



- Beschlusskammer 7 -

**Öffentliche Fassung**

**Beschluss**

Az.: BK7-15-049

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Verstoß gegen nachträgliches Anstellungsverbot (Cooling Off)

der OOO Gazprom Export, Ploschad Ostrovskogo 2a Litera „A“, 191023 St. Petersburg, Russische Föderation, gesetzlich vertreten durch die Generaldirektion,

Betroffene,

- Verfahrensbevollmächtigte: CMS Hasche Sigle, Stadthausbrücke 1-3, 20355 Hamburg -
- Zustellungsbevollmächtigter: Herr Dr. Jörg Kammerer, Direktor Recht, GAZPROM Germania GmbH, Markgrafenstraße 23, 10117 Berlin -

der GASCADE Gastransport GmbH, Kölnische Straße 108-112, 34119 Kassel, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 1),

und der folgenden natürlichen Person:



Beigeladener zu 2),

- Verfahrensbevollmächtigte: CMS Hasche Sigle, Stadthausbrücke 1-3, 20355 Hamburg -
- Zustellungsbevollmächtigter: Herr Dr. Jörg Kammerer, Direktor Recht, GAZPROM Germania GmbH, Markgrafenstraße 23, 10117 Berlin -

hat die Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann,

durch ihren Vorsitzenden Christian Mielke,  
ihre Beisitzerin Dr. Stephanie Ruddies  
und ihre Beisitzerin Dr. Antje Peters

am 16.12.2015 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Betroffene durch die Anstellung des Beigeladenen zu 2) gegen das nachvertragliche Anstellungsverbot des § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG verstößt.
2. Die Betroffene wird verpflichtet, es bis einschließlich 30.04.2019 zu unterlassen, ein Arbeitsverhältnis mit dem Beigeladenen zu 2) zu unterhalten oder eine rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beigeladenen zu 2) zu begründen oder aufrecht zu erhalten.
3. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

## Gründe

### I.

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft ein Aufsichtsverfahren gemäß § 65 EnWG in Verbindung mit § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG wegen eines Verstoßes gegen das nachvertragliche Anstellungsverbot des § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG.

Die Betroffene ist ein 100%iges Tochterunternehmen der russischen PAO GAZPROM (vormals OAO GAZPROM) mit Sitz in Moskau. Die Betroffene wiederum ist Alleingesellschafterin der GAZPROM Germania GmbH („GAZPROM Germania“) mit Sitz in Berlin. Zusammen mit dieser und weiteren Tochterunternehmen bilden sie die GAZPROM export-Gruppe, welche durch verschiedene Unternehmen im Bereich der Gewinnung, des Vertriebs und der Speicherung von Erdgas innerhalb und außerhalb der Europäischen Union tätig ist. Die Betroffene ist auch selbst im Energiebereich in der Europäischen Union tätig (vgl. bereits Beschluss vom 05.02.2013, BK7-12-031, S. 18 ff.).

Zum Ablauf des 30. Septembers 2015 vollzogen die PAO GAZPROM (vormals OAO GAZPROM) und die BASF SE den bereits im Dezember 2013 geplanten Tausch von Unternehmensanteilen. Der BASF-Konzern hat seine Beteiligungen an den Erdgashandels- und Speichergesellschaften der heutigen W & G-Gruppe im Gegenzug für eine Beteiligung im Bereich der Gasförderung an den GAZPROM Konzern abgegeben (<http://www.wintershall.com/presse-news/detail/news/basf-und-gazprom-vollziehen-asset-tausch.html>). Die Zusammenarbeit im Erdgastransportgeschäft der heutigen W & G-Gruppe wird dabei in einem Joint Venture mit letztlich unveränderten Beteiligungsverhältnissen fortgesetzt (siehe auch Entscheidung der

Europäischen Kommission vom 3. Dezember 2013, C(2013) 8848 final/M.6910 GAZPROM/WINTERSHALL/TARGET COMPANIES, Rn. 8 und 51).

Die Anteile der Transportnetzbetreiber GASCADE Gastransport GmbH (Beigeladene zu 1)), NEL Gastransport GmbH und OPAL Gastransport GmbH & Co. KG wurden zu diesem Zweck in eine neue Holdinggesellschaft (W & G Transport Holding GmbH) ausgegliedert. Die Anteile an dieser Holdinggesellschaft werden zu 99,9% durch eine weitere Holdinggesellschaft gehalten, der WIGA Transport Beteiligungs GmbH & Co. KG und zu 0,1% von der W & G Beteiligungs GmbH & Co. KG, einer Holdinggesellschaft der W & G Gruppe. Der GAZPROM Konzern ist zu 49,98% über die GAZPROM Germania GmbH sowohl an der WIGA Transport Beteiligungs GmbH & Co. KG, als auch an der W&G Beteiligungs GmbH & Co. KG beteiligt. Der BASF-Konzern ist an diesen beiden Holdinggesellschaften jeweils zu 50,02% über die Wintershall Erdgas Beteiligungs GmbH bzw. die Wintershall Holding GmbH beteiligt.

Die Beigeladene zu 1) wurde durch Beschluss vom 05.02.2013 (Az. BK7-12-031) von der Beschlusskammer unter verschiedenen Auflagen als Unabhängiger Transportnetzbetreiber nach § 4a EnWG zertifiziert. Dabei wurden seitens der GAZPROM-Beteiligung die Unternehmen der GAZPROM export-Gruppe, die Aktivitäten im Energiebereich wahrnehmen, dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zugerechnet. Die Betroffene wurde als „Kopf“ bzw. Muttergesellschaft des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der GAZPROM export-Gruppe betrachtet. Die Beschlusskammer fasste dahingegen die PAO GAZPROM (vormals OAO GAZPROM), die Muttergesellschaft der Betroffenen, nicht unter die Definition des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens des § 3 Nr. 38 EnWG, da diese im Energiebereich ausschließlich außerhalb der Europäischen Union tätig ist (vgl. Beschluss vom 05.02.2013, BK7-12-031, S. 18 f.).

Der Beigeladene zu 2) wechselte zum 01.04.2013 zu der Beigeladenen zu 1). Zuvor war er bei der Betroffenen im Bereich [REDACTED] beschäftigt. Mit Wirkung zum 01.10.2013 wurde er für die Dauer von vier Jahren zum Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) bestellt. Gleichzeitig übernahm er die Leitung des unmittelbar der Geschäftsführung unterstellten Ressorts [REDACTED]. Dem Leiter des Ressorts [REDACTED] kommt die disziplinarische Verantwortung für die Fachbereiche [REDACTED] zu. Die Fachbereichsleiter berichten dem Ressortleiter über die operativen Geschäftsabläufe. Dem Ressortleiter sind eigene Entscheidungsbefugnisse für die ihm zugeordneten Fachbereiche vorbehalten.

Mit Schreiben vom 16.03.2015 unterrichtete die Beigeladene zu 1) die Beschlusskammer darüber, dass der Beigeladene zu 2) sein Mandat als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) aus persönlichen Gründen zum Ablauf des 30.04.2015 niedergelegt habe und das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis zum gleichen Zeitpunkt kündige. Eine Anschlussbeschäftigung sei

derzeit nicht bekannt. Der Beigeladene zu 2) teilte dies der Beschlusskammer am 17.03.2015 telefonisch mit.

