



- Beschlusskammer 6 -

**Enthält Betriebs- und  
Geschäftsgeheimnisse!**

**Beschluss**

Az.: BK6-17-087

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Zertifizierung eines Übertragungsnetzbetreibers

der Baltic Cable AB, Gustav Adolfs Torg 47, SE-211 39 Malmö, Schweden,  
gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: White & Case LLP, Graf-Adolf-Platz 15, 40213 Düsseldorf

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,  
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten  
Jochen Homann,

durch den Vorsitzenden Christian Mielke,  
den Beisitzer Andreas Fixel  
und den Beisitzer Jochen Patt

am 19.11.2019 beschlossen:

1. Der Antragstellerin wird die Zertifizierung als Transportnetzbetreiberin erteilt.

2. Die Zertifizierung wird unter folgenden Auflagen erteilt:

- a. Die Antragstellerin wird verpflichtet, der Beschlusskammer 6 die Unterzeichnung des Balancing Agreements durch [REDACTED], des Imbalance Settlement Agreement durch [REDACTED] sowie des Market Participant Agreement SE4 durch [REDACTED] unverzüglich nach deren Erfolgen durch Vorlage des jeweils unterzeichneten Vertrags nachzuweisen.
- b. Die Antragstellerin wird verpflichtet, der Beschlusskammer zwei Monate nach dem Tag der Unterzeichnung des von den in Tenor 2.a. aufgeführten Verträgen zuletzt unterzeichneten Vertrags schriftlich nachzuweisen, dass die Dienstleistungsvereinbarungen zum Bilanzkreismanagement zwischen ihr und [REDACTED] sowie ihr und [REDACTED] beendet ist.
- c. Die Antragstellerin wird verpflichtet, der Beschlusskammer spätestens zwei Monate nach dem Tag der Unterzeichnung des von den in Tenor 2.a. aufgeführten Verträgen zuletzt unterzeichneten Vertrags nachzuweisen, dass sie die Bilanzkreisbewirtschaftung in eigenem Namen und für eigene Rechnung durchführt.
- d. Die Antragstellerin wird verpflichtet, der Beschlusskammer im Falle einer [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

3. Für den Fall, dass die Baltic Cable AB der Auflage zu

- a. Nr. 2 b. nicht innerhalb von zwei Monaten nach dem Tag der Unterzeichnung des von den in Tenor 2.a. aufgeführten Verträgen zuletzt unterzeichneten Vertrags
- b. Nr. 2 c. nicht innerhalb von zwei Monaten nach dem Tag der Unterzeichnung des von den in Tenor 2.a. aufgeführten Verträgen zuletzt unterzeichneten Vertrags oder
- c. Nr. 2 d. nicht bis spätestens vier Wochen vor [REDACTED]  
[REDACTED],

nachkommt, wird gemäß § 13 Abs. 1 VwVG i.V.m. § 94 EnWG für jede der aufgeführten Tenorziffern jeweils die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 500.000 Euro gegenüber der Baltic Cable AB angedroht.

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

## **Gründe**

### **I.**

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

1. Die Antragstellerin ist Betreiberin des Baltic Cable, einer Hochspannungsgleichstromübertragungsleitung über 250 km mit einer Nennspannung von 450 kV zwischen Deutschland und Schweden. Diese verbindet die Orte Kruseberg in Schweden und Lübeck in Deutschland. Auf deutscher Seite ist das Baltic Cable über das 220-kV Netz des Übertragungsnetzbetreibers TenneT TSO GmbH mit dem Verbundnetz verknüpft. Das Verbindungskabel verfügt über eine Nennkapazität von 600 MW und nahm im Dezember 1994 den Betrieb auf.

Die Kapazität wird im Rahmen der vortäglichen Marktkopplung der Region Nordeuropa durch die European Market Coupling Company (EMCC) an den für die Länder zuständigen Strombörsen EPEX und Nord Pool versteigert. Die Engpasserlöse aus der Versteigerung der Kapazität dienen der Betroffenen als alleinige Einnahmequelle. Seit dem 06.12.2018 ist alleinige Anteilseignerin der Antragstellerin die Statkraft Asset Holding AS, eine 100%ige Tochter der Konzernmutter Statkraft AS, ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen mit Funktionen in den Bereichen Erzeugung, Transport und Vertrieb von Energie, deren alleiniger Anteilseigner das norwegische Finanzministerium ist.

2. Anlässlich eines von Amts wegen eingeleiteten Zertifizierungsverfahrens (Aktenzeichen BK6-12-027) gegen die jetzige Antragstellerin stellte der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 07.03.2017 (Aktenzeichen EnVR 21/16) die Eigenschaft der Baltic Cable AB als Übertragungsnetzbetreiberin im Sinne des EnWG fest.

Daraufhin teilte die Antragstellerin mit Schreiben vom 10.03.2017 mit, sich als Unabhängiger Transportnetzbetreiber (UTB) zertifizieren lassen zu wollen. Im Anschluss zu Gesprächsterminen und weiterem Schriftwechsel reichte die Antragstellerin mit Schreiben vom 30.10.2017 einen Zertifizierungsantrag ein. Mit Schreiben vom 18.12.2017 hat die Beschlusskammer die Antragstellerin darüber informiert, dass der Antrag unvollständig sei und daher aus formellen Gründen abzulehnen sein dürfte.

3. Aufgrund fortbestehender Verstöße gegen Entflechtungsvorgaben wurde die Antragstellerin mit demselben Schreiben wegen aufsichtsrechtlicher Maßnahmen angehört. Im Rahmen dieser Anhörung unterrichtete die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.02.2018 unter anderem über geplante Maßnahmen zur Umsetzung der entflechtungsrechtlichen sowie für eine Zertifizierung erforderlichen Maßnahmen.

In einem Gespräch am 24.04.2018 erklärte sich die Beschlusskammer bereit, auf die angekündigten regulatorischen Maßnahmen zu verzichten, wenn die Antragstellerin innerhalb absehbarer Zeit alle für eine Zertifizierung erforderlichen Maßnahmen final umsetzen würde und entsprechende Unterlagen für den Antrag auf Zertifizierung beifügen würde. Die Beschlusskammer erklärte sich des Weiteren damit einverstanden, dass die Antragstellerin die entsprechenden Unterlagen für den Zertifizierungsantrag sukzessive nach Maßgabe eines von ihr zu erstellenden Zeitplans vorlegen dürfe.

Mit Schreiben vom 20.07.2018 hat die Antragstellerin den ersten Teil der Antragsdokumente sowie einen Zeitplan für die noch ausstehenden Umsetzungsschritte sowie die entsprechend zu erwartenden Nachweise und Unterlagen vorgelegt. Darin wurde angekündigt, bis zum 31.03.2019 alle für die Zertifizierung erforderlichen Maßnahmen umgesetzt und durch entsprechende Unterlagen zum Zertifizierungsantrag nachgewiesen zu haben. Mit Schreiben vom 07.09.2018 wurden der Antragstellerin sowohl Hinweise als auch Rückfragen zu den bis dahin eingereichten Unterlagen mitgeteilt, worauf sie mit einem Antwortschreiben vom 28.09.2018 reagierte.

Am 12.10.2018 hat die Antragstellerin den zweiten Teil der Antragsdokumente eingereicht, woraufhin mit Schreiben vom 06.12.2018 Rückfragen und Nachforderungen zu den dabei eingereichten Unterlagen von Seiten der Beschlusskammer gestellt worden sind.

Für die angekündigte Einreichung des dritten Konvoluts erfolgte im Dezember 2018 eine telefonische Mitteilung seitens der Antragstellerin, dass aufgrund der fehlenden Zustimmung der Konzernmutter keine Unterlagen zu den abstimmungsbedürftigen Punkten eingereicht werden könnten. Da jedoch auch weitere nicht abstimmungsbedürftige Unterlagen entgegen des Zeitplans nicht eingereicht wurden, erfolgte am 17.12.2018 ein schriftlicher Hinweis an die Antragstellerin sowie eine Aufforderung zur fristgebundenen Nachreichung. Mit Schreiben vom 31.01.2019 reagierte die Antragstellerin auf die Rückfragen vom 06.12.2018 und reichte ergänzende Unterlagen zu dem zweiten vorgelegten Konvolut nach. Zum Schreiben vom 17.12.2018 erklärte sie, auch die übrigen Unterlagen erst zu dem als für die Einreichung aller Unterlagen verbindlich bestimmten Datum, namentlich den 31.03.2019, einreichen zu wollen. Darüber hinaus informierte sie über den Sachstand der Umsetzungsschritte, zu denen Nachweise und Unterlagen einzureichen gewesen wären.

Mit Schreiben vom 27.02.2019 informierte die Antragstellerin darüber, dass wegen fehlender Ausschreibungskandidaten entgegen Ihrer Ankündigung keine Delegation der Aufgaben

Fahrplanbehandlung, Marktkommunikation und Bilanzkreisbewirtschaftung erfolge, sondern die Aufgaben unter [REDACTED]

[REDACTED] würden. Die dazu im Weiteren erforderlichen Absprachen und Vereinbarungen mit dritten Parteien verliefen positiv. Wegen der Besonderheiten des Gleichstromkabels möglicherweise erforderliche Anpassungen der Software hat sie als noch nicht vollständig absehbar bezeichnet, den Umsetzungsbeginn gleichwohl für voraussichtlich Ende Juni 2019 angekündigt.

Mit Datum vom 29.03.2019 legte die Antragstellerin den letzten Teil der zur Antragstellung erforderlichen Unterlagen vor. Mit Schreiben vom 29.05.2019 folgten Antworten auf Rückfragen und Nachforderungen.

Die Antragstellerin beantragt

die Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber.

Die Beschlusskammer hat am 26.07.2019 einen Entscheidungsentwurf erstellt. Dieser wurde der Europäischen Kommission am 29.07.2019 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme und den vollständigen Antragsunterlagen übersandt. Die Europäische Kommission hat mit einem am 24.09.2019 bei der Beschlusskammer eingegangenen Schreiben zu dem Entscheidungsentwurf Stellung genommen. Darin regt sie mit Blick auf den bereits seit vielen Jahren bestehenden entflechtungsrechtlich unzulässigen Zustand der Antragstellerin an, die Höhe des geplanten Zwangsgeldes mit Blick auf den Jahresumsatz des vertikal integrierten Unternehmens zu überdenken. Zudem weist sie auf die Möglichkeit zur Sanktionierung vergangener Verstöße und Fristüberschreitungen hin. Da sich die Antragstellerin im Eigentum des Königreichs Norwegen befindet und dieses aufgrund einer zum Zeitpunkt der Stellungnahme noch nicht abgeschlossenen Ratifizierung des Beschlusses Nr. 93/2017 durch alle EWR-Staaten gemäß Art. 103 EWR-Abkommen im Hinblick auf die Geltung des Art. 11 der Richtlinie (EU) 2009/72 als Drittstaat anzusehen ist, mahnt sie des Weiteren eine Bewertung gemäß Art. 11 der Richtlinie an. Zur Zulässigkeit der Verwendung der Engpasserlöse durch die Antragstellerin weist die Kommission auf das laufende Verfahren vor dem EuGH hin und fordert die Bundesnetzagentur auf, die Zertifizierungsentscheidung je nach Verfahrensausgang erforderlichenfalls abzuändern. Die Erbringung von Dienstleistungen durch das vertikal integrierte Unternehmen ist aus Sicht der Kommission als Ausnahme nur unter engen Grenzen zulässig und sollte nicht über das unbedingt notwendige Maß zum Schutz übergeordneter Interessen wie der Sicherheit und der Zuverlässigkeit des Übertragungsnetzes hinausgehen. Konkret spricht die Kommission das Bilanzkreismanagement an. Dieses wird derzeit noch nicht vollständig durch die Antragstellerin wahrgenommen, sondern in ihrem Namen in Schweden durch die Konzernmutter und auf deutscher Seite durch ein im Konzern integriertes Schwesterunternehmen. Inzwischen wartet die Antragstellerin noch auf die Unterzeichnung von drei Verträgen, davon zwei mit dem schwedischen Übertragungsnetzbetreiber, deren Unterzeichnung mit Verweis auf einen

Prüfvorbehalt der schwedischen Regulierungsbehörde noch aussteht. Die Europäische Kommission regt an, für die Umsetzung der entsprechenden Vorgaben eine ausreichend kurze Frist anzusetzen und betont das Erfordernis einer genauen Prüfung der Erfüllung von Entflechtungsvorgaben. Während die Kommission die kleinere Zahl von Beschäftigten und eine umfangreiche Delegation bei Netzbetreibern mit nur einer Leitung als gerechtfertigt ansehen, weist sie darauf hin, dass die Delegation auf andere Unternehmen nicht zu einer faktischen Umgehung der Entflechtungsregelungen führen darf. Demnach dürften Aufgaben nur auf Unternehmen übertragen werden, die demselben Entflechtungsstandard unterliegen wie der übertragende Netzbetreiber. Die Bundesnetzagentur habe demnach sicherzustellen, dass Netzbetriebsaufgaben nur an entsprechend entflochtene Unternehmen delegiert würden. Auch fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, im Hinblick auf die Unternehmensleitung der Antragstellerin die Einhaltung des Unabhängigkeitskriteriums gemäß Art. 19 Abs. 3 der Elektrizitätsrichtlinie zu prüfen, wobei sie Zweifel äußert, ob die nationalgesetzliche Regelung die europarechtlichen Vorgaben korrekt umsetzt.

Zwischenzeitlich ist die Ratifizierung durch Island erfolgt und der Beschlusses Nr. 93/2017 am 03.10.2019 in Kraft getreten. Eine Anfrage an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Rahmen der Prüfung nach § 4b EnWG ist daher für erledigt erklärt worden.

Mit Schreiben vom 24.09.2019 sowie 11.10.2019 reichte die Antragstellerin Unterlagen ein, deren Vorlage in dem an die Europäische Kommission übermittelten Beschlussentwurf als Teil der Auflagen gefordert wurde. In der Folge wurde der Tenor im Hinblick auf das einzustellende Personal sowie Teile der vorzunehmenden Änderungen der Geschäftsordnungen für den Aufsichtsrat sowie die Geschäftsleitung angepasst bzw. auf die noch ausstehenden Nachweise konkretisiert.

Der Antragstellerin ist mit Schreiben vom 04.11.2019, das ihr vorab per Fax am selben Tag übersandt worden ist, erneut Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden, von der Sie mit Schreiben vom 15.11.2019 Gebrauch gemacht hat. Mit diesem Schreiben beantwortete die Antragstellerin zugleich eine telefonische Rückfrage der Beschlusskammer vom 12.11.2019.

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

## II.

Die Antragstellerin ist als Unabhängige Transportnetzbetreiberin mit den in Tenor Ziffer 2 vorgesehenen Nebenbestimmungen zu zertifizieren. Die erforderlichen Genehmigungen und Zustimmungen sind zu erteilen.

Die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Zertifizierung liegen vor. Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie entsprechend den Vorgaben der §§ 10 ff. EnWG organisiert ist. Soweit dies noch nicht der Fall ist, wird die Einhaltung der Voraussetzungen durch die in Tenor Ziffer 2 vorgesehen Nebenbestimmungen sichergestellt.

Gliederung:

1.	Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung	Seite	9
1.1	Zuständigkeit		9
1.2	Zulässigkeit des Antrags		9
1.3	Beteiligte Behörden		10
1.4	Entscheidungsfrist		10
2.	Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung		10
2.1	Betrieb eines Transportnetzes (§ 4a Abs. 1 Satz 1 EnWG)		11
2.2	Stichtag, Aufgaben, Rechtsform (§ 10 EnWG)		11
2.2.1	Stichtag		11
2.2.2	Aufgaben des Unabhängigen Transportnetzbetreibers (§ 10 EnWG)		12
2.2.2.1	Aufgaben des Übertragungsnetzbetreibers nach Teil 3 Abschnitte 1-3 EnWG		12
2.2.2.2	Vertretung gegenüber Dritten und der Regulierungsbehörde		16
2.2.2.3	Vertretung im europäischen Verbund der Übertragungsnetzbetreiber		16
2.2.2.4	Shared Services (§10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 EnWG)		16
2.2.3	Rechtsform		19
2.3.	Vermögenswerte, Anlagen, Personalausstattung, Unternehmensidentität des Unabhängigen Transportnetzbetreibers		19
2.3.1	Gewährleistung der Mittel für die Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben		20
2.3.2	Eigentum an den Vermögenswerten		24

2.3.3	Erforderliche Personalausstattung	26
2.3.4	Erbringung von Dienstleistungen	26
2.3.4.1	Dienstleistungen durch Statkraft AS sowie deren im Konzern verbundenen Tochterunternehmen	27
2.3.4.2	Dienstleistungen durch Baltic Cable AB	27
2.3.5	Unternehmensidentität	27
2.3.6	Trennung der Informationstechnologie	27
2.3.7	Räumliche Trennung	30
2.3.8	Rechnungslegung	30
2.4	Rechte und Pflichten im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen	30
2.4.1	Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse (§ 10b Abs. 1 EnWG)	31
2.4.2	Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers (§ 10b Abs. 2 EnWG)	33
2.4.3	Tochterunternehmen (§ 10b Abs. 3 EnWG)	35
2.4.4	Gewährleistung der Mittel für Transportnetz (§ 10b Abs. 4 EnWG)	35
2.4.5	Marktüblichkeit der Vereinbarungen	37
2.4.5.1	Cash Pool	37
2.4.5.2	Kreditvereinbarungen	41
2.4.5.3	Versicherungen	41
2.5	Unabhängigkeit des Personals und der Unternehmensleitung (§ 10c)	41
2.5.1	Mitteilung über Personal in der obersten Unternehmensleitung	41
2.5.2	Vorgaben zur Einstellung („Cooling On“)	42
2.5.3	Vorgang nach Beendigung („Cooling Off“)	45
2.5.4	Gewährleistung der Unabhängigkeit	46
2.5.5	Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen	46
2.6	Aufsichtsrat	46
2.6.1	Gewährleistung eines Aufsichtsrats	47
2.6.2	Aufgabenbereich	47
2.6.3	Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats	47
2.7	Gleichbehandlungsprogramm und Gleichbehandlungsbeauftragter	48

2.8	Nebenbestimmungen	50
2.8.1	Tenorziffern 2 a.-c.	50
2.8.2	Tenorziffer 2 d.	52
2.9	Androhung eines Zwangsgelds, Tenor Ziffer 3.	52
3.	Sonstige Genehmigungen und Nebenbestimmungen (Tenor Ziffer 4)	54

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

Sowohl die allgemeinen formellen Verfahrensvoraussetzungen als auch die besonderen formellen Voraussetzungen der §§ 4a ff. EnWG liegen vor.

