



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 03.03.2021 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr und den Richter am Oberlandesgericht Orlik

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin ist Teil eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens. Sie beliefert die Einwohner der Stadt ... und Umgebung mit Strom, Wärme, Gas und Wasser und betreibt Erzeugungsanlagen. Sie hält 100 % der Geschäftsanteile an der ... GmbH und erbringt ausschließlich für diese energiespezifische Dienstleistungen.

Die Bundesnetzagentur hat am 27.08.2019 von Amts wegen ein Festlegungsverfahren zu Vorgaben von zusätzlichen Bestimmungen für die Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen und Tätigkeitsabschlüssen gegenüber vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen und rechtlich selbstständigen Netzbetreibern eingeleitet. Die von ihr hierzu angekündigte Entscheidung hat die Bundesnetzagentur in ihrem Amtsblatt sowie auf ihrer Internetseite veröffentlicht und den betroffenen Wirtschaftskreisen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

Mit Beschluss vom 25.11.2019 hat die Bundesnetzagentur sodann die hier angefochtene Festlegung (Az. BK8-19/00002-A) erlassen, die Vorgaben von zusätzlichen Bestimmungen für die Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen und Tätigkeitsabschlüssen gegenüber vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen und rechtlich selbstständigen Netzbetreibern enthält. In Tenorziffer 1. definiert die Bundesnetzagentur den Kreis der Adressaten. Die Festlegung richtet sich an die durch § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG verpflichteten Unternehmen, sofern diese Unternehmen die Tätigkeiten Elektrizitätsübertragung und/oder Elektrizitätsverteilung nach § 6b Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG ausüben. Nach Tenorziffer 2. haben die Adressaten unabhängig von größenabhängigen Erleichterungen den Jahresabschluss und ggfs. den Lagebericht sowie Tätigkeitsabschlüsse durch einen Abschlussprüfer prüfen zu lassen. In Tenorziffer 3. findet sich folgende Regelung zur Zuordnung von energiespezifischen Dienstleistungen:

„Sofern ein verpflichtetes Unternehmen energiespezifische Dienstleistungen gegenüber dem Tätigkeitsbereich Elektrizitätsübertragung und/oder Elektrizitätsverteilung nach § 6b Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 EnWG eines verbundenen, vertikal integrierten Unternehmens erbringt, sind diese energiespezifischen Dienstleistungen auch beim Erbringer der Dienstleistung dem jeweiligen Tätigkeitsbereich (Elektrizitätsübertragung bzw. Elektrizitätsverteilung) zuzuordnen.“

Sofern zwischen dem eigentlichen Erbringer einer energiespezifischen Dienstleistung und dem Empfänger der energiespezifischen Dienstleistung im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen weitere Unternehmen zwischengeschaltet sind,

gelten die Zuordnung zum entsprechenden Tätigkeitsbereich und damit die Pflicht zur Aufstellung von Tätigkeitsabschlüssen für alle insoweit beteiligten Unternehmen innerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens.“

Nach Tenorziffer 4. haben die verpflichteten Unternehmen im Prüfungsauftrag den Abschlussprüfer zu verpflichten, im Prüfungsbericht oder in einem Ergänzungsband zum Prüfungsbericht zu den in Tenorziffer 4.1. bis 4.6. genannten Gesichtspunkten die entsprechenden Angaben und Erläuterungen des Verpflichteten bezüglich der Tätigkeitsbereiche Elektrizitätsübertragung/Elektrizitätsverteilung aufzunehmen sowie zu testieren, wobei Erbringer von energiespezifischen Dienstleistungen und/oder Verpächter von einigen Erweiterungen des Prüfungsauftrags befreit werden.

Tenorziffer 4. definiert einzelne Inhalte des Prüfauftrags, den die verpflichteten Unternehmen dem Prüfer erteilen, während die Tenorziffern 5.-8. weitere Ausführungsbestimmungen enthalten.

Zur Begründung der auf § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG gestützten Festlegung hat die Bundesnetzagentur unter anderem ausgeführt, dass § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG sie nicht nur dazu ermächtige, Regelungen über die Prüfung des Jahresabschlusses zu treffen. Mangels Eingrenzung des Bezugspunkts der dort genannten „zusätzlichen Bestimmungen“ und nach dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift könnten sich die zusätzlichen Bestimmungen auf alle Regelungsbereiche des § 6b EnWG, zumindest aber auf die dem § 6b Abs. 6 vorangestellten Absätze beziehen. Da sich die Vorschrift nicht an Prüfer, sondern die Unternehmen richte, sei sie nicht auf Vorgaben begrenzt, die erst im Rahmen der abschließenden Prüfung zu beachten seien.

Auch wenn sie in Tenorziffer 3. von einer förmlichen Definition der energiespezifischen Dienstleistungen im Tenor abgesehen habe, seien unter den unmittelbaren energiespezifischen Dienstleistungen nach der Gesetzesbegründung die Erfüllung kommerzieller, technischer und/oder wartungsbezogener Aufgaben i.S.d. Art. 2 Nr. 35 der Richtlinie 2009/72/EG und Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2009/73/EG zu verstehen. Der unbestimmte Rechtsbegriff der mittelbaren energiespezifischen Dienstleistungen sei gemäß der Gesetzesbegründung weit auszulegen und umfasse beispielsweise die Verbrauchsabrechnung sowie IT-Dienstleistungen, soweit diese speziell für die Energiewirtschaft angeboten würden und es sich um keine Standardanwendungen handele. Zuordnungsschwierigkeiten, die im Bereich von Dienstleistungen entstünden,

die deshalb als mittelbar energiespezifisch einzustufen seien, da sie ohnehin ausschließlich oder überwiegend gegenüber dem eigenen verbundenen Netzbetreiber erbracht würden, könnten stets vermieden werden, indem im Zweifel die Dienstleistungserbringung an einen verbundenen Netzbetreiber als energiespezifisch eingestuft werde mit der Folge einer erleichterten Nachweisführung nach § 4 Abs. 5a StromNEV. Soweit hingegen eine scharfe Abgrenzung mittelbarer energiespezifischer Dienstleistungen von sonstigen Dienstleistungen erfolgen solle, sei hierfür gemäß der Gesetzesbegründung das Kriterium maßgeblich, ob es sich (objektiv) um speziell für die Energiewirtschaft angebotene Dienstleistungen und nicht um eine Standardanwendung handele.

Die Anordnung in Tenorziffer 3. erfolge klarstellend. Eine Dienstleistung sei, jedenfalls sofern sie energiespezifisch sei und direkt oder indirekt gegenüber dem Tätigkeitsbereich Elektrizitätsübertragung oder –verteilung eines verbundenen, vertikal integrierten Netzbetreibers erbracht werde, auch beim Erbringer der Dienstleistung dem entsprechenden Tätigkeitsbereich zuzuordnen. Bereits der Wortlaut verbiete eine Zuordnung zu anderen Tätigkeiten innerhalb des Energiesektors. Aus der Definition der „Verteilung“ in § 3 Nr. 37 EnWG lasse sich nicht der Schluss ziehen, dass bestimmte, für den Transport erforderliche energiespezifische Leistungen nur dann der Elektrizitätsverteilung unterfielen, wenn diese durch den Netzbetreiber selbst erbracht würden. Jedenfalls gebiete eine richtlinienkonforme Auslegung anhand von Art. 2 Nr. 35 der Richtlinie 2009/72/EG eine Einbeziehung von kommerziellen, technischen und/oder wartungsbezogenen Aufgaben im Zusammenhang mit der Verteilung. Eine Zuordnung zu anderen Tätigkeiten innerhalb des Energiesektors beim verbundenen Unternehmen liefe auch Sinn und Zweck des § 6b EnWG zuwider und widerspräche dem erklärten Willen des Gesetzgebers. Die Vorgaben des § 4 Abs. 5a StromNEV zur Anerkennungsfähigkeit der Kosten für von verbundenen Unternehmen erbrachte Dienstleistungen zeigten die praktische Relevanz dieses Themenkomplexes gerade für die Kostenprüfung nach § 6 Abs. 1 ARegV, wobei grundsätzlich eine Kongruenz zwischen der Zuordnungspflicht für energiespezifische Dienstleistungen und den Fällen, in denen im Rahmen einer Kostenprüfung potenziell entsprechende Erhebungsbögen für die Dienstleistungstätigkeit erhoben würden, bestehe.

Sofern entgegen ihrer Auffassung bei der Aufstellung der Tätigkeitsabschlüsse entsprechende Optionsmöglichkeiten gegeben sein sollten, würden diese durch die

Regelung in Tenorziffer 3. eingeschränkt, die geeignet und erforderlich sei, um eine Vermengung dieser energiespezifischen Tätigkeiten mit anderen, auch wettbewerblichen Tätigkeiten zu unterbinden. Diese sei auch angemessen, da die Aufstellung eines entsprechenden Tätigkeitsabschlusses für die betroffenen Unternehmen zumutbar sei und bereits heute teilweise praktiziert werde. Die vorgenommene Zuordnung werde weder von der Regelung in § 6b Abs. 3 S. 2 EnWG noch durch die unterschiedliche regulatorische Behandlung von Verpachtungs- und Dienstleistungskosten in Frage gestellt. Die Vorgaben der Festlegung führten zu einer erheblichen Transparenzsteigerung, wettbewerbliche Nachteile seien nicht zu befürchten. Etwaige Kostennachteile durch die erweiterten Anforderungen entsprächen der gesetzgeberischen Wertung des § 6b EnWG; ein gewisser Aufwand durch die erforderliche buchhalterische Entflechtung sei angesichts des vom Gesetz- und Verordnungsgeber erkannten Potenzials zur Quersubventionierung verhältnismäßig.

Die Erweiterung des Prüfungsauftrags durch Setzung entsprechender Prüfungsschwerpunkte in Tenorziffer 4. verfolge den Zweck, dass Angaben mit Bezug zu bestimmten regulatorischen Aufgaben ausgewiesen und erläutert würden und dieser Ausweis einen sachkundigen Dritten in die Lage versetze, die Umstände (auch im Zeitablauf) nachzuvollziehen und erforderlichenfalls weitere Prüfungen durchzuführen. Eine Erweiterung der Prüfungshandlungen sei von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, anderweitige bestehende Regelungen zur Abschlussprüfung stünden dem nicht entgegen. Es erfolge auch keine Modifizierung des grundsätzlich für Prüfungshandlungen des Wirtschaftsprüfers geltenden Maßstabs. Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit der Anordnung adressiere sie mit einzelnen Punkten nur noch Netzbetreiber, nicht auch Verpächter und/oder Dienstleister.

Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde.

Sie macht geltend, es fehle für die Regelung in Tenorziffer 3. an der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage. Die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen gegenüber dem Tätigkeitsbereich Elektrizitätsverteilung eines verbundenen Elektrizitätsverteilernetzbetreibers unterfalle nicht dem Tätigkeitsbereich des § 6b Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EnWG, so dass es sich bei Tenorziffer 3. nicht um eine „Klarstellung“ der Gesetzeslage handele. Es könne deshalb dahinstehen, ob eine Wiederholung der

Rechtslage mittels Festlegung notwendig und die Bundesnetzagentur dazu befugt sei. § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG nehme eine funktionsspezifische Abgrenzung vor. Er zähle alle regulierten Tätigkeitsbereiche des Energiewirtschaftssektors *abschließend* auf (sog. Katalogtätigkeiten). Mit „Tätigkeiten *in* den nachfolgend aufgeführten Bereichen“ seien bei richtiger Exegese nur solche gemeint, die die Durchführung der Katalogtätigkeiten betreffen. Der Definition der Verteilung in § 3 Nr. 37 EnWG lasse sich eindeutig entnehmen, dass diese nur im Falle des Transports von Energie vorliege. Gleiches gelte für Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie 2009/72/EG. Der Verweis der Bundesnetzagentur auf Art. 2 Nr. 35 der Richtlinie 2009/72/EG gehe fehl, da sich die Definition auf den Begriff des „Elektrizitätsunternehmens“ beziehe. Dieses Verständnis entspreche auch einer richtlinienkonformen Auslegung im Lichte des Art. 31 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie 2009/72/EG, wonach getrennte Konten nur für die Verteilungs- und Übertragungstätigkeit zu führen seien. Der nachfolgende S. 2 der Vorschrift rechtfertige keine weitergehende Verpflichtung zur getrennten Kontenführung für alle mit den Bereichen Verteilung und Übertragung zusammenhängenden Tätigkeiten, da hiermit lediglich eine Abgrenzung der Tätigkeiten der Verteilung und Übertragung von den sonstigen wettbewerblichen Tätigkeiten des Elektrizitätssektors beabsichtigt sei. Zudem werfe eine solche Auslegung vom europäischen Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollte Abgrenzungsschwierigkeiten auf und sei vom Europäischen Gerichtshof auf ihre Europarechtskonformität zu überprüfen. Dass ein nur mittelbarer Bezug zur Katalogtätigkeit nicht ausreiche, verdeutliche § 6b Abs. 3 S. 2 EnWG, der eine explizite Regelung zur Verpachtung enthalte, die sonst, wie auch die europäische Regelung in Art. 31 Abs. 3 S. 4 der Richtlinie 2009/72/EG, überflüssig wäre. Eine vergleichbare Regelung für die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen fehle. Diese seien zu den „anderen Tätigkeiten innerhalb des Energiesektors“ nach § 6b Abs. 3 S. 3 EnWG zu zählen, wovon auch das IDW ausgehe.

