

Rechtliche Vorgaben zur Informationsbereitstellung durch den Unabhängigen Transportnetzbetreiber (UTB) an seine Gesellschafter

I. Ziel des Papiers

Ziel dieses Papiers ist die Darstellung der entflechtungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Informationsbereitstellung des UTB und deren Verhältnis zu eventuellen gesetzlichen Berichtspflichten gegenüber den jeweiligen Gesellschaftern, insbesondere das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (viEVU)¹. Das Papier stellt zunächst einige potentielle handels- und gesellschaftsrechtliche Auskunftspflichten vor (II.). Im Weiteren wird der Anwendungsvorrang des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) vor handels- und gesellschaftsrechtlichen Berichtspflichten aufgezeigt (III.). Anschließend werden die entflechtungsrechtlichen Grenzen der Informationsbereitstellung durch den UTB umrissen (hierzu IV.).

Das Papier ist keine Festlegung i.S.d. § 29 EnWG und hat auch nicht den Charakter einer Verwaltungsvorschrift, sondern dient den Gleichbehandlungsbeauftragten (GGB) sowie den beteiligten Unternehmen als Orientierungshilfe.

Es lässt die bisher zur Entflechtung veröffentlichten Hinweise² unberührt und ergänzt diese im Hinblick auf die Besonderheiten bei der Informationsbereitstellung durch den UTB.

II. Handels- und gesellschaftsrechtliche Auskunftspflichten

Der UTB ist seinen Gesellschaftern gegenüber zu Auskünften und Berichten verpflichtet. Dies gilt grundsätzlich auch innerhalb des viEVU. Exemplarisch und nicht abschließend seien folgende Auskunftsrechte (z.T. abhängig von der Gesellschaftsform) genannt:

- §§ 325 ff. HGB (allgemeine handelsrechtliche Publizitätspflichten)
- § 51a Abs. 1 GmbHG (Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafter)
- § 131 AktG (Auskunftsrecht des Aktionärs)
- § 90 AktG (Berichte an den Aufsichtsrat)

¹ Die Definition und Reichweite des viEVU bemisst sich nach der jeweils geltenden Rechtslage, insbesondere vor dem Hintergrund des EuGH Urteils vom 02.09.2021 in der Rs. C-718/18.

² Gemeinsame Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu den Entflechtungsbestimmungen in §§ 6-10 EnWG vom 01.03.2006, sowie Gemeinsame Richtlinie der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung nach § 9 EnWG vom 13.06.2007.

Solche gesetzlichen Auskunfts- und Berichtspflichten stellen den Ausgangspunkt im handels- und gesellschaftsrechtlichen Informationsaustausch dar. Sie gelten für die Besonderheiten der Energiewirtschaft jedoch nicht grenzenlos.

III. Anwendungsvorrang des EnWG

Das EnWG setzt seit der zweiten Novelle 2005³ europarechtlichen Vorgaben um. Spätestens mit der Umsetzung des dritten EU-Binnenmarktpaketes⁴ gelten im EnWG besondere strukturelle Richtlinienvorgaben im Bereich der Entflechtung von Transportnetzbetreibern.

Das EnWG ist damit europarechtlich determiniert und gegenüber gesellschaftsrechtlichen Informationspflichten *lex specialis*. Es hat gegenüber deren Normen Anwendungsvorrang, ohne sie zu verdrängen.⁵ Informationspflichten müssen immer im Lichte und nach den Vorgaben der §§ 6a, 10 ff. EnWG betrachtet werden. Im Spannungsfall tritt das Gesellschaftsrecht hinter das Energierecht zurück. Ebenso ist das Verhältnis zwischen Energie- und Handelsrecht zu beurteilen.⁶

Berichterstattungspflichten des UTB an den Gesellschafter können dem Konzern einen Wettbewerbsvorteil bieten oder die Unabhängigkeit der Entscheidungen des UTB beeinträchtigen und daher entflechtungsrechtlich unzulässig sein. Maßstab der einzelfallbezogenen Betrachtung sind unter anderem der Detaillierungsgrad der abgefragten (nicht öffentlichen) Informationen, die Frequenz der Weitergabe und der Zeitpunkt der Abfrage (*ex ante* oder *ex post*).

