N&R

Beilage 2/2012
S. 1-16
April 2012

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Franz Jürgen Säcker und Dr. Jochen Mohr*

Die Entflechtung der Transportnetzbetreiber durch das Modell des „Independent Transmission Operator“ (ITO)

Der Beitrag behandelt die Rechtsfragen, die sich bei der Entflechtung („Unbundling“) der Transportnetzbetreiber anhand des Modells eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers („Independent Transmission Operator“, ITO) als dritter Entflechtungsvariante neben der eigentumsrechtlichen Entflechtung („Ownership Unbundling“) und dem Modell des Unabhängigen Systembetreibers („Independent System Operator“, ISO) stellen. Aufgrund der ausfüllungsbedürftigen Gesetzesformulierungen bestehen zahlreiche Unklarheiten über die Reichweite der faktischen Unabhängigkeit des ITO gegenüber dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen i. S. d. EnWG. Die komplexen Vorgaben bezüglich der organisatorischen und personellen Unabhängigkeit des ITO stehen einer konzernmäßigen Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung i. S. d. § 18 Abs. 1 S. 1 AktG entgegen.

I. Einführung

Die §§ 8 ff. EnWG enthalten über die allgemeinen Entflechtungsvorschriften der §§ 6 ff. EnWG hinaus besondere Entflechtungsvorschriften für Transportnetzbetreiber, die der Durchführung des dritten Energierichtlinienpakets der EU dienen. Nach § 8 EnWG müssen Transportnetzbetreiber nicht nur gesellschaftsrechtlich, sondern auch eigentumsrechtlich von vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen getrennt werden. Eine Pflicht zur eigentumsrechtlichen Abtrennung besteht nur dann nicht, wenn ein Treuhandmodell nach dem Konzept des Unabhängigen Systembetreibers (ISO) oder eine Entflechtung nach dem Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers (ITO) verwirklicht wird. Das Gesetz gibt damit einen Numerus clausus zulässiger Entflechtungsmodelle vor, durch die eine eigentumsrechtliche Entflechtung vermieden werden kann. Mischformen sind unzulässig.[1]

Die gesetzlichen Entflechtungsregelungen beinhalten einen wesentlichen Baustein im Gefüge der sektorspezifischen Regulierung der Energiewirtschaft,[2] welche die antikompetitiven Effekte, die mit den Versorgungsleitungen für Strom und Gas als „monopolistische Engpässe“ („Bottlenecks“) verbunden sind, durch wettbewerbsanaloge Verhaltenspflichten und Strukturmaßnahmen auszugleichen versucht.[3] Die Einbindung in das „vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen“[4] birgt die Gefahr, dass sich die Netzgesellschaft nicht von einer möglichst effizienten Leistungsbereitstellung (§ 21 Abs. 2 S. 1 EnWG) leiten lässt,[5] sondern dem Konzerninteresse folgen muss. Auch bei wirksamer Entflechtung bleibt das Netz allerdings ein natürliches Monopol, ohne das Strom- und Gasanbieter ihre Kunden nicht erreichen können. Es ist daher weiterhin eine Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung notwendig, um die Energiemärkte kompetitiv zu öffnen.[6] Die Entflechtungsregelungen haben somit eine wichtige, von der Europäischen Kommission allerdings überschätzte Hilfsfunktion zur Schaffung bzw. Förderung wirksamen Wettbewerbs.[7]

Der Unionsgesetzgeber reagiert mit dem dritten Energiepaket, das durch die §§ 8 ff. EnWG umgesetzt wird, auf von ihm analysierte Durchsetzungsdefizite aus den ersten zwei Jahren des früheren Entflechtungsregimes, wie sie in einer von der Europäischen Kommission durchgeführten Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren („Sector Inquiry“) aus

---

* Der Aufsatz beruht auf einer intensiven wissenschaftlichen Diskussion der Autoren; ihm liegt kein Gutachten zugrunde.

1 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 144; *Busch,* N&R 2011, 226, 227. Allerdings hat der Unionsgesetzgeber mit Blick auf die Sonderkonstellation in Schottland gemäß Art. 9 Abs. 9 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG „gleichwertige Alternativen“ zugelassen, sofern diese „eine eindeutig wirksamere Unabhängigkeit“ als das ITO-Modell gewährleisten; dazu *Ehlers,* Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain and the Netherlands and the Law of the European Union: A Comparison, 2010, S. 267 ff.

2 *Kühling,* Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 337 ff.; *Rasbach,* Unbundling-Regulierung in der Energiewirtschaft, Diss. Bonn, 2009, S. 36.

3 *Knieps,* Netzökonomie, 2007, S. 155; *Brunekreeft/Meyer,* in: Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, 2009, S. 171, 172.

4 Der unionsrechtlich vorgegebene Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist – wie noch unten, unter II. 1., zu zeigen ist – weiter als der Konzernbegriff des deutschen Rechts; vgl. auch *Kühling/Pisal,* et 1+2/2012, 127, 129 f.: „vertikale Integration light“.

5 Dazu *Säcker/Böcker,* in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland, 2008, S. 69, 82 ff.

6 *Haucap,* Intereconomics 2007, 301, 303; *Schönborn,* in: Säcker/Busse v. Colbe, Wettbewerbsfördernde Anreizregulierung, 2007, S. 37, 44.

7 Für eine Komplementarität der Regulierungsinstrumente demgegenüber *Koenig/Rasbach,* DÖV 2004, 733. Siehe aber auch *Rasbach* (Fn. 2), S. 41.

dem Jahre 2006 zutage traten.[8] In dieser Untersuchung kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass sich die geschäftlichen Tätigkeiten der Netzgesellschaften trotz operationeller und personeller Trennung weiterhin an den Interessen des Gesamtkonzerns ausrichteten und die Betreiber den Anschluss neuer Wettbewerber auf den Energiemärkten zögerlich behandelten. So sei die normative Ausgliederung der Netze („Legal Unbundling") in Deutschland ganz überwiegend auf 100 %ige Tochtergesellschaften der Energieversorgungsunternehmen in der Rechtsform der GmbH erfolgt.[9] Aus den vormaligen Einheitsgesellschaften wurden somit Konzerne mit unveränderter Zielsetzung, die sich am Konzerninteresse orientierten. Die Obergesellschaften bestimmten als Gesellschafter die Besetzung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft und damit mittelbar die Zusammensetzung des Leitungsorgans.[10] In der GmbH ist die Abhängigkeit der Geschäftsführer vom Gesellschafter sogar noch stärker ausgeprägt. So haben hier die Gesellschafter ein direktes Weisungsrecht an die Geschäftsführer (§ 37 GmbHG).[11] Zur rechtlichen Vertiefung der Herrschaftsmacht des Gesellschafters sowie zur Begründung einer steuerlichen Organschaft nach altem Recht wurden nicht selten Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge i. S. v. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG abgeschlossen, wodurch ein Vertragskonzern begründet wurde.[12] In diesem geht die Leitung der abhängigen Gesellschaft nach § 308 AktG auf das herrschende Unternehmen über.[13] Dieses hat dann nach § 308 Abs. 2 AktG das Recht, dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens Weisungen hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft zu erteilen. Darüber hinaus wurden viele Netzgesellschaften von den vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen im Rahmen einer sog. „schlanken Entflechtung" nur unzureichend mit finanziellen, technischen, materiellen und personellen Managementkapazitäten ausgestattet.[14] Diese sollten zur Erfüllung ihrer Aufgaben vielmehr in großem Umfang auf konzerninterne Gesellschaften für gemeinsame Dienstleistungen („Shared Services") zurückgreifen, die ihre Leistungen dann nicht zu marktüblichen Konditionen, sondern zu teureren, mit Konzernumlagen belasteten Preisen anboten.[15]

Da das „neue ‚Unbundling'-Regime" die durch eine vertikale Integration der Energieversorgungsunternehmen begründeten Interessenkonflikte zwischen Produzenten, Versorgern und Transportnetzbetreibern auch faktisch wirksam unterbinden soll,[16] muss dieses Ziel die Interpretation der §§ 8 ff. EnWG leiten.[17] Die unionsrechtlichen Vorgaben kleiden ihre Zielvorstellungen jedoch in unbestimmte ausfüllungsbedürftige Gesetzesbegriffe, weshalb im Einzelnen zahlreiche Unklarheiten bestehen, die im Folgenden näher behandelt werden sollen.[18] Eine effektive Entflechtung als Hilfsinstrument einer wettbewerblichen Öffnung der Versorgungsnetze[19] wird außerdem überlagert von dem Ziel der Implementierung „intelligenter Netze" (Smart Grids), das zur stärkeren Kooperation der Versorgungsunternehmen mit den Netzbetreibern zwingt, um die Nachfrage nach Strom besser steuern, ggf. auch drastisch verringern zu können (siehe § 14a EnWG).[20] Die Nachfragesteuerung erfolgt hier maßgeblich durch den Einsatz von informationstechnischen (IT-) Systemen, wodurch es zwangsläufig zu einem verstärkten Informationsfluss zwischen dem Netzbetreiber und den Bereichen der Erzeugung/Gewinnung und Vertrieb kommt.[21] Insbesondere Abschaltvereinbarungen (§ 14a EnWG) sind nicht ohne vertraglich fixierte Zusammenarbeit zwischen Netzbetreibern und energieversorgenden Unternehmen denkbar. Diese Schwierigkeiten treten in der Praxis insbesondere bei Verteilernetzen auf.[22]

Die betroffenen Netzbetreiber werden in Deutschland nicht vom ISO-Modell, sondern von dem Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers (ITO) Gebrauch machen.[23] Aus diesem Grunde beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf eine Darstellung der wesentlichen Grundsätze des ITO.

II. Das ITO-Modell als gleichwertige Alternative zur eigentumsrechtlichen Entflechtung

Der in den §§ 10 ff. EnWG normierte ITO bildet neben der eigentumsrechtlichen Entflechtung und dem wegen der praktisch vollständigen Beseitigung der Verfügungsbefugnis des Eigentümers unattraktiven ISO-Modell des § 9 EnWG (sog. „deep ISO") die dritte Option einer Entflechtung von Transportnetzbetreibern. Das ITO-Modell zielt anders als die eigentumsrechtliche Entflechtung und das ISO-Modell nicht auf eine radikale Umgestaltung des bisherigen Entflechtungsregimes, sondern auf eine Weiterentwicklung der bereits rechtlich und organisatorisch entflochtenen Netzbetreiber ab, um die tatsächliche Unabhängigkeit des Netzbetriebs insbesondere im Interesse eines diskriminierungsfreien Informationsflusses sowie eines bedarfsgerechten Netzausbaus zu gewährleisten.[24] Nach dem ITO-Modell können vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen bzw. ihre Anteilseigner anders als bei der eigentumsrechtlichen Entflechtung weiterhin (alle) Geschäftsanteile am Unternehmen des rechtlich entflochtenen ITO-Übertragungsnetzbetreibers halten.[25] Es beruht im Gegensatz zum ISO-Modell auch auf keinem strikten Treuhandmodell, das die Leitung vollständig in die Hände eines fremden Managements legt.[26] Vielmehr kann das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen über die Bestellung der Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats mittelbar Einfluss nehmen.[27] Ob dies noch zur Begründung eines Konzernverhältnisses ausreicht, soll anschließend unter 1. untersucht werden.

Das neue Entflechtungsregime wird gemäß §§ 4a ff. EnWG flankiert durch ein Zertifizierungssystem für Netzbetreiber. Nach deutschem Recht stellt der Betrieb eines Transportnetzes ohne Zertifizierung nach § 95a Abs. 1 Nr. 1a EnWG eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld von bis zu einer Million Euro belegt werden kann. Die Zertifizierung eines ITO durch die Bundesnetzagentur setzt voraus, dass die Vorgaben der §§ 10 bis 10e EnWG erfüllt sind.[28]

---

8 Kommission, Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlussbericht), KOM (2006) 851 endg., Rn. 14 ff., 159 ff.
9 *Bourwieg/Miller,* RdE 2008, 230, 231; *Pießkalla,* EuZW 2008, 199.
10 *Wilhelm,* Kapitalgesellschaftsrecht, 3. A., 2009, Rn. 1269; *Emmerich,* in: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 9. A., 2008, § 3 Rn. 18.
11 § 37 Abs. 1, §§ 45, 46 Nr. 5 u. 6 GmbHG.
12 Um einen eklatanten Gesetzesbruch zu vermeiden, wurden die Beherrschungsverträge lediglich bezüglich netzbezogener Weisungen eingeschränkt; dazu *Säcker,* Der Independent System Operator, 2007, S. 79.
13 *Emmerich* (Fn. 10), § 23 Rn. 1; *Wilhelm* (Fn. 10), Rn. 1295 ff. m. w. N.
14 *Säcker* (Fn. 12), S. 79; et 11/2007, 86, 87.
15 *Schönborn* (Fn. 6), S. 41.
16 Kommission, Commission Staff Working Paper: Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common Rules for the Internal Market in Natural Gas, The Unbundling Regime, 2010, S. 4.
17 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 5.
18 Vgl. zur normzweckorientierten Auslegung *Säcker/Böcker* (Fn. 5), S. 69 ff.
19 *Säcker* (Fn. 12), S. 53; siehe auch *Müller-Terpitz/Weigl,* EuR 2009, 348, 349.
20 Vgl. auch *Kühling/Hermeier,* ZNER 2006, 27, am Beispiel des grenzüberschreitenden Stromhandels: „möglicherweise problematische Verbindung der Transport- mit der Vertriebsebene".
21 *Angenendt/Boesche/Franz,* RdE 2011, 117, 118 ff.
22 Bundesnetzagentur, „Smart Grid" und „Smart Market" – Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur zu den Aspekten des sich verändernden Energieversorgungssystems, 2011, S. 16 (unter 4.1).
23 Bundesnetzagentur, Monitoringbericht 2011, S. 224; Hinweispapier zur Antragstellung im Zertifizierungsverfahren (Az. BK6-11-157, BK7-11-157), 2011, S. 48. Ebenso *Schmidt-Preuß,* in: Ehricke, Die neuen Herausforderungen im Lichte des Energierechts, 2009, S. 91, 94; *Schellberg/Böhme,* et 12/2011, 93, 94.
24 Vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 u. § 10b Abs. 1 EnWG; Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 147.
25 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 14.
26 *Säcker* (Fn. 12), S. 44 f.; *Möschel,* in: Ehricke (Fn. 23), S. 19, 24.
27 § 10d Abs. 2 S. 2 EnWG.
28 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 22.

1. Konzernverhältnis zwischen Netzgesellschaft und (Mehrheits-) Anteilseigner

a) Begründung einer vertikalen Integration durch Kontrolle

Ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen ist ein in der EU im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätiges Unternehmen oder eine Gruppe von Elektrizitäts- oder Gasunternehmen, die i. S. v. Art. 3 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung (EG) Nr. 139/2004 miteinander verbunden sind. Eine Kontrolle wird nach Art. 3 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung (EG) Nr. 139/2004 begründet durch Rechte, Verträge oder andere Mittel, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben.[29] Ein Zusammenschluss kann danach auf rechtlicher und faktischer Grundlage basieren.[30] Da die tatsächliche „Möglichkeit" einer bestimmenden Einflussnahme ausreicht, muss nicht nachgewiesen werden, dass der Einfluss bereits ausgeübt wurde oder in Zukunft noch ausgeübt wird.[31] Ein Unternehmen hat einen bestimmenden Einfluss („control") auf ein anderes Unternehmen, wenn es die Geschäftsstrategie des anderen Unternehmens vorschreiben und seine Interessen dergestalt durchsetzen kann, dass die Willensbildung des kontrollierten Unternehmens nicht mehr autonom, sondern nach Maßgabe der Interessen der Obergesellschaft („Konzerninteresse") erfolgt.[32] § 18 Abs. 1 S. 1 AktG spricht demgemäß davon, dass die abhängige Gesellschaft mit anderen Gesellschaften unter der Leitung der Obergesellschaft zusammengefasst sein muss. Eine Kontrolle kann auch durch Vetorechte im Hinblick auf wichtige strategische Entscheidungen des Unternehmens wie Geschäftspläne, Finanzpläne, größere Investitionen oder die Besetzung der Unternehmensleitung bewirkt werden (siehe § 10d Abs. 2 S. 1 und 2 EnWG);[33] denn durch Vetorechte können Entscheidungen im Einzelfall verhindert werden, was im Ergebnis einen vergleichbaren Einfluss wie eine aktive Kontrolle bedeutet.[34]

b) Einschränkungen der Kontrolle beim ITO

Der praktisch wichtigste Fall der Kontrolle ist der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung mit entsprechenden Stimmrechten, sofern hierdurch materiell ein bestimmender Einfluss ausgeübt werden kann.[35] Reine Minderheitsbeteiligungen erfüllen den Kontrollbegriff daher nicht.[36] Demgemäß sieht die Bundesnetzagentur grundsätzlich erst eine Beteiligung von 50 % als konzernbegründend an.[37] Das setzt aber voraus, dass der Gesellschafter in der Lage ist, seine Mehrheit in seinem Sinne einzusetzen, und nicht durch rechtliche oder faktische Gegebenheiten gehindert ist, von seiner Mehrheit Gebrauch zu machen. Für den ITO gelten insoweit folgende rechtliche Beschränkungen, die der Durchsetzung seines Eigentümerinteresses Grenzen setzen.

aa) Bestellung unabhängiger Mitglieder des ITO-Leitungsorgans

Die Mitglieder der Unternehmensleitung sind rechtlich und tatsächlich unabhängig und können keine Funktionen in der Muttergesellschaft ausüben, solange diese an der Zusammensetzung des Leitungsorgans maßgeblich mitwirkt (siehe noch unten, unter IV.).[38] Die Entscheidungen eines Unternehmensorgans sind ausschließlich im Interesse des ITO und seiner Aufgaben zu treffen. Die Aufgaben und Pflichten des Leitungsorgans sind gesetzlich detailliert geregelt. Ihre Erfüllung wird durch die Bundesnetzagentur überwacht. Die Anteilseigner können höchstens die Hälfte der Mitglieder sowie ein weiteres Mitglied des Aufsichtsrats wählen, der für die Bestellung der Mitglieder des Leitungsorgans zuständig ist. Die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats sind unabhängig von der Interessenlage der Anteilseigner und rechtlich und faktisch ausschließlich daran interessiert, die Aufgaben der Netzgesellschaft zu erfüllen; das Konzerninteresse ist ihnen fremd. Sie können zur Sicherung der Wahl unabhängiger und fachlich geeigneter Mitglieder des Leitungsorgans jederzeit die Bundesnetzagentur einschalten. Die Bundesnetzagentur hat die Bestellung geeigneter Mitglieder des Leitungsorgans zu überprüfen und kann ein Veto einlegen. Allein diese Möglichkeit gebietet im Vorfeld der Bestellung, um spätere Konflikte zu vermeiden, sich mit der Bundesnetzagentur über die Person der Organmitglieder zu verständigen. Angesichts dieser Situation können es sich die Gesellschafter nicht leisten, Personen gegen den Willen der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen, weil dies die Bundesnetzagentur bei der Prüfung der Eignung zwingen würde, den Bestellungsvorgang kritisch zu prüfen. Ein Veto läge dann in der Luft. Es wird daher in der Praxis keine Bestellung gegen das Veto der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder geben.

bb) Autonome Finanzierung des ITO

Das Leitungsorgan ist auch bei der Entscheidung über die Finanzierung der notwendigen Netzinvestitionen nicht an die Zustimmung der Anteilseignerseite gebunden. Der ITO-Vorstand ist gesetzlich ausdrücklich ermächtigt, eigenverantwortlich das erforderliche Kapital zu beschaffen, das zur Finanzierung dieser Investitionen erforderlich ist (siehe noch unten, unter III. 4.). Er kann selbst Fremdkapital aufnehmen und die Gesellschafter entsprechend ihrer rechtlichen Verpflichtung, an der Erfüllung der Aufgaben der Netzgesellschaft mitzuwirken (§ 10 Abs. 2 S. 1, § 10b EnWG), notfalls im Klagewege zwingen, das Eigenkapital als Voraussetzung für die weitere Aufnahme von Fremdkapital zu erhöhen. Die Verletzung der gesetzlichen Verpflichtung würde, bezogen auf das ITO-Interesse, zugleich eine Verletzung der gesellschaftsbezogenen Treuepflicht sein, weil dadurch das Unternehmen gehindert würde, seine Aufgaben zu erfüllen. Bei Nichterfüllung seiner Pflichten würde es Sanktionen ausgesetzt, welche die Bundesnetzagentur in diesem Falle ergreifen müsste. Auch eine Verzögerung des Netzausbaus durch Verweigerung der Zustimmung zur Kapitalaufnahme ist angesichts der Dringlichkeit der Aufgabe, „Onshore"- und „Offshore"-Windstrom nach Süddeutschland zu transportieren, um einen netzweiten Stromausfall („Blackout") zu vermeiden, eine Verletzung der mitgliedschaftlichen Treue- und Mitwirkungspflichten.

cc) Informationelle Trennung

Die gesetzlich strikte Trennung aller beim ITO vorliegenden Kundendaten von den Informationssystemen des Anteilseigners verhindert dessen Zugriff auf die Entscheidungsgrundlagen der ITO-Geschäftsführung. Er kann den ITO somit auch nicht indirekt steuern, da ihm alle Kenntnisse dazu fehlen (siehe noch unten, unter III. 5. d)).

dd) Weisungsunabhängigkeit des ITO-Managements

Die Anteilseigner verfügen angesichts der strikten personellen Verflechtungsverbote über kein fachlich versiertes Management, das die komplexen elektrotechnischen Aufgaben des ITO (Schaf-

29 *Mestmäcker/Schweitzer,* Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2004, Art. 3 Rn. 10.
30 So Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU 2009 C 43, 10, Rn. 16.
31 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 20; aus dem Schrifttum beispielhaft *v. Landenberg-Roberg,* WuW 2010, 877, 879.
32 *Hahn,* in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. A., 2010, Art. 3 FKVO Rn. 5; *Immenga/Körber,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. A., 2007, Art. 3 FKVO Rn. 33.
33 Sog. negative Kontrolle, vgl. Kommission, Konsolidierte Mitteilung (Fn. 30), Rn. 56 u. 67 ff.; *Hahn* (Fn. 32), Art. 3 FKVO Rn. 9.
34 Kommission, Konsolidierte Mitteilung (Fn. 30), Rn. 54, 56.
35 Kommission, Konsolidierte Mitteilung (Fn. 30), Rn. 56; *Wessely/Wegner,* in: Münchener Kommentar zum EU-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 2007, Art. 3 FKVO Rn. 43.
36 *Hahn* (Fn. 32), Art. 3 FKVO Rn. 9; anders § 8 Abs. 2 S. 6 Nr. 3 EnWG.
37 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 19.
38 Kommission, Konsolidierte Mitteilung (Fn. 30), Rn. 22; siehe auch EuG, Slg. 2006, II-319, 357 Rn. 70 ff. (Urt. v. 23.2.2006 – Rs. T-282/02) – *Cementbouw Handel & Industrie/Kommission.*

fung und Optimierung intelligenter Supernetze [„Supergrids"], Erdverkabelungsprobleme usw.) verstehen kann und fachliche Weisungen erteilen könnte (siehe noch unten, unter IV. 1.).

ee) Marktübliches Wettbewerbsverhalten des ITO

Durch die strikte Trennung des ITO-Personals vom Personal der Eignergesellschaften und die dadurch bewirkte Aufgabentrennung sind alle Voraussetzungen für ein ausschließlich an marktüblichen Preisen orientiertes Wettbewerbsverhalten des ITO-Managements gegeben. Eine Rücksichtnahme auf Gesellschafterinteressen ist damit systematisch ausgeschaltet (siehe noch unten, unter IV. 1.).

ff) Sicherung der beruflichen Handlungsunabhängigkeit durch Diskriminierungsverbote

Durch klare Diskriminierungsverbote ist die faktische Handlungsunabhängigkeit des ITO-Managements sichergestellt. Das Management des ITO braucht (anders als in allen anderen Konzernstrukturen) nicht zu fürchten, dass es wegen konzernunabhängiger Ausübung seines Amtes vom Gesellschafter (indirekt über den Aufsichtsrat) diszipliniert wird – sei es durch Nichtwiederbestellung oder durch Verweigerung marktüblicher Gehaltserhöhungen oder Bonuszahlungen (siehe noch unten, unter V. 2. und 7.).

gg) Unzulässigkeit von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen

Der Abschluss von Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsverträgen zwischen dem ITO und dem (Mehrheits-) Gesellschafter ist auch bei einer formalen Herausnahme des Netzbereichs vom Weisungsrecht als Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des ITO-Managements unzulässig (siehe noch unten, unter IV. 3.).

hh) Sektorspezifisch-funktionale Interpretation des Begriffs „vertikale Integration"

Sieht man diese Punkte in ihrer Gesamtheit, so lässt sich – anders als bei einem Mehrheitserwerb in anderen Sektoren – beim besten Willen nicht mehr sagen, dass ein Konzernverbund im Sinne einer Zusammenfassung des ITO unter der einheitlichen Leitung der Obergesellschaft i. S. v. § 18 Abs. 1 AktG besteht. Die Vorschriften über den ITO setzen nicht die Existenz von aktueller Konzernleitungsmacht i. S. v. § 18 AktG voraus. Wenn der Gesetzgeber steuerrechtlich gleichwohl eine Konsolidierung des ITO will, so muss er dies in einer Spezialvorschrift anordnen.[39] Mit Blick auf die Entflechtung der Transportnetzbetreiber ist der unionsrechtlich vorgegebene Begriff der „vertikalen Integration" i. S. d. § 3 Nr. 38 EnWG somit weiter als der Konzernbegriff des deutschen Rechts.[40]

c) Finanzinvestoren und institutionelle Anleger als vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen

Von den Vorgaben der eigentumsrechtlichen Entflechtung werden auch institutionelle Anleger und Finanzinvestoren erfasst.[41] Ein Investmentfonds wird nach seiner Grundstruktur als (Kommandit-) Gesellschaft errichtet, deren Geschäftsanteile von „Investoren" (als Kommanditisten) gehalten werden, während Geschäftsführung und Vertretung des Fonds häufig einem „General Partner" unterliegen. Letzterer lässt sich zumeist von einem „Investmentmanager" in Form einer Gesellschaft unterstützen, die wiederum Tochtergesellschaft einer Geschäftsbank ist.[42] Die Kommanditisten üben regelmäßig weder einzeln noch allein die Kontrolle über die Gesellschaft aus. Die Kontrolle liegt vielmehr in den Händen der Investmentgesellschaft, sei es mittelbar über die Kontrolle des Komplementärs bei einer KG und/oder durch Beraterverträge. Das gilt besonders dann, wenn der Fonds gar nicht über die zur Führung der Portfoliounternehmen erforderlichen Ressourcen verfügt, sondern nur die gesellschaftliche Struktur darstellt, deren Handlungen von mit der Investmentgesellschaft verbundenen Personen ausgeübt werden.[43] Aus diesem Grunde ist eine Investmentgesellschaft z. B. dann als vertikal verbundenes Unternehmen i. S. d. Entflechtungsvorschriften anzusehen, wenn sie mehrere Fonds vertritt, die sowohl in den Wettbewerbsbereichen tätig sind als auch Transportnetze betreiben.[44]

d) Energieträgerübergreifende vertikale Integration

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht sind auch unter Geltung der §§ 8 ff. EnWG sog. Querverbundunternehmen zulässig, da der Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens keine energieträgerübergreifende vertikale Integration umfasse.[45] Diese Sichtweise findet im Gesetz aber keine Stütze. So gilt die eigentumsrechtliche Entflechtung nach Art. 9 Abs. 3 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG ausdrücklich auch „über Kreuz".[46] Es wäre teleologisch nicht begründbar, wenn für die „stärkere" Entflechtungsvariante der eigentumsrechtlichen Entflechtung auch eine energieträgerübergreifende vertikale Integration unzulässig ist, wohingegen sie im Rahmen der „schwächeren" ISO- und ITO-Modelle weiterhin möglich wäre. Dieser Gleichklang des Anwendungsbereichs ergibt sich auch aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von „Ownership Unbundling" zum ISO- und ITO-Modell. Denn das ISO- und das ITO-Modell können nach Art. 9 Abs. 8 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG nur dann gewählt werden, wenn eine energieträgerübergreifende vertikale Integration vom Begriff der „vertikalen Integration" erfasst ist.[47] Ansonsten wäre hier immer zwingend eine eigentumsrechtliche Entflechtung durchzuführen. Erachtet man jedoch auch für die energieträgerübergreifende vertikale Integration eine „Abwahl" der eigentumsrechtlichen Entflechtung für zulässig, kann das nicht bedeuten, dass dann keinerlei Vorgaben mehr für die energieträgerübergreifende Entflechtung greifen. Vielmehr sind hierfür dann das ISO- oder das ITO-Modell anzuwenden.[48]

2. Zulässige Rechtsformen

§ 10 Abs. 2 S. 2 EnWG regelt, in welchen Rechtsformen ein ITO organisiert werden darf. Ausdrücklich zulässig sind die AG,[49] die KGaA[50] und die GmbH, allesamt Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung.[51] Zulässig ist darüber hinaus die Gründung einer Societas Europaea (SE), die nach Art. 38 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 eine dualistische Struktur der Auf-

39 Nach § 10a Abs. 7 S. 2 EnWG kann der „Abschlussprüfer des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens … Einsicht in Teile der Bücher des Unabhängigen Transportnetzbetreibers nehmen, soweit dies zur Erteilung des Konzernbestätigungsvermerks im Rahmen der Vollkonsolidierung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens erforderlich ist"; vgl. noch unten, unter III. 5. e).

40 Ebenso *Kühling/Pisal,* et 1+2/2012, 127, 129 f., die zur Kennzeichnung die Formulierung „vertikale Integration light" verwenden.

41 So Bundesnetzagentur, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, Ausschuss-Drs. 17(9)506, 7.

42 Siehe *Heitling/Wiegemann,* N&R 2011, 233, 235.

43 Kommission, Konsolidierte Mitteilung (Fn. 30), Rn. 15; *Riesenkampff/Lehr,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. A., 2009, Art. 3 FKVO Rn. 20.

44 *Heitling/Wiegemann,* N&R 2011, 233, 235 f.

45 *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 13 ff.

46 So auch Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 17.

47 So überzeugend *Kühling/Pisal,* RdE 2010, 161, 164.

48 A. A. *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 13 ff.

49 Der ursprüngliche Richtlinienvorschlag der Kommission sprach missverständlich von „limited liability company", vgl. *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 85, der deshalb die AG von den zulässigen Rechtsformen ausschließen wollte; siehe nunmehr auch Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 16: „limited liability company as referred to in Article 1 of Council Directive 68/151/EEC".

50 Dazu *Roth,* Unbundlingkonforme Netzorganisation, Diss. Köln 2005, S. 125.

51 *Säcker,* Das Dritte Energiepaket für den Elektrizitätsbereich, 2009, S. 5.

sichts- und Vertretungsorgane haben kann,[52] in der die Aufgaben des Aufsichtsorgans gemäß Art. 40 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 mit denjenigen des AG-Aufsichtsrats vergleichbar sind.[53] Der Numerus clausus zulässiger Rechtsformen gründet beim ITO auf dem Umstand, dass bei Kapitalgesellschaften das Verbandsinteresse gegenüber dem Interesse der Gesellschafter verselbständigt ist, wodurch die autonomen Entscheidungsbefugnisse des Netzbetreibers gesichert und das Diskriminierungspotential gesenkt werden.[54] Das gilt insbesondere für die AG, wo der Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG die AG unter eigener Verantwortung leitet, also zuständig ist für die Unternehmensplanung, -koordinierung und -kontrolle sowie die Besetzung der nachgeordneten Führungspositionen. Hierbei ist er grundsätzlich keinen konkreten Weisungen des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung unterworfen (§§ 76, 311 AktG).[55]

Struktur und Satzung des ITO müssen sicherstellen, dass dem ITO wirksame autonome Entscheidungsbefugnisse zukommen. Weisungsbefugnisse zugunsten des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind unzulässig.[56] Das erfordert bei der GmbH eine Anpassung der Satzung, um die Unabhängigkeit der Geschäftsführung des ITO gegenüber Weisungen der Gesellschafter zu sichern.[57] Das aus § 37 Abs. 1 GmbH folgende Weisungsrecht wird in der GmbH insoweit in einer der Struktur der AG vergleichbaren Weise verdrängt.[58] Darüber hinaus müssen die Rechte von Minderheitsgesellschaftern ausgeschlossen werden, um einen effektiven Schutz von netzbezogenen Geschäftsgeheimnissen gegenüber der Muttergesellschaft zu gewährleisten.[59] Hierdurch wird die GmbH an die AG angeglichen, unter Aufgabe des dispositiv-rechtlichen Prinzips, dass die Gesellschafterversammlung das höchste Organ der GmbH ist.[60] Aus diesem Grunde ist die AG besser als die GmbH (und auch die KGaA) geeignet, die gesellschaftsrechtliche Grundlage für das ITO-Modell zu bilden.[61]

3. Stichtag

Nach § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG ist die Einrichtung eines ITO nur dann möglich, wenn das Transportnetz zum Stichtag am 3. September 2009 im Eigentum eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens stand. Nach Ansicht der Bundesregierung und der Bundesnetzagentur handelt es sich um einen netzbezogenen Stichtag.[62] Demgegenüber interpretiert die Europäische Kommission den Stichtag als unternehmensbezogen.[63] Im erstgenannten Fall folgt der Stichtag dem Netz gleichsam mit, weshalb es den Energieversorgungsunternehmen grundsätzlich freisteht, sich „auch später noch als UTB [= ITO] zu organisieren oder Netzteile auszugründen, die durch Unternehmen in Form des UTB betrieben werden, wenn diese zwischenzeitlich als ETB[64] agieren. Dies kann zur Entstehung neuer vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen führen."[65] Als privilegierte Fallgestaltungen kommen nach der Bundesnetzagentur nicht nur Bestandsnetze und Erweiterungen von Bestandsnetzen in Betracht (gleich ob diese Erweiterungen mit den Netzen physisch verbunden sind oder nicht oder in einem neuen Unternehmen innerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen erfolgen), sondern auch Erweiterungen des Bestandsnetzes, wenn die Erweiterung in einem neuen Unternehmen erfolgt, das nicht mehr Teil des alten, sondern eines neuen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist.[66] Demgegenüber soll der Stichtag nach Ansicht der Kommission lediglich einen Bestandsschutz für diejenigen Unternehmen gewähren, die am 3. September 2009 Eigentümer eines Transportnetzes waren, weshalb ein Energieversorgungsunternehmen, das nach diesem Zeitpunkt ein Netz oder Teile hiervon erwerben will, zwingend eine eigentumsrechtliche Entflechtung durchführen muss.[67] Für diese Sichtweise spricht insbesondere die Genese des ITO-Modells als Ausnahmetatbestand zur eigentumsrechtlichen Entflechtung.

III. Interne Organisation des ITO

Dem ITO werden durch § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG alle Aufgaben mit Bezug zum Transportnetzbetrieb, insbesondere zur Pflege und zum bedarfsgerechten Ausbau des Transportnetzes, zur alleinigen Verantwortung übertragen. Er ist nach § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG auch zuständig für die Entwicklung von regionalen Strom- oder Gasmärkten, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten und den Prozess der Liberalisierung der Energiemärkte zu erleichtern. Die Beteiligung an „Energiebörsen" mit anderen Transportnetzbetreibern kann in Zusammenhang mit der Vergabe der Kapazitäten an Grenzkuppelstellen nach dem Prinzip der Marktkopplung („Market Coupling") relevant werden.[68] § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG erfasst auch die Erbringung von gemeinsamen Dienstleistungen („Shared Services") durch Gemeinschaftsunternehmen mehrerer ITOs.[69] Hierunter fällt insbesondere die Kooperation von Transportnetzbetreibern zur Erbringung von Bilanzierungsdienstleistungen durch Marktgebietsverantwortliche. Der ITO darf aber auch hier keine Dienstleistungen vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Tochterunternehmen einkaufen.[70]

1. Ausstattung mit Vermögenswerten

Um die tatsächliche Unabhängigkeit der Transportnetzgesellschaft im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zu gewährleisten, enthalten § 10a Abs. 1 EnWG und § 10b Abs. 4 EnWG den Grundsatz, dass der ITO über alle notwendigen technischen, materiellen, finanziellen und personellen Ressourcen verfügen muss, die für den Transportnetzbetrieb erforderlich sind.

2. Eigentum an den technischen und materiellen Ressourcen

Der ITO muss nach § 10a Abs. 1 S. 1 EnWG über die technischen und materiellen Mittel verfügen, die zur Erfüllung seiner Pflichten für den Transportnetzbetrieb erforderlich sind. Zudem muss er gemäß § 10a Abs. 1 S. 2 EnWG zivilrechtliches Eigentum an allen für den Transportnetzbetrieb erforderlichen Vermögens-

52 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 26.
53 *Reichert/Brandes,* in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. A., 2006, Art. 40 VO (EG) 2157/2001 Rn. 1 ff., insbesondere Rn. 11 ff.
54 *Helmreich,* wbl 2011, 345, 349.
55 *Säcker,* RdE 2005, 85, 86; *Britsch/Rausch,* in: PricewaterhouseCoopers, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 2. A., 2008, S. 44; *Gärditz/Rubel,* N&R 2010, 194, 196; siehe auch *Säcker,* et 11/2009, 80, 81, wonach der Gesetzgeber nur die AG als zulässige Rechtsform anerkennen solle.
56 § 10b Abs. 2 EnWG.
57 So schon bislang *Säcker,* DB 2004, 691, 693; RdE 2005, 85, 89, mit Formulierungsvorschlag; als ratsam erachteten eine Einschränkung des Weisungsrechts *Ehricke,* IR 2004, 170, 171; *Roth* (Fn. 50), S. 107 f.
58 *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 85; *Helmreich,* wbl 2011, 345, 349.
59 *Säcker* (Fn. 51), S. 6; *Stamati,* Die Anforderungen der operationellen Entflechtung nach den Beschleunigungsrichtlinien der Europäischen Kommission, Diss. Berlin, 2008, S. 143 ff.
60 *Römermann,* in: Michalski, GmbHG, 2. A., 2010, § 45 Rn. 1 ff.; *Schindler,* in: Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG, Stand: 1.7.2010, § 45 Rn. 1; a. A. *Zöllner,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. A., 2010, § 45 Rn. 7.
61 *Säcker* (Fn. 51), S. 6; *Ehlers* (Fn. 1), S. 196.
62 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 147; Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 22.
63 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 5.
64 „Eigentumsrechtlich entflochtene Transportnetzbetreiber" oder kurz „ETB", vgl. Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 1.
65 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 23.
66 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 22 f.
67 *Pießkalla,* EuZW 2008, 199, 200.
68 Vgl. dazu *Kühling/Hermeier,* ZNER 2006, 26.
69 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 29.
70 Vgl. § 10a Abs. 3 S. 1 EnWG; Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 29 f.

werten haben, insbesondere am Transportnetz.[71] Für „die Erfüllung dieses Eigentumserfordernisses" ist es ausreichend, wenn der ITO, vermittelt durch Beteiligungen, Eigentümer des Transportnetzes ist.[72] Hierdurch wird dem Konstrukt der Leitungsgesellschaften (Projektgesellschaften) zur Finanzierung von großen Leitungsbauprojekten Rechnung getragen.[73] In diesem Fall muss allerdings jeder der beteiligten ITOs die Entflechtungsanforderungen erfüllen, um eine unzulässige Vermengung zwischen Netzbetriebsinteressen und sonstigen Interessen zu vermeiden.[74]

Nähme man § 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. S. 2 EnWG wörtlich, müssten alle für die Geschäftstätigkeit erforderlichen Gegenstände im Eigentum des Netzbetreibers stehen, d. h. auch solche, die nicht spezifisch netzwirtschaftlich sind, sondern in jedem Unternehmen benötigt werden, wie z. B. die Büromöbel, Telefonanlagen oder der Kraftfahrzeugfuhrpark, soweit es sich nicht um Spezialfahrzeuge handelt.[75] Nach der zutreffenden Ansicht der Bundesnetzagentur ist jedoch nicht feststellbar, dass damit tatsächlich ein Mehr im Vergleich zum eigentumsrechtlich entflochtenen Transportnetzbetreiber geregelt werden solle. Auch ist derzeit praktisch nicht erkennbar, welche zusätzlichen Vermögenswerte gemeint sind.[76] Aus diesem Grunde soll sich das Eigentum „vor allem" auf das Transportnetz erstrecken, wozu alle Betriebsmittel gezählt werden, die „direkt für den Betrieb des Transportnetzes erforderlich sind".[77] Als allgemeine Voraussetzungen hierfür gelten:[78] Der ITO hat einen so starken Einfluss auf das überlassene Objekt, dass dieser mit einer Eigentümerstellung vergleichbar ist; die Überlassungsverträge (Leasingverträge) sind deshalb so zu gestalten, dass der ITO rechtlich wie auch faktisch vergleichbar einem Eigentümer agieren kann. Wenn das der Fall ist, können die fraglichen Gegenstände durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen bzw. von dessen Wettbewerbstochterunternehmen zur Verfügung gestellt werden. Allerdings dürfen die überlassenen Objekte wertmäßig im Verhältnis zum Gesamttransportnetz nicht wesentlich ins Gewicht fallen. Aus diesem Grunde können nur Anlagen überlassen werden, die im Vergleich zum sonstigen Netz eine untergeordnete Rolle spielen. Ob der EuGH sich dieser Sichtweise im Konfliktfall anschließen wird, bleibt abzuwarten.[79]

3. Personal

Der ITO muss nach § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG über die „personellen Mittel" verfügen, die „zur Erfüllung der Pflichten aus diesem Gesetz und für den Transportnetzbetrieb erforderlich sind". Die Regelung wird durch § 10a Abs. 2 EnWG ergänzt, wonach Personal, das für den Betrieb des Transportnetzes erforderlich ist, nicht in anderen Gesellschaften des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder dessen Tochtergesellschaften angestellt sein darf. Arbeitnehmerüberlassungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens bzw. die werkvertragliche Erbringung von Dienstleistungen im Netzbereich an den ITO sind unzulässig.[80] Durch das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen wird sichergestellt, dass die faktische Unabhängigkeit des ITO nicht dadurch beseitigt wird, dass das Personal des ITO von Seiten des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens als Verleiher arbeitsrechtlichen Sanktionen ausgesetzt ist, sofern es nicht in seinem Sinne handelt.[81] Darüber hinaus geraten Arbeitnehmer in eine faktische Interessenkollision, wenn sie beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen angestellt sind, aber für den ITO arbeiten; denn die Beförderung der Interessen des Arbeitgebers liegt regelmäßig auch in ihrem eigenen Interesse.[82] § 10 Abs. 2 S. 2 EnWG ist insoweit als lex specialis posterior gegenüber § 1 Abs. 3 Alt. 2 AÜG n. F. anzusehen.

Die „negative" Formulierung von § 10a Abs. 2 S. 1 EnWG lässt offen, unter welchen Voraussetzungen die beim ITO tätigen Personen bei dritten Gesellschaften – nicht beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder bei dessen Tochtergesellschaften – angestellt sein können, z. B. im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung nach § 10a Abs. 2 S. 2 EnWG i.V.m. den Regelungen des AÜG.[83] Nach einer Ansicht ist eine solche Dienstleistungserbringung durch Dritte (nur) bei mit Hilfstätigkeiten befasstem Personal („Ancillary Activities Personell") wie etwa Gebäudereinigung und Sicherheitsdienste möglich, nicht jedoch bezüglich der Kerntätigkeiten („Core Activities") des ITO.[84] Dies ist zu eng. Handwerkliche Dienstleistungen können auch durch Dritte in Form von Subunternehmer- oder Arbeitnehmerüberlassungsverträgen erbracht werden, wenn das eigene Personal – etwa bei Eil- oder Notfällen – überfordert ist. Zu den nicht von dritter Seite zu erbringenden Managementfunktionen der Kerntätigkeiten zählen gemäß § 10 Abs. 4 EnWG eine eigene Rechtsabteilung, eine eigene Buchhaltung sowie eine IT-Abteilung.[85] Der ITO muss für seine Alltagsgeschäfte („Day-to-Day-Activities") jedenfalls eine Kernanzahl eigener Arbeitnehmer vorhalten.[86] Nur in besonders begründeten Fällen darf er auf die Unterstützung von dritten Unternehmen zurückgreifen,[87] wie bei außergewöhnlichen, nicht alltäglichen, z. B. technisch komplexen Aufgaben in Zusammenhang mit der Wartung der IT-Hardware und Software oder der Entwicklung des Strom-/Gasnetzes.[88]

4. Finanzielle Ausstattung

Die finanzielle Unabhängigkeit des ITO vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ist für eine effektive tatsächliche Entflechtung von herausragender Bedeutung. Nach § 10a Abs. 1 S. 1 EnWG muss der ITO über die finanziellen Mittel verfügen, die zur Erfüllung seiner Pflichten aus diesem Gesetz, insbesondere für den Transportnetzbetrieb, erforderlich sind. Er muss nach § 10b Abs. 4 EnWG nachweisen, dass er jederzeit über die notwendigen Mittel für Einrichtung, Betrieb und Erhalt eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Transportnetzes verfügt.[89] Eine weitere Regelung über das finanzielle Verhältnis zwischen ITO und vertikal integriertem Energieversorgungsunternehmen findet sich in § 10b Abs. 1 EnWG. Hiernach muss das Energieversorgungsunternehmen gewährleisten, dass der ITO wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Be-

71 *Helmreich,* wbl 2011, 345, 348.
72 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 148; eine schuldrechtlich vermittelte Pächterposition reicht nach dem Gesetz nicht aus.
73 *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 15; Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 27 i.V.m. S. 16.
74 So die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 148.
75 Ebenso – den Kraftfahrzeugfuhrpark jedoch als nicht diskriminierungsrelevant ansehend – *Pisal,* Entflechtungsoptionen nach dem Dritten Energiebinnenmarktpaket, Diss. Regensburg 2011, S. 236 ff.
76 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 27.
77 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 27.
78 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 16 f.
79 So ausdrücklich Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 16 f.
80 Siehe auch Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 27.
81 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 16: Schutz vor Abhängigkeit. Siehe demgegenüber zu § 8 Abs. 2 S. 2 EnWG a. F. *Büdenbender,* RdA 2006, 193, 197: Sonderregelung gegenüber dem AÜG.
82 So zur Schienennetzregulierung BVerwGE 137, 58, 70 Rn. 44 (Urt. v. 18.5. 2010 – Az. 3 C 21.09) (= N&R 2010, 238, 242).
83 Auch bei der Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG steht das Weisungsrecht dem Entleiher und nicht dem Verleiher zu, vgl. BAG, NZA 1995, 462 (Urt. v. 22.6.1994 – Az. 7 AZR 286/93).
84 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 15 f.
85 Ebenso Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 15.
86 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 15; Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 28.
87 Aus diesem Grunde ist die von der Bundesnetzagentur verwandte Formulierung, es sei „grundsätzlich auch ein ‚schlanker UTB' denkbar", nicht glücklich gewählt, siehe Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 27.
88 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 15.
89 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 37. Diese Regelung wird ergänzt durch den – nicht explizit ins deutsche Recht umgesetzten – Art. 17 Abs. 1 Hs. 2 lit. d der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG.

trieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besitzt und diese unabhängig von der Leitung und den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben kann. Der ITO muss zur Stärkung seiner Fähigkeit zum autonomen Handeln namentlich die Befugnis haben, sich zusätzliche Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt durch Aufnahme von Darlehen oder durch eine Kapitalerhöhung zu beschaffen.[90] Diese Befugnis wird nach § 10b Abs. 1 S. 3 EnWG grundsätzlich durch den vom Aufsichtsrat zu beschließenden Finanzplan begrenzt.[91] Allerdings muss der Finanzplan ausreichend sein, um Betrieb, Ausbau und Optimierung des Netzes zu ermöglichen und die im zehnjährigen Netzentwicklungsplan vorgesehenen Neuinvestitionen zu finanzieren.[92] Andernfalls ist der Beschluss des Aufsichtsrats rechtswidrig und (teil-) nichtig.

Bei den zwischen dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen und dem ITO bestehenden kommerziellen und finanziellen Beziehungen einschließlich der Gewährung von Krediten an das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen durch den ITO sind nach § 10b Abs. 5 S. 1 EnWG „marktübliche Bedingungen einzuhalten". Vor seiner Zertifizierung nach § 4a EnWG sind diese finanziellen Beziehungen ebenfalls zur Genehmigung vorzulegen.[93]

Der Gesetzgeber trifft keine konkrete Aussage darüber, in welcher Weise eine Finanzierung des ITO erfolgen kann. Der ITO finanziert sich in erster Linie durch die vereinnahmten Netzentgelte.[94] Zur Finanzierung von langfristigen Infrastrukturprojekten ist dagegen der Einsatz von Fremdkapital und Eigenkapital unverzichtbar. Zulässig ist weiterhin eine Liquiditätsbündelung („Cash-Pooling") im Konzern, sofern der ITO marktübliche Konditionen erhält/erbringt,[95] seine volle finanzielle Handlungsfähigkeit auch bei der Akquise von Fremdkapital sichergestellt ist[96] und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen keine vertraulichen Informationen über den Netzbetrieb/Netzausbau erlangt.[97] § 10b Abs. 3 S. 1 EnWG erlaubt eine Kreditfinanzierung durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, sofern diese zu marktüblichen Konditionen erfolgt („at-arm's-length"-Prinzip").[98] Diese kann dem ITO jedoch nicht aufgezwungen werden, wie die in § 10b Abs. 1 S. 2 EnWG geregelte Befugnis zeigt, sich Finanzmittel auf dem Kapitalmarkt *oder* durch eine Kapitalerhöhung zu besorgen.

5. Gemeinsame Dienstleistungen („Shared Services")

a) Problemstellung

§ 10a Abs. 3 EnWG behandelt zusammen mit § 10a Abs. 5 und 6 EnWG die Zulässigkeit einer Nutzung von gemeinsamen Dienstleistungen („Shared Services") durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und die Netzgesellschaft.[99] Die Vorschrift reagiert auf die in der Praxis bislang vorherrschende „schmale Entflechtung", welche sich u. a. dadurch auszeichnete, dass der strukturelle Konflikt zwischen Konzerninteresse und Unabhängigkeit des Netzbetreibers nicht zugunsten der faktischen Unabhängigkeit des Netzbetreibers, sondern zugunsten der Konzernzugehörigkeit gelöst wurde. Hierzu wurde die Netzgesellschaft zur Nutzung der „Dienstleistungen"[100] der Muttergesellschaften oder konzernangehöriger „Shared Services"-Gesellschaften verpflichtet.[101] Dies betraf insbesondere Kundenservice, Buchhaltung, Rechnungswesen, Datenverarbeitung, Personalwesen und juristische Dienste,[102] z. T. aber sogar auch die technische Betriebsführung der Netze oder die Entgeltkalkulation.[103]

b) Erbringung von Dienstleistungen durch das vertikal integrierte Unternehmen für den ITO

§ 10a Abs. 3 S. 1 EnWG bestimmt, dass die Erbringung von Dienstleistungen für den ITO durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (gemeint ist die Holdinggesellschaft) oder eines seiner Tochterunternehmen unzulässig ist.[104] Dabei ist es unerheblich, ob diese Dienstleistungen durch eigenes Personal des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder durch in dessen Auftrag tätige Personen erbracht werden. Hierdurch sollen mittelbare Einflussnahmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens verhindert werden, wie sie über die Ausgestaltung der Bedingungen möglich wären, zu denen die Dienstleistungen für den ITO erbracht werden.[105] Die Regelung ist in Zusammenhang mit § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 EnWG zu sehen. Hiernach hat der ITO die Aufgabe, solche Einrichtungen mit eigenem Personal zu schaffen bzw. zu unterhalten, die üblicherweise für mehrere Teile des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens tätig wären.

c) Erbringung von Dienstleistungen durch den ITO für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen

Nach § 10a Abs. 3 S. 2 EnWG ist es grundsätzlich unzulässig, dass der ITO Dienstleistungen isoliert für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und dessen Tochtergesellschaften erbringt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er diese Dienstleistungen diskriminierungsfrei allen Außenstehenden anbietet, der Wettbewerb in sonstigen Bereichen des Energiesektors nicht beschränkt wird und die Vereinbarungen zuvor von der Regulierungsbehörde genehmigt wurden. Die Prüfung der Bundesnetzagentur bezieht sich dabei nur auf die Entflechtungskonformität; § 65 EnWG und die Kostenüberprüfung im Rahmen der Anreizregulierung bleiben von dieser Prüfung unberührt.[106] Die Vorschrift will erreichen, dass Quersubventionierungen der Wettbewerbsbereiche durch zu niedrige Entgelte – anders bei zu hohen Entgelten bei Dienstleistungen des vertikal integrierten Unternehmens an den ITO – auch konzernexternen Kunden zugutekommen, wenn der ITO mit diesen zu marktüblichen Konditionen kontrahieren muss. Darüber hinaus birgt eine Diensteerbringung des ITO für die Wettbewerbsbereiche weniger Gefahren, was die Weitergabe wirtschaftlich sensibler Daten angeht, als der umgekehrte Fall.[107] Etwas anders gilt, wenn die Dienste wie z. B. Abrechnungsleistungen dazu geeignet sind, Wettbewerber des vertikal integrierten Unternehmens zu diskriminieren.[108] Auf den Nachweis einer tatsächlichen Diskriminierung kommt es nicht an. Aus dem Wortlaut des § 10a Abs. 3 S. 2 EnWG wird nicht

90 *Helmreich,* wbl 2011, 345, 349; diese Regelung basiert auf Art. 18 Abs. 1 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG.
91 Vgl. § 10d Abs. 2 S. 2 EnWG; siehe auch Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 154 u. 155.
92 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 37.
93 § 10b Abs. 5 S. 2 EnWG.
94 § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 EnWG.
95 Vgl. § 10b Abs. 5 EnWG.
96 Vgl. § 10a Abs. 1 S. 1 EnWG.
97 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 38; *Helmreich,* wbl 2011, 345, 349.
98 Dazu schon *Säcker,* RdE 2005, 85, 88; siehe auch unten, unter 5. f).
99 *Schellberg/Böhme,* et 12/2011, 93, 94.
100 Dieser Begriff ist weiter als der Dienstleistungsbegriff des BGB, vgl. Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 29.
101 *Büdenbender/Rosin,* Energierechtsreform 2005, Bd. 1, 2005, S. 130.
102 *Dirks,* in: PricewaterhouseCoopers (Fn. 55), S. 156; *v. Oelhafen,* VersorgungsW 2006, 105; *Schönborn* (Fn. 6), S. 41 f.
103 *Schwarz,* et 1+2/2006, 22, 23.
104 A. A. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 149: im Grundsatz unzulässig. Diese Formulierung kann darauf hindeuten, dass die Bundesregierung Ausnahmen von diesem Verbot für möglich hält; kritisch auch *Säcker,* in: Ronellenfitsch/Schweinsberg/Henseler-Unger, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XVI, 2011, S. 109, 130: Ein Verbot von „Shared Services" unterhalb der Managementebene überzieht die Grenzen der praktischen Vernunft.
105 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 149.
106 So Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 149.
107 *Pisal* (Fn. 75), S. 252.
108 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 29.

eindeutig, ob der ITO seine Dienstleistungen lediglich wie ein „externer Dienstleister“[109] zu Marktpreisen anbieten muss[110] oder einem Kontrahierungszwang zu den Konditionen unterliegt, die er dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen anbietet.[111] Nach dem Zweck der Entflechtungsvorschriften, Quersubventionierungen zugunsten der Wettbewerbsbereiche zu verhindern, reicht es aus, wenn er seine Leistungen zu marktüblichen Preisen anbietet.[112] Das Missbrauchspotential wird durch die Pflicht zur Offenlegung gegenüber der Regulierungsbehörde wirksam begrenzt.[113]

Die Bundesnetzagentur hält namentlich mit Blick auf Bilanzierungsleistungen im Gasbereich auch eine gemeinsame Erbringung von Dienstleistungen verschiedener ITOs im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens für zulässig.[114] Voraussetzung einer solchen Zusammenarbeit ist aber jedenfalls, dass der ITO keine Dienstleistungen vom vertikal integrieren Energieversorgungsunternehmen oder seinen Tochterunternehmen einkauft.[115]

d) Informationstechnologie

§ 10a Abs. 5 EnWG enthält eine Sondervorschrift zur Nutzung von gemeinsamen Dienstleistungen („Shared Services“) von ITO und vertikal integriertem Energieversorgungsunternehmen und dessen Tochterunternehmen. Die Vorschrift macht außerdem Vorgaben für den Einkauf von Dienstleistungen externer Dritter. § 10a Abs. 5 EnWG differenziert terminologisch zwischen „Anwendungssystemen der Informationstechnologie“ und „Infrastruktur der Informationstechnologie“, also zwischen Software und Hardware.[116] Nach § 10a Abs. 5 S. 1 EnWG muss der ITO die gemeinsame Nutzung von „Anwendungssystemen der Informationstechnologie“ mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen unterlassen, soweit diese an die unternehmerischen Besonderheiten des ITO oder des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens angepasst wurden. Damit können das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und der ITO zwar die gleichen Standardprogramme wie z. B. Microsoft Office und SAP, aber auch branchenspezifische Standardprogramme, die einer unternehmensindividuellen Anpassung zugänglich sind, benutzen, da hierbei kein Diskriminierungspotential besteht.[117] Etwas anders gilt aber dann, wenn die bei solchen Standardprogrammen notwendige Anpassung an die unternehmensindividuellen Besonderheiten erfolgt ist; in diesem Fall ist die gemeinsame Nutzung untersagt.

§ 10a Abs. 5 S. 2 EnWG bestimmt weiter, dass der ITO die gemeinsame Nutzung von Infrastruktur der Informationstechnologie mit anderen Teilen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu unterlassen hat, es sei denn, die Infrastruktur befindet sich außerhalb der Geschäftsräume des ITO und des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und wird von Dritten betrieben, z. B. infolge einer Auslagerung („Outsourcing“) der entsprechenden Abteilungen.[118] Letztlich ist eine gemeinsame Nutzung der IT-Infrastruktur somit nur dann zulässig, wenn weder Mitarbeiter des ITO noch des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens unmittelbar Zugriff auf die Infrastruktur haben.[119] Diese Voraussetzung kann erfüllt sein, wenn Rechenleistung in Rechenzentren großer Dienstleister kontrahiert wird. Denn diese Dienstleister sichern grundsätzlich schon aus geschäftlichem Eigeninteresse die Geheimhaltung der gespeicherten Daten und deren Schutz vor unberechtigtem Zugriff Dritter, d. h. (einzelfallabhängig) auch vor einem Zugriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens.[120]

Nach § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG ist es dem ITO und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen schließlich untersagt, in Bezug auf Software und Hardware, die sich in Geschäfts- oder Büroräumen des ITO oder des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens befindet, mit denselben Beratern oder externen Auftragnehmern zusammenzuarbeiten.[121] Nach der Regierungsbegründung zum EnWG sollen der Berater- und der Auftragnehmerbegriff aber auf die jeweiligen natürlichen Personen beschränkt sein.[122] Eine solche Interpretation ist nicht überzeugend, da die Praxis zeigt, dass allein durch Informationsbarrieren („Chinese Walls“) keine wirksame informatorische Trennung bewirkt wird.[123] Jedenfalls müssen die Berater nachweisen, dass ihre interne elektronische Datenverarbeitung keinen Einblick in die jeweiligen Vorgänge ermöglicht und auch die Akten unter Verschluss gehalten werden (sog. Zwei-Mandanten-Modell[124]).

e) Rechnungswesen

Gemäß § 10a Abs. 7 S. 1 EnWG muss der ITO die Rechnungslegung von anderen Abschlussprüfern als denen prüfen lassen, welche die Rechnungsprüfung beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder einem seiner Teile durchführen.[125] Nach der Regierungsbegründung zum EnWG ist der Begriff „Abschlussprüfer“ – ebenso wie derjenige des externen Auftragnehmers in § 10a Abs. 5 S. 3 EnWG – personenbezogen und nicht bezogen auf das jeweilige Beratungsunternehmen bzw. die jeweilige Beratungsgesellschaft zu verstehen.[126] In diesem Fall sei jedoch unverzichtbar, dass die verpflichteten Gesellschaften gewährleisten, dass nicht dieselben natürlichen Personen sowohl für den ITO als auch für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen tätig sind.[127] Eine solche Interpretation ist indes nicht überzeugend, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Berater den Geschäftserfolg ihres Unternehmens und die Beziehungen zu ihren großen Kunden in den Vordergrund rücken.[128]

---

109 So die Formulierung der Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 29.

110 So *Helmreich,* wbl 2011, 345, 348; siehe zur Ermittlung „fremdvergleichskonformer Verrechnungspreise“ *Kußmaul/Ruiner,* IStR 2010, 605.

111 So *Pisal* (Fn. 75), S. 252.

112 Vgl. § 10b Abs. 5 S. 1 EnWG.

113 § 10b Abs. 5 S. 4 EnWG.

114 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 29, unter – nicht unzweifelhafter – Berufung auf die entsprechende Aufgabenzuweisung an den ITO in § 10 Abs. 1 Nr. 5 EnWG.

115 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 29 f.

116 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 31; *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 15.

117 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 151; Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 31; *Pisal* (Fn. 75), S. 257.

118 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 31.

119 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 151.

120 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 151; zustimmend *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 15; a. A. (enger) Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 16: „The ITO is not allowed to share IT-Systems with any other part of the vertically integrated undertaking.“

121 Der Begriff „Auftragnehmer“ umfasst auch externe Berater, vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 152.

122 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 152; ebenso Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 31.

123 Siehe dazu in Zusammenhang mit der gemeinsamen Nutzung von Rechtsberatungsdienstleistungen im Konzern BVerwGE 137, 58, 71 f. Rn. 47 (Urt. v. 18.5.2010 – Az. 3 C 21.09) (= N&R 2010, 238, 242).

124 Dazu – im Gegensatz zum Zwei-Vertrags-Modell – Bundesnetzagentur, Gemeinsame Richtlinie der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung nach § 9 EnWG, 2007, S. 6.

125 Diese Regelung entspricht den unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 17 Abs. 6 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG.

126 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 154; ebenso Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 32; *Pisal* (Fn. 75), S. 256 f.

127 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 152 u. 153.

128 Siehe dazu – im Hinblick auf die faktische Verordnungen von Konzernjuristen der Muttergesellschaft auf das Konzerninteresse auch bei förmlicher Anordnung, nur die Interessen des Netzbetreibers zu wahren – BVerwGE 137, 58 (Urt. v. 18.5.2010 – Az. 3 C 21.09) (= N&R 2010, 238); dazu *Säcker* (Fn.104), S. 111 ff.

§ 10a Abs. 7 S. 2 EnWG regelt – unionsrechtlich nicht vorgegeben – zusätzlich, dass der Abschlussprüfer des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens Einsicht in Teile der Bücher des ITO nehmen kann, soweit dies zur Erteilung des Konzernbestätigungsvermerks im Rahmen einer etwaigen Vollkonsolidierung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens erforderlich ist (§ 317 Abs. 3 HGB).[129] Der Prüfer ist jedoch verpflichtet, aus der Einsicht in die Bücher des ITO gewonnene Erkenntnisse und wirtschaftlich sensible Informationen vertraulich zu behandeln und sie insbesondere nicht dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen mitzuteilen, um ein „ggf. vorhandenes Diskriminierungspotential zuverlässig auszuschließen".[130] Hierdurch soll ermöglicht werden, dass der ITO im Vergleich zur eigentumsrechtlichen Entflechtung und zum ISO-Modell eine gleichwertige Entflechtungsvariante ist.[131] Die Wahrung der Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer unterliegt insoweit der Überwachung durch die Regulierungsbehörde.

f) Exkurs: gemeinsame Dienstleistungen („Shared Services") bei Verteilernetzbetreibern

Für Verteilernetzbetreiber gelten nicht dieselben strengen Anforderungen an die Zulässigkeit von gemeinsamen Dienstleistungen („Shared Services") wie für Transportnetzbetreiber. Nach § 7a Abs. 4 S. 1 EnWG müssen vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen jedoch sicherstellen, dass die Verteilernetzbetreiber tatsächliche Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlichen Vermögenswerte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besitzen und diese im Rahmen der Bestimmungen dieses Gesetzes unabhängig von der Leitung und den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben können. Die Netzgesellschaft muss hiernach jedenfalls über ein vom übrigen Konzernbereich völlig losgelöstes Vertrags- und Rechtsmanagement verfügen.[132] Managementfunktionen der Netzgesellschaft dürfen nicht in „Shared Services"-Gesellschaften ausgelagert werden. Auch die technische Betriebsführung der Netze und die Entgeltkalkulation müssen durch die Netzgesellschaft selbst durchgeführt werden. Soweit für sonstige Leistungen mit der Holding bzw. einer Dienstleistungsgesellschaft sog. Dienstleistungsverträge („Service Agreements") abgeschlossen werden, muss die Inanspruchnahme der Leistungen zu angemessenen, marktüblichen Preisen und Konditionen erfolgen.[133] Nicht marktkonforme Preise stellen eine unzulässige Quersubventionierung dar. Um die Angemessenheit überprüfen zu können, müssen die in Anspruch genommenen Dienstleistungen genau spezifiziert und bewertet werden. Zur Überprüfung können die zu § 311 AktG (Nachteilsausgleich im faktischen Konzern) entwickelten Prinzipien, die gleichfalls im Rahmen der §§ 311, 317 AktG herangezogenen Grundsätze zur Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen nach § 1 AußensteuerG („at-arm's-length"-Prinzip) und die Praxis zum Spartentrennungsprinzip nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 VAG entsprechend herangezogen werden. Demgegenüber ist die Vereinbarung einer jährlichen Vergütung in Form einer Konzernumlage in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes vom Gesamtumsatz der Netzgesellschaft unzulässig.

IV. Unabhängigkeit des ITO

1. Gebot der unbeeinflussten Unternehmensführung

Gemäß § 10b Abs. 1 S. 1 EnWG muss die Unternehmensleitung des ITO ihre Aufgaben im Hinblick auf Netzbetrieb und Netzeigentum unbeeinflusst durch andere Unternehmen im Verbund des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens erfüllen.[134] Die entsprechende Rechtspflicht trifft nicht nur den ITO, sondern auch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, das von sich aus entsprechende Vorkehrungen zu treffen hat.[135]

§ 10b Abs. 1 S. 1 EnWG wird konkretisiert durch § 10b Abs. 2 S. 2 EnWG, wonach vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen jegliche unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf das laufende Geschäft des ITO oder den Netzbetrieb unterlassen müssen. Dasselbe gilt für eine Einflussnahme auf notwendige Tätigkeiten des ITO zur Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans nach den §§ 12a bis 12f EnWG. Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen darf das Wettbewerbsverhalten des ITO in Bezug auf diese Sachverhalte weder auf vertraglichem Wege (Paradigma: Beherrschungsverträge gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG) noch indirekt über den Aufsichtsrat beeinflussen.[136] Diese Regelung schränkt die Mitgliedschafts- und Aufsichtsrechte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens als Gesellschafter des ITO erheblich ein. Das Energieversorgungsunternehmen hat zwar weiterhin die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über seine Mitgliedschaftsrechte am ITO wie z. B. den Gewinnanspruch. Es genießt grundsätzlich auch einen Schutz vor Verwässerung bei Kapitalerhöhungen[137] sowie das Eigentumsrecht an materiellen Betriebsmitteln bei deren pachtweiser Überlassung an den ITO. Das Energieversorgungsunternehmen kann daher an der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung des ITO teilnehmen und hat dort ein Rederecht.[138] Sein Stimmrecht in der Hauptversammlung ist jedoch bezüglich des laufenden Geschäfts einschließlich des Netzentwicklungsplans und des Netzbetriebs nach § 10b Abs. 1 und 2 EnWG ausgeschlossen. Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen kann sein Interesse an der Sicherung der Rentabilität des Netzgeschäfts somit im Wesentlichen nur über den mehrheitlich von ihm bestimmten Aufsichtsrat geltend machen, dessen Einfluss wiederum gemäß § 10d Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG auf die Genehmigung der jährlichen und langfristigen Finanzpläne, die Festlegung allgemeiner Verschuldensobergrenzen, die Höhe der an die Anteilseigner des ITO auszuzahlenden Dividende sowie sonstige, nicht das Netzgeschäft berührende Angelegenheiten beschränkt ist.[139] Die alleinige Befugnis der Geschäftsleitung des ITO zum Aufstellen des zehnjährigen Netzentwicklungsplans kann dabei nicht mit Hinweis auf die Befugnis des Aufsichtsrats für die Finanzpläne des ITO eingeschränkt werden,[140] wie sich aus § 10b Abs. 2 S. 2 EnWG ergibt. Bei der AG ist der Aufsichtsrat schon von der Rechtsform her nicht befugt, sich in die laufende Geschäftsführung einzumischen (§ 111 Abs. 1 und Abs. 4 S. 1 AktG).[141]

---

129 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 32.
130 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 153.
131 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 152 f.
132 *Säcker* (Fn. 12), S. 58, 64 f.
133 *Säcker* (Fn. 12), S. 64 ff.
134 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 17 oben.
135 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 153.
136 Siehe Art. 18 Abs. 4 S. 2 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG sowie § 10d Abs. 2 S. 3 EnWG.
137 Dieser Aspekt ist allerdings problematisch, da der Gesellschafter bei Investitionsvorhaben unionsrechtlich zur Zustimmung zu einer Kapitalerhöhung verpflichtet sein kann, wenn notwendige Netzinvestitionen allein durch die Zuführung von Fremdkapital erfolgen können; siehe dazu Art. 22 Abs. 7 S. 1 lit. c der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG; *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 87 f.; *Gärditz/Rubel,* N&R 2010, 194, 204; *Büdenbender/Rosin,* RdE 2010, 197, 201 f.
138 *Büdenbender/Rosin,* Zulässigkeit von Maßnahmen des Regulierungsmanagements, 2005, S. 49.
139 *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 85.
140 A. A. *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 16.
141 *Säcker/Rehm,* DB 2008, 2814.

2. Unternehmensstruktur

§ 10b Abs. 3 EnWG bestimmt, dass Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, welche die Funktionen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie an Kunden wahrnehmen – gemeint sind Tochterunternehmen der Holding[142] – weder direkt noch indirekt Anteile am ITO halten dürfen. Zugleich darf der ITO weder direkt oder indirekt Anteile an den vorbenannten Tochterunternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens halten noch Dividenden oder andere finanzielle Zuwendungen von diesen bekommen.[143] Ein mehrstufiger Konzern, mit der Holding als Muttergesellschaft und den Unternehmen aus den Wettbewerbsbereichen sowie dem ITO als Tochter- bzw. Enkelgesellschaften,[144] ist damit ausgeschlossen. Sowohl das Beteiligungsverbot als auch das Verbot von Zuwendungen nach § 10b Abs. 3 S. 2 EnWG sollen gewährleisten, dass der ITO kein faktisches Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens hat, welches ihn in seinem Geschäftsverhalten beeinflussen könnte.[145] Unproblematisch ist demgegenüber die Ansiedlung des ITO als direkte Tochter der (Holding-) Muttergesellschaft.[146] Es ist auch eine Unternehmensstruktur denkbar, in welcher der ITO nicht direkt der Konzernmutter unterstellt wird, sondern eine Zwischenholding eingeschaltet wird, die nicht gleichzeitig Kontrolle über einen Verteilernetzbetreiber bzw. über Unternehmen aus den Wettbewerbsbereichen ausübt, da diese direkt der Konzernmutter unterstellt sind. Auch kann der ITO als Tochter einer nicht dem Begriff des vertikal integrierten *Energie*versorgungsunternehmens unterfallenden Wassergesellschaft installiert werden.[147]

Unzulässig ist demgegenüber ein „umgekehrtes ‚Unbundling'". Zwar spricht auf den ersten Blick der Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG, wonach der ITO theoretisch Mehrheitsanteilseigner des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sein kann, für die Zulässigkeit.[148] Ein derartiges „umgekehrtes ‚Unbundling'" wirft aber erhebliche Probleme im Rahmen der operationellen Entflechtung auf.[149] Die der Obergesellschaft obliegende Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Beteiligungsverwaltung gebietet eine koordinierte Gesamtplanung durch den Vorstand, so dass dieser die Interessen des ordnungsgemäßen Netzbetriebs und der übrigen Wettbewerbsbereiche unter seiner Leitung zu einem Gesamtunternehmensinteresse (Konzerninteresse) zusammenfassen muss.[150] Es reicht daher nicht aus, wenn die rechtliche Unabhängigkeit des ITO vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen satzungsmäßig abgesichert wird.[151] Auch dann hat der ITO nämlich durch seine Beteiligung am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen immer noch ein endogenes Interesse an dessen Geschäftserfolg. Der deutsche Gesetzgeber hat dieses Problem indirekt dadurch gelöst, dass er in § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG nicht wie in Art. 19 Abs. 3 S. 1 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG von „keinem anderen Mehrheitsanteilseigner als dem vertikal integrierten Unternehmen" spricht, sondern davon, dass die Mehrheit der Angehörigen der Unternehmensleitung des ITO in den letzten drei Jahren vor einer Ernennung nicht bei einem den Wettbewerbsbereichen zuzurechnenden Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder „einem Mehrheitsanteilseigner dieser Unternehmen" angestellt gewesen sein darf.[152] Dadurch hat er mittelbar klargestellt, dass ein „umgekehrtes ‚Unbundling'" nicht zulässig ist.

3. Organisatorische Implementierung der Unabhängigkeit des ITO

§ 10b Abs. 2 S. 1 EnWG sichert die in § 10b Abs. 1 EnWG vorgeschriebene Unabhängigkeit von Vorstand bzw. Geschäftsführung des ITO im Hinblick auf Betrieb und Wartung des Übertragungsnetzes sowie Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans u. a. dadurch, dass diese in seiner Satzung festzuschreiben ist.[153]

Je nach Rechtsform des ITO gelten dafür allerdings unterschiedliche Anforderungen. Die Ausgestaltung des ITO als Tochter-AG des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist der rechtlich einfachste Weg zu einer effektiven Entflechtung, da der Vorstand einer AG keinen Weisungen unterliegt (§ 76 Abs. 1 AktG) und weder vom Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 4 S. 1 AktG) noch von der Hauptversammlung zu Maßnahmen verpflichtet werden kann, die er für schädlich hält.[154] Nach allgemeinen Grundsätzen können dem Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG keine Aufgaben der Geschäftsführung übertragen werden. Beim ITO sind auch Zustimmungsvorbehalte i. S. d. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG unzulässig, sofern sie die durch § 10b Abs. 1 i. V. m. § 10d Abs. 2 EnWG geschützte Unabhängigkeit der Unternehmensleitung beeinträchtigen.

Sektorspezifische Besonderheiten gelten auch für die Befugnisse der AG-Hauptversammlung. Diese kann nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 119 Abs. 2 AktG nur dann über Geschäftsführungsfragen entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt. Da diese Befugnis ebenfalls der Aufgabenverteilung des ITO widerspricht, ist sie in der Satzung auszuschließen, soweit sie die Unabhängigkeit des ITO-Vorstands bezüglich des Netzbetriebs im weiteren Sinne beeinträchtigt.[155] Die Regelung des § 10b Abs. 2 S. 1 EnWG berührt als sektorspezifisches Gesellschaftsrecht aber nicht die „Holzmüller"-Rechtsprechung des BGH,[156] wonach sich das dem Vorstand durch § 119 Abs. 2 AktG eingeräumte Ermessen, die Hauptversammlung zu befragen, zu einer entsprechenden Verpflichtung verdichtet, wenn es um Geschäftsführungsmaßnahmen geht, die wesentliche Teile des Vermögens der AG betreffen und die Vermögensinteressen der Anteilseigner beein-

142 *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 12, die allerdings unzutreffend davon ausgehen, dass die Holdinggesellschaft selbst nicht Teil des vertikal integrierten Unternehmens i. S. d. Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG und des EnWG ist.

143 Einem Antrag auf Zertifizierung als ITO bei der Bundesnetzagentur gemäß §§ 4a ff. EnWG ist die „verbindliche Erklärung" beizufügen, dass der ITO weder durch Verträge noch sonstige Vereinbarungen auch nur indirekt am Erfolg von Tochterunternehmen des vertikal integrierten Unternehmens partizipiert, vgl. Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 34.

144 Zum mehrstufigen Konzern siehe *Emmerich* (Fn. 10), § 4 Rn. 3.

145 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 154.

146 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 34.

147 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 35 ff.; zur analogen Anwendung des § 48 EnWG auf Wasserkonzessionsverträge siehe § 117 EnWG.

148 Ebenso im Ergebnis *Pisal* (Fn. 75), S. 229, allerdings auf der Grundlage einer nicht überzeugenden Verengung des Begriffs des vertikal integrierten Unternehmens.

149 Für eine Vereinbarkeit des „umgekehrten ‚Unbundlings'" mit den Vorgaben zur funktionalen Entflechtung *Säcker* (Fn. 12), S. 61; DB 2004, 691, 694; RdE 2005, 85, 90; a. A. die Konkretisierung der gemeinsamen Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu den Entflechtungsbestimmungen in §§ 6-10 EnWG, 2008, S. 12; *Büdenbender/Rosin* (Fn. 101), S. 120; *Klauer,* in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, 2006, Kap. 4 Rn. 94.

150 Grundlegend *Hommelhoff,* Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 43 ff.

151 Formulierungsbeispiele bei *Säcker,* RdE 2005, 85, 90.

152 Eine vergleichbare Regelung besteht mit einer Sechs-Monats-Frist gemäß § 10c Abs. 2 S. 2 EnWG für die verbleibenden Mitglieder der Unternehmensleitung.

153 So Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 154. Es reicht jedoch nicht aus, dass dem ITO die Weisungsunabhängigkeit satzungsmäßig bescheinigt wird. Vielmehr muss sich auch die gelebte Praxis hieran orientieren.

154 *Säcker,* DB 2004, 691; RdE 2005, 85, 86 ff.; *Rasbach* (Fn. 2), S. 260.

155 *Pisal* (Fn. 75), S. 283.

156 BGH, NJW 1982, 1703 (Urt. v. 25.2.1982 – Az. II ZR 174/80) – *Holzmüller;* konkretisierend BGH, NJW 2004, 1860 (Urt. v. 26.4.2004 – Az. II ZR 155/02) – *Gelatine:* Entscheidend sei, dass die Maßnahme an den Kernkompetenzen der Hauptversammlung rühre und in ihren Auswirkungen einer Satzungsänderung gleichkomme.

trächtigen; denn bei dieser Kompetenz geht es um die Substanzerhaltung des Eigentums.[157]

Mit dem Gebot der Unabhängigkeit der Geschäftsführung des ITO unvereinbar sind Beherrschungsverträge i. S. v. § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG, die in der Praxis bislang zur Absicherung einer umsatz- oder gewerbesteuerrechtlichen Organschaft abgeschlossen wurden.[158] So begründen Beherrschungsverträge nach § 308 AktG die Befugnis der Obergesellschaft, umfassend auf die Leitung der i. S. v. § 18 AktG konzernverbundenen Untergesellschaft (§ 76 AktG) Einfluss zu nehmen und sich über die Vermögensbindung der beherrschten Gesellschaft hinwegzusetzen.[159] Auch eingeschränkte Beherrschungsverträge[160] sind unzulässig, schon weil eine formale Herausnahme der dem ITO zugewiesenen Aufgabenbereiche – sofern sie denn wirklich gewollt ist (vgl. § 118 BGB) – zu eigener Verantwortung nicht praktikabel ist.[161] Unzulässig sind auch isolierte Gewinnabführungsverträge, da diese die Freiheit der Netzgesellschaft einschränken, Gewinne in das Netz zu verwenden.[162]

In der Praxis der integrierten Energieversorgungsunternehmen dominiert bei den Transportnetzgesellschaften die Rechtsform der GmbH.[163] In der GmbH führen die Geschäftsführer die Geschäfte anders als in der AG nicht eigenständig, sondern sind gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsabhängig (§ 37 Abs. 1, § 46 Nr. 5 und 6 GmbHG). Hierdurch kann der Mehrheitsanteilseigner nicht nur Richtlinien für die Unternehmenspolitik aufstellen, sondern auch Einzelweisungen an die Geschäftsführung geben.[164] Dieses Weisungsverhältnis steht in einem diametralen Gegensatz zur von § 10b Abs. 1, Abs. 2 S. 2, § 10d Abs. 2 S. 3 EnWG geforderten Unabhängigkeit der Leitung des ITO, die den Geschäftsbetrieb ohne Beeinflussung durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, seiner Tochterunternehmen und Mehrheitsanteilseigner zu führen hat. § 10b Abs. 2 EnWG fordert deshalb ausdrücklich eine Anpassung der Satzung, um die Unabhängigkeit der Geschäftsführung des ITO gegenüber Weisungen der Gesellschafter zu sichern. Die Regelung geht als Spezialvorschrift den allgemeinen Regeln des GmbH-Gesellschaftsrechts vor.[165] Allerdings wird hierdurch das Normalstatut der GmbH de facto durch ein aktienrechtsähnliches Statut ersetzt,[166] das gegen die dispositiv-rechtliche Organisationsstruktur der GmbH verstößt, wonach die Gesellschafterversammlung das höchste Organ der GmbH ist.[167] Aus diesem Grunde kommt die GmbH als Rechtsform für den ITO nicht in Frage,[168] wenn die Stellung der Gesellschafterversammlung in der Satzung nicht entsprechend beschränkt wird.

Die KGaA ist eine Zwitterform, welche Elemente der KG mit denjenigen einer AG verbindet.[169] Sie hat keinen Vorstand; die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft liegen vielmehr bei dem Komplementär als geborenem Geschäftsführer.[170] Hierfür gelten die §§ 161 ff. HGB analog (§ 278 Abs. 2 AktG). Die Rechtsstellung der persönlich haftenden Komplementäre bestimmt sich im Übrigen nach §§ 283, 284 AktG.[171] Die Kommanditaktionäre sind nach § 278 Abs. 2 AktG i. V. m. § 164 Abs. 1 HGB grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen, es sei denn, dass die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht.[172] Um die Weisungsungebundenheit des ITO zu sichern, muss an die Stelle eines direkt von den Anteilseignern gewählten unbeschränkt persönlich haftenden vertretungsberechtigten Gesellschafters eine juristische Person als Komplementärin mit einem nach den Bestimmungen des ITO zusammengesetzten Aufsichtsrat treten, der die Mitglieder des Leitungsorgans direkt wählt.[173] Darüber hinaus ist in der Satzung die Befugnis der Kommanditaktionäre im Hinblick auf die Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften abzubedingen, soweit diese sich auf den Netzbereich im weiteren Sinne beziehen.[174]

V. Personelle Trennung

§ 10c Abs. 1 EnWG regelt die personelle Trennung der Unternehmensleitung und der Mitarbeiter des ITO von dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, von dessen Töchtern und Mehrheitsanteilseignern,[175] und gewährleistet damit die berufliche Unabhängigkeit der obersten Unternehmensleitung und des sonstigen Managements des ITO.[176] Durch die Sicherung der beruflichen Handlungsunabhängigkeit der Organe des ITO sollen in Ergänzung zur formalen personellen Entflechtung Anreize unterbunden werden, zur Verbesserung der persönlichen Karrierechancen oder der persönlichen Vergütung Markttätigkeiten des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens gegenüber dessen Wettbewerbern zu bevorzugen.[177] § 10c EnWG ist eine Reaktion des Gesetzgebers auf eine nicht unübliche Praxis der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, Managementfunktionen von Muttergesellschaft und Netztochter von den gleichen Personen wahrnehmen zu lassen, wodurch eine über die Kontrolle der Rentabilität der Netztochter hinausgehende Unternehmenssteuerung ermöglicht wurde.[178] Außerdem begründete die Gleichbesetzung der Organe eine unerwünschte „Wissens- bzw. Informationsschnittstelle", was zusätzlich Probleme im Rahmen der informationellen Entflechtung mit sich brachte.[179]

1. Adressaten der Regelungen über die persönliche Unabhängigkeit

Die Verpflichtung zur persönlichen Unabhängigkeit gemäß § 10c EnWG richtet sich an unterschiedliche Personenkreise:[180] Die *oberste Unternehmensleitung* besteht gemäß § 3 Nr. 29b EnWG aus „Vorstand, Geschäftsführung" oder einem „Gesellschaftsorgan mit vergleichbaren Aufgaben und Befugnissen". Demgegenüber gehören zur *Unternehmensleitung* gemäß § 3 Nr. 33a EnWG „die oberste Unternehmensleitung sowie Personen, die mit Leitungsaufgaben für den Transportnetzbetreiber betraut sind und auf Grund eines Übertragungsaktes, dessen Eintragung im Handelsregister oder einem vergleichbaren Register eines Mitgliedstaates der Europäischen Union gesetzlich vorgesehen ist, be-

157 Siehe auch *Pisal* (Fn. 75), S. 283 mit Fn. 600: Die „Holzmüller"-Rechtsprechung „müsste jedoch wohl" anwendbar sein.
158 *Säcker* (Fn. 104), S. 127 f.
159 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 34; *Wilhelm* (Fn. 10), Rn. 1259.
160 *Schenk,* in: Bürgers/Körber, AktG, 2. A., 2011, § 291 Rn. 13.
161 *Säcker* (Fn. 12), S. 78; ders. (Fn.104), S. 128.
162 *Säcker* (Fn. 104), S. 129 f.
163 *Britsch/Rausch* (Fn. 55), S. 45; siehe schon die Aufstellung oben, unter II. 1. e).
164 *Trölitzsch,* in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. A., 2011, § 16 Rn. 17.
165 *Trölitzsch* (Fn. 164), § 16 Rn. 17: „Nicht entzogen werden können einem Geschäftsführer jedoch die ihm auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten".
166 *Säcker* (Fn. 51), S. 6.
167 *Zöllner* (Fn. 60), § 45 Rn. 7.
168 *Säcker* (Fn. 51), S. 6.
169 *Bachmann,* in: Spindler/Stilz, AktG, 2. A., 2010, § 278 Rn. 1.
170 Komplementäre als „geborene Geschäftsführer", vgl. *Bachmann* (Fn.169), § 278 Rn. 53; *Hüffer,* AktG, 9. A., 2010, § 278 Rn. 11.
171 *Wilhelm* (Fn. 10), Rn. 1340.
172 *Perlitt,* in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 5, 3. A., 2010, § 278 Rn. 171.
173 BGHZ 134, 392 (Beschl. v. 24.2.1997 – Az. II ZB 11/96) (= NJW 1997, 1923); *Herfs,* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. A., 2007, § 78 Rn. 9; *Bayreuther,* JuS 1999, 651.
174 *Pisal* (Fn. 75), S. 283.
175 Mit Ausnahme des ITO selbst.
176 Siehe zur Unabhängigkeit von Weisungen des vertikal integrierten Unternehmens und des Aufsichtsrats im Hinblick auf das Netzgeschäft und die Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans § 10b Abs. 1 u. 2, § 10d Abs. 2 S. 2 u. 3 EnWG.
177 Kommission, Interpretative Note (Fn. 16), S. 18.
178 *Salje,* EnWG, 2006, § 8 Rn. 1; *Bourwieg/Miller,* RdE 2008, 230, 231.
179 Dazu *Bourwieg/Miller,* RdE 2008, 230, 231.
180 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 38 f.

rechtigt sind, den Transportnetzbetreiber gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten", wie etwa Prokuristen gemäß § 53 HGB.[181] § 10d Abs. 6 EnWG erfasst zusätzlich Personen, die der obersten Unternehmensleitung „unmittelbar unterstellt und für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich" sind. Das bezieht sich auch auf Personen der „zweiten Führungsebene", welche „in der Regel einzelne Geschäftsbereiche verantworten", wie z. B. Abteilungsleiter oder Hauptbereichsleiter.[182] Nicht erfasst sind demgegenüber Mitarbeiter, die nur ausnahmsweise der obersten Unternehmensleitung direkt berichten, z. B. in ihrer Funktion als zuständiger Bearbeiter oder wegen ihrer speziellen Expertise.[183] Schließlich richten sich einzelne Vorschriften über die personelle Unabhängigkeit auch an die sonstigen Beschäftigten des ITO. Hierunter fallen alle Personen, die für den ITO tätig sind und eine Anstellung bei diesem haben. Diese kann unbefristet, aber auch befristet sein und in Voll- sowie in Teilzeit ausgeübt werden.

2. Ernennung und Abberufung der obersten Unternehmensleitung

Nach § 10d Abs. 2 S. 1 EnWG werden Entscheidungen, die Ernennungen, Bestätigungen, Beschäftigungsbedingungen für Personen der *Unternehmensleitung* des ITO i. S. v. § 3 Nr. 33a EnWG betreffen, vom ITO-Aufsichtsrat getroffen.[184] Bezüglich der *obersten Unternehmensleitung* i. S. v. § 3 Nr. 29b EnWG muss der ITO der Bundesnetzagentur darüber hinaus die Namen der Personen, die vom Aufsichtsrat ernannt oder bestätigt werden, sowie die Regelungen hinsichtlich der Funktion, für die diese Personen vorgesehen sind, die Laufzeiten der Verträge mit diesen Personen sowie die jeweiligen Vertragsbedingungen unverzüglich mitteilen (§ 10c Abs. 1 EnWG). Unverzüglich mitteilen muss der ITO auch Beendigungen und Nichtverlängerungen von Verträgen sowie die dafür maßgeblichen Gründe, damit die Bundesnetzagentur prüfen kann, ob der Betroffene dadurch gemaßregelt wird, weil er etwa den Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Verhältnis zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen streng beachtet hat.[185] Entscheidungen und Regelungen „nach Satz 1", also über den Abschluss eines Dienstvertrages nebst Konditionen und den Akt der organschaftlichen Bestellung, werden erst dann mit Ex-nunc-Wirkung wirksam, wenn die Bundesnetzagentur innerhalb von drei Wochen nach Zugang bei ihr keine sachlich begründeten Einwände erhebt.[186]

3. Aufgaben der Unternehmensleitung

Die strukturellen Vorgaben des EnWG für die Organe des Transportnetzbetreibers verfolgen das Ziel, die unternehmerische Handlungsfreiheit der ITO-Unternehmensleitung im Alltagsgeschäft („Day-to-Day-Business") und bei der Aufstellung der zehnjährigen Netzentwicklungspläne zu sichern.[187] Das bedingt eine Abgrenzung zu den Befugnissen des obligatorisch zu bildenden Aufsichtsrats, der nach § 10d Abs. 3 EnWG mehrheitlich vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen besetzt wird, worüber dieses indirekt die Besetzung des ITO-Vorstands und damit auch die Geschäftspolitik des ITO beeinflussen kann.[188] Dessen Kompetenzen werden durch § 10d Abs. 2 EnWG eingeschränkt, um die faktische Unabhängigkeit des ITO vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zu stärken.[189] Nach dieser Vorschrift ist der Aufsichtsrat nur für im Einzelnen definierte Entscheidungen, die von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte der Anteilseigner beim Übertragungsnetzbetreiber sind, zuständig.[190] Die Befugnisse der Unternehmensleitung des ITO werden in § 10b Abs. 1 EnWG näher spezifiziert. Von besonderer Bedeutung ist das Verhältnis zwischen diesen Kompetenzen und der Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Aufstellung der Finanzpläne des ITO gemäß § 10d Abs. 2 S. 2 EnWG. Bei entflechtungskonformer Auslegung besteht insoweit eine Finanzierungspflicht der Anteilseigner, insbesondere durch die Befugnis des ITO, die vereinnahmten Netzentgelte für den Netzausbau einzubehalten.[191] Ansonsten könnten die Anteilseigner entgegen § 10b Abs. 2 S. 2 EnWG über die Vorgabe des Finanzierungsrahmens mittelbaren Einfluss auf den zehnjährigen Netzentwicklungsplan nehmen.

4. Vorlaufende Tätigkeitsverbote („Cooling-On"-Verpflichtung)

Gemäß § 10c Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 10c Abs. 6 EnWG dürfen die Mehrheit der Unternehmensleitung des ITO sowie Personen, die der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt und für Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes zuständig sind,[192] in den drei Jahren vor ihrer Bestellung keine Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens mit Ausnahme des ITO unterhalten haben, wenn diese Unternehmen eine der Funktionen Erzeugung/Gewinnung, Verteilung, Lieferung oder Kauf von Strom oder Gas wahrgenommen haben.[193] Dasselbe gilt für Unternehmen, die „kommerzielle, technische oder wartungsbezogene Aufgaben in Zusammenhang mit diesen Funktionen" erfüllen, und ebenso für Mehrheitsanteilseigner dieser Unternehmen. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass sich bei einem Wechsel eines Mitarbeiters vom vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zum ITO das Verhältnis zwischen ihm und dem bisherigen „Arbeitgeber" so „abkühlt", dass ein diskriminierungsfreier Netzbetrieb gewährleistet ist.[194] Die Vorgaben des § 10c Abs. 2 EnWG sind in den Dienstverträgen der betroffenen Personen zu verankern.[195] Für die anderen Angehörigen der Unternehmensleitung des ITO gilt lediglich eine „Sperrfrist" von sechs Monaten.[196] Der deutsche Gesetzgeber hat die sechsmonatige Wartezeit somit – anders als die Dreijahresfrist – nicht auf die der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellten Manager erstreckt. Das ist unionsrechtlich nicht zweifelsfrei.[197] § 10c Abs. 2 EnWG beschränkt die Berufsfreiheit der betroffenen Personen nicht unverhältnismäßig i. S. v. Art. 12 GG, da diese außerhalb des Konzerns überall arbeiten können.[198]

§ 10c Abs. 2 S. 3 EnWG regelt – in Abweichung von den unionsrechtlichen Vorgaben – den zeitlichen Geltungsbereich des „Cooling-On"-Gebots. Hiernach finden die Regelungen des

181 Demgegenüber ist die Generalvollmacht, die in ihrem Umfang noch über die gesetzlich beschränkte Prokura hinausgehen kann, nach h. M. nicht ins Handelsregister einzutragen, vgl. *Spindler,* in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. A., Bd. 2, 2008, § 78 AktG Rn. 108.

182 Ebenso Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 160.

183 So Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 160.

184 Die Regelung gehört systematisch zum Aufsichtsrat, wohingegen sie im Unionsrecht in den Vorschriften über die Unternehmensleitung enthalten ist, vgl. Art. 19 Abs. 1 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG; *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 86.

185 *Pisal* (Fn. 75), S. 288.

186 *Säcker* (Fn. 51), S. 5.

187 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 44.

188 Siehe zum faktischen AG-Konzern *Wilhelm* (Fn. 10), Rn. 1269.

189 Siehe zu dieser Konfliktlage schon *Bourwieg/Miller,* RdE 2008, 230, insbesondere 232 ff.

190 So Art. 20 Abs. 1 S. 1 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG.

191 Skeptisch *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 16.

192 Siehe § 10c Abs. 6 EnWG.

193 Im Gasbereich sind auch solche Unternehmen erfasst, welche die Funktion „Speicherung von Erdgas" wahrnehmen, vgl. § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG; Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 156.

194 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 156 f., mit dem Hinweis, dass der deutsche Gesetzgeber insoweit keine eigenen Gestaltungsspielräume habe; siehe auch Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 40.

195 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 40, mit Hinweis (nur) auf den ITO und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen.

196 § 10c Abs. 2 S. 1 EnWG; Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 156.

197 *Pisal* (Fn. 75), S. 288.

198 Das übersehen *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 86; *Michaelis/Kemper,* RdE 2012, 10, 12 mit Fn. 15.

§ 10c Abs. 2 S. 1 und 2 EnWG auf Ernennungen, die vor dem 3. März 2012 wirksam geworden sind, keine Anwendung. Die Regierungsbegründung zum EnWG legitimiert diese Regelung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der unionsrechtlich zwingenden Geltung der Entflechtungsregeln erst ab dem 3. März 2012.[199] Vor diesem Hintergrund sei es „nur sachgerecht, auch die strengen Unabhängigkeitsanforderungen an die oberste Unternehmensleitung erst ab diesem Zeitpunkt wirken zu lassen".[200]

5. Nachlaufende Tätigkeitsverbote („Cooling-off"-Verpflichtung)

§ 10c Abs. 5 EnWG enthält für Personen der Unternehmensleitung i. S. v. § 3 Nr. 33a EnWG und für Beschäftigte i. S. v. § 10c Abs. 6 EnWG ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot.[201] Die Vorgaben der Regelung sind sowohl beim ITO als auch bei den sonstigen von § 10c Abs. 5 EnWG erfassten Unternehmen durch entsprechende Vorgaben in den Dienst- bzw. Arbeitsverträgen umzusetzen.[202]

Im Einzelnen bestimmt § 10c Abs. 5 EnWG, dass es in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben allen Personen der Unternehmensleitung – also nicht nur der Mehrheit ihrer Mitglieder wie bei § 10c Abs. 2 EnWG – nach der Beendigung ihres Vertragsverhältnisses mit dem ITO verboten ist, während eines Zeitraums von vier Jahren bei einem anderen Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens angestellt zu sein, wenn dieses eine Funktion in den Bereichen Gewinnung/Erzeugung/Speicherung, Verteilung, Lieferung oder Kauf von Strom bzw. Gas wahrnimmt oder sonstige kommerzielle, technische oder wartungsbezogene Aufgaben in Zusammenhang mit diesen Funktionen für diese Unternehmen erfüllt. Sie dürfen in diesem Zeitraum auch nicht beim Mehrheitsanteilseigner dieser Unternehmen angestellt sein oder sonstige „Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu diesen Unternehmen oder deren Mehrheitsanteilseignern unterhalten", z. B. als externe Berater.[203] Mit dieser Regelung soll ebenso wie mit § 10d Abs. 2 EnWG dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden, wettbewerblichen Energiemarkt Rechnung getragen werden, auf dem die Transportnetze „vollständig neutrale Marktplätze" sind.[204] Aus diesem Grunde ist die Vorschrift in einem umfassenden, jegliche geschäftliche oder Interessenbeziehung ausschließenden Sinne zu verstehen. Gemäß § 10c Abs. 6 EnWG gilt die Regelung auch für die dort aufgeführten leitenden Angestellten.[205] § 10c Abs. 5 letzter Hs. EnWG normiert eine Ausnahme für Vertragsverhältnisse, die vor dem 3. März 2012 beendet sind.

Ebenso wie § 10c Abs. 2 EnWG verstößt auch dessen Absatz 5 nicht gegen Art. 12 GG. Zwar ist für Handelsvertreter nach §§ 74 ff. HGB nur ein zweijähriges Wettbewerbsverbot zulässig, für das zwingend auch noch eine Karenzentschädigung zu leisten ist.[206] Diese Regelungen sind aber weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden auf Organmitglieder juristischer Personen, insbesondere auf Geschäftsführer einer GmbH.[207] Wettbewerbsverbote dürfen die Berufsausübung jedoch auch bei Organen hinsichtlich Ort, Zeit und Gegenstand der Berufsausübung nicht unbillig erschweren, weshalb jedenfalls die vollständige Ausschaltung eines GmbH-Geschäftsführers gegen das (unionsrechtliche und deutsche) Grundrecht der Berufsfreiheit verstößt.[208] Das ist vorliegend, wie zu § 10c Abs. 2 EnWG geschildert, nicht der Fall.

6. Verbot der Drittanstellung

Nach § 10c Abs. 3 EnWG dürfen die Unternehmensleitung des ITO i. S. v. § 3 Nr. 33a EnWG, Beschäftigte i. S. v. § 10c Abs. 6 EnWG sowie die sonstigen Beschäftigten weder beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen noch bei einem Tochterunternehmen angestellt sein. Hierdurch werden die schon bislang geltenden Anforderungen an die personelle Unabhängigkeit verstärkt.[209]

Unzulässig sind nach § 10c Abs. 3 S. 1 EnWG sog. Konzernanstellungsverträge, bei denen u. a. mit Vorstandsmitgliedern nur ein einziger Vertrag (zumeist) mit der Obergesellschaft geschlossen wird, obwohl die betreffende Person auch noch in der Geschäftsleitung von direkten oder indirekten Beteiligungsgesellschaften tätig ist.[210] Denn mit derartigen Mehrfachmandaten wird – entgegen der Intention des ITO-Modells – gerade beabsichtigt, „Entscheidungen in den verschiedenen Gesellschaftsgruppen zu harmonisieren, Effizienzgewinne zu erzielen und den Informationsfluss zwischen den verschiedenen Gesellschaften zu vereinfachen".[211] Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen hat auch keine Kompetenz, Konzerntarifverträge abzuschließen, welche den ITO in seiner Fähigkeit beeinträchtigen, seine gesetzlich übertragenen Aufgaben kosteneffizient zu erfüllen.[212] Eine Bevollmächtigung des Konzernvorstands zum Abschluss von Konzerntarifverträgen verstößt deshalb gegen § 10c Abs. 3 EnWG und ist unwirksam.

§ 10c Abs. 3 S. 1 EnWG untersagt nicht nur die Anstellung, sondern grundsätzlich auch alle sonstigen Geschäfts- und Interessenbeziehungen zwischen Unternehmensleitung bzw. Beschäftigten des ITO und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, einschließlich seiner Tochterunternehmen. Diese Begriffe sind angesichts ihrer unbestimmten Weite so zu interpretieren, dass ihnen Tätigkeiten auf dienst- oder werkvertraglicher Basis unterfallen, sofern diese Tätigkeiten einen Bezug zum Netz haben.[213] Als „Interessenbeziehung" ist darüber hinaus jede Beteiligung am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder seinen Tochterunternehmen anzusehen, insbesondere das Halten von Aktien oder Geschäftsanteilen. Hierfür enthält § 10c Abs. 4 EnWG eine Sonderregelung.[214] Dasselbe gilt für die von § 10c Abs. 4 EnWG ebenfalls erfassten finanziellen Zuwendungen.

§ 10c Abs. 3 S. 2 EnWG enthält – anders als das Unionsrecht[215] – eine Ausnahme für die Belieferung von Energie für den privaten Verbrauch, sofern sie zu nicht vergünstigten marktüblichen Bedingungen erfolgt.[216] Diese Regelung soll unter Verhältnis-

199 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 157.

200 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 157. Das Argument steht in Widerspruch zur sofortigen Inkraftsetzung der Entflechtungsregeln (vgl. § 114 EnWG).

201 Hiervon zu unterscheiden ist die aktuelle Diskussion über eine „Cooling-Off"-Verpflichtung von Vorständen bei einem Wechsel in den Aufsichtsrat, vgl. dazu § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG sowie *Scholderer,* NZG 2012, 168.

202 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 41.

203 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 41.

204 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 159.

205 Das stimmt überein mit Art. 19 Abs. 8 UAbs. 3 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG.

206 BVerfGE 81, 242, 252 ff. (Beschl. v. 7.2.1990 – Az. 1 BvR 26/84) – *Handelsvertreter.*

207 BGHZ 91, 1, 3 (Urt. v. 26.3.1984 – Az. II ZR 229/83); *Oetker,* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. A., 2012, § 74 HGB Rn. 5.

208 Zum deutschen Recht OLG Düsseldorf, NZG 2000, 737 (Urt. v. 10.3.2000 – Az. 17 U 133/99) (zweiter Leitsatz).

209 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 157.

210 Siehe zur GmbH *Liebscher,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2010, Anh. Rn. 1111 f. Im Aktienrecht ist die Zulässigkeit von Konzernanstellungsverträgen streitig, dafür *Reuter,* AG 2011, 274, dagegen wegen § 76 AktG zu Recht *Spindler* (Fn. 181), § 84 AktG Rn. 66.

211 So *Reuter,* AG 2011, 274.

212 *Säcker* (Fn. 104), S. 125 f.

213 Siehe auch Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 42; *Pisal* (Fn. 75), S. 277.

214 § 10c Abs. 4 EnWG setzt Art. 19 Abs. 5 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG um.

215 Art. 19 Abs. 4 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG.

216 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 158; Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 42.

mäßigkeitsgesichtspunkten gewährleisten, dass auch Beschäftigte oder die Unternehmensleitung eines ITO „von den Vorteilen der Liberalisierung der Energiemärkte und dem zunehmenden Wettbewerb im Strom- und Gassektor profitieren können".[217] Dem ist aufgrund der hier praktisch zu vernachlässigenden Beeinflussungsgefahr zuzustimmen.

7. Vergütung der Unternehmensleitung und der Beschäftigten

Nach § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG hat der ITO zu gewährleisten, dass die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung sowie der von § 10c Abs. 6 EnWG erfassten Personen nicht vom wirtschaftlichen Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder eines seiner Tochterunternehmen abhängig ist, mit Ausnahme des ITO selbst. Die Regelung soll verhindern, dass sich die erfassten Personen bei ihren geschäftlichen Entscheidungen am Geschäftserfolg der Konzernmutter bzw. der Wettbewerbsbereiche ausrichten.[218] Insoweit gilt es freilich zu differenzieren: Eine leistungs*unabhängige* Vergütung der Leitung des Netzbetriebs kann sich im Rahmen des ITO-Modells grundsätzlich an den für das Management des integrierten Energieversorgungsunternehmens festgelegten Vergütungen orientieren, da die Ausgliederung des Netzbereichs nicht Ausdruck geringeren Gewichts der Aufgaben, sondern Folge der Entflechtung ist.[219] Unzulässig sind demgegenüber leistungs*abhängige* Vergütungselemente, auch in Form von Aktien oder Aktienoptionen (dazu sogleich), welche sich am Erfolg des Konzerns insgesamt ausrichten.[220] Anders als es der missverständliche Wortlaut des § 10c Abs. 4 S. 3 EnWG nahelegt, gilt das Verbot der Vergütung in Abhängigkeit vom wirtschaftlichen Erfolg des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens insgesamt auch für die sonstigen Beschäftigten des ITO, sofern sie diskriminierungsrelevante Tätigkeiten ausüben. Denn die Vergütung durch das Energieversorgungsunternehmen ist ein klassischer Fall der „Interessenbeziehung" i. S. v. § 10c Abs. 3 S. 1 EnWG.

§ 10c Abs. 4 S. 1 EnWG untersagt der Unternehmensleitung und den Beschäftigten des ITO, Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder seinen im Wettbewerb stehenden Tochterunternehmen zu halten, damit diese ihre beruflichen Entscheidungen nur von den Interessen des ITO abhängig machen.[221]

§ 10c Abs. 4 S. 2 EnWG statuiert eine im Unionsrecht nicht enthaltene Übergangsregelung, wonach Personen der Unternehmensleitung i. S. v. § 3 Nr. 33a EnWG ihre Anteile am vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen oder an einem seiner Unternehmensteile, die vor dem 3. März 2012 erworben wurden, bis zum 31. März 2016 zu veräußern haben. Die Vorschrift richtet sich nach ihrem Wortlaut nur an die Unternehmensleitung, nicht aber an die Beschäftigten des ITO.[222] § 10c Abs. 4 S. 2 EnWG soll dem Umstand Rechnung tragen, dass Aktien des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens „auch bei Beschäftigten, die nicht der Unternehmensleitung des Transportnetzbetreibers angehören, in der Vergangenheit (also vor Inkrafttreten der stärkeren Unabhängigkeitsanforderungen) häufig als sog. Mitarbeiteraktien ausgegeben wurden und Bestandteil des Vermögensaufbaus oder der individuellen Altersvorsorge dieser Mitarbeiter waren".[223] Die hiervon erfassten Unternehmensbeteiligungen seien „in der Regel nicht Vergütungsbestandteil der Mitarbeiter gewesen" und hätten „daher keinen unbedingt relevanten Einfluss auf das Verhalten der betreffenden Mitarbeiter gehabt".[224] Aus diesem Grunde werde es den Arbeitnehmern nur für die Zukunft untersagt, Aktien zu erwerben.[225] Die Regelung soll außerdem nur einen „direkten Erwerb" erfassen. Der indirekte Erwerb von Fondsanteilen o. ä., die von Dritten wie Banken und Lebensversicherungen gemanagt werden, wird demgegenüber als unschädlich angesehen, da den Beschäftigten des ITO die genaue Zusammensetzung des Fonds zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht bekannt sei und sie auf die Entwicklung des Fonds keinen unmittelbaren Einfluss nehmen könnten.[226] Darüber hinaus dürfe der Anteil des indirekten Erwerbs „am vertikal integrierten Unternehmen oder seiner Unternehmensteile im Verhältnis zum Gesamtvolumen des Fonds berechnet nach dem aktuellen Wert der Anteile einen erheblichen Anteil" nicht überschreiten.[227]

Die vorstehenden Regelungen bedeuten im Ergebnis, dass die Beschäftigten Aktien behalten dürfen, die sie vor dem 3. März 2012 erworben haben.[228] Erst ab diesem Zeitpunkt besteht ein Erwerbsverbot für unmittelbare Unternehmensbeteiligungen. Das ist bei teleologischer Sicht nicht zweifelsfrei, da nicht ausgeschlossen ist, dass Mitarbeiter des ITO, die Anteile an Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens halten, diese Unternehmen bei ihrer Geschäftstätigkeit bevorzugen, da sie durch die Anteile am Unternehmenserfolg partizipieren. Wohl auch aus diesem Grunde argumentiert die Regierungsbegründung ergänzend, die Mitarbeiter verfügten „auch weit überwiegend über keine bzw. keine signifikanten Einflussmöglichkeiten auf das Tagesgeschäft des Netzbetriebs".[229] Das ist jedenfalls für solche Beschäftigten unzutreffend, die mit netzzugangsspezifischen Aufgaben betraut sind oder mit wettbewerbssensiblen Informationen in Berührung kommen.[230] Jedenfalls für diesen Personenkreis muss deshalb eine vergleichbare Übergangsfrist wie für die Unternehmensleitung greifen, mit der Folge, dass die Anteile spätestens bis zum 31. März 2016 zu veräußern sind. Ein Neuerwerb von Anteilen nach dem 3. März 2012 ist generell unzulässig.

VI. Aufsichtsrat des ITO

§ 10d EnWG behandelt den für die Unabhängigkeit des ITO besonders wichtigen Komplex der Bildung, Zusammensetzung und Befugnisse eines obligatorischen Aufsichtsrats, der „balancierend die Gesellschafterinteressen zur Geltung" bringt.[231] Zwar kann die Obergesellschaft als Mehrheitsgesellschafter des ITO dessen Unternehmensleitung keine Weisungen erteilen. Sie kann aber indirekt Druck auf die Geschäftsleitung des ITO ausüben, indem sie die Mehrheit der Mitglieder des ITO-Aufsichtsrats beeinflusst, der wiederum über die Zusammensetzung des Vorstands befindet.[232] Die Befugnisse des Aufsichtsrats stehen in einem Spannungsverhältnis zur erwünschten Handlungsfreiheit der Unternehmensleitung des ITO.[233] Diesem Spannungsverhältnis wird de lege lata durch den Grundsatz der Weisungsfreiheit der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder und durch besondere Vorgaben für die berufliche Unabhängigkeit der ITO-Aufsichtsratsmitglieder Rechnung getragen.[234] Im Einzelnen gilt:

---

217 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 157 f.
218 *Pisal* (Fn. 75), S. 293.
219 *Büdenbender/Rosin* (Fn. 101), S. 130.
220 So schon bislang *Säcker,* RdE 2005, 85, 87.
221 Vgl. auch § 10a Abs. 2 EnWG; a. A. bislang *Büdenbender,* RdA 2006, 193, 200 f.
222 Missverständlich die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 158.
223 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 158.
224 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 158.
225 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 158.
226 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 158; ebenso Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 43; *Pisal* (Fn. 75), S. 290 ff.
227 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 43.
228 So Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 42 f.
229 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 158.
230 *Pisal* (Fn. 75), S. 292.
231 *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 86; siehe insbesondere die Regelungen über die personelle Unabhängigkeit in § 10d Abs. 3 EnWG.
232 *Wilhelm* (Fn. 10), Rn. 1269.
233 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 44.
234 Siehe zum allgemeinen Gesellschaftsrecht *Scholderer,* NZG 2012, 168.

1. Bestellung und Abberufung der Unternehmensleitung

Die wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats einer AG besteht nach § 84 Abs. 1, § 87 Abs. 1 AktG in der Bestellung und Abberufung der Unternehmensleitung nebst Abschluss, Änderung und Beendigung des Anstellungsvertrags zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft.[235] Der Aufsichtsrat hat somit die Personalkompetenz in Bezug auf die Leitungspersonen der Gesellschaft. Bei der GmbH ist für die Ernennung der Geschäftsführer und für den Abschluss des Geschäftsführeranstellungsvertrages sowie dessen Beendigung die Gesellschafterversammlung zuständig,[236] soweit keine Ausnahme nach dem Recht der Unternehmensmitbestimmung greift.[237] Allerdings kann die Befugnis zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer – sowie als Annexkompetenz das Recht zum Abschluss und zur Beendigung des Anstellungsvertrages[238] – gesellschaftsvertraglich einem nach § 52 Abs. 1 GmbHG zu bildenden fakultativen Aufsichtsrat zugewiesen werden (§ 45 GmbHG).[239] Insoweit verlangt § 10d Abs. 1 EnWG nunmehr als lex posterior specialis zwingend die Bildung eines Aufsichtsrats auch bei der GmbH, dem die in § 10d Abs. 2 S. 1 EnWG aufgeführten Personalbefugnisse zugewiesen sind.[240] Das gilt auch für den obligatorischen Aufsichtsrat der GmbH nach dem DrittelbG,[241] den mehrere Transportnetzgesellschaften bilden müssen.

Anders als bei der GmbH hat die KGaA nach § 278 Abs. 3, § 287 AktG i.V.m. §§ 95 ff. AktG einen obligatorischen Aufsichtsrat.[242] Allerdings hat dieser nicht die Kompetenz, die Unternehmensleitung zu berufen und abzubestellen sowie die Anstellungsverträge abzuschließen, da bei der KGaA die Komplementäre „geborene Geschäftsführungsorgane" sind.[243] Für die mitbestimmte KGaA wird dieser Umstand durch § 31 Abs. 1 S. 2 MitbestG ausdrücklich klargestellt.[244] Eine Personalkompetenz des Aufsichtsrats wäre somit nur denkbar, wenn die Satzung ein weiteres Organ vorsieht, welchem in Abweichung vom Grundsatz der Selbstorganschaft die Geschäftsführung übertragen wird.[245]

2. Zuständigkeit

Nach § 10d Abs. 2 S. 2 EnWG ist der Aufsichtsrat zuständig für die Genehmigung der jährlichen und langfristigen Finanzpläne des ITO, für Entscheidungen über die Höhe der Verschuldung des ITO sowie über die Höhe der an die Anteilseigner des ITO auszuzahlenden Dividenden. Demgegenüber unterfallen Entscheidungen, welche die laufenden Geschäfte des ITO, „insbesondere den Netzbetrieb sowie die Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans nach den §§ 12a bis 12f EnWG oder nach § 15a EnWG betreffen", ausschließlich der Kompetenz der Unternehmensleitung i.S.d. § 3 Nr. 33a EnWG.[246] Die Vorschrift ist ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB.[247]

Der Aufsichtsrat und nicht die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung entscheidet nach § 10d Abs. 2 S. 2 EnWG auch über die Höhe der an die Anteilseigner des ITO auszuzahlenden Dividenden.[248] Das soll sicherstellen, dass der ITO über die notwendigen Finanzmittel verfügt, um seine Aufgaben zu erfüllen. Mit Blick auf diese Zweckrichtung ist der Aufsichtsrat bei der Aufstellung der jährlichen Finanzpläne und der Festlegung der Höhe der Verschuldung nicht frei, sondern an das Gesellschaftsinteresse des ITO gebunden,[249] welches anders als bei privatrechtlichen Gesellschaften, wo es vornehmlich darum geht, mit den im Unternehmensgegenstand beschriebenen Mitteln Gewinne für die Anteilseigner zu erzielen,[250] regulierungsrechtlich determiniert ist. Demgemäß müssen die vom Aufsichtsrat zu erstellenden Finanzpläne des ITO ausreichende finanzielle Mittel vorsehen, um den Netzbetrieb und den Netzausbau i.S.d. §§ 11 ff. EnWG zu gewährleisten.[251]

Vergleichbares gilt für die vom Aufsichtsrat festzulegenden Verschuldensgrenzen. Insoweit erkennt § 10b Abs. 1 S. 2 EnWG dem ITO die Befugnis zu, sich Finanzmittel auch auf dem freien Kapitalmarkt zu beschaffen. Diese Befugnis gilt nach § 10b Abs. 1 S. 3 EnWG zwar nur „unbeschadet der Entscheidungen des Aufsichtsrats nach § 10d". Die Bundesnetzagentur will die Zertifizierung eines Transportnetzbetreibers gemäß § 4a Abs. 4 EnWG aber zu Recht davon abhängig machen, ob dieser bestimmte Finanzkennzahlen erreicht, um eine ausreichende Finanzausstattung bei der Zertifizierung zu gewährleisten, welche die nachhaltige wirtschaftliche Leistungs- und Investitionsfähigkeit sicherstellt.[252]

3. Persönliche Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder

§ 10d Abs. 3 EnWG ist für die Praxis von herausragender Relevanz, da er die Reichweite einer Einflussnahme der Anteilseigner auf den ITO über den Aufsichtsrat bestimmt.[253] Die Vorschrift regelt die Anforderungen an die berufliche Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats. Als Aufsichtsratsmitglieder kommen Vertreter des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, anderer Anteilseigner sowie „anderer Interessengruppen" in Betracht. Zur letztgenannten Gruppe zählen in Abhängigkeit von den Mitbestimmungsstatuten auch Vertreter der Arbeitnehmer.[254]

Nach § 10d Abs. 3 S. 1 EnWG gelten die Vorgaben für die personelle Unabhängigkeit von Mitgliedern der obersten Unternehmensleitung gemäß § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG analog für die „Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats … abzüglich einem Mitglied". Die anderen Aufsichtsratsmitglieder, also insbesondere die Vertreter der Anteilseigner, müssen nach § 10d Abs. 3 S. 2 EnWG lediglich die Vorgaben des § 10c Abs. 1 S. 1, 2 und S. 4 Nr. 2 EnWG einhalten.[255] Demgemäß hat die Regulierungsbehörde für diesen Personenkreis auch kein Zustimmungsverweigerungsrecht im Hinblick auf Ernennung und Bestätigung.

Um die Unabhängigkeit der Mitglieder und die Objektivität der Entscheidungen des Aufsichtsrats sicherzustellen, finden nach § 10d Abs. 3 S. 1 EnWG die strengen Vorgaben für die Unabhängigkeit des § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG „auf die Hälfte der Mitglieder

---

235 *Oetker,* in: FS Säcker, 2011, S. 443; ebenso Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 40: gesellschaftsrechtliche Bestellungsakte und zivilrechtliche Anstellungsverträge.

236 § 46 Nr. 5 GmbHG umfasst nicht nur die Willensbildung im Innenverhältnis, sondern auch die rechtsgeschäftliche Bestellung sowie als Annex den Abschluss und die Kündigung des Anstellungsvertrages.

237 Vgl. nur § 31 MitbestG; zur Annexkompetenz auf Abschluss des Anstellungsvertrages BGH, NJW 1984, 733 (Urt. v. 14.11.1983 – Az. II ZR 33/83); *Säcker,* DB 1977, 1845, 1847.

238 BGH, NJW 1984, 733, 735 (Urt. v. 14.11.1983 – Az. II ZR 33/83).

239 *Zöllner/Noack,* in: Baumbach/Hueck (Fn. 60), § 53 Rn. 122.

240 Ebenso *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 86.

241 Siehe noch im Folgenden, unter 4.

242 *Bachmann* (Fn. 169), § 287 Rn. 1.

243 *Perlitt* (Fn. 172), § 287 Rn. 43

244 *Bachmann* (Fn. 169), § 287 Rn. 9.

245 Siehe oben, unter IV. 3.

246 Vgl. Art. 20 Abs. 1 S. 2 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG.

247 So – im Hinblick auf Art. 18 Abs. 1 lit. a der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG – auch *Pisal* (Fn. 75), S. 280, unter zutreffendem Hinweis auf das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorgaben über die Weisungsfreiheit des ITO.

248 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 343/11, 107, 160. Gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 2 AktG entscheidet normalerweise die Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns.

249 *Habersack,* in: Münchener Kommentar zum AktG (Fn. 181), § 116 Rn. 41. Ausführlich *Säcker/Boesche,* BB 2006, 897.

250 *Koberski,* in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. A., 2010, § 25 Rn. 94.

251 So zur bisherigen Rechtslage schon *Bourwieg/Miller,* RdE 2008, 230, 234; siehe nunmehr auch Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 21. Welche Probleme damit verbunden sein können, zeigt der Artikel in der FTD v. 21.2.2012 „Stromnetzbetreiber Tennet schreit nach Hilfe". Angesichts der Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiber nach neuem Recht wäre die Bildung einer deutschen Einheitsgesellschaft sinnvoll gewesen; vgl. *Säcker,* RdE 2009, 305.

252 Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 7.

253 *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 86.

254 Vgl. Art. 20 Abs. 2 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG.

255 Unionsrechtlich geboten ist nach Art. 20 Abs. 3 UAbs. 2 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG bzw. der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG. Danach kann die „Regulierungsbehörde … Einwände gegen die in Absatz 1 genannten Entscheidungen erheben, … wenn Zweifel an der Berechtigung einer vorzeitigen Vertragsbeendigung bestehen".

abzüglich einem Mitglied" entsprechend Anwendung. Die Auslegung dieser Vorschrift ist umstritten.[256] Der Gesetzgeber wollte mit § 10d Abs. 3 EnWG den – per definitionem nicht unabhängigen – Repräsentanten der Anteilseigner eine knappe Mehrheit im Aufsichtsrat sichern.[257] Aus diesem Grunde unterfallen diese Personen zwingend den erleichterten Vorgaben für die Unabhängigkeit des § 10d Abs. 3 S. 2 EnWG. Als unabhängig gelten die von den Arbeitnehmern des ITO gewählten Repräsentanten im obligatorischen Aufsichtsrat, da sie nicht vom Konzerninteresse gesteuert, sondern allein an der Interessenlage der Netzgesellschaft orientiert sind. Sie gehören daher zu den unabhängigen Personen i. S. v. § 10c Abs. 3 S. 2 EnWG. Für einen neunköpfigen Aufsichtsrat, der nach dem DrittelbG besetzt ist, bedeutet dies, dass neben den fünf Anteilseignerrepräsentanten, die eine Stimmenmehrheit von einer Stimme haben, drei Arbeitnehmerrepräsentanten und ein unabhängiger externer Experte sitzen.[258]

4. Verhältnis zum Recht der Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer

Die Regelungen des §10d Abs. 3 EnWG über die Unabhängigkeit der Mitglieder des ITO-Aufsichtsrats stehen in Einklang mit den Vorgaben des deutschen Gesellschafts- und Mitbestimmungsrechts. Gemäß § 1 Nr. 3 DrittelbG ist zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden, wenn eine Gesellschaft in der Regel mehr als 500 bis einschließlich 2 000 Arbeitnehmer beschäftigt.[259] Hat das Netzunternehmen 2 001 Mitarbeiter, ist nach § 6 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 MitbestG ein obligatorischer Aufsichtsrat zu bilden, der paritätisch mit Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zu besetzen ist. Aufgrund der hohen Arbeitnehmerschwelle wird für Transportnetzbetreiber aber nicht das MitbestG, sondern das DrittelbG eingreifen.[260]

Gemäß § 4 Abs. 1 DrittelbG muss der Aufsichtsrat zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen, seine Mitgliederzahl also durch drei teilbar sein.[261] Wer mit einer am „mathematischen Wortlaut" von § 10d Abs. 3 EnWG orientierten Sichtweise zu einem zulässigen Überwiegen der Anteilseignerseite in Form von zwei Aufsichtsratssitzen kommt, muss – insoweit folgerichtig – eine Änderung des DrittelbG fordern.[262] Mit einer solchen Zuteilung der Sitze wäre nämlich eine ungerade Gesamtzahl der Aufsichtsratssitze nicht vereinbar.[263] Nach zutreffender Sichtweise wollte der Gesetzgeber den Anteilseignervertretern lediglich eine Ein-Stimmen-Überzahl im Aufsichtsrat zubilligen. Folgerichtig ist keine Änderung an den Regelungen des Mitbestimmungsrechts geboten. Sofern der Aufsichtsrat aus einer ungeraden Zahl besteht, haben die unabhängigen Mitglieder einen Sitz weniger als die Vertreter der Anteilseigner. Bei einer geraden Zahl an Aufsichtsratsmitgliedern ist den Erfordernissen von § 10d Abs. 3 S. 1 EnWG durch eine paritätische Besetzung zu entsprechen, wobei dem von der Anteilseignerseite bestellten Vorsitzenden bei Pattsituationen per Satzung ein Stichentscheidsrecht eingeräumt werden kann.[264]

VII. Ergebnis

Anders als eine eigentumsrechtliche Entflechtung eröffnet das ITO-Modell den Transportnetzbetreibern zwar die Möglichkeit, weiterhin in einem – allerdings durch gesetzliche Regelungen deutlich eingeschränkten – Finanzverbund mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zu bleiben. Angesichts komplexer Vorgaben für die rechtliche, organisatorische und personelle Unabhängigkeit des ITO ist aber die bisher gegebene konzernmäßige Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung i. S. v. § 18 Abs. 1 S. 1 AktG aufgelöst. Das Leitungsorgan des ITO ist faktisch unabhängig gegenüber dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen. Eine Bestellung der Mitglieder des obersten Leitungsorgans gegen die Stimmen der unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsrats ist wegen des Vetorechts der Bundesnetzagentur de facto ausgeschlossen. Das leichte Übergewicht der Anteilseigner von einer Stimme im Aufsichtsrat sichert unter diesen Umständen keinen dominanten Einfluss auf den ITO.

Das Leitungsorgan ist gesetzlich legitimiert, sich das notwendige Kapital für die Finanzierung des Netzausbaus und die Netzpflege zu beschaffen. Die Anteilseigner des ITO haben insoweit kein Sperrrecht; sie sind vielmehr verpflichtet, diese Finanzierungsverantwortung als Gesellschafter des ITO mitzutragen, und ggf. rechtlich gehalten, zur Erfüllung der Netzaufgaben des Netzbetreibers in Zeiten der Energiewende das Eigenkapital zu erhöhen. Eine Weigerung stellte sich als Verletzung der gesellschaftsbezogenen Mitwirkungs- und Treuepflicht dar.

Als geeignete Rechtsform für den ITO bieten sich die AG und die dualistisch ausgestaltete SE an. Aber auch die KGaA mit einer Kapitalgesellschaft als Komplementär und die GmbH kommen bei AG-gleicher Satzungsgestaltung in Betracht.

---

256 Die Bundesnetzagentur, Hinweispapier (Fn. 23), S. 44, nimmt hierzu keine Stellung.

257 *Säcker,* et 11/2009, 80; siehe auch *Helmreich,* wbl 2011, 345, 351.

258 *Säcker,* et 11/2009, 80; a. A. *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 86; 12/2009, 74, 74 f.; *Trümner,* et 12/2010, 85, 87, die meinen, der Gesetzgeber müsse das DrittelbG ändern und eine Besetzung des Aufsichtsrats mit einer geraden Mitgliederzahl vorsehen, damit die Anteilseignerseite ein Übergewicht von zwei(!) Stimmen habe, und eine Stimmenverteilung im Sechseraufsichtsrat von 4:2, im Achteraufsichtsrat von 5:3 usw. fordern. Damit wird der Sinn der gesetzlichen Regelung verfehlt. Siehe noch im Folgenden, unter 4.

259 Wird die Schwelle von 2 000 Arbeitnehmern überschritten, gilt gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 DrittelbG, § 1 Abs. 3 MitbestG das MitbestG.

260 *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 86.

261 *Oetker* (Fn. 207), § 4 DrittelbG Rn. 2. Eine Teilbarkeit durch drei fordert auch § 95 Abs. 1 S. 3 AktG.

262 So *Schmidt-Preuß,* et 9/2009, 82, 86; 12/2009, 74, 74 f.; zustimmend *Trümner,* et 12/2010, 85, 87.

263 *Schmidt-Preuß,* et 12/2009, 74, 75: Es sei bei einer ungeraden Zahl „sinnlos, von einer Hälfte zu sprechen".

264 *Säcker,* et 11/2009, 80; zur Zulässigkeit *Habersack* (Fn. 249), § 107 AktG Rn. 66.

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. h. c. *Franz Jürgen Säcker* ist Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht an der Freien Universität Berlin und Direktor des Instituts für Energie- und Regulierungsrecht Berlin e. V. Er ist Mitherausgeber des Münchener Kommentars zum BGB (derzeit 6. Auflage), des Berliner Kommentars zum Energierecht, des Berliner Kommentars zum Telekommunikationsrecht sowie des Münchener Kommentars zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (zugleich in englischer Fassung 2008 im Maxwell-Verlag unter dem Titel „Competition Law: European Community Practice and Procedure" erschienen).

Dr. *Jochen Mohr* studierte im Anschluss an eine kaufmännische Ausbildung Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Dem ersten Staatsexamen im Jahr 1997 folgte im Jahr 2000 das Assessorexamen sowie im Jahr 2002 die Promotion. Er ist seit 2000 als Rechtsanwalt in Berlin, Stuttgart und Dresden tätig. Seit 2008 ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Institut für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht an der Freien Universität Berlin.