Auch teleologisch sei es nicht geboten, energiespezifische Dienstleistungen als Katalogtätigkeiten einzuordnen, da es sich nicht – wie etwa die in § 6b Abs. 3 S. 2 EnWG geregelte Verpachtung, bei der sich Verpächter und Pächter im Monopolbereich bewegten - um eine regulierte, sondern um eine wettbewerbliche Tätigkeit handele, auf die sich die gesetzliche Eigenständigkeitsfiktion gerade nicht beziehe. Wenn ein Netzbetreiber der Auffassung sei, dass er die streitgegenständlichen energiespezifischen Dienstleistungen effizienter durch Mitarbeiter eines verbundenen Unternehmens erbringen lassen könne, sei er hierzu

durch die Effizienzvorgaben verpflichtet. Dies könne aber nicht dazu führen, den Dienstleistungserbringer als Monopolisten anzusehen. Der Netzbetreiber sei frei in der Wahl des Dienstleisters, der Dienstleister könne wählen, ob er für ein verbundenes oder nicht verbundenes Unternehmen tätig werde. Gegen eine regulatorische Gleichbehandlung des Dienstleisters mit dem Verpächter spreche auch der strukturelle Unterschied, dass die Kapitalkosten des Dienstleisters anders als die des Verpächters nicht dem Rechtsregime des Kapitalkostenabgleichs unterworfen seien. Dass die Zuordnung zu den Katalogtätigkeiten zum Zwecke der Vermeidung von Diskriminierung und Quersubventionierung nicht erforderlich sei, habe auch der Verordnungsgeber erkannt, wie die Regelung in § 4 Abs. 5b StromNEV und die Gesetzesbegründung zur Novellierung des damaligen § 10 EnWG verdeutliche. Denn danach obliege die Nachweispflicht für die Rechtmäßigkeit der Höhe der angesetzten Dienstleisterkosten allein dem Netzbetreiber und gerade nicht dem Erbringer der energiespezifischen Dienstleistung. Die von ihr selbst im Rahmen der Kostenprüfung vorgelegten Fremdvergleiche bezüglich der Dienstleistungsentgelte belegten, dass es sich um eine wettbewerbliche Tätigkeit handle. Der Netzbetreiber könne seiner Nachweispflicht nach § 4 Abs. 5b StromNEV zwar einfacher genügen, wenn der Dienstleistungserbringer einen entsprechenden Tätigkeitsabschluss erstelle. Dies enthebe ihn aber nicht von der Nachweispflicht, der auch auf andere Art und Weise genügt werden könne. Weder der Regelung des § 10 Abs. 3 EnWG a.F. noch der damaligen Gesetzesbegründung ließen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die damals schon für die Verpachtung vorgesehene Ausnahme auch auf die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen zu übertragen sei. Mit der Gesetzesänderung im Jahr 2012 sei lediglich der Anwendungsbereich der Vorschriften auf vertikal integrierte Versorgungsunternehmen beschränkt worden, worin folgerichtig keine Änderung oder Ergänzung der in § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG aufgeführten Katalogtätigkeiten liege.

§ 6b Abs. 6 S. 1 und 2 EnWG ermächtigten nicht zu einer Erweiterung des Katalogs der regulierten Tätigkeiten aus § 6b Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 bis 6 und S. 2 EnWG. Die Bundesnetzagentur gehe im angefochtenen Beschluss ersichtlich davon aus, dass die Ermächtigungsgrundlage die vorgenommene Zuordnung durch Festlegung abweichend von der vom Gesetzgeber normativ vorgegebenen Zuordnung rechtfertige. Aus dem Wortlaut folge jedoch deutlich, dass sie nur zur Schwerpunktsetzung und Ergänzung solcher Bestimmungen ermächtigt sei, die an die bereits vorhandenen Vorgaben der Rechnungslegung anknüpften bzw. diese

ergänzten oder konkretisierten. Zudem erfasse die Ermächtigungsgrundlage nur zusätzliche Prüfungsvoraussetzungen, die über den Regelungsgehalt des § 6b Abs. 1 und Abs. 5 hinausgingen, nicht aber solche, die sich auf das dort jeweils nicht geregelte Prüfungsobjekt bezögen. Der von § 6b EnWG adressierten Gefahr von Diskriminierung und Quersubventionierung werde auf normativer Ebene zu Genüge begegnet. Wie für alle Nicht-Katalogtätigkeiten seien auch für die energiespezifischen Dienstleistungen getrennte Konten zu führen und habe der Abschlussprüfer gemäß § 6b Abs. 5 S. 2 EnWG zu prüfen, dass die Zuordnung der Kosten zu den Konten sachgerecht sei. Das weite Verständnis der Bundesnetzagentur von der Regelung des § 6b Abs. 6 S. 1 und S. 2 EnWG verstoße gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz, da es sich bei der Zuordnung, die zur Erstellung und Veröffentlichung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses verpflichte, um einen wesentlichen Eingriff in das verfassungsrechtlich anerkannte Interesse am Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele.

Die Bundesnetzagentur überschreite mit ihrer Vorgabe zur Zuordnung energiespezifischer Dienstleistungen gleichzeitig die rechtlichen Grenzen ihres Ermessens, da hiermit die Pflicht einhergehe, den Tätigkeitsabschluss im Bundesanzeiger öffentlich bekannt zu machen (§ 6b Abs. 4 EnWG), obgleich sie ein verfassungsrechtlich anerkanntes, schützenswertes Interesse daran habe, dass ihre darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse, die die betroffenen aufwandsgleichen Kosten auf der untersten Aggregationsstufe nach höchstrichterlicher Rechtsprechung darstellten, nicht gegenüber der Allgemeinheit und insbesondere Wettbewerbern offenbart würden. Nicht zuletzt deshalb sehe § 6b Abs. 7 S. 6 EnWG den Schutz von Geschäftsgeheimnissen für Tätigkeitsabschlüsse von Nicht-Katalogtätigkeiten vor, wobei sie selbst ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen sei. Dem stehe nicht entgegen, dass es für den verbundenen Netzbetreiber im Einzelfall effizienter sein könne, bestimmte Dienstleistungen von ihr und nicht von ihren Wettbewerbern in Anspruch zu nehmen.

Auch die in Tenorziffer 4. angeordnete Erweiterung des Prüfungsumfangs sei von der Ermächtigungsgrundlage des § 6b Abs. 6 S. 1 und S. 2 EnWG nicht gedeckt. Diese weise – durch die Bezugnahmen auf Abs. 1 und Abs. 5 – ausschließlich einen Bezug zur Tätigkeit des Prüfers auf und umfasse gerade keine Modifikationen von Vorgaben für die Aufstellung und erst recht keine grundlegenden Eingriffe in das materielle Bilanzrecht, die hier vorlägen. So fordere die Bundesnetzagentur ein Testat

zu Informationen, die sich teilweise auf der untersten Aggregationsstufe befänden, und unter Ziffer 4.2.6. sogar eine eigene Anlage zur Bilanz, in der Erläuterungen zu einem möglichen Kapitalausgleichsposten vorgenommen werden sollten. Es sei auch nicht Sinn und Zweck des § 6b Abs. 6 EnWG, Optimierungspotentiale für die Kostenprüfung zu ermöglichen. Zu verlangen sei jedenfalls, dass Grund zu der Annahme bestehe, dass dem Entflechtungsgebot oder anderen wettbewerbsschützenden Vorgaben nur unzureichend Rechnung getragen würde, was nicht der Fall sei. Der Gesetzgeber habe bewusst kein geschlossenes Informationssystem zwischen Tätigkeits- bzw. Jahresabschluss und Netzentgeltregulierung im EnWG installiert, gerade auch, weil der Jahresabschluss nach dem HGB eine grundsätzlich andere Zielrichtung verfolge. Die Bundesnetzagentur aber strebe nur Optimierungspotentiale für die Vereinfachung der zukünftigen Kostenprüfungen für die vierte Regulierungsperiode an. Es sei eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, den Prüfungsgegenstand in Abweichung von den – ansonsten zu beachtenden - handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften nach § 6b Abs. 3 EnWG auf die interne Rechnungslegung zu erweitern, so dass eine weitere Ausdehnung des Prüfungsauftrags auf andere Prüfungsgegenstände systematisch nicht vorgesehen sei. Hierfür spreche auch § 6b Abs. 6 S. 2 EnWG, der die Setzung von Prüfungsschwerpunkten als Regelbeispiel mit Indizwirkung für die Auslegung der Norm anführe. Auch in anderen Bereichen des Bilanzrechts (§ 317 Abs. 4 HGB, § 313 AktG, § 53 HGrG) sei eine ausdrückliche gesetzliche Regelung üblich, wenn mittelbar in das vertragliche Gefüge zwischen Auftraggeber und Abschlussprüfer eingegriffen werde. Zudem habe der Referentenentwurf zur EnWG-Novelle im Jahr 2011 vom 10.02.2011 ausdrücklich eine unmittelbare Eingriffsbefugnis für die Ausgestaltung des Tätigkeitsabschlusses vorgesehen und sei im Wortlaut auch im Übrigen deutlich weiter gefasst gewesen, ohne dass dieser Vorschlag in den Gesetzesentwurf vom 06.06.2011 aufgenommen worden sei. Auch die Festlegung der sechsmonatigen Vorlaufzeit in § 6b Abs. 6 S. 3 EnWG zeige, dass sich die Festlegungsbefugnis der Bundesnetzagentur allein auf die Prüfung durch den Abschlussprüfer selbst beziehe, da die Vorlaufzeit für Unternehmen zu kurz bemessen sei.

Wie mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 30.03.2021 erstmalig geltend gemacht, ergebe sich die Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit der Festlegung in Tenorziffer 4., jedenfalls ihre Ermessensfehlerhaftigkeit, schließlich daraus, dass diese nicht durchführbar sei, weil die Abschlussprüfer nach Auffassung des IDW im Entwurf eines

Prüfungsstandards für eine „gesonderte Prüfung aufgrund der Festlegungen der BNetzA nach § 6b Abs. 6 i.V.m. § 29 EnWG“, Stand 26.06.2020 (EPS 611, Anlage Bf 4) kein Testat für zusätzliche Informationen nach Tenorziffer 4. erteilen, ein solches in der streitgegenständlichen Festlegung aber verlangt werde. Der Abschlussprüfer erteile danach auf Basis der im Entwurf festgelegten Prüfungshandlungen kein Prüfungsurteil zur Richtigkeit der ergänzenden Angaben bzw. der Einhaltung der Vorgaben der Festlegung. Die Adressaten der streitgegenständlichen Festlegung könnten mithin den Prüfer nicht zu einem Testat über die Angaben nach Tenorziffer 4. verpflichten. Gleichzeitig zeige die fehlende Testierbarkeit, dass die Festlegung an einem erheblichen Bestimmtheitsmangel leide. Auch sei unklar, welchen Mehrwert die Festlegung mit dem im Entwurf des IDW vorgesehenen Prüfungsprogramm bringe.

