
Datum: 25.08.2014
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 58/13 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2014:0825.VI3KART58.13V.00

Nachinstanz: Bundesgerichtshof

Leitsätze:

§ 10c Abs. 6 EnWG, Art. 3 Abs. 2, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, Art. 16, 17 Abs. 1 Satz 1, 20 GRCh

1. Die cooling-on/cooling-off-Bestimmungen in § 10c Abs. 6 EnWG für die zweite Führungsebene sind verfassungsgemäß und europarechtlich nicht zu beanstanden.

2. Der in § 10c Abs. 6 EnWG genannte Anwendungsbereich „für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich“ ist in einem engeren, „netzbezogenen“ Sinne auszulegen.

Tenor:

Ziffer 3 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 05.02.2013, BK7-12-032, wird abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die jeweilige Leitung der Bereiche

- Abwicklung/Operatives“
- Assetmanagement“
- „Netzservice“
- Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement

- „Prozess- und IT-Management“

den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliegt.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Beschwerdewert wird auf 50.000 Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe	1
A.	2
Die Bundesnetzagentur hat die Antragstellerin mit Bescheid vom 05.02.2013 gemäß § 4a EnWG als Transportnetzbetreibern zertifiziert. Mit der Beschwerde greift die Antragstellerin ausschließlich Ziffer 3 des Beschlusses an, mit der für bestimmte Unternehmensbereiche festgestellt wird, dass die Leiter dieser Abteilungen vor und nach Übernahme ihrer Funktion für eine gewisse Zeit nicht bestimmte Aufgaben im Konzernverbund übernehmen dürfen.	3
Die Antragstellerin betreibt ein ... Erdgas- Hochdruckleitungsnetz im ostdeutschen Raum.... Sie wurde 2006 gegründet und ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der A. ... Der Geschäftsbereich Transport und das Eigentum am Transportnetz wurde am 01.03.2012 auf die Antragstellerin übertragen.	4
Auf einen Antrag der Antragstellerin vom 02.03.2012 zertifizierte die Bundesnetzagentur diese am 05.02.2013 als Unabhängige Transportnetzbetreiberin. Die Zertifizierung wurde unter dem Vorbehalt des Widerrufs (Ziffer 5.) und verschiedener Auflagen erteilt (Ziffer 2 des Bescheides), etwa bestimmte Dienstleistungen nicht im Konzernverbund erbringen zu lassen, den Firmennamen zu ändern, konzerninterne Regelungen und Verträge anzupassen, oder Geschäftsführerverträge den entflechtungsrechtlichen Vorgaben entsprechend zu ändern.	5
In Ziffer 3 des Tenors stellt die Bundesnetzagentur ferner fest, dass die jeweilige Leitung in acht – von neun – Bereichen der Antragstellerin	6
<ul style="list-style-type: none"> • „Kapazität- und Dienstleistungsmanagement“ 	7
<ul style="list-style-type: none"> • „Recht und Regulierung“ 	9
<ul style="list-style-type: none"> • „Kaufmännischer Bereich“ 	10
<ul style="list-style-type: none"> • „Prozess und IT-Management“ 	11
<ul style="list-style-type: none"> • „Abwicklung/Operatives“ 	12
<ul style="list-style-type: none"> • „Assetmanagement“ 	13
<ul style="list-style-type: none"> • 	14

„Netzservice“ und	
• „Technisches Sicherheitsmanagement“	15
den Vorgaben des § 10 Buchst. c Abs. 6 EnWG unterliegen. Lediglich der Leiter der 2. Führungsebene „Beschaffung“ wurde als nicht von der Vorschrift erfasst eingestuft.	16
Die Bundesnetzagentur geht in dem Bescheid von einem weiten Verständnis des § 10c Abs. 6 EnWG aus und versteht unter „für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich“ nicht nur technische, sondern auch rechtliche, kommerzielle wie auch technische Verantwortungsbereiche. „Verantwortlich“ seien nicht nur die Abteilungen, die eine direkte Zuständigkeit und Entscheidungsbefugnisse für die drei genannten Bereiche hätten.	17
Aus der Aufgabenverteilung ergebe sich bei der Antragstellerin, dass nicht nur die Bereiche „Netzservice“, „Assetmanagement/Systemplanung“ und	18
„Abwicklung/Operatives“ für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich seien, sondern – bis auf den Fachbereich „Beschaffung“ - auch alle anderen Organisationsbereiche der Antragstellerin originäre Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse „für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ hätten.	19
Hierfür spreche schon, dass sie der Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt seien. So verfügten auch Personen der 2. Führungsebene, die nicht für den technischen, sondern für einen kommerziellen oder rechtlichen Bereich verantwortlich seien, in der Regel über umfangreiche diskriminierungsrelevante Erkenntnisse des Netzes. Im Zweifel fiel daher die gesamte 2. Führungsebene unter § 10c Abs. 6 EnWG.	20
Das Merkmal „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ verliere auch nicht seine Bedeutung, weil es von der unternehmensinternen Organisation abhängt, wie ein Netzbetreiber seine Aufgaben verteilt. So existierten Unabhängige Transportnetzbetreiber, bei denen die Leiter einiger Fachbereiche zwar der Unternehmensleitung unterstellt seien, diese aber nur netzfremde Aufgaben zu verantworten hätten, etwa „Zentrale Dienste“, Facility Management“, „Assistance“ oder „Sicherheit, Umwelt und Gesundheit“.	21
Auch die Gesetzesbegründung lege eine weite Auslegung nahe, weil diese an die Möglichkeit der Einflussnahme und die Verantwortung für einen der drei, umfangreiche Netzkenntnisse vermittelnden Bereiche „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ anknüpfe. Es sollten nicht nur die Unternehmensleitung, sondern auch Personen erfasst werden, die zwar nicht zur Leitung gehörten, aber eine vergleichbare Stellung wie die Unternehmensleitung mit entsprechendem Einfluss und Kenntnissen der technischen Eigenschaften des Netzes und seines Zustandes hätten.	22
§ 10c Abs. 6 EnWG beschränke zwar die Berufswahlfreiheit der betroffenen Personen, sei aber im Hinblick auf das Ziel, einen diskriminierungsfreien Betrieb des Transportnetzes zu gewährleisten, verhältnismäßig.	23
Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsauffassungen von Antragstellerin und Bundesnetzagentur seien aus Gründen der Rechtssicherheit – insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung der Einhaltung der cooling-off-Vorgaben aus § 10c Abs. 5, 6 EnWG - in Ziffer 3 des Tenors des Bescheides die Leitungspositionen festgestellt worden, für die die Vorgaben des	24

§ 10c Abs. 6 EnWG gelten.	25
Die Europäische Kommission hatte am 03.12.2012 zu dem Antrag Stellung genommen (Bl. 3204 VV). Sie bezweifelt, dass die deutsche Definition des „vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens“ im EnWG mit der Europäischen Richtlinie übereinstimme. So erfasse das EnWG nicht Unternehmen in Drittstaaten, die ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen kontrollierten. Außerdem gehe die Bundesnetzagentur von einem engen Verständnis der zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen gehörenden Unternehmen aus. Ferner habe die Bundesnetzagentur zu großzügige Umsetzungsfristen (6 – 12 Monate) gewährt. Auch bezweifelt die Europäische Kommission im Hinblick auf die Inanspruchnahme von IT-Beratern, externen Auftragnehmern und Wirtschaftsprüfern, dass das EnWG den Vorgaben der europäischen Richtlinie entspreche. Anders als die Bundesnetzagentur meine, sei nicht auf die natürliche Person, sondern eine „andere“ juristische Person, ein anderes Prüfungs- und Beratungsunternehmen, abzustellen. Ferner entspreche die Stichtagsregelung nach § 10c Abs. 2 S. 3 und § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG nicht den Vorgaben der Richtlinie. Auch wenn die betroffenen Personen vor dem 03.03.2012 ernannt worden seien, seien gleichwohl die Unabhängigkeitskriterien des §§ 10c, 10d EnWG in vollem Umfang zu prüfen.	26
Die Antragstellerin greift isoliert Tenorziffer 3 des Bescheides an.	27
Neben dem Anfechtungsantrag sei auch der Feststellungsantrag statthaft. Im Zertifizierungsverfahren sei zu prüfen, ob die Entflechtungsregeln eingehalten würden. Die Rechtslage sei hinsichtlich der 2. Führungsebene unklar. Aufgrund der ungeklärten Rechtslage seien die betroffenen Stellen bereits jetzt unattraktiv und es werde so die Nachwuchssuche erschwert. Ein Abwarten sei unzumutbar und sei nicht mit der Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG und dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar. Es sei daher so früh wie möglich zu klären, welcher Personenkreis von den cooling-on/cooling-off-Regeln erfasst sei. Sinnvollerweise müsse dies im Zertifizierungsverfahren erfolgen. Es gehe auch nicht vorbeugend um die Rechtslage für die Zukunft, sondern um die jetzige Situation. Der Anfechtungsantrag zu Ziffer 1 betreffe nur bestimmte Positionen, hingegen solle mit dem Feststellungsantrag zu 2 die Rechtslage für die gesamte 2. Führungsebene geklärt werden.	28
Entscheidungen mit Bezug zu Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes trafen neben der Geschäftsleitung nur die Leiter der drei Bereiche	29
<ul style="list-style-type: none"> • „Abwicklung/Operatives“ • „Assetmanagement/Systemplanung“ • „Netzservice“. 	30 32 33
Die übrigen von der Bundesnetzagentur unzutreffend unter § 10c Abs. 6 EnWG eingestuft Leiter der Bereiche seien nicht für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich. Die weite Auslegung der Bundesnetzagentur, wonach eine bloße Mitwirkung an Entscheidungen in den drei relevanten Bereichen ausreiche, bedeute, dass faktisch die gesamte oder nahezu gesamte 2. Führungsebene von § 10c Abs. 6 EnWG betroffen sei.	34
Die Führungskräfte, die nicht zu den genannten Bereichen gehörten, seien zwar der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt, nicht aber für „Betrieb, Wartung oder	35

Entwicklung des Netzes verantwortlich“. Sie hätten per se keine unmittelbare Entscheidungsbefugnis und Entscheidungsverantwortlichkeit für die drei relevanten Tätigkeitsbereiche. Sie wirkten nur an Entscheidungen der Geschäftsführung oder der für den

„Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes“ verantwortlichen Bereiche mit, sei es durch Vorbereitung, Unterstützung oder Beratung. Die Bundesnetzagentur habe jedoch im Wesentlichen auch die Leitungen der Bereiche, die dem „Kaufmännischen Geschäftsbereich“ zuzurechnen seien, § 10c Abs. 6 EnWG unterstellt. 36

So sei der Leiter des Bereichs „Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement“ für die Kapazitätsvermarktung und Kapazitätsplattformprojekte (GATRAC, TRAC-X), Konzeption, Aufbau und Vermarktung des Dienstleistungsgeschäfts in vertraglicher und kommerzieller Hinsicht sowie sämtliche Marktgebietsthemen verantwortlich. Entscheidungsbefugnisse für den Betrieb, die Wartung oder die Entwicklung des Netzes habe der Stelleninhaber grundsätzlich nicht. Auch könnten wegen der vollständigen elektronischen und diskriminierungsfreien Abwicklung des Netzzugangsverfahrens über die zentrale europäische Kapazitätsplattform Prisma die Vermarktungsprozesse nicht beeinflusst werden. Die Verantwortung für die Kapazitätsvermarktung beschränke sich auf die Beantwortung von Detailfragen zum Gastransport, Anfragen von Transportkunden und der Beantwortung von Anfragen zur Kapazitätsabrechnung, so dass kein Diskriminierungspotenzial bestehe. Auch vertrete der Leiter des Bereichs „Kapazität- und Dienstleistungsmanagement“ nicht einen der Leiter der drei Bereiche, die bei der Antragstellerin für den Betrieb, die Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich seien. 37

Der Leiter der Abteilung „Recht und Regulierung“ habe ebenfalls per se keine Entscheidungsbefugnis oder Verantwortlichkeit für „den Betrieb, die Wartung oder die Entwicklung des Netzes“, steuere nicht den Netzbetrieb und die Netzentwicklung. Er betreue zwar die juristischen energiewirtschaftlichen Angelegenheiten der Antragstellerin, unterstütze und berate im Zusammenhang mit Entscheidungen in den Bereichen Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes. Jedoch sei die Stelle nicht so ausgestaltet, dass er Entscheidungen in den drei relevanten Bereichen treffe. Auch soweit die Abteilung für das Regulierungsmanagement, Kostenprüfung und Effizienzvergleich zuständig sei, würden in diesem Verantwortungsbereich keine Entscheidungen bzgl. des Betriebs, der Wartung oder Entwicklung des Netzes getroffen. Solche Entscheidungen träfen bei der Antragstellerin die Geschäftsführung sowie die Stelleninhaber der Bereiche „Abwicklung/Operatives“, „Assetmanagement“ oder „Netzservice“. Auch vertrete der Leiter „Recht und Regulierung“ nicht die Stelleninhaber aus den drei relevanten Bereichen. Der derzeitige Stelleninhaber sei zwar auch Prokurist, die Leitung des Bereichs „Recht und Regulierung“ jedoch nicht an eine Prokura gebunden. 38

