

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	29
A. Problemstellung	29
B. Gang und Ziel der Untersuchung	34
Erstes Kapitel: Die Entflechtung in der deutschen Energiewirtschaft	38
§ 1 Grundlagen	38
A. Wesentliche Begriffsbestimmungen	38
I. Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen	38
1. Energieversorgungsunternehmen	39
2. Vertikal integriert	39
3. Verbundklausel	40
II. Betreiber eines Energieversorgungsnetzes	41
1. Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber	42
a) Übertragungsnetzbetreiber	42
b) Fernleitungsnetzbetreiber	43
2. Verteilernetzbetreiber	43
3. Netzgesellschaft/Energieversorgungsunternehmen	44
III. Entflechtung (englisch: Unbundling)	45
B. Geschichtliche Entwicklung des deutschen Energiewirtschaftsgesetzes und dessen europarechtlicher Grundlagen	47
I. Rechtslage bis 1998	47
II. Das erste Energiebinnenmarktpaket 1998 (Richtlinie 96/92/EG und 98/30/EG)	48
III. Das zweite Energiebinnenmarktpaket 2003 (Richtlinie 2003/54/EG und 2003/55/EG)	49
C. Die Umsetzung des zweiten Energiebinnenmarktpakets durch den deutschen Gesetzgeber	50
I. Die Entflechtungsbestimmungen des EnWG-2005 im Überblick	50
1. Buchhalterische Entflechtung	50
2. Informatorische Entflechtung	51
3. Rechtliche Entflechtung	51
4. Operationelle Entflechtung	51
II. Ziele der Entflechtungsbestimmungen des EnWG-2005	52

III. Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 6 ff. EnWG	53
D. Ausblick: Das dritte Energiebinnenmarktpaket	55
I. Ausgangspunkt: Richtlinie 2009/72/EG und 2009/73/EG	55
II. Eigentumsrechtliche Entflechtung	58
III. Umsetzung in nationales Recht	61
 § 2 Die rechtliche und die operationelle Entflechtung	 62
A. Die rechtliche Entflechtung gemäß § 7 EnWG	62
I. Grundsätze und Zielsetzungen	62
II. Normadressaten des § 7 EnWG	64
1. Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen	64
2. Ausnahme: Die „de minimis-Regelung“	64
III. Aktueller Umsetzungsstand der rechtlichen Entflechtung	66
1. Ergebnisse der Monitoringberichte der Bundesnetzagentur	66
a) Übertragungsnetzbetreiber	66
b) Verteilernetzbetreiber	67
2. Übersicht über die Rechtsformen der deutschen Strom- bzw. Gasnetzbetreiber	67
IV. Darstellung ausgewählter Entflechtungsmodelle	69
1. Eigentumsübertragung (Übertragungsmodell)	69
2. Schuldrechtliche Netzüberlassung (Pachtmodell)	71
3. Mehrsparten-Netzgesellschaften und gemeinsame Netzgesellschaft mehrerer Energieversorgungsunternehmen	73
a) Mehrsparten-Netzgesellschaften	73
b) Gemeinsame Netzgesellschaft mehrerer Energieversorgungsunternehmen	75
V. Rechtsform der Netzgesellschaft	76
1. Freie Rechtsformwahl	76
2. Entscheidungskriterien für die Wahl einer Rechtsform	77
a) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	77
b) GmbH & Co. KG	78
c) Aktiengesellschaft (AG)	79
aa) Grundsätzliches	79
bb) Besonderheiten für die Zulässigkeit kommunaler Aktiengesellschaften	80
d) Eigenbetrieb	80
VI. Struktur des entflochtenen Energieversorgungskonzerns	82
1. Tochtermodell	82
2. Holdingmodell	84
VII. Umfang der rechtlichen Entflechtung	86
1. Große Lösung	87
2. Kleine Lösung	87