Den Antrag der Beschwerdeführerin vom 28.02.2020, die aufschiebende Wirkung der am 20.01.2020 gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 25.11.2019, Az. BK8-19/00002-A, eingereichten Beschwerde anzuordnen, hat der Senat durch Beschluss vom 23.03.2020 (Bl. 119 ff. GA) zurückgewiesen. Zur Begründung hat er insbesondere ausgeführt, dass sich ernstliche Zweifel an deren Rechtmäßigkeit bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht ergäben und die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Rechtsfragen vielmehr als offen zu betrachten seien.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 25.11.2019, Az. BK8-19/00002-A aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur macht geltend, dass Tenorziffer 3. auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruhe. Die dortige Regelung beinhalte eine Klarstellung der gesetzlichen Vorgaben. Die von ihr vorgenommene Zuordnung gebiete bereits der Wortlaut, da dieser nicht den Netzbetreiber, sondern das Unternehmen i.S.d. § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG adressiere. Der Vergleich der Beschwerdeführerin mit der Regelung in § 6b Abs. 3 S. 2 EnWG zur Verpachtungstätigkeit verfange nicht. Der Gesetzgeber sei nicht gehalten gewesen, ähnliche Klarstellungen ausschließlich in einer

vergleichbaren Regelungstechnik zu fassen. Die Klarstellung bezüglich der energiespezifischen Dienstleistungen finde sich in § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG, wonach sämtliche Tätigkeiten der dort genannten Unternehmen unter den Katalog nach § 6b Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 6 EnWG zu subsumieren seien. Die Zuordnung einer Tätigkeit könne nicht davon abhängen, ob und welche sonstigen Tätigkeiten ein Unternehmen (z.B. die Verpachtung eines Leitungsnetzes) ausübe, hierin lägen die in der Begründung der Festlegung angesprochenen Zufälligkeiten. Auch der Wortlaut der Definition „Verteilung“ gemäß § 3 Nr. 37 EnWG spreche nicht gegen die Zuordnung. Die Beschwerdeführerin unterliege einem systematischen Fehlverständnis, denn selbst bei einem rechtlich selbstständigen Netzbetreiber gäbe es eine Vielzahl von kostenwirksamen Tätigkeiten, die nicht unmittelbar mit dem Transport von Energie zusammenhängen. Aus der ergänzenden Bezugnahme auf die Definition des Elektrizitätsunternehmens nach Art. 2 Nr. 35 der Richtlinie 2009/72/EG habe sie sodann den Schluss gezogen, dass der Begriff der Verteilung nicht auf eine Art Kerngeschäft reduziert werden könne. In systematischer Hinsicht wäre es verfehlt, wenn die Regelung in § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG, die den Adressatenkreis der gesamten Vorschrift adressiere, keinerlei Konsequenzen für die nachfolgenden Regelungen in Abs. 2 bis 7 EnWG habe. Zudem müsse, um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs zu gewährleisten und Quersubventionierungen zu vermeiden, die Unabhängigkeit des Netzbetriebs von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sichergestellt werden, wie gerade das Beispiel der Beschwerdeführerin veranschauliche. Dabei sei die energiespezifische Dienstleistung nach Sinn und Zweck als Katalogtätigkeit und nicht als wettbewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren. So habe die Beschwerdeführerin mit Blick auf einen Teil der im Basisjahr 2016 an den verbundenen Netzbetreiber berechneten Dienstleistungskosten geltend gemacht, dass eine Fremdausschreibung nicht in Betracht komme, da sich Synergieeffekte durch die Beschaffung im Konzern ergäben. Für den Fall der Auslagerung von Leistungen an einen konzernverbundenen Dienstleister sorgten die festgelegten Vorgaben lediglich für eine regulatorische Gleichbehandlung dieser Konstellationen, was den ersten Schritt der Kostenabgrenzung angehe. Der durch § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG n.F. erfolgten gesetzgeberischen Klarstellung hätte es im Übrigen bei Zugrundelegung der Sichtweise der Beschwerdeführerin nicht bedurft, da diese zu keinerlei Konsequenzen führen würde. Der Verweis auf die Nachweispflichten des verbundenen Netzbetreibers aus § 4 Abs. 5a StromNEV gehe fehl, da die hier

streitgegenständliche Festlegung normativ an die Grundsätze der buchhalterischen Entflechtung anknüpfe und nicht an nachgelagerte Fragen der Kostenprüfung nach der StromNEV. Der Verweis auf die Gesetzesbegründung zu § 10 EnWG a.F. sei angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Klarstellung in § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG unergiebig.

Sie könne gemäß § 6b Abs. 6 i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG auch zusätzliche Bestimmungen gegenüber dem Unternehmen nach Abs. 1 S. 1 durch Festlegung treffen. Die Zuordnungsaufgabe sei keine Abänderung bestehender Regelungen in § 6b EnWG, sondern eine Konkretisierung der bereits bestehenden Zuordnungsregeln, weshalb auch kein Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz vorliege. § 6b Abs. 6 EnWG enthalte auch keine einschränkende Verweise auf die Absätze 1 und 5 der Vorschrift. Sie erweitere auch nicht das Prüfungsobjekt, da diese Fragen in § 6b Abs. 1 S. 1 und § 6b Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 bis 6 bzw. S. 3 und 4 EnWG geregelt seien. Bezüglich der gegebenenfalls bestehenden Optionsmöglichkeit bei der Frage, wie diese Zuordnung im Einzelnen zu erfolgen habe, bestehe nach § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG eine Festlegungskompetenz. Schließlich habe sie die systematischen Zusammenhänge der Vorgaben der buchhalterischen Entflechtung mit den speziellen Nachweispflichten für regulierte Netzbetreiber nach § 4 Abs. 5a StromNEV nicht verschwiegen, sondern vielmehr in der angefochtenen Festlegung gewürdigt. Die buchhalterische Entflechtung könne nicht losgelöst von ihrem Ziel, nämlich der Bildung von verursachungsgerechten, diskriminierungsfreien Netzentgelten, erörtert werden.

Zudem habe sie auch im Rahmen ihrer umfangreichen Ermessenserwägungen insbesondere die Folgen der Zuordnung von energiespezifischen Dienstleistungen im Hinblick auf die Veröffentlichungspflichten nach § 6b Abs. 4 EnWG in den Blick genommen. Sie habe auch etwaige wettbewerbliche Nachteile durch die Veröffentlichungspflichten thematisiert. Die sich aus den gesetzgeberischen Wertungen des HGB und EnWG ergebenden gewissen Einschränkungen des Schutzes ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse müsse die Beschwerdeführerin als Teil eines vertikal integrierten Versorgungsunternehmens hinnehmen. Danach seien die Daten der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung, soweit es einen Netzbezug gebe, über die Tätigkeitsabschlüsse aus Transparenzgründen zu veröffentlichen. Sie habe bereits im angefochtenen Beschluss darauf verwiesen, dass

angesichts der geringen Gliederungstiefe ohnehin keine Wettbewerbsnachteile durch die Veröffentlichung zu befürchten seien.

Des Weiteren sei sie zum Erlass von Tenorziffer 4. gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG ermächtigt. Die Festlegung verpflichte nicht zur Erweiterung des Tätigkeitsabschlusses, die zu setzenden Prüfungsschwerpunkte bewegten sich vielmehr systematisch innerhalb der Norm, da sie nur Punkte mit Bezug zu der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung enthielten. Wie aus Tenorziffer 5. ersichtlich, könne eine freiwillige Erweiterung des entsprechenden Tätigkeitsabschlusses erfolgen, dies müsse aber nicht geschehen, vielmehr seien die zusätzlichen Informationen lediglich Teil der internen Prüfungen und nicht Teil des zu veröffentlichenden Jahresabschlusses, wie im angefochtenen Beschluss auch klargestellt werde. Alle ergänzenden Angaben in den Tenorziffern 4.2. bis 4.6., die jeweils in eigenen Prüfungsschwerpunkten durch den Wirtschaftsprüfer zu bewerten seien, seien eng mit den verbindlichen Inhalten des Tätigkeitsabschlusses verknüpft. Tenorziffer 4.1 sei eng mit den Vorgaben zur buchhalterischen Entflechtung verknüpft, da die Übersicht über die relevanten Teile des vertikal integrierten Unternehmens essentiell für die Bewertung der Frage sei, inwiefern die Vorgaben zur buchhalterischen Entflechtung als solche eingehalten würden. Die Zuständigkeiten von Wirtschaftsprüfer und Unternehmen seien im angefochtenen Beschluss klar abgegrenzt. § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG enthalte auch keine Eingrenzung des Bezugspunktes der „zusätzlichen Bestimmungen“ und richte sich an das Unternehmen, nicht den Wirtschaftsprüfer. S. 2 sei nur ein Beispiel für den Umfang der Ermächtigungsgrundlage. Es gehe ihr vorrangig nicht um eine einseitige „Arbeitserleichterung“, sondern um beiderseitig effiziente Abläufe sowie inhaltlich vor allem um die Prüfung und ggfs. Aufdeckung von Quersubventionierungen. § 6b EnWG habe die möglichen Adressaten eines Jahresabschlusses um die Regulierungsbehörden erweitert und hier - letztlich für die Zwecke der Kostenprüfung nach §§ 21 ff. EnWG - ergänzende Regelungen vorgesehen. Weder aus dem Referentenentwurf zu § 6b Abs. 6 EnWG noch aus der Gesetzesänderung zum 28.12.2012 folge eine materielle Beschränkung der Ermächtigungsgrundlage. Insbesondere sei es angemessen, den Prüfern, die nicht unmittelbare Adressaten der Festlegung seien, eine angemessene Vorlaufzeit einzuräumen.

Schließlich belegten die im EPS 611 des IDW dargelegten Prüfungsabläufe gerade die Durchführbarkeit der streitgegenständlichen Festlegung. Dadurch, dass die

Prüfschritte durch den beauftragten Wirtschaftsprüfer dokumentiert würden, werde eine sehr viel detailliertere Darlegung erreicht, als dies bei einem allgemein gehaltenen Bestätigungsvermerk der Fall wäre. Soweit es in Tenorziffer 4. der Festlegung heiße, dass die „entsprechenden Angaben und Erläuterungen (...) aufzunehmen sowie zu testieren“ seien, würde es im Zusammenhang mit der Setzung von Prüfungsschwerpunkten genügen, dass die Durchführung der Prüfungsschwerpunkte hinreichend im Prüfungsbericht dokumentiert und im Bestätigungsvermerk auf diese Vorgehensweise hingewiesen werde.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

B.

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Anfechtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 1, § 78 Abs. 1 und Abs. 2, § 83 Abs. 2 EnWG statthaft. Sie bleibt aber in der Sache ohne Erfolg.

I. Die Regelung in Tenorziffer 3. ist rechtmäßig.

1. Die von der Bundesnetzagentur dort vorgenommene Zuordnung von Dienstleistungen, die gegenüber dem Tätigkeitsbereich Elektrizitätsübertragung und/oder Elektrizitätsverteilung eines verbundenen, vertikal integrierten Unternehmens erbracht werden, zu eben diesem Tätigkeitsbereich auch beim Erbringer der Dienstleistung ist von der Ermächtigungsgrundlage des § 29 Abs. 1 i.V.m. § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG gedeckt.

1.1. Die Bundesnetzagentur ist im angefochtenen Beschluss zu Recht davon ausgegangen, dass die in Tenorziffer 3. vorgenommene Zuordnung energiespezifischer Dienstleistungen eine klarstellende Anordnung darstellt, die den gesetzlichen Vorgaben des § 6b Abs. 3 EnWG entspricht. Eine Auslegung der Vorschrift ergibt, dass energiespezifische Dienstleistungen, die von einem rechtlich selbstständigen Unternehmen erbracht werden, das zu einer Gruppe verbundener Elektrizitätsunternehmen i.S.d. des § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG gehört, unter die in § 6b Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG aufgeführten Bereiche der Elektrizitätsübertragung

und/oder Elektrizitätsverteilung zu subsumieren sind, wenn die Dienstleistung gegenüber dem entsprechenden Tätigkeitsbereich des verbundenen Unternehmens erbracht wird, und keine andere Tätigkeit innerhalb des Elektrizitätssektors i.S.d. § 6b Abs. 3 S. 3 EnWG darstellt (a.A. Poullie in: BerlKomm-EnR, 4. Aufl., § 6b EnWG Rn. 68; Schnabel/Marquardt in: PraxisKomm-EnR, Stand 05/14, § 6b EnWG Rn. 39; jeweils unter Bezugnahme auf die Beurteilung durch das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) in deren Verlautbarung zur Rechnungslegung nach § 6b EnWG, IDW RS ÖFA). Anders als die Beschwerdeführerin meint, geht Tenorziffer 3. damit nicht über die gesetzlich gezogenen Grenzen, die die Regelungsbefugnis der Bundesnetzagentur einschränken (Senat, Beschluss vom 27.02.2008, VI-3 Kart 106/07 [V] Rn. 86, juris; Wahlhäuser in: Kment, EnWG, 2. Aufl., § 29 Rn. 18), hinaus.

1.1.1. Für eine solche Zuordnung spricht bereits der Wortlaut des § 6b Abs. 3 S. 3 EnWG, auch wenn die energiespezifischen Dienstleistungen nicht explizit in dessen Nrn. 1 bis 6, die die Katalogtätigkeiten enumerativ und abschließend aufzählen (Hölscher in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 6b Rn. 24; Knauff in: Kment, a.a.O., § 6b Rn. 13 m.w.N.), genannt sind. Die Bundesnetzagentur ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass, sofern ein Bezug des unternehmerischen Handelns des vertikal integrierten Versorgungsunternehmens zu einem der in § 6b Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 bis 6 EnWG genannten Tätigkeitsbereiche besteht, dieses unternehmerische Handeln dem entsprechenden Tätigkeitsbereich zuzuordnen ist (so auch Knauff in: Kment, a.a.O., § 6b Rn. 13).

1.1.1.1. § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG gilt für alle Unternehmen im Sinne des Abs. 1 S. 1, d.h. auch für solche rechtlich selbstständigen Unternehmen, die selbst kein Netz (bzw. keinen Speicher/keine LNG-Anlage) betreiben, sondern lediglich zu einer Gruppe verbundener Elektrizitäts- oder Gasunternehmen gehören und mittelbar oder unmittelbar energiespezifischen Dienstleistungen erbringen. Nach dem Gesetzeswortlaut ist dabei bereits im Ausgangspunkt das Vorliegen einer Katalogtätigkeit nicht mit dem die Katalogtätigkeit selbst durchführenden Unternehmen verknüpft. Die Tätigkeiten, für die eine nach den in Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 bis 6 genannten Bereichen getrennte Kontenführung zu erfolgen hat („jede ihrer Tätigkeiten“), sind solche, die von den Unternehmen nach Abs. 1 S. 1 erbracht werden, mithin auch die reine Dienstleistungstätigkeit des energiespezifischen Dienstleisters i.S.d. Abs. 1 S. 1.

