlungsprogramms nach § 10e Abs. 1 S. 1 EnWG, die Zustimmung zur Ernennung des Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 10e Abs. 3 S. 2 EnWG und die Genehmigung der Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen des Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 10e Abs. 3 S. 4 EnWG (siehe Abschnitt 2.9.).

2.13. Kosten (Tenor Ziffer 4.)

Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 Abs. 1 Nr. 1 EnWG.

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).

Barbie Kornelia Haller

Diana Harlinghausen

Dr. Antje Peters

Vorsitzende

Beisitzerin

Beisitzerin