### **1.1 Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Zertifizierung gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 EnWG ergibt sich aus §§ 54 Abs. 1, 109 Abs. 2 EnWG. Danach findet das EnWG und damit auch die Entflechtungsvorgaben in örtlicher Hinsicht Anwendung auf alle Sachverhalte, die sich im Geltungsbereich des EnWG auswirken. Maßgeblich ist demnach, dass aus der Tätigkeit der Baltic Cable AB als Betreiberin eines Transportnetzes eine Diskriminierungsgefahr im Inland hervorgeht (vgl. BGH, Beschluss vom 07.03.2017, EnVR 21/16, insb. Rn. 20). Dies ist mit Feststellung des BGH in vorgenannter Entscheidung bei der Antragstellerin der Fall. Daraus folgen die Anwendbarkeit der Entflechtungsvorschriften nach dem EnWG sowie die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur als zuständige Aufsichtsbehörde.

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer folgt aus § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG.

### **1.2 Zulässigkeit des Antrags**

Der Antrag auf Zertifizierung ist zulässig. Die Antragstellerin ist als Transportnetzbetreiberin im Sinne des § 3 Nr. 31c EnWG gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 EnWG antragsbefugt.

Der Zulässigkeit des Antrags steht auch nicht § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG entgegen, wonach der Antrag auf Zertifizierung bis spätestens zum 03.03.2012 zu stellen ist. Der vorliegende Antrag wurde von der Antragstellerin, die das Baltic Cable seit 1994 betreibt, zwar erst am 20.07.2018 eingereicht und damit über sechs Jahre nach Ablauf der Frist. Die Fristenregelung ist jedoch im Sinne europarechtlicher Vorgaben, deren Umsetzung sie dient, auszulegen. Nach Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2003/54/EG haben die Mitgliedstaaten demnach zu gewährleisten, dass ab dem 03.03.2012 konkret bezeichnete Entflechtungsvorschriften durch die Transportnetzbetreiber eingehalten werden. Daraus folgt, dass die Frist des § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG nicht im

Sinne einer Ausschlussfrist zulasten der Antragsteller zu verstehen ist, sondern vielmehr eine grundsätzliche Pflicht zur Umsetzung der Entflechtungsvorgaben ab diesem Tage besteht. So kann die Frist für Transportnetzbetreiber, die erst nach diesem Datum den Betrieb eines Transportnetzes aufnehmen, sinngemäß nur so angewandt werden, dass sie ab dem Tage der Aufnahme des Betriebs gilt. Nichts Anderes kann gelten, wenn ein Transportnetzbetreiber zwar vor dem Fristenende den Betrieb eines Transportnetzes aufgenommen hat, den Zertifizierungsantrag jedoch erst nach Ablauf der Frist stellt.

### **1.3 Beteiligte Behörden**

Die Vorschriften über den Ablauf des Zertifizierungsverfahrens, insbesondere die Einbindung der Europäischen Kommission wurden eingehalten. Die Beschlusskammer hat innerhalb des in § 4a Abs. 5 EnWG vorgesehenen Zeitraums von vier Monaten ab vollständiger Antragstellung einen Entscheidungsentwurf erstellt und diesen nebst allen Antragsunterlagen unverzüglich der Europäischen Kommission zur Abgabe einer Stellungnahme übersandt. Die Vollständigkeit des Antrags war aus Sicht der Antragstellerin mit Übermittlung der letzten nach dem Zeitplan angekündigten Teil-Unterlagen am 29.03.2019 gegeben.

Die Europäische Kommission hat zu dem Entwurf mit Schreiben vom 24.09.2019 Stellung genommen.

### **1.4 Entscheidungsfrist**

Die Zertifizierungsentscheidung wurde innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Stellungnahme der Europäischen Kommission am 19.11.2019 und damit fristgerecht erlassen (vgl. § 4a Abs.6 Satz 1).

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

Die Entscheidung ist auch materiell rechtmäßig. Die Antragstellerin ist als Betreiberin eines Transportnetzes zertifizierungspflichtig (s. Abschnitt 2.1). Sie erfüllt die Voraussetzungen des § 10 EnWG und ist zugleich als Unabhängiger Transportnetzbetreiber im Sinne der §§ 10a bis 10e EnWG organisiert (s. Abschnitte 2.2 bis 2.6). Daher hat sie einen Anspruch auf Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber. Zudem waren die sonstigen Genehmigungen und Zustimmungen zu erteilen (siehe folgenden Abschnitt 2.7). Soweit noch Defizite bestehen, war die Entscheidung unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens mit Nebenbestimmungen zu versehen (siehe Abschnitt 2.8).

## **2.1 Betrieb eines Transportnetzes (§ 4a Abs. 1 Satz 1 EnWG)**

Die Antragstellerin ist als Betreiberin eines Übertragungsnetzes 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. Gemäß § 3 Nr. 32 EnWG umfasst der Begriff der Übertragung auch eine grenzüberschreitende Verbindungsleitung zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern oder Verteilern, jedoch nicht zur Belieferung der Kunden selbst. Dementsprechend ist Transportnetzbetreiber gemäß § 3 Nr. 31c EnWG jeder Betreiber einer derartigen grenzüberschreitenden Verbindungsleitung.

Betreiber von Übertragungsnetzen sind natürliche oder juristische Personen oder rechtlich unselbständige Organisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens, die die Aufgabe der Übertragung von Elektrizität wahrnehmen und die verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen (§ 3 Nr. 10 EnWG).

Demnach ist die Antragstellerin als Betreiberin eines Transportnetzes zu qualifizieren. Sie betreibt das Hochspannungsunterseekabel Baltic Cable, das als grenzüberschreitende Verbindungsleitung ein Übertragungsnetz und damit ein Transportnetz darstellt (s. hierzu BGH, Beschluss vom 07.03.2017, Aktenzeichen EnVR 21/06).

## **2.2 Stichtag, Aufgaben, Rechtsform (§ 10 EnWG)**

Die Voraussetzung des § 10 EnWG für eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber liegen vor. Das Transportnetz stand bereits vor dem 03.09.2009 im Eigentum eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (siehe Abschnitt 2.2.1), die Antragstellerin nimmt bestimmte Mindestaufgaben eigenverantwortlich wahr (siehe Abschnitt 2.2.2) und ist in einer zulässigen Rechtsform organisiert (siehe Abschnitt 2.2.3).

### **2.2.1 Stichtag**

Die Einrichtung eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers ist vorliegend möglich, denn das Transportnetz stand zum maßgeblichen Zeitpunkt, dem 03.09.2009, im Eigentum eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (§ 10 Abs. 1 S. 1 EnWG).

Die Antragstellerin betreibt das Hochspannungsunterseekabel Baltic Cable seit dessen Inbetriebnahme im Dezember 1994 und führt diesen Betrieb als einzigen Gesellschaftszweck an. Bereits seit diesem Zeitpunkt standen alle zentralen Betriebsmittel wie die Netzinfrastuktur sowie die Steuerungs- und Schutztechnik in ihrem Eigentum.

Die Antragstellerin war Teil eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens. Ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen ist gemäß § 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 Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im Folgenden: Fusionskontrollverordnung) 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 Gasbereich mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, Betrieb einer LNG-Anlage oder Speicherung und gleichzeitig eine der Funktionen Gewinnung oder Vertrieb von Erdgas wahrnimmt. Kontrolle wird gem. Art. 3 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens oder Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewährt.

Die Antragstellerin befand sich am Stichtag im Eigentum der E.ON Sverige AB sowie der Statkraft Energi AS. Beide Unternehmen waren zum Stichtag in den Funktionen Erzeugung und Übertragung von Elektrizität innerhalb der europäischen Union tätig und somit als vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zu qualifizieren.

### **2.2.2 Aufgaben des Unabhängigen Transportnetzbetreibers (§ 10 EnWG)**

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

#### **2.2.2.1 Aufgaben des Übertragungsnetzbetreibers nach Teil 3 Abschnitte 1-3 EnWG**

Die Antragstellerin betreibt verantwortlich das als Transportnetz qualifizierte Baltic Cable. Betreiber von Übertragungsnetzen sind natürliche oder juristische Personen oder rechtlich unselbständige Organisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens, die die Aufgabe der Übertragung von Elektrizität wahrnehmen und die verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen, § 3 Nr. 10

EnWG. Der Betrieb weiterer Teile eines Übertragungsnetzes als die grenzüberschreitende Leitung ist dabei nicht erforderlich, vgl. BGH Beschluss vom 07.03.2017.

Die Antragstellerin bedient sich nach ihren Angaben zur Durchführung in großem Umfang der Unterstützung von Dienstleistern. Hiergegen bestehen jedoch keine entflechtungsrechtlichen Bedenken, da sie die Verantwortung für die in § 10 Abs. 1 EnWG genannten Aufgabenbereiche durch eine geeignete Überwachung, Steuerung und Koordinierung der Dienstleistungserbringung durch eigenes Personal gewährleisten kann.

(1) Das erforderliche **Kapazitätsmanagement bzw. die Vermarktung der Kapazitäten**, die wegen der Alleinstellung des Baltic Cables lediglich geringe Komplexität aufweist, verantwortet die Antragstellerin selbst. Die Kapazitätsvermarktung erfolgt derzeit durch Benennung derjenigen Kapazitäten gegenüber der Nord Pool Spot, die abzüglich der Kapazitätsrestriktionen verbleiben, die im Vorfeld von den verknüpften Übertragungsnetzbetreibern Tennet TSO GmbH und Svenska Kraftnät an die Antragstellerin gemeldet werden.

(2) Die für den Stromtransport erforderliche **Systemführung** wird im Namen und Auftrag der Antragstellerin durch Tennet TSO GmbH, falls Tennet TSO GmbH nicht verfügbar sein sollte, [REDACTED], durchgeführt (Anlage A14.02.32 Lieferung 29.03.19 bezogen auf die Rechtsvorgängerin E.ON Netz GmbH), wobei sich diese Aufgabe aufgrund der fehlenden Regelzonenverantwortung im Wesentlichen darin erschöpft, die jeweils im Price Coupling of Regions (PCR) ermittelten erforderlichen Leistungsflüsse auf Grundlage von Sollwertvorgaben auf dem Kabel zu schalten. Eine komplexe mit einem vermaschten Übertragungsnetz vergleichbare Systemsteuerung bedarf es dazu nach Angaben der Antragstellerin nicht. Die Durchführung der Systemsteuerung durch den benachbarten Übertragungsnetzbetreiber und somit einen Dritten in Form einer Dienstleistung ist dabei entflechtungsrechtlich als unkritisch zu werten. Wie bereits in anderen Zertifizierungsverfahren festgestellt, ist es nicht ausgeschlossen, sich bei der Erfüllung der gesetzlichen Pflichtaufgaben der Hilfe externer Dienstleistern zu bedienen. Dabei sind allerdings strenge Vorgaben zu beachten.

So ist durch den jeweils zugrundeliegenden Dienstleistungsvertrag sicherzustellen, dass die Antragstellerin nicht nur im Außenverhältnis rechtlich und wirtschaftlich verantwortlich ist, sondern im Innenverhältnis durch umfassende Weisungs- und Kontrollrechte tatsächliche Verantwortung für die Wahrnehmung der betreffenden Aufgabe übernimmt. Dazu gehören eine wirksame Überwachung, Steuerung und Koordinierung der Dienstleistungserbringung durch vertraglich niedergelegte umfassende unbeschränkte Weisungsrechte, umfassende Auskunftsrechte, regelmäßige und außerordentliche Informationspflichten und ein ordentliches sowie außerordentliches Kündigungsrecht als ein mögliches Sanktionsinstrument. Zudem muss die Antragstellerin über ausreichend eigenes, bei ihr angestelltes Personal verfügen, um die Dienstleistungserbringung wirksam überwachen, steuern und koordinieren zu können. Dies ist vorliegend gegeben. Ausweislich des vorgelegten Betreibervertrags ist die Antragstellerin

aufgefordert, die Anweisungen stets auf dem neuesten Stand zu halten. Dabei sind wesentliche Arbeitsschritte, wie u.a. Störungsanalysen, geplante Abschaltungen für Instandhaltungen und Notstromversorgung von Seiten der Tennet TSO GmbH mit der schwedischen Seite abzustimmen. Der Vertrag enthält zudem spezifische Anforderungen an Anzahl und Schulung des Fachpersonals. Ferner sind alle Ereignisse, die sich auf den Betrieb der Leitung auswirken, zu dokumentieren sowie Betriebsstatistiken in einem jährlichen Einsatzbericht niederzulegen. Eine konkrete Weisungsbefugnis der Antragstellerin gegenüber der Tennet TSO GmbH im Einzelfall ist im Vertrag nicht vorgesehen. Dies ist jedoch unkritisch, da aufgrund der steuerungstechnischen und für die Systemsicherheit relevanten Erwägungen der verantwortlichen Übertragungsnetzbetreiberin Tennet TSO GmbH im Einzelfall kein Raum für individuelle Weisungen der Antragstellerin bleibt. Das Baltic Cable umfasst aus netztechnischer Sicht lediglich einen Knotenpunkt mit dem Netz der Tennet TSO GmbH, die die Stromflüsse in ihr vermaschtes und durch zahlreiche weitere Faktoren beeinflusstes Transportnetz aufnehmen muss. Sie ist dabei als Übertragungsnetzbetreiberin gemäß § 11 Abs. 1 EnWG zuvorderst verpflichtet, ein sicheres und zuverlässiges Energieversorgungsnetz zu gewährleisten. Nur im Rahmen dieser Vorgaben kann sie als Dienstleisterin also Einzelweisungen der Antragstellerin berücksichtigen. Eine Berichtspflicht auf Anforderung sieht die Beschlusskammer durch die Pflicht der Tennet TSO GmbH zur Übermittlung von akuten Störmeldungen über den sog. transienten Störschreiber ersetzt. Für Störungsanalysen sieht der Auftrag eine Kontaktaufnahme der Tennet TSO GmbH mit dem für die Instandhaltung beauftragten Auftragnehmer vor.

(3) Die Aufgabe der **Wartung und Instandhaltung** auf deutscher Seite wird durch einen Mitarbeiter der Antragstellerin, [REDACTED], wahrgenommen, der in der internen Zuständigkeitsverteilung zugleich auch die durch einen Dienstleister wahrgenommenen Aufgaben der Systemführung sowie der ebenfalls fremdvergebenen IT verantwortet. Auf schwedischer Seite werden diese Aufgaben von [REDACTED] wahrgenommen. Trotz der geringen Personaldichte für diese Aufgabe erscheint dies angesichts der Dimensionierung des betroffenen Übertragungsnetzes und den daher regelmäßig zu erwartenden konkreten Aufgaben als ausreichend. Die Antragstellerin hat insoweit nachgewiesen, dass sie zur tatsächlichen Durchführung von Wartungs- sowie Instandhaltungsmaßnahmen mehrere spezialisierte externe Dienstleister mit bestimmten Teilaufgaben beauftragt hat, die nicht nur über die erforderliche Fachkenntnis sowie die entsprechend spezialisierten Geräte verfügen, sondern auch aus entflechtungsrechtlicher Sicht als unkritisch zu bewerten sind. Zudem unterliegen diese nach den von der Antragstellerin vorgelegten Vertragsunterlagen ausdrücklich festgelegten und detaillierten Weisungen sowie Informationspflichten (s. Anlagen A14.2.2-5, A14.2.11, A14.2.17).

(4) Die **Bilanzkreisverantwortung** wird von der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Beschlussfassung noch nicht vollumfänglich selbst ausgeübt. Sie hat zwar ihren Angaben und den vorgelegten Unterlagen zufolge alle erforderlichen Verträge mit Dienstleistern oder erforderli-

chen Vertragspartner erstellt und zum überwiegenden Teil bereits verbindlich abgeschlossen. Von Seiten des schwedischen Übertragungsnetzbetreibers sowie der schwedischen Regulierungsbehörde bestehen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung jedoch national-rechtliche Bedenken im Hinblick auf den Abschluss des Balancing Agreements mit [REDACTED]

[REDACTED] sowie des Imbalance Settlement Agreements mit [REDACTED].

Besonders ersterer ist von grundlegender Bedeutung für den Marktzugang bei [REDACTED], deren Market Participant Agreement für die betreffende Regelzone demnach ebenfalls noch nicht unterzeichnet ist. Bis zu deren Finalisierung und Umsetzung ist die Antragstellerin weiterhin darauf angewiesen, auf schwedischer Seite dem Bilanzkreis der [REDACTED] zugeordnet zu bleiben. Auf deutscher Seite erfolgt die Bilanzkreisbewirtschaftung durch [REDACTED].

Auch, wenn die tatsächliche Wahrnehmung der Bilanzkreisverantwortlichkeit durch die Antragstellerin eine ganz wesentliche Voraussetzung für die entflechtungskonforme Umsetzung darstellt, sind die Vorbehalte auf Seiten der schwedischen Regulierungsbehörde der Antragstellerin nicht anzulasten. Dies umso mehr, als sie alles ihr Mögliche unternommen hat, um die drei noch erforderlichen Verträge zur Unterzeichnung durch die jeweiligen Vertragspartner fertig zu stellen. Auslöser der Vorbehalte ist die national-gesetzliche Vorgabe, die nur einen einzigen Übertragungsnetzbetreiber vorsieht. Verträge, die der Antragstellerin den Status eines weiteren Übertragungsnetzbetreibers zubilligen oder diesen voraussetzen, sind demnach auf schwedischer Seite nicht ohne Weiteres akzeptabel. Gleichwohl sind sie nach hiesigem Verständnis elementar.

Für die Bilanzkreisbewirtschaftung hat sie [REDACTED].