Mit Email vom 20.05.2015 informierte der Beigeladene zu 2) die Beschlusskammer darüber, dass er bei der Betroffenen [REDACTED]. Mit Schreiben vom 21.05.2015 unterrichtete die Beigeladene zu 1) die Beschlusskammer über diesen Umstand.

Die Beschlusskammer leitete am 14.07.2015 ein Aufsichtsverfahren gemäß § 65 EnWG gegen die Betroffene wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen das nachvertragliche Anstellungsverbot des § 10c Abs. 5 EnWG ein.

Mit Schreiben vom 14.07.2015 hat die Beschlusskammer die Betroffene und die Beigeladenen über die Einleitung des Verfahrens informiert und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Die Betroffene hat Herrn Dr. Jörg Kammerer, Direktor Recht, GAZPROM Germania GmbH, Markgrafenstraße 23, 10117 Berlin mit Schreiben vom 03.08.2015 als zustellungsbevollmächtigte Person für Entscheidungen der Beschlusskammer benannt. Mit Schreiben vom 05.08.2015 ist Herr Dr. Jörg Kammerer, Direktor Recht, GAZPROM Germania GmbH, Markgrafenstraße 23, 10117 Berlin auch für den Beigeladenen zu 2) als Zustellungsbevollmächtigter benannt worden.

Die Beigeladene zu 1) ist auf ihren Antrag vom 20.07.2015, eingegangen am 21.07.2015, mit Beschluss vom 14.08.2015 (BK7-15-059-B1) beigeladen worden. Der Beigeladene zu 2) ist auf Antrag vom 25.08.2015 mit Beschluss vom 28.08.2015 (BK7-15-059-B1) beigeladen worden.

Die Betroffene hat mit Schriftsatz vom 25.08.2015 Stellung genommen. Sie trägt vor, dass die konkrete Anwendung der sog. Cooling Off-Regelung des § 10c Abs. 5 EnWG auf den Wechsel des Beigeladenen zu 2) zu der Betroffenen die nach Art. 16 Grundrechtscharta verbürgte unternehmerische Freiheit und die nach Art. 15 Grundrechtscharta verbürgte Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Netzbetreiber und Berufswahlfreiheit der vom Cooling betroffenen Personen verletze. So sei insbesondere die lange Dauer der vierjährigen Cooling Off-Frist unverhältnismäßig und verstoße gegen den Gleichheitssatz. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf den Vortrag der Beigeladenen zu 1) in den Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf (VI-3 Kart 57/13) und dem Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof (EnVR 51/14). Für die Person des Beigeladenen zu 2) gelte dies in besonderem Maße, da er [REDACTED]. Die Position bei der Beigeladenen zu 2) habe er [REDACTED] aufgegeben und sei [REDACTED]. Aufgrund [REDACTED] [REDACTED] der Monopolstellung der GAZPROM-Gruppe in diesem Bereich in Russland wäre es für ihn nahezu unmöglich gewesen, eine adäquate Anschlussposition in Russland außerhalb der GAZPROM-Gruppe zu finden. Die Situation des Beigeladenen zu 2) unterscheide sich insoweit von der Situation von Führungskräften bei Fernleitungsnetzbe-

treibern in der Europäischen Union, da diese aufgrund des liberalisierten Energiemarktes und einer großen Zahl an Netzbetreibern und Energieversorgern gute Chancen hätten, im Falle eines Ausscheidens auch in ihrem Heimatland eine angemessene Anschlussbeschäftigung zu finden. Zudem sei die vierjährige Cooling Off-Frist [REDACTED]

[REDACTED]. Die Betroffene trägt weiter vor, dass die Bundesnetzagentur aufgrund des völkerrechtlichen Gebots der territorialen Souveränität (Art. 2 Abs. 1 Charta der Vereinten Nationen) hoheitliche Befugnisse nur auf deutschem Hoheitsgebiet, nicht aber auf dem Gebiet der Russischen Föderation ausüben könne. Die Anstellung des Beigeladenen zu 2), die Anstoß für das vorliegende Aufsichtsverfahren sei, sei auf dem Gebiet der Russischen Föderation erfolgt. Eine Nichteinstellung bzw. Kündigung des Beigeladenen zu 2) durch die Betroffene verstoße zudem gegen russische Grundrechte zur freien Berufswahl. Eine Kündigung sei daher vor russischen Arbeitsgerichten angreifbar und zöge Verwaltungsanktionen gegen die Betroffene nach sich. Der Beigeladene zu 2) unterläge zudem strengen nachvertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtungen, die ihn daran hinderten, diskriminierungsrelevantes Sonderwissen in seiner neuen Tätigkeit zu nutzen. Angesichts der hohen Transparenz des Netzbetriebs und des in Deutschland praktizierten standardisierten Netzzugangssystems sei zudem nicht ersichtlich, dass der Beigeladene zu 2) überhaupt über diskriminierungsrelevantes Sonderwissen verfüge. Die Betroffene hat daher beantragt, das Aufsichtsverfahren einzustellen.

Der Beigeladene zu 2) hat mit Schriftsatz vom 25.08.2015 Stellung genommen. Er rügt eine Verletzung seiner sowohl im deutschen, russischen und europäischen Recht verbürgten Berufsfreiheit und schließt sich den Ausführungen der Betroffenen an.

Die Landesregulierungsbehörde Hessen ist gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert worden.

Das Bundeskartellamt hat am 14.12.2015 sein Einvernehmen gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 EnWG in Verbindung mit § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG bezüglich der Bestimmung des Verpflichteten erteilt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

Die Betroffene verstößt als Unternehmen eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, das im Erdgasbereich eine der Funktionen Gewinnung, Verteilung, Lieferung, Kauf oder Speicherung von Erdgas wahrnimmt und welchem die Beigeladene zu 1) als zertifizierter Unabhängiger Transportnetzbetreiber angehört, gegen das nachvertragliche Anstellungsverbot des § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG, indem sie den Beigeladenen zu 2)

anstellt. Die Beschlusskammer hat die Betroffene daher nach § 65 Abs. 1 EnWG unter Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens verpflichtet, das gesetzwidrige Verhalten abzustellen.

## 1. Rechtsgrundlage

Der Beschluss findet seine Rechtsgrundlage in § 65 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG. Danach kann die Regulierungsbehörde ein Unternehmen verpflichten, ein Verhalten abzustellen, das den Bestimmungen des EnWG entgegensteht (§ 65 Abs. 1 S. 1 EnWG). Hierzu kann sie nach § 65 Abs. 1 Satz 2 EnWG alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen vorschreiben.

Die Rechtsgrundlage ist auch verfassungsgemäß. Soweit die Betroffene und der Beigeladene zu 2) verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung des § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit deutschen, russischen und europäischen Grundrechten vortragen, können diese nicht durchgreifen (vgl. auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, VI-3 Kart 57/13 (V), S. 35 ff.). Auch wenn die Frage im Ergebnis wegen der weitgehend übereinstimmenden Schutzbereiche zu keinem unterschiedlichen Ergebnis führt, dürfte Maßstab vorliegend die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) sein, da die europäischen Vorgaben dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung der Cooling-Regelungen keinen Umsetzungsspielraum belassen (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 49).

