



LEUPHANA
UNIVERSITÄT LÜNEBURG

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrates des unabhängigen Transportnetzbetreibers gemäß § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG

Marlene Paar
September 2014

**[The composition of the Supervisory Board of the
Independent Transmission Operator according to § 10d para-
graph 3 sentence 1 EnWG]**

Marlene Paar
September 2014

Leuphana Schriftenreihe Nachhaltigkeit & Recht
Leuphana Paper Series in Sustainability and Law

Nr. 8 / No. 8

[http://www.leuphana.de/professuren/energie-und-umweltrecht/publikationen/
schriftenreihe-nachhaltigkeit-recht.html](http://www.leuphana.de/professuren/energie-und-umweltrecht/publikationen/schriftenreihe-nachhaltigkeit-recht.html)

ISSN 2195-3317

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrates des unabhängigen Transportnetzbetreibers gemäß § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG

Marlene Paar
September 2014

Zusammenfassung:

[Auch wenn das Entflechtungsmodell des Independent Transmission Operators vorsieht, dass die Muttergesellschaft durch Anteile Eigentum an dem Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber behält, bestehen organisationsrechtliche Vorgaben, um die Unabhängigkeit zu gewährleisten. Allein durch den Aufsichtsrat kann die Muttergesellschaft ihre Interessen mittelbar vertreten. Doch über die Auslegung der Zusammensetzung gemäß § 10d Abs. 3 EnWG besteht Unklarheit. Vor allem bei Anwendung des DrittelbG besteht eine Inkompatibilität zwischen energie- und mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben, die sich in der uneinheitlichen Zusammensetzung in der Praxis niederschlägt. Diese Arbeit beschäftigt sich daher mit Auslegungsmöglichkeiten und Vorschläge hinsichtlich der Zusammensetzung.]

Schlüsselwörter: [Independent Transmission Operator, §10d EnWG, Aufsichtsrat, Mitbestimmungsrecht, Unabhängigkeit, Entflechtung von Fern- und Übertragungsnetzbetreibern]

Abstract:

[The unbundling model of the Independent Transmission Operator comprises the operator owning the assets and belonging to a vertically integrated company (parent company), with special rules to guarantee its independence. The parent company can only pursue its goals through the Supervisory Board. However, there is uncertainty as to the composition according to § 10d para 3 German Energy Act. Especially if codetermination law applies, there is an incompatibility between these two fields of law which manifests itself in the inconsistent composition of the Supervisory Board in practice. Therefore, this paper deals with the interpretation of this provision and the perspectives and possibilities of the actual composition.]

Leuphana Schriftenreihe Nachhaltigkeit und Recht

Leitung:

Prof. Dr. *Thomas Schomerus*

Redaktion und Layout:

Dr. *Jorge Guerra González*

Korrespondenz:

Thomas Schomerus, Leuphana Universität Lüneburg, Fakultät Nachhaltigkeit, Institut für Nachhaltigkeitssteuerung, Professur Öffentliches Recht, insbesondere Energie- und Umweltrecht, C11.207, Scharnhorststr. 1, 21335 Lüneburg
Fon +49.4131.677-1344, Fax +49.413.677-7911, schomerus@uni.leuphana.de

Jorge Guerra González, Leuphana Universität Lüneburg, Fakultät Nachhaltigkeit, Institut für Nachhaltigkeitssteuerung, Professur Öffentliches Recht, insb. Energie- und Umweltrecht, C11.216, Scharnhorststr. 1, 21335 Lüneburg
Fon +49.4131.677-2082, jguerra@uni.leuphana.de



Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	3
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	4
1 EINLEITUNG	5
2 DER UNABHÄNGIGE TRANSPORTNETZBETREIBER GEMÄß §§ 10 FF. ENWG	6
2.1 UNIONSRECHTLICHER KONTEXT	7
2.2 ANFORDERUNGEN AN DEN UNABHÄNGIGEN TRANSPORTNETZBETREIBER	8
2.2.1 <i>Konzept der vertikalen Integration</i>	8
2.2.2 <i>Unabhängigkeit</i>	10
2.3 AKTUELLER STAND IN DEUTSCHLAND	12
3 DIE ZUSAMMENSETZUNG DES AUFSICHTSRATES GEM. § 10D ABS. 3 SATZ 1 ENWG	12
3.1 GRUNDSATZ: „DIE HÄLFTE MINUS EINS“ REGELUNG	13
3.2 MITBESTIMMUNGSRECHTLICHER KONTEXT	16
3.2.1 <i>DrittelbG</i>	16
3.2.2 <i>MitbestG</i>	17
3.3 AKTUELLER STAND IN DEUTSCHLAND	18
4 SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN ENERGIE- UND MITBESTIMMUNGSRECHT	19
4.1 §§ 10D ABS. 3 ENWG I.V.M. 4 ABS. 1 DRITTELBG	19
4.2 DAS RECHT ZUM STICHENTSCHEID	20
4.3 DIE EINFÜHRUNG EINES NEUTRALEN MITGLIEDES	21
4.4 MINDESTANZAHL DER MITGLIEDER	22
4.5 ZUSAMMENSETZUNG DES AUFSICHTSRATES IN DER PRAXIS	22
4.6 VERGLEICH MIT ANDEREN EU – LÄNDERN	23
4.7 AUSLEGUNG UND KOMPATIBILITÄT	24
5 FAZIT	25
6 LITERATURVERZEICHNIS	27
7 RECHTSQUELLENVERZEICHNIS	30



Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
BetriebsVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
Bundesnetzagentur	Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
FNB	Fernleitungsnetzbetreiber
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
ISO	Independent System Operator
ITO	Independent Transmission Operator
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Montan-MitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber
viEVU	vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen
Z _{mindunabh}	Mindestzahl der unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsrates



1 Einleitung

Seit 2005 ist im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) die Entflechtung von vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen (viEVU) vorgeschrieben. Die rechtliche, operationelle, informatorische und buchhalterische Entflechtung hat das Ziel, die Funktionalität und den Wettbewerb des europäischen Elektrizitätsinnenmarktes zu fördern und einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Netzen verbunden mit einem angemessenen Preis zu gewährleisten¹. Die Unabhängigkeit der im Bereich des natürlichen Monopols des Netzbetriebes zuständigen Netzgesellschaft von der Muttergesellschaft, die in den Wettbewerbsbereichen Erzeugung, Handel und Vertrieb tätig ist, stellt einen wichtigen Eckpunkt dar. Die Entflechtung gewährleistet u. a. die Balance zwischen Wettbewerbsfreiheit und Grundversorgung mit öffentlichen Gütern (Strom und Gas).

Das sog. Dritte Paket zur Errichtung eines Energiebinnenmarktes von 2009 verschärfte u. a. die Entflechtungsvorschriften². Der europäische Gesetzgeber begründete diesen Schritt mit der Notwendigkeit einer strikteren Trennung zwischen der Netzgesellschaft und der Muttergesellschaft, um so die Versorgungssicherheit und das Vertrauen der Marktteilnehmer zu stärken und damit die Basis für einen funktionierenden Markt zu schaffen³.

Bei der Umsetzung der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG hat der deutsche Gesetzgeber die Wahlmöglichkeit zwischen drei Entflechtungsmöglichkeiten an die Transportnetzbetreiber weitergegeben. Dazu gehört das Modell des Independent Transmission Operators (ITO)⁴, welches die Unabhängigkeit des Übertragungsnetzbetreibers (ÜNB) bzw. des Fernleitungsnetzbetreibers (FNB) innerhalb der Muttergesellschaft gewährleisten soll. Dieses Modell sieht eine starke organisationsrechtliche Entflechtung des ITO von dem viEVU vor. Der europäische Gesetzgeber möchte mit diesem Modell eine Chance für gerechteren Wettbewerb, gestärkte Investitionen und länderübergreifende Integration des Elektrizitätsmarktes geben⁵.

In Bezug auf die Unabhängigkeit spielt der Aufsichtsrat des ITO eine wichtige Rolle, da er weitreichende Kompetenzen besitzt. Nach der rechtlichen Ausgestaltung des ITO besteht die einzige Einflussmöglichkeit der Anteilseigner auf den ITO in der Praxis mittelbar über den Aufsichtsrat⁶. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Schutz des Art. 14 Grundgesetz (GG) auch das Anteilseigentum umfasst⁷. Über die Zusammensetzung dieses Organes besteht jedoch Unklarheit bzw. Rechtsunsicherheit aufgrund der Formulierung in den

¹ S. § 1 EnWG.

² S. Richtlinie 2009/72/EG, Erwägungsgrund Nr. 9.

³ Ebd. Nr. 25 und 51.

⁴ In den §§ 10 ff. EnWG als unabhängiger Transportnetzbetreiber bezeichnet.

⁵ Richtlinie 2009/72/EG, Erwägungsgrund Nr. 19.

⁶ Säcker 2014, § 10d Rn. 1.

⁷ BVerfG 01.03.1997, AZ. 2 BvR 1599/89, Grund 130.



Richtlinien und in der deutschen Fassung des Gesetzestextes. Eine in der Literatur diskutierte Änderung der Gesetzeslage ist bei der Novellierung des EnWG aufgrund der Richtlinien von 2009 nicht erfolgt. Auch die Bundesnetzagentur als zuständige Regulierungsbehörde hat zu diesem Thema keine Stellung bezogen.

In dieser Bachelorarbeit möchte ich mich daher mit dem Thema der Zusammensetzung des Aufsichtsorgans des ITO gemäß § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG auseinandersetzen. Ich werde der Frage nachgehen, welche Besetzung des Aufsichtsrates mit der energierechtlichen Norm des §§ 10d Abs. 3 Satz 1 i.V.m. 10c Abs. 1 – 5 EnWG und ggf. den mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben des Drittelbeteiligungsgesetzes (DrittelbG) bzw. des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) möglich ist. Denn sobald der ITO eine gewisse regelmäßige Arbeitnehmeranzahl überschritten hat, müssen bei der Auslegung auch mitbestimmungsrechtliche Normen beachtet werden. Des Weiteren werde ich untersuchen, ob eine gesetzliche Anpassung des EnWG, des DrittelbG oder des MitbestG oder aller Gesetze nötig ist bzw. welche Möglichkeiten in der Praxis durchsetzbar sind.

Dazu werde ich zunächst unter Punkt 2 das Modell des ITO erläutern, indem ich auf den unionsrechtlichen Kontext und die Merkmale dieses Modells eingehe. Folgend werde ich in Gliederungspunkt 3 die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans darlegen, d. h. den Grundsatz der „Hälfte minus 1“ Regelung des § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG und den mitbestimmungsrechtlichen Kontext darstellen. Insbesondere werde ich dabei den Disput zur Auslegung des § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG zwischen Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Säcker und Prof. Dr. Schmidt-Preuß nachvollziehen. Auch werde ich auf den aktuellen Stand in Deutschland, d. h. die Zahl der bereits zertifizierten ITO und auf die Zusammensetzung einzelner Aufsichtsräte, eingehen. Unter Punkt 4 werde ich das Spannungsverhältnis zwischen energie- und mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben aufzeigen und nach Lösungswegen suchen, um die gesetzlichen Normen in Einklang zu bringen. Meine Arbeit schließt mit einem Vorschlag zum Umgang mit der umstrittenen Gesetzeslage.