Meldungen der Energiekäufe- und Verkäufe werden ab diesem Zeitpunkt über ein extern kontrahiertes Fahrplanmanagementsystem an die unmittelbar vermaschten und systemführenden Übertragungsnetzbetreiber gemeldet. [REDACTED]

[REDACTED] (Antragsbegründung, S. 15 f., Lieferung 29.03.2019).

Der Antragstellerin wird im Wege einer Auflage aufgegeben, mit der Umsetzung der noch ausstehenden Verträge und damit die eigenverantwortliche Bewirtschaftung ihres Bilanzkreises, unverzüglich nach Unterzeichnung durch die vorgesehenen Vertragspartner zu beginnen. Der bislang als Unterbilanzkreis der [REDACTED] geführte Bilanzkreis der Antragstellerin auf deutscher Seite ist infolge dessen als selbstständiger Bilanzkreis der Antragstellerin zu führen. Ebenso ist der Bilanzkreis in der Regelzone Svenska Kraftnäs ab diesem Zeitpunkt selbständig durch die Antragstellerin zu führen.

(5) Die Finanzierung des Kabels erfolgt derzeit ausschließlich über **Engpasserlöse**, die sich bei grenzüberschreitenden Stromtransporten aus der Preisdifferenz zwischen den Gebotszonen Deutschland (ehemals Deutschland/Österreich) sowie SE4 (Schweden) ergeben (s. Erklärung zu Punkt A2.3 des Antrags). Diese Erlöse werden von der Baltic Cable AB im eigenen Namen eingenommen und buchhalterisch separat verbucht.

#### **2.2.2.2 Vertretung gegenüber Dritten und der Regulierungsbehörde**

Die Antragstellerin nimmt die Vertretung gegenüber Dritten, der Regulierungsbehörde sowie der schwedischen Regulierungsbehörde und der Agentur für die Kooperation der europäischen Energieregulierer ACER wahr (vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG). Eine Erklärung der vertretungsberechtigten Person ist der Anlage A02.01.01 (Lieferung 29.03.19) des Antrags zu entnehmen.

#### **2.2.2.3 Vertretung im europäischen Verbund der Übertragungsnetzbetreiber**

Die Antragstellerin ist derzeit mangels Zertifizierung nicht im Europäischen Verbund der Übertragungsnetzbetreiber (ENTSO-E) vertreten. Sie soll in diesem Verbund durch ihren Geschäftsführer vertreten werden, Anlage A02.01.02 Lieferung 29.03.19.

#### **2.2.2.4 Shared Services (§10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 EnWG)**

Die Antragstellerin ist grundsätzlich verantwortlich für die Einrichtung und den Unterhalt solcher Einrichtungen, die üblicherweise für mehrere Teile des vertikal integrierten Unternehmens tätig wären. Dies sind regelmäßig eine eigene Rechtsabteilung, eine eigene Buchhaltung sowie die Betreuung der beim Unabhängigen Transportnetz-betreiber vorhandenen Informationstechnologie-Infrastruktur. Voraussetzung dafür ist, dass der Unabhängige Transportnetzbetreiber nicht nur organisatorisch über entsprechende Einrichtungen, sondern auch über ausreichende Mittel zur Durchführung dieser Aufgaben verfügt. Dies schließt zwar die Erbringung von Dienstleistungen durch Dritte nicht aus, allerdings ist eine komplette oder weitgehende Fremdvergabe unzulässig. Ausgeschlossen ist außerdem der Einfluss des vertikal integrierten Unternehmens.

(1) Im Zuge der Antragsvorbereitung hat die Antragstellerin den Bereich **Recht** in die Verantwortung ihres kaufmännischen Leiters verlagert. Dieser wird, unterstützt durch einen juristisch ausgebildeten Mitarbeiter, nach Angaben der Antragstellerin im eigenen Ermessen eine Rechtsanwaltskanzlei mit der Bearbeitung rechtlicher Fragestellungen bzw. der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragen (Antragsbegründung S. 25 f., Anlage A2.4, Lieferung 29.03.19). Die Hinzuziehung externer Rechtsanwälte ist je nach Komplexität der zu klärenden Umstände, insbesondere bei spezifischen rechtlichen Fragestellungen nicht zu beanstanden. Die Bearbei-

tung durch lediglich einen juristisch ausgebildeten Mitarbeiter erscheint vorliegend ausreichend. Anders als bei regelzonenverantwortlichen ÜNB hat die Antragstellerin wesentlich weniger Rechtsbeziehungen (wie z.B. Netznutzungsvertrag, Bilanzkreisvertrag) zu verwalten, so dass nicht mit derselben Anzahl stetig auftretender juristisch zu behandelnder Fragestellungen zu rechnen ist. Auch ist aufgrund der bisherigen beruflichen Befassung des kaufmännischen Leiters davon auszugehen, dass die mit dem Betrieb des Kabels sowie innerhalb weiterer Rechtsbeziehungen auftretenden rechtlichen Fragestellungen durch ihn als dem verantwortlichen Direktor hinreichend fundiert bewertet werden können. Dabei hat die Antragstellerin zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, dass die Wahrnehmung ihrer rechtlichen Interessen ausreichend unabhängig vom Statkraft Konzern erfolgt. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

(2) Ebenso werden inzwischen sowohl die **Bürokommunikation** als auch alle weiteren zum Betrieb ihres Übertragungsnetzes (Leitsystem der Konverterstationen) erforderlichen **Datenverbindungen und IT-Anwendungen** in ihrem Namen und Auftrag sowie für ihre Rechnung durch einen bzw. mehrere externe Dienstleister betrieben (Antragsbegründung S. 28 Lieferung 29.03.2019, Anlagen 14.2.8, A14.2.12, 13, Schreiben vom 31.01.2019, Anlage 2). Intern wird dieser Verantwortungsbereich („IT/ Security“) durch einen Mitarbeiter wahrgenommen (Anlage A02.04, Lieferung 29.03.19). Die Einrichtungen für die Bürokommunikation werden durch einen externen Dienstleister, der [REDACTED], bereitgestellt. Im Einzelnen umfasst dies die Hardware der Büroarbeitsplätze, die verwendete Standardsoftware, Buchhaltungssystem sowie die Anbindung an die externe Kommunikation samt Mobilfunkverträge und Internetanbindung (Anlage A14.2.22). Auch für den Betrieb des Übertragungsnetzes sowie die Büroarbeitsplätze in den Konverterstationen werden externe Dienstleister und keine Einrichtungen der Statkraft Gruppe genutzt.

(3) Das **Bilanzkreismanagement** wird auf schwedischer wie deutscher Seite bis zur Umstellung auf eine umfassend selbstständige Wahrnehmung durch die Antragstellerin bis zur Freigabe durch die schwedische Regulierungsbehörde durch die [REDACTED] durchgeführt. Dazu erfolgen Datenlieferungen zur Berechnung der Ausgleichsenergie und Abrechnung an die [REDACTED] (Antragsbegründung, Lieferung 29.03.2019, S. 30). Das zu

deren Austausch erforderliche Kommunikationssystem wird bis zur Umsetzung der eigenverantwortlichen Durchführung noch nicht in vollem Umfang entflechtungskonform genutzt, ist jedoch nach Abschluss der Umstellung vollständig entflechtungskonform zu betreiben. Dies ist im Rahmen einer Auflage nachzuweisen (s.u. Ziffer 2.8.1).

(4) Für die **Buchhaltung** und somit die Bereiche Finanz- und Rechnungswesen sowie den Einkauf ist ein interner Posten auf Ebene unmittelbar unterhalb des kaufmännischen Leiters vorgesehen, so dass diese Aufgabe, ebenso wie die Aufgabe einer **Personalabteilung** nunmehr durch die Antragstellerin selbst verantwortet werden. Für die Rechnungslegung hat die Antragstellerin darüber hinaus einen externen Dienstleister beauftragt (A14.02.33 Lieferung 29.03.19). Die Anforderungen hins. Weisungsbefugnis, Informationsrecht und Kontrollmöglichkeiten der Antragstellerin bestehen ausweislich der vorgelegten Auftragsunterlagen keine ernstlichen Bedenken, so dass die Antragstellerin gleichsam auch in sachlicher Hinsicht als verantwortlich zu sehen ist.

Entsprechendes gilt für die zum Zwecke der Lohnverwaltung beauftragten externe Dienstleister auf deutscher wie schwedischer Seite (Antragsbegründung Lieferung 29.03.2019, S. 27, Anlagen A 14.02.26, 14.02.27)

Nach Einführung der Software [REDACTED] hat die Antragstellerin ein Buchhaltungssystem eingeführt, durch das sie von dem bisherigen Buchhaltungssystem des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens abgetrennt und unabhängig ist.

(5) Für den Bereich der **Finanzprüfung** hat die Antragstellerin eine namentlich bestimmte Mitarbeiterin eines externen Wirtschaftsprüfungsunternehmens beauftragt, das nicht auch zugleich Dienste für andere Unternehmen des Statkraft Konzern erbringt. In der internen Zuständigkeitsverteilung wird diese Aufgabe vom kaufmännischen Leiter verantwortet.

(6) Im Bereich **Einkauf** erhält die Antragstellerin voraussichtlich bis Ende 2020 Unterstützung von der Zentralen Einkaufsabteilung der Statkraft Sverige AB für die Einbindung eines neuen Leit- und Kontrollsystems. Dabei erfolgt eine Umstellung des Kontrollsystems von MACH2 zu MACH3, was sich derzeit in Umsetzung befindet. Dieses auf mehrere Jahre angelegte Projekt mit der [REDACTED] weist nach Ansicht der Beschlusskammer kein entflechtungsrechtlich relevantes Diskriminierungspotential auf, zumal ein inhaltlicher Zugriff durch die Konzernmutter nicht stattfindet. Die Antragstellerin hat glaubhaft versichert, dass die Inanspruchnahme der zentralen Einkaufsabteilung nach Abschluss dieses laufenden Projekts beendet wird.

(7) Als entflechtungsrechtlich relevant, jedoch im Ergebnis hinnehmbar, erachtet es die Beschlusskammer, dass die Antragstellerin die **Sach- und Haftpflichtversicherung**, die Statkraft Forsikring AS für den gesamten Konzern kontrahiert hat, nutzt. Lediglich die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (sog. D&O) für die Unternehmensleitung ist seit dem 01.04.2019 durch die Antragstellerin selbst abgeschlossen worden. Dies ist - entsprechend zu den Kriterien

für Cash-Pool-Nutzungen - in der Sache jedoch unschädlich, da die Teilnahme an diesem Angebot sowie die Gestaltung der konzerninternen Abläufe für die Meldung, Abwicklung und Durchsetzung eines Versicherungsfalls so gestaltet sind, dass die Antragstellerin jederzeit unabhängig und ausschließlich in ihrem Interesse agieren kann. Wie die Antragstellerin vorträgt, ist die Nutzung der zentralen Versicherungsangebote für sie kostengünstiger als selbstständig entsprechende Versicherungen abzuschließen. Die Schadensabwicklung erfolgt dabei ausschließlich und selbstständig durch sie selbst, auch eine Kündigung durch sie ist unter Verlust der für den Versicherungszeitraum bereits gezahlten Versicherungsprämie jederzeit möglich. Ihren Anteil an den Gesamtkosten hat die Antragstellerin zur Überzeugung der Beschlusskammer als unerheblich gemessen an dem Gesamtkostenaufwand dargelegt. Somit ist aus Sicht der Beschlusskammer kein entflechtungsrechtlich relevantes Diskriminierungspotential gegeben.

### **2.2.3 Rechtsform**

Die Antragstellerin ist als Aktiebolag nach schwedischem Recht und damit in Form einer privaten Aktiengesellschaft organisiert. Damit weist sie eine nach § 10 Abs. 2 S. 2 EnWG zulässige Rechtsform auf. Dies hat sie durch Vorlage des Handelsregistrauszugs Aktenzeichen 80163/2018 der schwedischen Gesellschaftsbehörde (Bolagsverket) nachgewiesen (Anlage A3.1 des Antrags).

### **2.3. Vermögenswerte, Anlagen, Personalausstattung, Unternehmensidentität des Unabhängigen Transportnetzbetreibers**

Die Antragstellerin ist entsprechend den besonderen Vorgaben für Unabhängige Transportnetzbetreiber in § 10a EnWG organisiert. Insbesondere verfügt sie über die erforderlichen Mittel zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben (siehe folgenden Abschnitt 2.3.1), ist Eigentümerin der notwendigen Vermögenswerte (siehe folgenden Abschnitt 2.3.2) und besitzt die erforderliche personelle Ausstattung (siehe folgenden Abschnitt 2.3.3). Die Erbringung von Dienstleistungen entspricht zwar aufgrund ihrer Anzahl nicht uneingeschränkt den gesetzlichen Vorgaben; die Antragstellerin hat jedoch nachgewiesen, durch die jeweiligen Auftragsunterlagen, insbesondere ihre allgemeinen Vertragsbedingungen (Anlage A14.2.34 Lieferung 29.03.19) über ausreichende Kontroll- und Weisungs- sowie Informationsrechte zu verfügen, so dass sie als rechtlich und wirtschaftlich verantwortliche Partei anzusehen ist. Der Umfang der eingekauften Dienstleistungen ist gemessen an der Dimensionierung ihres Übertragungsnetzes und der zu erwartenden Häufung sowie des tatsächlichen Aufwands hinnehmbar (siehe folgenden Abschnitt 2.3.4). Eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ist ausgeschlossen (siehe folgenden Abschnitt 2.3.5). Die Antragstellerin hat des Weiteren sichergestellt, dass Informationstechnologie, Büro- und Geschäftsräume und die Rechnungslegung in hinreichen-

dem Maße vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen getrennt sind (siehe folgende Abschnitte 2.3.6, 2.3.7 und 2.3.8).

### 2.3.1 Gewährleistung der Mittel für die Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie als Transportnetzbetreiber über die finanziellen, materiellen, technischen und personellen Mittel verfügt, die erforderlich sind, um die Aufgaben nach Teil 3 Abschnitt 1 wahrzunehmen (§ 10a Abs. 1 S. 1 EnWG). Aufgaben nach Teil 3 Abschnitt 2 bis 3 des EnWG kommen aufgrund der Natur des Kabels als Gleichstromverbindungsleitung nicht in Betracht. Das Baltic Cable verfügt weder über Netznutzer, die einen Netzanschluss nach den §§ 17 ff. EnWG erforderlich machen würden, noch besteht die Notwendigkeit eines Netzzugangsregimes im Sinne der §§ 20 ff. EnWG mit Ausnahme der für den Stromtransport erforderlichen Teilnahme am jeweiligen Bilanzkreissystem der durch das Baltic Cable verbundenen Regelzonen.

(1) Die Antragstellerin hat insbesondere dargelegt, dass sie in der Lage ist, das **Gleichstromkabel** dauerhaft zuverlässig und in sicherer Weise diskriminierungsfrei zu betreiben und zu warten. Sie betreibt das Baltic Cable seit 1994 im eigenen Namen. Der Betrieb erfolgte in den vergangenen Jahren trotz zum Teil langwieriger Ausfälle (z.B. 20.03. – 16.05.2018, s. Anlage A13.06 Lieferung 29.03.19) des Kabels hinreichend zuverlässig mit einer Personaldichte von vier Personen, die der Baltic Cable von der Statkraft Gruppe zugeteilt worden waren, sowie unter Hinzuziehung der Tennet TSO GmbH als externer Dienstleister für die Systemführung. Ihr eigenes Personal wurde um weitere 4 Person erweitert. Insgesamt verantwortet die Antragstellerin unter Fortsetzung der Hinzuziehung externer Dienstleister für Wartungsaufgaben an den beiden Konverterstationen (Anlagen A 14.2.2-5, sowie Anlage A02.04, Lieferung 29.03.19) sowie für die Offshore Kathoden (Antragsbegründung S. 22, 25 ff nebst Anlagen A14.2.17) erforderliche Wartungsaufgaben selbstständig. Die Hinzuziehung des Dienstleisters für die Systemführung wird in dem bisherigen Umfang fortgesetzt (s.o., Anlage A14.02.23 Lieferung 29.03.19).

(2) Die Antragstellerin hat nachgewiesen, zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zertifizierungsscheidung über die erforderlichen technischen und materiellen, insbesondere auch finanziellen Mittel zu verfügen, die für den sicheren und zuverlässigen Betrieb des Kabels erforderlich sind. Maßgeblich ist insoweit lediglich die Fähigkeit zur Instandhaltung und Wartung. Diese werden auf deutscher wie schwedischer Seite durch je einen internen Mitarbeiter verantwortet. Des Weiteren zählen dazu insbesondere alle für den Betrieb des Kabels erforderlichen Anlagen und personellen Ressourcen. Dienstleistungsverträge sind dabei nach vorgenannten Voraussetzungen nicht zu beanstanden, soweit eine qualifizierte Überwachung und Kontrolle gewährleistet sind.

(3) Alle erforderlichen **Betriebsmittel**, namentlich eine 380 kV Schaltanlage, eine Spezialtransformatorbank sowie ein Ersatztransformator in Deutschland, zwei Filteranlagen, die eigentlichen Konverter, die Kabel sowie Lagerhallen mit Ersatzkabel stehen im Eigentum der Antragstellerin (Anlage A10.05). Die Bestandteile, die nicht im Eigentum der Antragstellerin stehen, wie etwa die Kommunikationsleitungen außerhalb der örtlichen Anlagen der Antragstellerin oder Grundstücke, die für den Leitungsverlauf gequert werden müssen, sind der Antragstellerin dauerhaft und vertraglich zur Nutzung überlassen worden. Dieser Umstand begründet jedoch keinen Zweifel an einer ausreichenden materiellen und technischen Ausstattung der Antragstellerin.

(4) Die **personelle Ausstattung** ist trotz der geringen Personaldichte von insgesamt 8 Mitarbeitern ausreichend, um den gesetzlichen Aufgaben nachzukommen und das Transportnetz zu betreiben. Insbesondere ist das Personal (2 Mitarbeiter), das für den Betrieb des Transportnetzes erforderlich ist, nicht in anderen Gesellschaften des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder deren Tochtergesellschaften angestellt (vgl. § 10a Abs. 2 EnWG).