Der Betroffenen und dem Beigeladenen zu 2) ist zwar zuzugeben, dass die Regelung des § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG über das nachvertragliche Anstellungsverbot in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sowie des Netzbetreibers nach Art. 16 GRCh und der Berufsausübungsfreiheit der von ihr betroffenen Führungspersonen nach Art. 15 GRCh eingreift. Die Regelungen des § 10c Abs. 5 EnWG schränken sowohl die unternehmerische Freiheit und Berufsausübung des Netzbetreibers, als auch die des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ein, indem sie etwa Personalplanungen erschweren. Auch der betroffene Personenkreis ist in seiner Berufswahl eingeschränkt und kann innerhalb der festgelegten Karenzzeit nicht ohne Einschränkungen Positionen wechseln, beziehungsweise Interessen- oder Geschäftsbeziehungen mit bestimmten Unternehmen unterhalten.

Dieser Eingriff durch das nachvertragliche Anstellungsverbot ist aber jedenfalls gerechtfertigt, da er geeignet, erforderlich und angemessen ist, um das im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen bestehende Diskriminierungspotential gegenüber konzernfremden Marktteilnehmern zu vermindern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, VI-3 Kart 57/13 (V), S. 36).

Das nachvertragliche Anstellungsverbot dient dem diskriminierungsfreien Betrieb der Transportnetze, indem der Transfer und die Nutzung diskriminierungsrelevanten Wissens zwischen dem

Transportnetzbetreiber und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen vermindert wird. Es verringert zudem Anreize für das Führungspersonal des Transportnetzbetreibers, verbundene Unternehmen angesichts einer möglichen attraktiven Nachbeschäftigung im Konzern bevorzugt zu behandeln. Ohne entsprechende Sperrfristen könnte Fehlanreizen und Diskriminierungspotential durch Wechsel innerhalb des Unternehmensverbands nicht begegnet werden.

Nicht durchgreifen kann der Einwand der Betroffenen und des Beteiligten zu 2), ein solches Diskriminierungspotential bestünde angesichts der strengen europäischen und deutschen Regulierung, der hohen Transparenz des Netzbetriebs und des standardisierten Netzzugangs in Deutschland gar nicht. Beim Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers nach den §§ 10 bis 10e EnWG besteht gegenüber dem Modell des vollständig eigentumsrechtlich entflochtenen Netzbetreibers ein erhöhtes Diskriminierungspotential, da der Netzbetreiber im Konzern mit allen seinen Interessensbeziehungen verbleibt. Daraus ergibt sich bei diesem Modell die Notwendigkeit strenger Unabhängigkeitsregelungen. Dies gilt gerade auch in Bezug auf die berufliche Handlungsunabhängigkeit des Führungspersonals, um ein wettbewerblich orientiertes Management-Verhalten sicherzustellen und unerwünschte Wissens- und Informationsschnittstellen auszuschalten (vgl. m.w.N. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, VI-3 Kart 57/13 (V), S. 37 und 38). Der Umstand, dass das Diskriminierungspotential angesichts fortschreitender Standardisierung und Entflechtung zunehmend sinkt, steht der Erforderlichkeit nicht entgegen. Es zeigt vielmehr, dass der Prozess der Entflechtung vorangeht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, VI-3 Kart 57/13 (V), S. 39). Dass auch die Betroffene und der Beigeladene zu 2) grundsätzlich von einem diskriminierungsrelevanten Sonderwissen des Beigeladenen zu 2) ausgehen, ergibt sich aus ihrem eigenen Vortrag und dem diesbezüglichen Verweis auf strenge nachvertragliche Verschwiegenheitspflichten des Beigeladenen zu 2). Ungeachtet der strengen Unabhängigkeitsanforderungen ermöglicht das Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers überhaupt erst den Verbleib des Netzbetreibers innerhalb des Unternehmensverbands bei Entflechtung von Netz und Wettbewerbsbereich. Damit stellt es gegenüber den anderen Entflechtungsmodellen, wie etwa der eigentumsrechtlichen Entflechtung, das mildere Mittel dar. Um aber auch in diesem Modell die Unabhängigkeit des Netzbetreibers zu sichern, bedarf es entsprechender Regelungen wie dem temporären Anstellungsverbot nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Unabhängigen Transportnetzbetreiber.

Das nachvertragliche Anstellungsverbot nach § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG ist auch angemessen. In Abwägung der Vor- und Nachteile der Karenzzeitregelung werden der Adressatenkreis und die betroffenen Unternehmen nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet. Die mit den Regelungen verbundenen Grundrechtseingriffe stehen nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel eines funktionierenden, wettbewerblichen Energiemarktes mit den Transportnetzen als vollständig neutralen Marktplätzen. Dieser Zweck liegt im öffentlichen Interesse der Allgemeinheit. Die preisgünstige und verbraucherfreundliche Versorgung mit

Energie ist dabei als besonders hohes Allgemeingut von großer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung zu betrachten (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 46). Vor diesem Hintergrund sind die Einschränkungen verhältnismäßig im engeren Sinne. Es ist möglich und zumutbar außerhalb des Unternehmensverbands, und ohne mit diesem Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, eine Anstellung zu finden, beziehungsweise geeignete Führungskräfte außerhalb des Verbands zu suchen. Ein Verwendungs- und Unternehmenswechsel ist für Führungskräfte jedenfalls nicht untypisch und wird im Allgemeinen positiv beurteilt, da er Verwendungsbreite und Flexibilität demonstriert. Auch für die betroffenen Unternehmen ist die Suche nach Führungspersonal außerhalb des eigenen Unternehmensverbands daher keine nicht mehr hinnehmbare Belastung, sondern eine ebenfalls nicht untypische Situation des Personalmanagements (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, VI-3 Kart 57/13(V), S. 40).

Entgegen dem Vortrag der Betroffenen und des Beteiligten zu 2) ist auch die Dauer der Abkühlungsphase von vier Jahren im Hinblick auf die mit der Regelung verfolgten Ziele nicht unverhältnismäßig. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das nachvertragliche Anstellungsgebot dem Interesse der Allgemeinheit an einem diskriminierungsfreien Betrieb der Transportnetze als Voraussetzung für einen funktionierenden Energiemarkt dient. Hierbei handelt es sich zudem um einen sensiblen Bereich der Daseinsvorsorge. Den Individual- und Partikularinteressen der betroffenen Unternehmen und Führungspersonen steht somit das Interesse der Gesamtwirtschaft und Allgemeinheit an wettbewerblich organisierten Energiemärkten gegenüber. Weiter gilt zu beachten, dass während der vierjährigen Abkühlungszeit lediglich der Wechsel innerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens verboten ist. Damit wird die personelle Unabhängigkeit des Unabhängigen Transportnetzbetreibers im Verbund des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens weiter gefestigt. Es ist Führungskräften regelmäßig jedoch auch innerhalb dieser Zeit möglich und zumutbar, eine vergleichbare Beschäftigung in ihrem Fachgebiet bei einem anderen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen im Gas- oder Elektrizitätsbereich aufzunehmen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, VI-3 Kart 57/13 (V), S. 40 f.).

