

# Energierrechtliche Entflechtungsvorgaben versus gesellschaftsrechtliche Kontrollkompetenzen?

Regelungskonflikte am Beispiel der Tätigkeiten von Aufsichtsräten in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen

Von Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., Margret Schellberg und Kristin Spiekermann\*

Das energiewirtschaftsrechtliche Unbundling-Regime und die gesellschaftsrechtlichen Informations-, Weisungs- und Kontrollrechte bilden ein Spannungsfeld. Hiervon betroffen sind in der Praxis nicht nur die für die Unternehmensführung zuständigen Gesellschaftsorgane sondern auch die Mitglieder von Aufsichtsräten in vertikal integrierten Energieversorgungsgesellschaften. Bei der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) hat der Gesetzgeber allerdings von einer Anpassung der gesellschaftsrechtlichen Normen abgesehen, die bei der Umsetzung des Unbundling berührt werden. Der folgende Beitrag erörtert die Konflikte zwischen den §§ 8 Abs. 4 und 9 EnWG und den aktienrechtlichen Auskunftsrechten und Kontrollkompetenzen von Aufsichtsräten. Dabei gelten die Ausführungen nicht nur für den Aufsichtsrat einer Netzgesellschaft sondern auch für den Aufsichtsrat eines kleinen Stadtwerks, an dessen Energieversorgungsnetz weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind, alleiniger oder hauptsächlicher Anteilseigner jedoch eine große Energieversorgungsgesellschaft ist. Zu diesem Zweck wird zunächst die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder zur Einhaltung des Unbundling dargelegt (I.), bevor deren Aufgaben nach dem AktG erläutert werden (II.). Hieran anschließend erfolgt eine Auseinandersetzung mit den konfligierenden Normen des Gesellschaftsrechts und § 9 EnWG (III.) bzw. § 8 Abs. 4 EnWG (IV.). Die sich hieraus ergebenden Einschränkungen der Tätigkeiten von Aufsichtsratsmitgliedern in der Praxis werden zum Schluss beispielhaft dargelegt (V.).

das Rechtssubjekt, dem das Unternehmen und sein Verhalten zugerechnet werden. Demgegenüber ist das Unternehmen die Funktionseinheit, die auf den jeweils sachlich relevanten Märkten entweder auf der Anbieter- oder Nachfragerseite tätig wird. Diese wirtschaftlichen Funktionseinheiten sind aber gerade keine rechtsfähigen Zurechnungssubjekte.<sup>3</sup>

Die jeweilige Personen- oder Kapitalgesellschaft als Rechtsträger des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist damit den Regulierungsbehörden gegenüber im Außenverhältnis verantwortlich für die Einhaltung des Unbundling. Der Rechtsträger ist Adressat von Verfügungen, welche die Regulierungsbehörde beispielsweise im Rahmen des allgemeinen Aufsichtsverfahrens nach §§ 65 ff. EnWG erlässt.<sup>4</sup> Um dieser Verantwortung gerecht werden zu können, muss die adressierte Energieversorgungsgesellschaft im Innenverhältnis sicherstellen, dass sich jedes ihrer Gesellschaftsorgane im Rahmen ihrer rechtlich oder tatsächlich zugewiesenen Aufgabenwahrnehmung Unbundling-konform verhält. Zu den verpflichteten Organen gehört neben dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung auch das Kontrollorgan »Aufsichtsrat«. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um den Aufsichtsrat einer Netz-AG, um den freiwilligen oder mitbestimmungsrechtlich zwingenden<sup>5</sup> Aufsichtsrat einer Netz-GmbH oder um den Aufsichtsrat der vertikal integrierten Energieversorgungsgesellschaft handelt.