Die Antragstellerin verfügt laut Organigramm über Mitarbeiterstellen, wovon fünf namentlich benannt werden (Antragsbegründung S. 21, Anlage A02.04 Lieferung 29.03.19), darunter der Geschäftsführer, der in Personalunion zugleich den technischen Betrieb verantwortet sowie der ihm untergeordnete kaufmännische Leiter. Darüber hinaus sind im Sommer 2019 drei weitere Mitarbeiterposten besetzt worden, die rechtliche und buchhalterische Aufgaben unterhalb des kaufmännischen Leiters wahrnehmen.

Grundsätzlich ist erforderlich, dass das eigene Personal ausreicht, um wesentliche Managementaufgaben sowie das laufende Alltagsgeschäft aus eigener Personalkraft heraus bewältigen zu können. Dazu zählen vor allem Kernaufgaben wie eine eigene Rechtsabteilung, eine eigene Buchhaltung sowie eine IT-Abteilung (s.o. Punkt 2.2.2.4). Die Antragstellerin sieht für jede der sechs Aufgabenbereiche je einen Mitarbeiterposten vor, der dem Commercial Director (Buchhaltung und Recht) bzw. direkt dem Managing Director (IT sowie jeweils Stationsleitung in Deutschland und Schweden) unterstellt ist. Diese werden regelmäßig oder einzelfallbezogen von Dienstleistern unterstützt. Gemessen an Anzahl, Häufigkeit und Umfang der dabei auftretenden Aufgaben in technischer, kaufmännischer und rechtlicher Hinsicht sind dabei unter Beachtung von Wirtschaftlichkeits- und Verhältnismäßigkeitserwägungen keine allzu hohen Anforderungen an die Mitarbeiterzahl zu stellen.

Auch in technischer Hinsicht ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass hochspezialisierte Geräte und Fachleute erforderlich sind, deren dauerhafte Anstellung im Verhältnis zur Einsatzhäufigkeit außer Verhältnis stehen würde. Auch für die Systemführung erscheint eine vollumfänglich selbstständige Ausführung durch die Antragstellerin aufgrund der starken Abhängigkeit von den vorgelagerten Netzen und dem daran gemessenen geringen Grad an eigener Entscheidungsmöglichkeit unverhältnismäßig. Die vereinbarten Zahlungen an die Tennet TSO GmbH belegen dabei, dass eine eigens für diese Funktion intern geschaffene Stelle samt technischer

Infrastruktur schon aus Kosten- und Effizienzgründen unwirtschaftlich wäre, zumal der benachbarte ÜNB diese Aufgabe ohne weiteren technischen oder personellen Aufwand und damit auch zum Vorteil der Antragstellerin kosteneffizienter ausüben kann.

Im Gegensatz zu bisherigen Zertifizierungsentscheidungen kann die umfangreiche Drittvergabe im konkreten Fall hingenommen werden. Zum einen handelt es sich bei den ausgelagerten Aufgaben zu großen Teilen nicht um das Alltagsgeschäft, sondern um eher komplexe technische oder fachspezifische Arbeiten, wie etwa im Bereich der Instandhaltung und IT-Technik. Zum anderen ist für die Bewertung der entflechtungsrechtlichen Zulässigkeit die äußerst geringe Dimensionierung des Netzes zu berücksichtigen. Die Beschlusskammer erkennt vor diesem Hintergrund eine Sondersituation, auf die die richtigerweise festgestellten Kriterien vorheriger Zertifizierungsentscheidungen nicht in derselben Strenge angewendet werden können. Insbesondere können im Verhältnis zur Dimensionierung des betriebenen Netzes nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie bei Netzbetreibern, deren Netz einen hohen Vermaschungsgrad aufweist und ein ganzes Netzgebiet aufspannt. Schon allein die Unanwendbarkeit des Netzzugangsregimes für das Baltic Cable führt zum Wegfall ansonsten zahlreich erforderlicher Verträge und Kommunikationsbedarfe. Auch buchhalterisch sind bei der Antragstellerin entsprechend weniger Informationen zu verarbeiten und zu verwalten.

Der zu erwartende Aufgabenaufwand kann daher durch das vorhandene Personal ausreichend bewältigt werden. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erscheint es darüber hinaus unverhältnismäßig, Personal für bloß möglicherweise auftretende komplexe Aufgaben im Bereich Recht, IT und Buchhaltung vorzuhalten. Gerade in den Bereichen, in denen auch personell stärker aufgestellte Netzbetreiber im Einzelfall externe Dienstleister hinzuziehen, wie etwa bei komplexen Rechtsfragen oder IT Problemen, darf es der Antragstellerin nicht verwehrt werden, dies ebenfalls zu tun.

Für die Beauftragung der Dienstleister hat die Antragstellerin durch Vorlage der jeweiligen Dienstleistungsverträge nachgewiesen, dass sie nicht nur im Außenverhältnis rechtlich und wirtschaftlich verantwortlich ist, sondern im Innenverhältnis durch umfassende Weisungs- und Kontrollrechte tatsächliche Verantwortung für die Wahrnehmung der betreffenden Aufgabe übernimmt. Soweit die Antragstellerin demnach auf externe Dienstleister zurückgreift – betroffen wären vor allem die Systemführung, sowie die Bürokommunikation, Lohnbuchhaltung (in Deutschland) und die Finanzprüfung, im Bedarfsfalle auch der Bereich Recht –, weisen die vorgelegten Verträge für die wesentlichen Kernaufgaben klar umrissene Aufgaben und Pflichten der Auftragnehmer auf. Die Antragstellerin hat somit ihr Weisungsrecht größtenteils bereits im Rahmen der Beauftragung ausgeübt. Die Verträge sehen zudem ausdrücklich Informationspflichten der Auftragnehmer vor. Auch besteht nach Umfang und Art dieser Dienstleistungen kein Zweifel daran, dass die Antragstellerin stets in der Lage ist, die Dienstleistungserbringung effektiv zu überwachen. Schon aus standesrechtlichen Pflichten ergibt sich für Mandatierungen

von Rechtsanwaltskanzleien ein jederzeitiges Weisungs-, Kontroll- und Informationsrecht der Antragstellerin.

Insbesondere zeigt die interne Auf- und Zuteilung von Verantwortlichkeiten für die jeweiligen extern vergebenen sowie intern wahrgenommenen Aufgaben, dass wesentliche Grundentscheidungen von entsprechend sachkundigem internem Personal getroffen und verantwortet werden. Das Personal mit technischer Verantwortung umfasst 2 Mitarbeiter, die unmittelbar dem Geschäftsführer unterstehen, wobei die Zuständigkeit für die Wartung der Station, IT und Kontrolle aufgeteilt ist in einen Mitarbeiter für die deutsche und einen für die schwedische Seite. Der Posten des Managing Director wird weiterhin von der bislang konzernintern verantwortlichen Person wahrgenommen. Der hinzugetretene Kaufmännische Leiter verantwortet - unterstützt von 3 Mitarbeitern - die Bereiche Recht, Buchhaltung und Controlling.

Der Umstand, dass die Antragstellerin nur noch zum Zwecke der Umsetzung der Entflechtungsvorgaben vorübergehend und bis zu deren Abschluss die sog. HR Service Vereinbarung (Antragsbegründung Lieferung 29.03.2019, S. 24, Punkt 2.2.4.2.) nutzt und somit für diese Zwecke Personal aus der Statkraft Gruppe in Anspruch nimmt, ist entflechtungsrechtlich nicht zu beanstanden.

(5) Die **finanziellen Mittel** hinsichtlich Personal, Technik, Raummiete und Dienstleistungen werden ausweislich der vorgelegten Quartalsberichte sowie der Jahresabschlüsse aus den Engpasserlösen und somit aus eigener wirtschaftlicher Tätigkeit erwirtschaftet. In diesem Zusammenhang hat die Beschlusskammer der Antragstellerin zugestanden, die erwirtschafteten Engpasserlöse zum Zwecke der Instandhaltung, Wartung sowie für die vorgenannten Posten verwenden zu dürfen. Damit ist sie insbesondere in der Lage, anfallende Wartungsarbeiten am Kabel zu erfüllen sowie die kontrahierten Dienstleistungsvereinbarungen finanziell zu bedienen. Sie kann sich zudem selbständig am Kapitalmarkt finanzieren. [REDACTED]

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

[REDACTED] Die Antragstellerin ist zudem berechtigt, ihr Eigenkapital entsprechend der auf sie anwendbaren gesetzlichen Vorgaben zu erhöhen (Anlage A10.02 Lieferung 29.03.19). An dieser Stelle ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Bewertung auf der Rechtsauffassung der Beschlusskammer basiert, dass die Antragstellerin die Engpasserlöse für die vorgenannten Aufgaben verwenden darf. Sollte der Europäische Gerichtshof in dem derzeit anhängigen Verfahren (Rechtssache C-454/18) zu dem Ergebnis kommen, dass die Verwendung der Engpasserlöse für Instandhaltung, Wartung, Betrieb und Personal nicht mit Art. 16 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 vereinbar ist, wird die Beschlusskammer die hinreichende Ausstattung mit finanziellen Mitteln erneut prüfen.

Zur Beschaffung kurzfristiger Finanzmittel hat die Antragstellerin die Möglichkeit, den von der Konzernmutter Statkraft AS für ihre im Konzern verbundenen Tochterunternehmen organisierten **Cashpool** zu nutzen, an dem sie selbst ebenfalls mit ihrem Konto teilnimmt, s. dazu unten.

[REDACTED]

### 2.3.2 Eigentum an den Vermögenswerten

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie in ihrer Eigenschaft als Transportnetzbetreiberin unmittelbar Eigentümerin aller für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögenswerte einschließlich des Transportnetzes ist (§ 10a Abs. 1 S. 2 EnWG).

Die Antragstellerin ist unmittelbare Eigentümerin der für den Transportbetrieb erforderlichen Netzbetriebsmittel wie die Konverterstationen auf deutscher und schwedischer Seite, das 450 KV-Polkabel und das Elektrodenkabel (s. Anlage A10.5, Antragsbegründung S. 20 f.). Darüber hinaus stehen auch ergänzende Anlagen zu den eigentlichen Netzbetriebsmitteln im maßgeblichen Umfang in ihrem Eigentum.

(1) Sowohl das in Betrieb befindliche Polkabel sowie entsprechende Ersatzkabel als auch das Elektrodenkabel befinden sich im Eigentum der Antragstellerin.

(2) Alle in der Konverterstation Lübeck-Herrenwyk befindlichen und für den Netzbetrieb erforderlichen Betriebsmittel wie die 380 kV Schaltanlage, eine Spezialtransformatorbank sowie ein Ersatztransformator, zwei Filteranlagen, der Konverter, Lagergebäude und die Gleichstroman-

bindung mit Kabelendterminal für Pol- und Elektrodenkabel befinden sich im Eigentum der Antragstellerin. Auch das Grundstück, auf dem sich diese Anlagen befinden steht im Eigentum der Antragstellerin.

[REDACTED]

Dass insoweit nicht jede einzelne für den Betrieb bzw. den Verlauf des Kabels erforderliche Einrichtung im Eigentum der Antragstellerin steht, ist unkritisch, solange das Kabel selbst und die betriebswesentlichen Anlagen und Betriebsmittel im Eigentum der Antragstellerin stehen. Zudem stehen die über Nutzungsrechte genutzten Anlagen nicht im Eigentum eines Unternehmens der Statkraft Gruppe.

(3) Die in Deutschland bzw. in deutschem Hoheitsgebiet sowie die auf schwedischem Hoheitsgebiet verlaufenden Leitungen, ein 450-KV-Polkabel sowie ein Elektrodenkabel befinden sich ausweislich der Antragsbegründung (S. 18, Punkt 2.2.2) im Eigentum der Antragstellerin.

(4) Die Antragstellerin hat angegeben, Eigentümerin der Konverterstation einschließlich aller dazu gehörenden Einrichtungen in Kruseberg zu sein. [REDACTED]

[REDACTED]

(5) Die Antragstellerin hat darüber hinaus nachgewiesen, unmittelbar Eigentümerin aller für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Kommunikationsnetze zu sein.

Die Kommunikationsinfrastruktur an den Konverterstationen befindet sich im Eigentum der Antragstellerin (Antragsbegründung S. 20). Diese umfasst das Leit- und Kontrollsystem der Anlage. Dieses wird gegenwärtig durch die [REDACTED] als externen Dienstleister, die rechtlich oder

wirtschaftlich nicht mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen in Verbindung steht, auf eine aktuelle Version migriert.

Die weitere Kommunikationstechnologie für den Kabelbetrieb befindet sich überwiegend zwar in Fremdeigentum, jedoch ist dies aufgrund der Verbindung mit den angrenzenden Netzbetreibern sowie angesichts der von Seiten der Telekommunikationsdiensteanbieter gestellten Leitungen und Einrichtungen nicht zu beanstanden. Während die Kommunikationsmodems entweder der Antragstellerin oder den beauftragen Telekommunikationsanbietern in Deutschland und Schweden gehören, stehen die Kommunikationsleitungen der Telekommunikationsanbieter zwischen den Konverterstationen im Eigentum dieser Dienstleister. Ebenso liegt das Eigentum der erforderlichen Kommunikationsleitungen und Schnittstellen zu den jeweils systemführenden Dienstleister Tennet TSO GmbH bzw. E.ON Elnät Sverige AB. Die erforderlichen Schnittstellen und Datenverbindungen, die für die Laststeuerung infolge von vorgelagerten Netzüberlastungen benötigt werden, sind in der Verantwortlichkeit der betroffenen Netzbetreiber Schleswig-Holstein Netz AG sowie Svenska Kraftnät. Die Eigentumsverhältnisse sind dabei historisch gewachsen und werden nunmehr unverändert fortgesetzt. Dies ist aus entflechtungsrechtlicher Sicht hinnehmbar, solange ausgeschlossen ist, dass das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen über das genutzte Fremdeigentum keine Einflussnahme auf, Zugangsmöglichkeiten zu oder Kenntnisnahme von den Kommunikationsvorgängen erhält oder erhalten kann und die Antragstellerin die Leitungen einer Eigentümerin entsprechend nutzen kann. Dies ist nach Angaben der Antragstellerin sowie nach vorangehend beschriebener Darlegung der Eigentumsverhältnisse der Fall.

### **2.3.3 Erforderliche Personalausstattung**

Die Antragstellerin hat trotz der geringen Personaldichte zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, dass diese Anzahl für die von ihr zu erfüllenden Alltagsgeschäfte ausreicht. Insbesondere sind die Mitarbeiter allesamt, wie § 10a Abs 2 EnWG verlangt, nicht auch bei anderen Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, mithin der Statkraft Gruppe, angestellt (Antragsbegründung S. 23, A18.01).

### **2.3.4 Erbringung von Dienstleistungen**

Die Erbringung von Dienstleistungen durch oder für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen oder eines seiner Tochterunternehmen wird durch § 10a Abs. 3 EnWG beschränkt.

#### **2.3.4.1 Dienstleistungen durch Statkraft AS sowie deren im Konzern verbundenen Tochterunternehmen**

Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und seine Tochterunternehmen haben die Erbringung von Dienstleistungen durch eigene oder in seinem Auftrag handelnde Personen für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber zu unterlassen (§ 10a Abs. 3 S. 1 EnWG). Dies ist nach Vortrag der Antragstellerin überwiegend der Fall. Es werden keine Dienstleistungen durch die Statkraft AS oder deren im Konzern verbundenen Unternehmen für die Antragstellerin erbracht, denen entflechtungsrechtliche Erwägungen entgegenstehen. Zur entflechtungsrechtlichen Zulässigkeit der Nutzung konzernübergreifender Versicherungen, zur Cash-Pool-Vereinbarung [REDACTED] s. unten.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin angegeben, übergangsweise, mithin bis zur Freigabe der drei noch erforderlichen Vertragsabschlüsse durch die schwedische Regulierungsbehörde, das **Bilanzkreismanagement** auf schwedischer Seite durch [REDACTED] durchführen zu lassen (Antragsbegründung S. 24 Lieferung 29.03.19; Schreiben vom 29.05.2019). Die Beendigung dieser übergangsweise tolerierten Dienstleistung wird im Wege einer Auflage sichergestellt (s.u. Ziffer 2.8.1).

#### **2.3.4.2 Dienstleistungen durch Baltic Cable AB**

Gemäß § 10a Abs. 3 Satz 2 EnWG ist es für einen unabhängigen Transportnetzbetreiber in begrenztem Umfang möglich, Dienstleistungen für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zu erbringen. Die Antragstellerin hat jedoch erklärt, keine Dienstleistung für Unternehmen der Statkraft Gruppe zu erbringen.

#### **2.3.5 Unternehmensidentität**

Eine Verwechslung der Antragstellerin mit einem anderen Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist ausgeschlossen (vgl. § 10a Abs. 4 EnWG). Sowohl die Firma „Baltic Cable AB“ als auch das Logo sind seit Aufnahme der Tätigkeit offensichtlich unterschiedlich zu den übrigen von Unternehmen der Statkraft-Gruppe verwendeten Firmen und Logos. Eine Verwechslungsgefahr ist auch mit Blick auf die bisherige Wahrnehmung des Markenauftritts der Antragstellerin auszuschließen. Der Internetauftritt wird unter Nutzung der eigenen Firma selbstständig betrieben. Entsprechendes gilt für Presseauftritte.

#### **2.3.6 Trennung der Informationstechnologie**

Gemäß § 10a Abs. 5 S. 1 EnWG ist die gemeinsame Nutzung von IT-Anwendungssystemen untersagt, wenn diese auf die Besonderheiten entweder des vertikal integrierten Energieversor-

gungsunternehmens oder des Transportnetzbetreibers angepasst wurden. Mit Anwendungssystemen der IT sind die auf der Hardware installierten Softwareprogramme gemeint. Demgegenüber ist die gemeinsame Nutzung von Standardprogrammen weiterhin uneingeschränkt möglich. Ebenso ist die gemeinsame Nutzung solcher branchenspezifischen Standardprogramme möglich, die sich zwar unternehmensindividuell anpassen lassen, deren Anpassung jedoch bei der gemeinsamen Nutzung noch nicht erfolgt ist, sondern erst später separat für den Unabhängigen Transportnetzbetreiber oder das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erfolgt. Die Antragstellerin wird den Anforderungen an eine entflochtene Informationstechnik jedenfalls mit tatsächlicher Übernahme der Bilanzkreisverantwortung gerecht. Dabei erfüllt sie auch die Vorgaben des § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG, der es dem Transportnetzbetreiber und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen untersagt, im IT-Bereich mit denselben externen Auftraggebern oder Beratern zusammenzuarbeiten.