Dass auch diese Unternehmen nach § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG verpflichtet sind, jeweils getrennte Konten für jede ihrer Tätigkeiten in den in Nrn. 1 bis 6 aufgeführten Bereichen zu führen, impliziert, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass auch die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen unter die Katalogtätigkeiten zu subsumieren ist. Wenn Abs. 3 S. 1 von vornherein keinen Anwendungsbereich für energiespezifische Dienstleistungen hätte, weil diese unter Abs. 3 S. 3 fielen, hätte es nahegelegen, dass der Gesetzgeber in S. 1 an den Betrieb des Netzes (bzw. eines Speichers/einer LNG-Anlage) und nicht an alle von Unternehmen i.S.d. Abs. 1 S. 1 erbrachten Tätigkeiten angeknüpft hätte.

1.1.1.2. Die Beschwerdeführerin kann dem nicht erfolgreich entgegenhalten, dass die Definition der Elektrizitätsübertragung bzw. -verteilung in § 3 Nr. 32 bzw. Nr. 37 EnWG enger gefasst sei und nur eine durch den Netzbetreiber selbst erbrachte Tätigkeit darstellt.

Zwar ist danach das gemeinsame Merkmal der Transporttätigkeiten, d.h. der Übertragung bzw. Fernleitung und der Verteilung, die Durchleitung von Energie, um die Versorgung bzw. Belieferung der Kunden zu ermöglichen. Die Übertragung ist nach § 3 Nr. 32 EnWG „der Transport von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz einschließlich grenzüberschreitender Verbindungsleitungen zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern oder Verteilern, jedoch nicht die Belieferung der Kunden selbst“. Die Verteilung wird in § 3 Nr. 37 EnWG definiert als „der Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Elektrizitätsverteilernetze oder der Transport von Gas über örtliche oder regionale Leitungsnetze, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, jedoch nicht die Belieferung der Kunden selbst (...)“.

Allerdings knüpft § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG vom Wortlaut her nicht an die Tätigkeit der Elektrizitätsübertragung bzw. -verteilung i.S.d. Definition des § 3 EnWG an, sondern – weiter gefasst - an eine „Tätigkeit im Bereich der Elektrizitätsübertragung bzw. -verteilung“ und gebietet damit keine Beschränkung auf die Erbringung der eigentlichen Transportleistung, die nur vom Netzbetreiber durchgeführt werden könnte.

Dass unter diese Tätigkeiten auch solche fallen, die mit der eigentlichen Transportleistung zusammenhängen, ohne selbst zwingend Übertragung/Fernleitung oder Verteilung zu sein, folgt aus einer richtlinienkonformen Auslegung. Die

Regelungen des § 6b EnWG dienen ausweislich der Gesetzesbegründung der Umsetzung der Anforderungen der buchhalterischen Entflechtung aus dem EU-Recht in Art. 31 der Richtlinie 2009/72/EG und der Richtlinie 2009/73/EG (BT-Drs. 17/10754, S. 21). § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG geht dabei – soweit er Elektrizitätsunternehmen betrifft – auf die Regelung in Art. 31 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie 2009/72/EG zurück, wonach zur Vermeidung von Diskriminierung, Quersubventionierung und Wettbewerbsverzerrungen Elektrizitätsunternehmen in ihrer internen Rechnungslegung jeweils getrennte Konten für ihre Übertragungs- und Verteilungstätigkeiten in derselben Weise führen, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von separaten Unternehmen ausgeführt würden. In Abgrenzung zu diesen buchhalterisch zu entflechtenden Tätigkeiten führen sie auch Konten für andere, nicht mit den Bereichen Übertragung und Verteilung zusammenhängende elektrizitätswirtschaftliche Tätigkeiten, wobei diese Konten konsolidiert werden können (Art. 31 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie 2009/72/EG). Der europäische Gesetzgeber fasst die mit der Übertragungs- und Verteilungstätigkeit zusammenhängenden elektrizitätswirtschaftlichen Tätigkeiten mithin unter die buchhalterisch zu entflechtenden Katalogtätigkeiten und nicht unter die anderen Tätigkeiten innerhalb des Elektrizitätssektors. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für das Vorliegen einer Katalogtätigkeit ist der Zusammenhang mit der elektrizitätswirtschaftlichen Tätigkeit und nicht, dass die Transporttätigkeit der Übertragung oder Verteilung durch das Unternehmen selbst durchgeführt wird.

Nichts anderes kann für § 6b Abs. 3 EnWG gelten, dessen Wortlaut keine Anhaltspunkte dafür liefert, dass den nationalen Vorgaben an die Rechnungslegung ein von der umzusetzenden Richtlinie abweichendes Verständnis der Begrifflichkeiten zugrunde liegt. Damit steht das richtlinienkonforme Verständnis im Einklang mit der vorstehend getroffenen, durch den Wortlaut nahegelegten Feststellung, dass die Katalogtätigkeiten gemäß § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG an den Adressatenkreis des Abs. 1 S. 1 anknüpfen und hiervon mit den Erbringern energiespezifischer Dienstleistungen auch Unternehmen erfasst sind, die gerade nicht zwingend auch Netzbetreiber sind, d.h. gerade keine inhaltliche Anknüpfung an die Tätigkeit des Netzbetriebes bzw. die tatsächliche Sachherrschaft über das Netz vorliegt.

Da der Senat an diesem Verständnis keine vernünftigen Zweifel hat, hält er eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zur Frage der Auslegung von Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2009/72/EG, wie sie von der Beschwerdeführerin im Schriftsatz vom

30.03.2021 angeregt worden ist und zu der er als Instanzgericht nach Art. 267 Abs. 2 AEUV berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, nicht für angezeigt.

1.1.2. Der vorstehende Befund wird durch die Gesetzeshistorie bestärkt.

Die – klarstellende - Einbeziehung der Erbringer energiespezifischer Dienstleistungen als Adressaten der Pflichten nach § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG und die Bezugnahme auf die dort aufgeführten Unternehmen in § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG sind durch die EnWG-Novelle 2012 erfolgt. Aus der Änderung von Abs. 1 S. 1 folgt für den Streitfall zunächst, dass Unternehmen, die energiespezifische Dienstleistungen erbringen, nunmehr zur Beachtung der Vorgaben in § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG, d.h. zur Aufstellung, Prüfung und Offenlegung eines Jahresabschlusses und Lageberichts nach den handelsrechtlichen Vorgaben für Kapitalgesellschaften, verpflichtet sind. Damit weist die Gesetzesänderung bezogen auf die Erbringer energiewirtschaftsrechtlicher Dienstleistungen entgegen der im angefochtenen Beschluss vertretenen Ansicht der Bundesnetzagentur einen eigenständigen Regelungsgehalt mit Blick auf Abs. 1 S. 1 auf. Die klarstellende Wirkung der Änderung des Abs. 1 S. 1 beschränkt sich nach dem aus der Gesetzesbegründung erkennbaren Willen des Gesetzgebers aber gerade nicht auf die Pflichten nach Abs. 1 S. 1, sondern auch auf die Rechnungslegung nach Abs. 3. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/10754, S. 22):

„Mit der Änderung wird klargestellt, dass – entsprechend der Vorschrift des § 6 zu Anwendungsbereich und Ziel der Entflechtung – sich die Vorgaben des § 6b zur buchhalterischen Entflechtung auf vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und selbstständige Netzbetreiber beziehen. Nur bei diesen Unternehmen muss die Unabhängigkeit von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sichergestellt werden, um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs zu gewährleisten. Dies gilt selbstverständlich auch für (...) rechtlich selbstständige Unternehmen, die mit dem vertikal integrierten Unternehmen verbunden sind und unmittelbar oder mittelbar energiespezifische Dienstleistungen erbringen.“

Auch die (bloßen) Erbringer energiespezifischer Dienstleistung gegenüber einem verbundenen Unternehmen sind damit ausdrücklich zur buchhalterischen Entflechtung verpflichtet, um die Unabhängigkeit von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sicherzustellen. Gegenstand der buchhalterischen Entflechtung sind aber gerade die Katalogtätigkeiten und nicht die sonstigen Tätigkeiten nach § 6b Abs. 3 S. 3 und S. 4 EnWG, da durch die Anforderung in § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG deren rechtliche Selbständigkeit fingiert wird (Poullie in: BerlK-EnR, a. a. O., § 6b EnWG Rn.

4; Heinlein/Büsch in: Theobald/Kühling, Energierecht, 107. EL, § 6b EnWG Rn. 43), wobei der gesonderte Tätigkeitsabschluss Konsequenz der geschäftsfeldbezogenen Eigenständigkeitsfiktion der unselbstständigen Unternehmensteile ist (Knauff in: Kment, a. a. O., § 6b Rn. 22; vgl. hierzu bereits Senat, Beschluss vom 07.10.2020, VI-3 Kart 885/19 [V] Rn. 44, juris).

1.1.3. Auch Sinn und Zweck der Entflechtungsvorgaben in § 6b Abs. 3 EnWG sprechen dafür, dass gegenüber einem verbundenen Unternehmen erbrachte energiespezifische Dienstleistungen i.S.d. Abs. 1 S. 1 unter die Katalogtätigkeiten zu subsumieren sind und damit einer geschäftsfeldbezogenen Eigenständigkeitsfiktion unterliegen.

1.1.3.1. Die Regelungen des § 6b EnWG sollen nach dem Willen des Gesetzgebers, der auch Eingang in den Gesetzeswortlaut des § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG gefunden hat, Quersubventionierung und Diskriminierung in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verhindern (BT-Drs. 17/10754, S. 21).

Dabei entspricht es der Wertung des Gesetzgebers, dass hierfür die buchhalterische Entflechtung auch mit Blick auf gegenüber einem verbundenen Unternehmen erbrachte energiespezifische Dienstleistungen erforderlich ist. Aus der bereits zitierten Begründung der EnWG-Novelle 2012 folgt unmissverständlich, dass auch für rechtlich selbstständige Unternehmen, die mit einem vertikal integrierten Unternehmen verbunden sind und unmittelbar oder mittelbar energiespezifische Dienstleistungen erbringen, die Unabhängigkeit von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sichergestellt werden muss, um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs zu gewährleisten.

Dahinter steht die auch von der Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss angestellte Erwägung, dass bei einem vertikal integrierten Versorgungsunternehmen die Zuordnung zu den Tätigkeitsbereichen nicht davon abhängen kann, welcher Teil des Unternehmens bzw. welches Unternehmen innerhalb der verbundenen Gruppe von Unternehmen die Tätigkeit ausübt. Denn durch die Verlagerung einzelner Tätigkeitsbereiche auf ein verbundenes Unternehmen bleibt die Einordnung als monopolistische und damit der Entflechtung unterliegende Tätigkeit unberührt. Tätigkeiten, die den erforderlichen Zusammenhang mit dem monopolistischen Netzbetrieb aufweisen, werden nicht dadurch zu wettbewerblichen Tätigkeiten, dass sie auf ein anderes Unternehmen ausgelagert und von diesem als energiespezifische

Dienstleistung erbracht werden, weil die Entscheidung, ob und zu welchen Konditionen solche Tätigkeiten ausgelagert werden, im Wesentlichen beim monopolistischen Netzbetreiber liegt.

Das bei der Auslagerung von Dienstleistungen auf ein verbundenes Unternehmen bestehende Quersubventionierungsrisiko hat der Ordnungsgeber im Rahmen der Neuregelung des § 4 Abs. 5a StromNEV durch die Zweite Verordnung zur Änderung der Anreizregulierung vom 14.09.2016 zudem ausdrücklich anerkannt. Nach der der Verordnungsänderung zugrundeliegenden Begründung der Empfehlung des Wirtschaftsausschusses (BR-Drs. 296/1/16; vgl. auch BGH, Beschluss vom 05.05.2020, EnVR 59/19 Rn. 56, juris) hat der Betreiber eines Elektrizitätsversorgungsnetzes nicht notwendigerweise ein Interesse daran, die mit dem Netzbetrieb verbundenen und auszulagernden Aufgaben zu angemessenen Rechnungsbeträgen auf den Dienstleister zu übertragen, und es besteht das Risiko des Abschlusses von Dienstleistungsverträgen zu überhöhten Preisen, um dem mit dem Betreiber des Elektrizitätsversorgungsnetzes gesellschaftsrechtlich verbundenen Dienstleister die Zahlung überhöhter Rechnungsbeträge auf Kosten des Netznutzer zukommen zu lassen.

1.1.3.2. Darüber hinaus dienen die Regelungen des § 6b EnWG nach der Begründung der EnWG-Novelle 2012 der Schaffung der Voraussetzungen für die Kostenregulierung (BT-Drs. 17/10754, S. 21). Der Zusammenhang mit der Kostenregulierung ist zudem schon in der Gesetzesbegründung zu § 10 EnWG 2005, der insoweit inhaltsgleichen Vorgängervorschrift des § 6b EnWG, aufgezeigt, nach der die Tätigkeitsabschlüsse für die Tätigkeitsbereiche des Netzbetriebs der Regulierungsbehörde aussagekräftige Netzdaten für eine mögliche Überprüfung der Netznutzungsentgelte liefern (BT-Drs. 15/3917, S. 55). Der Senat hat deshalb bereits entschieden, dass die Gewinn- und Verlustrechnung bzw. der Tätigkeitsabschluss die Datenquelle der kalkulatorischen Rechnung bilden, im Rahmen derer eine Überprüfung anhand des Effizienzmaßstabs des § 21 Abs. 2 EnWG und § 4 Abs. 1 StromNEV erfolgt (Beschluss vom 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15 Rn. 162, juris).

Diesen Zusammenhang hat die Bundesnetzagentur in ihren Ausführungen zu den Kostennachweisen für energiespezifische Dienstleistungen gegenüber verbundenen Netzbetreibern angemessen berücksichtigt. Dabei hat sie erkannt, dass normativ zwischen der buchhalterischen Entflechtung nach § 6b EnWG und den nachgelagerten

Fragen der Kostenprüfung nach den Vorgaben der StromNEV zu unterscheiden ist. Ein diesbezüglicher Gleichlauf ist weder im Hinblick auf die Adressaten entsprechender Rechnungslegungs- bzw. Nachweispflichten noch im Hinblick auf den Inhalt der Rechnungslegung (energiespezifische Dienstleistung) bzw. Kostenprüfung (energiespezifische und nicht energiespezifische Dienstleistungen, vgl. BR-Drs. 296/1/16) gesetzlich geboten. Dass nach § 4 Abs. 5a S. 5 StromNEV dem Netzbetreiber die Nachweispflicht obliegt, ob die aus der Erbringung der Dienstleistungen entstehenden Kosten oder Kostenbestandteile maximal in der Höhe angesetzt wurden, wie sie bei dem die Dienstleistung erbringenden Unternehmen unter Anwendung der Grundsätze der Entgeltbestimmung im Sinne der StromNEV tatsächlich angefallen sind (§ 4a Abs. 5a S. 3 StromNEV), steht damit der Verpflichtung des Erbringers energiespezifischer Dienstleistungen zur Erstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses nicht entgegen. Es liegen angesichts der normativ unterschiedlichen Regelungen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Verordnungsgeber bei der Neuregelung des § 4 Abs. 5a StromNEV davon ausgegangen wäre, dass das von ihm ausdrücklich erkannte Risiko einer Quersubventionierung bei der Erbringung von Dienstleistungen für den verbundenen Netzbetreiber im vertikal integrierten Unternehmen allein auf der Ebene der Kostenprüfung zu adressieren sei.

Die dem Netzbetreiber nach § 4 Abs. 5a StromNEV obliegende Nachweispflicht kann infolge der von der Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss im Einzelnen dargestellten „grundsätzlichen Kongruenz“ bzw. - präziser formuliert – teilweisen Konnexität zwischen der Zuordnungspflicht für energiespezifische Dienstleistungen und den Fällen, in denen im Rahmen einer Kostenprüfung potenziell entsprechende Erhebungsbögen für die Dienstleistertätigkeit erhoben werden, leichter erfüllt werden, wenn der Erbringer der energiespezifischen Dienstleistungen einen entsprechenden Tätigkeitsabschluss erstellt. Dies trägt der gesetzgeberischen Zielsetzung, die Voraussetzungen für die Kostenregulierung zu schaffen, Rechnung. Soweit es in der Verordnungsbegründung zur Neuregelung des § 4 Abs. 5a StromNEV heißt, dass über den sog. Dienstleisterbogen hinaus grundsätzlich keine zusätzliche Datenerhebung bei dem gesellschaftsrechtlich verbundenen Dienstleister erforderlich sei (BR-Drs. 296/1/16, S. 23), bedeutet dies nicht, dass im Rahmen der Kostenprüfung nicht sinnvoll auf gesonderte, für die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen erstellte Tätigkeitsabschlüsse zurückgegriffen werden kann und soll.

1.1.4. Dagegen, dass die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen gegenüber einem verbundenen Unternehmen unter die Katalogtätigkeiten des § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG zu subsumieren ist, lässt sich nicht die Regelung in § 6b Abs. 3 S. 2 EnWG anführen, die eine Ausweitung der Katalogtätigkeiten auf „jede wirtschaftliche Nutzung des Eigentumsrechts an Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzen, Gasspeichern oder LNG-Anlagen“ vorsieht.

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, dass es an einer vergleichbaren Regelung für die energiespezifischen Dienstleistungen fehle, verkennt sie, dass eine solche Regelung nicht geboten ist. Während es sich bei den energiespezifischen Dienstleistungen um Tätigkeiten in den in Abs. 3 S. 1 aufgeführten Bereichen der Energieversorgung handelt, stellt die wirtschaftliche Nutzung eines Eigentumsrechts gerade keine eigentliche Tätigkeit im genannten Sinne dar, so dass die ausdrückliche Erstreckung der Vorgaben des Abs. 3 S. 1 auf die wirtschaftliche Nutzung des Eigentumsrechts bezogen auf diese Fallkonstellation erforderlich ist.

Rückschlüsse aus der unterschiedlichen Behandlung von Pachtmodell und Dienstleisterkosten im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags lassen sich im Übrigen nicht ziehen, da die für die unterschiedliche Behandlung maßgeblichen Erwägungen in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit den hier streitgegenständlichen Fragen der Entflechtung stehen.

Vielmehr trägt die Regelung in § 6b Abs. 3 S. 2 EnWG in vergleichbarer Weise dem Willen des Gesetzgebers Rechnung, dass die Vorgaben zur buchhalterischen Entflechtung nicht durch strukturelle Maßnahmen unterlaufen werden sollen.

1.1.5. Dass die Erbringung energiespezifischer Dienstleistungen gegenüber nicht verbundenen Unternehmen durch die Festlegung ausdrücklich nicht adressiert wird, spricht schließlich ebenfalls nicht gegen die Zuordnung gegenüber einem verbundenen Unternehmen erbrachter energiespezifischer Dienstleistungen zu den Katalogtätigkeiten. Eine abschließende Entscheidung darüber, ob es sich bei gegenüber einem nicht verbundenen Unternehmen erbrachten energiespezifischen Dienstleistungen ebenfalls um Katalogtätigkeiten handelt oder nicht, ist hiermit nicht verbunden. Es wäre aber auch nicht inkonsequent und mit der hier erfolgten Auslegung des § 6b Abs. 3 EnWG nicht unvereinbar, eine differenzierende Betrachtung vorzunehmen und die Zuordnung zu den Katalogtätigkeiten nicht auch auf solche energiewirtschaftlichen Dienstleistungen zu erstrecken, die gegenüber

einem verbundenen Unternehmen erbracht werden. Zwar spräche für eine solche Zuordnung der Wortlaut der Vorschrift. Dass § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG ausdrücklich dem Zweck der Vermeidung von Diskriminierung und Quersubventionierung dienen soll, ließe sich aber gegen eine Erstreckung auf eine Fallkonstellation anführen, in der eine Diskriminierung und Quersubventionierung von vornherein schon nicht zu besorgen ist.

1.2. Die klarstellende Anordnung in Tenorziffer 3. ist von der Ermächtigungsgrundlage des § 29 Abs. 1 i.V.m. § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG gedeckt.

1.2.1. Die Ermächtigung der Bundesnetzagentur in § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG, unbeschadet der besonderen Pflichten des Prüfers nach Abs. 5 zusätzliche Bestimmungen gegenüber dem Unternehmen nach Abs. 1 S. 1 durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG zu treffen, die vom Prüfer im Rahmen der Jahresabschlussprüfung über die nach Abs. 1 anwendbaren Prüfungsvoraussetzungen hinaus zu berücksichtigen sind, umfasst auch den Erlass zusätzlicher Bestimmungen, die den Prüfungsgegenstand einer Jahresabschlussprüfung selbst betreffen, hier Aspekte der Rechnungslegung nach Abs. 3 (so i.E. bereits Senat, Beschluss vom 04.07.2018, VI-3 Kart 82/15 [V] Rn. 165, juris). Insbesondere ist die Ermächtigungsgrundlage des § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG nicht dahingehend einschränkend auszulegen, dass sie nur solche Vorgaben umfasst, die ausschließlich die Pflichten des Prüfers im Rahmen der Abschlussprüfung konkretisieren oder ergänzen.

1.2.1.1. Die Bundesnetzagentur ist im angefochtenen Beschluss zutreffend davon ausgegangen, dass der Wortlaut der Norm weit gefasst ist und keine Eingrenzung des Bezugspunkts der „zusätzlichen Bestimmungen“ enthält.

1.2.1.1.1. Die vom Prüfer im Rahmen der Abschlussprüfung zu beachtenden Bestimmungen können sich auf unterschiedliche Aspekte beziehen. Zunächst hat der Abschlussprüfer die in § 6b Abs. 1 EnWG aufgeführten Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen einen Jahresabschluss und Lagebericht aufzustellen und prüfen zu lassen hat, im Folgenden als Prüfungsvoraussetzungen bezeichnet, zu beachten. Des Weiteren zählen zu den zu beachtenden Bestimmungen die methodischen Vorgaben für die Durchführung der Prüfung in § 6b Abs. 5 EnWG, die ausschließlich den Prüfer adressieren. Schließlich hat der Prüfer selbstverständlich auch die Vorgaben zu beachten, die den Prüfungsgegenstand selbst betreffen und damit den Prüfvorgang

inhaltlich determinieren. Da nach § 6b Abs. 5 S. 1 und S. 3 EnWG die Prüfung des Jahresabschlusses gemäß Abs. 1 auch die Einhaltung der Pflichten zur Rechnungslegung nach Abs. 3 umfasst und im Bestätigungsvermerk zum Jahresabschluss anzugeben ist, ob die Vorgaben nach Abs. 3 eingehalten worden sind, zählt zu diesem Prüfungsgegenstand auch der Regelungsgegenstand von Tenorziffer 3.. Diese enthält konkrete Vorgaben zum Inhalt des dem Abschlussprüfer nach Abs. 3 S. 6 zur Prüfung vorzulegenden Tätigkeitsabschlusses, weil dort festgelegt wird, welchem Tätigkeitsbereich und damit welchen hierfür geführten Konten eine bestimmte Tätigkeit nach Abs. 3 vom Unternehmen zuzuordnen ist. Derartige inhaltliche, den Prüfungsgegenstand betreffende Vorgaben adressieren dabei – wie die in Abs. 1 niedergelegten Prüfungsvoraussetzungen - sowohl die Unternehmen, die diese im Streitfall bei der Kontenführung und Erstellung von Tätigkeitsabschlüssen zu beachten haben, als auch den Prüfer, der den Jahresabschluss einschließlich der Tätigkeitsabschlüsse prüft.

1.2.1.1.2. Eine Beschränkung auf einen dieser Aspekte lässt sich dem Wortlaut des § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG nicht entnehmen, so dass davon auszugehen ist, dass sich die „zusätzlichen Bestimmungen“, zu denen die Bundesnetzagentur ermächtigt wird, auch auf die Einhaltung der Vorgaben des § 6b Abs. 3 EnWG als Prüfungsgegenstand beziehen können.

Dadurch, dass die gegenüber den Unternehmen nach Abs. 1 S. 1 getroffenen zusätzlichen Bestimmungen vom Prüfer im Rahmen der Jahresabschlussprüfung „über die nach Abs. 1 anwendbaren Prüfungsvoraussetzungen hinaus“ zu berücksichtigen sind, und dies „unbeschadet der besonderen Pflichten des Prüfers nach Abs. 5“ erfolgt, wird lediglich zum Ausdruck gebracht, dass der Regelungsgehalt der genannten Vorschriften durch die von der Bundesnetzagentur zu treffenden zusätzlichen Bestimmungen unberührt bleiben soll. Eine Beschränkung der zusätzlichen Bestimmungen auf die dortigen Regelungsgegenstände folgt hieraus nicht.

Dass die Bundesnetzagentur nach § 6b Abs. 6 S. 2 EnWG dazu ermächtigt wird, insbesondere zusätzliche Schwerpunkte für die Prüfungen zu treffen, rechtfertigt zudem keine Beschränkung der Ermächtigung in S. 1 auf die Methodik der vom Abschlussprüfer vorzunehmenden Prüfung. S. 2 adressiert lediglich einen Regelungsgegenstand einer möglichen Festlegung, wie durch das Wort

„insbesondere“ klargestellt wird (so auch Heinlein/Büsch in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 6b EnWG Rn. 42).

1.2.1.2. Eine den unbeschränkten Wortlaut des § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG einengende Auslegung ist weder aus gescheshistorischen noch teleologischen Gründen geboten. Weder die Begründung der Vorschrift noch die ihrer Änderungen - insbesondere durch die EnWG-Novelle 2012 - lassen belastbare Rückschlüsse auf die Reichweite der Ermächtigungsgrundlage zu.

1.2.1.2.1. Dies gilt zunächst für den vom Gesetzesentwurf abweichenden Arbeitsentwurf zu § 6b Abs. 6 EnWG, Stand vom 11.02.2011 (dort noch § 6b Abs. 4a). Dort war folgende Fassung vorgesehen:

„Die Regulierungsbehörde kann einheitliche Kriterien für die Sachgerechtigkeit von Wertansätzen und die Zuordnung der Konten durch Festlegung gegenüber den betroffenen Unternehmen bestimmen. Unbeschadet der besonderen Pflichten des Prüfers nach Absatz 4 kann die Regulierungsbehörde Bestimmungen über den Inhalt der Prüfung treffen. Sie kann insbesondere Schwerpunkte für die Prüfungen festlegen“.

Der Umstand, dass die sehr konkret gefasste Ermächtigung zur Festlegung einheitlicher Kriterien für die Sachgerechtigkeit von Wertansätzen und die Zuordnung der Kosten durch Festlegung gegenüber den betroffenen Unternehmen in dieser Form keinen Eingang in den Gesetzesentwurf gefunden hat, rechtfertigt nicht den Schluss, dass der Gesetzgeber die Ermächtigungsgrundlage insoweit hätte beschränken wollen (vgl. aber die Stellungnahme des IDW im Konsultationsverfahren vom 02.10.2019, Bl. 829 ff. des Verwaltungsvorgangs). Im Arbeitsentwurf wird ausdrücklich zwischen den in S. 1 genannten einheitlichen Kriterien, die den Prüfungsgegenstand betreffen, und den in S. 2 geregelten Bestimmungen über den Inhalt der Prüfung unterschieden. Wenn sich der Gesetzgeber dazu entschlossen hätte, die Regulierungsbehörde nur zu Festlegungen zum Inhalt der Prüfung ermächtigen zu wollen, hätte er schlicht die Ermächtigung in S. 1 streichen können. Stattdessen hat er den Inhalt der Ermächtigung sprachlich vollständig neu gefasst und inhaltlich konsolidiert. Die Fassung des Gesetzesentwurfs spricht deshalb vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber die Regelungsgehalte von S. 1 und S. 2 des Arbeitsentwurfs zusammengefasst bzw. sogar erweitert hat, da sich die Beschränkung bezüglich des Prüfungsgegenstandes auf einheitliche Kriterien für die Sachgerechtigkeit von Wertansätzen und die Zuordnung der Konten nicht mehr findet.

1.2.1.2.2. Soweit das IDW in seiner Stellungnahme im Rahmen des Konsultationsverfahrens vom 02.10.2019 darauf verwiesen hat, dass Abweichungen bei den Rechnungslegungsgrundsätzen in Abhängigkeit von der zuständigen Regulierungsbehörde nicht gewollt sein könnten, d.h. auf dem Gebiet der buchhalterischen Entflechtung in jedem Fall bundeseinheitliche Vorgaben gelten müssten, so überzeugt dies nicht. Zutreffend hat die Bundesnetzagentur dem in der angefochtenen Festlegung entgegengehalten, dass sich bereits aus dem Umstand der zulässigen Ausübung von bilanziellen Wahlrechten Unterschiede zwischen Tätigkeitsabschlüssen ergeben könnten. Hinzu kommt, dass divergierende Festlegungen der Regulierungsbehörden zu zusätzlichen Bestimmungen von allein an den Prüfer gerichteten methodischen Vorgaben ebenfalls dazu führen können, dass ein Netzbetreiber, der in den Zuständigkeitsbereich mehrerer Regulierungsbehörden fällt, mehrere Jahresabschlussprüfungen nach unterschiedlichen methodischen Vorgaben durchführen lassen müsste. Schließlich können sich die Regulierungsbehörden – wie im Streitfall durch Übernahme der streitgegenständlichen Festlegung durch einzelne Landesregulierungsbehörden – auch koordinieren.

1.2.1.3. Systematische Erwägungen können eine Einengung des Begriffs der „zusätzlichen Bestimmungen“ ebenfalls nicht rechtfertigen.

1.2.1.3.1. Auch wenn die Ermächtigung in § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG enthalten ist und damit den an den Prüfer gerichteten Vorgaben in Abs. 5 unmittelbar nachfolgt, rechtfertigt dies nicht die Annahme, dass die Ermächtigung inhaltlich ausschließlich an dessen Vorgaben anknüpft. Dagegen spricht bereits, dass Abs. 6 S. 1 selbst nicht nur Abs. 5 der Vorschrift in Bezug nimmt, sondern auch Abs. 1. Zudem stehen die vorangehenden Absätze 1 bis 5 in einem inhaltlichen Zusammenhang zueinander bzw. bauen aufeinander auf. § 6b Abs. 1 und 2 EnWG enthalten - unter Einbeziehung und partieller Modifikation des HGB - die maßgeblichen Vorschriften für den Jahresabschluss vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen sowie rechtlich selbstständiger Betreiber von Netzen und Speicheranlagen. Zusätzlich zu diesen spezifischen Anforderungen an den Jahresabschluss verpflichtet § 6b Abs. 3 EnWG zwecks buchhalterischer Entflechtung die in § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG genannten Unternehmen zu einer nach Tätigkeiten getrennten internen Rechnungslegung und zur Aufstellung daran anknüpfender Tätigkeitsberichte, deren Publizität nach § 6b Abs. 4 EnWG sicherzustellen ist. § 6b Abs. 5 EnWG statuiert sodann – sinnvoll an die

Absätze 1 bis 4 anknüpfend - vom Prüfer bei der Jahresabschlussprüfung einzuhaltende besondere Pflichten.

1.2.1.3.2. Auch aus der Vorgabe in § 6b Abs. 6 S. 3 EnWG, wonach eine Festlegung nach S. 1 spätestens sechs Monate vor dem Bilanzstichtag des jeweiligen Kalenderjahres ergehen muss, folgt nicht, dass § 6b Abs. 6 EnWG inhaltlich allein auf Abs. 5 und damit die den Prüfer adressierenden Prüfungsvorgaben bezogen wäre. Nach der Gesetzesbegründung soll hierdurch sichergestellt werden, dass sich die Prüfer rechtzeitig auf die zusätzlichen Anforderungen an die Prüfung einstellen können (BT -Drs. 17/10754, S. 22). Damit dient die Vorschrift zwar dem Schutz des Prüfers. Die gesetzte Frist ermöglicht es nicht auch den Unternehmen, sich auf die Vorgaben einer Festlegung zur Rechnungslegung nach Abs. 3 bereits zu Beginn des jeweiligen Geschäftsjahres einzustellen. Allerdings gilt dies auch im Hinblick auf etwaige zusätzliche Bestimmungen zu den Prüfungsvoraussetzungen nach Abs. 1, die in § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG ausdrücklich in Bezug genommen werden.

Zudem ist in § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG seit der EnWG-Novelle 2012 klargestellt, gegenüber welchen Adressaten die Festlegung zu erfolgen hat (BT-Drs. 17/10754 S. 22). Dies sind die Unternehmen, was impliziert, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass diese von der Festlegung – neben den Prüfern – jedenfalls auch unmittelbar adressiert werden können (in diesem Sinne auch Heinlein/Büsch in: Theobald/Kühling, a.a.O., § 6b EnWG Rn. 42, wonach § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG zu zusätzlichen Bestimmungen gegenüber Unternehmen i.S.d. § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG ermächtigt, die *auch* im Rahmen der Jahresabschlussprüfung vom Prüfer zu berücksichtigen sind). Sofern der Gesetzgeber die Bundesnetzagentur nur zu „zusätzlichen Bestimmungen“ hätte ermächtigen wollen, die allein den Prüfungsvorgang selbst betreffen, d.h. nur den Prüfer adressieren, hätte es nahegelegen, eine diesbezügliche Ermächtigung in Ergänzung der unmittelbar an den Prüfer gerichteten Vorgaben in Abs. 5 aufzunehmen und nicht die Unternehmen zu adressieren.

1.2.2. § 6b Abs. 6 S. 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG ermächtigt die Bundesnetzagentur auch zur klarstellenden Anordnung von bereits in § 6b Abs. 3 EnWG normierten Vorgaben zur Rechnungslegung. Tenorziffer 3. begründet mit der dort geregelten „Zuordnung von energiespezifischen Dienstleistungen“ eine Pflicht des nach § 6b Abs.

1 S. 1 EnWG verpflichteten Unternehmens, Tätigkeitsabschlüsse unter Beachtung dieser Zuordnungsaufgabe für energiespezifischen Dienstleistungen aufzustellen.

1.2.2.1. Wenn die Bundesnetzagentur nach § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG ausdrücklich sogar zu *zusätzlichen* Bestimmungen betreffend die Vorgaben an die Rechnungslegung in § 6b Abs. 3 EnWG ermächtigt ist, umfasst dies erst recht die klarstellende Anordnung einer sich bereits aus dem Gesetz ergebenden Vorgabe, die ein rechtliches Weniger darstellt.

Dies gilt umso mehr, als dass § 6b Abs. 6 EnWG gerade die Präzisierung der in den vorangehenden Absätzen des § 6b EnWG nur in den Grundzügen geregelten Vorgaben an die Voraussetzungen, den Prüfungsvorgang und den Gegenstand der Prüfung des Jahresabschlusses einschließlich der Tätigkeitsabschlüsse durch den Abschlussprüfer bezweckt. Soweit die gesetzlichen Vorgaben dabei – wie im Hinblick auf die hier streitgegenständliche Zuordnung energiespezifischer Dienstleistungen – auslegungsbedürftig sind, entspricht es Sinn und Zweck der Regelung, dass die Bundesnetzagentur zu klarstellenden Regelungen berechtigt ist. Zudem dienen Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG als Allgemeinverfügungen (BGH, Beschluss vom 16.12.2014, EnVR 54/13, BeckRS 2015, 1978 Rn. 19 – Tagesneuwerte II; Beschluss vom 29.04.2008, KVR 28/07, RdE 2008, 362, 364 – EDIFACT) gerade dazu, dass die Regulierungsbehörde klärende Definitionsentscheidungen innerhalb normativer Bandbreiten trifft (Schmidt-Preuß in: BerlK-EnR, a.a.O., § 29 EnWG Rn. 28). Durch die Festlegung wird das Ergebnis, das mit der Regulierungsentscheidung erreicht werden soll, bereits ex-ante und nicht erst ex-post festgelegt, und zwar durch eine einheitliche Entscheidung anstatt in einer Vielzahl von Missbrauchsentscheidungen (Senat, Beschluss vom 11.10.2017, VI-3 Kart 67/16 [V], BeckRS 2017, 132866 Rn. 32; Wahlhäuser in: Kment, a.a.O., § 29 Rn. 22). Für wiederkehrende Fragestellungen werden Vorabklärungen definiert, die verhaltenssteuernd wirken bzw. auf die in der Fülle konkreter Einzelentscheidungen Bezug genommen werden kann (Senat, Beschluss vom 28.04.2015, VI-3 Kart 369/12 [V] Rn. 88, juris). Eine solche Standardisierung kann aber gerade auch bei nur klarstellenden Anordnungen, die eine auslegungsbedürftige gesetzliche Handlungspflicht des Adressaten wiedergeben, erreicht werden.

1.2.2.2. Die streitgegenständliche Festlegung bezweckt auch eine klarstellende Anordnung im dargestellten Sinne und ist nicht etwa zweckwidrig allein darauf

gerichtet, eine Durchsetzung der Rechtslage im Wege des Verwaltungszwanges zu ermöglichen. Die Bundesnetzagentur weist bereits in der Einleitung der Gründe der angefochtenen Festlegung ausdrücklich darauf hin, dass die Abgrenzung der Dienstleistungsbeziehungen innerhalb eines integrierten Unternehmens Schwierigkeiten aufweise und die betroffenen Unternehmen entgegen der gesetzgeberischen Klarstellung in § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG solche Tätigkeitsabschlüsse vielfach nicht aufstellten. Zudem setzt sie sich im Weiteren mit den gegen die von ihr vorgenommene Zuordnung angeführten Argumenten etwa des IDW auseinander, so dass es ihr ersichtlich auf die Klarstellung der Rechtslage ankommt. Soweit sie an anderer Stelle (S. 38) darauf verweist, dass „zudem die Möglichkeit eröffnet (wird), die in diesem Beschluss niedergelegten Verpflichtungen, nach einer entsprechenden Androhung, mittels Zwangsgeld nach § 94 EnWG durchzusetzen“, so adressiert sie deshalb nur einen aus ihrer Sicht verfahrensökonomischen Vorteil der gewählten Verfahrensweise.

