



- Beschlusskammer 7 -

**Beschluss**

Az.: BK7-12-034 – U1

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Zustimmung zur Ernennung eines Gleichbehandlungsbeauftragten

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

Betroffene

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

durch ihren Vorsitzenden Christian Mielke,  
ihre Beisitzerin Diana Harlinghausen  
und ihre Beisitzerin Dr. Antje Peters

am 21.05.2013 beschlossen:

Die Zustimmung zur Ernennung [REDACTED]  
[REDACTED] als Gleichbehandlungsbeauftragte der Betroffenen wird nicht erteilt.

**Gründe**

**I.**

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft die Zustimmung zur Ernennung eines Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 10e Abs. 3 S. 2 EnWG.

Die Betroffene betreibt ein rund 700 km langes Erdgas-Hochdruckleitungsnetz im norddeutschen Raum und ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Erdgas Münster GmbH. Die Betroffene wurde zum 01.09.2005 als Erdgas Münster Transport GmbH & Co. KG gegründet und zum 20.02.2012 in Nowega GmbH umfirmiert.

Die Betroffene wurde mit Beschluss vom 09.11.2012 als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zertifiziert (Az.: BK7-12-034). Die Zertifizierung wurde unter Auflagen erteilt. Dabei wurde die Betroffene gemäß Tenor Ziffer 2. lit. e) des Zertifizierungsbeschlusses verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung einen neuen Gleichbehandlungsbeauftragten zu bestimmen und dessen Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen zur Genehmigung vorzulegen bzw. die Prokura der bisherigen Gleichbehandlungsbeauftragten aufzugeben und deren Auftrags- oder Beschäftigungsbedingungen erneut zur Genehmigung vorzulegen.

Mit Schreiben vom 30.04.2013, eingegangen per Fax am selben Tag, hat die Betroffene mitgeteilt, dass zur Umsetzung der Auflage gemäß Tenor Ziffer 2. lit. e) des Zertifizierungsbeschlusses vom 09.11.2012 der Aufsichtsrat der Betroffenen [REDACTED] als neue Gleichbehandlungsbeauftragte ernannt hat. Zur Erfüllung der Aufgaben des Gleichbehandlungsbeauftragten sei ein Dienstleistungsvertrag mit [REDACTED] abgeschlossen worden. Ferner wurde dargelegt, dass innerhalb [REDACTED] mit der Wahrnehmung der Aufgabe betraut sei. Die Betroffene bittet um Zustimmung zur Ernennung der neuen Gleichbehandlungsbeauftragten gemäß § 10e Abs. 3 S. 2 EnWG.

Die Beschlusskammer hat gegenüber der Betroffenen mit Schreiben vom 06.05.2013 Bedenken geäußert, ob mit der angezeigten Maßnahme die gesetzliche Verpflichtung zur Ernennung eines Gleichbehandlungsbeauftragten durch die Betroffene erfüllt sei. Denn mit [REDACTED] sei eine juristische Person zur Gleichbehandlungsbeauftragten ernannt worden, die gemäß dem Zertifizierungsantrag der Betroffenen vom 02.03.2012 gleichzeitig Dienstleistungen zur Rechnungsprüfung für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen erbringe. Aufgrund dieser bestehenden Interessen- und Geschäftsbeziehungen zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen seien die gesetzlichen Anforderungen gemäß § 10c Abs. 3 S. 1 und § 10c Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG an die Gleichbehandlungsbeauftragte nicht eingehalten. Der Betroffenen wurde mitgeteilt, dass die Beschlusskammer in Erwägung ziehe, die Zustimmung zur Ernennung der [REDACTED] als neue Gleichbehandlungsbeauftragte zu verweigern. Der Antragstellerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 14.05.2013 gegeben.

Mit Schreiben vom 14.05.2013, eingegangen am 15.05.2013, hat die Betroffene erklärt, dass sie nicht beabsichtige, einen neuen Gleichbehandlungsbeauftragten zu benennen. Sie vertritt die Rechtsauffassung, dass es bei der Bewertung zur Einhaltung der Voraussetzungen an den Gleichbehandlungsbeauftragten in erster Linie auf die tatsächlich ausführende Person innerhalb [REDACTED] hier [REDACTED], ankomme. Die juristische Person [REDACTED] sei lediglich beauftragt worden, um [REDACTED] keinem unwägbareren Haftungsrisiko auszu-



setzen. Weiter hat die Betroffene ausgeführt, dass [REDACTED] als der für die Betroffene zuständige Wirtschaftsprüfer über die entsprechend notwendige fachliche Expertise verfüge und bereits in seiner Funktion als Wirtschaftsprüfer gesetzlich zur Unabhängigkeit verpflichtet sei. Auch könne für die Wahrnehmung der Aufgabe des Gleichbehandlungsbeauftragten nichts anderes gelten als für die Wirtschaftsprüfung. Da [REDACTED] als Abschlussprüfer der Betroffenen bestätigt wurde, müsse man ihm auch die Aufgabe des Gleichbehandlungsbeauftragten übertragen können.