Der Leiter „Kaufmännischer Bereich“ verantworte die Geschäftsbuchhaltung sowie die Erstellung der Monats- und Jahresabschlüsse, die Etablierung und den Ausbau der Instrumente der Unternehmensplanung und -steuerung, des Unternehmens- und Risikocontrollings, Planung und Controlling von Projekten zur Sicherstellung einer effizienten Investitions- und Mittelverwendung sowie die Personalbetreuung, -entwicklung sowie -abrechnung. Auch er habe per se keine Entscheidungsbefugnisse oder Verantwortlichkeit für die drei relevanten Bereiche. Er vertrete ferner nicht die für Betrieb/Wartung/Entwicklung des Netzes Verantwortlichen. Der derzeitige Stelleninhaber sei zwar Prokurist, die Stelle aber nicht an eine Prokura gebunden. 39

Der Bereich „Prozess und IT-Management“ sei für das Gesamtcontrolling der Geschäftsprozesse, das operative und strategische Vertragsmanagement der Büro- und 40

Prozess-IT mit allen IT-Dienstleistern, die Koordination und Leitung von Sonderprojekten, insbesondere im Zusammenhang mit der Erstellung neuer Produkte des Gastransportes, die Anwendungsbe- treuung des SAP-Systems, das Qualitätsmanagement sowie die Tele- kommunikations- und Übertragungsdienste verantwortlich. Der Leiter habe weder Entscheidungsbefugnisse noch vertrete er die für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlichen Abteilungen („Abwick- lung/Operatives“, „Assetmanagement“, „Netzservice“). Es sei unerheblich, dass dieser Bereich naturgemäß „wesentliche Voraussetzung“ für den Be- trieb der Gasversorgungsnetze sei. So könne ein Netz auch nicht ohne einige andere Bereiche, die die Bundesnetzagentur unstreitig als netz- fremd ansehe, wie „Facility Management“ oder „Zentrale Dienste“, betrie- ben werden. Der netzbezogene IT- Einsatz werde von den Leitern der Be- reiche „Abwicklung/Operatives“, „Assetmanagement“ und „Netzservice“ entschieden.

Der Bereich „Technisches Sicherheitsmanagement“ sei dem „Technischen Geschäftsbereich“ 41 zugeordnet. Der Leiter sei für den Arbeitsschutz, die Überwachung der Sicherheit der Anlagen durch die Organisation von Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen, einschließlich der Kontrollen der Baustellentätigkeit, den Gesundheits-, Brand- und Umwelt-, Personen- und Objektschutz verantwortlich. Er kontrolliere lediglich, ob bei Arbeiten, die er selbst nicht veranlasst habe, die entsprechenden Vorschriften be- achtet worden seien. So sei etwa für die Wartung des Netzes der Be- reichsleiter „Netzservice“ verantwortlich. Außerdem sei der Leiter „Techni- sches Sicherheitsmanagement“ für die Organisation und Führung der Pro- zesse zum Ideenmanagement und Patentwesen als Ideenmanagement- beauftragter verantwortlich, wobei er jedoch nur koordiniere. Eine Ent- scheidungs- oder Vertretungsbefugnis im Hinblick auf die drei relevanten Bereiche habe der Leiter nicht.

Die cooling-on/cooling-off-Regelungen, beruhend auf zwei europäischen Richtlinien 42 (Richtlinie 2009/73/EG vom 13.07.2009 (GasRL), Richtlinie 2009/72/EG vom 13.07.2009 (StromRL)), schränkten ganz erheblich und rechtswidrig die beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten der betroffenen Personen ein.

Die Karenzzeiten erschwerten den Wechsel in die Unternehmensleitung des Unabhängigen 43 Transportnetzbetreibers oder den Wechsel von dort in Führungspositionen des vertikal integrierten Energieversorgungsunter- nehmens oder dessen Mehrheitsantelseignern. Der berufliche Aufstieg der betroffenen Personen im vertikal integrierten Energieversorgungsun- ternehmen werde faktisch verhindert. Durch die cooling-off-Regelung wer- de darüber hinaus ein Wechsel auf eine weniger bedeutsame Stelle im Unternehmensverbund des vertikal integrierten Energieversorgungsunter- nehmens unmöglich gemacht, weil die cooling-off- Regelung jegliche Tä- tigkeit in den relevanten Unternehmensbereichen verbiete. Die Karenzwei- ten ließen sich daher auch nicht sinnvoll in den Karriereweg der Betroffe- nen einplanen. Es sei auch wenig praktikabel, die betroffenen Personen auf „Abkühlungsstellen“ beim unabhängigen Transportnetzbetreiber zu „parken“, um sie dann nach vier Jahren anderweitig einzusetzen. Füh- rungspositionen außerhalb der relevanten Bereiche (im Elektrizitätsbe- reich: Erzeugung, Verteilung, Lieferung oder Kauf, im Gasbereich: Gewin- nung, Verteilung, Lieferung, Kauf oder Speicherung von Erdgas) seien im Übrigen auch nur bei Mehrspartenunternehmen vorhanden, die auch elektrizitäts- und erdgasfremde Geschäfte betrieben.

Für Führungskräfte sei es daher wenig attraktiv, bei einem Unabhängigen 44 Transportnetzbetreiber zu arbeiten, weil sich dies als „Sackgasse“ darstel- le, dort die Entwicklungsmöglichkeiten und Aufstiegschancen beschränkt seien. Wechselten sie den Arbeitgeber, müssten sie - obwohl nicht zum

- „obersten Management“ gehörend - in einem größeren Maße als andere Arbeitnehmer Umzüge und die damit einhergehenden Folgen für das Pri- vat- und Familienleben in Kauf nehmen. Die beruflichen Entwicklungsmög- lichkeiten würden noch weiter dadurch verschärft, dass mit den cooling- on/cooling-off Regelungen nicht nur eine Anstellung beim vertikal integrier- ten Energieversorgungsunternehmen oder deren verbundenen Unterneh- men, sondern daneben Interessen- und Geschäftsbeziehungen verboten seien. 45
- Die Karenzzeiten seien auch für das Energieversorgungsunternehmen gravierend. Die Beschränkungen machten die betroffenen Stellen beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber unattraktiv und erschwerten die Nachwuchssuche und -förderung. Es werde eine langfristige Personalpla- nung verhindert. Ferner entstehe ein „Karrierestau“ beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber, weil Stelleninhaber, die die Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG zu beachten hätten, in der Regel auf ihrer Position bis zum Ruhestand verblieben. So verschlechterten sich für andere Mitarbeiter die Karrierechancen und es entstünden statische und damit nicht nachhaltige Strukturen beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber. Diese Auswirkun- gen stünden im Widerspruch zum EnWG, wonach die Energieversorgung möglichst preisgünstig und effizient sein (§ 1 Abs. 1 EnWG) und ein lang- fristiger, leistungsfähiger und zuverlässiger Betrieb des Netzes erreicht werden solle (§ 1 Abs. 2 EnWG). Auch im Hinblick auf die Anreizre- gulierung könnten sich Nachteile ergeben, wenn die fehlende Attraktivität der Stellen beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber durch höhere Vergütungen ausgeglichen werden müsste. 46
- Die Antragstellerin hält die cooling-on/cooling-off-Bestimmungen für Per- sonen der 2. Führungsebene daher für verfassungs- und europarechtswid- rig. 47
- So verletzen die cooling-on/cooling-off-Bestimmungen (§ 10c Abs. 2, 5, 6 EnWG und Art. 19 Abs. 3, 7, 8 GasRL) das Grundrecht der Berufsfreiheit des Netzbetreibers aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufswahlfreiheit), die Eigen- tumsgarantie des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und seiner Gesellschafter aus Art. 14 GG, die Berufsfreiheit der betroffe- nen Personen aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie den Gleichheitssatz. Diese Grundrechte seien auch durch Art. 15 Abs. 1, 16, 17 und 20 GRCh ge- schützt. Nach Art. 51 Abs. 1 GRCh hätten die mitgliedstaatlichen Organe die Charta bei der Durchführung des Unionsrechts zu beachten. 48
- Der Eingriff durch die Sperrfristen-Regeln in den Schutzbereich der Be- rufswahl- und Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG/Art. 16 GRCh sei nicht gerechtfertigt. Der Unabhängige Transportnetzbetreiber sei gehindert, bestimmte, seinen Vorstellungen entsprechende Personen einzustellen. Das Grundrecht stehe zwar unter einem Gesetzesvorbehalt, die Norm sei allerdings zu unbestimmt und unverhältnismäßig, zur Zieler- reichung nicht geeignet, nicht erforderlich und nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. 49
- Die cooling-on/cooling-off-Regelung sei im Hinblick auf den Kreis der Be- troffenen ausufernd und konturenlos. Es sei unklar, welcher Personenkreis der 2. Führungsebene mit direkter Entscheidungsbefugnis und -verantwortlichkeit für Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes ge- meint sei. Die Dauer der Sperrfristen sei ferner unverhältnismäßig. Die Karenzzeiten sollten Diskriminierungen und den Austausch wettbewerbs- relevanter Informationen durch eine möglicherweise noch bestehende Verbundenheit mit früheren Mitarbeitern verhindern. Jedoch ließen schon die übrigen gesetzlichen Vorschriften keinen Raum für solche Diskriminie- rungen. Die Gefahr der Weitergabe von Informationen bestehe nicht nur auf der Führungs- sondern ebenfalls auf der Sachbearbeiter-Ebene. Ein Diskriminierungspotential bestünde im Übrigen auch bei 50
- 51

einem Wechsel von einem fremden vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zum Unabhängigen Transportnetzbetreiber, einem Wechsel vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zu einem Wettbewerber oder einem Wechsel von einem Transportkunden zum Unabhängigen Transportnetzbetreiber.

Die angeordneten Karenzzeiten von sechs Monaten, drei und vier Jahren seien nicht geeignet, das Diskriminierungspotential zu eliminieren. Es sei nicht ersichtlich, warum gerade diese Zeiträume Diskriminierungen verhindern sollten. Eine generelle Regelung ohne Einzelfallbetrachtung sei ungeeignet. 52

Die Sperrfristen seien auch nicht erforderlich, weil zahlreiche Maßnahmen und Vorschriften des EnWG Transparenz und einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb und damit einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb in der Gasversorgung gewährleisten: 53

- informatorisches Unbundling (Art. 16 Abs. 1 GasRL, § 6a Abs. 1 EnWG) 55
- diskriminierungsfreie Handhabung von Informationen (Art. 16 Abs. 2 GasRL, § 6a Abs. 2 EnWG) 56
- rechtliche und organisatorische Entflechtung (Art. 9 ff. GasRL, 57

§§ 8 ff. EnWG) 58

- Zertifizierungspflicht (Art. 10 GasRL, § 4a EnWG) 59
- Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzanschlusses, Netzzugangs sowie Entgeltbedingungen (Art. 23, 32, 41 Abs. 1 a) GasRL, §§ 17, 20, 21 EnWG, GasNZV) 61
- Bestellung eines Gleichbehandlungsbeauftragten beim Netzbetreiber und beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen (Art. 21, 26 GasRL, §§ 10e Abs. 2, 7a Abs. 5 EnWG) 62
- staatliche Entgeltregulierung – Anreizregulierung 63
- Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot (Art. 41 Abs. 13 GasRL, 64

§ 30 EnWG) 65

- Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörden. 66

Auch der Netzzugang sei weitgehend standardisiert, so dass Angehörige des Unabhängigen Transportnetzbetreibers keinen Einfluss mehr auf die Vergabe von Kapazitäten hätten (z. B. Kapazitätsplattform Prisma). Zahlreiche Aufgaben im Rahmen des Netzzugangs habe der Marktgebietsverantwortliche gemäß § 2 Nr. 11 GasNZV übernommen (Bilanzkreismanagement, virtueller Handlungspunkt, Regelenergiebeschaffung). Darüber hinaus müssten die Handelnden mit arbeitsrechtlichen Sanktionen rechnen. Wechselten Führungskräfte zu einem neuen Arbeitgeber, seien sie auch diesem gegenüber zur Loyalität verpflichtet und aus arbeitsrechtlichen Gründen gehindert, ihren früheren Arbeitgeber zu bevorzugen. 68

Jedenfalls seien die Fristen zu lang. So würden spezielle Kenntnisse aufgrund der sich schnell ändernden tatsächlichen und rechtlichen Umstände im Energiemarkt deutlich schneller an Relevanz verlieren. Es sei daher eine Frist von maximal einem halben Jahr für alle Angehörigen der Unternehmensleitung einschließlich der 2. Führungsebene angemessen. Es sei davon auszugehen, dass sich Führungskräfte ihrem neuen Arbeitgeber gegenüber von vornherein loyal verhalten würden. Wettbewerbsverbote und Karenzzeiten seien nur dann zulässig, wenn sie örtlich, zeitlich und gegenständlich auf das notwendige Maß beschränkt seien. Diese Voraussetzungen lägen in Bezug auf § 10c Abs. 2, 5, 6 EnWG nicht vor. So seien die handelsrechtlichen Wettbewerbsverbote enger und in ihren Wirkungen beschränkter und – anders als die cooling-off-Regelungen – entschädigungspflichtig (vgl. § 74 Abs. 2 HGB). 69

Die Bestimmungen seien aus den dargestellten Gründen daher auch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne, weil die Vorschriften die 2. Führungsebene beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber übermäßig belasteten. Diese Führungskräfte würden faktisch ihrer Aufstiegschancen beraubt. Im Falle einer eigentumsrechtlichen Entflechtung könnten Führungskräfte im Übrigen, ohne Karenzzeiten einzuhalten, zur früheren Muttergesellschaft wechseln. 70

Die Karenzregeln verletzen auch die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, des Unabhängigen Transportnetzbetreibers sowie deren Gesellschafter. Die Vorschriften beschränkten die Verfügungsbefugnis der Beteiligten bei der Besetzung von Stellen auf der 2. Führungsebene und griffen daher ohne Rechtfertigung in das Eigentumsrecht ein. Aus den bereits genannten Gründen seien die cooling-on/cooling-off-Regelungen nicht geeignet, nicht erforderlich und nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. 71

Darüber hinaus werde auch die Berufswahlfreiheit der betroffenen Personen verletzt (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 15 Abs. 1 GRCh), das Recht, Vertragspartner und Arbeitgeber frei zu wählen. 72

Außerdem verstießen die Bestimmungen gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 20 GRCh). Die cooling-on/cooling-off-Regeln diskriminierten die Angehörigen der 2. Führungsebene gegenüber Führungskräften anderer Fernleitungsnetzbetreiber. Andere Führungskräfte seien nicht gehindert, ohne Einhaltung einer Sperrfrist eine unter die Karenzvorschriften fallende Position bei der Antragstellerin oder dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen anzunehmen, obwohl bei ihnen das gleiche Diskriminierungsrisiko bestehe. Außerdem würden die Angehörigen der 2. Führungsebene im Vergleich zu Personen mit Entscheidungsbefugnissen und/oder relevanten Erkenntnissen benachteiligt, die nicht der obersten Unternehmensleitung oder der 2. Führungsebene angehörten. Außerdem seien die betroffenen Personen gegenüber Führungskräften, die bei einem eigentumsrechtlich entflochtenen Transportnetzbetreiber oder unabhängigen Systembetreiber angestellt seien und für die keine Sperrfristen gelten, zu Unrecht benachteiligt. Auch sei ein Unterschied der Unternehmensleitung einschließlich der 2. Führungsebene einerseits und den nachgeordneten Mitarbeitern mit Entscheidungsbefugnissen andererseits nicht erkennbar. Das Diskriminierungspotenzial habe nichts mit der formalen Stellung in der Unternehmenshierarchie zu tun. 73

Die Bundesnetzagentur habe die cooling-on/cooling-off-Regelungen rechtswidrig erweiternd ausgelegt, so dass im Wesentlichen die gesamte 2. Führungsebene von den Karenzregeln erfasst sei. 74

Sie gehe unzutreffend davon aus, dass „im Zweifel sämtliche Personen, die der 2. Führungsebene angehören“, unter die Sperrfristen fielen. So sei die Behörde ohne nähere Begründung und Prüfung davon ausgegangen, dass die hier strittigen Bereiche originäre Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse hätten, die eine eigene Verantwortlichkeit im Sinne des § 10c Abs. 6 EnWG begründeten. Die jeweiligen Leiter der hier streitigen Stellen seien jedoch nicht - wie es § 10c Abs. 6 EnWG fordere - für bestimmte Bereiche, für „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“, verantwortlich und hätten für die relevanten Aufgaben keine Entscheidungsbefugnisse. Sie wirkten allenfalls an Entscheidungen mit Bezug zu „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ mit, verantworteten solche Entscheidungen aber nicht selbst unmittelbar oder abschließend.

Die Bundesnetzagentur nehme zu Unrecht an, dass für eine „Verantwortlichkeit“ bereits eine bloße Mitwirkung an Entscheidungen oder eine Art „Mitverantwortung“ ausreiche. Im Ergebnis stelle die Behörde darauf ab, ob in einer Abteilung diskriminierungsrelevantes Wissen vorhanden sei. Außerdem lege die Bundesnetzagentur das einschränkende Merkmal „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ so weit aus, dass nahezu jegliche Tätigkeit bei dem unabhängigen Transportnetzbetreiber, jede im allerweitesten Sinne dem Netzbetrieb dienende Tätigkeit, erfasst sei. Jedoch verdeutliche der Wortlaut des § 10c Abs. 6 EnWG, dass gerade nicht sämtliche Mitglieder der 2. Führungsebene von den Sperrfristen erfasst werden sollten. Der Begriff „Verantwortlichkeit“ mache deutlich, dass nur solche Stelleninhaber betroffen sein sollten, die eine Entscheidung trafen, nicht hingegen diejenigen, die an Entscheidungen mitwirkten oder diese vorbereiteten. So müsse sich die Tätigkeit gerade auf die Bereiche „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ beziehen. Die Begriffe „Wartung und Entwicklung des Netzes“ wären aber überflüssig, wenn mit dem „Betrieb“ jegliche Tätigkeit des Unabhängigen Transportnetzbetreibers gemeint sei. So erbringe der Unabhängige Transportnetzbetreiber regelmäßig keine transportnetzfremden Tätigkeiten. 76

Auch die Gesetzessystematik spreche gegen die erweiternde Auslegung der Bundesnetzagentur. So zeige § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG, der die Aufgaben des Unabhängigen Transportnetzbetreibers aufliste und Einrichtungen wie Rechtsabteilung, Buchhaltung und die IT-Abteilung ausdrücklich nenne (§ 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 EnWG), dass mit „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ nicht jegliche, sondern nur ein Ausschnitt der Tätigkeit des Unabhängigen Transportnetzbetreibers gemeint sei. Ferner mache die gesonderte Nennung der „Erstellung des Netzentwicklungsplans“ neben dem „Netzbetrieb“ in § 10b Abs. 2 EnWG und in § 10d Abs. 2 EnWG deutlich, wie eng der Gesetzgeber den Begriff „Betrieb des Netzes“ gesehen habe. 77

Die Gesetzeshistorie zeige, dass der von der Regelung erfasste Personenkreis nicht über Gebühr habe ausgedehnt, sondern auf Personen habe beschränkt werden sollen, die „ebenfalls erheblichen Einfluss und umfangreiche Erkenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustandes“ hätten (BT-Drs. 17/6072, S. 64). So werde in der Begründung beispielhaft auf den „Hauptbereichsleiter Netz“ verwiesen. 78

Auch Sinn und Zweck der Regelung sprächen gegen eine erweiternde Auslegung. So werde in § 10c EnWG maßgeblich auf die Entscheidungsbefugnis der Unternehmensleitung im Sinne des § 3 Nr. 29b und § 3 79

Nr. 33a EnWG abgestellt. Hieraus folge, dass auch für die Personen der 80

2. Führungsebene, die von § 10c Abs. 6 EnWG erfasst werden sollten, eine bloße Kenntnis bestimmter diskriminierungsrelevanter Umstände allein nicht ausreichend sei. Im Übrigen 81

bestehe im cooling-on-Fall, bei einem Wechsel vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zum Unabhängigen Transportnetzbetreiber, schon kein Diskriminierungspotential, weil Informationen aus der Tätigkeit beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen für die Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebes nicht relevant seien. So müsse ein Netzbetreiber ohnehin alle Informationen erhalten, die zur Umsetzung des Netzzugangs erforderlich seien. Mögliche Loyalitätskonflikte bestünden auch bei einem Wechsel von einem anderen Gasversorgungsunternehmen (Gashändler, Vertriebsgesellschaft). Scheide der betroffene Leiter aus, könne dieser nicht mehr diskriminieren, sondern allenfalls die beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber verbleibenden Kollegen, ggfs. auch die dortigen Sachbearbeiter ohne Führungsverantwortung. Wie im cooling-on-Fall sei das Diskriminierungspotential unabhängig davon, ob ein Wechsel zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder zu einem anderen Wettbewerber erfolge. Die Karenzzeiten rechtfertigten sich auch nicht deshalb, weil eine Führungskraft ggfs. im Hinblick auf eine spätere „Belohnung“, etwa durch eine entsprechend wohlwollende künftige berufliche Entwicklung, das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen bevorzugen könnte.

Im Übrigen seien die Bestimmungen grundrechtskonform eng auszulegen. Das weite Verständnis der Bundesnetzagentur verletzte die Berufswahlfreiheit der betroffenen Personen, die Berufsausübungsfreiheit des Netzbetreibers, das Eigentumsrecht des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sowie seiner Gesellschafter und den Gleichheitssatz. Die Rechtsanwendung durch die Bundesnetzagentur sei ausufernd und konturenlos, das einschränkende Merkmal für die 2. Führungsebene verliere seine Bedeutung. Die Auslegung der Bundesnetzagentur sei weder geeignet, erforderlich noch verhältnismäßig im engeren Sinne. Eine mögliche Diskriminierung setze eine Entscheidungsbefugnis in den drei rele-

82

vanten Bereichen voraus. Wettbewerbsrelevante Informationen hätten auch Mitarbeiter ohne Entscheidungsverantwortung. Im Hinblick auf die zahlreichen Regelungen und Verbote des EnWG sei eine extensive Auslegung zudem nicht erforderlich.

83

Die Auslegung der Bundesnetzagentur sei auch nicht richtlinienkonform. So nenne Art. 17 Abs. 2 e) GasRL/Art. 17 Abs. 2 e) StromRL ausdrücklich den „Betrieb, die Wartung und den Ausbau eines sicheren, effizienten und wirtschaftlichen Fernleitungsnetzes“ neben der sonstigen Geschäftstätigkeit (Art. 17 Abs. 2 h) GasRL: u.a. Rechtsabteilung, Buchhaltung, IT-Dienste). Auch die englische und französische Fassung der Richtlinie („directly reporting to“, „rendent directement compte“) spreche für eine enge Auslegung.

84

Da die cooling-on/cooling-off-Regelungen Grundrechte der Antragstellerin verletzen, die EnWG-Vorschriften die europäischen Richtlinienbestimmungen „Eins zu Eins“ umsetzen, sei die Sache daher ggfs. dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV und - für den Fall, dass der Senat keine Verwerfungskompetenz des Europäischen Gerichtshof annehmen sollte - dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG,

85

§ 80 BVerfGG, zur Entscheidung vorzulegen. Die Antragstellerin beantragt,

86

1. Ziffer 3 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 05.02.2013, BK7-12-032 (Zertifizierungsbescheid), aufzuheben,

87

2. festzustellen, dass die cooling-on/cooling-off-Regelungen für die Mitarbeiter der 2. Führungsebene bei der Antragstellerin nicht gelten, hilfsweise, dass die cooling-on/cooling-off-Zeit maximal ein halbes Jahr, höchst hilfsweise einen anderen unter vier Jahre liegenden

88

Zeitraum, beträgt.

- Die Bundesnetzagentur beantragt, 89
- die Beschwerde zurückzuweisen. 90
- Der Feststellungsantrag zu Ziffer 2 sei bereits unzulässig, weil der Antragstellerin das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Die Antragstellerin begehre vorbeugenden Rechtsschutz. Es sei ihr zumutbar, einen späteren Verwaltungsakt abzuwarten, etwa eine nachträglich Auflage nach § 4d EnWG oder eine Untersagungsverfügung nach §§ 65, 10c Abs. 6 EnWG. Gegen diese Anordnungen könne sie dann ggfs. im Wege des Eilrechtsschutzes vorgehen. Außerdem stehe dem Feststellungsantrag die Subsidiarität der Feststellungsbeschwerde entgegen, weil der Aufhebungsantrag zu Ziffer 1 ausreichenden Rechtsschutz gewähre. 91
- Die Antragstellerin begehre mit ihrem Anfechtungsantrag die Aufhebung der Tenorziffer 3 des Bescheides. Die dortige Feststellung beziehe sich aber nur auf die Sachlage zum Zeitpunkt der Entscheidung. Eine Feststellung für zukünftige Sachverhalte sei damit nicht verbunden. Soweit bekannt, halte die Antragstellerin die cooling-on/cooling-off-Vorgaben derzeit auch ein. Aus der Tenorziffer 3 des Bescheides ergäben sich keine Ge- und Verbote. Die Bundesnetzagentur habe nur die kraft Gesetzes geltende Rechtslage klargestellt. 92
- Die cooling-on/cooling-off-Regelungen verstießen nicht gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit. Da die Leiter der betroffenen Abteilungen die Möglichkeit hätten, außerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und deren Tochterunternehmen zu arbeiten, seien sie nicht grundsätzlich in ihrem Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes betroffen. Außerdem greife das Verbot nur innerhalb der dort festgelegten Fristen. Der Eingriff in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit sei verfassungsrechtlich gerechtfertigt, erfolge nur mit geringer Intensität. Den betroffenen Personen werde nicht die Ausübung ihres jeweiligen Berufsbildes an sich unmöglich gemacht, sondern lediglich der sofortige Wechsel zu einem bestimmten Arbeitgeber unterbunden. Die Regelung verlange 93
- nicht, dass die betroffenen Personen den Konzern verließen. Der Eingriff sei geeignet, Transparenz herzustellen sowie die diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebes und damit einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten. „Abkühlungsphasen“ oder Karenzzeiten seien als geeignetes Mittel allgemein anerkannt, um persönliche Interessenkonflikte zu vermeiden (vgl. z.B. § 74 HGB, § 90a HGB). Auch die zeitliche Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit von 6 Monaten, 3 und 4 Jahren stehe im Hinblick auf die Vernetzung der Führungskräfte im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nicht außer Verhältnis. 94
- Die übrigen Maßnahmen des EnWG, um die Unabhängigkeit des Netzbetreibers zu erreichen, stünden dem nicht entgegen. Vielmehr seien die cooling-on/cooling-off-Regelungen als Teil eines „Gesamtpaketes“ zu sehen, um das Diskriminierungspotenzial zu minimieren. So käme als gleich wirksame Maßnahme die eigentumsrechtliche Entflechtung nach § 8 EnWG in Betracht, die ggfs. aber stärker in die unternehmerische Freiheit und Berufsausübungsfreiheit eingreife. Dann aber stünden den Führungskräften des eigentumsrechtlich entflochtenen Transportnetzbetreibers ebenfalls nicht mehr die regelmäßig innerhalb eines Konzerns bestehenden vielfältigen Karrieremöglichkeiten offen. Diese Karrieremöglichkeiten blieben den Führungskräften im Fall des Unabhängigen Transportnetzbetreibers jedoch erhalten, wenn auch mit einem gewissen zeitlichen Verzug. 95

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Entflechtungsregeln durch das Dritte EU-Energiebinnenmarktpaket und die Änderungen des EnWG 2011 gerade deshalb verschärft worden seien, weil die bisherigen Regelungen nicht zu einer effektiven Entflechtung der Netzbetreiber geführt hätten. So habe der Gesetzgeber mit § 10c EnWG darauf reagiert, dass Managementfunktionen von Muttergesellschaft und Netztochter von den gleichen Personen wahrgenommen und so eine Steuerung der Netztochter ermöglicht worden sei. Darüber hinaus sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berücksichtigt worden, indem Übergangsvorschriften ge-	
schaffen worden seien, mit denen etwa die cooling-on-Regelungen auf Ernennungen vor dem 03.03.2012 keine Anwendung fänden (§ 10c Abs. 2	97
S. 3 EnWG).	98
Es sei fraglich, ob der Schutzbereich des Art. 14 GG überhaupt tangiert sei, weil dieser allenfalls dann berührt wäre, wenn die Handlungspflichten so weit gingen, dass ein Eingriff in die Substanz des Gewerbebetriebes gegeben sei. Ein derart existenzieller, substanzgefährdender Eingriff liege hier schon nicht vor.	99
Ferner verstießen die Karenzzeiten nicht gegen den Gleichheitssatz. Ziel sei, Energiekonzerne „intern“ zu entflechten, so dass nur im Konzern tätige Personen betroffen seien. Auch seien die Führungskräfte, einschließlich der 2. Führungsebene, nicht mit anderen Personen vergleichbar. Die Führungskräfte der 1. und 2. Ebene zeichneten sich durch eine eigenverantwortliche Entscheidungs- und Letztentscheidungsbefugnis aus. Mit dieser Entscheidungskompetenz sei ein besonderes Diskriminierungspotential verbunden. Die 2. Führungsebene verfüge darüber hinaus über ein ähnlich umfangreiches diskriminierungsrelevantes Wissen wie die oberste Unternehmensleitung selbst. Es sei daher gerechtfertigt, die 2. Führungsebene mit der Unternehmensleitung gleichzustellen.	100
Wenn die Regelung anhand der Grundrechtecharta der Europäischen Union zu prüfen sei, reichten die geltend gemachten europäischen Grundrechte jedenfalls nicht über die in Art. 12, 14 und Art. 3 GG verbürgten Gewährleistungen hinaus.	101
Die Bundesnetzagentur meint, dass das Merkmal „Verantwortlichkeit für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ in einem weiten Sinne auszulegen sei. Hierunter seien rechtliche, kommerzielle und technische Verantwortungsbereiche zu verstehen. Eine Begrenzung auf rein technische Aufgaben sei nicht sachgerecht. Vielmehr seien unter § 10 Abs. 6 EnWG im Zweifel sämtliche Personen der 2. Führungsebene zu subsumieren. Eine zu enge Auslegung führe das Entflechtungsmodell ad absurdum. So verfügten auch Personen der 2. Führungsebene, die für den kommerziellen oder rechtlichen Bereich verantwortlich seien, in der Regel über umfangreiche diskriminierungsrelevante Kenntnisse des Netzes.	102
„Verantwortlich“ im Sinne des § 10c Abs. 6 EnWG sei derjenige, der eine direkte Zuständigkeit für und Entscheidungsbefugnisse im Hinblick auf einen der genannten Bereiche habe. „Verantwortlichkeit“ sei von der tatsächlichen Durchführung bestimmter Aufgaben zu unterscheiden. Eine bloß unterstützende Einbeziehung in einzelne Entscheidungsprozesse reiche für eine Verantwortlichkeit im Sinne des § 10c Abs. 6 EnWG nicht aus. Allerdings komme es nicht auf eine Letztverantwortung für den Betrieb, die Wartung und die Entwicklung des Netzes an. Diese liege bei der Unternehmensleitung. Es genüge vielmehr jede Art von Verantwortlichkeit für einen der drei relevanten Bereiche, auch für einzelne	103
	104

Teilaspekte. Es sei nicht entscheidend, wer bestimmte Tätigkeiten für das Netz erbringe, sondern wer aufgrund seiner Stellung im Unternehmen ein Diskriminierungspotenzial in sich trage, das dem Entflechtungsgedanken des EnWG widerspreche. Es genüge eine Verantwortlichkeit für einen „den Netzbetrieb unterstützenden Bereich“. So stelle etwa die Verantwortung für die IT, die für den Netzbetrieb elementar sei, eine „vollwertige Verantwortlichkeit“ im Sinne des § 10c Abs. 6 EnWG dar. Es könnten im Übrigen - je nach der Organisationsstruktur – durchaus Fachbereiche unmittelbar der obersten Unternehmensleitung unterstellt sein, aber dennoch nur netz-fremde Dienstleistungen zu verantworten haben (z.B. „Zentrale Dienste“,

„Facility Management“, „Assistance“ oder „Sicherheit, Umwelt“ oder „Gesundheit“). 105

So sei auch der Begriff „Betrieb des Netzes“ sprachlich weit gefasst und nicht auf technische Abläufe beschränkt. Er sei vielmehr synonym zu den Begriffen „Arbeitsablauf“ oder „Funktionsablauf“ zu verstehen. Auch der Begriff „Entwicklung“ sei in einem planerisch-ökonomischen Sinn auszulegen. Lediglich der Begriff „Wartung“ sei vorrangig technisch, auf die tatsächliche Instandhaltung des Netzes gerichtet, gemeint. 106

Auch die Gesetzesbegründung zeige, dass relevante Querschnittsaufgaben als für den Transportbetrieb zugehörig eingestuft werden sollten (BT-Drs. 17/6072, S. 59: „die Einrichtung und den Unterhalt von erforderlichen Einrichtungen für den Transportbetrieb (z.B. Rechtsabteilung)...“). Die Aufzählung der Aufgaben in § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG stehe dem nicht entgegen. Auch werde der betroffene Personenkreis nicht über Gebühr ausgedehnt. Soweit in der Gesetzesbegründung beispielhaft auf den „Hauptbereichsleiter Netz“ verwiesen werde, sei nur ein besonders eingängiger Fall für die von § 10c Abs. 6 EnWG erfassten Tätigkeiten herausgegriffen worden, ohne andere Bereiche ausschließen zu wollen. 107

Sinn und Zweck der Regelung sprächen ebenfalls für eine weite Auslegung. So sei Anknüpfungspunkt die Möglichkeit, Einfluss auf und Verantwortung für einen der drei relevanten Bereiche, Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes, zu nehmen. Derartige Kenntnisse lägen jedoch auch bei Personen der 2. Führungsebene vor, die für einen kommerziellen oder rechtlichen Bereich verantwortlich seien. Sie könnten ihre Aufgabe nur dann sinnvoll erfüllen, wenn sie über umfangreiche Netzkenntnisse verfügten. Diese Auslegung entspreche dem Ziel der Entflechtung. Das Modell des unabhängigen Transportnetzbetreibers stelle hierbei den mildesten Eingriff dar. Im Unternehmensverbund sei ein Diskriminierungspotenzial angelegt und charakteristisch. Der von den Karenzregelungen erfasste Personenkreis müsse daher so vollständig sein, wie es die auf Transparenz und Vermeidung von Diskriminierungspotenzial ausgerichtete Entflechtung erfordere. Mit der Gesetzesänderung habe der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die zuvor geltenden Regeln nicht ausreichend gewesen seien. Auch eine richtlinienkonforme Auslegung belege, dass der Begriff „verantwortlich“ weit auszulegen sei. So werde in der Richtlinie die Formulierung „befasst“ verwendet (vgl. auch Erwägungsgründe 8 und 16 GasRL). 108

Bei der Antragstellerin seien daher die Leiter der hier im Streit stehenden Abteilungen unter die cooling-on/cooling-off-Regelungen des § 10 c Abs. 6 EnWG zu fassen. 109

Der Leiter des Bereichs „Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement“ habe z.B. die direkte Zuständigkeit und Entscheidungsbefugnis für die Kapazitätsvermarktung und Kapazitätsplattformprojekte sowie sämtliche Marktgebietsthemen. Es sei daher wenig überzeugend, diese Abteilung, die die kommerzielle Vermarktung der Leitungskapazitäten übernehme, von den strengen Vorgaben ausschließen zu wollen. 110

Auch die Leiter der Bereiche „Recht und Regulierung“ und „Kaufmännischer Bereich“ steuerten unmittelbar den Netzbetrieb und die Netzentwicklung, z.B. aufgrund der eigenständigen Bewertung regulatorischer und sonstiger rechtlicher Rahmenbedingungen durch Tätigkeiten wie das Regulierungsmanagement (Kostenprüfung und Effizienzvergleich) oder die Unternehmensplanung und -steuerung sowie das Unternehmens- und Risikocontrolling inklusive der Planung und des Controllings von Projekten.	111
Der Bereich „Prozess und IT-Management“ unterstütze den technischen Netzbetrieb. Ohne diese Tätigkeit, wie die Steuerung oder Koordinierung aller Tätigkeiten im Bereich Prozess- und IT-Management, die Verantwortung für das operative und strategische Vertragsmanagement der Büro- und Prozess-IT mit allen IT-Dienstleistern und die Koordination und Leitung von Sonderprojekten, insbesondere im Zusammenhang mit der Erstellung neuer Produkte des Gastransporters, sei ein Netzbetrieb nicht möglich.	112
Der Leiter des Bereichs „Technischer Sicherheitsmanagement“ sei neben	113
„Sicherheit, Umwelt und Gesundheit“ als Ideenmanagementbeauftragter auch für die Organisation und Führung der Prozesse zum Ideenmanagement und Patentwesen verantwortlich. Die Tätigkeit als Ideenmanagementbeauftragter falle unter § 10c Abs. 6 EnWG. Sollte diese Aufgabe aus dem Anforderungsprofil des Leiters „Technisches Sicherheitsmanagement“ herausgenommen werden, wäre der Leiter nicht mehr dem von	114
§ 10c Abs. 6 EnWG betroffenen Personenkreis zuzuordnen.	115
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 04.06.2014 Bezug genommen.	116
B.	117
Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.	118
Die Umsetzung der cooling-on/cooling-off-Bestimmungen im EnWG ist verfassungs- und europarechtlich nicht zu beanstanden. Jedoch geht die Bundesnetzagentur von einem zu extensiven Verständnis des § 10c Abs. 6 EnWG aus.	119
Es sind lediglich die im Tenor genannten Leiter der 2. Führungsebene von den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG erfasst.	120
I.	121
Die Anfechtungs- und Feststellungsbeschwerde sind zulässig.	122
1.	123
Die isolierte Anfechtung der Tenorziffer 3 des Bescheides, einer trennbaren Nebenbestimmung, ist zulässig (vgl. BGH, WM 1984, 1294; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, 2014,	124
§ 36, Rn. 54 ff.).	125
2.	126

Der Anfechtungsantrag der Antragstellerin ist zulässig, weil die cooling- on/cooling-off- Bestimmungen sie in ihren Rechten berührt, die Antrag- stellerin bei der Auswahl geeigneter Führungskräfte für die 2. Ebene ein- geschränkt wird.	127
Mit der Feststellung im Tenor zu Ziffer 3. des Zertifizierungsbescheides will die Bundesnetzagentur auch eine verbindliche Rechtsfolge setzen.	128
Ob und wie weit eine verbindliche Regelung getroffen werden soll, ent- scheidet die Behörde (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2014, VI-3 Kart 277/12 (V)). Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert, d.h. der am objektiven Inhalt zu messende Bindungswille. Entsprechend § 133 BGB ist im Wege der Auslegung daher zu ermitteln, wie ihn der durch die Erklä- rung Betroffene bei verständiger Würdigung verstehen durfte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2014, VI-3 Kart 277/12 (V); OLG Düs- seldorf, Beschluss vom 23.09.2009, VI-3 Kart 25/08 (V) m.w.N.). Unklar- heiten bezüglich der Frage, ob die Behörde die Verwaltungsaktform ge- wählt hat, gehen zu Lasten der Verwaltung (Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, § 35, Rn. 73a). Im Streitfall ist zwischen einem feststellenden Verwaltungsakt, der lediglich eine bestehende Rechtslage - allerdings rechtsverbindlich – fest- stellt und einem schlichten Hinweis auf die Rechtslage, der bloßen Mittei- lung oder Auskunft ohne Regelungscharakter, zu unterscheiden (vgl. Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 25. Ergänzungslieferung, § 42, Rn. 26).	129
	130
Hier war erkennbar, dass die Bundesnetzagentur mit ihrer Anordnung eine Rechtsfolge setzen wollte. Dafür spricht bereits, dass sie die Formulie- rung, welche Abteilungen nach ihrer Auffassung unter die Sperrfristen- Regeln fallen sollen, in den Tenor aufgenommen hat. In der Begründung zum Beschluss hat die Bundesnetzagentur dann ausgeführt, dass die Feststellung im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsauffassungen „zur Schaffung von Rechtssicherheit“ getroffen worden sei.	131
	132
Es ist daher nicht plausibel, dass die Bundesnetzagentur nur die geltende Rechtslage habe unverbindlich klarstellen wollen. Es ist der Antragstellerin angesichts der im Bescheid erkennbaren Regelungswirkung daher auch nicht zumutbar, etwa die angefochtene Entscheidung rechtskräftig werden zu lassen und sich erst in einem späteren Verfahren gegen die entspre- chende Bestimmung wehren zu müssen. Hätte die Bundesnetzagentur keine Rechtsfolge verbindlich bestimmen wollen, wäre auch nicht nach- vollziehbar, warum eine solche Feststellung überhaupt getroffen worden ist. So hätte es im Bescheid keinerlei Ausführungen zur cooling-on-Frist bedurft, weil die eingesetzte 2. Führungsebene nicht betroffen ist, denn die Bestimmungen gelten nur für Personen, die erst nach dem 02.03.2012 ihre Position angetreten haben.	133
	134
3.	135
Auch der Feststellungsantrag ist zulässig.	136
Ein Feststellungsantrag ist in energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungs- verfahren möglich, wenn auch das EnWG diese Möglichkeit nicht aus- drücklich nennt (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 42/07, „Rhein- hessische Energie“, Rn. 80, zit. nach juris).	137
Die Antragstellerin hat plausibel dargelegt, dass ein Feststellungsinteresse besteht. Sie durfte davon ausgehen, dass die Bundesnetzagentur mit der Tenorziffer 3 im Bescheid die	138

Rechtslage verbindlich feststellen, nicht nur unverbindlich auf die nach ihrer Auffassung bestehende Rechtslage hinweisen wollte.

Das Feststellungsinteresse als besonderes Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben, wenn der Betroffene ein besonderes Interesse an der baldigen Feststellung hat, sei es rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung 25. Ergänzungslieferung 2013, § 43, Rn. 32 f.). So kann Anlass für einen Feststellungsantrag sein, etwa ungünstige Nachwirkungen im beruflichen oder gesellschaftlichen Leben feststellen oder eine Rechtslage klären zu lassen (Gerhardt in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 25. Ergänzungslieferung 2013, § 113, Rn. 92 f.). Auch bei einem Streit über die Auslegung eines Verwaltungsaktes kann ein Feststellungsantrag in Be-

tracht kommen (Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 25. EL 2013, § 43, Rn. 47). An einem Feststellungsinteresse kann es dann fehlen, wenn die zuständige Behörde eine eindeutige Erklärung abgegeben hat und eine streitige Rechtsfrage oder die Rechtswidrigkeit eines Bescheides klargestellt hat (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.05.2013 - VI-3 Kart 462/11 (V); Gerhardt in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 25. Ergänzungslieferung 2013, § 113, Rn. 90).

Grundsätzlich ist ein konkretes und Streitiges Rechtsverhältnis erforderlich, wobei in engen Grenzen auch zukünftige Fragen ggfs. geklärt werden können (Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung

25. Ergänzungslieferung 2013, § 43, Rn. 12, 17). So ist es einem Betroffenen grundsätzlich zumutbar, einen späteren Verwaltungsakt abzuwarten und dann gegen diesen vorzugehen, auch wenn dies gegebenenfalls mit Nachteilen verbunden sein kann (vgl. BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 42/07, „Rheinhessische Energie“, Rn. 82 ff., zit. nach juris).

Hier hat die Antragstellerin ein Feststellungsinteresse ausreichend dargelegt. Ihr geht es um die Klärung der Frage, inwieweit die cooling-on/cooling-off-Regeln in ihrem Unternehmen anzuwenden sind. Dies berührt künftige Besetzungen der maßgeblichen Stellen, wirkt sich aber bereits jetzt unmittelbar aus, weil etwa veränderte Planungen, z.B. im Hinblick auf künftige Stellenbesetzungen oder Nachwuchsförderungen, erforderlich sein können. Es steht daher nicht entgegen, dass die Bundesnetzagentur darauf hingewiesen hat, die Antragstellerin beachte derzeit die cooling-on/cooling-off-Vorgaben für die 2. Führungsebene.

Es ist auch sinnvoll, im Rahmen des erstmaligen Zertifizierungsverfahrens die praktisch relevante und im Rahmen der Personalplanung und Personalfuktuation regelmäßig auftretende Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen Führungsstellen neu besetzt werden können. Hiervon ist auch die Bundesnetzagentur ausgegangen, die selbst ein entsprechendes Feststellungsinteresse angenommen und gerade zur Klärung der Rechts-

lage die Feststellung getroffen hat. So war bereits im Antragszeitpunkt klar, dass Personen der 2. Führungsebene irgendwann ausscheiden und für sie die cooling-off-Bestimmungen zu beachten sein werden.

Der Feststellungsantrag ist auch nicht subsidiär zum Anfechtungsantrag. So genügt die bloße Anfechtung der Tenorziffer 3 nicht in vollem Umfang dem Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin. Die Antragstellerin verweist nachvollziehbar darauf, dass sie ein Interesse daran habe, die Rechtslage für die 2. Führungsebene insgesamt zu klären. So schließt auch

ein Anfechtungsantrag dann nicht einen Feststellungsantrag aus, wenn etwa Streit über die Auslegung eines Verwaltungsaktes besteht (Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 25. EL 2013, § 43, Rn. 15, 47). Dass hier die Rechtslage mit der Feststellung geklärt werden sollte, davon geht ersichtlich auch die Bundesnetzagentur aus. So verweist sie in ihrem Bescheid darauf, dass aus Gründen der Rechtssicherheit die Leitungsbereiche aufgezählt worden seien, die zur 2. Führungsebene gehörten.

II.	147
Die Beschwerde ist teilweise begründet.	148
1.	149
Die cooling-on/cooling-off-Bestimmungen sind verfassungsgemäß und greifen nicht in unzulässiger Weise in Grundrechte, sei es aus dem Grundgesetz oder der Grundrechtecharta abgeleiteten Rechten, ein.	150
aa)	151
Da die detaillierten europäischen Vorgaben dem deutschen Gesetzgeber kaum einen Umsetzungsspielraum lassen, spricht einiges dafür, dass die Vorschriften (vorrangig) an der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu messen sind (vgl. hierzu: weites Verständnis der Anwendung	152
europäischen Rechts: EuGH, EuZW 2013, 302, C-617/10; „Rechtssache Åkerberg Fransson“; EuGH, Urteil vom 30.04.2014, C-390/12; einschränkend: BVerfG, NJW 2013, „Antiterrordatei“; vgl. hierzu: Winter, NZA 2013, 473; Rabe, NJW 2013, 1407; Thym, NVwZ 2013, 889). So geht die Gesetzesbegründung zu § 10c EnWG davon aus, dass die europäischen Regeln im Wesentlichen eins zu eins umgesetzt würden, der deutsche Gesetzgeber keinen erkennbaren wesentlichen Umsetzungsspielraum habe (Begr. BR-Drs. 343/11, S. 119).	153
Die Frage kann jedoch dahinstehen, weil die hier ggfs. betroffenen Grundrechte, die nach deutschem und europäischem Recht weitgehend ähnliche Schutzbereiche aufweisen, weder nach deutschem noch europäischem Recht in unverhältnismäßiger Weise berührt sind.	154
bb)	155
Die cooling-on/cooling-off-Bestimmungen greifen in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRCh, der Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Netzbetreiber und die Berufswahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG der jeweiligen Leiter der 2. Führungsebene ein.	156
Die cooling-on/cooling-off-Regeln schränken die unternehmerische Freiheit und Berufsausübung des betroffenen Netzbetreibers und des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ein. So verweist die Antragstellerin etwa nachvollziehbar darauf, dass die Personal- und Nachwuchsplanung erschwert werde. Es kann ggfs. zu verzögerten Beförderungen kommen, wenn Stelleninhaber möglichst lange auf einer von § 10c Abs. 6 EnWG erfassten Stellen verbleiben wollen, um nicht in die cooling-off-Zeit zu fallen. Die betroffenen Führungskräfte werden in ihrer Berufswahl eingeschränkt, können eine angestrebte Position nicht bzw. erst mit erheblichem zeitlichen Verzug annehmen und müssen daher Nachteile in Kauf nehmen, dürfen innerhalb der Fristen keine Interessen- oder Geschäftsbeziehungen im Unternehmensverbund unterhalten. So kann etwa	157

- ein Wechsel zu einem externen Arbeitgeber oder ein Umzug erforderlich werden. 158
- Der Eingriff durch die Karenzzeiten-Bestimmungen ist aber – auch im Hinblick auf die erhöhte Rechtfertigungsschwelle für den Eingriff in die Berufswahlfreiheit - gerechtfertigt. Die Karenzzeiten-Regeln sind geeignet, das Diskriminierungspotential innerhalb des Unternehmensverbundes zu vermindern. Ein vollständiger Ausschluss möglicher Diskriminierungen kann zwar kaum erreicht werden, ist aber auch zur Zielerreichung nicht erforderlich. In nachvollziehbarer Weise konzentriert sich die Regelung auf die Verbindungen innerhalb eines Unternehmensverbundes. Es liegt auf der Hand, dass innerhalb eines Konzerns, schon aufgrund einer oft jahre- langen Zusammenarbeit in verschiedenen Positionen im Unternehmen, ein relevantes Diskriminierungspotential bestehen kann. Die europäischen Regelungen und mit ihnen das EnWG haben dies gesehen und deshalb für das Entflechtungsmodell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers besondere Bestimmungen geschaffen. Die Regeln dienen den Zielen des 159
- § 1 EnWG, u.a. eine preisgünstige und verbraucherfreundliche Versorgung sowie unverfälschten und wirksamen Wettbewerb sicherzustellen. 160
- Die Auffassung der Antragstellerin, das Diskriminierungspotential sei bei dem Entflechtungsmodell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers nicht erhöht, ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr besteht aufgrund der rechtlichen Gestaltung, anders als etwa bei dem Modell des eigentums- rechtlich entflochtenen Netzbetreibers, eine erhöhte Gefahr von Diskriminierungen. Das Netz bleibt im Unternehmensverbund, was an sich schon dem Grundgedanken einer vollständigen Entflechtung widerspricht. So ist das Entflechtungsmodell auch erst auf Druck u.a. Deutschlands und Frankreichs „als dritte Option“ in die beiden europäischen Richtlinien aufgenommen worden, um letztlich eine „vollständige Entflechtung“ zu vermeiden (vgl. Säcker/Mohr, Energierecht, 3. Auflage, § 10 EnWG, Rn. 1, 4). Durch die strikte Trennung des Personals von Unabhängigem Transport- netzbetreiber und vertikal integriertem Energieversorgungsunternehmen und die dadurch bewirkte Aufgabentrennung sollten die Voraussetzungen 161
- für ein ausschließlich an marktüblichen Preisen orientiertes Wettbewerbs- verhalten des Managements des Unabhängigen Transportnetzbetreibers geschaffen werden (vgl. Säcker/Mohr, N&R 2012, Beilage 2/2012, S. 1). Es ist daher naheliegend, dass für dieses „unvollkommene“ Entflech- tungsmodell besondere gesetzliche Anforderungen normiert werden, um die Unabhängigkeit der Beteiligten sicher zu stellen. 162
- Es ist deshalb plausibel, dass die cooling-on/cooling-off-Regeln nicht auch auf Personen ausgeweitet worden sind, die vom Drittunternehmen zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder Unabhängigen Transportnetzbetreiber wechseln, wenn auch Loyalitätskonflikte mit einem früheren Arbeitgeber nicht ausgeschlossen sind. Die Sperrfristen-Regeln wollen aus den erläuterten Gründen vor allem Diskriminierungspotentiale innerhalb eines Unternehmensverbundes erfassen, weil diese dort typi- scherweise wahrscheinlicher sind. Auch würde ein umfassendes Verbot, für einen bestimmten Zeitraum vor und nach der Tätigkeit bei einem Un- abhängigen Transportnetzbetreiber überhaupt im Energiebereich zu arbei- ten, besonders gravierend die Berufswahl und - ausübungsmöglichkeiten beschränken. Der Anwendungsbereich der Sperrfristen-Norm wäre ferner nur schwer abgrenzbar. 163
- Die Richtlinien und das EnWG gehen ferner lebensnah davon aus, dass das Diskriminierungspotenzial umso stärker ausgeprägt sein wird, je her- vorgehobener die Position der Agierenden im Unternehmen ist. Die ge- setzliche Regelung unterscheidet 164

hierbei im Wesentlichen zwischen Aufsichtsrat, Unternehmensleitung, 2. Führungsebene und sonstigen Mitarbeitern und sieht nachvollziehbar für diese Gruppen jeweils unterschiedliche Anforderungen vor.

Die Bestimmungen sind auch erforderlich, um das Risiko möglicher Diskriminierungen im Konzernverbund zu vermindern. So sind die Europäische Union und mit ihr der deutsche Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die Entflechtung bislang noch nicht in dem notwendigen Maße um-

gesetzt worden sei, weshalb strengere Entflechtungsregeln erforderlich seien. 166

So kommt auch in den Gas- und Stromrichtlinien zum Ausdruck, dass es noch „Hindernisse für den Verkauf von Erdgas/Strom ... zu gleichen Bedingungen und ohne Diskriminierung oder Benachteiligung“ gebe (Erwägungsgrund 4 GasRL/StromRL). Ohne eine wirksame Trennung des Netzbetriebs von der Gewinnung und Versorgung („wirksame Entflechtung“) bestehe die Gefahr einer Diskriminierung nicht nur in der Ausübung des Netzgeschäfts, sondern auch in Bezug auf die Schaffung von Anreizen für vertikal integrierte Unternehmen, ausreichend in ihre Netze zu investieren (Erwägungsgrund 6 GasRL, Erwägungsgrund 9 StromRL). Beide Richtlinien gehen davon aus, dass die bisherigen Regeln nicht zu einer tatsächlichen Entflechtung der Übertragungsnetzbetreiber geführt hätten (Erwägungsgrund 7 GasRL, Erwägungsgrund 10 StromRL). Daher müssten mit dem wirksamsten Mittel, der Entflechtung, die bestehenden Anreize für vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen beseitigt werden, Wettbewerber zu diskriminieren (Erwägungsgrund 8 GasRL, Erwägungsgrund 11 StromRL). 167

Diese Wertung der europäischen Richtlinien ist jedenfalls nachvollziehbar. In der Begründung zum Gesetzentwurf wird darauf verwiesen, dass die vorhandene Trennung zwischen Netzgesellschaft und in Wettbewerbsbereichen tätigen Konzerngesellschaften verbesserungswürdig sei (Begr. Gesetzentwurf, BR-Drs. 343/11, S. 1). Die Bundesregierung sah die drei Entflechtungsalternativen als „gleichwertig“ an (Begr. Gesetzentwurf, BR-Drs. 343/11, S. 2, 109). Ziel sei es, den Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Märkten zu stärken (Begr. Gesetzentwurf, BR-Drs. 343/11, S. 5, 109, 117). So war die Änderung erfolgt, um die nicht unübliche Praxis vertikaler integrierter Energieversorgungsunternehmen, Managementfunktionen von Muttergesellschaft und Netztochter von der gleichen Person wahrnehmen zu lassen, künftig zu unterbinden und so eine unerwünschte 168

„Wissens- bzw. Informationsschnittstelle“ auszuschalten (Bourwieg/Miller, RdE 2008, 230; Säcker/Mohr in Energierecht, 3. Auflage, § 10c, Rn. 1). 169

Durch die Personenidentität war zuvor eine über die Kontrolle der Rentabilität der Netztochter hinausgehende Unternehmenssteuerung möglich gewesen (Bourwieg/Miller, RdE 2008, 230; Säcker/Mohr in Energierecht, 3. Auflage, § 10c, Rn. 1). 170

Die Bestimmungen sind auch nicht deshalb von vornherein entbehrlich, weil es zahlreiche andere Vorschriften und Verbote im Energierecht gibt, die ebenfalls das Ziel haben, Diskriminierungen zu vermeiden (u.a. informationelle, rechtliche und organisatorische Entflechtung, Zertifizierung, Gleichbehandlungsbeauftragter, allgemeines Diskriminierungsverbot). Mit den cooling-on/cooling-off-Bestimmungen soll „präventiv“ verhindert werden, dass Diskriminierungen in besonders sensiblen Unternehmensbereichen überhaupt erst entstehen. Diese Form der Regulierung geht daher über bloße Verbote oder anderen Vorgaben, die zum Teil vergleichsweise einfach übertreten werden können und oft auch nur schwer zu kontrollieren sein werden, in vertretbarer Weise hinaus. 171

- Es ist daher plausibel, dass durch organisatorische Maßnahmen im Führungskräftebereich die Entflechtung abgesichert werden soll. So sollen durch die berufliche Handlungsunabhängigkeit der Führung des unabhängigen Transportnetzbetreibers zusammen mit den formalen personellen Entflechtungsregeln Anreize unterbunden werden, das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen aus Gründen der persönlichen Karrierechancen oder Vergütung zu bevorzugen (vgl. Säcker/Mohr, N&R 2012, Beilage 2/2012, S. 1). Die beiden Richtlinien verweisen ebenfalls darauf, dass die Unabhängigkeit des unabhängigen Transportnetzbetreibers gerade auch durch Karenzzeiten sichergestellt werden sollte (Erwägungsgrund 16 GasRL, Erwägungsgrund 19 StromRL). Die Bundesnetzagentur erläutert zutreffend, dass die Entflechtungsregeln Teil eines „Gesamtpakets“ seien, um mögliche Diskriminierungen zu vermeiden. Der Erforderlichkeit steht auch nicht entgegen, dass das Diskriminierungspotential zunehmend sinkt, der Ablauf des Netzzugangs und der Netzbetrieb standardisiert werden, einem Netzbetreiber weniger Einfluss auf die Ver-
- gabe von Kapazitäten verbleibt. Dies macht vielmehr deutlich, dass der Prozess der Entflechtung fortschreitet. 173
- Die cooling-on/cooling-off-Regelungen für die 2. Führungsebene sind auch verhältnismäßig im engeren Sinne. 174
- Wie bereits erörtert, sind die Bestimmungen geschaffen worden, um das Entflechtungsmodell des unabhängigen Transportnetzbetreibers umsetzen und gleichzeitig dem Entflechtungsgedanken Rechnung tragen zu können. Die Richtlinien gehen ersichtlich davon aus, dass nur durch die Sperrfristen-Regeln ein solches Maß an Unabhängigkeit erreicht werde, das dem Gedanken einer vollständigen Entflechtung nahe kommt. Die weiterhin erhebliche strukturelle und rechtliche Verbundenheit im Unternehmensverbund und das damit verbundene Diskriminierungspotenzial sollen durch teilweise einschneidende Bestimmungen zur Unabhängigkeit des Personals, einschließlich der cooling-on/cooling-off-Bestimmungen reduziert werden. Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass für die weiterhin bestehende Unternehmensverbindung die Führungskräfte
- „im Gegenzug“ in ihren persönlichen Entwicklungsmöglichkeiten beschränkt werden. Um überhaupt den Zielen der Entflechtung gerecht zu werden, sind die Sperrfristen-Regeln für Führungskräfte, nach Hierarchieebenen abgestuft, geschaffen worden. 176
- Die Antragstellerin weist zutreffend darauf hin, dass es durch die cooling-on/cooling-off-Bestimmungen zu Schwierigkeiten auf dem Karriereweg kommen kann. Sie erläutert nachvollziehbar, dass es meist wenig praktikabel sein wird, die Betroffenen auf „Abkühlungsstellen“ zu parken, um sie dann für einen künftigen Einsatz im Unternehmensverbund einsetzen zu können. Es besteht auch die Gefahr, dass sich der Einsatz auf einer Führungsstelle i.S.d. § 10c Abs. 6 EnWG als „Sackgasse“ im Unternehmensverbund erweisen oder die berufliche Entwicklung verzögern kann. Diese Beschränkungen gehen jedoch nicht so weit, dass den Betroffenen eine Tätigkeit in ihrem Fachgebiet unmöglich gemacht wird. Vielmehr werden sie in verhältnismäßiger Weise in ihrem Recht beschränkt, ihre Arbeitsstel-
- le für bestimmte Zeiträume und bei einem bestimmten Arbeitgeber frei zu wählen. 178
- So beziehen sich die Sperrfristen nur auf Tätigkeiten im Unternehmensverbund und entsprechende Interessen- und Geschäftsbeziehungen. Den betroffenen Führungskräften ist es möglich und zumutbar, außerhalb des Unternehmens eine neue Position zu suchen. Ein entsprechender Wechsel beeinträchtigt die Führungskräfte der 1. und 2. Ebene nicht in 179

unver- hältnismäßiger Weise. Vielmehr ist ein Wechsel auch gerade zwischen verschiedenen Unternehmen für das Berufsbild von Führungskräften nicht untypisch. Führungskräften der 1. und 2. Ebene ist daher ggfs. auch ein Umzug zumutbar. Die deutsche Regelung sieht außerdem Übergangsvor- schriften vor, die ebenfalls dem Ziel dienen, eine angemessene und ver- hältnismäßige Regelung zu schaffen. Auch der Antragstellerin ist es zu- mutbar, ggfs. außerhalb des Unternehmensverbundes nach geeigneten Führungskräften zu suchen. Außerdem wird es, jedenfalls bei Mehrspar- tenunternehmen, im Verbund selbst ggfs. geeignete Führungskräfte oder

–stellen geben, die nicht unter die cooling-on/cooling-off-Vorschriften fal- len. 180

Soweit § 10c Abs. 5 und 6 EnWG davon ausgeht, dass etwa nach dem Ausscheiden aus der 181
Führungsstelle bei dem Unabhängigen Transport- netzbetreiber auch bloße Interessen- und Geschäftsbeziehungen zum ver- tikal integrierten Energieversorgungsunternehmen und dessen Unterneh- men schädlich sind (vgl. auch § 10c Abs. 2 EnWG), führt dies ebenfalls nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Regelung. So kommen als Geschäfts- beziehungen nur solche infrage, die von einigem Gewicht sind, etwa Dienst-, Werk- oder Beraterverträge (vgl. Säcker/Mohr in Säcker, Energie- recht, 3. Auflage, § 10c EnWG, Rn. 23). Unter „Interessenbeziehung“ sind etwa finanzielle Beteiligungen zu fassen (vgl. Säcker/Mohr in Säcker, Energierrecht, 3. Auflage, § 10c EnWG, Rn. 23).

Es ist auch gut nachvollziehbar, dass die cooling-on/cooling-off-Regeln nicht auf die 182
Sachbearbeiter-Ebene ausgedehnt worden sind. Zwar be-

steht auch auf dieser Ebene relevantes Wissen. Für einen Sachbearbeiter wird es aber 183
gegenüber einer Führungskraft regelmäßig deutlich schwieri- ger sein, das relevante Wissen auch in diskriminierender Weise zu verwer- ten. So fehlt einem Sachbearbeiter die Entscheidungsbefugnis, ggfs. durch entsprechende Anordnungen potentiell diskriminierungsrelevantes Wissen auch tatsächlich in eine diskriminierende Maßnahme umzusetzen. Eine Ausdehnung der Sperrfristen-Bestimmungen auf die Sachbearbeiter- Ebene würde im Ergebnis dazu führen, dass in ausufernder Weise prak- tisch alle Arbeitnehmer eines Netzbetreibers von den Sperrfristen erfasst wären.

Auch die vorgesehenen „Abkühlungszeiten“ von 3 und 4 Jahren sind im Hinblick auf die 184
verfolgten Ziele noch verhältnismäßig.

Die Einschränkungen sind differenziert. So wird für die 2. Führungsebene der 185
Anwendungsbereich – wie später näher erläutert – insgesamt erheb- lich durch das Merkmal „für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich“ eingeschränkt. Darüber hinaus wird nicht grundsätzlich eine Tätigkeit im Unternehmensverbund untersagt, sondern nur in den relevanten Bereichen und nur für bestimmte Zeiträume. Jedenfalls in ei- nem Mehrspartenkonzern bestehen damit weiterhin Entwicklungsmöglich- keiten im Unternehmensverbund. Von vornherein ist ein Betroffener nicht gehindert, sich eine Führungsaufgabe außerhalb des Unternehmensver- bundes zu suchen. Wenig praktikabel ist es auch, etwa anstelle „starrer Fristen“ eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.

Der 3- und 4-Jahresfrist steht nicht entgegen, dass aktien- und handels- rechtliche 186
Vorschriften kürzere Karenzzeiten von zwei Jahren vorsehen (vgl. die 2-Jahres-Frist gemäß § 100 II Nr. 4 AktG für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat einer börsennotierten Aktiengesellschaft, vgl. auch §§ 74, 90a HGB). Es ist hierbei die unterschiedliche Zielrichtung zu beachten. So dienen die cooling-on/cooling-off-Bestimmungen gemäß

§ 10c EnWG dazu, das Diskriminierungspotential im öffentliche Interesse der Allgemeinheit zu minimieren, hingegen die aktien- und handelsrechtli-

chen Bestimmungen vorrangig dazu, Einzel- und Partikularinteressen der noch oder früher im Unternehmen Beschäftigten und der beteiligten Unternehmen selbst zu schützen. Es ist ferner zu berücksichtigen, dass mit den EnWG-Bestimmungen ein diskriminierungsfreier Netzbetrieb von Gas und Strom gewährleistet werden soll. Der Betrieb eines solchen Netzes ist regelmäßig als „monopolistischer Engpass“ („Bottleneck“) ein natürliches Monopol, bei dem von vornherein ein erhebliches Diskriminierungspotential bestehen kann (vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 343/11, S. 109; Säcker/Mohr, N&R 2012, Beilage 2/2012, S. 1). Darüber hinaus ist das Gas- und Elektrizitätsnetz ein besonders sensibler Bereich der Daseinsvorsorge, der von hoher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung ist. 188

Die dargestellten Gründe gelten sinngemäß auch für den betroffenen Netzbetreiber und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. Das Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers ist auch insoweit verhältnismäßig im engeren Sinne und stellt gegenüber dem eigentumsrechtlich entflochtenen Netzbetrieb den milderen Eingriff dar. So hat auch die Antragstellerin sich für die Entflechtungsvariante des Unabhängigen Transportnetzbetreibers entschieden, obwohl es möglich gewesen wäre, eine der beiden anderen Entflechtungsmöglichkeiten zu wählen. Da die eigentums- und rechtliche Entflechtung bei diesem „dritten“ Modell nur unvollständig erfolgt, sind Einschränkungen im Hinblick auf die Beschäftigungsmodalitäten der Führungskräfte hinzunehmen. Auch der Kreis der Betroffenen ist weder ausufernd noch konturenlos, sondern wie erläutert auf bestimmte Führungskräfte beschränkt. 189

cc) 190

Soweit die cooling-on/cooling-off-Regeln als zukunftsgerichtete und ggfs. die künftigen Erwerbchancen beeinträchtigende Normen überhaupt die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh tangieren sollten (vgl. hierzu: BVerfGE 30, 292, „Erdölbevorratung“; Schmidt 191

in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Auflage 2014, Art. 14 GG, Rn. 5), ist dieser Eingriff jedenfalls aus den erörterten Gründen rechtmäßig. 192

dd) 193

Auch der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG/Art. 20 GRCh ist nicht verletzt. 194

Wie bereits dargestellt, ist es sachgerecht, die Wechselmöglichkeiten innerhalb des Unternehmensverbundes, aber nicht zu Drittunternehmen zu beschränken. Im Unternehmensverbund ist das Diskriminierungspotential aufgrund der Verbundenheit innerhalb des Konzerns strukturell größer als bei einem Wechsel von oder nach außen. 195

Auch eine mögliche Ungleichbehandlung mit Führungskräften der beiden anderen Entflechtungsvarianten, von eigentumsrechtlich entflochtenen Transportnetzbetreibern oder unabhängigen Systembetreibern, ist gerechtfertigt. Mit den cooling-on/cooling-off-Bestimmungen soll mit dem eigentlich unvollkommenen Entflechtungsmodell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers gleichwohl eine weitgehende Entflechtung erreicht werden. Hierzu sind strenge Vorschriften an die persönliche Unabhängigkeit der Führungskräfte sinnvoll. Darüber hinaus sind auch bei den beiden anderen Entflechtungsvarianten Vorschriften zu beachten, die die persönliche Unabhängigkeit der 196

Handelnden gewährleisten sollen (vgl. z.B. § 8 Abs. 2, § 9 Abs. 2 S. 1 EnWG).

Eine unterschiedliche Behandlung von Führungskräften einerseits und sonstigem Personal, etwa Sachbearbeitern, andererseits ist ebenfalls sachgerecht. Beide Gruppen sind nicht vergleichbar. Wie erläutert, besteht bei Führungskräften aufgrund ihrer Entscheidungsmöglichkeiten die erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass sie relevante Informationen auch in diskriminierender Weise tatsächlich verwenden könnten. 197

Es ist auch plausibel, dass die cooling-on/cooling-off-Bestimmungen nicht für alle Netzbetreiber gelten, sondern nur für die „großen“ Transportnetzbetreiber. Für Verteilernetzbetreiber gelten die Entflechtungsregeln insgesamt nur in einem deutlich reduzierten Umfang (vgl. §§ 7 ff. EnWG). Der deutsche und der europäische Normengeber haben die Bestimmungen nach der Bedeutung und dem ggfs. bestehenden Diskriminierungspotential differenziert. So gehen auch die beiden Richtlinien davon aus, dass die Diskriminierungsproblematik sich weniger auf der Ebene der Verteilung als vielmehr auf der Ebene der Fernleitung stelle, „wo Engpässe und der Einfluss von Gewinnungsinteressen im Allgemeinen ausgeprägter als auf der Verteilerebene“ seien (Erwägungsgrund 25 GasRL, Erwägungsgrund 26 StromRL). 198

2. 199

Darüber hinaus schränkt § 10 Buchst. c Abs. 6 EnWG den Anwendungsbereich der cooling-on/cooling-off-Regelungen für die 2. Führungsebene erheblich dadurch ein, dass nur die Leiter erfasst werden, die für „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich sind“. Das weite Verständnis der Bundesnetzagentur, wonach „im Zweifel die gesamte 2. Führungsebene“ erfasst sei, entspricht nicht der Auslegung des Merkmals nach Wortlaut, Historie, Systematik und Sinn und Zweck der Vorschrift und würde die als Einschränkung gedachte Bestimmung weitgehend leerlaufen lassen. 200

So zeigt bereits der Wortlaut des §§ 10 Buchst. c Abs. 6 EnWG, dass nur ganz bestimmte Betriebsbereiche erfasst werden sollen, „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“. Der Anwendungsbereich soll ersichtlich durch den Begriff „verantwortlich“ weiter eingeschränkt werden. Es wird der Begriff „verantwortlich“, nicht etwa Bezeichnungen wie „Mitverantwortung“, „beteiligt“ o.ä. verwandt. Es sollen auch nicht alle Mitglieder der 2. Führungsebene erfasst werden, sondern nur Personen, die eine persönliche und sachliche Verantwortung für die drei relevanten Bereiche übernehmen. Dies macht deutlich, dass „im Zweifel“ nicht die gesamte 2. Füh- 201

rungsebene den Sperrfristen unterliegen soll. Der Wortlaut deutet auch nicht auf eine erweiterte Darlegungslast der jeweils betroffenen Unternehmen hin, etwa durch beweiser- oder darlegungslastausdrückende Formulierungen (z.B. „es sei denn...“), mit der Folge, dass insoweit grundsätzlich von einer Zweifelsregelung zum Nachteil des jeweiligen Unabhängigen Transportnetzbetreibers ausgegangen werden könnte. Dass die Bundesnetzagentur von einer unzutreffenden Darlegungslastverteilung ausgeht, macht etwa der Zertifizierungsbescheid ... vom 09.11.2012, BK7-12-033, deutlich. Dort wird in der Begründung (S. 49) darauf verwiesen, dass „grundsätzlich alle Fachbereichsleiter, die einen kommerziellen, rechtlichen oder technischen Verantwortungsbereich leiten, als Personen dieser sog. zweiten Führungsebene einzustufen seien, *es sei denn, sie sind für offensichtlich netzfremde Dienstleistungen verantwortlich*“. 202

Vielmehr legt auch die Systematik der Sperrfristen-Regeln eine entsprechend engere Auslegung der Vorschrift nahe. So machen die einschränkenden Begriffe „Betrieb, Wartung 203

oder Entwicklung des Netzes“ deutlich, dass mit „Betrieb“ nicht der „Netzbetrieb“ des Netz- „betreiber“’s gemeint sein kann. Da das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen den Netzbetrieb als – alleinige – Aufgabe auf den Unabhängigen Transportnetzbetreiber ausgelagert hat, dieser damit faktisch nichts anderes als den „Betrieb eines Netzes“ ausübt, wären bei einem weiten Verständnis die als Einschränkung gewollten Merkmale „Wartung oder Entwicklung“ ohne Bedeutung.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Wertung des § 10d EnWG bestätigt. So gelten die – nach der Gesetzesbegründung „strengen Vorgaben“ des 204

§ 10c EnWG - Karenzzeiten von drei und vier Jahren nicht einmal für die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder (§ 10d Abs. 3 EnWG „für die Hälfte der Mitglieder abzüglich eines entsprechend...“, Art. 20 Abs. 3 GasRL/StromRL; vgl. auch S. 161 Begr. Gesetzentwurf, BR-Drs. 343/11; vgl. auch Pisal, Diss. 2011, Entflechtungsoptionen nach dem Dritten Energiebinnenmarktpaket, S. 269 ff.). Bewusst sollte für den Aufsichtsrat keine 205

„lupenreine“ Unabhängigkeit geschaffen werden. Vielmehr hatte der Gesetzgeber beabsichtigt, dass den Repräsentanten der Anteilseigner, dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, eine knappe Mehrheit im Aufsichtsrat verbleiben solle (Säcker/Mohr, N&R 2012, Beilage 2/2012, S. 1). 206

Das extensive Verständnis der Bundesnetzagentur des § 10c Abs. 6 EnWG bedeutet aber im Ergebnis, dass im Regelfall faktisch - bis auf wenige, eher unbedeutende Abteilungen wie „Zentrale Dienst“ oder „Facility Management“ – die 2. Führungsebene insgesamt von der dreijährigen cooling-on-Zeit erfasst wäre. Im Ergebnis ergäben sich dann für die Gruppe der 2. Führungsebene insgesamt strengere cooling-on-Zeiten, als etwa für den Aufsichtsrat. Ein derartiges Verständnis überzeugt daher nicht. So weist die Gesetzesbegründung zutreffend darauf hin, dass die 2. Führungsebene im Hinblick auf Einfluss und Kenntnisse mit der Unternehmensleitung vergleichbar sei - allerdings nur „eingeschränkt“ (Begr. Gesetzentwurf BT-Drs. 343/11, S. 160). Der von der Regelung erfasste Personenkreis dürfe nicht über Gebühr ausgedehnt werden, weil beide Personengruppen nur „unvollständig vergleichbar“ seien (Begr. Gesetzentwurf BT-Drs. 343/11, S. 160). Auch dies macht deutlich, dass die Karenzregeln für die 2. Führungsebene jedenfalls im Ergebnis nicht strenger als für Unternehmensleitung und Aufsichtsrat sein sollen, sondern tendenziell eher geringer. 207

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur genügt es für eine Anwendung des § 10c Abs. 6 EnWG auch nicht, dass die jeweiligen Bereiche den Netzbetrieb – irgendwie oder in allgemeiner Form - unterstützen. Soweit die Behörde auf die Gesetzesbegründung verweist, wonach relevante Querschnittsaufgaben als für den Transportbetrieb zugehörig eingestuft werden sollten (S. 147 f., Begr. Gesetzentwurf BT-Drs. 343/11: „...die Einrichtung und den Unterhalt von erforderlichen Einrichtungen für den Transportbetrieb (z.B. Rechtsabteilung)...“), greift diese Argumentation nicht. So sollen nach der Gesetzesbegründung zu § 10 EnWG „im Ergebnis ... damit dem Unabhängigen Transportnetzbetreiber alle Aufgaben mit 208

wesentlichem Bezug zum Transportnetzbetrieb übertragen werden“ (Begr. Gesetzentwurf BT-Drs. 343/11, S. 147 f.). Zu diesen Aufgaben gehören auch die zum Betrieb benötigten Querschnittsaufgaben, um überhaupt einen „vollwertigen“ Netzbetreiber zu schaffen. 209

Es ist nicht plausibel, weshalb überhaupt noch eine Einschränkung in 210

§ 10c Abs. 6 EnWG auf „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ erforderlich wäre, wenn alle Querschnittsaufgaben als sperrfristenrelevant gelten sollten. Eine derartige Auslegung führte dazu, dass im Ergebnis (fast) die gesamte 2. Führungsebene unter die Regeln des § 10c Abs. 6 EnWG fiel, weil - wie bereits erläutert - bei einem Netzbetreiber praktisch alle Abteilungen „für den Netzbetrieb da sind“, diesen unterstützen. Auch eine Abteilung „Facility Management“ wäre in diesem Sinne für den Netzbetrieb essentiell, ein Netzbetrieb ohne diese Abteilung jedenfalls langfristige nicht möglich. Ausgehend von der Ansicht der Bundesnetzagentur überzeugt es daher nicht, gerade diese Abteilung aus dem Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG herauszunehmen.

Das engere Verständnis wird auch dadurch bestätigt, dass in § 10 Abs. 1 212

S. 2 EnWG – neben den „Aufgaben nach Teil 3 Abschnitt 1 bis 3 (Netzbetrieb, 213
Netzanschluss, Netzzugang) des EnWG (vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG) - einzelne Abteilungen wie Rechtsabteilung, Buchhaltung oder IT eines Netzbetreibers genannt werden. So wird etwa in Teil 3 Abschnitt 1,

§ 11 Abs. 1 EnWG der „Betrieb einer Energieversorgungsnetzes“ als Aufgabe genannt. Dies 214
macht deutlich, dass mit „Betrieb eines Netzes“ i.S.d.

§ 10c Abs. 6 EnWG nicht die übergeordnete Geschäftstätigkeit „Netzbetrieb“ eines 215
Netzbetreibers gemeint sein kann. Auch die einschlägige Richtlinie nennt ausdrücklich den „Betrieb, die Wartung und den Ausbau eines sicheren, effizienten und wirtschaftlichen Fernleitungsnetzes“ neben der sonstigen Geschäftstätigkeit (Art. 17 Abs. 2 e) - Art. 17 Abs. 2 h) GasRL/StromRL: u.a. Rechtsabteilung, Buchhaltung, IT-Dienste).

Auch die historische Entwicklung der Vorschriften spricht dafür, dass mit dem Zusatz „für 216
Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verant-

wortlich“ eine maßgebliche Einschränkung für die 2. Führungsebene geschaffen werden 217
sollte. So ist schon nicht erkennbar, warum eine entsprechende Vorschrift in die Gas- und Stromrichtlinie hätte aufgenommen werden sollen, wenn diese im Ergebnis weitgehend bedeutungslos wäre. Es ist darüber hinaus zu sehen, dass das Modell des Unabhängigen Transporttransportnetzbetreibers als „dritter Weg“ ausgestaltet worden ist. Ersichtliches Ziel war es, mit dem Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers das Entflechtungsregime zwar voranzutreiben, gleichwohl jedoch keine vollständige, „ideale“ Entflechtung zu schaffen. So weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass der Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG auf Personen beschränkt werden sollte, die „erheblichen Einfluss und umfangreiche Erkenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustandes“ hätten (Begr. Gesetzentwurf, BR-Drs. 343/11, S. 159 f.).

Ferner deutet der Wortlaut der englischen und französischen Übersetzung beider Richtlinien 218
eher auf eine enge Auslegung des Begriffs „verantwortlich“ hin. Der Bundesnetzagentur verweist zunächst zutreffend darauf, dass der Begriff in der deutschen Richtlinie „befasst“ für ein weites Verständnis des § 10c Abs. 6 EnWG sprechen könnte. So lautet Art. 19 Abs. 8 S. 3 GasRL/StromRL:

„Unterabsatz 1 sowie die Absätze 4 bis 7 finden Anwendung auf alle Personen, die der 219
obersten Unternehmensleitung angehören, sowie auf die ihnen unmittelbar unterstellten Personen, die mit dem Betrieb, der Wartung oder der Entwicklung des Netzes *befasst* sind.“

Jedoch legen der Wortlaut der englischen und französischen Fassung mit den Formulierungen „reporting“ und „rendent directement compte“ eher ein enges Verständnis nahe, machen deutlich, dass eine echte Verantwortung für die drei relevanten Bereiche gemeint ist („...to those directly reporting to them on matters related to the operation, maintenance or development of the network.“ und „celles qui leur rendent directement compte

à propos de questions liées à la gestion, à la maintenance ou au développement du réseau“). 221

Im Ergebnis kommt eine andere Auslegung auch nicht aus Sinn und Zweck der Bestimmung in Betracht. Die Bundesnetzagentur verweist zunächst zutreffend darauf, dass nach Sinn und Zweck ein weites Verständnis des § 10c Abs. 6 EnWG durchaus dem Ziel der Entflechtung stärker dienen mag. Allerdings kommt eine solche Auslegung nur dann in Betracht, wenn sie mit den übrigen Auslegungsgrundsätzen vereinbar ist und darf sich nicht über das vom europäischen und deutschen Normsetzungsgeber Gewollte hinwegsetzen. Darüber hinaus führt ein engeres Verständnis entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur die gesetzliche Regelung nicht „ad absurdum“.

Aus den dargelegten Gründen ist hier ein engeres Verständnis sachgerecht und entspricht Sinn und Zweck der Regelung. So ist schon nicht plausibel, dass die 2. Führungsebene im Ergebnis faktisch strengere Vorgaben als etwa der Aufsichtsrat beachten soll. § 10c Abs. 6 EnWG verweist auch nicht allgemein auf die 2. Führungsebene, sondern schränkt den Anwendungsbereich durch zwei erhebliche Tatbestandsmerkmale ein. 223

Diese beiden bewusst auf europäischer Ebene vorgesehenen und vom deutschen Gesetzgeber umgesetzten Einschränkungen sind zu beachten, wenn es auch de lege ferenda möglicherweise sinnvoll erscheinen mag, insbesondere kaufmännische Bereiche, die ebenfalls über diskriminierungsrelevantes Wissen verfügen, vom Anwendungsbereich der cooling-on/cooling-off-Regeln zu erfassen. Ein derart breiter Anwendungsbereich kann aber nicht dadurch geschaffen werden, dass der Begriff „verantwortlich“ extensiv ausgelegt wird, damit jede „Mitverantwortung“ für einen Bereich, der den Netzbetrieb „irgendwie unterstützt“, gemeint sein kann. 224

Die Auslegung der Bundesnetzagentur führt dazu, dass allenfalls nur noch untergeordnete „Randabteilungen“, wie etwa „Facility Management/Hausverwaltung“, vom Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG 225

ausgenommen wären. Dass dies keineswegs theoretisch ist, zeigen die beim Senat anhängigen Verfahren. So ist die Bundesnetzagentur in diesen Verfahren von einem so weiten Verständnis des Anwendungsbereichs des § 10c Abs. 6 EnWG ausgegangen, dass bis auf die genannten 226

„Randabteilungen“ im Wesentlichen die Leiter aller anderen Bereiche die Sperrfristen-Vorgaben zu beachten hätten. In der Sache ... VI-3 Kart 300/12 (V), ist die Bundesnetzagentur sogar davon ausgegangen, dass alle Abteilungen des Unabhängigen Transportnetzbetreibers die Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG zu beachten hätten. Dies macht auch deutlich, dass bei einem derart weiten Verständnis die Voraussetzung „für Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes verantwortlich“ ohne praktische Relevanz wäre. 227

Ferner sind die Fristen von drei und vier Jahren vergleichsweise lang (vgl. die 2-Jahres-Frist gemäß § 100 II Nr. 4 AktG für den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat einer 228

börsennotierten Aktiengesellschaft, vgl. auch §§ 74, 90a HGB), weshalb im Sinne einer grundrechtsschonenden Auslegung hier ein erweiterndes Verständnis nicht überzeugt. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und der Erheblichkeit des Eingriffs ist daher eine engere, sich am Wortlaut und Systematik orientierende Auslegung sachgerecht.

3.	229
Ausgehend von der erörterten Auslegung des § 10c Abs. 6 EnWG ergibt sich im vorliegenden Fall, dass bei der Antragstellerin – vorbehaltlich etwaiger späterer Änderungen der Zuständigkeiten – die Leiter der Bereiche	230
• „Abwicklung/Operatives“	232
• „Assetmanagement/Systemplanung“	233
• „Netzservice“	234
• „Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement“	235
• „Prozess- und IT-Management“	236
unter die cooling-on/cooling-off-Regeln des § 10c Abs. 6 EnWG fallen.	237
a)	238
Im vorliegenden Fall gehen die Beteiligten unstreitig davon aus, dass die Leiter der Bereiche	239
• „Abwicklung/Operatives“	240
• „Assetmanagement/Systemplanung“	242
• „Netzservice“	243
für „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ verantwortlich sind.	244
Auch der Leiter des Bereichs „Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement“ ist für den „Betrieb des Netzes“ im Sinne des § 10c Abs. 6 EnWG verantwortlich. Er ist für die „netzbezogenen Themen“ des Netzbetriebs im engeren Sinne, wie Kapazitätsvermarktung und Kapazitätsplattformprojekte (GATRAC, TRAC-X), Konzeption, Aufbau und Vermarktung sowie alle Marktgebietsthemen, verantwortlich. Es besteht ein enger Zusammenhang zum eigentlichen Netzbetrieb. Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass das Diskriminierungspotential, etwa aufgrund der europäischen Kapazitätsplattform Prisma, gering sei, schließt dies eine Anwendung des	245
§ 10c Abs. 6 EnWG nicht aus.	246
Im vorliegenden Fall hat ferner der Leiter „Prozess- und IT-Management“ die cooling-Vorgaben zu beachten. Zwar genügt die Verantwortlichkeit für die „allgemeine IT“, die für ein Funktionieren des Unabhängigen Transportnetzbetreibers notwendig ist und den Netzbetrieb im engeren Sinne so auch unterstützt, nicht, um diesen Bereich als „für Betrieb,	247

Wartung und Entwicklung des Netzes“ i.S.d. § 10c Abs. 6 EnWG einzustufen. Dies ist allerdings dann anders, wenn die IT-Abteilung nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig z.B. Software für den Netzbetrieb im engeren Sinne entwickelt und betreut und in besondere Weise eingebunden ist. Hier ist der Leiter der Abteilung auch für die Leitung von Sonderprojekten, etwa in Zusammenhang mit der Erstellung neuer Produkte für den Gastransport, zu- ständig und so in besonderer Weise in den Netzbetrieb und –entwicklung eingebunden. Es ist hierbei unerheblich, dass die Vorgaben ggfs. durch andere Abteilungen gemacht werden. So ist etwa auch eine Abteilung	248
„Netzwartung“ oder „Netzausbau“ aufgrund der „Netznähe“ von den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG erfasst, obwohl dort ebenfalls Vorgaben häufig durch andere Abteilungen gemacht werden dürften. Dass der Leiter IT für sämtliche IT-Aufgaben, einschließlich der netzbezogenen, zuständig ist, ergibt sich auch aus der Stellenbeschreibung, die – anders als bei anderen Netzbetreibern - darauf verweist, dass der Leiter für „alle Tätigkeiten	249
... des IT-Management“ und die Zusammenarbeit mit „allen IT- Dienstleistern“ verantwortlich ist.	250
b)	251
Hingegen sind die Leiter der zwischen den Beteiligten strittigen Bereiche	252
<ul style="list-style-type: none"> • „Recht und Regulierung“ • „Kaufmännischer Bereich“ • „Technisches Sicherheitsmanagement“ 	253 254 255 256
nicht von den cooling-on/cooling-off-Bestimmungen erfasst. Die Bereiche und damit die jeweiligen Leiter sind nicht in dem hier zugrunde zulegenden engeren Sinne für „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ verantwortlich. Die Leitung von Abteilungen, die andere „netznahe Abteilungen“ allgemein unterstützen, führt nicht dazu, dass diese Leiter § 10c Abs. 6 EnWG zu beachten haben. Dass in diesen Abteilungen, wie bei dem Netzbetreiber insgesamt, durchaus auch diskriminierungsrelevantes Wissen vorhanden sein kann, kann aus den erörterten Gründen eine erweiterte Auslegung des § 10c Abs. 6 EnWG nicht rechtfertigen.	257
So genügt der Einfluss im Unternehmen auf finanzielle Mittel, auf Buchhaltung und Jahresabschluss sowie Personal nicht, um eine Steuerung des Netzbetriebs oder der Netzentwicklung i.S.d. § 10c Abs. 6 EnWG anzunehmen. Eine Verantwortlichkeit für die Bearbeitung von Rechtsfragen	258
reicht ebenfalls nicht aus, um die Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG beachten zu müssen. Auch soweit die Bundesnetzagentur mit Schriftsatz vom 11.07.2014 darauf hinweist, dass die Nichtbeachtung von Handlungsempfehlungen der Rechtsabteilung für die Geschäftsleitung mit besonderen Haftungsrisiken verbunden sein könne, die Unternehmensleitung daher faktisch die Vorgaben der Rechtsabteilung zu beachten habe, führt dies ebenfalls nicht zur Anwendbarkeit des § 10c Abs. 6 EnWG auf den jeweiligen Leiter der Rechtsabteilung. Die Rechtsabteilung ist nicht in dem hier erörterten engen Sinne für „Betrieb, Wartung oder	259

Entwicklung des Netzes“ verantwortlich. So kann und wird sich eine Geschäftsleitung durchaus auch über eine von der Rechtsabteilung geäußerte Auffassung hinwegsetzen, wenn dies auch – wie bei der Nichtbeachtung von Hinweisen anderer Fachabteilungen – zu erhöhten Haftungsrisiken führen kann. Daher sind hier die Leiter „Finanzen/Controlling“ und „Personal/Recht“ nicht von den Vorgaben erfasst.

Soweit der Leiter „Technisches Sicherheitsmanagement“ auch als „Ideenbeauftragter“ für die Organisation und Führung der Prozesse zum Ideenmanagement und Patentwesen zuständig ist, ist er hierbei nicht für „Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes“ verantwortlich. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass die Funktion lediglich die organisatorische Planung und Durchführung des Ideenmanagements beinhalte, inhaltliche Fragen von dem „Ideenbeauftragten“ nicht entschieden würden. 260

III. 261

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. 262

Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren setzt der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und nach übereinstimmenden Angaben der Beteiligten auf 50.000 Euro fest (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO). 263

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert. 264

Rechtsmittelbelehrung: 265

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 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 S. 2, 80 S. 2 EnWG). 266