2. Tenorziffer 3. weist zudem die für eine Allgemeinverfügung erforderliche Bestimmtheit auf.

Für die Frage, ob eine regulierungsbehördliche Festlegung hinreichend bestimmt ist, sind die Grundsätze maßgeblich, die allgemein für Verwaltungsakte gelten (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.1998, KVR 17/97 Rn. 30, juris). § 37 Abs. 1 VwVfG verlangt, dass der Adressat in die Lage versetzt werden muss zu erkennen, was von ihm gefordert wird (BGH, Beschluss vom 15.11.1994, KVR 29/93 Rn. 2 – Gasdurchleitung; Beschluss vom 26.09.1995, KVR 25/94 Rn. 27 – Stadtgaspreise; juris). Die Konkretisierung dessen, was ge- oder verboten ist, muss in der Verfügung selbst erfolgen und darf nicht der Vollstreckung überlassen bleiben, wobei die bloße Wiederholung des Normtextes regelmäßig nicht ausreicht (BVerwG, Urteil vom 02.12.1993, 3 C 42.91 Rn. 48 ff. juris). Nicht notwendig ist allerdings, dass der Inhalt der Regelung im Entscheidungssatz der Verfügung so zusammengefasst ist, dass er alle Punkte aus sich heraus verständlich darstellt. Es genügt vielmehr, dass sich der Regelungsgehalt aus der Verfügung insgesamt einschließlich ihrer Begründung ergibt (BGH, Beschluss vom 29.09.1998, KVR 17/97 Rn. 30; Beschluss vom 15.11.1994, KVR 29/93 Rn. 2 – Gasdurchleitung; juris).

Die Adressaten der angefochtenen Festlegung können im Streitfall mit der gebotenen Sicherheit erkennen, welche Dienstleistungen als unmittelbare oder mittelbare

energiespezifische Dienstleistungen zu qualifizieren sind, auf die sich die Verpflichtung zur Erstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses erstreckt. Auch wenn die Bundesnetzagentur „formell“ auf die Festlegung einer Definition von energiespezifischen Dienstleistungen verzichtet hat, so weisen die unter Ziff. 5.1. der Gründe der angefochtenen Festlegung aufgeführten und mit Beispielen erläuterten Begriffsbestimmungen ein hinreichendes Maß an Bestimmtheit auf.

2.1. Hinsichtlich des Begriffs der energiespezifischen Dienstleistungen hat die Bundesnetzagentur auf die Definition in der Gesetzesbegründung zu § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG (BT-Drs. 17/10754, S. 21) verwiesen, wonach hierunter die Erfüllung kommerzieller, technischer und/oder wartungsbezogener Aufgaben im Sinne des Art. 2 Nr. 35 der Richtlinie 2009/72/EG und Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2009/73/EG zu verstehen ist. Diese Definition hat sie durch netzbezogene Beispiele näher erläutert, indem sie als Beispiele auf Dienstleistungen wie Netzwartung, Netzinstandsetzung, Netzerneuerung, Netzführung oder Zählerauswertung verwiesen hat. Eine Subsumtion unter die Begrifflichkeiten ist für die betroffenen Unternehmen ohne Weiteres möglich.

2.2. Auch eine Subsumtion unter den Begriff der mittelbaren energiespezifischen Dienstleistungen ist den betroffenen Unternehmen in zumutbarer Weise möglich.

2.2.1. Diesbezüglich wird ebenfalls auf die Gesetzesbegründung zu § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG (BT-Drs. a.a.O.) Bezug genommen, wonach es sich bei dem Begriff der mittelbaren energiespezifischen Dienstleistung um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der weit auszulegen ist. Dieser umfasst beispielsweise die Verbrauchsabrechnung sowie IT-Dienstleistungen, soweit diese speziell für die Energiewirtschaft angeboten werden und es sich nicht um Standardanwendungen handelt. Die hieraus folgende Positiv-Abgrenzung zwischen energiespezifischen Dienstleistungen und sonstigen Dienstleistungen danach, ob es sich um speziell für die Energiewirtschaft angebotene Leistungen oder um Standardanwendungen handelt, hat die Bundesnetzagentur sodann anhand von Beispielen konkretisiert: Kantine oder Lohnabrechnung könnten, auch wenn diese ausschließlich gegenüber dem Netzbetrieb erbracht werden, nicht den energiespezifischen Dienstleistungen zugerechnet werden. Eine energierechtliche Rechtsberatung sei jedoch keine Standardanwendung, sondern werde speziell für die Energiewirtschaft angeboten. Wenn der Netzbetreiber selbst geltend mache, dass keine Möglichkeit der externen

Ausschreibung einer innerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens erbrachten Dienstleistung bestehe, weil diese besonderer Art sei, spreche dies für eine speziell für die Energiewirtschaft angebotene und damit energiespezifische Dienstleistung.

2.2.2. Durch die Erläuterung anhand konkreter Beispiele wird verdeutlicht, dass es für die Abgrenzung zwischen mittelbaren energiespezifischen Dienstleistungen und sonstigen Dienstleistungen maßgeblich auf die inhaltliche Ausrichtung der Dienstleistung selbst ankommt, d.h. ob diese einen besonderen energiewirtschaftlichen Bezug aufweist oder nicht, und nicht darauf, welchem Geschäftsbereich gegenüber sie erbracht wird. Damit ist der verfügende Teil der Festlegung durch die in den Gründen erfolgte Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs der mittelbaren energiespezifischen Dienstleistung so konkret wie möglich gefasst. Soweit bei der Abgrenzung der mittelbaren energiespezifischen Dienstleistungen von den sonstigen Dienstleistungen eine Subsumption unter die konkrete Fallgestaltung erforderlich bleibt, die mit einer Restunsicherheit verbunden ist, ist dies der Natur des komplexen Regelungsgegenstands geschuldet und führt nicht zu einer Unbestimmtheit. Im Streitfall ist eine Vielzahl von Fallkonstellationen denkbar, die nicht sinnvoll vorab im Rahmen einer Festlegung adressiert werden können. Im Bereich der Rechnungslegung, speziell der Zuordnung zu den Konten, verbleiben regelmäßig Beurteilungsspielräume, weshalb der Abschlussprüfer die Zuordnung zu den Konten nach § 6b Abs. 5 S. 2 EnWG auf ihre Sachgerechtigkeit und Nachvollziehbarkeit prüft und nicht ihre Richtigkeit. Ausreichend ist deshalb, dass die vom Gesetzgeber vorgegebene Definition in Verbindung mit den erläuternden Beispielen der Bundesnetzagentur es den Unternehmen in Grenzfällen in zumutbarer Weise ermöglicht, eine sachgerechte und nachvollziehbare Zuordnung vorzunehmen. Dies ist der Fall.

3. Die Zuordnung der energiespezifischen Dienstleistungen in Tenorziffer 3. ist schließlich ermessensfehlerfrei. Insbesondere liegt keine Ermessensüberschreitung dergestalt vor, dass die durch die Bundesnetzagentur vorgenommene Zuordnung gegen den verfassungsrechtlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verstößt.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse genießen zum einen den unionsrechtlichen Schutz der Eigentumsgarantie nach Art. 17 GRCh und der Berufsfreiheit nach Art. 15,

16 GRCh, zum anderen verfassungsrechtlichen Schutz nach Art. 12 GG und nach Art. 14 GG, soweit sich in ihnen selbstständige Vermögenswerte verkörpern (Gurlit in BerlK-EnR, a.a.O., § 71 EnWG Rn. 10 ff. m.w.N.). Es kann aber im Streitfall dahinstehen, in welchem Umfang die Tätigkeitsabschlüsse des Erbringers energiespezifischer Dienstleistungen schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Denn ihre Offenlegung gegenüber Dritten beruht auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung und ist deshalb rechtmäßig.

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, den Tätigkeitsabschlüssen, die sich auf die sog. Katalogtätigkeiten beziehen, keinen Schutz zuzubilligen. Nach § 6b Abs. 4 EnWG sind Tätigkeitsabschlüsse unverzüglich, jedoch spätestens vor Ablauf des zwölften Monats des dem Abschlussstichtag nachfolgenden Geschäftsjahres, gemeinsam mit dem nach Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 325 HGB offenzulegenden Jahresabschluss beim Betreiber des Bundesanzeigers elektronisch einzureichen und ist der Tätigkeitsabschluss unverzüglich im Bundesgesetzblatt bekannt machen zu lassen. Zudem sind Geschäftsberichte zu den in Abs. 3 S. 1 und S. 2 aufgeführten Tätigkeiten nach § 6b Abs. 7 S. 5 EnWG von den Unternehmen jeweils auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen. In Abgrenzung hierzu billigt der Gesetzgeber nur den Tätigkeitsabschlüssen, die sich auf die Nicht-Katalogtätigkeiten nach § 6b Abs. 3 S. 3 und S. 4 EnWG beziehen (andere Tätigkeiten innerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors bzw. Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- und Gassektors), Geheimnisschutz zu, wenn er in § 6b Abs. 7 S. 6 EnWG anordnet, dass Tätigkeitsabschlüsse zu den nicht in Abs. 3 S. 1 aufgeführten Tätigkeitsbereichen von der Regulierungsbehörde als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln sind. Einem verbundenen Unternehmen gegenüber erbrachte energiespezifische Dienstleistungen sind jedoch, wie bereits aufgezeigt, unter § 6b Abs. 3 S. 1 EnWG zu subsumieren und unterliegen damit als Katalogtätigkeiten keinem Geheimnisschutz.

Demgemäß hat die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss zutreffend darauf verwiesen, dass, soweit im Rahmen der Konsultation auf wettbewerbliche Nachteile durch die Veröffentlichung von energiespezifischen Dienstleistungen verwiesen worden sei, sich die Veröffentlichungspflichten nicht aus der Festlegung, sondern unmittelbar aus den gesetzlichen Vorgaben des § 6b Abs. 4 EnWG ergeben.

II. Auch Tenorziffer 4. ist rechtmäßig.

1. Die dort angeordnete Verpflichtung der Adressaten zur Erweiterung des Prüfauftrags gegenüber dem Prüfer findet ihre Grundlage in § 6b Abs. 6 i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG.

1.1. Tenorziffer 4., durch die die adressierten Unternehmen verpflichtet werden, im Prüfungsauftrag den Prüfer zu verpflichten, im Prüfungsbericht im Hauptabschnitt „Erweiterung des Prüfungsauftrags“ zu den in Tenorziffern 4.1 bis 4.6. genannten Punkten die entsprechenden Angaben und Erläuterungen des Verpflichteten bezüglich der Tätigkeitsbereiche Elektrizitätsübertragung und -verteilung aufzunehmen sowie zu testen, begründet eine Erweiterung des Prüfungsgegenstandes. Eine solche ist grundsätzlich von der Ermächtigungsgrundlage des § 6b Abs. 6 S. 1 EnWG umfasst, da die Vorschrift, wie aus den vorstehenden Ausführungen unter I.1.2.1. folgt, die Regulierungsbehörde nicht nur zu Regelungen betreffend die methodischen Vorgaben für die Prüfung selbst, insbesondere zur Setzung von Prüfungsschwerpunkten, ermächtigt, sondern auch zu zusätzlichen Bestimmungen, die den Prüfungsgegenstand der Jahresabschlussprüfung betreffen. Die in § 6b Abs. 6 S. 2 EnWG aufgeführten „Prüfungsschwerpunkte“ sind lediglich beispielhaft und rechtfertigen keine restriktive Auslegung des Satzes 1.

1.2. Die in Tenorziffer 4. getroffenen, den Prüfungsgegenstand der Jahresabschlussprüfung betreffenden zusätzlichen Bestimmungen gehen dabei nicht über den gesetzlich zulässigen Prüfungsumfang hinaus.

Die handelsrechtlichen Vorgaben zur Abschlussprüfung stehen einer Erweiterung des Prüfungsgegenstandes nicht deswegen entgegen, weil sie den Prüfungsinhalt abschließend determinieren. Dies ergibt sich bereits aus den spezifischen energierechtlichen Erweiterungen der Prüfungshandlungen im Rahmen des § 6b EnWG. Die Bundesnetzagentur hat diesbezüglich in der angefochtenen Festlegung unter Ziff. 6.1.3. zutreffend darauf verwiesen, dass § 6b Abs. 5 EnWG eine energierechtliche Erweiterung der Prüfungshandlungen vorsieht und nach § 6b Abs. 5 S. 3 EnWG explizite Anforderungen an den Bestätigungsvermerk bestehen. Dass der Gegenstand der Jahresabschlussprüfung auch in diesen Vorschriften nicht abschließend vorgegeben ist, folgt wiederum daraus, dass § 6b Abs. 6 EnWG die Regulierungsbehörde ausdrücklich zur Festlegung von zusätzlichen, vom Prüfer im Rahmen der Abschlussprüfung zu beachtenden Bestimmungen ermächtigt. Es muss deshalb als ausreichend angesehen werden, wenn die getroffenen Regelungen einen

engen Zusammenhang mit den verbindlichen Inhalten des jeweiligen Tätigkeitsabschlusses aufweisen, was der Fall ist. Dass durch die getroffenen Regelungen von allgemeinen Grundsätzen des Bilanzierungsrechts abgewichen würde, ist im Übrigen nicht vorgetragen worden und auch sonst nicht ersichtlich.

2. Die Bundesnetzagentur hat des Weiteren hinsichtlich der in Tenorziffer 4. statuierten Prüfpflichten ihr Aufgriffs- und Auswahlermessen fehlerfrei ausgeübt.

Die Ermessensentscheidung ist nach den auch im Energiewirtschaftsrecht geltenden allgemeinen Grundsätzen gerichtlich nur daraufhin überprüfbar, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten (Ermessensüberschreitung), ihr Ermessen überhaupt nicht ausgeübt (Ermessensnichtgebrauch) oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (Ermessens Fehlgebrauch). Um diese Überprüfung zu ermöglichen, muss die Behörde ihre Ermessensausübung nachvollziehbar darlegen. Die Bundesnetzagentur hat im Streitfall sowohl zu den einzelnen Ziffern des Tenors Ermessenserwägungen angestellt als auch abschließend unter II.10. der Gründe ihre Ermessenserwägungen wiedergegeben, so dass ein Ermessensnichtgebrauch nicht festzustellen ist. Auch im Übrigen tragen die Ermessenserwägungen die in Tenorziffer 4. getroffenen Regelungen.

2.1. Insbesondere bewegt sich die in Tenorziffer 4. angeordnete Verpflichtung sowohl mit Blick auf das Aufgriffs- als auch mit Blick auf das Entschließungsermessen im Rahmen der Zweckbestimmung des § 6b EnWG, so dass ein Ermessens Fehlgebrauch insoweit nicht vorliegt.

Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang allein die Zweckbestimmung der Jahresabschlussprüfung, wie sie durch § 6b EnWG vorgegeben wird und die sich nicht in der Zielsetzung des HGB-Jahresabschlusses, d.h. der Rechenschafts-, Gewinnermittlungs-, Ausschüttungsbemessungs-, Gläubigerschutz- und Informationsfunktion (Störk/Schellhorn in: BeckBil-Komm, 12. Aufl., § 264 HGB Rn. 35) gegenüber den Gesellschaftern, den Gläubigern und Allgemeinheit erschöpft.

2.1.1. Wie bereits vorstehend unter I.1.1.3. ausgeführt, sollen die Regelungen in § 6b EnWG die Voraussetzungen für die Kostenregulierung schaffen sowie Quersubventionierung und Diskriminierung in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verhindern. Der Regelungszweck erschöpft sich

mithin nicht in letzterem Punkt, sondern bezieht die Kostenregulierung ausdrücklich mit ein. Hieraus folgt, dass die Entflechtung zum Zweck der Vermeidung von Quersubventionierung und Diskriminierung kein Selbstzweck ist, sondern letztlich angemessene Netzentgelte ermöglichen soll. Eine klare Trennung von Entflechtungs- und Entgeltregulierung mit einer Zuordnung der durch § 6b EnWG angeordneten Jahresabschlussprüfung ausschließlich zu ersterem ist in diesem Zusammenhang also nicht geboten, sondern würde zu kurz greifen.

Es ist deshalb im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Zweckbestimmung der streitgegenständlichen Regelungen auch deren Relevanz für die Kostenprüfung in den Blick nimmt, soweit ein inhaltlicher Zusammenhang der entgeltregulatorischen Zwecke mit den Zielen der Entflechtungsregulierung gemäß § 6b EnWG besteht.

2.1.2. Nach diesen Maßgaben unterfallen die einzelnen Regelungen in Tenorziffer 4. der Zweckbestimmung des § 6b EnWG.

2.1.2.1. Die in Tenorziffer 4.1. verlangte Übersicht von verbundenen, vertikal integrierten Versorgungsunternehmen, die gegenüber dem Tätigkeitsbereich Elektrizitätsübertragung und -verteilung Dienstleistungen erbringen und/oder Netzinfrastruktur(en) überlassen, ist nach den Ausführungen in der angefochtenen Festlegung erforderlich, um die Einhaltung der Regelungen des § 6b Abs. 1 EnWG überprüfen zu können und dient zudem den Prüfungshandlungen nach § 4 Abs. 5 und Abs. 5 StromNEV. Dass die Bundesnetzagentur in die Lage versetzt wird, die relevanten Geschäftsfelder innerhalb eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu identifizieren, hinsichtlich derer der Gesetzgeber gerade eine besondere Gefahr von Quersubventionierungen erkannt hat, erleichtert ihr die Überprüfung, ob die Pflichten zur getrennten Rechnungslegung und Buchführung nach § 6b EnWG eingehalten werden und trägt damit zur Verhinderung von Quersubventionierungen bei. Dem steht nicht entgegen, dass die Bundesnetzagentur im regulatorischen Kontext bereits über entsprechende Informationen verfügt, da Gegenstand der streitgegenständlichen Festlegung die Prüfung und Testierung der diesbezüglichen ergänzenden Angabe durch den Wirtschaftsprüfer ist, so dass diese in einem höheren Maß belastbar sind als die ungeprüften, in anderem Kontext gemachten Angaben des Unternehmens.

2.1.2.2. Im Hinblick auf die in den Tenorziffern 4.2. bis 4.6 verlangten ergänzenden Angaben zur Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung und zu fortwirkenden Schuldbeitritten oder Schuldübernahmen von verbundenen Unternehmen jeweils mit Bezug zur Elektrizitätsübertragung und -verteilung und die verlangte Ausweisung von Anlagengittern, Rückstellungspiegeln und Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen, jeweils zum Tätigkeitsbereich Elektrizitätsübertragung und -verteilung, hat die Bundesnetzagentur zwar die Bedeutung in verschiedenen regulatorischen Kontexten in den Vordergrund gestellt. Gleichwohl liegt der erforderliche inhaltliche Zusammenhang mit Aspekten der Quersubventionierung vor. Die zusätzlichen Angaben bzw. gesonderten Ausweisungen beziehen sich auf Bereiche, in denen die Abgrenzung zu Tätigkeitsbereichen außerhalb der Netzwirtschaft besonders relevant ist, so dass insoweit auch ein erhöhtes Bedürfnis für eine nachvollziehbare und infolge des Wirtschaftsprüferfestats belastbare Abgrenzung besteht, um etwaige Quersubventionierungen leichter erkennen zu können.

2.2. Die in Tenorziffer 4. vorgesehenen Maßnahmen sind des Weiteren geeignet, erforderlich und zur Verwirklichung der verfolgten Ziele angemessen.

Wie bereits dargelegt, dient die zusätzliche Transparenz nicht zuletzt auch in den entgeltregulatorischen Verfahren der Verhinderung von Quersubventionierungen. Dass es geeigneterer Maßnahmen zur Zweckerreichung gibt, ist nicht ersichtlich. Die Bundesnetzagentur hat im angefochtenen Beschluss zutreffend darauf verwiesen, dass eine Personalaufstockung bzw. eine Prozessoptimierung bei der Regulierungsbehörde keine geeigneten Alternativen darstellen, weil seitens der Regulierungsbehörde grundsätzlich nur Angaben der betroffenen Unternehmen geprüft bzw. plausibilisiert werden können und nur mit den Vorgaben der Festlegung eine testierte Datengrundlage mit einem entsprechenden höheren Maß an Sicherheit und Zuverlässigkeit geschaffen werden kann. Auch im Hinblick auf solche Daten, die der Bundesnetzagentur aus entgeltregulatorischen oder sonstigen Verfahren bekannt sind, kann nicht eingewandt werden, die Festlegung führe schon im Ausgangspunkt zu keinem Erkenntnisgewinn und verfehle ihre Zielsetzung. Maßgeblich ist nicht der Gewinn an Information, sondern der an Belastbarkeit der Information.

Die Bundesnetzagentur hat mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zudem rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, dass die Belastung der Unternehmen nicht unangemessen sei, da es sich überwiegend um Angaben handele, die bei den

Unternehmen ohnehin vorhanden seien bzw. bereits in der Vergangenheit im Rahmen von Verwaltungsverfahren hätten vorgelegt werden müssen. Denn hieraus folgt, dass sich die Belastung der Unternehmen im Wesentlichen auf die zusätzlichen Kosten der Prüfung und Testierung durch den Abschlussprüfer erstreckt. Dass diese gleichwohl außer Verhältnis zu dem mit Tenorziffer 4. verfolgten Zweck steht, ist weder konkret vorgetragen noch sonst ersichtlich, so dass die von der Bundesnetzagentur insoweit vorgenommene Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen sowie das Ergebnis der Abwägung nicht zu beanstanden sind. Zutreffend hat sie schließlich ergänzend darauf verwiesen, dass wettbewerbliche Nachteile durch die Veröffentlichung nicht zu befürchten seien, da die ergänzenden Angaben zu den Anforderungen, die sich ohnehin aus dem HGB ergeben, lediglich Teil des Prüfberichts und demnach nicht zu veröffentlichen seien. Die Unternehmen können nach Tenorziffer 5. die Angaben zu Tenorziffer 4.2. direkt in die Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung des Tätigkeitsabschlusses aufnehmen und die Angaben zu Tenorziffer 4.4. direkt in das Anlagengitter des Tätigkeitsabschlusses, müssen dies aber nicht.

3. Tenorziffer 4. ist schließlich auch nicht deshalb gemäß § 44 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig oder jedenfalls ermessensfehlerhaft, weil die den Unternehmen darin auferlegte Pflicht rein tatsächlich nicht durchführbar wäre.

Auf die Rechtzeitigkeit des diesbezüglichen Vorbringens der Beschwerdeführerin kommt es nicht an. Diese hat erstmals im nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen und nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 30.03.2021 unter Bezugnahme auf den Entwurf des IDW-Prüfungsstandards EPS 611 mit Stand 26.06.2020 geltend gemacht, dass nach dem Prüfungsstandard keine Prüfungsurteile zu den nach den Festlegungen notwendigen ergänzenden Angaben mit hinreichender oder begrenzter Sicherheit erteilt werden und damit die in Tenorziffer 4. vorgesehene Verpflichtung der Adressaten, im Prüfungsauftrag den Prüfer zu verpflichten, im Prüfungsbericht bestimmte Angaben und Erläuterungen des Adressaten zu testieren, nicht erfüllbar sei. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin lässt sich der angefochtenen Festlegung eine Verpflichtung der Adressaten, den Prüfer zu einem Testat über die Richtigkeit der ergänzenden Angaben zu verpflichten, nicht entnehmen.

Was konkret Gegenstand eines zu erteilenden Testats mit Blick auf die in Tenorziffer 4. gesetzten Prüfungsschwerpunkte sein soll, ist in Tenorziffer 4. nicht explizit aufgeführt. Auch die in den Gründen der Festlegung erfolgten Verweise auf die Vorgaben des § 6b Abs. 3 S. 5 bzw. § 6b Abs. 5 EnWG sind insoweit nicht eindeutig. Die genannten Vorgaben, die sich auf die gesetzlich vorgesehenen Pflichten zur Rechnungslegung in Abs. 3 beziehen, lassen sich auf Tenorziffer 4., die die in den Prüfungsbericht aufzunehmenden ergänzenden Angaben und Erläuterungen des Adressaten benennt, schon wegen der Unterschiedlichkeit der Prüfungsgegenstände nicht vollumfänglich übertragen. Der Sache nach ist indes anzunehmen, dass die Bundesnetzagentur eine Pflicht der Adressaten, die Prüfer zur Erteilung eines Prüfungsurteils über die inhaltliche Richtigkeit der ergänzenden Angaben und Erläuterungen zu beauftragen, nicht begründet hat. Für dieses Verständnis sprechen maßgeblich die Erwägungen zur Zwecksetzung unter II.6.1.2. der Gründe. Danach verfolgt die Festlegung stets den Zweck, dass Angaben mit Bezug zu bestimmten, regulatorischen Aufgaben ausgewiesen und erläutert werden und dieser Ausweis einen sachkundigen Dritten in die Lage versetzt, die Umstände (auch im Zeitablauf) nachzuvollziehen und erforderlichenfalls weitere Prüfungen durchzuführen. Diese Zwecksetzung wird bereits durch die Durchführung der im Entwurf des IDW-Prüfungsstandards EPS 611 vorgesehenen Prüfungshandlungen des Prüfers und die Dokumentation dieser Handlungen und ihrer Ergebnisse (Prüfungsfeststellungen) im Prüfungsbericht erreicht, ohne dass ein Prüfungsurteil auch über die inhaltliche Richtigkeit erforderlich wäre. Dass die Bundesnetzagentur selbst von eben diesem Verständnis der streitgegenständlichen Festlegung ausgeht, hat sie in ihrer Stellungnahme vom 16.04.2020 auf den Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 30.03.2021 klargestellt, indem sie ausführt, dass es im Zusammenhang mit der Setzung von Prüfungsschwerpunkten genügen würde, dass die Durchführung der Prüfungsschwerpunkte hinreichend im Prüfungsbericht dokumentiert und im Bestätigungsvermerk auf diese Vorgehensweise hingewiesen wird.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 90 S. 2 EnWG.

Die Festsetzung des Beschwerdewertes findet ihre Grundlage in § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Mangels konkreter Bezifferbarkeit des wirtschaftlichen Interesses der

Beschwerdeführerin an der Aufhebung der angefochtenen Festlegung hat der Senat eine pauschale Schätzung im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten vorgenommen.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG).

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung

der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Frister

Pastohr

Orlik