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

## II.

Die Zustimmung zur Ernennung [REDACTED] als Gleichbehandlungsbeauftragte der Antragstellerin war nicht zu erteilen. Aufgrund der fehlenden Unabhängigkeit der von der Betroffenen vorgeschlagenen Person liegen die Voraussetzungen der § 10e Abs. 3 S. 3 EnWG, § 10e Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 10c Abs. 3 S. 1 und § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG nicht vor.

### 1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Die Entscheidung ist formell rechtmäßig.

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Entscheidung nach § 10e Abs. 3 S. 2 EnWG ergibt sich aus § 54 Abs. 1 EnWG, die der Beschlusskammer zur Entscheidung folgt aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

Die Betroffene ist zertifizierter Transportnetzbetreiber. Sie ist gemäß Tenor Ziffer 2. lit. e) des Zertifizierungsbeschlusses vom 09.11.2012 (Az.: BK7-12-034) verpflichtet, zur Umsetzung der Auflage innerhalb von sechs Monaten entweder einen neuen Gleichbehandlungsbeauftragten zu bestimmen oder die Prokura der bisherigen Gleichbehandlungsbeauftragten aufzugeben. Die Ernennung des Gleichbehandlungsbeauftragten bedarf nach § 10e Abs. 3 S. 2 der Zustimmung der Regulierungsbehörde. Diese Zustimmung wird mit der vorliegenden Entscheidung verweigert, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen.

### 2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Die Entscheidung ist auch materiell rechtmäßig. Die Benennung [REDACTED] als Gleichbehandlungsbeauftragte erfüllt nicht die Kriterien der § 10 e Abs. 2 und 3 EnWG i.V.m. § 10 c Abs. 2 und 3 EnWG, die an die Unabhängigkeit des Gleichbehandlungsbeauftragten zu stellen sind.

Die durch den Aufsichtsrat vorzunehmende Ernennung des Gleichbehandlungsbeauftragten steht unter dem Vorbehalt, dass die Regulierungsbehörde ihre Zustimmung erteilt (§ 10e Abs. 3 S. 2 EnWG). Eine Verweigerung der Zustimmung ist dabei nur in den in § 10e Abs. 3 S. 3 EnWG genannten Fällen möglich. Als Ablehnungsgründe sieht die Regelung allein die fehlende Unabhängigkeit oder fehlende fachliche Eignung der als Gleichbehandlungsbeauftragten vorgeschlagenen Person vor. Für die Beurteilung der Unabhängigkeit sind gemäß § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG die Maßstäbe des § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG entsprechend heran zu ziehen. Den darin aufgezeigten Voraussetzungen für die Unabhängigkeit genügt [REDACTED] dabei in zweierlei Hinsicht nicht: Ihre Benennung stellt einen Verstoß gegen die Regelungen des § 10c Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG (siehe folgenden Abschnitt 2.1) und einen Verstoß gegen die Regelungen des § 10c Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG (siehe folgenden Abschnitt 2.2) dar.

### **2.1. Verstoß gegen die Regelung des § 10c Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG**

Nach § 10e Abs. 2 S. 1 EnWG kann die Funktion der Gleichbehandlungsbeauftragten von einer natürlichen oder juristischen Person wahrgenommen werden. In beiden Fällen sind gemäß § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG die Voraussetzungen an die Gleichbehandlungsbeauftragte entsprechend § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG zu erfüllen. Lediglich für den Fall, dass eine natürliche Person als Gleichbehandlungsbeauftragte bestellt wurde, gilt § 10c Abs. 2 S. 1 und 2 EnWG nicht entsprechend.