2 Der unabhängige Transportnetzbetreiber gemäß §§ 10 ff. EnWG

Der deutsche Gesetzgeber hat die europäischen Vorgaben der verschärften Entflechtungsvorschriften im europäischen Energiesektor durch das Dritte Paket zur Errichtung eines Energiebinnenmarktes in der EnWG – Novelle 2011 in nationales Recht umgesetzt.

Grundsätzlich betrifft die Verpflichtung zur Entflechtung das viEVU⁸. Gemäß § 3 Nr. 38 EnWG ist dies im europäischen Energie- und Gassektor ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe, die sowohl mindestens eine Funktion der Übertragung oder Verteilung als auch mindestens eine Tätigkeit in Erzeugung und Vertrieb von Elektrizität bzw. sowohl mindestens eine Funktion der Fernleitung oder des Vertriebs als auch mindestens eine Tätigkeit in Gewinnung oder Vertrieb von Erdgas wahrnimmt. Gemäß §§ 8 ff. EnWG müs-

⁸ Kühling/Pisal 2012, 128.

sen Transportnetzbetreiber, d.h. „jede[r] Betreiber eines Übertragungs- und Fernleitungsnetze[s]“⁹, der Netzbetreiberaufgaben¹⁰ nachgeht, von diesem viEVU entflochten sein.

2.1 Unionsrechtlicher Kontext

Die Europäische Kommission wollte ursprünglich ausschließlich die eigentumsrechtliche Entflechtung (Ownership Unbundling) gesetzlich vorschreiben. Aufgrund erheblicher Bedenken und Widerständen von einzelnen Mitgliedstaaten gewährte sie jedoch ein Wahlrecht zwischen drei Optionen¹¹, wobei die drei Varianten gleichberechtigt nebeneinander stehen¹². Die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG vom 13.07.2009 sehen für die Entflechtung von Übertragungsnetzen folgende Modelle vor¹³: Art. 9 der Stromrichtlinie 2009/72/EG bzw. Art. 9 der Gasrichtlinie 2009/73/EG sieht grundsätzlich ein Ownership Unbundling vor, nach Art. 13 und 14 der Stromrichtlinie bzw. Art. 15 der Gasrichtlinie besteht die Option für einen Independent System Operator (ISO) und nach Art. 17 der Stromrichtlinie bzw. Art. 17 der Gasrichtlinie die Option für einen ITO. Das Wahlrecht für eines dieser Modelle liegt nach den Richtlinien bei den Mitgliedstaaten, die sich bei der Umsetzung in das nationale Recht für eine Option entscheiden können, nicht bei den viEVU¹⁴. Der deutsche Gesetzgeber hat allerdings die Wahlmöglichkeiten weitergegeben¹⁵, d. h. das EnWG bietet den viEVU die Wahl zwischen diesen Modellen. Eine Mischform ist unzulässig¹⁶. Allerdings können nur diejenigen Energieversorgungsunternehmen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Dritten Binnenmarktpapier eine vertikale Integration besaßen, die Varianten des ISO und ITO wählen¹⁷.

Bei dem Ownership Unbundling gemäß § 8 EnWG wird das Eigentum an dem Transportnetz vollständig auf den Transportnetzbetreiber übertragen und jegliche Kontrollmöglichkeiten des viEVU auf den Transportnetzbetreiber verboten¹⁸. Bei dem Modell des ISO nach § 9 EnWG hingegen verbleibt das Netzeigentum weiterhin bei dem viEVU, ein ausreichend unabhängiger Systembetreiber führt allein das Transportnetz im Auftrag¹⁹. Der Transportnetzeigentümer ist zuständig für grundlegende Finanzierungs- und Kooperationspflichten nach § 9 Abs. 4 EnWG. In den Bereich des ISO fallen Aufgaben wie der Betrieb, die Wartung und die Pla-

⁹ § 3 Nr. 31c EnWG.

¹⁰ Dies umfasst nach §§ 11 ff. EnWG u. a. Netzbetrieb, Systemsicherheit, Netzanschluss.

¹¹ Federführend waren Deutschland und Frankreich, vgl. Büdenbender 2013, 35 oder Gundel/Germelmann 2009, 765-766.

¹² European Commission 2010, 4.

¹³ Lecheler/Recknagel 2014, 128 ff.

¹⁴ Schmidt-Preuß 2009, 82.

¹⁵ Büdenbender 2013, 38.

¹⁶ Bundesrat 2011, 144.

¹⁷ Michaelis/Kemper 2012, 10.

¹⁸ De Wyl/Fink 2013, 229.

¹⁹ Ebd. 230.



nung bzw. der Ausbau des Netzes²⁰. Dieses Modell stellt aufgrund des Entzuges jeglicher Einflussmöglichkeit des viEVU als Eigentümer eine de-facto Enteignung dar²¹.

2.2 Anforderungen an den unabhängigen Transportnetzbetreiber

Die dritte Alternative bietet das Modell des ITO. Dieses Modell sieht vor, dass das Eigentum an dem Transportnetz auf Übertragungs- und Fernleitungsebene weiterhin bei dem viEVU liegen kann, der Transportnetzbetreiber aber in rechtlicher Hinsicht von den Bereichen Energieerzeugung und –versorgung des viEVU unabhängig ist²². Das Modell wird daher im Vergleich zu den anderen Optionen als milderes Mittel angesehen²³.

2.2.1 Konzept der vertikalen Integration

Im ITO - Modell ist es dem viEVU gestattet, sowohl das durch Geschäftsanteile begründete Netzeigentum als auch den Netzbetrieb im Konzern zu behalten²⁴. Jedoch bestehen im Gegenzug in den §§ 10 – 10e EnWG normative Vorgaben, um die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des viEVU auf den ITO möglichst gering zu halten²⁵.

Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 – 5 EnWG muss der ITO für bestimmte Bereiche autonom verantwortlich sein: Diese Mindestzuständigkeit umfasst die Vertretung gegenüber Dritten, die Erhebung aller netzbezogener Entgelte, die Einrichtung und den Unterhalt aller Einrichtungen, die üblicherweise für mehrere Teile des viEVU tätig wären sowie die Gründung von geeigneten Gemeinschaftsunternehmen. Darüber hinaus muss der ITO über „die finanziellen, technischen, materiellen und personellen Mittel verfügen, die zur Erfüllung der Pflichten aus dem Gesetz und für den Transportnetzbetrieb erforderlich sind“²⁶. Auch das zivilrechtliche Eigentum an allen Vermögenswerten, die für den Transportnetzbetrieb notwendig sind, muss bei dem ITO liegen. Zu der Abgrenzung von Tätigkeiten und Vermögenswerten, die für den Betrieb nötig sind oder nicht, werden verschiedene Kriterien angewendet. Zunächst müssen die Tätigkeiten eine individuelle Verbindung zu der Übertragung von Elektrizität bzw. zu der Fernleitung von Gas haben und müssen die Vermögenswerte für die Erfüllung der Aufgaben in § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 – 5 EnWG notwendig sein²⁷. Es müssen aber nur die sachlichen und personellen Vermögenswerte bei dem ITO vorhanden sein, die im regelmäßigen Geschäftsgebrauch benötigt werden. Für außergewöhnliche Aufgaben muss z.B. kein Personal gehalten wer-

²⁰ Theobald/Niil 2013, 359.

²¹ Schmidt-Preuß 2009, 84.

²² Gundel/Germelmann 2009, 766.

²³ Bundesrat 2011, 147.

²⁴ Säcker/Mohr 2012, 2.

²⁵ Ebd. 3.

²⁶ §10a Abs. 1 Satz 1 EnWG.

²⁷ Kühling/Pisal 2012, 130.



den, da dies unwirtschaftlich wäre²⁸. Beispielweise muss das Betreiben einer Kantine nicht bei dem ITO angesiedelt sein, da keine spezifische Verbindung zum Netzbetrieb besteht²⁹.

Ein wichtiges Mittel zur Erreichung einer effektiven Entflechtung ist der Ausschluss von Interessenkollisionen und die Vermeidung von Informationsflüssen zwischen den viEVU und dem ITO³⁰. Daher regelt § 10a EnWG weitere Vorgaben an das viEVU und an den ITO. Das für den Betrieb des Transportnetzes erforderliche Personal darf nach § 10a Abs. 2 Satz 1 EnWG nur bei dem ITO angestellt sein; wechselseitige Arbeitnehmerüberlassungen sind gemäß § 10a Abs. 2 Satz 2 EnWG unzulässig. Auch wenn keine gemeinsamen Dienstleistungen (Shared Service) nach § 10a Abs. 3 Satz 1 EnWG zwischen dem viEVU und dem ITO bestehen dürfen, kann der ITO Dienstleistungen durch Dritte in Anspruch nehmen, die nicht im Auftrag des viEVU handeln³¹. Das grundsätzliche Verbot der Shared Services durch den viEVU verfolgt den Zweck, mittelbare Interessenbeeinflussung über die Erbringung von Dienstleistungen durch das viEVU zu verhindern³². § 10a Abs. 4 EnWG bestimmt, dass der ITO in seinem Kommunikationsverhalten und seiner Markenpolitik nach außen jegliche Verwechslungsgefahr mit den viEVU zu vermeiden hat. Sein Außenauftritt muss sich deutlich von dem des viEVU unterscheiden. Hierbei sind bei der Beurteilung kennzeichenrechtliche und markenschutzrechtliche Grundsätze anzuwenden³³. Eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne, d. h. wenn im Verkehr beteiligte Personen durch ähnliche Logos, Kennzeichnungen oder ähnliches zu der Annahme verleitet werden, dass die beteiligten Unternehmen zusammengehören, kann gegen die gesetzlichen Bestimmungen verstoßen³⁴.

In der Rechtsform kann der ITO i.S.d. § 10 Abs. 2 Satz 2 EnWG zwischen der Aktiengesellschaft (AG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) wählen. Diese Kapitalgesellschaften bieten sich als Rechtsform dadurch an, dass das Gesellschaftsinteresse von den Interessen der Gesellschafter unabhängig ist, so dass die Autonomie des ITO gegeben ist³⁵. Allerdings muss bei der Wahl der GmbH als Rechtsform die Satzung insofern angepasst werden, dass das in § 37 Abs. 1 GmbHG enthaltende Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung nicht mehr gegeben ist³⁶.

²⁸ Ebd. 130.

²⁹ Ebd. 130.

³⁰ Büdenbender 2013, 48.

³¹ De Wyl/Finke 2013, 238.

³² Hendrich 2013, § 10a Rn. 4.

³³ Ebd. 5.

³⁴ Bundesnetzagentur, 2012, 10.

³⁵ Säcker 2014, § 10 Rn. 26.