Entgegen der Auffassung der Betroffenen und des Beigeladenen zu 2) liegt auch kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 20 GrCh vor. Die Betroffene und der Beigeladene zu 2) rügen insofern eine Ungleichbehandlung zwischen Personen, die innerhalb eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens wechseln und solchen, die zu anderen Energieversorgungsunternehmen wechseln. Hier liegt bereits keine Ungleichbehandlung eines vergleichbaren Sachverhaltes vor. Darüber hinaus wäre eine solche aber jedenfalls sachlich gerechtfertigt. Die Beschränkung des Verbotes auf Wechsel innerhalb eines Unternehmensverbundes ist dadurch gerechtfertigt, dass dort aufgrund einer oft mehrjährigen Zusammenarbeit im Konzern in unterschiedlichen Positionen das Diskriminierungspotential erhöht ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, VI-3 Kart 57/13 (V), S. 36 und 43). Die Einschränkung des Personenkreises trägt darüber hinaus den Bedenken eines ausufernden Verbots Rechnung,

obwohl auch in diesen Fällen durchaus Diskriminierungspotentiale vorhanden sein können. Durch die Konzentration auf den Unternehmensverbund stuft der Gesetzgeber die Anwendbarkeit der Regelungen nach dem unterschiedlich ausgeprägten Diskriminierungspotential ab und nutzt somit das jeweils mildeste, gleich wirksame Mittel zur Zielerreichung.

Das nachvertragliche Anstellungsverbot nach § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG ist somit verfassungsgemäß und mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen und Führungskräfte vereinbar.

## **2. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung**

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit sind die gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren gewahrt worden.

### **2.1. Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende, auf § 65 Abs. 1 EnWG beruhende Entscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 Hs. 1 EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG.

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer fehlt auch nicht aufgrund des von der Betroffenen vorgetragenen Umstands, dass die entflechtungsrechtlich zu beanstandende Anstellung des Beigeladenen zu 2) russischem (Arbeits-)Recht unterliegt, und in Russland bei einem russischen Unternehmen erfolgt ist.

Zwar kann ein Staat nach dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip grundsätzlich nur Sachverhalte regeln, die auf seinem Hoheitsgebiet stattfinden. Abweichend hiervon kann das Energiewirtschaftsgesetz aber in bestimmten Fällen auch bei Sachverhalten mit Auslandsbezug anwendbar sein. Dies bestimmt sich für das Energiewirtschaftsgesetz in Ausprägung des völkerrechtlichen Auswirkungsprinzips nach der Kollisionsnorm des § 109 Abs. 2 EnWG. Danach ist das Energiewirtschaftsgesetz auch auf solche Verhaltensweisen anzuwenden, die außerhalb des Geltungsbereiches des Energiewirtschaftsgesetzes veranlasst wurden, wenn sich die betreffende Verhaltensweise im Geltungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes auswirkt. So liegt der Fall hier. Zwar ereignet sich der Verstoß gegen das nachvertragliche Anstellungsverbot des § 10 Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG, nämlich die Anstellung des Beteiligten zu 2) bei der Betroffenen nicht auf deutschem Hoheitsgebiet, sondern in Russland. Die Anstellung des Beteiligten zu 2) bei der Betroffenen wirkt sich jedoch in Deutschland aus.

Ob eine für § 109 Abs. 2 EnWG hinreichende Inlandsauswirkung vorliegt, beurteilt sich anhand des Schutzzwecks der jeweiligen Norm. Eine hinreichende Inlandsauswirkung liegt nur bei solchen Sachverhalten vor, die den Schutzzweck der jeweiligen Norm verletzen (vgl. zur

gleichlautenden Norm des § 130 Abs. 2 GWB: Lindemann: Frankfurter Komm, Kartellrecht, Mai 2011, § 130, Rn. 219; Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 130 Abs. 2, Rn. 40 f.).

Der Sinn und Zweck des nachvertraglichen Anstellungsverbot des § 10 Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG ist der diskriminierungsfreie Betrieb des Transportnetzes. So spricht der nationale Gesetzgeber beispielsweise beim vorvertraglichen Anstellungsverbot des § 10c Abs. 2 EnWG davon, dass sich das Verhältnis zwischen der betreffenden natürlichen Person und ihrem bisherigen „Arbeitgeber“ im Konzern aufgrund der sich fortschreitenden Entwicklungen in den wettbewerblichen Energiebereichen sowie des abnehmenden persönlichen Kontakts ausreichend „abkühlt“, um einen diskriminierungsfreien Betrieb des Transportnetzes zu gewährleisten (BT-Drs. 17/6072, S. 63). Der Betrieb eines Transportnetzes ist regelmäßig ein „monopolistischer Engpass“ („Bottleneck“), bei dem von vorneherein ein erhebliches Diskriminierungspotential bestehen kann (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, Az. VI-3 Kart 57/13 (V), S. 42, mit weiteren Nachweisen). Die Entflechtungsregeln im Allgemeinen und das nachvertragliche Anstellungsverbot im Besonderen sollen daher bereits Diskriminierungen in abstrakter Form und Anreize für Diskriminierungen strukturell verhindern. Diese Regelungen dienen einem funktionierenden, wettbewerblichen Energiemarkt. Die ein natürliches Monopol darstellenden Transportnetze sollen vollständig neutrale Marktplätze sein, um Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufe, der Produktion und dem Vertrieb von Energie, zu ermöglichen. Wettbewerbliche vollständig liberalisierte Energiemärkte ermöglichen eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche und effiziente Energieversorgung i.S.d. § 1 Abs. 1 EnWG, die dem Verbraucher zugute kommt (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 45 und 64). Darüber hinaus ist das Gas- und Elektrizitätsnetz ein besonders sensibler Bereich der Daseinsvorsorge, der von hoher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, Az. VI-3 Kart 57/13 (V), S. 42, mit weiteren Nachweisen, vgl. auch BT-Drs. 17/6072, S. 46).

Die Cooling-Regelungen sollen den Transfer und die Nutzung diskriminierungsrelevanten Wissens zwischen dem Transportnetzbetreiber und dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen unterbinden. Durch die berufliche Handlungsunabhängigkeit des Führungspersonals des Unabhängigen Transportnetzbetreibers sollen Anreize unterbunden werden, das vertikal integrierte Unternehmen aus Gründen der persönlichen Karrierechancen oder Vergütung zu bevorzugen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2014, Az. VI-3 Kart 57/13 (V), S. 39, mit weiteren Nachweisen). Das nachvertragliche Anstellungsverbot bezieht sich daher spiegelbildlich (auch) auf die vorgelagerte Tätigkeit beim Unabhängigen Transportnetzbetreiber. Das heißt das nachträgliche, zeitlich befristete Anstellungsverbot soll nicht nur sicherstellen, dass die Personen ihr (Netzbetreiber-) Wissen aktiv im neuen Unternehmen verwenden, sondern es soll auch verhindert werden, dass die Personen bereits zum Zeitpunkt ihrer Tätigkeit beim Netzbetreiber in Erwartung einer lukrativen Nachbeschäftigung Anreize haben, das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen besser zu behandeln. Das Diskriminierungspotenzial, dem mit

den Cooling Off-Vorgaben begegnet werden soll, liegt deshalb auch in der vergangenen Tätigkeit des leitenden Personals, welches in Erwartung einer auskömmlichen Anstellung bei einem verbundenen Unternehmen versucht sein könnte, sich zum Nachteil des Marktes und zum Wohle des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zu verhalten.

Durch die Anstellung des Beigeladenen zu 2) bei der Betroffenen wird der skizzierte Schutzzweck des nachvertraglichen Anstellungsverbot verletzt. Die Cooling Off-Regelung soll Wechsel im vertikal integrierten Unternehmen erst dann ermöglichen, wenn sich das Verhältnis des ausscheidenden Führungspersonals zum Transportnetzbetreiber soweit abgekühlt hat, dass diskriminierungsrelevantes Wissen nicht mehr zum Vorteil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens genutzt werden kann. Selbst wenn der Beteiligte zu 2) nur knapp zwei Jahre bei der Beteiligten zu 1) und hiervon nur knapp anderthalb Jahre in der Geschäftsführung beschäftigt war, so kann man bei einer Karenzzeit von höchstens drei Wochen für den Wechsel des Beteiligten zu 2) zu der Betroffenen nicht von einer relevanten „Abkühlungsphase“ sprechen. Darüber hinaus werden Anreize für das Führungspersonal des Unabhängigen Transportnetzbetreibers, das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen im Hinblick auf eine mögliche attraktive Nachbeschäftigung besser zu behandeln, nur dann wirksam vermindert („Abschreckungseffekt“), wenn das nachvertragliche Anstellungsverbot im Falle der Zuwiderhandlung auch durchgesetzt wird. Anderenfalls werden durch die Anstellung des Beigeladenen zu 2) in einer führenden Position der Betroffenen [REDACTED] für Führungskräfte bei Unabhängigen Transportnetzbetreibern Signale gesetzt, dass sich ein Handeln zum Vorteil des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens unter Umständen auszahlen kann. Dies gefährdet die Unabhängigkeit des Führungspersonals von Unabhängigen Transportnetzbetreibern und damit den Schutzzweck des nachvertraglichen Anstellungsverbot. Nicht zuletzt ist zu beachten, dass ein funktionierender Markt maßgeblich auf dem Vertrauen der Marktteilnehmer in sein Funktionieren und damit in einen diskriminierungsfreien Betrieb der Transportnetze basiert. Die Anstellung des Beteiligten zu 2) könnte jedoch dieses Vertrauen der Marktteilnehmer in die Unabhängigkeit des Führungspersonals des Transportnetzbetreibers untergraben. Durch das nachvertragliche Anstellungsverbot soll zudem bereits der Anschein der Nutzung diskriminierungsrelevanten Wissens im Rahmen einer Anschlussbeschäftigung beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen bzw. der Anschein einer (bewussten oder unbewussten) Abhängigkeit des Führungspersonal des Transportnetzbetreibers vermieden werden.

Damit bleibt festzuhalten, dass die beanstandete Anstellung des Beigeladenen zu 2) bei der Betroffenen den Schutzzweck des nachvertraglichen Anstellungsverbot verletzt und sich i.S.d. § 109 Abs. 2 EnWG maßgeblich im Inland auswirkt.

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur entfällt vorliegend auch nicht aufgrund einer völkerrechtlichen Begrenzung des in § 109 Abs. 2 EnWG gesetzlich normierten völkerrechtlichen

Auswirkungsprinzips. Um Konflikte zwischen den Rechtsordnungen des „Auswirkungsstaates“ und des „Veranlasserstaates“ zu vermeiden, werden dem völkerrechtlichen Auswirkungsprinzip in bestimmten Fällen Grenzen gesetzt. Eine Einschränkung wird überwiegend aufgrund des völkerrechtlichen Interventionsverbotes diskutiert, das eine Einmischung in fremde Angelegenheiten eines anderen Staates untersagt. Nach diesem Prinzip hat die Regelung eines Sachverhaltes mit Auslandsbezug durch den „Auswirkungsstaat“ zu unterbleiben, wenn im Rahmen einer Interessenabwägung das Interesse des „Veranlasserstaates“ am Unterlassen der Regelung das Rechtsanwendungs- und Rechtsdurchsetzungsinteresse des „Auswirkungsstaates“ deutlich überwiegt. Dies wird dann angenommen, wenn der Nachteil, der dem „Veranlasserstaat“ durch die Rechtsanwendung entsteht in einem (krassen) Missverhältnis zu dem Regelungsinteresse des „Auswirkungsstaates“ steht (vgl. m.w.N. OLG Düsseldorf, VI-Kart 8/07 (V), Rn. 35 f.) bzw. dieses überwiegt (vgl. zur gleichlautende Norm des § 130 Abs. 2 GWB: Lindemann: Frankfurter Komm, Kartellrecht, Mai 2011, § 130, Rn. 214 ff.).

Die Betroffene und der Beigeladene zu 2) tragen vor, dass die Durchsetzung des nachvertraglichen Anstellungsverbotes im Fall des Wechsels des Beigeladenen zu 2) im Konflikt zu der russischen Rechtsordnung stünde. Eine Kündigung des Beigeladenen zu 2) durch die Betroffene sei vor russischen Arbeitsgerichten angreifbar, könne Verwaltungssanktionen gegen die Betroffene nach sich ziehen und verstoße gegen russische Grundrechte. Bei der Gewichtung des Interesses des russischen Staates an der Durchsetzung russischen Kündigungsschutzrechts ist folgendes zu berücksichtigen. Sowohl die Betroffene, die in der Europäischen Union im Energiebereich tätig ist und über Tochtergesellschaften an dem Betrieb von Transportnetzen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist, als auch der Beigeladene zu 2), der bei der Beigeladenen zu 1) in Deutschland beschäftigt war, mussten die entsprechende Regelung des § 10c Abs. 5 EnWG im Zeitpunkt des Wechsels des Beigeladenen zu 2) von der Betroffenen zur Beigeladenen zu 1) im April 2013 und auch im Zeitpunkt des Wechsels des Beigeladenen zu 2) von der Beigeladenen zu 1) zur Betroffenen im Mai 2015 nicht zuletzt aus den beiden Zertifizierungsverfahren der Beigeladenen zu 1) und ihrer Schwestergesellschaft gekannt haben. Die Benachrichtigung der Beschlusskammer über die Anstellung des Beigeladenen zu 2) bei der Betroffenen im Mai 2015 erfolgte auch erst nach der Anstellung, so dass insoweit vollendete Tatsachen geschaffen wurden. Vor diesem Hintergrund erscheinen ein Berufen auf Kündigungsschutzregelungen bzw. Verwaltungssanktionen treuwidrig. Die Schutzbedürftigkeit dürfte insoweit eingeschränkt sein. Soweit die Betroffene und der Beigeladene zu 2) eine Verletzung von russischen Grundrechten zur freien Berufswahl rügen, besteht ebenfalls keine Schutzbedürftigkeit, da auf europäischer und deutscher Ebene jedenfalls ein vergleichbarer und effektiver Grundrechtsschutz existiert. Demgegenüber steht das Interesse des deutschen Staates an der Durchsetzung des nachvertraglichen Anstellungsverbotes, das wie oben ausführlich dargelegt, der Gewährleistung wettbewerblich funktionierender Energiemärkte dient. Die Rechtsdurchsetzung schützt daher das Funktionieren eines sensiblen Bereichs der Da-

seinsvorsorge, der Verbraucherinteressen in erheblichem Ausmaß berührt, und eines Bereichs von hoher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung. Damit sind Rechtsgüter von großem Gewicht in die Abwägung einzustellen. Vor diesem Hintergrund überwiegt das Interesse des russischen Staates an der Durchsetzung des letztlich dem Individualrechtsschutz dienenden Kündigungsrechts angesichts der eingeschränkten Schutzbedürftigkeit der Betroffenen und des Beigeladenen zu 2) das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an dem diskriminierungsfreien Betrieb der Transportnetze nicht. Würde das nachvertragliche Anstellungsverbot bei einer Anstellung im Ausland nicht durchgesetzt, bestünde zudem die Gefahr der Umgehung der Cooling-Regelungen durch entsprechende Konstrukte in multinationalen Unternehmen.

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer nach § 109 Abs. 2 EnWG ist daher nicht aufgrund des völkerrechtlichen Interventionsverbotes eingeschränkt.

## **2.2. Allgemeine Verfahrensanforderungen**

Das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt bezüglich der Bestimmung des Verpflichteten wurde nach § 58 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG hergestellt.

Der Beigeladene zu 2), dessen Interessen durch das Verfahren erheblich berührt werden, sowie der zertifizierte Unabhängige Transportnetzbetreiber des vorliegend maßgeblichen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens (Beigeladene zu 1)), bei dem der Beigeladene zu 2) vor dem entflechtungsrechtlich unzulässigem Wechsel zu der Betroffenen in der Unternehmensleitung tätig war, sind auf ihre Anträge hin als Beigeladene am Verfahren beteiligt worden. Den Beteiligten ist auch gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

## **3. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung**

Die Betroffene verstößt gegen das nachvertragliche Anstellungsverbot („Cooling Off“) des § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG. Danach ist es ihr als Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, das im Gasbereich eine der Funktionen Gewinnung, Erzeugung, Verteilung, Lieferung, Kauf oder Speicherung von Erdgas wahrnimmt, untersagt, eine Person anzustellen, die zuvor bei einem zertifizierten Unabhängigen Transportnetzbetreiber der Unternehmensleitung angehörte oder der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt und für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich war (sog. zweite Führungsebene), sofern nicht seit Beendigung des Vertragsverhältnisses vier Jahre vergangen sind.

Der Beigeladene zu 2) gehörte sowohl der Unternehmensleitung als auch der sog. zweiten Führungsebene eines zertifizierten Unabhängigen Transportnetzbetreibers an (siehe folgenden Abschnitt 3.1.). Die Betroffene ist der Kopf des vertikal integrierten Energieversorgungsunter-

nehmen der GAZPROM export-Gruppe, dem die Beigeladene zu 1) und ihre Schwestergesellschaft NEL Gastransport GmbH als zertifizierte Unabhängige Transportnetzbetreiber angehören (siehe folgenden Abschnitt 3.2.). Die Frist von vier Jahren nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ist noch nicht abgelaufen und der Beigeladene zu 2) ist bei der Betroffenen angestellt (siehe folgenden Abschnitt 3.3.). Die Beschlusskammer hat die Zuwiderhandlung gegen diese Verhaltenspflicht deshalb im Tenor zu Ziffer 1 klarstellend festgestellt. Die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderliche Abhilfemaßnahme hat die Beschlusskammer im Tenor zu Ziffer 2 ermessenfehlerfrei bestimmt (siehe folgenden Abschnitt 3.4.).

### **3.1. Adressatenkreis des § 10c Abs. 5, Abs. 6 EnWG einschlägig**

Der Beigeladene zu 2) unterliegt aufgrund seiner bisherigen Funktionen bei der Beigeladenen zu 1) den Cooling Off-Vorgaben. Er hat in der unmittelbaren Vergangenheit im Konzern der Betroffenen als Person der Unternehmensleitung eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers fungiert und war zudem als Person tätig, die der obersten Unternehmensleitung des Unabhängigen Transportnetzbetreibers unmittelbar unterstellt und für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich war (sog. zweite Führungsebene).

Der Beigeladene zu 2) gehörte der Beigeladenen zu 1) bis zum 30.04.2015 als Geschäftsführer an und war damit Teil der Unternehmensleitung nach § 3 Nr. 33a in Verbindung mit Nr. 29b EnWG, sodass insoweit § 10c Abs. 5 EnWG einschlägig ist. Mit Wirkung zum 30.04.2015 hat der Beigeladene zu 2) sein Mandat als Geschäftsführer und sein Arbeitsverhältnis mit der Beigeladenen zu 1) beendet.

Der Beigeladene zu 2) war zudem nach der Neuorganisation der Geschäftsverteilung mit Wirkung [REDACTED]

[REDACTED] der Beigeladenen zu 1) und damit eine Person, die der obersten Unternehmensleitung des Unabhängigen Transportnetzbetreibers unmittelbar unterstellt und für Betrieb, Wartung oder Entwicklung des Netzes verantwortlich war (sog. zweite Führungsebene), sodass insoweit § 10c Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG anzuwenden ist. Die der Geschäftsführung seit dem zum 01.10.2013 unmittelbar nachgeordnete Ebene besteht aus den Ressorts [REDACTED]

[REDACTED] und dem von dem Beigeladenen zu 2) zuletzt verantworteten Ressort [REDACTED]. Der Bereich [REDACTED] ist verantwortlich für die Fachbereiche [REDACTED]

[REDACTED]. Es handelt sich hierbei um relevante Tätigkeiten für die Vermarktung von Kapazitäten und die Wartung, den Betrieb und die Entwicklung des Netzes (vgl. § 10c Abs. 6 EnWG). Dies ergibt sich auch unstreitig aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 25.08.2014 (Az. VI-3 Kart 57/13 (V)).

### **3.2. Betroffene ist ein Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens**

Die Betroffene zählt als Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der GAZPROM export-Gruppe, die im Gasbereich eine der Funktionen Gewinnung, Erzeugung, Verteilung, Lieferung, Kauf oder Speicherung von Erdgas wahrnehmen, zum Kreis derjenigen Unternehmen, zu denen der Beigeladene zu 2) für einen Zeitraum von vier Jahren, beginnend mit dem 01.05.2014, keine Anstellungs- beziehungsweise Geschäfts- oder Interessenbeziehung unterhalten darf.

Die Betroffene selbst ist als Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der GAZPROM export-Gruppe anzusehen. Was unter einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zu verstehen ist, definiert die Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 38 EnWG.

Nach der Definition des § 3 Nr. 38 EnWG handelt es sich bei einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen um

„ein in der Europäischen Union im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätiges Unternehmen oder eine Gruppe von Elektrizitäts- oder Gasunternehmen, die im Sinne des Artikels 3 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24 vom 29.1.2004 Satz 1) miteinander verbunden sind, wobei das betreffende Unternehmen oder die betreffende Gruppe in der Europäischen Union im Elektrizitätsbereich mindestens eine der Funktionen Übertragung oder Verteilung und mindestens eine der Funktionen Erzeugung oder Vertrieb von Elektrizität oder im Erdgasbereich mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, Betrieb einer LNG-Anlage oder Speicherung und gleichzeitig eine der Funktionen Gewinnung oder Vertrieb von Erdgas wahrnimmt.“

Um festzustellen, ob ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen vorliegt, ist daher Folgendes zu prüfen:

- Ein Elektrizitäts- oder Gasunternehmen muss zumindest mit einem weiteren Elektrizitäts- oder Gasunternehmen durch Beherrschung verbunden sein (Kontrollkriterium).
- Zumindest ein Unternehmen muss ein Netzbetreiber sein und mindestens eins der mit dem Netzbetreiber verbundenen Unternehmen muss gleichzeitig eine Funktion in den Wettbewerbsbereichen wahrnehmen (Aktivitätskriterium).
- Sowohl der Netzbetreiber als auch das mit diesem verbundene Unternehmen müssen in der Europäischen Union tätig sein (geographisches Kriterium).

Legt man diesen Maßstab zugrunde, gehören die Beigeladene zu 1) und ihre Schwestergesellschaft NEL Gastransport GmbH als zertifizierte Unabhängige Transportnetzbetreiber zwei

vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen an (siehe auch ausführlich die Zertifizierungsentscheidungen: Beschluss vom 05.02.2013, Az. BK7-12-031, S. 10 ff. und Beschluss vom 20.12.2013, Az. BK7-12-188, S. 10 ff.). Zum einen bildet die Wintershall-Gruppe im Rahmen des BASF-Konzerns ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen. Zum anderen – und im vorliegenden Verfahren allein relevant – bildet die GAZPROM export-Gruppe ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen. Die Betroffene selbst nimmt in der Europäischen Union (geografisches Kriterium) im Erdgasbereich Funktionen im Bereich Gewinnung und Vertrieb von Erdgas wahr und ist damit Erdgasunternehmen (Aktivitätskriterium) (siehe auch Beschluss vom 05.02.2013, Az. BK7-12-031, S. 18 f.). Über Tochterunternehmen ist die Betroffene mit den weiteren Erdgasunternehmen der GAZPROM export-Gruppe durch Beherrschung verbunden (Kontrollkriterium).

An dieser Einordnung ändert auch die oben dargestellte Umgestaltung im Rahmen des Tausches der Unternehmensanteile zwischen dem BASF-Konzern und der GAZPROM-Gruppe nichts. Denn die Konzernstruktur ist im Ergebnis von dem Tausch unberührt geblieben. Die in der Konzernstruktur unterhalb der Betroffenen angegliederten Transportnetzbetreibergesellschaften sind weiterhin in einem Joint-Venture des BASF-Konzerns und der GAZPROM-Gruppe unter Beibehaltung der bisherigen Beteiligungsverhältnisse verblieben. Die GAZPROM export-Gruppe bleibt relevantes vertikal integriertes Unternehmen der Beigeladenen zu 1).

### **3.3. Anstellung innerhalb der Vier-Jahres-Frist**

Die Betroffene verstößt gegen die Cooling Off-Vorgaben, indem sie den Beigeladenen zu 2) innerhalb der Vier-Jahres-Frist des § 10c Abs. 5 EnWG anstellt.

Der Betroffenen ist es als Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens der GAZPROM export-Gruppe untersagt, den Beigeladenen zu 2) bis einschließlich 30.04.2019 anzustellen oder bis zu diesem Datum Interessen- oder Geschäftsbeziehungen zu ihm zu unterhalten. Das in Frage stehende Anstellungsverhältnis des Beigeladenen zu 2) mit der Betroffenen bestand jedenfalls zum 20.05.2015 (vgl. Email des Beigeladenen zu 2) vom 20.05.2015), also innerhalb der Vier-Jahres-Frist.

Die Vier-Jahres-Frist des § 10c Abs. 5 EnWG läuft ab Beendigung des Vertragsverhältnisses der betroffenen Person zum Unabhängigen Transportnetzbetreiber. Die Vertragsverhältnisse des Beigeladenen zu 2) zu der Beigeladenen zu 1) endeten zum 30.04.2015. Nach §§ 186, 187 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 10c Abs. 5 EnWG ist bei der Berechnung der gesetzlichen Frist des § 10c Abs. 5 EnWG der Tag nicht mitzurechnen, auf den die Beendigung des Vertragsverhältnisses fällt, also der 30.04.2015.

Die Vier-Jahres-Frist endet nach §§ 186, 188 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 10c Abs. 5 EnWG mit dem Ablauf des 30.04.2019, nämlich desjenigen Tages, welcher der Beendigung des Vertragsverhältnisses entspricht.

### **3.4. Rechtmäßige Feststellung (Tenor zu Ziffer 1) und ermessensfehlerfreie Anordnung der Abhilfemaßnahme (Tenor zu Ziffer 2)**

Die Beschlusskammer hat ihr Auswahl- und Entschließungsermessen ordnungsgemäß ausgeübt.

#### **3.4.1. Entschließungsermessen**

Die Beschlusskammer hat sich in nicht zu beanstandender Weise zur Einleitung des Verfahrens entschieden. Die Beteiligten haben die Beschlusskammer weder vorab über ihr Vorhaben informiert noch im Rahmen des Verfahrens deutlich gemacht, den gesetzlichen Vorgaben freiwillig Folge zu leisten. Zudem wurde der Beschlusskammer der Wechsel erst nach dessen Vollzug bekannt gemacht. Wegen der Bedeutung der Sache und des insoweit klaren Verstoßes war deshalb ein Verfahren einzuleiten.

#### **3.4.2. Auswahlermessen**

Da die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, hat die Beschlusskammer die Zuwiderhandlung gegen die Verhaltenspflicht des § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG im Tenor zu Ziffer 1 klarstellend festgestellt.

Die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderliche Abhilfemaßnahme hat die Beschlusskammer in Tenor zu Ziffer 2 ermessensfehlerfrei ausgewählt. Die in Ziffer 2 des Tenors angeordnete Abhilfemaßnahme zielt auf die Beseitigung der festgestellten Zuwiderhandlung. Sie ist verhältnismäßig und wirksam. Nach § 65 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 EnWG kann die Regulierungsbehörde Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, ein Verhalten abzustellen, das den Bestimmungen dieses Gesetzes sowie den auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Rechtsvorschriften entgegensteht. Sie kann hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind.