(1) Die **Bürokommunikation** umfasst alle IT-Systeme, die nicht direkt im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb stehen, einschließlich der Buchhaltung. Nach Vortrag der Antragstellerin ist hierbei eine gemeinsame Nutzung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ausgeschlossen. Sowohl die Hardware im Büro am Standort Malmö als auch die Standard-Software und die angepasste Software sowie die externe Kommunikationstechnik (Mobilfunkverträge, Internetanbindung) werden durch externe Dienstleister [REDACTED] durchgeführt, die in keiner gesellschaftsrechtlichen oder vertraglichen Beziehung zu einem Unternehmen der Statkraft-Gruppe steht.

(2) Die **Bürokommunikation in den Konverterstationen** wird ohne direkte Anbindung an die Infrastruktur der Statkraft-Gruppe betrieben. Ein externer Dienstleister wird in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin nicht erwähnt, so dass die Beschlusskammer davon ausgeht, dass der Betrieb selbstständig erfolgt.

(3) Die zum **Kabelbetrieb** erforderliche Informations- und Telekommunikationstechnologie wird nach Angaben der Antragstellerin unabhängig von der Statkraft-Gruppe und ohne Zugriffsmöglichkeiten für diese betrieben. Die operative Systemführung wird von der Tennet TSO GmbH [REDACTED] durchgeführt. Dies umfasst:

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

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

[REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED] (Anlagen A14.02.02 - A14.02.05).

Die Europäische Kommission hatte in Ansehung der Dienstleistungsvereinbarung für die Kabelüberwachung mit [REDACTED]

[REDACTED], angemerkt, dass die Antragstellerin Netzbetriebsaufgaben nur an Unternehmen delegieren dürfe, die einem ebensolchen Entflechtungsstandard entsprächen wie sie selbst. Dies sei bei [REDACTED] nicht hinreichend geprüft worden. Die Beschlusskammer sieht jedoch keinerlei Veranlassung für eine entsprechende Prüfung. Es besteht keine wirtschaftliche oder rechtliche Beziehung zwischen [REDACTED] und Unternehmen der Statkraft-Gruppe. Die im Rahmen dieser Zertifizierung zu betrachtenden Prüfbereich betrifft gemäß §§ 8 ff EnWG ausschließlich das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen mit samt der mit ihm gesellschaftsrechtlich verbundenen Unternehmen sowie dessen bzw. deren Beziehung zur Antragstellerin. Eine Prüfung entflechtungsrechtlicher Verbindungen außerhalb dieser Normadressaten ist daher nicht Gegenstand dieses Zertifizierungsverfahrens. Eine Ausweitung des Prüfrahmens ist zudem letztlich auch in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht geboten. Mittelbar würde die Antragstellerin damit verpflichtet, für jeden Fall eines Vertragsabschlusses zu prüfen, ob der mögliche Vertragspartner in irgendeiner rechtlichen Beziehung mit einem im Energiebereich tätigen Unternehmen steht und dabei entflechtungsrechtliche Vorgaben einhält. Die Prüfung der Erfüllung entflechtungsrechtlicher Vorgaben obliegt jedoch ausschließlich der nationalen Aufsichtsbehörde, vgl. Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 714/2009. Ebenso obliegt es unter Beachtung des Vorbehalts des Gesetzes allein der nationalen Aufsichtsbehörde, entsprechende Sanktionen bei Verstößen gegen Entflechtungsvorgaben festzusetzen und zu erlassen, § 4a Abs. 3 f. EnWG. Mittelbarer Zwang gegenüber dem Dritten durch Abkehr von einem oder Auflösung eines Vertrages ist somit kein für die Antragstellerin entflechtungsrechtlich verpflichtendes Verhalten und kann somit auch von Seiten der Beschlusskammer nicht vorgegeben werden.

(4) In Bezug auf das Bilanzkreismanagement werden für die Kommunikation zwischen der Antragstellerin und [REDACTED] übergangsweise weiterhin Datenverbindungen bestehen. Diese werden jedoch mit vollständiger Übernahme des Bilanz-

kreismanagements durch die Antragstellerin beendet. Um eine entflechtungsrechtlich konforme Umsetzung des § 10a Abs. 5 EnWG sicher zu stellen, wird der Antragstellerin im Wege der Auflage aufgegeben, die zu diesem Zwecke bis dahin noch bestehende Dienstleistung zu beenden (s.u. Ziffer 2.8.1). Davon sind auch die entsprechenden Datenverbindungen umfasst.

(5) Die Buchhaltungssoftware hat die Antragstellerin ab dem Geschäftsjahr 2019 auf das von der Statkraft Gruppe unabhängige System [REDACTED] umgestellt (Antragsbegründung S. 22). Der von der Antragstellerin mit der täglichen Buchhaltung beauftragte Dienstleister erhält jedoch einseitig weiterhin Zugang zum SAP-System des Konzerns, um historische Daten einsehen zu können. Dies ist aus entflechtungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, da der Zugriff durch den Dienstleister auf die Einsichtnahme in Richtung zum viEVU beschränkt ist und keine gegenseitige Einsichtnahme in aktuelle Daten ab dem Geschäftsjahr 2019, sowie die Übermittlung entsprechender Daten möglich ist.

### **2.3.7 Räumliche Trennung**

Die Antragstellerin hat nachgewiesen, dass sie die räumliche Trennung vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen entsprechend § 10a Abs. 6 EnWG gewährleistet. Sie verfügt über die Liegenschaften für die Konverterstationen, eigene Büro- und Geschäftsräume in Malmö und ein eigenes Zugangskontrollsystem (vgl. Anlage A8.1.1). Ferner hat die Antragstellerin [REDACTED]  
[REDACTED]  
(A08.01.04). Es besteht demnach keine räumliche Verbindung oder parallele Nutzung durch die in der Statkraft-Gruppe verbundene Unternehmen.

### **2.3.8 Rechnungslegung**

Die Antragstellerin hat belegt, dass sie die Anforderungen des § 10a Abs. 7 EnWG an die Rechnungslegung erfüllt. Zur Erfüllung dieser Aufgabe bedient sich die Antragstellerin eines externen Dienstleisters. Die Antragstellerin hat mit Wirkung ab dem 20.03.2019 eine namentlich benannte Wirtschaftsprüferin des Wirtschaftsprüfer - Unternehmen [REDACTED] beauftragt. Sie ist ausweislich der Erklärung der Antragstellerin nicht zugleich als Wirtschaftsprüferin für den Statkraft Konzern tätig (Anlage A09, Lieferung 29.03.19). Die Beschlusskammer geht davon aus, dass der Statkraft Konzern, wie mit früher vorgelegten Teilakten erklärt, weiterhin ein anderes Wirtschaftsprüfer-Unternehmen beauftragt hat.

## **2.4 Rechte und Pflichten im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen**

Die Antragstellerin ist mit den erforderlichen Rechten und Pflichten ausgestattet, mit denen ihre Unabhängigkeit im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nach § 10b EnWG

gewährleistet wird. Insbesondere besitzt die Antragstellerin wirksame Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Fragen (siehe folgenden Abschnitt 2.4.1.), ihre Unabhängigkeit ist in Struktur und Satzung bzw. Geschäftsordnungen für die Geschäftsleitung sowie den Aufsichtsrat in den Grenzen des schwedischen Rechts gewährleistet (siehe folgenden Abschnitt 2.4.2.). Eine indirekte Beeinflussung der Antragstellerin durch Beteiligung an oder von dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder dessen Tochterunternehmen liegt nicht vor (siehe folgenden Abschnitt 2.4.3.). Des Weiteren ist sichergestellt, dass die Antragstellerin jederzeit über die erforderlichen Mittel für den Betrieb und Erhalt des Netzes verfügt (siehe folgenden Abschnitt 2.4.4.). Die Vereinbarungen mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen sind marktüblich ausgestaltet (siehe folgenden Abschnitt 2.4.5.).

#### **2.4.1 Gewährleistung wirksamer Entscheidungsbefugnisse (§ 10b Abs. 1 EnWG)**

Es ist gewährleistet, dass die Antragstellerin wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb und die Wartung des Netzes erforderlichen Vermögenswerte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besitzt und diese im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen unabhängig von der Leitung und den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben kann (§ 10b Abs. 1 Satz 1 EnWG, Anlage A11.02 Lieferung 29.03.19). Insbesondere besitzt die Antragstellerin die Befugnis, sich zusätzliche Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt durch Aufnahme von Darlehen oder durch eine Kapitalerhöhung zu beschaffen. Dies hat Statkraft AS mit Datum vom 25.03.2019 erklärt (Anlage A10.01 Lieferung 29.03.19).

(1) Aus der Satzung der Antragstellerin (Anlage A10.04) ergeben sich die Grundprinzipien einer vom viEVU unabhängigen Entscheidungsbefugnis jedoch nicht. Lediglich die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Antragstellerin enthält Vorgaben hins. der Beachtung der durch das EnWG vorgegebenen Unabhängigkeitsverpflichtung. Sie verpflichtet die Geschäftsführung jedoch nicht dazu, keine Weisungen vom viEVU und dessen Konzernunternehmen entgegen zu nehmen. Letzteres ist jedoch unschädlich, da das viEVU in zwei gesonderten Erklärungen zugesichert hat, sich nicht in die im EnWG aufgeführten wirtschaftlichen und technischen Fragestellungen und Entscheidungen der Antragstellerin einzumischen. Auch ist der Umstand, dass die Satzung der Antragstellerin allenfalls das Mindestmaß an regelmäßig zu erwartenden Regelungen enthält, ausnahmsweise hinnehmbar. Die für die Satzung über die Mindestinhalte nach § 23 AktG zu fordernden Grundregeln sind enthalten. Darüber hinaus sind in den Geschäftsordnungen für die Geschäftsführung sowie den Styrelse weitere Regeln enthalten, die in der Gesamtschau mit der Satzung einen hinreichend stabilen Rahmen für den UTB bilden. Dies ist unter den gegebenen Umständen ausnahmsweise ausreichend, da es für eine „bolagsordning“ nach schwedischem Recht, das für die gesellschaftsrechtliche Rechtsmäßigkeit der Antragstellerin maßgeblich ist, üblich erscheint, lediglich Basisangaben zu regeln. Zur Verhinde-

zung einer Umgehung der durch die Satzung gemeinhin belegten Stabilität der Unternehmensgestaltung, wird der Antragstellerin im Wege der Auflage aufgegeben, jede Änderung der vorgenannten Geschäftsordnungen gemäß § 4c EnWG unverzüglich der Beschlusskammer mitzuteilen (s.u. Punkt 2.8.3 (3)).

(2) Eine Gewinnabführung von der Antragstellerin an das viEVU findet nicht statt. Dies hat die Antragstellerin in Ergänzung zu den bislang vorgelegten Quartalsberichten durch eine entsprechende Erklärung dargelegt (Anlage 5, Nachlieferung vom 29.05.2019).

(3) Die Befugnis der Antragstellerin, sich zusätzliche Mittel auf dem Kapitalmarkt durch Darlehen oder durch Kapitalerhöhungen zu beschaffen, wird nicht durch andere Verträge eingeschränkt (Anlage 6 A13\_08, Nachlieferung 29.05.2019). [REDACTED]

[REDACTED]

Darüber hinaus ermöglicht die Cash Pool-Vereinbarung, Konten aus dem Cash Pool herauszunehmen. Dadurch ist gewährleistet, dass aufgenommenes Kapital nicht durch die tägliche Saldierung der Konten der Antragstellerin in den Cash Pool einfließt. Als entflechtungsrechtlich unkritisch erachtet es die Beschlusskammer in diesem Zusammenhang, dass die Herausnahme einzelner Konten aus der Cash-Pool-Vereinbarung mit der Berechtigung des Cash-Pool-Moderators zur Kenntnisnahme auch deren Salden einhergehen würde. Die Kenntnisnahme ist durch anerkannte Zwecke der Risikoabschätzung gerechtfertigt (s.u., 2.4.5.1) und beeinträchtigt nicht die Befugnis der Antragstellerin, frei über das nicht teilnehmende Konto zu verfügen.

(4) Soweit sich die Antragstellerin zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben in großem Umfang der Unterstützung von Dienstleistern bedient, beeinträchtigt dies ihre Unabhängigkeit nicht. Sie hat dargelegt, dass sie die Dienstleistungserbringung in hinreichendem Maße kontrolliert und steuert, so dass sie über wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf den Betrieb und die Wartung des Netzes verfügt (vgl. hierzu bereits Punkte 2.2.2.1, 2.3.1 (4)).

### 2.4.2 Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers (§ 10b Abs. 2 EnWG)

Die Struktur, Satzung und Geschäftsordnungen der Antragstellerin stellen ihre Unabhängigkeit vom vertikal integrierten Unternehmen i. S. d. §§ 10 bis 10e EnWG sicher (§ 10b Abs. 2 EnWG), soweit dies nach verbindlichem schwedischem Gesellschaftsrecht möglich ist.

(1) Dies zeigt sich auch rudimentär in Ziffer 4 der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung, ergänzt durch entsprechende Erklärungen der betroffenen Personen sowie der Antragstellerin gegenüber der Beschlusskammer (s.o. sowie A11.04 Lieferung 29.03.19). Dass sich die Unabhängigkeit strukturell nicht allein aus der Satzung der Antragstellerin ergibt erachtet die Beschlusskammer mit Blick auf die, wie von der Antragstellerin angeführt, nach schwedischem Gesellschaftsrecht übliche reduzierte Gestaltung der Satzung als hinnehmbar (s.o.).

Nach der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat der Baltic Cable (Anlage A20.3 der Lieferung vom 29.03.2019) sind die Aufgaben des Aufsichtsrats gemäß deren §11 auf entflechtungsrechtlich zulässige Aufgaben beschränkt. Entscheidungen, die die laufenden Geschäfte der Antragstellerin betreffen, darunter den Netzbetrieb, sind danach ausschließlich durch die Unternehmensleitung der Antragstellerin zu treffen. Entsprechendes regelt Ziffer 7 der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung (Anlage A11.03 der Lieferung vom 29.03.2019).

Aus der von der Antragstellerin vorgelegten Geschäftsordnung der Geschäftsführung ergibt sich, dass ausschließlich der Vorsitzende des Aufsichtsrates die Geschäftsordnung unterzeichnet hat. Die Geschäftsordnung ist somit durch den Aufsichtsrat erlassen, auch, wenn die interne Zuständigkeit sich weder aus der Satzung, noch aus den beiden Geschäftsordnungen ergibt. Die Bundesnetzagentur hat bereits in anderen Zertifizierungsverfahren entsprechend festgestellt, dass der Erlass der Geschäftsordnung für die Geschäftsleitung durch den Aufsichtsrat in unzulässiger Weise Einfluss auf die unabhängige Führung der laufenden Geschäfte nimmt. Die Möglichkeit des Aufsichtsrats, eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung zu erlassen, bedeutet letztlich eine mittelbare Einflussnahmemöglichkeit in die Unabhängigkeitsanforderungen des § 10b Abs. 2 EnWG und ist damit grundsätzlich unzulässig.

Dies kann in der bisher vertretenen Absolutheit jedoch nicht geltend, wenn nationale Gesetze verbindlich andere Regelungen vorschreiben und europarechtliche Anforderungen nicht vorrangig zu beachten sind. Dies ist hier der Fall, so dass das Gestaltungsrecht der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung nicht der Geschäftsführung selbst, sondern dem Aufsichtsrat zustehen muss. Die Baltic Cable AB ist eine Aktiengesellschaft nach schwedischem Recht, sie hat somit Vorgaben des Schwedischen Aktiengesetzes („aktiebolagslag“), konkret Kapitel 8, § 29 zu beachten. Dieses schreibt vor, dass die Geschäftsführung die tägliche Verwaltung in Übereinstimmung mit den Richtlinien und Anweisungen des Verwaltungsrates, i.e. des Aufsichtsrats, ausübt. Europarechtliche Vorgaben aus Artt. 17 ff. Richtlinie 2009/72/EG gehen dem nationalen Recht in Schweden nicht vor, da Schweden die Vorgaben zum Unabhängigen Transportnetzbetreiber nicht umgesetzt hat und somit für die Antragstellerin in diesem Zusam-

menhang allein das schwedische Aktiengesetz zu beachten ist. Der Antragstellerin ist es daher rechtlich unmöglich, die Pflicht gemäß § 10b Abs. 2 EnWG vollumfänglich zu erfüllen. Dies ist von Seiten der Beschlusskammer hinzunehmen, zumal Art. 1 Richtlinie 2009/101/EG, der von § 10 Abs. 2 Satz 2 EnWG ausdrücklich in Bezug genommen wird, die schwedische Aktiengesellschaft als zulässige Rechtsform für einen unabhängigen Transportnetzbetreiber definiert. Auf eine gesonderte Berichtspflicht durch die Antragstellerin wird unter Verweis auf § 4c EnWG verzichtet.

Zu begrüßen ist der nach Hinweis der Beschlusskammer in die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats in § 12 Abs. 5 nun aufgenommene Hinweis, dass die Nutzung der Engpasserlöse im laufenden Geschäft nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf und im Übrigen § 10d EnWG weiterhin gelte. Dabei wird der Aufsichtsrat möglicherweise Art. 16 Abs. 6 Verordnung (EG) Nr. 74/ 2009 zu beachten haben, dessen Anwendbarkeit auf die Antragstellerin und inhaltliche Auslegung derzeit in einem beim EuGH anhängigen Verfahren (Rechtssache C-454/18) behandelt werden.