IV. Schutz von Netzbetreiberinformationen durch Entflechtungsvorgaben im EnWG

§ 6a sowie die Normen des § 10b Abs. 1 S.1, Abs. 2 S. 2 EnWG, die die Unabhängigkeit des Netzbetreibers im Hinblick auf das laufende Geschäft sicherstellen sollen, machen die Frage der Informationsweitergabe zu einem zentralen Thema der Entflechtung beim UTB. Flankiert werden die Regelungen durch die Vorgaben des § 10a Abs. 5 -7 EnWG.

Die Anforderungen gehen damit deutlich über das hinaus, was von Verteilernetzbetreibern verlangt wird. Die Regelungen machen deutlich, dass allein durch die formale Implementierung von Chinese Walls keine wirksame informatorische Trennung bewirkt wird.⁷

Sie belegen ein weites Verständnis der Hoheit des Netzbetreibers über seine Daten. Die Trennung der IT-Systeme, das Nutzungsverbot von Fachanwendungen und das Verbot der gemeinsamen Nutzung von Büro- und Geschäftsräumen verfolgen sämtlich das Ziel, Daten und Informationen zunächst eindeutig der Sphäre des Netzbetreibers zuzuordnen und dort zu belassen. Damit soll der sonst im Unternehmensverbund übliche Austausch von Informationen wirksam unterbunden werden. Das ist gesetzgeberisch gewollt und wurde in seiner Intensität vom Gesetzgeber gesehen.⁸

³ Vgl. „Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“ vom 7.7.2005, BGBl. I, S.1970,

⁴ insb. Richtlinie 2009/72/EG (Strom-RL) und Richtlinie 2009/73/EG (Gas-RL).

⁵ Säcker/Schönborn, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., 2019, § 6a, Rn. 52.

⁶ Vgl. für die Rechnungslegung nach HGB und das Verhältnis zu § 6b EnWG, OLG Beschluss vom 30.06.21, VI-3 Kart 15/20, Rn. 35 ff.

⁷ Säcker/Mohr in Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Auflage 2019, § 10a, Rn. 31.

⁸ Vgl. BT Drs. 17/6072, S. 60.

Für den Austausch von Informationen im Konzern folgt daraus ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis. Die Informationen des Netzbetreibers sind zunächst von den Informationen der anderen vertikal integrierten Unternehmensteile zu trennen. Eine Herausgabe von Informationen an den Gesellschafter kann aufgrund von gesetzlichen Auskunftsrechten grundsätzlich erfolgen, jedoch nur soweit die Entflechtungsvorgaben dem nicht entgegenstehen. Die anspruchsbegründenden Umstände des Informationsrechts vorzutragen, liegen im Verantwortungsbereich des anfragenden Gesellschafters.

1.) Allgemeine Entflechtungsvorgaben

§ 6a EnWG stellt die Grundnorm dar. Sie gilt als gemeinsame Vorschrift für alle Netzbetreiber, also sowohl für die Verteilernetzebene als auch die Übertragungsnetzebene. Hierzu hat sich die Bundesnetzagentur bereits in der Vergangenheit positioniert.⁹ Die dortigen Grundsätze gelten bei der Informationsbereitstellung durch den UTB fort.

Handelt es sich um eine wirtschaftlich sensible Informationen, die Netznutzer betreffen (externe Information), so sind diese strikt vertraulich zu behandeln und dürfen nicht herausgegeben werden (§ 6a Abs. 1 EnWG). Handelt es sich um wirtschaftlich vorteilhafte Informationen, welche die Tätigkeit des Netzbetreibers betreffen (interne Information), so dürfen diese nur diskriminierungsfrei („Allen oder Keinem!“¹⁰) offengelegt werden (§ 6a Abs. 2 EnWG).

Zur Einordnung, ob es sich um eine solche Information im Anwendungsbereich des § 6a EnWG handelt (sog. § 6a-Information), kann beispielhaft auf die „Liste wirtschaftlich sensibler/ vorteilhafter Netzdaten“¹¹ verwiesen werden. Sobald es sich folglich um eine §6a-Information handelt, ist der entflechtungsrechtliche Anwendungsbereich eröffnet und das gesellschaftsrechtliche Auskunftsverlangen muss sich an den entflechtungsrechtlichen Vorgaben des § 6a EnWG messen lassen.

2.) Besondere Entflechtungsvorhaben für UTB

Neben die informatorische Entflechtung nach § 6a EnWG treten für die UTB die zusätzlichen Unabhängigkeitsanforderungen nach den §§ 10 ff. EnWG.