VIII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	88
B. Die operationelle Entflechtung gemäß § 8 EnWG	89
I. Grundsätze und Zielsetzungen	89
II. Normadressaten	90
III. Personelle Entflechtung (§ 8 Abs. 2 EnWG)	91
1. Management-Entflechtung (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 EnWG)	91
a) Erfasster Personenkreis	91
aa) Personen mit Leitungsaufgaben (Leitungspersonen)	91
bb) Personen mit Letztentscheidungsbefugnis (Letztentscheider)	93
b) Gesetzliche Vorgaben	95
aa) Arbeitsvertragliche Zuordnung zur Netzgesellschaft	95
bb) Verbot von Doppelfunktionen	97
2. Personen, die sonstige Tätigkeiten des Netzbetriebs ausführen	98
a) Betroffener Personenkreis	98
b) Gesetzliche Vorgaben	99
3. Zwischenergebnis	102
IV. Berufliche Handlungsunabhängigkeit des Leitungspersonals (§ 8 Abs. 3 EnWG)	103
1. Betroffener Personenkreis	103
2. Gesetzliche Vorgaben	105
3. Rechtliche Sanktionen bei Verstoß gegen § 8 Abs. 3 EnWG	106
a) Einschreiten der Regulierungsbehörden	106
b) Nichtigkeit von Maßnahmen gemäß § 134 BGB	107
c) Individualansprüche	108
aa) Problemstellung	108
bb) Meinungsstand in der Literatur	109
cc) Stellungnahme	109
V. Unabhängige Entscheidungsgewalt der Netzgesellschaft (§ 8 Abs. 4 EnWG)	112
1. Grundsätzliche Entscheidungsunabhängigkeit	112
2. Umfang zulässiger Einflussnahme auf den Netzbetrieb	114
3. Partielles Weisungsverbot	114
a) Regelungsgehalt	114
b) Rechtsfolgen einer unzulässigen Weisung	115
VI. Gleichbehandlungsprogramm (§ 8 Abs. 5 EnWG)	115
1. Adressat des § 8 Abs. 5 EnWG	115
2. (Mindest-) Inhalt des Gleichbehandlungsprogramms	116
3. Bekanntmachung des Gleichbehandlungsprogramms	118
4. Gleichbehandlungsbeauftragter	118
VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	119
C. Konsequenzen der Vorgaben zur operationellen Entflechtung für die Umsetzung der rechtlichen Entflechtung	120
I. Besetzung des Aufsichtsrats	121

1. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben zur Bildung eines Aufsichtsrats bei der Netzgesellschaft	121
a) AG	121
b) GmbH	122
2. Energierechtliche Vorgaben	124
a) AG	124
b) GmbH	127
c) Leitungspersonen der Netzgesellschaft im Aufsichtsrat des Energieversorgungsunternehmens	127
d) Ergebnis	129
II. Abberufung eines Geschäftsleitungsorgans	129
1. AG	130
a) Einschränkung der gesetzlichen Widerrufsgründe	130
b) Aufnahme wichtiger Gründe in die Satzung	133
c) Vorläufige Weiterbeschäftigungspflicht	135
2. GmbH	136
a) Einschränkung der jederzeitigen Widerruflichkeit	136
b) Aufnahme wichtiger Gründe in die Satzung	140
c) Vorläufige Weiterbeschäftigungspflicht	141
d) Lösung bei nicht entflechtungskonformen Bestellungen	143
III. Die Weisungsbefugnisse der Gesellschafter einer GmbH	144
1. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben	144
2. Energierechtliche Vorgaben	145
IV. Informationsrechte	148
1. AG	148
a) Informationsrecht der Aktionäre	148
b) Informationsrecht des Aufsichtsrats	149
2. GmbH	150
a) Auskunftsanspruch der Gesellschafter	150
b) Auskunftsanspruch des Aufsichtsrats	152
V. Gestaltung der Unternehmensverträge im Konzern	152
1. Gewinnabführungsverträge	153
2. Beherrschungsverträge	154
VI. Gemeinsame Dienstleistungen (Shared-Services)	155
1. Grundsätzliches	155
2. Energierechtliche Vorgaben	157
a) § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 4 EnWG	157
b) § 9 EnWG	159
c) Ausschluss von Quersubventionen	160
VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	160

Zweites Kapitel: Arbeitsrechtliche Aspekte der Entflechtung	162
§ 1 Individualarbeitsrechtliche Aspekte	162
A. Betriebsübergang gemäß § 613a BGB	162
I. Anwendbarkeit des § 613a BGB auf Leitungspersonen und Letztentscheider?	163
1. Problemstellung	163
2. Meinungsstand in der Literatur	164
3. Stellungnahme	164
4. Ergebnis	167
II. Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils im Sinne des § 613a BGB	168
1. Grundsätzliche Vorgaben	168
2. Untersuchung ausgewählter Umsetzungsmodelle	170
a) Betriebsübergang beim Übertragungsmodell	170
aa) Asset Deal	170
bb) Umwandlung nach UmwG	171
b) Betriebsübergang beim Pachtmodell	172
c) Betriebsübergang bei der „großen Lösung“ und der „kleinen Lösung“	172
aa) Große Lösung	173
bb) Kleine Lösung	178
cc) Ergebnis	181
d) Gemeinsame Netzgesellschaft mehrerer Energieversorgungsunternehmen	181
aa) Problemstellung	181
bb) Rechtsprechung	182
cc) Literatur	184
dd) Stellungnahme	184
ee) Ergebnis	186
III. Übergang aufgrund eines Rechtsgeschäfts	186
1. Problemstellung	186
2. Meinungsstand in der Literatur	187
3. Meinungsstand in der Rechtsprechung	188
4. Stellungnahme	188
a) Anforderungen an das Rechtsgeschäft	188
b) Das Rechtsgeschäft in Umsetzung des § 7 EnWG	189
c) Ergebnis	190
IV. Rückübertragungs-Betriebsübergang nach Ablauf eines zeitlich befristeten Pachtvertrags?	190
1. Problemstellung	190
2. Stellungnahme	191