³⁶ § 10b Abs. 2 Satz 1 EnWG.



2.2.2 Unabhängigkeit

§ 10b EnWG erfordert, dass die Struktur und Satzung des ITO die in den §§ 10 – 10e EnWG geforderte Unabhängigkeit sicherstellen muss.

Zunächst muss die Unternehmensführung nach § 10b Abs. 1 Satz 1 EnWG unbeeinflusst durch das viEVU agieren können. Dies muss z.B. dadurch sichergestellt werden, dass der ITO Vermögenswerte ohne Einflussnahme nutzen und autonom Finanzmittel beschaffen kann³⁷. Konkretisiert wird dies durch § 10b Abs. 2 Satz 2 EnWG, der vorgibt, dass jegliche unmittelbare oder mittelbare Einflussnahmen auf den Netzbetrieb bzw. auf die notwendigen Tätigkeiten des ITO durch das viEVU zu unterlassen sind.

Die rechtlichen Pflichten aus § 10b EnWG beziehen sich folglich nicht nur auf den ITO, sondern auch auf das viEVU³⁸. Das viEVU besitzt aufgrund seiner Mehrheitsverhältnisse über seine Mitgliedschaftsrechte weiterhin Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse (z.B. Gewinnanspruch) und hat dementsprechend bei Haupt- bzw. Gesellschaftsversammlungen Rederecht; das Stimmrecht bezüglich des laufenden Geschäftes ist allerdings nach § 10b Abs. 1 und 2 EnWG ausgeschlossen.³⁹ Seine Interessen – z.B. bezüglich der Rentabilität des ITO – kann das viEVU mittelbar durch den Aufsichtsrat vertreten⁴⁰.

Bezüglich der Unternehmensstrukturen muss der ITO insoweit unabhängig sein, dass gemäß § 10b Abs. 3 Satz 1 EnWG Tochterunternehmen des viEVU, die in den Wettbewerbsbereichen tätig sind, weder eine direkte noch eine indirekte Beteiligungen an dem ITO haben dürfen. Auch besteht ein Beteiligungsverbot und Zuwendungsverbot nach § 10b Abs. 3 Satz 2 EnWG des ITO zu dem Tochterunternehmen, damit der ITO kein Interesse am Geschäftserfolg des Tochterunternehmen haben kann⁴¹. Unbedenklich hinsichtlich der Unabhängigkeit ist dagegen, wenn der ITO eine Tochtergesellschaft des viEVU ist⁴². Ein umgekehrtes Unbundling, d. h. der ITO ist Mehrheitsanteilseigner an einem viEVU, ist dagegen unzulässig, da eine Unabhängigkeit wegen des Interesses des ITO am Konzern nicht gegeben sein kann⁴³.

Die Unabhängigkeit des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung muss entsprechend § 10b Abs. 2 Satz 1 EnWG in der Satzung festgeschrieben und auch in der Praxis gelebt werden⁴⁴. Außerdem gelten nach § 10c Abs. 1 EnWG weitere Vorgaben in Bezug auf die personelle Trennung der Unternehmensführung und der Mitarbeiter des ITO und des viEVU. Ziel ist es dabei, weitere Anreize hinsichtlich der Rentabilität an die Geschäftsführer bzw. Mitarbeiter des ITO zu geben⁴⁵ und einem Informationsaustausch durch wechselnde Mit-

³⁷ Hendrich 2013, § 10b Rn. 1.

³⁸ Bundesrat 2011, 153.

³⁹ Säcker/Mohr 2012, 9.

⁴⁰ Siehe dazu im Folgenden unter Punkt 3 ff.

⁴¹ Säcker/Mohr 2012, 10.

⁴² Bundesnetzagentur 2011, 34.

⁴³ Säcker/Mohr 2012, 10.

⁴⁴ Bundesrat 2011, 154.

⁴⁵ European Commission 2012, 18.



arbeit zu vermeiden⁴⁶. Zunächst müssen gemäß § 10c Abs. 1 EnWG die Namen der „oberste[n] Unternehmensleitung“ der zuständigen Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorgelegt werden. Gemäß § 3 Nr. 29b EnWG besteht die oberste Unternehmensleitung aus „Vorstand, Geschäftsführung“ oder einem „Gesellschaftsorgan mit vergleichbaren Aufgaben und Befugnissen“. Zur Unternehmensleitung gehören dagegen 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, berechtigt sind, den Transportnetzbetreiber gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten“. Die Ernennung, Bestätigung und Beschäftigungsbedingungen der Unternehmensleitung wird gemäß § 10d Abs. 2 Satz 1 EnWG von dem Aufsichtsrat des ITO getroffen.

Neben diesen strukturellen Vorgaben bestehen Cooling - On- und Cooling - Off-Verpflichtungen, um die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung im Tagesgeschäft zu gewährleisten⁴⁷. In den drei Jahren vor ihrer Bestellung dürfen gemäß §§ 10c Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 10c Abs. 6 EnWG die Mehrheit der Mitglieder der Unternehmensleitung des ITO und Personen, die der obersten Unternehmensleitung unmittelbar unterstellt sind oder in Wettbewerbsbereichen tätig sind, keine „Interessen- oder Geschäftsbeziehungen“⁴⁸ zu dem viEVU oder Tochterunternehmen, die in den Wettbewerbsbereichen tätig sind, gehabt haben. Für die „verbleibenden Angehörigen der Unternehmensleitung“⁴⁹ gilt eine sechsmonatige Sperrfrist vor ihrer Ernennung, in der sie keine Aufgabe in der Unternehmensleitung bei dem viEVU oder in den Wettbewerbsbereichen tätigen Tochterunternehmen übernommen haben dürfen. Diese Vorgaben müssen in den Arbeitsverträgen der entsprechenden Personen verankert sein⁵⁰. Damit soll ein diskriminierungsfreies Netzgeschäft sichergestellt werden, da ein wechselnder Mitarbeiter nach Ablauf der Sperrfrist sein Verhältnis zum bisherigen Arbeitgeber bereits „abgekühlt“⁵¹ hat. Nach Beendigung einer Beschäftigung in der Unternehmensleitung des ITO dürfen Personen i.S.d. § 10c Abs. 6 EnWG nach § 10c Abs. 5 EnWG für vier Jahre keine Aufgaben bei Unternehmen des viEVU, die in Wettbewerbsbereichen tätig sind, übernehmen. Ausgeschlossen ist dabei z.B. auch eine Aufgabe als externer Berater in diesem Bereich⁵².

Außerdem wird die Unabhängigkeit des ITO dadurch verankert, dass auch während der Anstellung die Mitglieder der Unternehmensleitung und Personen i.S.d. § 10c Abs. 6 EnWG des ITO keine Anstellung im viEVU gemäß § 10c Abs. 3 EnWG haben dürfen. § 10c Abs. 4 EnWG schreibt darüber hinaus vor, dass die Vergütung der Unternehmensleitung und Personen i.S.d. § 10c Abs. 6 EnWG nur von dem wirtschaftlichen Erfolg

⁴⁶ Bourwieg/Miller 2008, 231.

⁴⁷ Hendrich 2013, § 10c Rn. 3f.

⁴⁸ § 10c Abs. 2 Satz 1 EnWG

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Bundesnetzagentur, Hinweispapier zur Antragstellung im Zertifizierungsverfahren 2011, 40.

⁵¹ Bundesrat 2011, 156f.

⁵² Bundesnetzagentur 2011, 41.



des ITO abhängig sein darf und an keine weitere Rentabilität – z.B. die des viEVU – gebunden sein darf⁵³. Diesem Personenkreis ist es auch gemäß § 10c Abs. 4 Satz 1 EnWG nicht gestattet, Geschäftsanteile am viEVU oder Tochterunternehmen, die in Wettbewerbsbereichen tätig sind, zu halten.

2.3 Aktueller Stand in Deutschland

Das Betreiben eines ITO unterliegt einem Zertifizierungsverfahren durch die Bundesnetzagentur nach §§ 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. 54 Abs. 3 EnWG. Damit kontrolliert die Regulierungsbehörde, ob die oben ausgeführten gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden⁵⁴. Die Zertifizierung kann auch mit Auflagen erfolgen, wenn geringe Abweichungen zu den gesetzlichen Vorgaben bestehen⁵⁵. Diese Abweichungen müssen dann in einem vorgegebenen Zeitrahmen den gesetzlichen Vorgaben angepasst werden.

In Deutschland sind die ersten Zertifizierungen der Transportnetzbetreiber durch die Bundesnetzagentur abgeschlossen⁵⁶. Von den insgesamt neun Anträgen in 2012⁵⁷ erhielten zwei die Zulassung im Strombereich und vier im Gasbereich⁵⁸. Die drei abgelehnten Zertifizierungen scheiterten am Nichtvorliegen von formellen und materiellen Voraussetzungen, jedoch nicht an der Zusammensetzung des Aufsichtsrates⁵⁹.

3 Die Zusammensetzung des Aufsichtsrates gem. § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG

Gemäß § 10d EnWG muss der ITO neben der Unternehmensleitung auch einen Aufsichtsrat besitzen. Als *lex specialis* gilt dieses Gebot daher auch zwingend für eine GmbH, obwohl nach § 52 GmbHG für diese Rechtsform ein Aufsichtsrat nicht obligatorisch ist, es sei denn, das DrittelbG bzw. das MitbestG findet Anwendung⁶⁰.

Dieser Aufsichtsrat hat nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EnWG die Befugnis, über die Ernennung, die Bestätigung und die Beschäftigungs- bzw. Vergütungsbedingungen für Mitglieder der Unternehmensleitung zu entscheiden. Darüber hinaus entscheidet er gemäß § 10d Abs. 2 Satz 2 EnWG über die Genehmigung der jährlichen und langfristigen Finanzpläne des ITO, über die erlaubte Verschuldungshöhe und die Höhe der an die Anteilseigner auszuzahlenden Dividenden. Dabei muss allerdings sichergestellt werden, dass ausreichende finanzielle Mittel für den Netzbetrieb und den Netzausbau i.S.d. §§ 11 ff. EnWG vorhanden sind⁶¹.

⁵³ Säcker 2014, § 10c Rn. 26.

⁵⁴ Büdenbender 2013, 37.

⁵⁵ Bundesnetzagentur 2013, 289.

⁵⁶ Bundesnetzagentur 2012, 57.

⁵⁷ Im Jahr 2013 sind 19 Anträge gestellt wurden, es liegen noch keine Zahlen über die Zulassung vor.

⁵⁸ Bundesnetzagentur 2012, 57.

⁵⁹ Vgl. BK6-12-027, BK6-12-047.

⁶⁰ Trümmer 2010, 85.

⁶¹ Bourwieg/Miller 2008, 234.