- a) **§10 Abs. 1 S. 1 EnWG** bildet den Ausgangspunkt. Danach müssen dem UTB wirksame Entscheidungsbefugnisse zukommen in Bezug auf Vermögenswerte, die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlich sind. Der UTB soll dabei in die Lage versetzt werden, diese Entscheidungen über Vermögenswerte ohne Einflussnahme des viEVU oder seiner Tochterunternehmen treffen zu können.

§ 10b Abs. 1 S. 3 EnWG begrenzt diese Entscheidungsautonomie auf den durch den Aufsichtsrat (AR) nach § 10d EnWG beschlossenen Finanzplan. Innerhalb dessen und bezüglich des Alltagsgeschäfts ist der UTB jedoch unabhängig und in seinen Entscheidungen autonom.¹² Informationsbegehren des Gesellschafters in diesem Bereich sind daher unzulässig.

⁹ Vgl. insbesondere die Gemeinsame Richtlinie der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung nach § 9 EnWG vom 13. Juni 2007.

¹⁰ Vgl. zu den Anforderungen die Gemeinsame Richtlinie der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung nach § 9 EnWG vom 13. Juni 2007, Seite 10.

¹¹ Anlage 1 der Gemeinsamen Richtlinie der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung nach § 9 EnWG vom 13. Juni 2007.

¹² BT Drs. 17/6072, SS. 61/62.

Dies wird durch § 10b Abs. 2 S.2 EnWG verdeutlicht, wonach das viEVU jegliche unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf das laufende Geschäft des UTB oder den Netzbetrieb zu unterlassen hat. Laufendes Geschäft meint dabei das Kerngeschäft¹³ des UTB als Netzbetreiber.¹⁴

Exemplarisch kann z. B. auf folgende Normen im EnWG verwiesen werden: § 11 (Betrieb von Energieversorgungsnetzen), § 13 (Systemverantwortung) oder § 15 (Aufgaben der Betreiber von Fernleitungsnetzbetreibern).

Eine Einflussnahme nach § 10b Abs. 2 S. 2 EnWG kommt vorliegend durch das Auskunftsverlangen des Gesellschafters in Betracht, sofern Informationen über das alltägliche Kerngeschäft des UTB oder des Netzbetriebes abgefragt werden. Beispielfhaft wird am Ende des § 10b Abs. 2 S. 2 EnWG das Verbot der Einflussnahme auf notwendige Tätigkeiten zur Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans durch den UTB genannt.

Dieses ist jedoch nicht abschließend, was durch den Zusatz „ebenfalls“ deutlich wird. Dem Gesetzgeber ging es vielmehr darum, die Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers von Vertriebs-, Erzeugungs- oder Produktionsinteressen des viEVU umfassend sicher zu stellen. Der UTB soll den Umfang geplanter Investitionen an Markterfordernissen sowie Versorgungssicherheitsanforderungen ausrichten.¹⁵ Um diese unbeeinflusste Ausrichtung auf die Interessen des Netzbetriebs zu gewährleisten, vertritt die Bundesnetzagentur eine weite Auslegung der Begrifflichkeiten „Einflussnahme“ und „laufendes Geschäft“.

Ist eine Beeinflussung durch das Auskunftersuchen des Gesellschafters zu befürchten und die Unabhängigkeit des UTB gefährdet, so darf die Information nicht herausgegeben werden und das gesellschaftsrechtliche Auskunftsverlangen steht zurück.

- b) Als weitere inhaltliche Grenze des Informationsverlangens des Gesellschafters dient die Kompetenz des originär für den UTB einzurichtenden Aufsichtsrats (AR) nach § 10d EnWG. Die Aufgabenverteilung zwischen AR auf der einen Seite und dem UTB auf der anderen Seite darf nicht durch ein zu weitreichendes und umfassendes Informationsbegehren des Gesellschafters unterlaufen werden.

Nach **§10d Abs. 2 S. 2 EnWG** entscheidet der AR abweichend von § 119 AktG zusätzlich über die Genehmigung der jährlichen und langfristigen Finanzpläne des UTB, über die Höhe der Verschuldung des UTB sowie die Höhe der an die Anteilseigner des UTB auszuzahlenden Dividenden. Hiermit wird ein Gremium etabliert, durch welches den Interessen des Gesellschafters Rechnung getragen werden soll. Eine Anfrage des Gesellschafters in diesem Themenbereich ist demzufolge unzulässig, da sie die Zuständigkeit des AR tangiert. Gleichzeitig wird eine Grenze zugunsten der Unabhängigkeit des UTB gezogen.