Vorliegend hat der Aufsichtsrat der Betroffenen mit [REDACTED] eine juristische Person zur Gleichbehandlungsbeauftragten ernannt, die gemäß dem Zertifizierungsantrag der Betroffenen vom 02.03.2012 gleichzeitig Dienstleistungen zur Rechnungsprüfung für die Erdgas Münster GmbH erbringt. Die Betroffene und die Erdgas Münster GmbH bilden ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen (hierzu: Zertifizierungsbeschluss vom 09.11.2012, Az.: BK7-12-034), wobei die Erdgas Münster GmbH Funktionen in den Bereichen Gewinnung und Betrieb wahrnimmt. Die in § 10c Abs. 3 S. 1 EnWG normierte und hier entsprechend anzuwendende Unabhängigkeitsanforderung verlangt jedoch gerade, dass der Gleichbehandlungsbeauftragte keine Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu Unternehmen des vertikal integrierten Unternehmens unterhält, die die Funktionen Gewinnung, Verteilung, Lieferung, Kauf und Speicherung wahrnehmen. Diese Vorgabe ist infolge der Mandatierung [REDACTED] durch die Erdgas Münster GmbH verletzt. Denn hierin handelt es sich sowohl um eine Interessen- als auch um eine Geschäftsbeziehung.

Soweit die Betroffene vorträgt, dass es bei der Bewertung zur Einhaltung der Voraussetzungen an den Gleichbehandlungsbeauftragten in erster Linie auf die tatsächlich ausführende Person von [REDACTED] und nicht auf die juristische Person der [REDACTED]



ankomme, überzeugt dies nicht. Daran ändert auch das von der Betroffenen vorgetragene Motiv für diese Ausgestaltung nichts, dass die juristische Person lediglich beauftragt worden sei, um [REDACTED], der die Anforderungen erfülle, keinem unwägbareren Haftungsrisiko auszusetzen, denn der Vertrag für die Erbringung von Dienstleistungen als Gleichbehandlungsbeauftragte der Betroffenen vom 15.04.2013 ist eben zwischen der Betroffenen und [REDACTED] geschlossen worden. Somit ist für die Prüfung, ob eine Interessen- oder Geschäftsbeziehung vorliegt, auch auf die [REDACTED], also die juristische Person abzustellen. Diese soll die Funktion der Gleichbehandlungsbeauftragten wahrnehmen und muss in der Wahrnehmung dieser Aufgabe unabhängig sein. Dabei ist die juristische Person selbstverständlich gehalten, eine fachlich geeignete und unabhängige natürliche Person zur Erfüllung der Aufgaben zu benennen. Gleichwohl hat die juristische Person, wenn sie, wie es § 10e Abs. 2 S. 1 EnWG grundsätzlich für zulässig erachtet, die Aufgabe des Gleichbehandlungsbeauftragten übernimmt, vollumfänglich selbst den Kriterien an den Gleichbehandlungsbeauftragten zu genügen. Ihre Geschäftsbeziehungen oder Interessen sind demnach ausschlaggebend, denn in diesen Geschäftsbeziehungen manifestiert sich das Risiko fehlender Unabhängigkeit. Dem Gleichbehandlungsbeauftragten kommt die Aufgabe zu, die Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers zu stärken. Teil dieser Aufgabe sind umfangreiche Berichtspflichten gegenüber der Bundesnetzagentur, z.B. über die Verhinderung von Investitionen durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (10e Abs. 5 S. 2 EnWG). Bei einem Verstoß müsste die [REDACTED] dann einerseits ein Fehlverhalten der Erdgas Münster GmbH mitteilen. Andererseits hat sie wegen der Geschäftsbeziehung mit dieser ein wirtschaftliches Interesse, weiterhin als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durch die Erdgas Münster GmbH mandatiert zu werden. Hierin zeigt sich ein bestehender Interessenkonflikt, der durch den Verweis auf die Person von [REDACTED] nicht aufzulösen ist.

Zu keiner anderen Einschätzung führen auch die Ausführungen der Betroffenen, dass für die Wahrnehmung der Aufgabe des Gleichbehandlungsbeauftragten nichts anderes gelten könne als für die Wirtschaftsprüfung, weshalb es möglich sein müsse, [REDACTED] als Abschlussprüfer der Betroffenen bestätigt worden sei, auch die Aufgabe des Gleichbehandlungsbeauftragten zu übertragen. Denn nach Maßgabe der entflechtungsrechtlichen Regelungen kann für den zu bewertenden Punkt der Unabhängigkeit des Gleichbehandlungsbeauftragten nicht darauf abgestellt werden, ob der Mitarbeiter, der innerhalb der [REDACTED] mit den Aufgaben des Gleichbehandlungsbeauftragten betraut werden soll, zugleich in die Prüfung der Erdgas Münster GmbH eingebunden ist oder nicht. Eine solche Aufteilung der Mandate auf verschiedene Prüfer innerhalb derselben Prüfungsgesellschaft ist zwar für die Wirtschaftsprüfung, aber nicht beim Gleichbehandlungsbeauftragten zulässig. Der für die Anwendung des § 10a Abs. 7 EnWG explizit in der Gesetzesbegründung enthaltene Hinweis, dass auf die natürlichen Personen abzustellen ist (siehe



BT Drs. 17/6072, S. 61), ist für die Frage nach der Unabhängigkeit des Gleichbehandlungsbeauftragten gerade nicht enthalten. Vielmehr geht aus der Regelung des § 10e Abs. 2 S. 1 EnWG die Wahlmöglichkeit hervor, als Gleichbehandlungsbeauftragten eine natürliche oder juristische Person vorzusehen. Zur Beurteilung der Unabhängigkeit der im konkreten Fall ausgewählten juristischen Person ist dann aber konsequent auch nur diese zu betrachten. Anders als die für den Wirtschaftsprüfer geltende und in diesem Punkt offene Regelung des § 10a Abs. 7 S. 1 EnWG unterscheidet § 10e Abs. 2 EnWG zwischen der natürlichen und der juristischen Person. Wie sich aus der Rückausnahme in § 10e Abs. 2 S. 3 HS: 2 EnWG ergibt, wird in § 10e Abs. 2 S. 3 HS: 1 EnWG die Geltung des § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG ausdrücklich auch für die juristische Person und nicht lediglich für die natürliche Person angeordnet. Anders als die gesetzliche Regelung für den Wirtschaftsprüfer eröffnet die Vorschrift für den Gleichbehandlungsbeauftragten somit insoweit keinen Spielraum.

Wenn die Antragstellerin damit argumentiert, dass lediglich aus Gründen der Haftung der Vertrag mit [REDACTED] geschlossen worden sei, so kann auch dies den bestehenden Interessenkonflikt nicht auflösen. Denn nach wie vor befände sich die [REDACTED] in einem Interessenkonflikt, der sich auf alle Mitarbeiter überträgt. Im Übrigen bestehen entgegen dem Vortrag der Betroffenen Möglichkeiten auch bei der Benennung einer natürlichen Person als Gleichbehandlungsbeauftragten eine Einschränkung der Haftungsrisiken vorzunehmen. Dies kann beispielsweise im Wege einer vertraglich vereinbarten Haftungsbeschränkung, einer Haftungsfreistellung im Innenverhältnis oder durch eine Berufshaftpflichtversicherung erfolgen.

Die Antragstellerin verweist schließlich auf das Standesrecht der Wirtschaftsprüfer und leitet daraus die notwendige Unabhängigkeit her. So ist z.B. in § 43 Abs. 1 der WiPrO geregelt, dass der Wirtschaftsprüfer seinen Beruf unabhängig, gewissenhaft, verschwiegen und eigenverantwortlich auszuüben hat. Daraus ist jedoch keine Unabhängigkeit im Sinne des EnWG abzuleiten. Zwar ist damit auch für die Funktion des Gleichbehandlungsbeauftragten eine wichtige Basis vorhanden, für eine Unabhängigkeit im energiewirtschaftlichen Sinne genügt diese gleichwohl nicht. Die spezialgesetzlichen Regelungen des EnWG treten vielmehr als besondere Anforderungen für den Gleichbehandlungsbeauftragten noch hinzu, weil sie die Interessenkonflikte im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen im Blick haben und die persönliche Integrität der Handelnden durch strukturelle Vorgaben zur Vermeidung potentieller Konflikte flankieren. Eine Verletzung der energierechtlichen Vorgaben kann durch die Erfüllung der Standards der WiPrO daher nicht kompensiert werden.

Daher wird den Unabhängigkeitserfordernissen nach § 10c Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG hier nicht Rechnung getragen.

## 2.2. Verstoß gegen die Regelung des § 10c Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG

Darüber hinaus genügt die Benennung [REDACTED] als Gleichbehandlungsbeauftragte auch nicht den Cooling-On Vorgaben an eine juristische Person, da die Interessen- und Geschäftsbeziehung zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nicht nur derzeit, sondern auch in der Vergangenheit bestand. Damit verstößt die Ernennung auch gegen § 10c Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 10e Abs. 2 S. 3 EnWG.

### Rechtsmittelbelehrung

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

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

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

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

Christian Mielke  
Vorsitzender

Diana Harlinghausen  
Beisitzerin

Dr. Antje Peters  
Beisitzerin