Ebenso sieht die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates nach Hinweis der Beschlusskammer in § 12 Abs. 2 lit. b vor, dass Geschäfte, mit denen die Antragstellerin Unternehmen, Unternehmensanteile oder Anteile an diesen zu erwerben oder veräußern beabsichtigt, nicht von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängig ist. Damit setzt die Antragstellerin § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG um, der regelt, dass der Netzbetreiber für die Gründung von geeigneten Gemeinschaftsunternehmen mit dem Ziel der Förderung regionaler Strom und Gasmärkte selbst verantwortlich sein muss.

Schließlich ist ein Weisungsrecht der Statkraft AS nach den vorgelegten Unterlagen ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. Erklärung der Statkraft AS zur Erfüllung des § 10b Abs. 1 EnWG, A10.01 Lieferung 29.03.19).

(2) In Bezug auf die Konzernrichtlinien bestehen keine Zweifel an der erforderlichen Unabhängigkeit. Aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Treasury- und Finanzhandbuch (A10.02 Lieferung 29.03.19) ergibt sich, dass seine Umsetzung in der alleinigen Verantwortung des kaufmännischen Leiters liegt. Inhaltlich ist zwar eine Schnittstelle zur Statkraft Group AS Treasury als externen Dienstleister vorgesehen, diese soll ausweislich der Grundsätze dieser Richtlinie jedoch lediglich im Rahmen kurz- und langfristiger Finanzierungen für die Antragstellerin durch das viEVU begründet liegen. Dies ist aufgrund der als zulässig bewerteten Nutzung des konzerninternen Cashpools sowie der Kontrahierung entflechtungsrechtlich als unkritisch zu bewertender Kredite tolerierbar. Als entflechtungsrechtlich tolerierbar wertet die Beschlusskammer auch die mit dem Treasury- und Finanzhandbuch eröffnete Möglichkeit der Statkraft AS Group Treasury (A10.02, S. 2), über die Salden derjenigen Konten Informationen einzuholen, die nicht am Cash-Pool beteiligt sind. Die Voraussetzung, dass sie Saldo-Informationen abrufen kann, „wenn sie davon Kenntnis haben muss“, erscheint zwar sehr unpräzise. Durch die

Teilnahme der Antragstellerin am Cashpool ist die Kenntnisnahme von allen Konten eines Cash-Pool-Teilnehmers aus Gründen der Risikoabschätzung und Solvenzprüfung jedoch grundsätzlich gerechtfertigt (s.u. 2.4.5.1, S. 39 f.).

#### **2.4.3 Tochterunternehmen (§ 10b Abs. 3 EnWG)**

Eine indirekte Beeinflussung der Antragstellerin durch Beteiligung an oder von Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, die die Funktionen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie wahrnehmen, ist entsprechend den Vorgaben in § 10b Abs. 3 EnWG ausgeschlossen. Solche Tochterunternehmen dürfen weder direkt noch indirekt Anteile am Transportnetzbetreiber halten. Der Transportnetzbetreiber darf weder direkt noch indirekt Anteile an Tochterunternehmen des vertikal integrierten Unternehmens, die diese Funktionen wahrnehmen, halten noch Dividenden oder andere finanzielle Zuwendungen von diesen Tochterunternehmen erhalten (§ 10b Abs. 3 EnWG). Dies wird auch dann als erfüllt angesehen, wenn der zu entflechtende Netzbetreiber einer Holding-Gesellschaft unterstellt ist, die zwischen ihm und der Muttergesellschaft (hier Statkraft AS) angesiedelt ist und ihrerseits keine Kontrolle über Unternehmen aus dem wettbewerblichen Bereichen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb ausübt.

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Antragstellerin ist zur 100% Tochter der Statkraft Asset Holding AS, die wiederum eine 100%ige Tochter der im norwegischem Staatseigentum befindlichen Statkraft AS ist. Letztere ist als Konzernmutter zahlreicher Unternehmen zwar auch im Bereich Erzeugung, Gewinnung und Vertrieb von Energie tätig. Die Statkraft Asset Holding AS selbst jedoch nimmt keine der Funktionen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie wahr. Vielmehr handelt es sich um eine reine Holding, deren Geschäftszweck auf die Verwaltung der Auslandsunternehmungen des Konzerns gerichtet ist (Anlage A01.02).

Somit ist sichergestellt, dass die Antragstellerin kein Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des viEVU hat, dass sie in ihrem Verhalten beeinflussen könnte. Dies bestätigt sich auch dadurch, dass sich das viEVU im Eigentum des norwegischen Staates befindet und sein wirtschaftlicher Erfolg daher nicht in gleichem Maße existenznotwendig ist, als dies bei viEVU in rein wirtschaftlichem Umfeld der Fall ist.

#### **2.4.4. Gewährleistung der Mittel für Transportnetz (§ 10b Abs. 4 EnWG)**

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 (§ 10b Abs. 4 EnWG).

(1) Die Antragstellerin hat erklärt, dass der ihr zur Verfügung stehende finanzielle Rahmen ausreichend ist, um den Betrieb und Erhalt des Netzes aufrecht zu erhalten. Des Weiteren ist sichergestellt, dass die Antragstellerin neben der Nutzung des konzerninternen Cash Pools die Befugnis hat, innerhalb des ihr vorgegebenen Rahmens eigenständig auf dem Kapitalmarkt neue Finanzmittel, die für das Alltagsgeschäft nötig sind, zu akquirieren (s.o.).

Die Antragstellerin hat dargelegt, dass sie grundsätzlich über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, die erforderlich sind, um den für sie anwendbaren 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 Übertragungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, [REDACTED]

[REDACTED]

(2) [REDACTED]

(3) [REDACTED]

### 2.4.5 Marktüblichkeit der Vereinbarungen

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

#### 2.4.5.1 Cash Pool

Die Antragstellerin hat mit der [REDACTED] eine Cash Pool-Vereinbarung geschlossen (Anlage A13.7.1 Lieferung 29.03.19), [REDACTED]. Die Vereinbarung ist marktüblich im Sinne des § 10b Abs. 5 EnWG.

Finanzielle Beziehungen sind als marktüblich anzusehen, wenn sie sich jedenfalls in einem substantiellen Maße in der Marktpraxis durchgesetzt haben. Wie die Beschlusskammer bereits in der Vergangenheit festgestellt hat, lässt sich dieser Rechtsbegriff aufgrund der Vergleichbarkeit der Normziele durch einen Rückgriff auf den Begriff der Marktüblichkeit im steuerrechtlichen Sinne präzisieren. Somit kann aus § 1 Abs. 1 Satz 1 AStG und dem darin angelegten sogenannten Fremdvergleichsgrundsatz und der Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung (vgl. dazu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) der Grundsatz abgeleitet werden, dass der Vereinbarung Bedingungen zugrunde zu legen sind, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten. Zweck des § 10b Abs. 5 EnWG ist die Wahrung bzw. Stärkung der Unabhängigkeit des Unabhängigen Transportnetzbetreibers, indem tatsächlich vergleichbare Finanzierungsmöglichkeiten hergestellt werden, so dass der Unabhängige Transportnetzbetreiber ausschließlich nach wirtschaftlichen Kriterien entscheidet, welches Finanzierungsangebot er annimmt (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 62). Dadurch wird insbesondere unterbunden, dass der Unabhängige Transportnetzbetreiber durch Zahlung überhöhter Preise an das verbundene Unternehmen dessen Einkünfte auf Kosten der dem Netzbetreiber zustehenden Finanzmittel künstlich erhöht. Letztlich ist somit zu prüfen, ob sich die beteiligten Unternehmen ebenso verhalten hätten, wenn sie nicht miteinander verbunden wären. Zur Konkretisierung dieses Merkmals wird in der Rechtsprechung die Figur des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers“ herangezogen. Zur Beurteilung der Marktüblichkeit eines Cash Pools oder anderen finanzieller Beziehungen wäre somit zu fragen, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer eines vergleichbaren nicht verbundenen Unternehmens sich auf ein entsprechendes Geschäft eingelassen hätte.

Die Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Statkraft AS als Cash Pool Führer ist als physischer Zero-Balancing Cash Pool organisiert, bei dem die Antragstellerin dem Cash Pool Führer täglich überschüssige Liquidität auf das übergeordnete Cash Pool-Konto überweist oder im Bedarfsfall Liquidität anfordert. Die Konten sind damit täglich vollständig auszugleichen. Dies stellt neben dem sog. virtuellen Cash Pool mit einer nur virtuellen Saldierung oder Modellen, in

denen eine sog. Sockelliquidität beim Cash Pool Teilnehmer verbleiben darf, eine marktübliche Variante des Cash Pooling dar.

Von Seiten der Antragstellerin nehmen zwei und damit ihre bislang einzigen Konten an dieser Vereinbarung teil. Weitere Konten kann die Antragstellerin zwar selbstständig eröffnen, hat dies nach eigenem Vortrag bislang jedoch nicht getan. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich als marktüblich anzusehen, begründet jedoch auch die Gefahr, dass jenseits der Anforderungen des § 10b Abs. 5 EnWG die Unabhängigkeit gem. § 10b Abs. 5 EnWG in Frage gestellt wird. Insbesondere ist eine solche Praxis geeignet, die Befugnis zur Beschaffung von zusätzlichen Finanzmitteln auf dem Kapitalmarkt zu unterlaufen, da die beschafften Finanzmittel über die Saldierung der Bankkonten auf das Masterkonto fließen könnten. Grundsätzlich besitzt die Antragstellerin jedoch die Möglichkeit, diese Konten von der Saldierung auszunehmen (Antragsbegründung S. 34) oder nicht teilnehmende Konten zu eröffnen und zu nutzen. Davon beabsichtigt sie im Zuge der Übernahme des Bilanzkreismanagements tatsächlich Gebrauch zu machen und einen sog. Settlement Account (Pfandkonto) für das Bilanzkreismanagement und die dazu erforderlichen Sicherheiten zu eröffnen. Dieses wird nicht am Cashpool teilnehmen. Ebenso ist davon auszugehen, dass bei Aufnahme eines Kredites von einem externen Kreditgeber eine entsprechende Maßnahme erfolgt, die ein Abfließen des Kredites in das Masterkonto verhindert.

Dass der Cash Pool-Führer auch von den Salden dieser ausgenommenen Konten Kenntnis erlangen darf, ist als unkritisch zu werten. Dieser Informationszugang ist gerechtfertigt, da der Cash Pool-Führer zum Zwecke der Prüfung der Wertigkeit der bestehenden Rückzahlungsforderungen verpflichtet ist, Informationen über die Bonität aller Teilnehmer einzuholen und diese im Gegenzug allen Teilnehmern zur Verfügung zu stellen. Dies gilt umso mehr als das Guthaben einzelner Teilnehmer vorliegend nicht besichert ist und diese jederzeit in der Lage sein müssen, fortlaufend die Vollwertigkeit ihrer Rückzahlungsforderung prüfen zu können. Falls diese Vollwertigkeit aufgrund von Bonitätsverschlechterungen der Muttergesellschaft nicht mehr gegeben sein sollte, muss die Tochtergesellschaft den Kredit kündigen oder zusätzliche Sicherheiten fordern. Die Etablierung eines Informations- und Frühwarnsystems im Cash Pool-System, das es den am Cash Pool teilnehmenden Unternehmen ermöglicht, die wirtschaftliche Situation des Cash Pools und damit die Werthaltigkeit seiner Darlehensrückzahlungsforderungen zu beurteilen ist dementsprechend von der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 – (MPS), Rn. 10 ff.). Demnach darf der Cash Pool-Führer auf der einen Seite von allen Gruppenunternehmen entsprechende Informationen einfordern und muss diese auf der anderen Seite den anderen Gruppenunternehmen zur Verfügung stellen. Nach der von der Antragstellerin vorgelegten Vereinbarung, die zwischen dem Cash-Pool-Führer und den teilnehmenden Tochterunternehmen einerseits und der [REDACTED] andererseits geschlossen wurde, wird dieses Informationssystem durch die jederzeitige Möglichkeit gewährleistet, Kontoauszüge der Unterkonten online einzusehen (s. Ziffern 11 und 14 Anlage 7 A14\_01\_12,

Nachlieferung vom 29.05.2019). Auf Seiten des Cash Pool-Führers ist ein Insolvenzrisiko nicht anzunehmen, da sich [REDACTED] vollständig im Eigentum des norwegischen Staates befindet. Die Erforderlichkeit einer Informationspflicht auf Seiten des Cash Pool Führers ist daher im Gegensatz zu bisher betrachteten Unternehmen vernachlässigbar. Das Fehlen einer ausdrücklichen Informations- und Frühwarnpflicht ist daher unter den gegebenen Umständen hinnehmbar.

Der Cash-Pool-Moderator ist verpflichtet, die internen Kreditlinien zu dokumentieren (Anlage A13.07.01, Punkt 2). Eine ausdrückliche Dokumentationspflicht des Cash Pool Moderators in Bezug auf sämtliche Zahlungsströme fehlt zwar (Anlage A13.7). Sie wird jedoch durch die zwischen den Cash Pool-Teilnehmern und dem Cash Pool-Führer mit der [REDACTED] abzuschließenden Zero-Balancing-Cash-Pool-Vereinbarung ersetzt (s. Anlage 7 A14\_01\_12, Nachlieferung vom 29.05.2019). Diese sieht in den Ziffern 11 und 14 vor, dass jeder Vertragspartner Kontoauszüge der teilnehmenden Unterkonten online bei der [REDACTED] einsehen kann.

Langfristiger Kapitalbedarf wird üblicherweise nicht über Cash Pooling gedeckt. Marktüblich sind daher Vereinbarungen, die für längerfristige Darlehensgewährungen gesonderte Vereinbarungen vorsehen. Vorliegend enthält die Vereinbarung eine entsprechende Regelung.

Ferner verweist die vorliegende Cash Pool-Vereinbarung auch hinsichtlich des kurzfristigen Finanzbedarfs der Antragstellerin auf separate Kreditvereinbarungen, die zwischen der [REDACTED] und der Antragstellerin zu treffen sind. Dies schließt Kreditvereinbarungen der Antragstellerin mit Dritten nicht aus.

Um dem steuerrechtlichen Fremdvergleichsgrundsatz und damit den Anforderungen an die Marktüblichkeit zu genügen, ist der aus dem Cash Pool generierte Gewinn einerseits zwischen dem Cash Pool-Führer und den Cash Pool-Teilnehmern und andererseits unter den Cash Pool-Teilnehmern untereinander angemessen aufzuteilen. Im Vertrag ist dazu eine Aufteilung ausschließlich zwischen den Teilnehmern untereinander vorgesehen. Auf eine regelmäßig zu fordernde Aufteilung unter Berücksichtigung einer fremdüblichen Vergütung des Cash Pool-Führers kommt es mangels dessen Teilnahme nicht an.

Eine **Vergütung** bzw. ein Ausgleich für die Kosten des Liquiditätsmanagements und das Kreditrisiko des Cash-Pool-Moderators ist im vorgelegten Vertrag nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich nach Ausführungen der Antragstellerin (Antragsbegründung, S. 34) jedoch aus der Hinzurechnung einer Marge zu dem der jeweiligen Währung zugrundeliegenden Referenzzinssatz. Die Marge ergibt sich aus Anhang B, zweiter Teil zum Cash-Pool-Vertrag, der die internen Kreditlinien je nach Rating und Fristigkeit definiert. Für Auszahlungen sind je nach Kreditwürdigkeit des Cash-Pool-Teilnehmers gestaffelte Margen vorgesehen, die sich nach den Ratings der branchenübergreifend anerkannten Agentur Moody's richten (Anlage A13.07.01 Anhang B). Die Staffelung je nach Kreditwürdigkeit der entnehmenden Teilnehmer ist, wie bereits in vorangegangenen Entscheidungen festgestellt, marktüblich, die Orientierung an Leitzinsen für die

jeweilige Währung ebenfalls nicht zu beanstanden. Dies erscheint angesichts der von dem Cash-Pool-Moderator übernommenen Aufgaben und Risiken als angemessen, zumal branchenüblich mit der Marge sowohl eine Kostenerstattung als auch ein geringer Gewinnaufschlag geleistet werden darf. Anhaltspunkte für eine unverhältnismäßige oder diskriminierende Gestaltung sind nicht erkennbar.

Die Aufteilung des Gewinns unter den Teilnehmern erscheint marktüblich. Den Teilnehmern stehen verschiedene Konten in jeweiliger Landeswährung zur Verfügung, wobei zur Berechnung der Zinsen für Eingabe bzw. Auszahlung der jeweils ausgewiesene Leitzins zugrunde gelegt wird. Die Marge für Einlagen bemisst sich nach auf das Jahr bemessenen Auf- oder Abschlägen abhängig von der jeweils maßgeblichen Währung (Anlage A13.07.01 Anhang B). Wesentliche Kriterien für den Habenzinssatz sind die Kreditwürdigkeit und die Höhe der Habenposition. Der Habenzinssatz sollte in der Regel nicht unter dem externen Habenzins liegen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sich die Cash Pool-Teilnehmer nicht schlechter stellen dürfen als bei Nichtteilnahme, da ansonsten der wirtschaftliche Zweck des Cash Pools nicht gegeben wäre. Es sind somit günstigere Zinssätze zu wählen, als der jeweilige Cash Pool-Teilnehmer aus „stand alone“-Basis bei einer Bank erzielen würde. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Ferner sieht der Vertrag eine Maximalfrist von einem Jahr für die sog. interne Kreditlinie vor. Damit wird sichergestellt, dass kein Cash Pool-Teilnehmer permanente Sollsalden ausweist, und damit ein eigentlich kurzfristiges Darlehen und dessen niedrigeren Zinssatz ausnutzt. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Der Antragstellerin steht es auch frei, den Cash Pool-Vertrag unter Einhaltung einer [REDACTED] und damit nicht übermäßig langen Kündigungsfrist durch einfaches unterschriebenes Schreiben an den Cash-Pool Moderator zu kündigen (Antragsbegründung S. 34), um so verhältnismäßig kurzfristig auf günstigere Konditionen bei Drittanbietern zurückgreifen zu können.

Eine Möglichkeit zur **außerordentlichen Kündigung** für den Fall, dass Hinweise auf eine fehlende Werthaltigkeit der Forderungen der Antragstellerin gegenüber dem Cash-Pool bestehen, ist nicht vorgesehen. Dies ist jedoch hinnehmbar, da zum einen die gewährte ordentliche Kündigungsfrist mit [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



mit dieser Person sowie die jeweiligen Vertragsbedingungen mitgeteilt (§ 10c Abs. 1 S. 1 EnWG, Antragsbegründung S. 35).

Die Antragstellerin hat Herrn Jan Brewitz als ihren Geschäftsführer benannt. Diese Funktion erfüllt er seit dem Jahr 2008. Sie hat zudem den Anstellungsvertrag nebst Zusatzvereinbarungen vorgelegt, aus dem die unbegrenzte Vertragslaufzeit sowie die einzelnen Vertragsbedingungen hervorgehen (Anlage A15.02). Daraus sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die Zweifel an der Unabhängigkeit der Geschäftsführung begründen könnten.

Des Weiteren gehört seit dem 01.01.2019 Herr Dr. Lutz Landwehr zur Geschäftsleitung, wobei er als Commercial Director dem Geschäftsführer unmittelbar unterstellt ist. Sein Anstellungsvertrag ist ebenfalls vorgelegt worden (Anlage A16.02.02) und enthält keine Anhaltspunkte die Zweifel an der Unabhängigkeit der Geschäftsführung begründen könnten, zumal er im Vorfeld keine Tätigkeit beim viEVU oder eines anderen im Konzern verbundenen Unternehmens ausgeübt hat.

### **2.5.2 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 haben (§ 10c Abs. 2 EnWG).

Die Vorgabe des § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG gilt auch für Personen, die der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt und für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich sind (§ 10c Abs. 6 EnWG). Bei der Regelung handelt es sich um die sog. „Cooling On“-Perioden, die gewährleisten sollen, dass ein Wechsel von Personen innerhalb des Konzerns grundsätzlich möglich bleibt. Allerdings soll das Diskriminierungspotential, das mit einem solchen internen Wechsel einhergeht, minimiert werden.

Für den vorliegenden Zertifizierungsantrag ist zu berücksichtigen, dass diese Vorgaben auf Ernennungen, die vor dem 3.3.2012 wirksam geworden sind, keine Anwendung finden. Dies ist für einen der zwei Mitglieder der Geschäftsleitung der Fall. Wie die Antragstellerin erklärt hat, wurde der Geschäftsführer im Jahre 2008 und somit bereits vor dem 3.3.2012 ernannt und mit den gegenwärtig ausgeübten Aufgaben betraut.

Die Europäische Kommission äußerte in ihrer Stellungnahme Zweifel an der europarechtlich konformen Umsetzung des Art. 19 Abs. 3 Richtlinie 2009/72/EG. Europarechtlich sei danach keine zeitliche Einschränkung für die rückwirkende Geltung der Cooling-On-Perioden vorgese-

hen. Diese Regelung könne in bestimmten Fällen die tatsächliche Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers untergraben. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur deshalb auf erneut zu prüfen, ob der überwiegende Teil der Unternehmensleitung der Antragstellerin die Unabhängigkeitskriterien der Richtlinie in vollem Umfang erfüllt. Wie bereits in der Vergangenheit festgestellt, ist die Anwendung der nationalen Norm nicht zuletzt wegen Beachtung des Rückwirkungsverbots sowie der Berücksichtigung von Verhältnismäßigkeitserwägungen nicht zu beanstanden.

Die Stromrichtlinie enthält in Art. 19 Abs. 3 Stromrichtlinie zwar keinen ausdrücklichen Stichtag für die Anwendung der Cooling On-Vorgaben. Art. 9 Abs. 1 Stromrichtlinie stellt jedoch klar, dass die Einhaltung der Entflechtungsregelungen erst zum 03.03.2012 sicherzustellen ist. Die allgemeine Umsetzungsfrist, die nach Art. 49 Stromrichtlinie auf den 03.03.2011 festgelegt worden ist, wurde für die Vorgaben zur Entflechtung um ein Jahr (03.03.2012) verlängert. Insofern hat auch der europäische Richtliniengeber eine separate Umsetzungsfrist für die neuen Vorgaben zur Entflechtung vorgesehen. Damit ist schon systematisch unklar, ob der Richtliniengeber eine Rückwirkung der Cooling On-Vorgaben verpflichtend vorgesehen hat oder ob nicht auch diese Vorgaben erst mit dem Stichtag 03.03.2012 Anwendung finden sollen. Die separate Umsetzungsfrist für die Entflechtung spricht eher für einen Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten, nach dem jedenfalls spätestens nach dem 03.03.2012 alle Vorgaben der Entflechtung Anwendung finden müssen, eine Umsetzung vor dem Stichtag 03.03.2012 aber in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt ist. Hiergegen spricht auch nicht der Wortlaut in Art. 19 Abs. 3 Stromrichtlinie, nach dem Personen der Unternehmensleitung „drei Jahre vor einer Ernennung“ keine beruflichen Positionen beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen bekleidet haben dürfen. Die Frist knüpft nach dem reinen Wortlaut nicht an den Stichtag 03.03.2012, sondern an den Rechtsakt der „Ernennung“ an, der zeitlich weit vor diesem Stichtag liegen kann. Eine wörtliche Anwendung dieser Vorgabe hätte damit nicht nur eine echte Rückwirkung auf den Zeitpunkt vor der Veröffentlichung der Richtlinie im Amtsblatt am 14.08.2009 zur Folge, sondern würde auch noch weit vor diesem Zeitpunkt in die Rechte der Transportnetzbetreiber und ihrer Mitarbeiter eingreifen. Eine solche Wirkung wäre weder mit Blick auf das Rückwirkungsverbot zulässig noch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geboten.

Im Rahmen des nationalen Umsetzungsspielraums ist daher die Einführung eines Stichtages auch bei wörtlicher Anwendung von Art. 19 Abs. 3 Stromrichtlinie erforderlich und geboten, wobei dem Mitgliedstaat mangels ausdrücklicher Regelung in der Richtlinie ein Umsetzungsspielraum dahin zukommt, ob ein solcher Stichtag der Tag der Veröffentlichung der Richtlinie im Amtsblatt, des Inkrafttretens der Richtlinie, des Ablaufs der allgemeinen Umsetzungsfrist oder des Ablaufs der speziellen Umsetzungsfrist für die Entflechtungsvorgaben ist. Hiervon hat der

deutsche Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung mit der Übergangsbestimmung in § 10c Abs. 2 S. 3 EnWG Gebrauch gemacht:

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

Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Antragstellerin hier die Ernennung vor dem 03.03.2012 vorgenommen hat und eine Prüfung der Anwendung der Cooling On-Vorgaben nicht stattfindet.

Der Kaufmännische Leiter, Herr Dr. Lutz Landwehr, war vor seiner Anstellung durch die Antragstellerin zum 01.01.2019 in verschiedenen Funktionen für Unternehmen [REDACTED], die in keiner gesellschaftsrechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehung zur Antragstellerin oder zum Statkraft Konzern standen oder stehen. Somit sind die Anforderungen des § 10c Abs. 2 S. 1 in seiner Person ebenfalls erfüllt.

Auch mit Blick auf die Stationsverantwortlichen [REDACTED], bedarf es keiner Prüfung der Cooling-On-Vorgaben. In der Sache kann dabei dahinstehen, ob diese der in § 10c Abs. 6 EnWG adressierten sog. zweiten Ebene angehören. Auch, wenn die Wahrnehmung der Aufgabe des Technischen Leiters in Personalunion durch den Geschäftsführer darauf hindeuten könnte, dass die nachgelagerte Ebene nicht durch diesen selbst, sondern durch die hierarchisch erst darunter verorteten Zuständigen gebildet wird, liegen in den vorgenannten Personen Voraussetzungen vor, die eine Prüfung der Cooling-On-Vorgaben obsolet werden lassen. In § 10c Abs. 6 EnWG wird die Prüfung der Cooling-On-Vorgaben gemäß § 10c Abs. 2 Satz 1 EnWG zwar auch auf Personen erstreckt, die der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt und für den Bereich Wartung, Betrieb oder Entwicklung des Netzes verantwortlich sind. Der in § 10c Abs. 2 Satz 3 EnWG geregelte Geltungsbeginn ist nach Ansicht der Beschlusskammer jedoch trotz des Fehlens eines ausdrücklichen Verweises auf diese Regelung im Wege einer Analogie auch auf Personen der sog. zweiten Hierarchieebene anzuwenden. Unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung zu § 10c Abs. 2 Satz 3 EnWG geht die Beschlusskammer in diesem Zusammenhang von einer unplanmäßigen Regelungslücke aus. Die Gesetzesbegründung führt, wie bereits oben zitiert, den Grundsatz des Rückwirkungsverbots für die erst ab dem 03.03.2012 national zu beachtenden europarechtliche Regelung sowie Verhältnismäßigkeitserwägungen als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips an. Diese Argumente sind grundsätzlicher Natur und betreffen rechtstaatliche Grundsätze, die unabhängig ihrer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung

Beachtung verlangen. Anhaltspunkte, die eine gegenüber der Geschäftsleitung strengere Behandlung des hierarchisch nachgeordneten Personals rechtfertigen sind demgegenüber nicht ersichtlich. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird durch die zur Begründung der Cooling-On-Vorgabe des § 10c Abs. 6 EnWG rekurrierte vergleichbare Einflussnahmemöglichkeit auf Entscheidungen des Unabhängigen Transportnetzbetreibers gestützt. Wenn beiden Gruppen eine vergleichbare Einflussnahme ausüben können, erklärt sich nicht, weshalb die der Geschäftsleitung nachgeordnete Hierarchiestufe sogar rückwirkend und damit strenger zu prüfen sein soll, als die Geschäftsführung selbst. Die Willkürlichkeit, die sich aus einer derartigen Ungleichbehandlung ergäbe, zeigt sich im Falle [REDACTED] ganz deutlich. Dieser ist bereits seit 2010 bei der Antragstellerin tätig und wurde bis vor einigen Monaten als Mitglied der Geschäftsleitung eingeplant. Er wäre dabei unmittelbar von der Regelung des § 10c Abs. 2 Satz 3 EnWG umfasst gewesen. Allein durch die im Zuge der Zertifizierung vorgenommenen Umstrukturierung würde mangels ausdrücklichen Verweises auf Abs. 2 Satz 3 ausschließlich § 10c Abs. 6 i.V.m. mit Abs. 2 Satz 1 EnWG gelten. Allein durch die formal weniger einflussreiche Wahrnehmung einer nachgelagerten Aufgabe im Bereich Betrieb und Wartung würde demnach das Erfordernis begründet, die Erfüllung der Cooling-on-Regelung in seiner Person zu prüfen. Dies erscheint selbst unter der Annahme von erheblichem Expertenwissen und maßgeblichen Entscheidungsbefugnissen auch in dieser Funktion in Anbetracht des zeitlichen Anwendungsbereichs für die Geschäftsleitung als Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte. Eine sachliche Rechtfertigung ist dabei auch aus der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich (vgl. Amtliche Begründung BT-Drucks. Nr. 343/ 11, vom 06.06.2011, S. 157, 159 f.). Daher hat die Beschlusskammer davon abgesehen, in Bezug auf [REDACTED] eine Prüfung gemäß § 10 c Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 EnWG durchzuführen.

### **2.5.3 Vorgang 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 (§ 10b Abs. 5 EnWG).

Der § 10b Abs. 5 EnWG stellt das Pendant zum Absatz 2 dar und regelt die „Cooling Off“-Perioden der Personen der Unternehmensleitung. Diese Vorgabe gilt auch für Personen, die der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt und für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich sind (§ 10c Abs. 6 EnWG).

Ausweislich der Zusatzvereinbarungen zu den jeweiligen Anstellungsverträgen hat die Antragstellerin entsprechende Regelungen für die zwei Mitglieder der Geschäftsführung Regelungen zum „Cooling Off“ vorgesehen, die von diesen auch akzeptiert und unterzeichnet wurden

(Anlage A15.02, A16.02.01, Anlage 1 zum Schreiben der Antragstellerin vom 31.01.2019).  
Gleiches gilt für die Herren [REDACTED].

#### **2.5.4 Gewährleistung der Unabhängigkeit**

Die Voraussetzungen des § 10c Abs. 3 EnWG zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Personals liegen vor. Danach hat der Unabhängige Transportnetzbetreiber sicherzustellen, dass alle bei ihm beschäftigten Personen nicht beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Teile angestellt sind, noch sonstige Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen unterhalten.

Diesbezüglich hat die Antragstellerin Zusatzvereinbarungen zu den jeweiligen Anstellungsverträgen vorgelegt, die entsprechende Untersagungsklauseln enthalten (s. unter Ziffer 2.5.3 genannte Anlagen). Zudem haben die Mitglieder der Unternehmensleitung der Antragstellerin eine zusätzliche Erklärung abgegeben, dass keiner von ihnen bei einem anderen Unternehmen der Statkraft Gruppe angestellt ist oder besondere Vergünstigungen des Konzerns oder dessen Mitglieder erhält (Anlage A 16.3 und Anlage 1 zum Schreiben vom 31.01.2019). Eine entsprechende eigene Erklärung für die Gesamtheit ihrer Beschäftigten hat die Antragstellerin mit Anlage 18.02 vorgelegt.

Schließlich sind alle Mitarbeiter auf das Gleichbehandlungsprogramm verpflichtet, das als arbeitsvertragliche Zusatzvereinbarung unmittelbar verpflichtend wirkt.

#### **2.5.5 Erwerb von Anteilen am vertikal integrierten Unternehmen**

Weder die Geschäftsleitung noch die weiteren Mitarbeiter der Antragstellerin halten Anteile an dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen. Die Mitglieder der Geschäftsleitung haben dazu persönliche Erklärungen in Anlagen A16.05.01 sowie Anlage 1 zum Schreiben vom 31.01.2019. abgegeben. Zudem hat die Antragstellerin erklärt, dass den bei ihr angestellten Personen ein Erwerb entsprechender Anteile untersagt ist. Hierzu hat die Antragstellerin entsprechende Erklärungen der beiden Mitglieder der Geschäftsleitung in den jeweiligen Arbeitsverträgen vorgelegt (Anlage A15 02, A16.02.01, Anlage 1 zum Schreiben vom 31.01.2019, Anlage A18.01 Schreiben vom 28.09.2018)

#### **2.6 Aufsichtsrat**

Die Antragstellerin verfügt über ein Styrelse, und damit ein einem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft entsprechendes Organ nach dem schwedischen Aktiengesetz (siehe Abschnitt 2.6.1.). Diese nimmt die ihm in § 10d EnWG zugedachten Aufgaben wahr (siehe Abschnitt 2.6.2.). Die

Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrates vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen werden erfüllt (siehe Abschnitt 2.6.3.).

### **2.6.1 Gewährleistung eines Aufsichtsrats**

Entsprechend der Vorgabe in § 10d Abs. 1 EnWG verfügt die Antragstellerin über ein Styrelse nach schwedischem Recht, der einem Aufsichtsrat nach Abschnitt 2 des Teils 4 des Aktiengesetzes in den wesentlichen Aspekten wie Besetzung und Aufgaben entspricht.

Die Antragstellerin hat die Geschäftsordnung des Styrelses, aus der sich insbesondere dessen Zusammensetzung, Aufgaben etc. ergeben, vorgelegt (vgl. Anlage 21.3 des Antrags). Regelungen, die eine von den Entflechtungsvorschriften abweichende Einflussnahme des Styrelse auf die Antragstellerin ermöglichen, sind für die Beschlusskammer nicht erkennbar.

### **2.6.2 Aufgabenbereich**

Der Aufsichtsrat nimmt die ihm in § 10d Abs. 2 EnWG zugedachten Aufgabenbereiche wahr. Insbesondere trifft er Entscheidungen betreffend die Ernennung und Abberufung der Geschäftsleitung sowie des Gleichbehandlungsbeauftragten, den Abschluss und die Änderung von Dienstverträgen mit Geschäftsführern und dem Gleichbehandlungsbeauftragten, die Verabschiedung des Finanzplans sowie wesentlicher vom Finanzplan abweichender Maßnahmen als auch betreffend die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses sowie die Verwendung des Ergebnisses. Der Beschlussfassung und Zustimmung des Aufsichtsrats explizit entzogen sind laufende Geschäfte des Netzbetreibers, insbesondere der Netzbetrieb. Diese sind ausschließlich von der Unternehmensleitung zu treffen (Antragsbegründung S. 37, Anlage A20.03, §§ 10 f.). Darüber hinaus bedürfen einzeln bestimmte Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung für die Antragstellerin der Zustimmung des Styrelses (Anlage A20.03 § 12, vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Dazu zählen u.a. der Erwerb oder die Veräußerung von Unternehmensteilen, Änderung der Unternehmensstruktur und bestimmten Nebentätigkeiten seiner Mitglieder. Diese Zustimmungsvorbehalte sind unkritisch, da die betroffenen Entscheidungen nicht die nach § 10 b Abs. 1 und § 10 d Abs. 2 EnWG der Geschäftsleitung zustehenden Zuständigkeiten betreffen.

### **2.6.3 Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats**

Die Antragstellerin hat erklärt, dass die in § 10d Abs. 3 EnWG enthaltenen Regelungen bezüglich der Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats eingehalten werden. Demnach sind die Unabhängigkeitsanforderungen des § 10c Abs. 1–5 EnWG für die Hälfte der Mitglieder minus einem Mitglied des Aufsichtsrats erfüllt.

Entsprechend der Regelung des Absatzes 2 des § 10c EnWG darf mithin die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats abzüglich eines Mitglieds in den letzten drei Jahren vor einer Ernennung nicht bei einem Unternehmen des vertikal integrierten Unternehmens, das im Elektrizitätsbereich eine der Funktionen Erzeugung, Verteilung, Lieferung oder Kauf von Elektrizität und im Erdgasbereich eine der Funktionen Gewinnung, Verteilung, Lieferung, Kauf, Betrieb einer LNG-Anlage oder Speicherung von Erdgas wahrnimmt oder kommerzielle, technische oder wartungsbezogene Aufgaben im Zusammenhang mit diesen Funktionen erfüllt, oder einem Mehrheitsanteilseigner dieser Unternehmen angestellt gewesen sein oder Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu einem dieser Unternehmen unterhalten haben. Mit sechs Mitgliedern des Styrelses, wovon zwei Mitglieder diese Voraussetzungen ausweislich der Erklärungen und vorgelegten Lebensläufe erfüllen, ist dies gegeben (Anlagen A20.05-07).

Für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder hat die Antragstellerin die gemäß §10d Abs. 3 i.V.m. § 10c Abs. 1 Satz 1 EnWG erforderlichen Informationen mitgeteilt.

## **2.7 Gleichbehandlungsprogramm und Gleichbehandlungsbeauftragter**

Die Antragstellerin hat schließlich dargelegt, dass sie die Anforderungen des § 10e EnWG zum Gleichbehandlungsprogramm und zur Gleichbehandlungsbeauftragten erfüllt. Daher waren die gemäß §§ 10e Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 und 4 EnWG erforderlichen Genehmigungen zu erteilen.

(1) Das Gleichbehandlungsprogramm wurde vorgelegt und entspricht den Anforderungen des § 10e Abs. 1 EnWG. Insbesondere hat die Antragstellerin darin die Maßnahmen zur Erfüllung der Entflechtungsvorgaben und zur Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs, die Pflichten der Mitarbeiter als auch den Hinweis auf arbeitsrechtliche Konsequenzen bei Pflichtverstößen niedergelegt (s. Anlage A21.01 des Antrags). Das Gleichbehandlungsprogramm stellt ausweislich seines Einleitungstextes eine arbeitsvertragliche Zusatzvereinbarung mit dem jeweiligen Mitarbeiter dar. Ausweislich des Programms wird es den Mitarbeitern aller Ebenen zu Beginn der jeweiligen Tätigkeit für die Antragstellerin ausgehändigt, im Übrigen elektronisch bekannt gemacht werden.

(2) Als Gleichbehandlungsbeauftragte wurde die [REDACTED] als externe Dienstleisterin beauftragt. Diese erfüllt die gesetzlichen Anforderungen (§ 10e Abs. 2 S. 2 EnWG). Sie ist am 20.03.2019 vom Styrelse ernannt worden. Dieser hat sich, wie oben ausgeführt, gem. den Vorgaben des § 10d EnWG konstituiert.

Die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Gleichbehandlungsbeauftragten sind erfüllt (§ 10e Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 10c Abs. 1–5 EnWG), insbesondere sind bisher erbrachte Tätigkeiten für die Statkraft Gruppe entweder beendet oder werden nach Abschluss der eigentlichen Gutachter-tätigkeit von einem personenverschiedenen Mitarbeiter lediglich bis zum Abschluss eines

laufenden Gerichtsverfahrens fortgesetzt. Zum Nachweis hat die Antragstellerin eine entsprechende persönliche Erklärung des Gleichbehandlungsbeauftragten beigebracht (s. Anlage A21.09, A21.10 des Antrags) und eine eigene Erklärung dazu abgegeben (s. Anlage A21.06 des Antrags).

Die Gleichbehandlungsbeauftragte ist der Unternehmensleitung in Form einer Stabsstelle unmittelbar unterstellt (Anlage A21.05 des Antrags) und in der Ausübung ihrer Aufgaben weisungsfrei (§ 10e Abs. 2 S. 4 EnWG, Anlage 9\_A21 Nachlieferung vom 29.05.2019).

Die Aufgaben der ■■■ als Gleichbehandlungsbeauftragte sind dem in Anlage A21.04 des Antrags vorgelegten Funktionsprofil zu entnehmen; sie entsprechen den in § 10e EnWG niedergelegten gesetzlichen Vorgaben. Die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderliche fachliche Eignung hat die Antragstellerin durch Vorlage des Qualifikationsprofils in Anlage A22.02 des Antrags nachgewiesen. Die Gleichbehandlungsbeauftragte hat diese ebenso wie ihre Verfügbarkeit im Sinne des § 10e Abs. 2 EnWG entsprechend schriftlich versichert (Anlage A21.06 des Antrags)

Die Gleichbehandlungsbeauftragte hat die notwendigen Mittel und den Zugang zu den erforderlichen Daten und Informationen (§ 10e Abs. 2 S. 6 und 7 sowie Abs. 6 EnWG). Zum Nachweis einer aufgabengerechten Ausstattung hat die Antragstellerin entsprechende Erklärungen vorgelegt (vgl. Anlage A21.03, A21.04, A21.07, A22.02 des Antrags). Die Gewährleistung des Zugangs zu erforderlichen Daten sowie zu den Geschäftsräumen hat die Antragstellerin mittels einer von der Geschäftsführung an die Führungskräfte der Organisationseinheiten gerichteten entsprechenden Anweisung im Gleichbehandlungsprogramm belegt (vgl. Anlage A21.01 des Antrags, dort S. 18 f., Punkt 7.3).

Die Gleichbehandlungsbeauftragte ist in die Entscheidungsabläufe der Antragstellerin eingebunden. Sie besitzt – wie oben dargestellt – Zugang zu den zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlichen Daten und Informationen. Weiter hat sie die Möglichkeit, an allen relevanten Gremiensitzungen, d. h. Sitzungen der Unternehmensleitung, des Aufsichtsrats, der Gesellschafter etc., teilzunehmen (vgl. Anlagen A20.03, A21.01 und 04 des Antrags). An den Aufsichtsrat erfolgt ihrerseits eine regelmäßige Berichterstattung gemäß § 10e Abs. 4 Satz 4 EnWG (Anlage A21.01 des Antrags).

(3) Die Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen der Gleichbehandlungsbeauftragten entsprechen den gesetzlichen Vorgaben (vgl. § 10e Abs. 3 S. 4 EnWG). Die Antragstellerin hat als Anlage A21.04 den Dienstleistungsvertrag der Gleichbehandlungsbeauftragten ■■■ vorgelegt. Daraus ergeben sich keine Anhaltspunkte für Widersprüche zwischen den energierechtlichen Anforderungen und den vereinbarten Auftragsbedingungen.

## 2.8 Nebenbestimmungen

Die Zertifizierungsentscheidung darf gemäß § 4a Abs. 4 EnWG mit Nebenbestimmungen und Auflagen versehen werden. Vorliegend wird von dieser Möglichkeit unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens Gebrauch gemacht, da einige Anforderungen für die Zertifizierung als UTB zum Zeitpunkt der Beschlussfassung noch nicht vorlagen, jedoch zeitnah erfüllt werden können. Gegenüber einer Versagung der Zertifizierung erscheint dies als milderer, zugleich zur Erreichung eines vollständig entflechtungskonformen Zustands besser geeignetes Mittel. Nicht zuletzt mit Blick auf den Umstand, dass die Antragstellerin sich bereits vor Jahren hätte zertifizieren lassen müssen, was vor dem Hintergrund der rechtlichen Auseinandersetzungen um ihre Eigenschaft als Übertragungsnetzbetreiberin unterblieb, ist mit den Auflagen einschließlich der entsprechenden Umsetzungsfristen auch keine unverhältnismäßige Belastung verbunden.

### 2.8.1 Tenorziffern 2 a.-c.

Der Antragstellerin ist aufzugeben, die für die Durchführung der Bilanzkreisbewirtschaftung noch ausstehenden Verträge, namentlich dem Balancing Agreement, dem Imbalance Settlement Agreement sowie das Market Participant Agreement SE4, unverzüglich nach Unterzeichnung durch die jeweiligen Vertragspartner anzuwenden bzw. die darin enthaltenen Rechte auszuüben und Pflichten zu erfüllen. Damit wird die Antragstellerin in der Sache verpflichtet, unverzüglich nach Unterzeichnung der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung noch ausstehenden und für die eigenverantwortliche Wahrnehmung des Bilanzkreismanagements erforderlichen Verträge auf schwedischer Seite mit dem Management ihrer Bilanzkreise in eigenem Namen und für eigene Rechnung und somit in gänzlich eigener Verantwortung zu beginnen. Die Dienstleistungen mit [REDACTED] sind unverzüglich nach Vertragsunterzeichnung durch die Vertragspartner zu beenden. Diese Verpflichtung dürfte die Antragstellerin nicht unverhältnismäßig belasten, da nach ihren Angaben alles zur Umsetzung der Verträge von ihrer Seite Erforderliche bereits eingeleitet ist. Demnach dürfte sie parallel dazu soweit auf die unmittelbare Umsetzung, i.e. das vollständig eigenständige Bilanzkreismanagement, vorbereitet sein, dass sie die Auflage weit vor der gesetzten Frist erfüllen dürfte. Dennoch ist mit Blick auf die erhebliche Dauer der Bilanzkreisbewirtschaftung durch den Mutterkonzern und der grundlegenden Bedeutung dieser Tätigkeit für einen entflechtungskonformen Zustand unbedingt sicher zu stellen, dass die Umsetzung der Verträge unverzüglich erfolgt.

Im Einzelnen wird der Antragstellerin aufgegeben, der Beschlusskammer die Unterzeichnung der vorgenannten Verträge durch die Vertragspartner unverzüglich mitzuteilen und nachzuweisen (Tenor Ziffer 2.a.). Dies ist erforderlich, um den Beginn der Umsetzungsfristen festzustellen, deren Befolgung mit einem Zwangsmittel bewährt ist. Des Weiteren hat die Antragstellerin der Beschlusskammer die initiale Umsetzung der vertraglichen Rechte und Pflichten in dem vertraglich bestimmten Umfang binnen eines Monats nach Unterzeichnung durch die Vertrags-

partner nachzuweisen (Tenor Ziffer 2.b). Dies kann beispielsweise durch entsprechende Erklärungen in Verbindung mit der Vorlage einer exemplarisch ausgewählten Fahrplanmeldung je in den deutschen wie auch schwedischen Bilanzkreis erfolgen. Ferner wird der Antragstellerin aufgegeben, die Beendigung der Dienstleistungen durch [REDACTED] [REDACTED] nachzuweisen (Tenor Ziffer 2.c.). Dies kann beispielsweise durch Vorlage der Kündigung des Dienstleistungsvertrags sowie deren schriftlicher Bestätigung durch die Dienstleister erfolgen oder ersatzweise durch entsprechende Erklärungen der Antragstellerin und der Vertragspartner, aus denen sich der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vertragsbeendigung ergibt.

Eine konkrete Fristsetzung unter Nennung eines bestimmten Termins ist unzweckmäßig, da die Entscheidung über die Unterzeichnung der drei ausstehenden Verträge nicht vom Willen oder der Mitwirkung der Antragstellerin abhängt. Die Entscheidung zur Unterzeichnung hängt von der Zustimmung der schwedischen Regulierungsbehörde ab, die aufgrund des schwedischen Rechts weitere Umstände prüft, welche nicht im Verantwortungsbereich der Antragstellerin liegen. Gleichwohl ist es erforderlich und angemessen, der Antragstellerin eine auf den Zeitraum definierte Frist vorzugeben, die mit dem Zeitpunkt der Unterzeichnung und damit des Inkrafttretens der Verträge beginnt. In Zusammenschau mit dem Eintreten der externen Bedingung wird die zunächst nur hinsichtlich ihrer Dauer bestimmte Frist ohne weiteres auch in Bezug auf ihr Ende konkretisiert.

Die Fahrplan- und Bilanzkreisbewirtschaftung wie auch die dazu gehörende Marktkommunikation sowie die IT-Anwendungssysteme insgesamt stellen grundlegende Kernaufgaben eines Übertragungsnetzbetreibers dar (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §20 EnWG, § 10a Abs. 5 EnWG). Ihre eigenverantwortliche und unabhängige Wahrnehmung sind für die Zertifizierung als unabhängiger Transportnetzbetreiber unverzichtbar. Mit Blick auf die bereits seit 2012 von Seiten der Beschlusskammer mitgeteilten Auffassung, dass die Antragstellerin zertifizierungspflichtig und damit entflechtungskonform auszugestalten ist, hat die Antragstellerin sicherzustellen, dass sie diese Kernaufgabe ohne weitere Verzögerung selbst wahrnimmt und somit eine endgültige Entflechtung im Sinne der §§ 10 ff. EnWG erfolgt ist. Diese Auffassung wird auch von der Europäischen Kommission gestützt, die gerade mit Blick auf die Dauer des bestehenden entflechtungswidrigen Zustands die Setzung ausreichend enger Fristen anregt (Stellungnahme C(2019) 6894 vom 20.09.2019, S. 3 f.). Auch ist die Tenorierung je einer Frist für jede einzelne Handlung weder unzulässig noch unverhältnismäßig. Es handelt sich um voneinander unabhängige Ereignisse, die zwar in einem sachlichen Kontext zueinanderstehen, jedoch in sich selbstständige Verfahrensschritte betreffen. Dies zeigt sich im Falle von Tenor Ziffer 2c. schon daran, dass andere Vertragspartner involviert sind.

### 2.8.2 Tenorziffer 2.d.

Die Zertifizierung war der Antragstellerin zudem unter der Auflage zu erteilen, der Beschlusskammer gegenüber [REDACTED]

[REDACTED] Als solche stellt sie lediglich einen bürokratischen Mehraufwand für die Antragstellerin dar, der die Entscheidungsfreiheit der Antragstellerin in keiner Weise beeinträchtigt. Sie ist daher sowohl erforderlich als auch angemessen.

### 2.9 Androhung eines Zwangsgelds, Tenor Ziffer 3.

Der Antragstellerin wird gemäß §§ 13 Abs. 1, 2, 9 Abs. 1 lit. b) VwVG i.V.m. § 94 EnWG Zwangsgeldes in Höhe von jeweils 500.000 Euro angedroht für den Fall, dass sie die Auflagen nicht fristgemäß umsetzt.

Gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 EnWG i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 1 VwVG ist die Beschlusskammer berechtigt, ihre Anordnungen nach den für die Vollstreckung von Verwaltungsmaßnahmen geltenden Vorschriften durchzusetzen. Dabei kann die Androhung des Zwangsmittels mit dem Verwaltungsakt verbunden werden, durch den die Handlung, Duldung oder Unterlassung aufgegeben wird, wenn dem Rechtsmittel gegen die Entscheidung wie vorliegend keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. § 76 Abs. 1 EnWG). Die Auflagen gemäß Ziffer 2 b. – d. des Tenors stellen Anordnungen der Beschlusskammer dar, die gemäß §§ 94 EnWG, 6 VwVG im Wege des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden können. Als Zwangsmittel ist gemäß §§ 9 Abs. 1 lit. b), 11 VwVG die Verhängung eines Zwangsgeldes statthaft, da es sich bei der Einhaltung der Vorgaben dieses Beschlusses jeweils um vertretbare Handlungen handelt.

Das Zwangsmittel in Höhe von jeweils 500.000 Euro ist sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach angemessen. Der Antragstellerin ist seit 2012, spätestens aber mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 07.03.2017 (Aktenzeichen EnVR 21/16) bekannt, dass sie als Übertragungsnetzbetreiberin zertifizierungspflichtig ist und somit alle dazu erforderlichen und gesetzlich ausdrücklich verlangten Vorkehrungen zu treffen hat. Dennoch hat sie erst im Laufe dieses Verfahrens begonnen, entsprechende organisatorische und rechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Die Beschlusskammer hat ihr zudem zugestanden, die Nachweise für die Umsetzung der zu ergreifenden Maßnahmen sukzessive einzureichen, so dass ihr ausreichend Zeit zur Verfügung stand, entsprechende rechtliche Beratung hinzuzuziehen und, zumindest bezogen auf Tenor Ziffern 2 a. frühzeitig alternative Umsetzungsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen. Dies hat die Antragstellerin jedoch ausweislich der eingereichten Unterlagen nicht, zumindest nicht in dem erforderlichen Maße getan. Da die Antragstellerin in dem vergangenen Jahr dennoch vieles unternommen hat, um den Anforderungen an die Organisation als unabhängiger Transportnetzbetreiber gerecht zu werden, erscheint eine gänzliche Ablehnung der Zertifizierung als unverhältnismäßig. Die mit einer Auflage versehenen Umsetzungsschritte stellen zwar grundlegende Maßnahmen dar, ihre Erfüllung ist aus Sicht der Beschlusskammer jedoch im Wege einer Auflage ausreichend abgesichert, zumal der Zeitraum für die Erfüllung in Anlehnung an die von der Antragstellerin genannten Erfüllungszeiträume sehr kurz gewählt sind.

Auch der Höhe nach ist ein Zwangsgeld in Höhe von 500.000,00 Euro entgegen der von der Antragstellerin zuletzt mit Schreiben vom 15.11.2019 mitgeteilten Auffassung mehr als angemessen. Die nicht geringe Höhe des angedrohten Zwangsgeldes ermöglicht eine wirksame Vollstreckung, liegt aber gleichwohl noch im unteren Bereich des nach § 94 S. 2 EnWG eröffneten Rahmens, der zwischen 1000 EUR und zehn Millionen EUR liegt. Vor dem Hintergrund der Stellungnahme der Europäischen Kommission, die die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes als zu gering ansieht, sei darauf hingewiesen, dass der Beschlusskammer im Falle wiederholter bzw. fortbestehender Zuwiderhandlung jeweils eine erneute Androhung und Festsetzung eines Zwangsgeldes unbenommen bleibt. Für diesen Fall wird die Antragstellerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Höhe des anzudrohenden Zwangsgeldes empfindlich steigen kann. Wie die Kommission ausführte, ermöglicht Art. 37 Abs. 4 lit. d der Elektrizitätsrichtlinie (Richtlinie 2009/72/EG) die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von bis zu 10% des Jahresumsatzes des vertikal integrierten Unternehmens. Auch dies wird in einer möglichen weiteren Zwangsgeldbemessung berücksichtigt werden. Damit wird die Anregung der Kommission aufgenommen, dass zumindest für alle folgenden Verstöße und Fristüberschreitungen eine Erhöhung der angedrohten Zwangsgelder in Betracht gezogen wird.

### **3. Sonstige Genehmigungen und Nebenbestimmungen (Tenor Ziffer 4)**

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 2.7).

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist 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.

Christian Mielke

Vorsitzender

Andreas Faxel

Beisitzer

Jochen Patt

Beisitzer

(Unterzeichnung wegen Abwesenheit  
verhindert)