So sind nach § 10d Abs. 2 S. 3 EnWG Entscheidungen, die die laufenden Geschäfte des UTB, insbesondere den Netzbetrieb sowie die Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans betreffen, ausschließlich durch die Unternehmensleitung des UTB zu treffen. Der Kern der UTB-

¹³ Für ein weites Verständnis der Kernaufgaben eines Transportnetzbetreibers vgl. BGH Beschluss vom 26.01.2016, EnVR 51/14, Rn. 46.

¹⁴ Die Europäische Kommission versteht darunter: „day-to-day activities and management of the network“, vgl. Commission Staff Working Paper, Interpretative note on directive 2009/72/EC [...] The Unbundling Regime, vom 22.01.2010, S. 17.

¹⁵ BT Drs. 17/6072, S. 62.

Tätigkeit, das laufende Alltagsgeschäft, ist demzufolge auch dem AR entzogen, solange und soweit sich der UTB i.R.d. jährlichen und langfristigen Finanzpläne bewegt. Dies wird durch § 10b Abs. 1 S. 3 EnWG und der Formulierung „unbeschadet“ der Entscheidungen des AR deutlich. Folglich sind Anfragen des Gesellschafters im Bereich der AR-Zuständigkeit sowie des laufenden Alltagsgeschäfts¹⁶ unzulässig.¹⁷

- c) Wirtschaftlich vorteilhafte Informationen dürfen diskriminierungsfrei offengelegt werden (§ 6a Abs. 2 S. 1 EnWG). Diese Art und Weise der Informationsbereitstellung („Wie“) wird durch die ausschließlich für UTB geltenden gesetzlichen Vorgaben des **§ 10a Abs. 5 – 7 EnWG** in Teilbereichen konkretisiert:

Die Regelung des **Abs. 5** (Verbot der gemeinsamen Nutzung von Anwendungssystemen der Informationstechnologie) tangiert u.a. das „Wie“ der Informationsbereitstellung des UTB gegenüber dem viEVU oder dem Gesellschafter. Die Möglichkeiten zum Informationsaustausch sind in der modernen Arbeitswelt vielfältig geworden. Unter Gewährleistung von Integrität und Vertraulichkeit von Informationen können diese über sichere Kommunikationswege, über Schnittstellen von IT-Systemen oder in Cloudlösungen bereitgestellt werden. Nach § 10a Abs. 5 S. 1 EnWG ist die gemeinsame Nutzung von Anwendungssystemen der Informationstechnologie zu unterlassen, soweit diese Anwendungen der Informationstechnologie auf die unternehmerischen Besonderheiten des UTB oder des viEVU angepasst wurden. Die Nutzung der gleichen Infrastruktur von Informationstechnologie, die z. B. von externen Dienstleistern allgemein und als Branchenlösung angeboten werden, ist unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 10a Abs. 5 S. 2 EnWG zulässig.

Die Regelung des **Abs. 6** (Verbot der gemeinsamen Nutzung von Büro- und Geschäftsräumen) steht insofern mit dem Informationsaustausch zwischen UTB und viEVU im Zusammenhang als durch die räumliche Trennung und eigene Zugangskontrollsysteme der Zugang von viEVU-Beschäftigten zu Büro- und Geschäftsräumen des UTB verhindert und damit ein Zugriff auf verkörperte Informationen ausgeschlossen werden soll.

Die Regelung des **Abs. 7** betrifft Vorgaben für die Rechnungsprüfung. Die maßgeblichen Voraussetzungen enthält zunächst § 6b EnWG.¹⁸ Darüber hinaus verbietet § 10a Abs. 7 S. 1 EnWG, dass die Rechnungslegung des UTB von denselben Abschlussprüfern durchgeführt wird, wie die des viEVU. Von diesem Grundsatz ist nach Satz 2 eine Abweichung möglich, wonach dem Abschlussprüfer des viEVU ausnahmsweise die Einsichtnahme in die Bücher des UTB ermöglicht wird. Jedoch nur soweit dies zur Erteilung des Konzernbestätigungsvermerks im Rahmen der Vollkonsolidierung des viEVU erforderlich ist. Als Ausnahmeregelung legt die Bundesnetzagentur diese Erforderlichkeit eng aus. Weiter sind nach § 10a Abs. 7 S. 3 EnWG die Anforderungen an die Vertraulichkeit zu wahren, das viEVU darf von den gewonnenen Informationen keine Kenntnis erlangen.¹⁹ Hierdurch wird der Konzernabschluss nach §§ 290 ff. HGB ermöglicht und durch die Vorgaben des § 10a Abs. 7 S. 1 bis S. 3 EnWG modifiziert. Allein der (Konzern-) Abschlussprüfer

¹⁶ Vgl. hierzu insb. oben unter a) die Ausführungen zu § 10b EnWG.