Für das viEVU, das grundsätzlich keinen Einfluss auf die Unternehmensleitung des ITO ausüben kann, besteht die Möglichkeit, indirekt über die Mitglieder des Aufsichtsrates z.B. die Zusammensetzung der Unternehmensleitung zu beeinflussen⁶². Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Weisungsfreiheit und die Regeln über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates gesetzlich verankert. Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass es Zweck des Aufsichtsrates ist, „zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“⁶³. Das bedeutet auch, dass Mitglieder des Aufsichtsrates Entscheidungen der Unternehmensleitung widersprechen können, sie dementsprechend eine Aufsicht über Entscheidungen der Unternehmensleitung haben⁶⁴. Dem Aufsichtsrat des ITO werden durch das EnWG Aufgaben wie z.B. die Erstellung der Finanzpläne gesetzlich übertragen, die sonst der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung zustehen, um wiederum den Einfluss des viEVU zu verringern⁶⁵.

Unabhängigkeit ist im europäischen Kontext zu verstehen als „die Abwesenheit jeglicher signifikanter Interessenkonflikte“⁶⁶. Ein Mitglied des Aufsichtsrates kann als unabhängig angesehen werden, „wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zu der Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte“⁶⁷. Um diese Unabhängigkeit zu sichern, ist in § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG festgelegt, wie viele Mitglieder des Aufsichtsrates unabhängig sein müssen. Die Kriterien der Unabhängigkeit des Aufsichtsrates des ITO sind in § 10c EnWG normiert.

3.1 Grundsatz: „die Hälfte minus eins“ Regelung

Nach § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG gelten die Anforderungen der personellen Unabhängigkeit für die oberste Unternehmensleitung gemäß § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG auch für die „Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates... abzüglich einem Mitglied“. Das bedeutet u. a., dass die unabhängigen Mitglieder einer Zustimmung durch die Regulierungsbehörde bedürfen und die Cooling - On- und Cooling - Off-Perioden Anwendung finden.

Für die übrigen Mitglieder gilt gemäß § 10c Abs. 1 Sätze 1, 2 und Satz 4 Nr. 2 EnWG lediglich, dass Namen und deren Funktion der zuständigen Regulierungsbehörde genannt werden müssen. Die Regulierungsbehörde besitzt kein Zustimmungsverweigerungsrecht. Als Mitglieder des Aufsichtsrates können Vertreter des viEVU, Vertreter anderer Anteilseigner sowie bei Anwendung mitbestimmungsrechtlicher Vorschriften andere

⁶² Säcker/Mohr 2012, 14.

⁶³ § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.

⁶⁴ Scholderer 2012, 169.

⁶⁵ Bundesnetzagentur 2011, 44.

⁶⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaft 2005, Erwägungsgrund 7.

⁶⁷ Ebd. Erwägungsgrund 13.



Interessengruppen, z.B. Vertreter der Arbeitnehmer, berufen werden⁶⁸. Die Vertreter der Arbeitnehmer werden dabei als unabhängig betrachtet, da vermutet wird, dass sie die Interessen des ITO vertreten und nicht die des viEVU⁶⁹.

Die Anwendung der strengen Regeln des § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG auf „die Hälfte minus eins“ der Mitglieder verfolgt den Zweck, die Unabhängigkeit und die Objektivität der Entscheidungen zu gewährleisten⁷⁰. § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG besitzt eine große Relevanz, da hierüber der Einfluss des Mutterunternehmens als Anteilseigner ermöglicht wird⁷¹. Der Aufsichtsrat entscheidet - wie ausgeführt - über grundlegende Fragen, so dass die Mehrheitsanteilseigner dort auch eine Einflussmöglichkeit haben sollten.

Auf die Bedeutung der Eigentumsrechte verwies das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem sogenannten Mitbestimmungsurteil von 1979. Darin zeigt das BVerfG deutlich auf, dass der Schutz des Eigentums auch für Anteilseigentum besteht⁷². Den Mehrheitsanteilseignern ist allein durch den Aufsichtsrat die mittelbare Einflussmöglichkeit der Anteilseigner auf ihr Eigentum gewährt⁷³. Ansonsten haben sie keine Verfügungsbefugnisse über ihr Eigentum.

Aufgrund der Kompetenzen des Aufsichtsrates eines ITO gab es in der Literatur bereits vor der Novellierung des EnWG Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung der Formulierung hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrates⁷⁴. Die bereits unmittelbar nach Erlass der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG entstandenen Diskussionen über die „Hälfte minus eins“ Regelung haben allerdings keinen Niederschlag in der deutschen Gesetzgebung gefunden. § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG entspricht Art. 20 Abs. 3 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Art. 20 Abs. 3 der Richtlinie 2009/73/EG. Die Unsicherheit, wie diese Formulierung auszulegen ist, besteht fort. Insbesondere die Bundesnetzagentur als zuständige Regulierungsbehörde nimmt in ihrem Hinweispapier keinerlei Stellung⁷⁵. Die in 2009 entstandene Diskussion zwischen Prof. Schmidt-Preuß und Prof. Säcker zur Auslegung von Art. 20 Abs. 3 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. 2009/73/EG besitzt daher heute noch Aktualität.

Prof. Schmidt-Preuß vertritt die Ansicht, dass „die Mehrheit des Aufsichtsrates in Höhe von maximal zwei Mitgliedern von der Muttergesellschaft bestimmt werden kann“⁷⁶. Nach seiner Auslegung dürfen die unabhängigen Mitglieder maximal zwei Mitglieder weniger als die abhängigen Mitglieder haben. Er votiert für einen „mathematischen Rechengang“⁷⁷, der sich aus der Formulierung des entsprechenden Paragraphen

⁶⁸ Schmidt-Preuß 2009, 86.

⁶⁹ Säcker/Mohr 2012, 16.

⁷⁰ Deutscher Bundestag 2011, 64f.

⁷¹ Helmreich 2011, 351.

⁷² BVerfG 1979, Grund 130.

⁷³ Ebd. Grund 131.

⁷⁴ Säcker 2012, § 10d Rd. 2.

⁷⁵ Vgl. Bundesnetzagentur 2011.

⁷⁶ Schmidt-Preuß 2009, 87.

⁷⁷ Schmidt-Preuß 2009, 74.



ergibt: Zuerst muss die Hälfte der Gesamtzahl der Mitglieder bestimmt werden, um dann die Anzahl eines Mitgliedes zu subtrahieren, da nach den Grundsätzen der Rechenarten „Punkt vor Strich“ gilt⁷⁸. Ausgangspunkt bei der Berechnung ist die Mindestzahl der unabhängigen Mitglieder, die auch Regelungsstatbestand des Gesetzestextes ist⁷⁹. Dementsprechend kann nur eine gerade Personenanzahl den Aufsichtsrat zusammensetzen. Dazu stellt Prof. Schmidt-Preuß folgende Formel auf, wobei $Z_{\text{mindunabh}}$ die Mindestzahl der unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsrates darstellt⁸⁰:

$$Z_{\text{mindunabh}} = \frac{\text{Gesamtmitglieder des Aufsichtsrats}}{2} - 1$$

Für einen zwölfköpfigen Aufsichtsrat gilt entsprechend Prof. Schmidt-Preuß, dass zunächst die Hälfte gebildet wird und davon dann eines abgezogen werden muss. Dies ergibt fünf unabhängige Mitglieder und sieben abhängige Mitglieder⁸¹.

Dagegen legt Prof. Säcker die Formulierung so aus, dass wenigstens die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates abzüglich eines Mitgliedes die Anforderung an die Unabhängigkeit erfüllen müssen⁸². Demnach darf ein Aufsichtsrat des ITO höchstens aus einem unabhängigen Mitglied weniger als die abhängigen Mitglieder bestehen⁸³. Er beruft sich dabei auf die englische Formulierung des Art. 20 Abs. 3 der Richtlinie 2009/72/EG, in der es heißt „shall apply to at least half of the members [...] minus one“. Prof. Säcker begründet seine Auslegung, dass die abhängigen Mitglieder trotz der Eigentumsbindung höchstens eine Stimme Mehrheit haben sollen, so dass so viel Unabhängigkeit des Aufsichtsrates (und somit auch des ITO) wie möglich gesichert werden kann⁸⁴. Dies sieht Prof. Säcker vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Richtlinie, nach der das ITO Modell einen Kompromiss darstellt⁸⁵. Bei einer geraden Anzahl des Aufsichtsrates sieht Prof. Säcker die Lösung darin, dass eine paritätische Besetzung gegeben ist und ein abhängiges Mitglied ein Recht auf Stichentscheid erhält. Damit ist die Beschlussfähigkeit auch bei paritätischer Besetzung gegeben⁸⁶. Einen dreiköpfigen Aufsichtsrat mit nur einem unabhängigen Mitglied hält Prof. Säcker für unzulässig, da seiner Auffassung nach ein doppeltes Übergewicht der abhängigen Mitglieder mit der „Hälfte minus eins“ Regelung nicht vereinbar sei⁸⁷. Ein zwölfköpfiger Aufsichtsrat setzt sich

⁷⁸ Ebd. 74.

⁷⁹ Ebd. 74.

⁸⁰ Ebd. 74.

⁸¹ Schmidt-Preuß 2009, 74.

⁸² Säcker 2009, 80.

⁸³ Ebd. 80.

⁸⁴ Ebd. 80.

⁸⁵ Ebd. 80.

⁸⁶ Ebd. 81.; näheres dazu unter Punkt 4.2.

⁸⁷ Ebd. 81.



nach Prof. Säcker aus sechs abhängigen und sechs unabhängigen Mitgliedern zusammen, wobei einem abhängigen Mitglied ein Recht auf Stichentscheid zugesprochen werden sollte.

3.2 Mitbestimmungsrechtlicher Kontext

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, wie § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG auszulegen ist, wenn aufgrund nationaler gesetzlicher Bestimmungen ein Mitbestimmungsstatut anzuwenden ist. Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. 2009/73/EG spricht von „Vertretern anderer Interessengruppen, wie z.B. der Beschäftigten des Fernleitungsnetzbetreibers“ als Mitglieder in einem Aufsichtsrat, sobald „einschlägige Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats dies vorsehen“.

Nach dem deutschen Aktienrecht ist der Aufsichtsrat ausschließlich mit Aktionären besetzt, doch mitbestimmungsrechtliche Regelungen haben diese Grundform weitgehend ersetzt⁸⁸. Fällt ein Unternehmen in den Geltungsbereich eines Mitbestimmungsgesetzes, sind dessen Vorschriften zwingend und können nicht modifiziert werden⁸⁹. In Deutschland sind bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrates das DrittelbG bzw. das MitbestG nach § 96 Abs. 1 Aktiengesetz (AktG) anzuwenden⁹⁰.

3.2.1 DrittelbG

Gemäß § 1 Nr. 3 DrittelbG ist ein Aufsichtsrat obligatorisch, wenn eine Gesellschaft in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Gegenstand der Regelung sind alle inländischen Unternehmen in der Rechtsform der AG, KGaA und GmbH⁹¹.

Als Arbeitnehmer gilt gemäß § 3 DrittelbG jeder, der unter den Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetzes (BetriebsVerfG) fällt, unabhängig von der Beschäftigungsdauer und Arbeitszeit⁹². Nach diesem Begriff sind die regelmäßigen Beschäftigungsverhältnisse entscheidend; ruhende Arbeitsverhältnisse sind inbegriffen⁹³. Leiharbeiter und leitende Angestellte nach § 5 Abs. 3 BetriebsVerfG fallen jedoch nicht unter diesen Begriff und werden daher nicht mitgezählt⁹⁴.

Der Aufsichtsrat muss gemäß § 4 Abs. 1 DrittelbG zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern zusammengesetzt sein. Daraus folgt, dass der Aufsichtsrat durch drei teilbar sein muss⁹⁵. Die Höchstgrenze von einundzwanzig Mitgliedern ergibt sich aus den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften⁹⁶. Gemäß § 95 AktG

⁸⁸ Koch 2014, § 96 AktG Rn. 2.

⁸⁹ Ebd. 3.

⁹⁰ Ebd. 1.

⁹¹ Gach 2014, § 1 DrittelbG Rn. 1.

⁹² Oetker 2014, § 1 DrittelbG Rn. 26.

⁹³ Ebd. 27.

⁹⁴ Ebd. 27 und § 3 DrittelbG Rn. 3.

⁹⁵ Gach 2014, § 4 DrittelbG Rn. 2.

⁹⁶ Bei der AG, KGaA, GmbH aus § 95 Satz 4 AktG.



muss ein Aufsichtsrat aus neun Mitgliedern bestehen, wenn das Grund-/Stammkapital bis zu 1,5 Mio. € beträgt, bei 1,5 bis 10 Mio. € aus fünfzehn und bei mehr als 10 Mio. € aus einundzwanzig Mitgliedern. Aus § 4 Abs. 1 DrittelbG i.V.m. § 95 Satz 1 AktG ergibt sich, dass die Mindestzahl drei Mitglieder betragen muss⁹⁷. Die jeweilige Satzung muss bestimmte Zahlen hinsichtlich der Größe des Aufsichtsrates je nach Unternehmen angeben⁹⁸.

Hinsichtlich der Zusammensetzung gibt § 4 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG vor, dass dem Aufsichtsrat auf Arbeitnehmerseite ausschließlich unternehmensangehörige Mitglieder angehören dürfen, wenn die Gesamtzahl drei oder sechs Mitglieder beträgt⁹⁹. Erst ab einer Gesamtzahl der Mitglieder von neun ist es nach § 4 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG zulässig, Arbeitnehmer, die nicht zum Unternehmen gehören, zu wählen¹⁰⁰. Die Unternehmensangehörigkeit knüpft durch § 3 Abs. 1 DrittelbG an den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff an¹⁰¹. Dies bedeutet, dass leitende Angestellte und Leiharbeiter ausgenommen sind.

In der Regel dürfte das DrittelbG für den ITO gelten, da für das MitbestG über 2000 Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG angestellt sein müssen, was in Deutschland bei den Transportnetzbetreibern selten der Fall ist¹⁰². Beispielsweise hatte der ITO Amprion GmbH, einer der größten ITO in Deutschland, der sich 2012 im Zertifizierungsverfahren von der RWE AG entflochten hat, zu diesem Zeitpunkt 900 Mitarbeiter¹⁰³. Soweit es bei den zertifizierten ITO ersichtlich ist, wird die Anzahl von 500 Mitarbeitern bei einem Drittel überschritten¹⁰⁴. Für den Aufsichtsrat des ITO gelten somit in einigen Fällen neben den Vorschriften des EnWG auch die des DrittelbG.

3.2.2 MitbestG

Nach §§ 6 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 MitbestG ist ein Aufsichtsrat zu bilden, wenn eine Gesellschaft in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt. Als Gesellschaft erfasst sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG die AG, KGaA, GmbH und die Genossenschaft.

§ 7 MitbestG regelt die Zusammensetzung des Aufsichtsrates. Ein Unternehmen hat demnach entsprechend seiner Arbeitnehmerzahl einen Aufsichtsrat mit zwölf, sechzehn oder zwanzig Mitglieder zu bilden. Die Besetzung ist gemäß § 7 Abs. 1 MitbestG paritätisch, d. h. es muss die gleiche Anzahl von Arbeitnehmern und Anteilseignern berufen werden¹⁰⁵. Aufgrund der paritätischen Besetzung sieht § 29 Abs. 2 MitbestG ein Recht

⁹⁷ Oetker 2014, § 4 DrittelbG Rn. 3.

⁹⁸ Ebd. § 4 DrittelbG Rn. 3.

⁹⁹ Ebd. 7.

¹⁰⁰ Ebd. § 4 DrittelbG Rn. 7.

¹⁰¹ Ebd. 8.

¹⁰² Trümmer 2010, 86.

¹⁰³ BK6-12-044, 23.

¹⁰⁴ Dies ist bei den 2012 zertifizierten ITO der Fall bei der Amprion GmbH, der Open Grid GmbH und Tyssengas GmbH.

¹⁰⁵ Habersack 2014, § 96 AktG Rn. 6.



auf Stichentscheid für den Vorsitzenden des Aufsichtsrates vor. Die Bestimmungen des § 29 Abs. 2 MitbestG sind in ihrer Anwendung zwingend und können nicht durch eine Satzung geändert werden¹⁰⁶. Danach hat der Vorsitzende dann eine zweite Stimme, wenn die erste und zweite Abstimmung eine Stimmgleichheit ergibt¹⁰⁷. Es ist ein Beschluss nötig, um eine zweite Abstimmung durchführen zu können, entweder durch den Vorsitzenden oder durch die Mehrheit der Mitglieder¹⁰⁸. In dieser zweiten Abstimmung muss der Vorsitzende allerdings nicht sein zweites Stimmrecht ausnutzen, da er nach dem Grundsatz des pflichtmäßigen Ermessens nicht daran gebunden ist¹⁰⁹. Außerhalb des Geltungsbereiches des MitbestG kann nach h. M. das Recht zum Stichentscheid auch in der Satzung festgeschrieben werden, ein Vetorecht ist allerdings ausgeschlossen¹¹⁰. Das Recht zum Stichentscheid des Vorsitzenden kann nur durch die Hauptversammlung in die Satzung aufgenommen werden, da ansonsten der Aufsichtsrat sich selbst dieses Recht zugestehen könnte¹¹¹.

3.3 Aktueller Stand in Deutschland

Die Bundesnetzagentur hat seit 2012 mehrere ITO zertifiziert. Von Interesse ist deshalb, wie die jeweiligen Aufsichtsräte der bereits zertifizierten ITO zusammengesetzt sind.

Der Aufsichtsrat der Thyssengas GmbH und der Ontras Gastransport GmbH besteht jeweils aus drei Mitgliedern. Ein Mitglied gilt bei beiden ITO als unabhängig i.S.d. §§ 10d Abs. 3 Satz 1 i.V.m. 10c EnWG.

Der Aufsichtsrat der Amprion GmbH besteht aus zwölf Mitgliedern, von denen gemäß § 4 Abs. 1 DrittelbG vier Mitglieder Vertreter der Arbeitnehmer und acht Vertreter der Anteilseigner sind. Als unabhängige Mitglieder gemäß §§ 10d Abs. 3 Satz 1 i.V.m. 10c EnWG gelten neun Mitglieder, bei den restlichen drei Mitgliedern handelt es sich um abhängige Mitglieder, die in Verbindung zu dem Anteilseigner stehen. Folglich gelten hier auch Vertreter der Anteilseigner als unabhängig: So ist z.B. ein Vertreter der Anteilseigner ein Lehrbeauftragter einer Universität¹¹².

Der Aufsichtsrat der terranets bw GmbH setzt sich aus sechs Mitgliedern zusammen, wobei zwei davon als unabhängig gelten. Die beiden Mehrheitsgesellschafter stellen jeweils zwei abhängige Mitglieder.

¹⁰⁶ Habersack 2014, § 107 AktG Rn. 66.

¹⁰⁷ Oetker 2014, § 29 MitbestG Rn. 3.

¹⁰⁸ Ebd. 4f.

¹⁰⁹ Gach 2014, § 29 MitbestG Rn. 13.

¹¹⁰ Koch 2014, § 108 AktG Rn. 8.

¹¹¹ Habersack 2014, § 107 AktG Rn. 67.

¹¹² Vgl. <http://www.amprion.net/aufsichtsrat> (Stand 15.07.2014).



4 Spannungsverhältnis zwischen Energie- und Mitbestimmungsrecht

Die energierechtlichen Vorgaben der Entflechtung haben Einfluss auf die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen eines Konzerns. Eine starke Gesellschaftsstrukturvorgabe liegt allein dadurch vor, dass ein ITO rechtlich von dem viEVU entflochten sein muss. Darüber hinaus können Rechtsunsicherheiten aufgrund von Unklarheiten oder Unvereinbarkeiten bezüglich des Zusammenwirkens von energie- und mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben entstehen.

4.1 §§ 10d Abs. 3 EnWG i.V.m. 4 Abs. 1 DrittelbG

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Bestimmungen des § 10d Abs. 3 EnWG und des § 4 Abs. 1 DrittelbG für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates zu einer Inkompatibilität führen. Aus der Sicht ihrer jeweiligen Auslegung bewerten Prof. Schmidt-Preuß und Prof. Säcker diese Frage unterschiedlich.

Prof. Schmidt-Preuß argumentiert, dass der Aufsichtsrat aus einer geraden Anzahl von Mitgliedern bestehen muss, weil die Hälfte einer ungeraden Personenanzahl nicht gebildet werden kann¹¹³. Nach seiner Auffassung ist der Aufsichtsrat des ITO unter Berücksichtigung der Vorschriften des EnWG nur mit einer geraden Anzahl von Mitgliedern zu besetzen, während des DrittelbG dagegen bei bestimmten Arbeitnehmeranzahlen jeweils eine ungerade Anzahl von Mitgliedern vorschreibt¹¹⁴. Daher plädiert Prof. Schmidt-Preuß zwar für den Bestand des DrittelbG, befürwortet allerdings eine energierechtliche Ausnahmeregelung¹¹⁵. In dieser müsste seiner Meinung nach festgelegt werden, dass bezüglich der Größe des Aufsichtsrates des ITO nur gerade Zahlen zugelassen sind. Ein zwölfköpfiger Aufsichtsrat setzt sich nach Auffassung von Prof. Schmidt-Preuß nach § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG aus fünf unabhängigen und gemäß § 10d Abs. 3 Satz 2 EnWG aus sieben abhängigen Mitgliedern zusammen. Folglich vermindert sich gegenüber § 4 Abs. 1 DrittelbG die Mitgliederanzahl der abhängigen Mitglieder (Arbeitgeber im DrittelbG) um eins, die der unabhängigen Mitglieder (u. a. Arbeitnehmer im Sinne des DrittelbG) erhöht sich um eins¹¹⁶. Unter der alleinigen Anwendung des DrittelbG besteht der Aufsichtsrat aus vier Arbeitnehmer- und acht Arbeitgebervertretern.

Nach der Auffassung von Prof. Säcker ist das DrittelbG dagegen mit den energierechtlichen Vorgaben vereinbar¹¹⁷. Bei geraden Zahlen, die durch drei teilbar sind, gibt es eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrates, wobei nach seinem Vorschlag ein abhängiges Mitglied i.S.d. § 10d Abs. 3 Satz 2 EnWG ein Stichtscheidungsrecht erhalten sollte; für das abhängige Mitglied mit Recht zum Stichtscheid bietet sich vor

¹¹³ Schmidt-Preuß 2009, 87.

¹¹⁴ Ebd. 87.

¹¹⁵ Ebd. 87.

¹¹⁶ Ebd. 87.

¹¹⁷ Säcker 2009, 80.



allem der Aufsichtsratsvorsitzende an¹¹⁸. Bei ungeraden Zahlen haben die unabhängigen Mitglieder i.S.d. § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG einen Sitz weniger, da der Gesetzgeber den Anteilseignern eine Stimme Mehrheit im Aufsichtsrat geben wollte¹¹⁹. Nach dieser Auffassung ist keine energierechtliche Ausnahmeregelung für das DrittelbG erforderlich, es kann also ohne Änderung fortbestehen. Ein zwölfköpfiger Aufsichtsrat setzt sich dementsprechend nach dem EnWG paritätisch aus abhängigen und unabhängigen Mitgliedern zusammen, wobei einem abhängigen Mitglied das Recht zum Stichentscheid zukommen sollte.

Beide Auslegungen sind möglich. Der Gesetzgeber hatte das Ziel, die Unabhängigkeit und Objektivität zu sichern, um ein effektives und diskriminierungsfreies Netzgeschäft zu gewährleisten¹²⁰. Daraus kann aber nicht folgen, dass die Muttergesellschaft kein Mitspracherecht mehr hat. Vielmehr muss es aufgrund des Schutzes des Eigentums einen gewissen Spielraum der Einflussmöglichkeiten der Muttergesellschaft durch den Aufsichtsrat gegeben. Der ITO muss sich daher im Rahmen der Beschlüsse des Aufsichtsrates, z.B. des Finanzplanes, bewegen, ist aber abgesehen davon ansonsten autonom¹²¹. Deutlich wird dies an der Tatsache, dass der Aufsichtsrat den Finanzplan erstellt, der zehnjährige Netzentwicklungsplan, d. h. ein grundlegendes Netzgeschäft, aber in der Hand der Geschäftsführung liegt¹²². Das leichte Übergewicht der abhängigen Mitglieder des Aufsichtsrates im Zuge der Möglichkeit der Einflussnahme ist in beiden Auslegungsarten gegeben. Daher ist im Folgenden zu untersuchen, welche Zusammensetzung mit den gesetzlichen Vorgaben bzw. mit dem gesetzlichen Zweck vereinbar ist und welche Auslegung in der Praxis durchsetzbar ist.

4.2 Das Recht zum Stichentscheid

Eine Möglichkeit, die energierechtlichen Vorgaben mit den mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen, ist die Einführung eines Rechtes zum Stichentscheid.

Um die Beschlussfähigkeit - d. h. die einfache Mehrheit nach h. M.¹²³ - eines nach MitbestG paritätisch zu besetzenden Aufsichtsrates zu gewährleisten, erhält ein abhängiges Mitglied das Recht zum Stichentscheid¹²⁴. Hierdurch entsteht ein leichtes Übergewicht der Anteilseigner¹²⁵. Im Aufsichtsrat des ITO kommt die gesetzliche Einführung eines Rechtes zum Stichentscheid für den aus den abhängigen Mitgliedern gewählten Vorsitzenden in Betracht. Mit diesem Recht wäre die Mehrheit der abhängigen Mitglieder gemäß § 10d Abs. 3 Satz 2 EnWG auch bei einer geraden Anzahl gesichert. Insofern ist dieses Recht nur bei einer geraden Anzahl von Mitgliedern nötig.

¹¹⁸ Säcker 2009, 80.

¹¹⁹ Ebd. 80.

¹²⁰ Deutscher Bundestag 2001, 64.

¹²¹ Ebd. 64.

¹²² Ebd. 62 und 64.

¹²³ Henssler 2014, § 52 GmbHG Rn. 37.

¹²⁴ Habersack 2014, § 96 AktG Rn.8.

¹²⁵ Ebd. 8.



Für eine Übernahme in den Bereich des Energierechtes muss das Recht zum Stichentscheid jedoch verfassungsrechtlich unbedenklich sein. Im Rahmen des MitbestG ist dieses paritätische Modell mit Recht zum Stichentscheid verfassungsrechtlich bezweifelt worden¹²⁶. Fraglich war, ob dieses Modell mit der Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 und 15 GG und der Garantie der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist¹²⁷. Das BVerfG entschied in seinem Mitbestimmungsurteil vom 01.03.1979, dass die Verfassungsmäßigkeit gegeben ist, da die Anteilseigner ein „leichtes Übergewicht“ erhalten, was im Sinne des Eigentumsrechtes verhältnismäßig ist¹²⁸. Andererseits argumentierte das BVerfG, dass das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird, da nicht jegliche Fremdbestimmung bei der Zusammensetzung von Organen ausgeschlossen werden kann¹²⁹. Dementsprechend könnte das Recht auf Stichentscheid ohne erkennbare verfassungsrechtliche Bedenken auch im energierechtlichen Kontext eingeführt werden.

Die Umsetzung ließe sich einfach gestalten, weil allein das EnWG, aber nicht Mitbestimmungsgesetze geändert werden müssten. Dem EnWG müsste eine Regelung hinzugefügt werden, dass einem Mitglied der Anteilseigner bei einer geraden Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern das Recht zum Stichentscheid zusteht. Den Anteilseignern dieses Recht zum Stichentscheid zuzusprechen, sichert die nötige Einflussnahme des Mutterkonzerns bei paritätischer Besetzung des Aufsichtsrates, gewährt den Anteilseigner aber keinen zu großen Einfluss. Besitzen die Anteilseigner ohnehin die Mehrheit, entfällt das Recht zum Stichentscheid. Eine zwingende Vorgabe zum Gebrauch des Rechtes zum Stichentscheid ist nicht nötig, da der Sinn des leichten Übergewichtes der Anteilseigner darin besteht, dass sie dieses Übergewicht nutzen können, aber nicht müssen.

4.3 Die Einführung eines neutralen Mitgliedes

Zu untersuchen ist, ob weitere Möglichkeiten, im Mitbestimmungsrecht einen Aufsichtsrat zusammenzusetzen, auch für den Aufsichtsrat des ITO geeignet wären. Im Montanmitbestimmungsgesetz (Montan-MitbestG) besteht der Aufsichtsrat nach § 4 Montan-MitbestG aus elf Mitgliedern, wobei Anteilseigner und Arbeitnehmer jeweils die gleiche Anzahl an Mitgliedern stellen¹³⁰. Das elfte Mitglied ist nach § 4 Abs. 1 (c) Montan-MitbestG ein neutrales Mitglied. Dieses weitere Mitglied darf gemäß § 4 Abs. 2 Montan-MitbestG nicht als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber im Unternehmen tätig sein oder sonst einem betrieblichen Interesse unterliegen. In Situationen mit Stimmgleichheit kann dieses neutrale Mit-

¹²⁶ Raiser/Veil 2009, 42.

¹²⁷ Ebd. 42.

¹²⁸ BVerfG 1979, Grund 90.

¹²⁹ BVerfG 1979, Grund 7.

¹³⁰ Hirdina 2010, Rn. 684.



glied, welches im besten Fall das Vertrauen beider Seiten genießt, vermitteln oder die entscheidende Stimme abgeben.

Den Aufsichtsrat des ITO mit einem neutralen Mitglied zu erweitern und ihn ansonsten paritätisch zu besetzen, widerspricht aber dem Sinn der „Hälfte minus eins“ Regelung. Mit einem neutralen Mitglied ist das leichte Übergewicht der Anteilseigner, d. h. der Muttergesellschaft nicht mehr gegeben und eine Einflussnahme der Eigentümer gegebenenfalls nicht mehr möglich. Daher ist diese Besetzung des Aufsichtsrates nicht mit den Vorgaben zu der Entflechtung des ITO zu vereinen.

4.4 Mindestanzahl der Mitglieder

Sowohl Prof. Säcker als auch Prof. Schmidt-Preuß argumentieren, dass die aktien- bzw. mitbestimmungsrechtliche Mindestanzahl von drei Mitgliedern für den Aufsichtsrat des ITO nicht zulässig ist. Prof. Schmidt-Preuß nennt den Grund, dass bei dieser Anzahl nicht die Hälfte gebildet werden kann. Prof. Säcker sieht das doppelte Übergewicht der Anteilseigner im Verhältnis von einem zu zwei Sitzen als zu gravierend an.

Eine höhere Anzahl von Mitgliedern empfiehlt sich bereits deshalb, weil bei drei Mitgliedern zwingend alle drei für die Beschlussfähigkeit anwesend sein müssen¹³¹. Doch für die kategorische Ablehnung der Mindestanzahl von drei Mitgliedern besteht kein Grund. Zwar ist die Position eines einzelnen unabhängigen Mitglieds gegenüber zwei abhängigen Mitgliedern schwächer als bei anderen Zusammensetzungen, aber die Anteilseigner verfügen auch hier nur über eine Stimme mehr. Ob die Anteilseigner durch eine Stimme Mehrheit bei der Zusammensetzung von z.B. neun Mitgliedern oder von dreien die Abstimmungen bestimmen können, wirkt sich auf das Ergebnis nicht unterschiedlich aus. Daher ist diese Größe nicht grundsätzlich abzulehnen, höhere Mitgliederanzahlen sind jedoch vorzuziehen¹³².

4.5 Zusammensetzung des Aufsichtsrates in der Praxis

Die Zusammensetzung der Aufsichtsräte in der Praxis zeigt, dass ein Teil der zertifizierten Unternehmen nicht unter die Anwendbarkeit des DrittelbG fallen, da ihre regelmäßige Arbeitnehmerzahl unter 500 liegt. Daher gelten in diesem Fall lediglich die Anforderungen des EnWG an die Zusammensetzung des Aufsichtsrates. Die betroffenen Unternehmen besetzen ihren Aufsichtsrat in der Regel mit drei Mitgliedern, wobei eines die Unabhängigkeitsanforderungen des § 10c EnWG erfüllen muss. Sowohl Prof. Säcker als auch Prof. Schmidt-Preuß sehen diese Zusammensetzung als nicht gesetzeskonform an, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen. Die Bundesnetzagentur erkannte diese Zusammensetzung bei der Zertifizierung an. Sie ver-

¹³¹ Simons 2014, § 95 AktG Rn. 4.

¹³² Siehe im Folgenden Punkt 4.7.



weist aber auf Zweifel der Europäischen Kommission an der Erfüllung der Unabhängigkeit¹³³. Die Europäische Kommission hatte angemerkt, dass die Erfüllung der Unabhängigkeit hinsichtlich der Cooling - On-Periode von drei Jahren nicht erfüllt sein könnte¹³⁴. Insbesondere stellt die Europäische Kommission in Frage, ob die Stichtagsregelung des § 10c Abs. 2 Satz 1 EnWG mit den zeitlichen Vorgaben der europäischen Richtlinie übereinstimmt¹³⁵. Auch die Europäische Kommission geht damit auf die Anzahl und die Zusammensetzung der Mitglieder des Aufsichtsrates nicht ein.

Der sechsköpfige Aufsichtsrat der terranets bw GmbH entspricht der Auslegung von Prof. Schmidt-Preuß, da zwei unabhängige Mitglieder weniger als abhängige in dem Aufsichtsrat sitzen. Hier ist eine deutliche Mehrheit der abhängigen Mitglieder gegeben.

Die Amprion GmbH besetzt ihren zwölfköpfigen Aufsichtsrat lediglich mit drei abhängigen Mitgliedern, folglich weit unter den gesetzlichen Vorgaben. Begründet wird dies mit der Eigentümerstruktur, da 74,9 % der Anteile von Eigentümern, die keine viEVU sind, gehalten werden. Allerdings stellt sich bei dieser Besetzung die Frage, ob der Zweck der „Hälfte minus eins“ Regelung nicht missachtet wird. Die Objektivität und die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates ist bei dieser Zusammensetzung in einem sehr hohen Maße gegeben, doch die drei Mitglieder der Anteilseigner des viEVU haben eine deutliche Minderheit in dem Aufsichtsrat, daher können gegebenenfalls dessen Eigentümerinteressen nicht durchgesetzt werden. Jedoch kann der Sinn der „Hälfte minus eins“ Regelung auch nicht darin liegen, dass dem viEVU unabhängig von den Eigentumsverhältnissen eine leichte Mehrheit zugesprochen wird. Daher sind hier die gesetzlichen Vorgaben erfüllt.

4.6 Vergleich mit anderen EU – Ländern

Insgesamt haben sich acht Mitgliedsstaaten der EU für das Modell des ITO entschieden. Es stellt sich daher die Frage, wie die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrates in anderen EU – Ländern umgesetzt worden sind.

In Österreich regelt das Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz 2010 in § 31 Abs. 2 Satz 1, dass die berufliche Unabhängigkeit „auf die Hälfte der Mitglieder abzüglich eines Mitgliedes“ Anwendung finden soll. Auch Frankreich entschied sich für das Modell des ITO. Im Artikel L 111-25 des Ordonnance n. 2011 – 504 gelten die strengen Vorgaben für die Hälfte weniger eins (la moitié moins un) der Mitgliedern des Aufsichtsrates. In Bulgarien regelt der Energy Act in § 81f Abs. 2, dass der Aufsichtsrat des ITO aus drei bis sieben Personen bestehen soll, wobei die Vorgaben der Unabhängigkeit gemäß § 81f Abs. 3 für „at least half minus one of the members“ angewendet werden sollen.

¹³³ BK7-12-032, 55 oder BK7-12-026, 43.

¹³⁴ Europäische Kommission 2012, 9.

¹³⁵ BK7-12-026, 43.



In allen Staaten scheint Unsicherheit über die Auslegung der jeweiligen Gesetzeslage zu bestehen¹³⁶. Eindeutige Vorgaben bestehen nicht. Allerdings ist nach der Regelung in Bulgarien ausdrücklich auch eine ungerade Anzahl von Mitgliedern vorgesehen; der mathematischen Auslegung der Hälfte folgt Bulgarien nicht. Aufgrund der auch in diesen Mitgliedsstaaten bestehenden Unsicherheit bezüglich der Umsetzung bzw. Auslegung wird die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung deutlich.

4.7 Auslegung und Kompatibilität

Prof. Schmidt-Preuß beruft sich für seine Auslegung des § 10d Abs. 3 Satz EnWG auf den seiner Meinung nach eindeutigen Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 der Richtlinien 2009/72/EG bzw. 2009/73/EG. Seiner Meinung nach ist durch die Formulierung nur der Rechengang gegeben, der bei der Hälfte beginnt. Es erscheint jedoch fraglich, ob der europäische Richtliniengeber und die ihm folgenden nationalen Gesetzgeber wie Deutschland, Frankreich oder Bulgarien die Mindestanzahl der abhängigen Mitglieder des Aufsichtsrates des ITO unter Anwendung der Grundrechenregel „Punkt vor Strich“ mathematisch fixieren wollten. Insbesondere die Festlegung auf eine starre Zwei-Personen-Mehrheit der abhängigen Mitglieder erscheint fraglich. Diese mathematische Auslegung setzt voraus, dass sich der Richtliniengeber bewusst der Mathematik bediente und nicht den aus den Eigentumsrechten resultierten Einfluss über den Aufsichtsrat sichern wollte. Der allgemeine Sprachgebrauch lässt nicht nur diese Bedeutung zu. Das zeigt sich auch an der bulgarischen Regelung in § 81f Abs. 2 Energy Act, nach der der Aufsichtsrat aus drei bis sieben Personen bestehen soll.

Für eine Ein-Stimmen-Mehrheit entsprechend der Ausführungen von Prof. Säcker sprechen die Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der „Hälfte minus eins“ Regelung. Zunächst sah die Europäische Kommission das Ownership Unbundling – nach Schmidt-Preuß der „Zwangsverkauf der Netze“¹³⁷ – vor. Mehrere Mitgliedsstaaten setzten sich daraufhin, auch zum Schutz des Eigentums der Anteilseigner, für die Einführung der Alternative des ITO neben dem bereits vorgesehenen ISO ein. Mit dem ITO ist ein Modell eingeführt worden, welches die eigentumsrechtliche Verbindung zwischen dem viEVU und dem ÜNB bzw. FNB nicht rechtlich oder de-facto beendet. Der Argumentation von Prof. Säcker, dass das Modell des ITO eine Balance zwischen Unabhängigkeit und Eigentumsbindung schaffen will, kann vor allem unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte gefolgt werden. Angestrebt werden konnte unter Berücksichtigung der Eigentumsrechte der Anteilseigner im Verhältnis zu den beiden Modellen des Ownership Unbundling und des ISO allenfalls eine leichte Stimmenmehrheit der abhängigen Mitglieder im Aufsichtsrat.

¹³⁶ Auf den Seiten der jeweiligen Regulierungsbehörden (<http://www.e-control.at/de/home>; <http://www.cre.fr>; <http://www.mee.government.bg/en>) sind jedenfalls keine Auslegungshinweise zu finden.

¹³⁷ Schmidt-Preuß 2009, 82.



Auch wenn eine energierechtliche Ausnahmeregelung für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates - wie von Prof. Schmidt-Preuß vorgeschlagen - bei Anwendung des DrittelbG grundsätzlich möglich ist, erfordert sie eine Gesetzesänderung des DrittelbG. Im deutschen Novellierungsprozess 2011 hätte diese Ausnahmeregelung in das EnWG aufgenommen werden können. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Gedanken über die möglichen Konsequenzen der Formulierung des § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG allerdings nicht aufgegriffen. Eine Änderung mit Wirkung auf das DrittelbG erscheint problematisch, weil sie aus energierechtlichen Gründen in die Regelungen der Mitbestimmung eingriffe und mit der Festlegung auf eine gerade Anzahl von Mitgliedern im Aufsichtsrat zu starren Vorgaben führt. Die Zulassung einer nur geraden Anzahl von Mitgliedern beschränkt die Größe des Aufsichtsrates auf wenige Zusammensetzungen. In Verbindung mit dem DrittelbG kämen nur sechs, zwölf und achtzehn Mitglieder in Frage.

Auch wenn dieses Recht in der Praxis der ITO noch nicht angewendet wird, erfordert dagegen die Regelung des Rechts zum Stichentscheid bei einer geraden Anzahl von Mitgliedern keine Eingriffe in das Mitbestimmungsrecht, sondern nur eine Änderung der energierechtlichen Vorschriften. Auch sind in diesem Modell mehr Kompromissmöglichkeiten gegeben, gleichzeitig wird aber genug Eigentümerinfluss gewährleistet. Das Recht zum Stichentscheid muss im Übrigen nicht ausgeübt werden. Die Anteilseigner können versuchen, ohne dieses Recht einen Kompromiss zu finden. Daher ist es sinnvoll, wie im MitbestG, dieses Recht erst nach der zweiten Abstimmung zu gewähren, so dass das Übergewicht der Anteilseigner nicht zu stark wird. Wird es angewendet, ist dem Sinn und Zweck der leichten Mehrheit der Anteilseigner auch bei geraden Zahlen Rechnung getragen.

5 Fazit

Die durch die nicht eindeutigen Formulierungen des Art. 20 Abs. 3 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. 2009/73/EG und des § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG ausgelöste, im Einzelnen dargelegte Rechtsunsicherheit, führt dazu, dass unterschiedliche Besetzungen des Aufsichtsrates von ITO zertifiziert werden. Explizite behördliche Auslegungsgrundsätze für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates hat die Bundesnetzagentur zudem nicht veröffentlicht. Diese Rechtsunsicherheit führt dazu, dass die Zielsetzung der Zusammensetzung der Aufsichtsräte verfehlt werden kann. Der Gesetzgeber sieht den Sinn dieser Zusammensetzung des Aufsichtsrates in der Unabhängigkeit, gleichzeitig aber in der alleinigen Möglichkeit der Einflussnahme der Anteilseigner durch die leichte Stimmenmehrheit. Daher ist eine einheitliche Auslegung bzw. Anwendung des § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG erforderlich. Nur so kann die Unabhängigkeit, aber auch die Funktionalität der Energieversorgung und damit die Grundversorgung und das Eigentum der Anteilseigner geschützt werden.



Eine Lösungsmöglichkeit bietet das Recht zum Stichentscheid, welches den Anteilseignern ein leichtes Übergewicht gewährt, ohne die Objektivität oder die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates in Frage zu stellen. Eine solche Änderung des EnWG erscheint zielführend, da Gesetze anderer Rechtsgebiete unberührt bleiben. Bis zu einer zu fordernden gesetzlichen Einführung könnte dieses Recht bereits in den Satzungen der jeweiligen ITO aufgenommen werden, wofür z.B. die Bundesnetzagentur eine behördliche Empfehlung aussprechen könnte.

Im Vergleich zu der Auslegung von Prof. Schmidt-Preuß zeichnet sich die Auslegung von Prof. Säcker dadurch aus, dass die Anteilseigner bei ungeraden Mitgliederzahlen mit einer Stimme in der Mehrheit sind. Durch das Recht zum Stichentscheid ist dies auch bei geraden Mitgliederzahlen gewährleistet. Die eine Stimme Mehrheit gewährt ausreichenden Eigentümerinfluss, ohne die Möglichkeit zu geben, nachhaltig in das Netzgeschäft eingreifen zu können. Trotzdem ist die Objektivität und die Unabhängigkeit des Aufsichtsrates und damit die des ITO deutlicher gewahrt als bei der Auslegung von Prof. Schmidt-Preuß, der eine Mehrheit von zwei Stimmen für die Anteilseigner fordert. Auch wenn die Auslegung von Prof. Schmidt-Preuß mathematisch fundierter ist, entspricht die Auslegung nicht vollständig dem Sinn und Zweck des § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG.

Liegen Zweifel bei der Auslegung von Gesetzesformulierungen vor, kann dies zu Unsicherheiten bei der Haftung führen. Es bestehen z.B. Zweifel, ob bei unklarer Rechtslage ein Unternehmen eine für sich günstigere oder passendere Variante anwenden darf und welche Konsequenzen dies haben kann¹³⁸. Wenn nach der Meinung der Europäischen Kommission Zweifel an der Vereinbarkeit des nationalen Rechtes mit dem europäischen Recht auftreten, kann die Kommission eine begründete Stellungnahme abgeben bzw. ggf. ein gerichtliches Verfahren einleiten.

Daher ist es dringend erforderlich, Rechtssicherheit zu schaffen. Ausgehend von der Auslegung, dass eine leichte Mehrheit der Anteilseigner gefordert ist, kann mit der gesetzlichen Einführung eines fakultativen Rechts zum Stichentscheid die gesetzliche Konformität zwischen den energie- und mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben hergestellt werden. Die Formulierung des § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG kann unter der Auslegung nach Sinn und Zweck fortbestehen, allein das Recht zum Stichentscheid muss gesetzlich im EnWG verankert werden.

¹³⁸ Buck – Heeb 2013, 2247.



6 Literaturverzeichnis

Onlinequellen

- Amprion GmbH: Aufsichtsrat. <http://www.amprion.net/aufsichtsrat> (Stand 15.07.2014)

Sekundärliteratur

- Bourwieg, Karsten/Miller, Dennis: Gesellschaftsrechtliche Hindernisse auf dem Weg zu einer effektiven Entflechtung – zur Vereinbarkeit von GmbH-Aufsichtsräten mit §§ 8, 9 EnWG. In Recht der Energiewirtschaft (RdE). Carl Heymanns Verlag 2008. S. 230-236
- Buck – Heeb, Petra: Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage. Notwendigkeit einer Legal Judgement Rule. In: Betriebs-Berater (BB). Deutscher Fachverlag GmbH 38/2013. S. 2247-2257
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Zertifizierungsverfahren. hier: Hinweispapier zur Antragstellung im Zertifizierungsverfahren. BK6-11-157, BK7-11-157. 2011
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Gemeinsamen Auslegungsgrundsätze III (Markenpolitik und Kommunikationsverhalten). Bonn 2012
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Jahresbericht 2012. Bonn 2012
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Monitoringbericht 2013. Bonn 2013
- Büdenbender, Ulrich: Ordnungspolitischer Vergleich der gesetzlichen Entflechtungskonzepte für die Transportnetzebene von Strom und Gas. In: Klees, Andreas/Gent, Kai (Hrsg.): Energie – Wirtschaft – Recht: Festschrift für Peter Salje. Carl Heymanns Verlag 2013. S. 33 -54
- De Wyl, Christian/Finke, Jasper: Entflechtung von Transportnetzbetreibern. In Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.): Recht der Energiewirtschaft. 4. Auflage, C. H. Beck 2013. S. 171-177
- Gach, Bernd: DrittelbG. In: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 4. Auflage, C. H. Beck 2014
- Gach, Bernd: MitbestG. In: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 4. Auflage, C. H. Beck 2014
- Gundel, Jörg/Germelmann, Claas Friedrich: Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket. In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW). C. H. Beck 2009. Rn. 763-770
- Habersack, Mathias: Aufsichtsrat. In: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 4. Auflage, C. H. Beck 2014



- Helmreich, Markus: Entflechtung von Netzbetreibern nach dem 3. Paket. In: Wirtschaftsrechtliche Blätter: wbl. Springer Verlag GmbH 7/2011. S. 345-357
- Hendrich, Gunnar: EnWG §§10a – 10d. In Danner, Wolfgang/Theobald, Christian (Hrsg.): Energierecht. EnWG. C. H. Beck 79. Ergänzungslieferung 2013
- Henssler, Martin: GmbHG. In: Henssler, Martin/Stroh, Lutz (Hrsg.): Gesellschaftsrecht. 2. Auflage, C. H. Beck 2014
- Hirdina, Ralph: Neuordnung der Unternehmensmitbestimmung. In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA). C. H. Beck 2010. Rn. 683-687
- Koch, Jens: Aktiengesetz. In: Hüffer, Uwe (Hrsg.): Aktiengesetz. 11. Auflage, Carl Heymanns 2014
- Kühling, Jürgen /Pisal, Ruben: Die Umsetzung der EU-Entflechtungsvorgaben im EnWG 2011. In: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET). Etv Energieverlag GmbH 1/2012. S. 127-134
- Lecheler, Helmut/Recknagel, Henning: M. Energierecht. In Dausers, Manfred (Hrsg.): EU – Wirtschaftsrecht. 35. Auflage, C. H. Beck 2014, Rn. 126-134
- Michaelis, Lars Oliver/Kemper, Sebastian: Die Umsetzung des sog. ITO-Modells des 3. EU-Energie-Binnenmarktpaketes in Deutschland und Frankreich. In: Recht der Energiewirtschaft (RdE). Carl Heymanns Verlag 1/2012. S. 10-19
- Oetker, Hartmut: DrittelbG. In: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 14. Auflage, C. H. Beck 2014
- Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger (Hrsg.): Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz. 5. Auflage, De Gruyter Kommentar 2009
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Energierecht. Band 1 - 3. 3. Auflage, Recht und Wirtschaft 2014
- Säcker, Franz Jürgen: Die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans beim Independent Transmission Operator. In: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET). Etv Energieverlag GmbH 11/2009. S. 80 – 81
- Säcker, Jürgen/Mohr, Jochen: Die Entflechtung der Transportnetzbetreiber durch das Modell des „Independent Transmission Operator“. In: Netzwirtschaften und Recht (N&R). Deutscher Fachverlag GmbH Beilagenheft 2/2012. S. 1-16
- Simons, Cornelius: Aktiengesetz. In Hölters, Wolfgang (Hrsg.): Aktiengesetz. 2. Auflage, C. H. Beck 2014
- Schmidt- Preuß, Matthias: OU – ISO – ITO: Die Unbundling-Optionen des 3. EU-Liberalisierungspaketes. In: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET). Etv Energieverlag GmbH 9/ 2009. S. 82-89
- Schmidt- Preuß, Matthias: Unbundling und Mathematik – Zum Aufsichtsorgan beim Independent Transmission Operator. In: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET). Etv Energieverlag GmbH 12/ 2009. S. 74-75



- Scholderer, Frank: Unabhängigkeit und Interessenkonflikte der Aufsichtsratsmitglieder. Systematik, Kodexänderungen, Konsequenzen. In: Neue Zeitschriften für Gesellschaftsrecht (NZG). C. H. Beck 5/ 2012. S. 168-176
- Theobald, Christian/Nill – Theobald, Christiane (Hrsg.): Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts. 3. Auflage, C. H. Beck 2013
- Trümmer, Ralf: Die Zusammensetzung des ITO-Aufsichtorgans unter der Beteiligung von Beschäftigtenvertretern. In: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET). Etv Energieverlag GmbH 12/ 2010. S. 85-89



7 Rechtsquellenverzeichnis

- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Beschluss in dem Verwaltungsverfahren wegen Zertifizierung eines Übertragungsnetzbetreibers der Baltic Cable AB. BK6-12-027. Beschluss vom 21.03.2014
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Beschluss in dem Verwaltungsverfahren wegen Zertifizierung eines Übertragungsnetzbetreibers der TenneT TSO GmbH. Bk6-12-047. Beschluss vom 09.11.2012
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Beschluss in dem Verwaltungsverfahren wegen Zertifizierung eines Übertragungsnetzbetreibers der Amprion GmbH. BK6-12-044. Beschluss vom 09.11.2012
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Beschluss in dem Verwaltungsverfahren wegen Zertifizierung eines Übertragungsnetzbetreibers der bayernets. BK7-12-026. Beschluss vom 09.11.2012
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hrsg.): Beschluss in dem Verwaltungsverfahren wegen Zertifizierung eines Übertragungsnetzbetreibers der Ontras GmbH. BK7-12-032. Beschluss vom 05.02.2012
- Bundesrat: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften. BR-Drs. 343/11 vom 06.06.2011
- BVerfG, Urteil vom 01.03.1979, 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfG 50, 290-381 in NJW 1979, 600-711
- Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften., BT – Drs. 17/6072 vom 06.06.2011
- European Commission (Hrsg.): 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. Brussels 22.01.2010
- Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) vom 07.06.2005. Zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 G v. 04.10.2013 I 3746. BGBl. I S. 1970, 3621
- Kommission der Europäischen Gemeinschaft (Hrsg.): Empfehlungen der Kommission vom 15.02.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/ Aufsichtsratsmitgliedern/ börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen der Verwaltungs-/Aufsichtsrats. 2005/162/EG. Brüssel 15.02.2005



- Kommission der Europäischen Gemeinschaft (Hrsg.): Stellungnahme der Kommission 3.12.2012 nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 und Artikel 10 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG – Deutschland – Zertifizierung der ONTRAS-VNG Gastransport GmbH. Brüssel 03.12.2012
- Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG. In: Amtsblatt der EU Nr. L211 vom 14.08.2009. S. 55-93.
- Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG. In: Amtsblatt der EU Nr. L 211 vom 14.08.2009. S. 94-113

**Nr. 1** (Januar 2013)

Blieffert, Svea

Tauschen, Leihen und Schenken. Neue Nutzungsformen als Beispiele einer suffizienten Lebensweise?

Nr. 2 (Januar 2013)

Guerra González, Jorge

Implementing Real Sustainability - The Meaning of Sufficiency for a New Development Approach

Nr. 3 (Januar 2013)

Guerra González, Jorge

Vorbereitung zur Wiederverwendung: Regelung und Regelungsbedarf - Umsetzungs- und Erfolgsaussichten

Nr. 4 (Januar 2013)

Guerra González, Jorge

The Relationship Between Family Law and Female Entrepreneurship in Germany

Nr. 5 (Juni 2013)

Predki, Henryk

System- und Marktintegration von Photovoltaik-Anlagen durch dezentrale Stromspeicher? – Eine Analyse der technischen Potentiale und rechtlichen Rahmenbedingungen

Nr. 6 (Dezember 2013)

Guerra González, Jorge

Nachhaltigkeit ist unerreichbar: Irrwege, Irrglauben - Und doch... Licht am Ende des Tunnels?

Nr. 7 (März 2014)

Bitsch, Jessica

Energiespar-Contracting als Geschäftsmodell für Stadtwerke?

Nr. 8 (September 2014)

Paar, Marlene

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrates des unabhängigen Transportnetzbetreibers gemäß § 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG