

## enreg. Workshop zum Energierecht

Die Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 25.08.2014 zu den ITO-Zertifizierungsbescheiden – der Anwendungsbereich der Cooling-Regelungen auf dem Prüfstand

Dr. Christian F. Haellmigk, LL.M.

Berlin, 15. September 2014

## Cooling-Regelungen des § 10c Abs. 6 EnWG

- Betroffener Personenkreis:
  - Personen, die beim UTB der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt sind und
  - für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich sind
- Dauer der Karenzzeit
  - Cooling-on-Zeit: 3 Jahre
  - Cooling-off-Zeit: 4 Jahre

## Cooling-Regelungen des § 10c Abs. 6 EnWG

- Positionen, von denen aus nicht in die zweite Führungsebene beim UTB bzw. umgekehrt in die nicht gewechselt werden darf
  - alle Stellen bei einem Unternehmen des vertikal integrierten Unternehmens, das im Elektrizitätsbereich eine der Funktionen Erzeugung, Verteilung, Lieferung oder Kauf von Elektrizität und im Erdgasbereich eine der Funktionen Gewinnung, Verteilung, Lieferung, Kauf oder Speicherung von Erdgas wahrnimmt oder kommerzielle, technische oder wartungsbezogene Aufgaben im Zusammenhang mit diesen Funktionen erfüllt.
  - Stellen beim Mehrheitsanteilseigner dieser Unternehmen
  - auch Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu diesen Unternehmen oder deren Mehrheitsanteilseignern sind betroffen

## Vorgehen der BNetzA in den Zertifizierungsverfahren

- Auffassung BNetzA:
  - alle Leiter der zweiten Führungsebene, die einen kommerziellen, rechtlichen oder technischen Bereich leiten, unterliegen den Cooling-Regelungen, es sei denn, sie sind für offensichtlich netzfremde Dienstleistungen verantwortlich, wie z.B. "Einkauf", "Facilitymanagement" oder "Vertrieb von Dienstleistungen"
  - im Zweifel alle Leiter auf der zweiten Führungsebene
- BNetzA stellt in einer eigenen Ziffer des Zertifizierungsbescheides jeweils fest, dass bestimmte Leiter den Cooling-Regelungen unterfallen
- Fünf FNB legen diesbezüglich Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein

## Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerden

Obwohl § 10c Abs. 6 EnWG unmittelbar die Rechtslage regelt, Anfechtungsbeschwerde zulässig, weil:

- trennbare Nebenbestimmung
- Feststellung der BNetzA setzt eine verbindliche Rechtsfolge (keine unverbindliche Klarstellung)

## Verfassungsmäßigkeit der Cooling-Regelungen

- Bewertungsmaßstab wohl Charta der Grundrechte der EU und nicht Grundgesetz, OLG Düsseldorf lässt diese Frage jedoch offen, da weitgehend ähnliche Schutzbereiche
- Nach Auffassung des OLG Düsseldorf:
  - keine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit des Netzbetreibers
  - keine Verletzung der Eigentumsgarantie des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens einschließlich des UTB sowie deren Gesellschafter
  - keine Verletzung der Berufswahlfreiheit der betroffenen Personen
  - keine Verletzung des Gleichheitssatzes

## Enge Auslegung des § 10c Abs. 6 EnWG

- Wortlaut: nur ganz bestimmte Betriebsbereiche betroffen, zudem weitere Einschränkung durch das Erfordernis der Verantwortung
- Systematik: "Betrieb des Netzes" nicht gleichzusetzen mit Netzbetrieb des Netzbetreibers, da ansonsten die Merkmale "Wartung oder Entwicklung" ohne Bedeutung, daher Querschnittsaufgaben nicht erfasst
- Historische Entwicklung der Vorschrift: Anwendungsbereich des § 10c Abs. 6 EnWG sollte auf Personen beschränkt werden, die "erheblichen Einfluss und umfangreiche Erkenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustandes" haben

## Enge Auslegung des § 10c Abs. 6 EnWG

- Sinn und Zweck: nicht plausibel, dass strengere Vorgaben gelten sollten als beim Aufsichtsrat, daher genügt nicht jede "Mitverantwortung" für einen Bereich, der den Netzbetrieb "irgendwie unterstützt"
- Grundrechtsschonende Auslegung: Wegen der Erheblichkeit des Eingriffs durch die mit 3 und 4 Jahren vergleichsweise langen Karenzzeiten ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine enge, sich am Wortlaut und Systematik orientierende Auslegung sachgerecht



## Die den Cooling-Regelungen nicht unterfallenden Leitungen

- Leiter Bereich: "Recht und Regulierung" oder "Recht und Versicherungen"
- Leiter Bereich: "Kaufmännischer Bereich"
- Leiter Bereich: "Technisches Sicherheitsmanagement"
- Leiter Bereich: "Finanzen und IT", soweit nicht für netzbezogenen IT-Einsatz verantwortlich
- Leiter Bereich: "Einkauf", sofern nicht auch in Beschaffung netzspezifischer Komponenten eingebunden
- Leiter Bereich: "Controlling"
- Leiter Bereich: "Finanzen und Steuern"
- Leiter Bereich: "Personal und Verwaltung"
- Leiter Bereich: "Leistungsrechte und Liegenschaften", sofern für Vermessung und Dokumentation Leistungsrechte verantwortlich

## Kontakt Daten

Dr. Christian F. Haellmigk, LL.M. (Brügge)

Partner | Rechtsanwalt

CMS Hasche Sigle

Schöttlestraße 8

70597 Stuttgart

T +49 (0)711 9764 - 304

F +49 (0)711 9764 - 96302

E [Christian.Haellmigk@cms-hs.com](mailto:Christian.Haellmigk@cms-hs.com)



CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Rechtsanwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Moskau, Peking und Shanghai für ihre Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung der unabhängigen Mitgliedssozialitäten. CMS Legal Services EEIG erbringt keinerlei Mandantenleistung. Derartige Leistungen werden in den jeweiligen Ländern ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten erbracht. In bestimmten Fällen dient CMS als Marken- oder Firmenname einzelner beziehungsweise aller Mitgliedssozialitäten oder deren Büros oder bezieht sich auf diese. CMS Legal Services EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständig und unabhängig. Zwischen ihnen besteht keine Beziehung in Form von Mutter- und Tochtergesellschaften beziehungsweise keine Vertreter-, Partner- oder Joint-Venture-Beziehung. Keine Angabe in diesem Dokument ist so auszulegen, dass eine solche Beziehung besteht. Keine Mitgliedssozialität ist dazu berechtigt, im Namen von CMS Legal Services EEIG oder einer anderen Mitgliedssozialität unmittelbar oder mittelbar oder in jeglicher anderer Form Verpflichtungen einzugehen.

**CMS-Büros und verbundene Büros:**

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt / Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Maskat, Mailand, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

[www.cms-hs.com](http://www.cms-hs.com)