¹⁷ Dies gilt gerade auch für die als GmbH, deren fakultativer AR durch § 10d Abs. 1 EnWG für UTB verpflichtend ist.

¹⁸ Zu den Einzelheiten vgl. Gemeinsame Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu den Entflechtungsbestimmungen in §§ 6–10 EnWG vom 01.03.2006, SS. 28ff., sowie Leitfaden der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Auslegung der buchhalterischen Entflechtungsbestimmungen nach § 6b EnWG vom 21.11.2013.

¹⁹ Hiervon ausgenommen sind redepflichtige Sachverhalte, wie z. B. Gesetzesverstöße.

kann ausnahmsweise Einsicht in die Bücher des UTB nehmen, nicht jedoch der Gesellschafter unmittelbar.

V. Prüfkriterien

Da viele Themen bei der Informationsbereitstellung innerhalb eines Konzerns in einem gewissen Grenzbereich liegen, kommt es immer wieder zu Einzelfragen. Bei der Prüfung ist insbesondere zu klären,

1. ob eine Informationsbereitstellung aufgrund einer gesetzlichen Vorgabe notwendig ist,
2. welchen Detaillierungsgrad die Informationen erfordern,
3. ob eine Entflechtungsvorgabe der Informationsweitergabe entgegensteht oder diese entsprechend beschränkt und
4. ob die Art und Weise der Bereitstellung entflechtungsrechtlich geeignet ist.

Fragestellungen, bei denen ein potenzieller Entflechtungsverstoß festgestellt wird, sind **unzulässig**. Das sind solche, bei denen das Auskunftsverlangen auf § 6a-Informationen abzielt und diese nicht diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werden können. Außerdem solche Anfragen, die eine unmittelbare oder mittelbare Beeinflussung des laufenden Geschäfts des UTB gem. § 10b Abs. 2 S. 2 EnWG darstellen. Letztlich sind solche Auskünfte des UTB an den Gesellschafter unzulässig, welche den Kompetenzbereich des AR nach § 10d Abs. 2 EnWG tangieren und unterlaufen.

Unkritische Fragestellungen sind **zulässig**. Dies sind zunächst solche, die nicht dem Anwendungsbereich des § 6a EnWG unterfallen. Außerdem solche Auskunftsverlangen, die keine Beeinflussung auf das laufende Geschäft nach § 10b Abs. 2 S. 2 EnWG darstellen und daher nicht durch die entflechtungsrechtlichen Vorgaben determiniert werden.

Nicht eindeutig zu beurteilende Fragestellungen sind klärungsbedürftig. Das betrifft solche, bei denen eine Unsicherheit auf Seiten des GBB bzw. des UTB besteht, inwiefern die Information überhaupt dem Anwendungsbereich des § 6a EnWG unterfällt oder falls ja, ob sie unter Abs. 1 oder Abs. 2 fallen. Außerdem solche Auskunftsverlangen, bei denen nicht eindeutig ist, ob es sich um eine unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf das laufende Geschäft nach § 10b Abs. 2 S. 2 EnWG handelt. In einem solchen Fall ist der Sachverhalt von dem anfragenden Gesellschafter bzw. dem viEVU besonders ausführlich darzustellen, insbesondere auf welchem (gesellschaftsrechtlichen) Auskunftsrecht die Informationsabfrage beruht.

Das Auskunftersuchen ist von dem jeweiligen Gleichbehandlungsbeauftragten eng zu überwachen. Über die Überwachungsmaßnahmen haben die Gleichbehandlungsbeauftragten die Bundesnetzagentur im Rahmen des Gleichbehandlungsberichts zu informieren. In Zweifelsfällen hat vorab eine Abstimmung mit der Bundesnetzagentur zu erfolgen.