V. Betriebsübergang bei Netzübernahmen von einer entflochtenen Netzgesellschaft	194
1. Grundsätzliche Problemstellung	194
a) Die (Tochter-) Netzgesellschaft als Betrieb im Sinne des § 613a BGB	195
b) Übergang des Netzbetriebs im Sinne des § 613a BGB	195
c) Durch Rechtsgeschäft	196
2. Praxisrelevante Beispiele	197
a) Mehrsparten-Netzgesellschaft	197
b) Gemeinsame Netzgesellschaft mehrerer Energieversorgungsunternehmen	199
c) Übertragung auf eine Mehrsparten-Netzgesellschaft oder auf eine Netzgesellschaft mehrerer Energieversorgungsunternehmen	200
d) Zwischenergebnis	200
e) Betriebsübergang hinsichtlich der Arbeitnehmer, die sonstige Tätigkeiten im Netzbereich ausüben	201
3. Zusammenfassung und Ausblick	202
VI. Individualarbeitsrechtliche Folgen des Betriebsübergangs	202
1. Übergang der Arbeitsverhältnisse auf die Netzgesellschaft	203
a) Grundsätzliches	203
b) Zuordnung einzelner Arbeitsverhältnisse zum Betriebsteil Netz	204
aa) Problemstellung	204
bb) Zuordnung von Zweifelsfällen	205
2. Widerspruchsrecht gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses	207
a) Sinn und Zweck des Widerspruchsrechts	207
b) Kein Widerspruchsrecht für Leitungspersonen und Letztentscheider?	209
aa) Problemstellung	209
bb) Meinungsstand in der Literatur	209
cc) Stellungnahme	210
c) Kollektivwiderspruch	219
3. Weiterhaftung des Energieversorgungsunternehmens nach dem Betriebsübergang	220
a) Problemstellung	220
b) Stellungnahme	220
c) Ergebnis	222
4. Kündigungsschutz gemäß § 613a Abs. 4 BGB	222
VII. Betriebsbedingte Kündigung nach einem Widerspruch	222
1. Problemstellung	222
2. Allgemeine Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung	223

3.	Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den widersprechenden Arbeitnehmer	224
a)	Leitungspersonen und Letztentscheider	224
b)	Personen, die sonstige Tätigkeiten im Netzbetrieb ausführen	225
aa)	Grundsätzliches	225
bb)	Weiterbeschäftigung im Wege der Überlassung an die Netzgesellschaft	225
c)	Betriebsratsmitglieder	227
4.	Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG	228
a)	Einzubeziehender Personenkreis	228
b)	Auswirkungen des Widerspruchs auf die Sozialauswahl	229
aa)	Problemstellung	229
bb)	Teleologische Reduktion des § 1 Abs. 3 KSchG ?	230
cc)	Berücksichtigung der Widerspruchsgründe bei der Sozialauswahl	233
c)	Besonderheiten bei kollektivem Widerspruch	235
VIII.	Anrechnung anderweitigen Verdienstes	236
1.	Problemstellung	236
2.	Voraussetzungen der Anrechnung	236
3.	Energierechtliche Zulässigkeit	237
a)	Meinungsstand in der Literatur	237
b)	Stellungnahme	238
4.	Ergebnis	239
IX.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	239
B.	Übergreifender Personaleinsatz im entflochtenen Energieversorgungskonzern	240
I.	Die Entsendung von Arbeitnehmern	241
1.	Geltungsbereich des AÜG	242
2.	Energierechtliche Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung	242
a)	Leitungspersonen und Letztentscheider	242
b)	Personen, die sonstige Tätigkeiten des Netzbetriebs ausführen	243
3.	Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von weiteren Gestaltungsformen des übergreifenden Personaleinsatzes	244
a)	Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Netzgesellschaft	244
b)	Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen	245
c)	Gemeinsame Dienstleistungen (Shared-Services)	246
aa)	Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom drittbezogenen Personaleinsatz aufgrund Dienst- oder Werkvertrags	246
bb)	§ 8 Abs. 2 Nr. 2 EnWG als lex specialis zu § 1 AÜG?	249

4.	Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung	251
a)	Sinn und Zweck der Konzernausnahmeklausel	252
b)	Voraussetzungen der Konzernausnahmeklausel	252
aa)	Der Konzernbegriff des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	252
bb)	Vorübergehende Überlassung	257
c)	Zwischenergebnis	258
5.	Arbeitsvertragliche Zulässigkeit der (konzerninternen) Arbeitnehmerüberlassung	258
II.	Erforderlicher Umfang der Personalausstattung der Netzgesellschaft	259
1.	Problemstellung	259
2.	Stellungnahme	260
3.	Ergebnis	262
III.	Betriebsbedingte Kündigung eines im Netzbetrieb angestellten Arbeitnehmers	263
1.	Problemstellung	263
2.	Meinungsstand in der Rechtsprechung	263
3.	Meinungsstand in der Literatur	264
4.	Stellungnahme	265
IV.	Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Konzern	267
1.	Problemstellung	267
2.	Grundlagen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	270
3.	Konzernweite Geltung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	272
4.	Ergebnis	275
V.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	275
C.	Energierrechtliche Anforderungen für Anstellungsverträge der Leitungspersonen des Netzbetriebs	276
I.	Verbot von Doppelfunktionen	278
1.	Generelle Vorgaben für Leitungspersonen der Netzgesellschaft	279
2.	Rückkehrzusagen	282
a)	Problemstellung	282
b)	Meinungsstand	283
c)	Stellungnahme	283
3.	Ruhendes Arbeitsverhältnis	286
a)	Problemstellung	286
b)	Stellungnahme	287
4.	Vereinbarung der Geltung des KSchG	289
a)	GmbH-Geschäftsführer	289
b)	Vorstandsmitglied	290
5.	Zusammenfassung	291

II. Entflechtungskonforme Ausgestaltung der Anstellungsverträge von Leitungspersonen der Netzgesellschaft	292
1. Befristung der Anstellungsverträge	292
a) Grundsätzliche Vorgaben	292
b) Energierechtliche Zulässigkeit	293
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit	293
bb) Gebotene Gleichbehandlung	294
cc) Rechtsfolgen einer unzulässigen Befristung	296
c) Ergebnis	298
2. Kündigungsmöglichkeiten	298
a) Vorstandsmitglied	299
aa) Außerordentliche Kündigung	299
bb) Aufnahme wichtiger Kündigungsgründe im Anstellungsvertrag	300
cc) Vorläufige Weiterbeschäftigungspflicht	301
b) GmbH-Geschäftsführer	302
aa) Abschluss der ordentlichen Kündigung bei unbefristeten Verträgen	302
bb) Aufnahme wichtiger Kündigungsgründe im Anstellungsvertrag	305
cc) Vorläufige Weiterbeschäftigungspflicht	306
dd) Lösung für nicht entflechtungskonforme Anstellungsverträge	307
3. Vergütungskriterien	309
a) Feste Vergütungsbestandteile	309
aa) Gebotene Gleichbehandlung	309
bb) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen § 8 Abs. 3 EnWG	312
b) Variable Vergütungsbestandteile	315
aa) Tantieme	315
bb) Aktienoptionen	322
III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	324
IV. Diskussion der Ergebnisse	325
D. Aufnahme energierechtlicher Verhaltenspflichten in die Arbeitsverträge im Netzbetrieb tätiger Arbeitnehmer	326
I. Einführung des Gleichbehandlungsprogramms durch das arbeitsvertragliche Direktionsrecht	328
1. Grundlagen des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts	328
2. Meinungsstand in der Literatur	329
3. Stellungnahme	329
a) Arbeitsvertragliche Nebenpflichten	330
b) Einzelne Klauseln	331
aa) Verschwiegenheitsklauseln	331
bb) Diskriminierungsverbot	333
cc) Sanktionsklauseln	334

4.	Rechtmäßigkeit des Gleichbehandlungsprogramms	336
5.	Zwischenergebnis	336
6.	Bekanntmachung des Gleichbehandlungsprogramms	337
7.	Rechtsfolgen der wirksamen Einbeziehung in die Arbeitsverträge	337
II.	Einführung des Gleichbehandlungsprogramms durch einenvernehmliche Lösungen oder Änderungskündigungen	338
1.	Vertragsgestaltung bei Neueinstellungen	338
2.	Vertragsgestaltung bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis	339
a)	Änderungsvereinbarung	339
b)	Änderungskündigung	340
aa)	Verhaltensbedingte Änderungskündigung	340
bb)	Betriebsbedingte Änderungskündigung	342
cc)	Personenbedingte Änderungskündigung	342
dd)	Ergebnis	343
III.	Beteiligung des Betriebsrats bei der Einführung des Gleichbehandlungsprogramms	343
1.	Zuständigkeit	344
2.	Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	345
a)	Zwingende gesetzliche Regelung?	345
aa)	Problemstellung	345
bb)	Meinungsstand in der Literatur	346
cc)	Stellungnahme	346
b)	Mitbestimmungspflichtige Angelegenheit	348
aa)	Grundsätzliches	348
bb)	Einzelne Klauseln	349
3.	Ergebnis	351
IV.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	351

§ 2 Kollektivarbeitsrechtliche Aspekte 352

A.	Auswirkungen der Entflechtung auf das Tarifrecht	352
I.	Kollektivrechtliche Fortgeltung der Tarifverträge	352
1.	Betriebsteilübergang außerhalb des UmwG	353
a)	Verbandstarifverträge	353
aa)	Tarifgebundenheit	354
bb)	Fachlicher Geltungsbereich des Verbandstarifvertrags	357
cc)	Zwischenergebnis	358
b)	Firmentarifverträge	358
2.	Betriebsteilübergang im Zusammenhang mit einer Gesamtrechtsnachfolge nach UmwG	359
a)	Verbandstarifverträge	359
b)	Firmentarifverträge	359

II.	Arbeitsvertragliche Fortgeltung der Tarifverträge	361
1.	§ 613a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB	361
2.	Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge	362
III.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	362
B.	Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat	363
I.	Konzernzurechnung der Arbeitnehmer der Netzgesellschaft zum verbleibenden Energieversorgungsunternehmen	363
1.	DrittelbG	363
a)	§ 2 Abs. 2 DrittelbG	364
b)	§ 2 Abs. 1 DrittelbG	365
2.	MitbestG	367
3.	Montan-MitbestG	368
II.	Besetzung des Aufsichtsrats	369
1.	Aufsichtsrat des verbleibenden Energieversorgungsunternehmens	369
2.	Aufsichtsrat der Netzgesellschaft	370
III.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	371
C.	Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Entflechtung	372
I.	Auswirkungen der Entflechtung auf das Amt des Betriebsrats	373
1.	Übertragung des gesamten Betriebs	374
a)	Voraussetzungen	374
b)	Rechtsfolgen	375
2.	Bildung eines gemeinsamen Betriebs (Gemeinschaftsbetrieb)	376
a)	Sinn und Zweck	377
b)	Voraussetzungen	378
c)	Vereinbarkeit mit den energierechtlichen Vorgaben	381
aa)	Meinungsstand in der Literatur	381
bb)	Stellungnahme	382
cc)	Ergebnis	385
3.	Bildung eines neuen Betriebs	385
a)	Voraussetzungen	385
b)	Rechtsfolgen	386
aa)	Im Netzbetrieb	386
bb)	Im Restbetrieb	387
c)	Übergangsmandat des Betriebsrats	387
aa)	Grundsätzliches	387
bb)	Vereinbarkeit mit den energierechtlichen Vorgaben	388
4.	§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG	390
a)	Grundsätzliches	390
b)	Vereinbarkeit mit den energierechtlichen Vorgaben	391
aa)	Meinungsstand in der Literatur	391
bb)	Stellungnahme	392

II. Auswirkungen der Entflechtung auf bestehende Einzelbetriebsvereinbarungen	394
III. Informations-, Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmerseite im Kontext der Entflechtung	397
IV. Konzernbetriebsrat	398
1. Voraussetzung: Unterordnungskonzern	398
2. Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats	399
3. Vereinbarkeit mit den energierechtlichen Vorgaben	400
a) Meinungsstand in der Literatur	401
b) Stellungnahme	401
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	407
 Zusammenfassung	 408
A. Erstes Kapitel	408
I. Rechtliche Entflechtung	408
II. Operationelle Entflechtung	409
B. Zweites Kapitel	410
I. Individualarbeitsrecht	410
1. Betriebsübergang	410
2. Personalorganisation im entflochtenen Energiekonzern	413
3. Anstellungsverträge der Leitungspersonen der Netzgesellschaft	415
4. Netzspezifische Verhaltenspflichten	418
II. Kollektives Arbeitsrecht	419
1. Tarifrecht	419
2. Unternehmensmitbestimmung	419
3. Betriebsverfassungsrecht	421
 Literaturverzeichnis	 423