In allen Prozessabläufen muss gewährleistet sein, dass jederzeit der energiewirtschaftsrechtliche Grundsatz der Nichtdiskriminierung eingehalten wird. Dieser Grund-

## I. Adressaten und binnenorganisatorische Sicherstellung der Unbundling-Vorschriften durch die Mitglieder des Aufsichtsrats

Adressaten der Unbundling-Vorschriften sind gem. § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Nach der Definition in § 3 Nr. 38 EnWG kommt es maßgeblich darauf an, dass entweder ein Unternehmen in eigener Rechtspersönlichkeit Netzbetriebs- und Energieertriebs- bzw. -erzeugungstätigkeiten zugleich wahrnimmt, oder aber der Netzbetrieb zwar in einer rechtlich getrennten Gesellschaft erfolgt, diese jedoch mit dem Rechtsträger des vertikal integrierten Unternehmens verbunden ist. Ein Verbund in diesem Sinne liegt vor, wenn die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung<sup>1</sup> erfüllt sind.<sup>2</sup> Die Pflichten, die das EnWG an »das vertikal integrierte Unternehmen« adressiert, werden an den Rechtsträger des vertikal integrierten Unternehmens angeknüpft. Denn der Rechts- bzw. Unternehmensträger ist

\* Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn. Die Autorinnen Schellberg und Spiekermann sind ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterinnen.

1 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. EU Nr. L 24 S. 1).

2 Ausführlich zur Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens vgl. nur Koenig/Haratsch/Rasbach, ZNER 2004, 10 (11 f.).

3 Zur Differenzierung zwischen einem Unternehmen und dessen Rechtsträger Koenig/Ritter, EuZW 2004, 487 (488); Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 1032.

4 S. zum allgemeinen Aufsichtsverfahren Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, 2006, S. 204 ff.

5 Nach § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 MitbestG ist in Unternehmen, die 1) in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft betrieben werden und 2) in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, ein Aufsichtsrat zu bilden.

satz findet seine besondere Ausprägung unter anderem in der Verpflichtung zur Vertraulichkeitswahrung wirtschaftlich sensibler Informationen nach § 9 EnWG sowie in der Verpflichtung zur Gewährleistung tatsächlicher Entscheidungsbefugnisse des Netzbetreibers nach § 8 Abs. 4 EnWG.<sup>6</sup> Wirtschaftlich sensible Informationen im Sinne des § 9 EnWG müssen vertraulich behandelt und getrennt verwendet werden. Soweit die Kenntnis von diesen Informationen potentiell vertrieblich nutzbar gemacht werden kann, darf der über solche Informationen verfügende Mitarbeiter diese Informationen nicht an Personen weitergeben, die auf operativer Ebene im Aufgabenbereich Energievertrieb, -beschaffung oder -erzeugung innerhalb des vertikal integrierten Unternehmens tätig sind und die zugleich die Kompetenz haben, marktrelevante Handlungen vorzunehmen. Zudem muss im operativen Tagesgeschäft gewährleistet sein, dass dem bei der Netzgesellschaft angesiedelten Netzbetreiber nach § 8 Abs. 4 S. 1 EnWG tatsächliche Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf Netzvermögenswerte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens belassen werden.<sup>7</sup>

Um den Konflikt dieser – hier nur knapp skizzierten – spezifischen Unbundling-Pflichten mit den gesellschaftsrechtlichen Informations- und Kontrollrechten des Aufsichtsrats näher zu erläutern, ist eine kurze Darstellung der Aufgaben des Aufsichtsrats notwendig.

## II. Aufgaben des Aufsichtsrats

Dem Aufsichtsrat sind – verteilt über die einzelnen Teile des AktG – zahlreiche Aufgaben zugewiesen, die sich nicht ohne weiteres mit einem Begriff zusammenfassen lassen.<sup>8</sup> Im Vordergrund steht jedoch die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats. Gemäß § 111 Abs. 1 AktG obliegt dem Aufsichtsrat die Überwachung der Geschäftsführung.<sup>9</sup> Gegenstand der Überwachung sind Leitungsmaßnahmen und Führungsentscheidungen des Vorstands bzw. der Geschäftsführung.<sup>10</sup> Hiermit sind zwingend Informations-, Einsichts- und Prüfungsrechte verbunden<sup>11</sup>, die sich nach § 111 Abs. 2 AktG vor allem auf konkrete Vorgänge der Geschäftsführung beziehen. Maßstab der Überwachung sind unter anderem die Rechtmäßigkeit und die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung. Die Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrats wird ergänzt durch die Berichtspflicht des Vorstands nach § 90 AktG.<sup>12</sup> Sie umfasst eine periodische Grundberichterstattung, die sich nicht nur auf abgeschlossene Sachverhalte, sondern auch auf grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik erstreckt (z.B. Rentabilität der Gesellschaft, Gang der Geschäfte). Darüber hinaus besteht nach § 90 Abs. 3 AktG eine Berichtspflicht des Vorstands auf Verlangen des Aufsichtsrats. In Wahrnehmung dieses Rechts kann der Aufsichtsrat Informationen über »Angelegenheiten der Gesellschaft« verlangen, die er für seine Aufgabewahrnehmung für erforderlich hält.

## III. Konflikte des energiewirtschaftsrechtlichen Vertraulichkeitsgebots mit den Informationsrechten des Aufsichtsrats

Die Informations- und Einsichtsrechte des Aufsichtsrats können mit dem Vertraulichkeitsgebot des § 9 EnWG kollidieren. Ein Konflikt besteht insbesondere dann, wenn Mitglieder des Aufsichtsrats zugleich in einer Energievertriebs- oder -erzeugungsorganisation tätig sind und wirtschaftlich sensible Informationen im Sinne des § 9 EnWG einfordern. Für die Vereinbarkeit des Datentransfers zwischen Aufsichtsrat und Vorstand bzw. Geschäftsführung sind damit zwei Komponenten maßgeblich: zum einen kommt es auf den Inhalt bzw. die Qualifikation der Information als wirtschaftlich sensibel im Sinne des EnWG an. Zum anderen ist die Zusammensetzung des Aufsichtsrats entscheidend.

Unter die wirtschaftlich sensiblen Informationen gemäß § 9 EnWG fallen solche Informationen, die einem vom Netzbetrieb unabhängigen Energiehändler oder Erzeugungs-/Gewinnungsunternehmen nicht zur Verfügung stehen und ein Diskriminierungspotential bergen. Dies ist der Fall, wenn sie vertrieblich nutzbar gemacht werden können und hierdurch der Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten beeinträchtigt wird. Zum einen handelt es sich hierbei um so genannte »Netznutzerinformationen« im Sinne des § 9 Abs. 1 EnWG, von denen der Netzbetreiber in Ausübung seiner Geschäftstätigkeit »von außen« Kenntnis erlangt und die von wirtschaftlichem Interesse auf den Wettbewerbsmärkten sind.<sup>13</sup> Zum anderen fallen hierunter »Netzinformationen«, also Daten, die allein aus der Sphäre des Netzbetreibers stammen.

An die personelle Besetzung des Aufsichtsrats der Netzgesellschaft bzw. der vertikal integrierten Energieversorgungsgesellschaft stellt das EnWG keine speziellen Anforderungen. Der Aufsichtsrat der Netzgesellschaft kann demnach auch von Mitarbeitern des Mutterunternehmens besetzt werden, selbst wenn dieses in Wettbe-

6 Zu einer Methodik der Sicherstellung Unbundling-konformer Prozesse in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen s. *Stelzner/Koenig/Spiekermann*, ET 2006, 36 ff.

7 Ausführlich zu den einzelnen Unbundling-Pflichten *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 2006, S. 115 ff.

8 Münch. Hdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 29 Rn. 1.

9 § 111 AktG findet auf die GmbH gem. § 52 Abs. 1 GmbHG entsprechend Anwendung, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen ist und soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Der Deutsche Corporate Governance Codex präzisiert in Ziffer 5.1. die Aufgabe der Überwachung durch den Aufsichtsrat wie folgt: »Die Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, den Vorstand bei der Leitung des Unternehmens regelmäßig zu beraten und zu überwachen. Er ist in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung für das Unternehmen einzubeziehen.«

10 *Hüffer*, AktG, § 111 Rn. 3.

11 MünchKomm AktG/*Semler* § 111 Rn. 4.

12 Vgl. hierzu umfassend *Elsing/Schmidt*, BB 2002, 1705 ff.

13 *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 2006, S. 126.

werbsbereichen tätig ist.<sup>14</sup> Auch die Europäische Kommission erachtet die Besetzung des Aufsichtsrats mit einem Geschäftsführer der Holding-Gesellschaft als zulässig, sofern dieser nicht in Entscheidungen zum laufenden Betrieb involviert ist.<sup>15</sup> Die Besetzung des Aufsichtsrats eines »beherrschten« Stadtwerks mit Mitarbeitern oder Leitungspersonal der Beteiligungsgesellschaft, die unter Umständen lediglich Energievertriebstätigkeiten wahrnimmt, ist ebenfalls nicht explizit untersagt.<sup>16</sup>

Soweit also Mitglieder des Aufsichtsrats zugleich Tätigkeiten in einer Energievertriebsorganisation des Mutterkonzerns oder der Beteiligungsgesellschaft des Stadtwerks ausführen, können wirtschaftlich sensible Informationen hier zu Vertriebszwecken genutzt werden. Eine vergleichbare Problematik besteht insoweit bezüglich des Auskunfts- und Einsichtsrechts jedes Gesellschafters gegenüber dem Geschäftsführer nach § 51a GmbHG. Hier kann ein umfassender Informationsanspruch der Energieversorgungsgesellschaft als Gesellschafter der Netz-GmbH das Gebot der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen aus § 9 EnWG unterlaufen. Allerdings sind im GmbH-Recht neben der in § 51a Abs. 2 GmbHG verankerten Schranke des Informationsrechts in Gestalt eines Auskunftsverweigerungsrechts auch gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Auskunftsverweigerungsrechte des Geschäftsführers einer GmbH anerkannt. Der Geschäftsführer kann demnach die Informationsweitergabe verweigern, soweit er hierdurch gesetzlichen Verpflichtungen zuwiderhandelt und sich beispielsweise strafbar machen würde.<sup>17</sup> In der Praxis bedeutet dies, dass der Geschäftsführer der Netz-GmbH zu prüfen hat, ob die im Einzelfall begehrte Informationsweitergabe nicht gegen § 9 EnWG verstößt.<sup>18</sup> In diesem Fall muss er die Informationsweitergabe verweigern.<sup>19</sup> Dieser Gedanke des ungeschriebenen Auskunftsverweigerungsrechts kann auf das Auskunftsverlangen des zugleich in einer Energievertriebsorganisation tätigen Aufsichtsratsmitglieds übertragen werden. Zwar schreibt § 9 Abs. 1 EnWG die Geheimhaltungspflicht »unbeschadet gesetzlicher Offenbarungspflichten« vor. Da dieser Gesetzeswortlaut mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt, könnte man in den Einsichtsrechten des Aufsichtsrats, die sich aus seiner Überwachungsaufgabe zwingend ergeben, eine derartige gesetzliche Offenlegungspflicht sehen. Hiergegen sprechen allerdings schon Sinn und Zweck des Geheimhaltungsgebots gem. § 9 EnWG. Als spezielle Ausprägung des in § 6 Abs. 1 EnWG angelegten Diskriminierungsverbots sollen gerade Informationsvorsprünge von vertikal integrierten Energieerzeugungs- und -vertriebseinheiten unterbunden werden. Mitglieder des Aufsichtsrats einer Netzgesellschaft oder eines beherrschten Stadtwerks, die zugleich Aufgaben in einer Energievertriebsorganisation der Muttergesellschaft oder der Anteilseigner-Gesellschaft wahrnehmen, könnten jedoch unter Berufung auf Einsichtsrechte diese Informationsvorteile erlangen und vertrieblich nutzbar machen. Würden sich die in § 9 Abs. 1 EnWG niedergelegten gesetzlichen Offenbarungspflichten auf gesellschaftsrechtliche Informationsrechte und -pflichten erstrecken, würde § 9 Abs. 1 EnWG im Ergebnis leer laufen.<sup>20</sup>

Auf Grund der Qualifikation der Information als wirtschaftlich sensibel fallen diesbezügliche Informationsverlangen im Zuge der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats in den speziellen Anwendungsbereich des § 9 EnWG, mit der Folge, dass die Auskunft verweigert werden muss. Damit ist aber zugleich auch die Grenze der Beschränkung von Informationsrechten des Aufsichtsrats abgesteckt: Nur, sofern es sich um wirtschaftlich sensible Informationen im Sinne des EnWG handelt, muss die Informationsweitergabe auch und gerade gegenüber internen Kontrollorganen verweigert werden.<sup>21</sup>

#### IV. Konflikt des energiewirtschaftsrechtlichen Gebots zur Gewährleistung von Letztentscheidungsbefugnissen des Netzbetreibers mit den Kontrollkompetenzen des Aufsichtsrats

Auch im Hinblick auf die notwendigen autonomen Letztentscheidungsbefugnisse des Netzbetreibers nach § 8 Abs. 4 EnWG können in der Praxis Konflikte mit gesellschaftsrechtlichen Kontrollkompetenzen des Aufsichtsrats auftreten. Der Aufsichtsrat muss beispielsweise nicht ausschließlich als Kontrollorgan nach Maßgabe des § 111 Abs. 2 AktG fungieren. Vielmehr kann durch Satzung

14 *Simon* in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling, 2006, Kap. 6, Rn. 43.

15 Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt »Die Entflechtungsregelung« vom 16.1.2004, Tz. 4.2.1.

16 Im Gegensatz hierzu hat der Gesetzgeber des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) die personelle Besetzung von Aufsichtsräten im Hinblick auf das Unbundling geregelt: Unternehmen i.S.d. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 AEG sind nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 AEG verpflichtet, die Aufsichtsräte getrennt zu besetzen. Dem Aufsichtsrat des Schienenwegbetreibers darf nach S. 2 der Norm kein Mitglied des Aufsichtsrats von Konzernunternehmen gem. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 AEG sowie deren Mitarbeiter angehören. Dieses Verbot gilt ebenfalls für sonstige Beteiligungen des Mutterunternehmens.

17 *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 51a Rn. 41. Ob das Informationsrecht damit einer immanenten Beschränkung unterliegt oder im Einzelfall aus § 242 BGB hergeleitet wird, ist praktisch ohne Belang. Vgl. zu den einzelnen Standpunkten nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1040.

18 *Simon*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling, 2006, Kap. 6, Rn. 55.

19 *Ebricke*, IR 2004, 170 (172).

20 So im Hinblick auf das in § 51a Abs. 1 GmbHG verankerte Gesellschaftersinformationsrecht *Volz*, Das Unbundling in der britischen und deutschen Energiewirtschaft, 2005, S. 176. Die gesetzlichen Offenbarungspflichten des § 9 Abs. 1 EnWG beziehen sich beispielsweise auf die Pflicht zur Weitergabe von Netznutzerdaten, die der Bilanzkreisverantwortliche nach § 4 Abs. 4 StromNZV zur Abrechnung benötigt. Vgl. hierzu *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 2006, S. 128.

21 Mitunter wird auf Grund des Konflikts mit dem informatorischen Unbundling auch gefordert, dass im Aufsichtsorgan der Netzgesellschaft keine Person ein Mandat übernehmen sollte, die direkt oder indirekt in Wettbewerbsbereichen Führungsfunktionen innehat, vgl. *Simon* in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling, 2006, Kap. 6, Rn. 44.

oder Aufsichtsratsbeschluss geregelt werden, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Soweit von dieser in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG (bzw. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG) explizit niedergelegten »Satzungskompetenz« in der Praxis Gebrauch gemacht wird, besteht ein Konfliktpotential mit § 8 Abs. 4 EnWG. Zwar erlangt der Aufsichtsrat hierdurch keine gleichberechtigte Stellung hinsichtlich der Führung der Geschäfte neben dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung, da hierdurch kein Initiativrecht begründet wird.<sup>22</sup> Allerdings kann der Aufsichtsrat auf Grund einer solchen satzungsmäßig oder vertraglich geregelten Zustimmungspflicht sowie über die weitere Einräumung umfassender Kompetenzen faktisch materiell an der Geschäftsführung des Unternehmens mitwirken.<sup>23</sup> So kann beispielsweise durch die unsachgemäße Verweigerung der Zustimmung zu den vom Netzbetreiber kalkulierten Netzentgelten dessen tatsächliche und autonome Entscheidungsbefugnis nach § 8 Abs. 4 EnWG beschränkt werden.<sup>24</sup> Die Kompetenz, über die Höhe der Netzentgelte zu bestimmen, wird damit im Ergebnis faktisch in den Aufsichtsrat gezogen. Zwar räumt § 8 Abs. 4 S. 2 EnWG selbst die Befugnis zur Einflussnahme und Kontrolle mittels gesellschaftsrechtlicher Instrumente wie unter anderem der Weisung, der Festlegung allgemeiner Verschuldensobergrenzen etc. ein. Diese Einschränkung des Grundsatzes der Gewährung tatsächlicher Letztentscheidungsbefugnisse ist jedoch nur zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Befugnisse der *Leitung* des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zulässig. Dem Aufsichtsrat eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens werden hierdurch keine Kompetenzen zur Einflussnahme eingeräumt. Je nachdem, inwieweit also von der gesetzlich zugestandenen Ausgestaltungsoption des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG Gebrauch gemacht wird, können die Mitglieder von Aufsichtsräten in der Praxis auch Einfluss auf die den laufenden Netzbetrieb betreffenden Entscheidungen des Vorstands nehmen – weniger durch die Ausübung der Kontrollbefugnis als durch eine weite Ausdehnung der gesetzlich zugestandenen Zustimmungsbefugnisse. In diesem Falle müssen fakultative Kompetenzregelungen, die die Festlegung einer Satzung gestatten, hinter der zwingend zu gewährleisten- den Entscheidungsautonomie des Netzbetreibers in den Fragen zurücktreten, die die Bewirtschaftung der Netzvermögenswerte betreffen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass vertragliche Regelungen als unwirksam zu qualifizieren sind, soweit hiermit gegen geltendes Recht verstoßen wird.

#### V. Energierechtliche Einschränkungen der Tätigkeiten von Aufsichtsratsmitgliedern in der Praxis

Die Unbundling-Vorgaben betreffen die Mitglieder von Aufsichtsräten sowohl der Netzgesellschaften als auch »beherrscher« Stadtwerke. Diese müssen jedoch zugleich ihren Überwachungspflichten aus dem Gesellschaftsrecht nachkommen. Dieses Spannungsfeld schlägt sich in der

Praxis wie folgt nieder: Der Aufsichtsrat hat im Hinblick auf seine Kontrolle über die Tätigkeiten des Vorstands bzw. der Geschäftsführung zunächst einen erweiterten Prüfungsmaßstab anzulegen. Da Vorstand und Geschäftsführung als Gesellschaftsorgane ebenfalls den Unbundling-Vorgaben unterliegen, haben sie beispielsweise von Entscheidungen im Hinblick auf Netzvermögenswerte insofern abzusehen, als diese nicht zur Wahrnehmung der berechtigten Interessen im Sinne von § 8 Abs. 4 S. 2 EnWG erforderlich sind. Trifft der Vorstand bzw. die Geschäftsführung der vertikal integrierten Energieversorgungsgesellschaft Entscheidungen, die mit den Vorgaben des § 8 Abs. 4 EnWG kollidieren, mithin die tatsächliche Entscheidungsbefugnis des Netzbetriebs über das in § 8 Abs. 4 S. 2 EnWG zulässige Maß hinaus beschneiden, so hat der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungsfunktion auch einen »Unbundling-Kontroll-Maßstab« anzulegen und die Einhaltung dieser Vorschriften durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführung sicherzustellen. Die effektive Umsetzung der Unbundling-Vorgaben durch den Aufsichtsrat verhält sich in der Praxis demnach akzessorisch zu der Einhaltung der Unbundling-Vorgaben durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführung: Beschließt der Vorstand bzw. die Geschäftsführung eine Maßnahme, die nicht dem energiewirtschaftsrechtlichen Unbundling entspricht, so hat der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu dem jeweiligen Geschäft zu verweigern. Bei der Verletzung von Rechtsvorschriften besteht nämlich ohnehin eine Einwirkungspflicht des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat muss in diesem Fall das Verhalten rügen und für Abhilfe sorgen.<sup>25</sup> Umgekehrt darf der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu einem Geschäft, welches unter Unbundling-Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist, nicht deshalb verweigern, weil er eine Entscheidung favorisiert, die gegen die energiewirtschaftsrechtlichen Unbundling-Regelungen verstößt. Kann der Aufsichtsrat also im Wege seines Zustimmungsvorbehalts faktisch Ein-

22 Oetker, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 111 AktG, Rn. 12; MünchKomm AktG/Semler § 111 Rn. 394. Dem Vorstand stünde bei einer Verweigerung der Zustimmung noch der »Ausweg« über die Hauptversammlung bzw. die Gesellschafterversammlung offen: Bei einer Verweigerung der Zustimmung zu einer Entscheidung durch den Aufsichtsrat kann der Vorstand bzw. die Geschäftsführung verlangen, dass die Hauptversammlung bzw. die Gesellschafterversammlung über die Zustimmung beschließt (§ 111 Abs. 4 S. 3 AktG bzw. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 3 AktG). Für einen Beschluss ist dann allerdings eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich.

23 Münch. Hdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, 2. Aufl. 1999, § 29 Rn. 37.

24 Der Betrieb des Netzes ist umfassend zu verstehen und beinhaltet im Hinblick auf Sinn und Zweck des § 8 Abs. 4 EnWG alle Tätigkeiten, die ein Diskriminierungspotential bergen, mithin auch und gerade die Kalkulation der Netznutzungsentgelte. Vgl. hierzu Büdenbender/Rosin, Zulässigkeit von Maßnahmen des Regulierungsmanagements vor dem Hintergrund der Entflechtungsvorgaben des neuen Energiewirtschaftsgesetzes, 2005, S. 34 ff.

25 Jäger, DStR 1996, 671 (674).

fluss auf Unbundling-relevante Entscheidungen des Vorstands bzw. der Geschäftsführung nehmen, muss er bei der Ausübung der Einflussnahme als Maßstab auch das Unbundling-Regime des EnWG zugrunde legen.

Darüber hinaus müssen die Aufsichtsratsmitglieder auch im Rahmen ihrer konkreten Zustimmungsbefugnisse, die ihnen in der Praxis oftmals auf Grund von Satzungen zugestanden werden, gewährleisten, dass sowohl der noch in das Energieversorgungsunternehmen integrierte, als auch der bereits gesellschaftsrechtlich ausgegliederte Netzbetreiber tatsächliche Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte besitzt. Dies bedeutet beispielsweise, dass der Aufsichtsrat die Netznutzungsentgelte nicht eigenständig kalkulieren, ändern oder bestimmen darf. Er hat sie jedoch intern zu genehmigen, wenn die Netznutzungsentgelte gemäß den Bestimmungen der §§ 21 Abs. 2, 24 S. 1 Nr. 1 EnWG in Verbindung mit der StromNEV kalkuliert worden sind. Auch muss der Aufsichtsrat die tatsächlichen Entscheidungsbefugnisse der Netzgesellschaft im Hinblick auf die Ausgestaltung des Netzgeschäfts (Asset) gewährleisten. Die in diesem Rahmen geschlossenen Verträge bedürfen unter Umständen einer Genehmigung des Aufsichtsrats. Die letztendliche Ausgestaltung des Vertrags, also die Entscheidung über das »Wie« obliegt jedoch der Netzgesellschaft selbst. Der Aufsichtsrat muss ferner die tatsächlichen Handlungs- und Entscheidungsbefugnisse im Hinblick auf den Abschluss, die Änderung oder die Beendigung von Konzessionsverträgen der Netzgesellschaft überlassen.

Soweit der Aufsichtsrat von dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung Berichterstattung über Angelegenheiten der Geschäftsführung verlangt, die er für wichtig hält, sind auch hier die Unbundling-Vorschriften zu berücksichtigen. Dieses Erfordernis ist insbesondere vor dem Hintergrund zu beachten, als § 90 Abs. 3 AktG das Berichtsverlangen explizit auf geschäftliche Vorgänge bei verbundenen Unternehmen erstreckt. Teil eines verbundenen Unternehmens ist in den meisten Fällen unter anderem die bereits entflochtene Netzgesellschaft, über

die durch Rechte oder Verträge die gesellschaftsrechtliche Kontrolle durch ein Mutterunternehmen ausgeübt wird. Das Informationsrecht des Aufsichtsrats erstreckt sich hiernach unter Umständen auch auf wirtschaftlich sensible Informationen, deren Vertraulichkeit nach § 9 EnWG zu wahren ist. Diesem Erfordernis muss bereits der Vorstand bzw. die Geschäftsführung zwingend nachkommen.

## VI. Fazit

Das energiewirtschaftsrechtliche Unbundling-Regime des EnWG führt zu einer Beschränkung der gesellschaftsrechtlichen Informations-, Weisungs- und Kontrollrechte von Aufsichtsräten. Von dieser Beschränkung betroffen sind auch die Aufsichtsräte von Netzgesellschaften sowie die Aufsichtsräte von beherrschten Stadtwerken, an deren Energieversorgungsnetz weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind, alleiniger oder hauptsächlicher Anteilseigner jedoch eine große Energieversorgungsgesellschaft ist. Durch die Vorgaben des Unbundling ändert sich im Hinblick auf die hier besonders in den Fokus gerückten Kontrollbefugnisse des Aufsichtsrats der Maßstab der Kontrolle. Auch die faktischen Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats auf netzbetriebliche Entscheidungen durch die Ausgestaltung des Zustimmungsvorbehalts in der Praxis dürfen nicht den Rahmen des nach § 8 Abs. 4 S. 2 EnWG Zulässigen überschreiten. Im Hinblick auf die Berichtspflicht des Aufsichtsrats reduziert sich der zulässige Informationsinhalt auf wirtschaftlich »unsensible« Informationen, sofern in dem Aufsichtsrat Mitarbeiter vertreten sind, die zugleich in einer Energievertriebsorganisation der Muttergesellschaft bzw. der Beteiligungsgesellschaft tätig sind. Unklarheiten diesbezüglich wären von vorne herein vermieden worden, hätte man wie der Gesetzgeber im AEG das Problem der Kollision verschiedener Interessen im Aufsichtsrat vorausgesehen und eine Regelung ähnlich wie § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 AEG festgeschrieben, wonach Aufsichtsräte in vertikal integrierten Eisenbahnunternehmen getrennt zu besetzen sind.