Soweit die Betroffene und der Beigeladene zu 2) vortragen, dass eine Anwendung des nachvertraglichen Anstellungsverbot im Fall des Beigeladenen zu 2) aufgrund seiner besonderen Situation unverhältnismäßig sei und gegen seine Berufsfreiheit verstoßen würde, kann dies nicht durchgreifen. Wie bereits ausgeführt sind die zugrundeliegenden Vorschriften des nachvertraglichen Anstellungsverbot nach § 10c Abs. 5 und Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 5 EnWG verfassungsgemäß und mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen und Führungskräfte vereinbar (siehe bereits II. 1.). Darüber hinaus ist aber auch die konkrete Anwendung der Vorschrift auf den Wechsel des Beigeladenen zu 2) zur Betroffenen verhältnismäßig und verstößt nicht gegen die Berufsfreiheit bzw. die unternehmerische Freiheit der Betroffenen.

Die in Ziffer 2 des Tenors angeordnete Unterlassungsverpflichtung verfolgt das legitime Ziel, den Verstoß gegen das gesetzliche Anstellungsverbot abzustellen und einen entflechtungskonformen Zustand herzustellen. Wie dargelegt, dient das nachvertragliche Anstellungsverbot dem diskriminierungsfreien Betrieb des Transportnetzes als Voraussetzung für funktionierende wettbewerbliche Energiemärkte. Hierbei handelt es sich um einen sensiblen Bereich der Daseinsvorsorge von hoher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung.

Um den vorliegenden Verstoß gegen das Anstellungsverbot abzustellen, kommt im Wesentlichen die Verpflichtung der Betroffenen in Betracht, es zu unterlassen, das mit dem Beigeladenen zu 2) eingegangene Arbeitsverhältnis zu unterhalten oder eine rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beigeladenen zu 2) zu begründen oder aufrecht zu erhalten. § 10c Abs. 5 EnWG verbietet die Anstellung eines ehemaligen Beschäftigten der nach § 10c Abs. 5 und Abs. 6 EnWG erfassten Personengruppen des Unabhängigen Transportnetzbetreibers bei einem Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, welches in den Bereichen Erzeugung, Gewinnung oder Vertrieb von Energie tätig ist. Die ausgesprochene Verpflichtung, es zu unterlassen, das Arbeitsverhältnis mit dem Beigeladenen zu 2) zu unterhalten oder eine rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beigeladenen zu 2) zu begründen oder aufrecht zu erhalten, ist geeignet, die Erreichung dieses Ziels zu bewirken.

Die Unterlassungsverpflichtung ist erforderlich, denn es gibt kein milderes, gleich wirksames Mittel. Soweit die Betroffene und der Beigeladene zu 2) vortragen, die Durchsetzung des nachvertraglichen Anstellungsverbot sei nicht erforderlich, da ein Transfer diskriminierungsrelevanten Wissens aufgrund strenger nachvertraglicher Verschwiegenheitspflichten nicht zu befürchten sei, kann dies nicht überzeugen. Denn die Überwachung solcher vertraglicher Verschwiegenheitspflichten dürfte zumindest schwierig sein. Das Anstellungsverbot sorgt dahingegen schon im Vorfeld dafür, dass keine Situationen entstehen können, in denen diskriminierungsrelevantes Wissen transferiert wird. Der Gesetzgeber hat sich daher offenkundig nicht für gesetzliche Verschwiegenheitspflichten, sondern für das wirksamere strukturelle gesetzliche Anstellungsverbot entschieden. Ohne die nachvertragliche Karenzzeitregelung bestünden darüber hinaus auch bei Existenz vertraglicher Verschwiegenheitspflichten, Fehlankreize zu bevorzugendem Verhalten bereits während der Beschäftigung beim Transportnetzbetreiber im Hinblick auf eine attraktive Anschlussbeschäftigung im Konzern.

Die angeordnete Verpflichtung ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Beschlusskammer hat sich für die Anordnung der Abhilfemaßnahme entschieden, um die gesetzliche Wertung des § 65 Abs. 1 Satz 2 EnWG zu berücksichtigen und die Belastung für die Betroffene und den Beigeladenen zu 2) so gering wie möglich zu halten.

Die Durchsetzung des nachvertraglichen Anstellungsverbotes ist auch unter Berücksichtigung der besonderen Situation des Beigeladenen zu 2) verhältnismäßig. Die Betroffene und der

Beigeladene zu 2) tragen insoweit vor, dass der Beigeladene zu 2) [REDACTED]  
[REDACTED]. Wegen der rechtlich verankerten Monopolstellung der GAZPROM-Gruppe im Gastransportbereich in Russland und [REDACTED] sei es ihm nicht möglich, außerhalb des GAZPROM-Konzerns in Russland eine adäquate Anschlussbeschäftigung zu finden. Seine Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) habe er [REDACTED] aufgegeben und [REDACTED]. In Abwägung der Vor- und Nachteile der Maßnahme steht der Eingriff jedoch nicht außer Verhältnis zur Erreichung des legitimen Ziels. Bei der Abwägung ist das hohe Gewicht des verfolgten Zieles, einen diskriminierungsfreien Betrieb des Transportnetzes sicherzustellen, zu berücksichtigen. Wie ausgeführt, ist der diskriminierungsfreie Betrieb des Transportnetzes Voraussetzung für funktionierende Energiemärkte von großer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung und Bedeutung für die sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche und effiziente Versorgung der Allgemeinheit mit Energie (§ 1 Abs. 1 EnWG). Demgegenüber steht das Interesse des Beigeladenen zu 2) [REDACTED]. Angesichts der in die Abwägung eingestellten Ziele von großer Bedeutung für die Gesamtwirtschaft und Allgemeinheit in Deutschland, muss das Individualinteresse des Beigeladenen zu 2) zurückstehen. Der Beigeladene zu 2) ist in Kenntnis der Cooling-Regelungen und ihrer Konsequenzen zu der Beigeladenen zu 1) nach Deutschland gewechselt. Es ist ihm nun zumutbar, entweder wieder eine Beschäftigung [REDACTED] oder eine Beschäftigung [REDACTED] zu suchen. Nach Ablauf der Karenzzeit von vier Jahren nach Beendigung der Vertragsverhältnisse zu der Beigeladenen zu 1) kann dann auch wieder ein Arbeitsverhältnis mit der Betroffenen eingegangen werden. Auch der Betroffenen ist es zumutbar und sicherlich möglich, geeignetes Führungspersonal für die Stelle [REDACTED] zu finden. Der Umstand, dass der Betroffenen im Fall der Kündigung ggf. arbeitsrechtliche Schritte und Verwaltungsanktionen drohen, kann eine Unverhältnismäßigkeit der Durchsetzung des nachvertraglichen Anstellungsverbotes ebenso wenig begründen. Denn der Betroffenen müssen die Cooling-Regelungen aus den Zertifizierungsverfahren der Beigeladenen zu 1) und ihrer Schwestergesellschaft bekannt gewesen sein, als sie durch die Anstellung vollendete Tatsachen schuf.

### **3.5. Kosten (Tenor zu Ziffer 3)**

Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 EnWG

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzerin