



BK10-23-0415_U

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
von Amts wegen
betreffend

die DB Fernverkehr AG, Europa-Allee 78-84 60486 Frankfurt am Main,
vertreten durch den Vorstand,

Betroffene,

zur entflechtungsrechtlichen Überprüfung des Wechsels von [REDACTED],

aus einer Funktion bei der DB Netz AG in eine Funktion bei der Betroffenen,

Hinzugezogene:

1. mofair e. V., Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin,
vertreten durch den Vorstand,

2. Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e. V. (VDV), Kamekestraße 37-39, 50672 Köln, vertreten durch den Vorstand,
3. FlixTrain GmbH, c/o Karl-Liebknecht-Straße 33, 10178 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. Netzwerk Europäischer Eisenbahnen e. V. (NEE), Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigter

der Betroffenen:






hat die Beschlusskammer 10 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,
den Beisitzer Jan Kirchhartz und
den Beisitzer Dr. Hendrik Leupold

am 13.10.2023

beschlossen:

1. Der Betroffenen wird untersagt, vor Ablauf einer bis zum 31.03.2024 währenden Karenzzeit  im Bereich  " zu beschäftigen.
2. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen Tenorziffer 1. wird  ein Zwangsgeld in Höhe von 100.000 EUR angedroht.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Sachverhalt.....	4
II. Gründe	21
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit	21
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit.....	21
II.2.1 Verstoß gegen § 8a Abs. 3 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 ERegG.....	22
II.2.1.1 Betrauung mit wesentlichen Funktionen in der Herkunftsfunktion.....	22
II.2.1.2 Beabsichtigter Wechsel führt zu Interessenkonflikt.....	23
II.2.1.2.1 Begriff des Interessenkonflikts	23
II.2.1.2.1.1 Regulierungsrechtlicher Interessenbegriff.....	24
II.2.1.2.1.2 Regulierungsrechtlicher Konfliktbegriff.....	26
II.2.1.2.2 Vorliegen eines Interessenkonflikts im vorliegenden Fall	28
II.2.1.2.2.1 Inhaltliche Bezüge / Überschneidungen.....	28
II.2.1.2.2.2 Räumliche Überschneidungen.....	30
II.2.1.2.2.3 Tatsächliche Entscheidungsgewalt.....	31
II.2.1.2.2.4 Persönliche tätigkeitsbezogene Überschneidungen.....	31
II.2.1.2.2.5 Gesamtschau	32
II.2.2 Rechtsfolge	32
II.2.2.1 Untersagungsanordnung	32
II.2.2.1.1 Legitimer Zweck.....	33
II.2.2.1.2 Geeignetheit	33
II.2.2.1.3 Erforderlichkeit.....	34
II.2.2.1.4 Angemessenheit	36
II.2.2.2 Zwangsgeldandrohung.....	36
II.2.3 Hinweis	37
Gebührenhinweis	37
Rechtsbehelfsbelehrung.....	38

I. Sachverhalt

Die Betroffene ist ein einhundertprozentiges Tochterunternehmen der Deutsche Bahn AG. Sie ist als Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) mit einem nationalen Marktanteil von über 90 Prozent im Bereich des Schienenpersonenfernverkehrs (SPFV) tätig. Zum Konzernverbund der Deutsche Bahn AG gehört daneben u. a. auch die DB Netz AG als deutschlandweit größte Betreiberin von Eisenbahnanlagen.

Gemäß § 8a Abs. 3 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) darf im Hinblick auf die Unabhängigkeitsvorgaben für Betreiber von Eisenbahnanlagen die berufliche Mobilität von Personen, die mit wesentlichen Funktionen betraut sind, nicht zu Konflikten zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreibern von Eisenbahnanlagen führen.

Im Verfahren unter dem Geschäftszeichen BK10-22-0285_U zur personellen Entflechtung im DB-Konzern verständigten sich die Beschlusskammer, der DB-Konzern und die dortige Beschwerdeführerin unter Begleitung weiterer Hinzugezogener unter anderem darauf, dass Wechsel zwischen EVU des Konzerns und Betreibern von Eisenbahnanlagen des Konzerns künftig nach Maßgabe eines bestimmten, die Vorgaben des § 8a Abs. 3 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 ERegG konkretisierenden Prüfschemas zu erfolgen haben.

Die nach Mitteilung der Deutsche Bahn AG vom 23.06.2023 innerhalb des Konzerns in Kraft gesetzte entsprechende Grundlage, das sogenannte Merkblatt „Personelle Wechsel mit Bezug zu den wesentlichen Funktionen der Betreiber von Eisenbahnanlagen“ (im Folgenden auch: Merkblatt), sieht bei Personalwechseln zwischen Betreibern von Eisenbahnanlagen und anderen Unternehmen innerhalb des DB-Konzerns – unabhängig von der Übernahme von Funktionen in Unternehmensorganen – folgende Prüfungsschritte vor:

- „a. Überprüfung der Herkunfts- und Zielfunktion auf ihre Zugehörigkeit zu den wesentlichen Funktionen der Betreiber von Eisenbahnanlagen. Hierbei sind die letzten zwei Jahre vor dem geplanten Wechsel zu berücksichtigen.“*
 - *Falls negativ → Keine weitere Prüfung erforderlich.*
 - *Falls positiv → Weiter mit b.*
- b. Überprüfung der Herkunfts- und Zielfunktion daraufhin, ob nach der Funktionsbeschreibung eine „Betrachtung mit wesentlichen Funktionen“ (§ 8 Abs. 3, Nr. 3 ERegG) vorliegt.*
 - *Keine Betrachtung mit wesentlichen Funktionen → Keine weitere Prüfung erforderlich.*
 - *Bei Führungskräften oder Mitarbeitenden mit Betrachtung mit wesentlichen Funktionen → Weiter mit c.*
- c. Einzelfallprüfung des geplanten Wechsels von der Herkunfts- in die Zielfunktion im Hinblick auf einen Interessenkonflikt zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreibern von Eisenbahnanlagen durch den Unabhängigkeitsbeauftragten der DB Netz AG / KW und HL.*

Bei Wechseln auf Positionen bei der DB Netz AG und der DB Station&Service AG, deren Inhaber:innen mit wesentlichen Funktionen betraut sind, sind für

die Einzelfallprüfung ausschließlich die DB Netz AG und die DB Station&Service AG zuständig. Insoweit erfolgt bei diesen Wechseln keine Prüfung durch Personal außerhalb der DB Netz AG und ihres Unabhängigkeitsbeauftragten und der DB Station&Service AG.“

Für die Einzelfallprüfung gelten nach dem Merkblatt zudem die folgenden (Teil-)Prüfungsschritte und Bewertungsmaßstäbe:

Nr.	Prüfungsschritt	Bewertungsmaßstab
1.	<i>(Fortbestehende) finanzielle Beziehung der wechselnden Person zu einem EVU (bei Wechseln in wesentliche Funktionen) oder zu Betreibern von Eisenbahnanlagen (bei Wechseln aus wesentlichen Funktionen).</i>	<i>Bei positivem Befund ist ein Wechsel ausgeschlossen.</i>
2.	<i>(Fortbestehende) arbeitsvertragliche oder anderweitige vertragliche Bindung der wechselnden Person an EVU (bei Wechseln in wesentliche Funktionen) oder an Betreiber von Eisenbahnanlagen (bei Wechseln aus wesentlichen Funktionen).</i>	<i>Bei positivem Befund ist ein Wechsel ausgeschlossen.</i>
		<i>Bewertungsmaßstab / Punkteschema:</i> Hohe Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines potenziellen Interessenkonflikts (>50 Punkte)
3.	<i>Inhaltliche Überschneidung der Aufgaben in der Herkunfts- und in der Zielfunktion (z.B. bestehende Zuständigkeit für Fahrplanthemen in beiden Funktionen)</i> <i>und / oder</i> <i>unmittelbarer Bezug zwischen vorausgegangener EVU-Tätigkeit und Tätigkeit in Bereichen wesentlicher Funktionen (und umgekehrt).</i>	<i>Ein positiver Befund hat höheres Gewicht bei der Bewertung, ob der Wechsel zulässig ist (20-35 Punkte). Dabei ist jedoch maßgeblich, inwieweit die Überschneidung zu einem Informationsfluss zwischen den Funktionen führen kann.</i> <i>Ein positiver Befund führt jedoch nicht generell zu einer (vorübergehenden) Unzulässigkeit des Wechsels, sondern nur dann, wenn weitere Kriterien erfüllt werden.</i>
4.	<i>Räumliche Überschneidung der Aufgaben in der Herkunfts- und in der Zielfunktion (z.B. bestehende Zuständigkeit für bestimmte Region in</i>	<i>Ein positiver Befund hat höheres Gewicht bei der Bewertung, ob der Wechsel zulässig ist (20-35 Punkte). Allerdings nur dann,</i>

	<i>Deutschland in Herkunfts- und Zielfunktion)</i>	<i>wenn auch eine inhaltliche Überschneidung nach Maßgabe von Nr. 3 vorliegt. Ein positiver Befund führt nicht generell zu einer (vorübergehenden) Unzulässigkeit des Wechsels, sondern nur dann, wenn weitere Kriterien erfüllt werden.</i>
5.	<i>Persönliche tätigkeitsbezogene Überschneidungen (z.B. persönliche Arbeitskontakte der Herkunftsfunktion in gleicher Konstellation auch in der Zielfunktion gegeben), soweit bekannt.</i>	<i>Ein positiver Befund hat geringeres Gewicht bei der Bewertung, ob der Wechsel zulässig ist oder nicht (5-20 Punkte). Das Kriterium kann nur in Verbindung mit positiven Befunden bei den übrigen Prüfungsschritten zu einem Ausschluss des Wechsels führen.</i>
6.	<i>Tatsächliche Entscheidungsgewalt (z.B. Einzelfallentscheidungen zu bestimmten Trassen oder strategische Entscheidungsgewalt sowie „Entscheidungsdurchgriff“).</i>	<i>Ein positiver Befund hat geringeres Gewicht bei der Bewertung, ob der Wechsel zulässig ist oder nicht (5-20 Punkte). Das Kriterium kann nur in Verbindung mit positiven Befunden bei den übrigen Prüfungsschritten zu einem Ausschluss des Wechsels führen.</i>
<i>Bei der Bewertung der Prüfungsschritte 3 bis 5 in der jeweils vorgegebenen Skala ist zu berücksichtigen, wie weit die Tätigkeit, zu der es mögliche inhaltliche, räumliche und persönliche Überschneidungen gibt, zurückliegt und über welchen Zeitraum die Tätigkeit ausgeübt wurde.</i>		

Als mögliche Ergebnisse der Bewertung sieht das Merkblatt folgende Einteilung vor:

- *„≤ 50 Punkte: Keine bis geringe Indikation für das Vorliegen eines potenziellen Interessenkonflikts. Der Wechsel ist möglich. Dokumentation des Ergebnisses in der Personalakte.“*
- *„> 50 Punkte: Eher höhere Indikation für das Vorliegen eines potenziellen Interessenkonflikts. Das konkrete Verfahren zur Stellenbesetzung mit der betroffenen Person darf vor Ablauf einer Frist, die jeweils in angemessenem Verhältnis zum Grad des aktuell festgestellten potenziellen Interessenkonflikts der betroffenen Person liegt, nicht fortgeführt werden. Dokumentation des Ergebnisses in der Personalakte.“*

[REDACTED]

[REDACTED]

- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]

[REDACTED]

- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]

Mitwirken

- [REDACTED]
- | [REDACTED]
- | [REDACTED]

Besonderheiten

- *Aufgabenwahrnehmung erfolgt nach §§ 8, 8a ERegG unabhängig, Geltungsbereich der Ril 048.2001¹*

Im Rahmen [REDACTED] bisherigen Tätigkeit nahm [REDACTED] zudem seit [REDACTED] die Funktion [REDACTED] ein. „ [REDACTED] ist ein [REDACTED] der DB Netz AG zur [REDACTED]

[REDACTED] Auf der zugehörigen Internetpräsenz der DB Netz AG heißt es hierzu auszugsweise:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Quelle: DB Netz AG, abrufbar unter: [REDACTED]
[REDACTED]
zuletzt abgerufen am 11.10.2023.

Zur Erarbeitung des erwähnten mittelfristigen Konzeptes für [REDACTED] im Folgenden: [REDACTED]) führte die DB Netz AG zwischen dem [REDACTED] und [REDACTED] mehrere [REDACTED] durch,

vgl. [REDACTED]
[REDACTED] zuletzt abgerufen am 11.10.2023,

in denen sie auch auf eine [REDACTED] für das [REDACTED] für Bedarfe des Schienenpersonenverkehrs (SPV) verwies,

vgl. entsprechende Präsentation unter [REDACTED]
[REDACTED] Folie 13; zuletzt abgerufen am 11.10.2023.

¹ Bei der Richtlinie 048.2001 handelt es sich um eine unternehmensinterne Richtlinie der DB Netz AG „zur Umsetzung § 8 Abs. 2 ERegG“.

Hierzu stellte die DB Netz AG eine Excel-Datei zur [REDACTED] [REDACTED] auf ihrer Internetseite bereit,

vgl. entsprechende Excel Tabelle unter [REDACTED]

[REDACTED] zuletzt abgerufen am 11.10.2023.

Unter dem Reiter [REDACTED] konnten die Zugangsberechtigten unter anderem folgende Informationen eingeben:

- [REDACTED]

Per [REDACTED] vom [REDACTED] bat die DB Netz AG die Zugangsberechtigten um [REDACTED]

vgl. [REDACTED]

[REDACTED] zuletzt abgerufen am 11.10.2023.

In der Folge übermittelten über [REDACTED] [REDACTED] an die DB Netz AG,

vgl. [REDACTED]

Zu den Zugangsberechtigten, die Informationen übermittelten, zählte auch die Hinzugezogene zu 3., die als Wettbewerberin der Betroffenen im Bereich des SPFV tätig ist. Sie wies die DB Netz AG bei der am [REDACTED] erfolgten Übermittlung ihrer Daten ausdrücklich darauf hin, dass diese streng vertrauliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten, die unter keinen Umständen in die Hände von Wettbewerbern insbesondere des SPFV gelangen dürften.

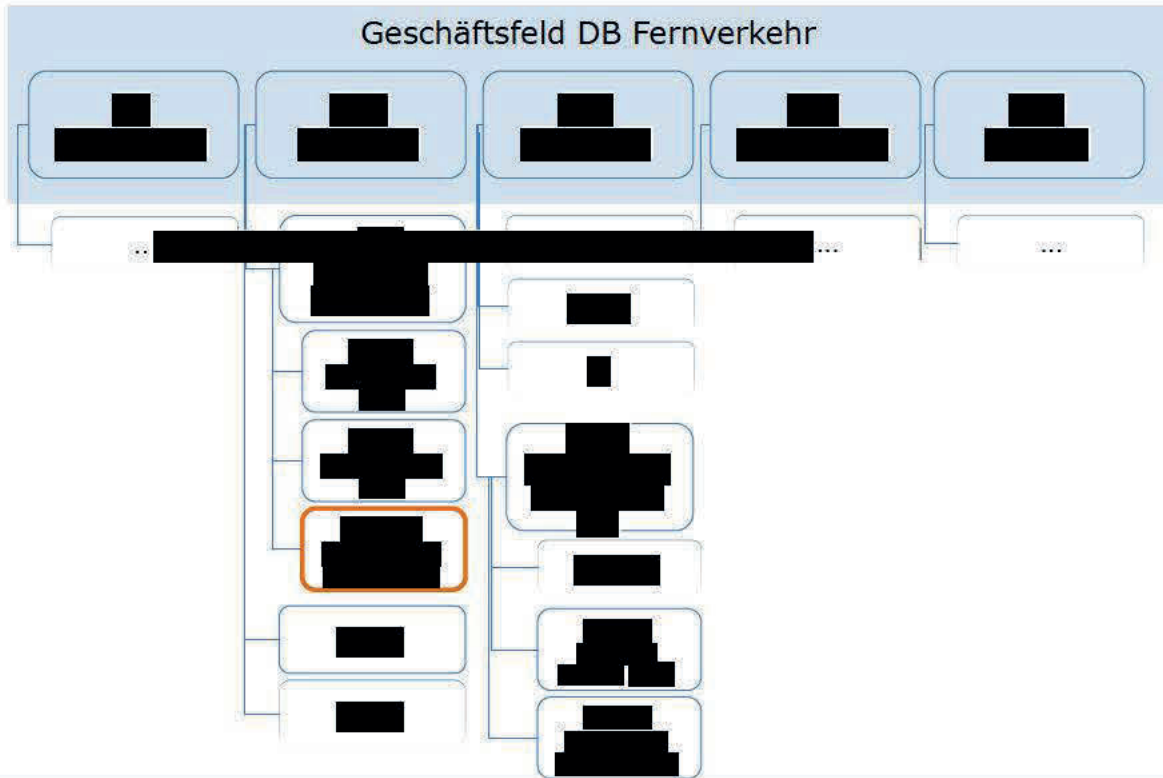
Im Rahmen einer weiteren Sitzung des [REDACTED] am 1 [REDACTED] bei der auch die Bundesnetzagentur vertreten war, teilte [REDACTED] mit, [REDACTED] werde künftig bei der Betroffenen tätig sein.

Die Beschlusskammer leitete am 20.09.2023 aufgrund des beabsichtigten Wechsels zunächst ein Vorermittlungsverfahren unter dem Geschäftszeichen BK10-300-23-09 ein. Sie forderte den regelmäßig als Bevollmächtigten für die Betroffene auftretenden Angehörigen der Konzernrechtsabteilung der DB AG auf, Angaben zur Zielfunktion [REDACTED] bei der Betroffenen sowie die gemäß dem Merkblatt für Personalwechsel ausgefüllte Prüfungsunterlage an die Beschlusskammer zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 21.09.2023 übersandte die Betroffene die erbetene Prüfungsunterlage. Die ebenfalls erbetene Angabe zur Zielfunktion [REDACTED] übermittelte die Betroffene zwar nicht gesondert. Hierzu fand sich jedoch in der Prüfungsunterlage die Angabe, [REDACTED] wechsele auf die Position [REDACTED]. In der späteren Korrespondenz korrigierte die Betroffene diese Angabe. Richtig sei vielmehr, dass [REDACTED] zum [REDACTED] wechseln werde.

Innerhalb des „Geschäftsfeldes DB Fernverkehr“ des DB-Konzerns ist diese Funktion der Organisationseinheit „[REDACTED]“ untergeordnet, die wiederum dem Vorstand [REDACTED]. Die Organisationseinheit [REDACTED] besteht neben deren Leitung aus den Organisationseinheiten [REDACTED] und [REDACTED] sowie eben der Einheit [REDACTED]. Zum Geschäftsfeld DB Fernverkehr zählt zudem unter anderem der Vorstandsbereich [REDACTED], welchem unter anderem auch die Organisationseinheit [REDACTED] und – unterhalb dieser der letztgenannten Organisationseinheit – die Organisationseinheiten [REDACTED] und „[REDACTED]“ unterstehen (vgl. Abbildung 2).

Abbildung 2 - Auszug aus dem Organigramm des Geschäftsfeldes DB Fernverkehr (Darstellung: BNetzA)



Die Aufgaben der Zielfunktion werden in der entsprechenden Arbeitsgebietsbeschreibung **■■■■■** wie folgt konturiert:

„Durchführen / Responsible

- **■■■■■**
- **■■■■■**
- **■■■■■**
- **■■■■■**
- **■■■■■**
- **■■■■■**

- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]

Mitwirken / Consulted

- [Redacted]
- [Redacted]

Zu den Zielen und Aufgaben der benachbarten Funktionen [Redacted] [Redacted] zählen gemäß der entsprechenden Funktionsbeschreibungen zudem insbesondere (aber nicht abschließend) die folgenden:

[Redacted]

Zielsetzung

- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted] *ung bzgl. Fahrzeugtypen-Mix und*

Verantworten / Accountable

- [Redacted]

Durchführen / Responsible

- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]

[Redacted]

Zielsetzung

- [Redacted]
- [Redacted]

Durchführen / Responsible

- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]

- [REDACTED]

Mitwirken / Consulted

- [REDACTED]

In der mit Schreiben vom 21.09.2023 übermittelten Prüfungsunterlage kam die Betroffene zu dem Ergebnis, dass sich bei der verfahrensgegenständlichen Stellenbesetzung keine Bedenken hinsichtlich etwaiger Interessenkonflikte ergäben. In der Prüfungsunterlage heißt es hierzu zunächst (auszugsweise):

„1. Rechtlicher Hintergrund der Prüfung

Gemäß § 8a Abs. 3, Nr. 3 ERegG darf in Hinblick auf die Unabhängigkeit des Betreibers von Eisenbahnanlagen in Bezug auf die wesentlichen Funktionen die berufliche Mobilität der Personen, die mit wesentlichen Funktionen betraut sind, nicht zu Konflikten führen zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) und Betreibern von Eisenbahnanlagen. Ein beruflicher Wechsel innerhalb des DB-Konzerns von und zu wesentlichen Funktionen hin ist jedoch rechtlich grundsätzlich zulässig. Es gibt auch keine gesetzlichen Vorgaben zu Karenzzeiten o.ä.

Das bedeutet nach Auffassung der DB, dass bei einem Wechsel zwischen EVU und Betreiber von Eisenbahnanlagen zu prüfen ist, ob der Wechsel konkret zu einem Interessenkonflikt führt, der die Unabhängigkeit des Betreibers von Eisenbahnanlagen hinsichtlich der wesentlichen Funktionen beeinträchtigt. Hierbei ist zu prüfen, ob von dem Wechsel wesentliche Funktionen betroffen sind und konkrete Anhaltspunkte für einen Interessenkonflikt bestehen.

Zur Beendigung eines Verfahrens der Bundesnetzagentur zur personellen Entflechtung im DB-Konzern (Az. BNetzA, BK10-22-0285_U) wurde in Übereinkunft mit der Bundesnetzagentur zur Prüfung des Vorliegens eines möglichen Interessenkonflikts im Juni 2023 ein Prüfungsschema implementiert. Dieses ist Bestandteil des Merkblatts „Personelle Wechsel“ als Anlage zur Konzernrichtlinie Wettbewerb und Regulierung (Richtlinie 101.0209).

Dieses Schema liegt der folgenden Prüfung zugrunde.“

Im weiteren Verlauf der Prüfungsunterlage sind danach nicht abschließend („u.a.“) Aufgaben der Herkunfts- und Zielfunktion dargestellt.

Mit Blick auf den verfahrensgegenständlichen Personalwechsel gelangt die Betroffene schließlich unter lit. b. in einer um eine Spalte zur „Bewertung im konkreten Fall“ ergänzten Prüfungstabelle zu folgenden Ergebnissen:

- Zu Prüfungsschritt 1 (finanzielle Beziehung): *„Keine fortbestehende finanzielle Beziehung.“*
- Zu Prüfungsschritt 2 (vertragliche Beziehung): *„Keine fortbestehende vertragliche Bindung.“*
- Zu Prüfungsschritt 3 (inhaltliche Überschneidung): *„Inhaltlich hängen beide Funktionen in unterschiedlichem Ausmaß [REDACTED] zusammen. Sie weisen aber im Ergebnis keine Überschneidung auf, da es bei der Zielfunktion [REDACTED] der DB Fernverkehr AG [REDACTED] geht und nicht um die Kommunikation gegenüber der DB Netz AG (z.B. im Rahmen von Fahrplananmeldungen). So weist die Zielfunktion keine Schnittstelle zu den wesentlichen Funktionen der DB Netz AG auf. Aus diesem Grund liegt keine inhaltliche Überschneidung von Herkunftsfunktion und Zielfunktion vor. = 0 Punkte“*
- Zu Prüfungsschritt 4 (räumliche Überschneidungen): *„Mangels einer inhaltlichen Überschneidung nach Maßgabe von Nr. 3 ist die Frage der räumlichen Überschneidung vorliegend nicht relevant. Ungeachtet dessen weisen beide Tätigkeiten keinen spezifischen regionalen Bezug auf, so dass auch bei einer inhaltlichen Überschneidung i.S.d. Nr. 3 keine räumliche Überschneidung der Tätigkeiten vorliegen würde. = 0 Punkte“*
- Zu Prüfungsschritt 5 (persönliche tätigkeitsbezogene Überschneidungen): *„Eine tätigkeitsbezogene Überschneidung zwischen Herkunftsfunktion und Zielfunktion liegt nicht vor, s.o. 3. Inwieweit persönliche Arbeitskontakte fortbestehen, ist der Rechtsabteilung nicht bekannt. = 0 Punkte“*
- Zu Prüfungsschritt 6 (tatsächliche Entscheidungsgewalt): *„In der Zielfunktion besteht keinerlei Entscheidungsgewalt im Bereich der Trassenzuweisung. In der Herkunftsfunktion besteht aufgrund der betroffenen Hierarchieebene (4. Unterstellungsebene) keine tatsächliche Entscheidungsgewalt und kein Entscheidungsdurchgriff. = 0 Punkte“*

Als Ergebnis der Bewertung wird unter lit. c. der Prüfungsunterlage festgehalten:

„</= 50 Punkte: Vorliegend keine bis geringe Indikation für das Vorliegen eines potenziellen Interessenkonflikts. Der Wechsel ist möglich. Es ist eine Dokumentation des Ergebnisses in der Personalakte vorzunehmen.“

Die Beschlusskammer hat am 27.09.2023 das hiesige Verwaltungsverfahren von Amts wegen eröffnet und die Akten aus der Voruntersuchung beigezogen. Sie hat zugleich die Betroffene und [REDACTED] zur Stellungnahme zum hiesigen Sachverhalt aufgefordert. Sie hat die Betroffene zudem aufgefordert mitzuteilen, ob sie bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens auf die verfahrensgegenständliche Besetzung verzichte, und hierbei auf die anderenfalls möglicherweise erforderliche Ergreifung von einstweiligen Maßnahmen binnen kurzer Frist hingewiesen.

Die Betroffene hat daraufhin mit Schreiben vom 28.09.2023 mitgeteilt, [REDACTED] werde – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – vorläufig bis zum 13.10.2023 freigestellt.

Zwischen Vertretern der Beschlusskammer einerseits und dem Bevollmächtigten der Betroffenen und dessen Vorgesetztem andererseits hat am 10.10.2023 eine Videokonferenz stattgefunden. [REDACTED] hat auf eine Teilnahme an der Videokonferenz verzichtet. Wegen des Gesprächsinhalts wird auf das entsprechende (Ergebnis-)Protokoll verwiesen.

Die Betroffene ist weiterhin der Auffassung, der zwischen ihr und der DB Netz AG vereinbarte Personalwechsel begründe keinen Interessenkonflikt im Sinne des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG.

Insbesondere könne eine inhaltliche Überschneidung der Tätigkeiten in Herkunftsfunktion und Zielfunktion nicht angenommen werden. [REDACTED] werde in [REDACTED] Zielfunktion keine Kontakte zur DB Netz AG unterhalten, sondern werde vielmehr im Verhältnis der Betroffenen [REDACTED] und damit in Verhältnis zu einer anderen Marktstufe agieren. Ein Interessenkonflikt im Sinne des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG könne aufgrund der Formulierung „Konflikte[...] zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreibern von Eisenbahnanlagen“ jedoch nur dann bestehen, wenn die wechselnde Person in der Zielfunktion durch ein sekundäres Interesse beeinflusst werden könne, welches mit ihrer Herkunftsfunktion zusammenhänge, wenn also die Gefahr bestünde, dass die wechselnde Person in der Zielfunktion dazu neigen könnte, neben den Interessen des Zielunternehmens auch die Interessen des Herkunftsunternehmens zu vertreten. Dies sei vorliegend mangels Tätigkeit aus der Zielfunktion heraus gegenüber der DB Netz AG ausgeschlossen. Selbst wenn die wechselnde Person in ihrer Herkunftsfunktion – etwa in ihrer Funktion [REDACTED] [REDACTED] möglicherweise Erkenntnisse über die Verkehrsentwicklung und Ziele von anderen Unternehmen und Bestellern gewonnen hätte, die der Betroffenen bislang unbekannt gewesen wären, so könne der so dargestellte Interessenkonflikt zwischen den Interessen der DB Netz AG und den Interessen der Betroffenen nicht eintreten. Auf zugewiesene Kapazitäten, zugehörige Konfliktdokumentationen oder die Systeme „TPN“ und „RUT-K“ (und darin enthaltene Analysen) habe [REDACTED] in der Herkunftsfunktion keinen Zugriff gehabt.

Ungeachtet des Umstands, dass eine räumliche Überschneidung nur dann ins Gewicht fallen könne, wenn auch eine inhaltliche Überschneidung anzunehmen sei, ergäben sich erhebliche Zweifel daran, ob ein bundesweiter Bezug sowohl der Herkunftsfunktion als auch der Zielfunktion das Kriterium der räumlichen Überschneidung erfüllen könne. Denn die räumliche Überschneidung beziehe sich – wie auch an dem im Prüfungsschema aufgeführten Beispiel ersichtlich – auf einen spezifisch regionalen Bezug der Tätigkeit. Anderenfalls würde das genannte Kriterium praktisch immer erfüllt, da sowohl die DB Netz AG als auch die wichtigsten EVU der Deutsche Bahn AG deutschlandweit tätig seien.

[REDACTED] habe in [REDACTED] Herkunftsfunktion ausschließlich im Rahmen offizieller Veranstaltungen bzw. offiziellen Kundenkontakten [REDACTED] Kontakt zur Betroffenen und dort auch zu wenigen Personen aus den Organisationseinheiten [REDACTED] (nebst Untereinheiten) gehabt. An diesen Veranstaltungen seien stets auch weitere EVU beteiligt gewesen. [REDACTED] habe insbesondere in der Herkunftsfunktion keinen Zugang zu strategischen Informationen der Betroffenen oder andere EVU erhalten, die über öffentlich verfügbare Informationen hinausgingen. Im Rahmen [REDACTED] Position als [REDACTED] habe [REDACTED] keinen Zugang zu konkreten Kapazitätsnutzungsplänen der Betroffenen oder andere EVU erhalten bzw. diese diskutiert. Zwar sei die seitens der Beschlusskammer angeführte Marktabfrage zum [REDACTED]

erfolgt und sei davon auszugehen, dass Zugangsberechtigte Informationen an die für [REDACTED] benannte [REDACTED] versandt hätten und [REDACTED] theoretisch (wenn auch „so gut wie nicht wahrgenommen“) Zugriff gehabt haben dürfte. Allerdings müsse hierbei zunächst berücksichtigt werden, dass reines Wissen einer Person nicht zu einem Interessenkonflikt im Sinne des Gesetzes führen könne. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die betroffene Person sich ihres eigenen Wissens nicht verschließen könne. Mit Blick hierauf seien interne und arbeitsvertragliche Maßnahmen getroffen worden, die die Informationsweitergabe (aus der Betreiberfunktion heraus an konzernverbundene EVU) verböten. Dies müsse jedoch ausreichen, um den Anforderungen des Gesetzes zu genügen. Jenseits dieser Regelungen könne (aus einer nicht auf den konkreten Fall bezogenen Perspektive) kaum wirksam verhindert werden, dass Personen mutwillig Informationen teilten. Eine strengere Lesart, wonach die – auch unbeabsichtigte – potentielle Kommunikation von Wissen aus der Herkunftsfunktion für die Betrachtung des Interessenkonflikt bereits ausreichend sei, ergebe sich nicht aus dem Gesetz. Die anzunehmende und gesetzlich nicht gewollte Konsequenz einer solchen Lesart wäre, dass Wechsel per se ausgeschlossen würden. Die Vorgaben zur personellen Entflechtung seien getrennt von denen der informationellen Entflechtung zu betrachten.

Mit Blick auf die Zielfunktion sei zu betonen, dass diese nicht die konkrete Kapazitäts- und Fahrplanung der Betroffenen umfasse, sondern [REDACTED] gegenüber [REDACTED] und [REDACTED]. Damit sei selbst unter der Annahme eines Informationsgewinns in der Herkunftsfunktion davon auszugehen, dass die Informationen in der Zielfunktion nicht nutzbar seien. So gehe es z.B. im Rahmen der jährlichen [REDACTED] um die Erläuterung und Diskussion bereits geplanter Änderungen gegenüber [REDACTED] und [REDACTED], die prozessual und zeitlich nachgelagert zur Trassenbestellung erfolgt. Die zur Zielfunktion bestehenden Schnittstellen anderer Organisationseinheiten der Betroffenen hätten weder Schnittstellen zur Herkunftsfunktion noch einen fachlichen Bezug zu dieser. Die notwendigen Informationen zur geplanten Angebotsentwicklung erhalte die Funktion der Zielfunktion vorrangig über [REDACTED]. Kerntätigkeit der Zielfunktion sei dabei die [REDACTED].

[REDACTED] esonders zu betonen sei, dass die Nachbar-Organisationseinheiten [REDACTED] nicht mit der Fahrplanung befasst seien. Auch müsse generell Berücksichtigung finden, dass von Zugangsberechtigten in der Herkunftsfunktion mitgeteilte Strategien Veränderungen unterlägen, so dass sie nur in engen zeitlichen Grenzen von Interesse für die Zielfunktion sein könnten.

Selbst unter der Annahme, dass bei den Prüfkriterien ein Ausschlag festgestellt werden müsse, bedeute dies nicht zwangsläufig, dass die für eine mögliche Unzulässigkeit des Wechsels erforderliche Punktzahl erreicht worden wäre. Vielmehr sei (wenn überhaupt) von sehr geringen Punktwerten auszugehen.

Karenzzeiten, insbesondere auch solche, die nach der Rechtsprechung im energiewirtschaftlichen Bereich zulässig wären, seien weder gesetzlich im Eisenbahnregulierungsrecht festgeschrieben noch anderweitig in diesem Rechtsbereich zulässig. Dies müsse erst Recht bei Mitarbeitenden wie [REDACTED] gelten, die auf der vierten Führungsebene tätig seien.

Insgesamt sei zudem zu betonen, dass die ungewisse Zukunft für [REDACTED] belastend und eine möglicherweise zu befürchtende Beschädigung [REDACTED] Integrität verhindert werden müsse.

Die Hinzugezogene zu 1) ist der Auffassung, [REDACTED] – fachlich sehr geschätzte – [REDACTED] sei in einer [REDACTED] beschäftigt gewesen. Wesentlich sei dabei das in Zusammenarbeit mit externen Gutachtern erstellte [REDACTED] für die Jahre [REDACTED] und dessen [REDACTED]. Im Rahmen der notwendigen [REDACTED] seien [REDACTED] aufgefordert worden. Von dieser [REDACTED] seien auch die [REDACTED] des Hinzugezogenen betroffen gewesen. Diese hätten [REDACTED]. Es sei davon auszugehen, dass [REDACTED] Zugang zu diesen Daten gehabt habe, so dass der Wechsel zur Betroffenen zu einem unbedingt zu vermeidenden Interessenskonflikt führe.

Die Hinzugezogene zu 1) ist ferner der Meinung, dass § 8a Abs. 3 ERegG nicht das individuelle Interesse zwischen dem personalabgebenden Netzbetreiber und dem konkreten personalaufnehmenden Eisenbahnverkehrsunternehmen adressiert. Der Interessenskonflikt entstehe zwischen dem aufnehmenden Unternehmen und einem bzw. mehreren Unternehmen, die zu dem aufnehmenden Unternehmen in direktem Wettbewerb stünden.

Es sei ferner selbstverständlich, dass [REDACTED] über Kenntnisse aus [REDACTED] bisherigen Funktion auch in [REDACTED] neuen beruflichen Umfeld sprechen werde – ggf. in einem informellen Rahmen. [REDACTED] werde mit denjenigen Mitarbeitern der Betroffenen eng zusammenarbeiten, die die konkrete Angebotskonzeption der Betroffenen erarbeiteten. In diesem Umfeld sei die Weitergabe sensibler Daten nicht effektiv auszuschließen.

Es sei nicht haltbar, dass die Betroffene einen Interessenskonflikt anhand ihres Merkblattes mit null Punkten bewerte. Die Hinzugezogene ist der Meinung, dass die Bundesnetzagentur eine behördliche Entscheidung treffen solle. Angesichts der mittel- und langfristigen Relevanz ergebe sich aus einer Karenzzeit nur eine unwesentliche Minderung der Problematik.

Die Hinzugezogene zu 3) zeigt sich über den beabsichtigten Personalwechsel [REDACTED] besorgt. Grund hierfür sei insbesondere [REDACTED] Tätigkeit als [REDACTED] und in diesem Zusammenhang vor allem die Betreuung [REDACTED] und [REDACTED]. Es sei davon auszugehen, dass das Projektteam und damit auch [REDACTED] selbst sowohl alle Planungen der [REDACTED] als auch die entsprechenden Planungen der Hinzugezogenen kenne und in digitaler Form vorliegen habe. Zu befürchten sei damit, dass durch den angestrebten Personalwechsel [REDACTED] der Hinzugezogenen für die mittelfristige Zukunft der Betroffenen direkt oder indirekt zugänglich und bekannt würden. In der jüngeren Vergangenheit sei es zu einer Reihe von Personalwechsel im DB-Konzern mit Beteiligung (auch) von DB Netz AG und der Betroffenen gekommen. Der Hinzugezogenen sei insofern bekannt, dass derartige Wechsel aus dem Bereich der wesentlichen Funktionen heraus zur Förderung der Karriere konzernintern „normal“ und gewollt seien. Die aus der Perspektive der Mitarbeitenden vorteilhaften Wechsel führten jedoch dazu, dass sensible Informationen von Wettbewerbern mit dem Risiko der Benachteiligung derselben aus dem neutralen Konzernteil der DB Netz AG zu den im Wettbewerb stehenden Unternehmen des Konzerns wanderten. Dies begründe letztlich ei-

nen erheblichen Vertrauensverlust der Hinzugezogenen gegenüber dem neutralen Infrastrukturbetreiber. Aus den Prüfungsunterlagen heraus sei erkennbar, dass die Prüfung des Personalwechsels überaus oberflächlich sei und kein Problembewusstsein der Deutsche Bahn AG bestehe, was eine Prüfung durch die Bundesnetzagentur zwingend erforderlich mache.

Der Hinzugezogene zu 4) erhebt ebenfalls starke Bedenken gegen den zeitlich unmittelbaren Personalwechsel. [REDACTED] habe nach Ansicht des Hinzugezogenen durch [REDACTED] Tätigkeit [REDACTED] umfassende Kenntnisse der Methodik zur Erstellung [REDACTED] erworben. Ein Wechsel zur Betroffenen entfalte eine wettbewerbsverzerrende Wirkung, da die Betroffene einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil durch den Rückgriff auf die Detailkenntnisse und das persönliche Netzwerk d [REDACTED] [REDACTED] erhalte. Dies könne zum Nachteil der [REDACTED] führen. Die Betroffene verfolge eine langfristige Strategie, die auf verschiedene nationale und internationale Verkehrsverbindungen ausgelegt sei. Es sei davon auszugehen, dass die Betroffene zur Umsetzung der Unternehmensstrategie [REDACTED] [REDACTED] absichern wolle. Der Rückgriff auf die im entsprechenden Projekt der DB Netz AG erworbenen Kompetenzen, Fachkenntnisse und Verbindungen beinhalte die Gefahr einer Bevorteilung der Betroffenen und Benachteiligung anderer EVU mit Nachteilen auch für den intermodalen Wettbewerb. Es sei sicherzustellen, dass die Regulierungsvorgaben zur Mobilität von Führungskräften konsequent und zur Vermeidung von Nachteilen für andere Wettbewerber umgesetzt würden. Es sei anzuzweifeln, dass keine inhaltlichen Überschneidungen bei den Aufgaben in Herkunfts- und Zielfunktion bestünden. Aufgrund der Auswirkungen dieser Einschätzung in der Prüfungsunterlage auf die anderen Bewertungsschritte sei eine Detailprüfung und ggf. Entscheidung durch die Bundesnetzagentur erforderlich. Diesbezüglich sei eine Sperrfrist von 6 Monaten als angemessen zu bewerten. Während dieser Zeit dürfe [REDACTED] [REDACTED] bei der DB Netz AG nicht mehr im Bereich [REDACTED] [REDACTED] einschließlich [REDACTED] eingesetzt werden. Zudem seien in der Zielfunktion (auch) nach dieser Zeit Tätigkeiten mit Schnittstellen [REDACTED] [REDACTED] auszuschließen.

Eine öffentlich-mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden. [REDACTED] hat keine Stellungnahme abgegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte und die Ausführungen unter II. verwiesen.

II. Gründe

Der Betroffenen wird untersagt, vor Ablauf einer bis zum 31.03.2024 währenden Karenzzeit [REDACTED] zu beschäftigen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wird ein Zwangsgeld angedroht.

Rechtsgrundlagen der Entscheidung sind § 67 Abs. 1 Satz i. V. m. § 8a Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 1 ERegG sowie §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. b), 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) i. V. m. § 67 Abs. 1 Satz 2 ERegG.

Die Entscheidung ergeht formell (hierzu unter II.1) und materiell (hierzu unter II.2) rechtmäßig.

II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

Die Beschlusskammer ist für die Durchführung des hiesigen Verfahrens zuständig. Die Zuständigkeit liegt gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 bei einer Beschlusskammer der Bundesnetzagentur. Nach dem Organisationsplan der Bundesnetzagentur ist für derartige Entscheidungen die Beschlusskammer 10, Eisenbahnen, zuständig.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 28.09.2023 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei darauf hingewiesen, dass Personen oder Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden, die Hinzuziehung zum Verfahren beantragen können. Die Hinzuziehungen sind ordnungsgemäß auf der Grundlage des § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG vorgenommen worden. Auf entsprechenden Antrag sind vier Unternehmen bzw. Personenvereinigungen zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung – unter anderem im Rahmen der Videokonferenz vom 10.10.2023 – der Betroffenen und Ermöglichung der Stellungnahme weiterer Verfahrensbeteiligter. Zudem wurde [REDACTED] schriftlich und durch Beteiligungsmöglichkeit an der Videokonferenz Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte unterbleiben. Nach § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG kann die Beschlusskammer eine öffentliche mündliche Verhandlung auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen durchführen. Vorliegend haben die Verfahrensbeteiligten keine entsprechenden Anträge gestellt. Auf eine amtswegige Durchführung hat die Beschlusskammer dagegen im Wege pflichtgemäßer Ermessensausübung verzichtet. Dafür war der Umstand maßgeblich, dass vorliegend die Verfahrensbeteiligten sich schriftlich hinreichend äußern konnten und der Betroffenen – auch zum Schutz [REDACTED] – im Rahmen einer Videokonferenz mit Vertretern der Beschlusskammer Gelegenheit zu weiteren Ausführungen gegeben worden ist.

Die Entscheidung ist gemäß § 77 Abs. 5 ERegG mit der für Eisenbahnregulierung zuständigen Abteilung der Bundesnetzagentur abgestimmt worden.

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Die Entscheidung ergeht auch materiell rechtmäßig.

Gemäß § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG kann die Regulierungsbehörde gegenüber Eisenbahnen und den übrigen nach diesem Gesetz Verpflichteten die Maßnahmen treffen, die erforderlich

sind, um Verstöße gegen dieses Gesetz oder unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Union zu beseitigen oder zu verhüten.

Mit dem für den 01.10.2023 beabsichtigten Wechsel [REDACTED] aus der Herkunftsfunktion in die Zielfunktion verstößt die Betroffene gegen § 8a Abs. 3 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 ERegG (hierzu unter II.2.1). Die zeitlich und sachlich limitierte Untersagung einer Beschäftigung [REDACTED] beruht auf pflichtgemäßer Ermessensausübung der Beschlusskammer (hierzu unter II.2.2.1).

Gemäß §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. b), 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) i. V. m. § 67 Abs. 1 Satz 2 ERegG kann die Regulierungsbehörde ihre Anordnungen zudem mit einem Zwangsgeld in Höhe von bis zu 500.000 EUR verbinden. Im vorliegenden Fall ergeht eine entsprechende Zwangsgeldandrohung (hierzu unter II.2.2.2).

II.2.1 Verstoß gegen § 8a Abs. 3 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 ERegG

Der ursprünglich zum 01.10.2023 beabsichtigte und zwischenzeitlich bis zum Ablauf des heutigen Tags aufgeschobene Wechsel [REDACTED] aus der Herkunftsfunktion in die Zielfunktion verstößt gegen § 8a Abs. 3 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 ERegG.

Gemäß § 8a Abs. 1 ERegG muss ein Betreiber von Eisenbahnanlagen innerhalb der in § 8 Abs. 1, §§ 23 und 39 Abs. 1 und § 44 ERegG festgelegten Grenzen rechtlich, organisatorisch und in seinen Entscheidungen in Bezug auf die wesentlichen Funktionen von Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig sein. Nach § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG darf im Hinblick auf die Vorgaben des § 8a Abs. 1 ERegG die berufliche Mobilität von Personen, die mit wesentlichen Funktionen betraut sind, nicht zu Konflikten zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreibern von Eisenbahnanlagen führen.

[REDACTED] übte jedenfalls in der Herkunftsfunktion eine Tätigkeit aus, die mit den wesentlichen Funktionen eines Betreibers von Eisenbahnanlagen im Zusammenhang stand (hierzu unter II.2.1.1). Der Wechsel [REDACTED] aus der Herkunftsfunktion in die Zielfunktion bei einem Eisenbahnverkehrsunternehmen führt zu einem Interessenkonflikt im Sinne des Gesetzes (hierzu unter II.2.1.2).

II.2.1.1 Betrauung mit wesentlichen Funktionen in der Herkunftsfunktion

[REDACTED] war in der Herkunftsfunktion als [REDACTED] sowie als [REDACTED] bei der DB Netz AG in einer Position tätig, die den wesentlichen Funktionen des Betreibers von Eisenbahnanlagen zuzuordnen ist.

Das überhaupt der Wechsel einer Person (welche mit wesentlichen Funktionen betraut ist) von einem EIU zu einem EVU vom Anwendungsbereich des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG umfasst ist, ergibt sich neben den Wortlaut auch aus der Gesetzesbegründung,

vgl. BR-Ds 157-19, S118.

Die DB Netz AG ist eine Betreiberin von Eisenbahnanlagen im Sinne von § 1 Abs. 4 ERegG i. V. m. § 2 Abs. 7 AEG. Tatbestandlich nicht erforderlich ist dagegen, dass die DB Netz AG auch Teil eines vertikal integrierten Unternehmens im Sinne von § 1 Abs. 25 Satz ERegG wäre. Allerdings läge eine solche vertikale Integration – zudem auch noch mit der hiesigen Betroffenen – im vorliegenden Fall ohnehin vor.

Bei den wesentlichen Funktionen des Betriebs von Eisenbahnanlagen handelt es sich gemäß der Legaldefinition des § 1 Abs. 4b Nr. 1 ERegG unter anderem um Entscheidungen über die

Zugtrassenzuweisung, einschließlich sowohl der Bestimmung als auch der Beurteilung der Verfügbarkeit und der Zuweisung von einzelnen Zugtrassen. Hierzu zählen auch die [REDACTED]

[REDACTED] Dabei grenzt sich die Zugtrassenzuweisung von der (späteren) Durchführung des Zugbetriebs ab,

vgl. EuGH, Urteil vom 28.02.2013, Az. C-473/10, Rn. 42.

Als [REDACTED]

war [REDACTED]

mit derartigen Aufgaben betraut.

II.2.1.2 Beabsichtigter Wechsel führt zu Interessenkonflikt

Der (ursprünglich) zum 01.10.2023 beabsichtigte Wechsel [REDACTED] aus der Herkunfts- in die Zielfunktion führt unter Berücksichtigung des entsprechenden entflechtungsrechtlichen Begriffs (hierzu unter II.2.1.2.1) im konkreten Fall zu einem Interessenkonflikt im Sinne des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG (hierzu unter II.2.1.2.2).

II.2.1.2.1 Begriff des Interessenkonflikts

Ein Interessenkonflikt im Sinne des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG liegt vor, wenn ein personeller Wechsel die unabhängige Stellung des Betreibers der Schienenwege im Verhältnis zu den Eisenbahnverkehrsunternehmen in für diese wettbewerblich relevanter Weise beeinträchtigt, wozu auch die potenzielle Offenbarung von wettbewerblich relevanten Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Eisenbahnverkehrsunternehmen zählt.

Der Begriff des Interessenkonflikts ist im ERegG selbst nicht legaldefiniert. Im allgemeinen, Kontext der Ethik können Interessenkonflikte zusammenfassend definiert werden als „*Gegebenheiten, die ein Risiko dafür schaffen, dass professionelles Urteilsvermögen oder Handeln, welches sich auf ein primäres Interesse bezieht, durch ein sekundäres Interesse beeinflusst wird*“,

so etwa die Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e. V. unter Zugrundelegung diverser englischsprachiger Quellen, abrufbar unter: [https://www.awmf.org/regelwerk/erklarung-von-interessen-und-umgang-mit-interessenkonflikten#:~:text=Interessenkonflikte%20sind%20definiert%20als%20Gegebenheiten,wird%20\(1%2D4\);](https://www.awmf.org/regelwerk/erklarung-von-interessen-und-umgang-mit-interessenkonflikten#:~:text=Interessenkonflikte%20sind%20definiert%20als%20Gegebenheiten,wird%20(1%2D4);) zuletzt abgerufen am 11.10.2023.

Der Wortlaut des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG stellt bezüglich der hierfür in den Blick zu nehmenden Interessen klar, dass es bei beruflichen Wechseln nicht zu einem Konflikt „*zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreibern von Eisenbahnanlagen*“ kommen darf.

Nach dem allgemeinen Verständnis erscheint damit zunächst naheliegend, im Sinne der seitens der Betroffenen geäußerten Rechtsansicht von einem Interessenkonflikt jedenfalls (nur) dann auszugehen, wenn die (wirtschaftlichen) Interessen aus einer Herkunftsfunktion Entscheidungen der wechselnden Person in der Zielfunktion beeinflussen könnten, sodass die Herkunftsfunktion einen „Profit“ aus diesem Wechsel ziehen könnte. In dieser Logik wäre ein Interessenkonflikt bei Wechseln aus dem Betreiber von Eisenbahnanlagen zu EVU folgerichtig wohl selten anzunehmen, da nicht auszumachen wäre, welche (wirtschaftlichen) Interessen

des EVU durch die reine Mitnahme von Wissen aus der Herkunftsfunktion kompromittiert sein könnten.

Die Auslegung dieser Norm gebietet jedoch eine Vorkonturierung entflechtungsrechtskonformer „Interessen“ im Kontext des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG, die den von der Betroffenen beschriebenen Fall einschließt, aber über diesen hinausgeht und letztlich alle wettbewerblich relevanten Interessen betrifft, die sich aus dem Verhältnis zwischen der unabhängigen Stellung des Betreibers der Schienenwege und Eisenbahnverkehrsunternehmen ergeben (hierzu unter II.2.1.2.1.1). Eine hieran orientierte Betrachtung des Begriffs „Interessenkonflikt“ muss dazu führen, dass eine Wissensschnittstelle je nach Gravität einen solchen Konflikt begründen kann (hierzu unter II.2.1.2.1.2).

II.2.1.2.1.1 Regulierungsrechtlicher Interessenbegriff

§ 8a betrifft alle wettbewerblich relevanten Interessen, die sich aus dem Verhältnis zwischen der unabhängigen Stellung des Betreibers von Schienenwegen und (allen) Eisenbahnverkehrsunternehmen ergeben.

Die in § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG enthaltene Formulierung stellt aus sich selbst heraus nicht klar, welche Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen einerseits und Betreibern von Eisenbahnanlagen andererseits für die Betrachtung von Interessenkonflikten in Rede stehen. Aus der im Plural gewählten Formulierung („den Interessen von“) kann jedoch bereits abgeleitet werden, dass es dem Gesetz bei der Betrachtung der jeweiligen Interessen nicht zwingend auf die „individuellen“ (wirtschaftlichen) Interessen des Betreibers von Eisenbahnanlagen als Herkunftseinheit und dem EVU ankommt. Eine eher abstrakte Betrachtung der jeweiligen Interessen wird hierbei auch aus der zugrundeliegenden europäischen Norm des Art. 7a Abs. 2 lit. c) RL 2012/34/EU deutlich. Diese nimmt keinen Bezug auf die Interessen des EVU einerseits und die des Betreibers von Eisenbahnanlagen andererseits, sondern fordert lediglich, dass *„die Mobilität der Personen, die mit den wesentlichen Funktionen betraut sind, nicht zu Interessenkonflikten führt“*. Vor dem Hintergrund des Wortlauts kann daher der wiederholt vortragene Argumentation der Betroffenen, der geplante Wechsel führe nicht zu einem Interessenkonflikt zwischen DB Netz AG und der Betroffenen, bereits im Ausgangspunkt nicht gefolgt werden.

Die systematische und teleologische Auslegung von § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG verdeutlichen zudem, dass die regulierungsrechtlich anzunehmenden Interessen des Betreibers von Eisenbahnanlagen sich aufgrund der entflechtungsrechtlich geforderten Unabhängigkeit und der sich hieraus für ihn ergebenden Neutralität und Integrität (auch) darauf erstrecken müssen, sensible Kundeninformationen aus dem Bereich der wesentlichen Funktionen zu schützen.

Bereits die unmittelbare Inbezugnahme des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG auf die Anforderungen des Abs. 1 derselben Norm und die mittelbare Inbezugnahme auf § 8 Abs. 1 ERegG machen deutlich, dass (auch, aber nicht ausschließlich) innerhalb vertikal integrierter Unternehmen die rechtliche, organisatorische und die Entscheidungsunabhängigkeit des Betreibers von Eisenbahnanlagen gewahrt werden müssen,

insofern lässt sich § 8a Abs. 1 Satz 1 ERegG auch im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG als Zielbestimmung auffassen; vgl. eindrücklich zur Vorgängernorm des § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG: BVerwG, Urteil vom 18.05.2010, Az. 3 C 21/09, Rn. 25 und zum Erfordernis der Unabhängigkeit des Konzernjuristen, in Rn. 39: *„Das ergibt sich aus ihrem Zweck [dort: Zweck des § 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AEG a. F.], den Schienenwegbetreiber in seinen netzzugangsrelevanten Entscheidungen*

von Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig zu stellen (vgl. § 9a Abs. 1 Satz 1 AEG sowie oben C.1.).“

Aus diesem engeren systematischen Kontext des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG heraus wird bereits erkennbar, dass sich das auf Seiten des Betreibers von Eisenbahnanlagen befindliche und für § 8 Abs. 3 Nr. 3 ERegG zentrale Interesse vor allem aus der gesetzlich geforderten Unabhängigkeit speisen muss.

Dies wird in systematischer Hinsicht auch durch andere entflechtungsrechtliche Normen im ERegG belegt. So sind bestimmende Einflussnahmen auf Entscheidungen des Betreibers von Eisenbahnanlagen hinsichtlich der wesentlichen Funktionen gemäß § 8 Abs. 2 ERegG auszuschließen. Zugleich sind gemäß § 8 Abs. 3 ERegG bestimmte Doppelmandate, welche einen Bezug zwischen den wesentlichen Funktionen des Betreibers von Eisenbahnanlagen und EVU herstellen, bereits von Gesetzes wegen ausdrücklich verboten.

Neben diesen unmittelbar auf Entscheidungen und Entscheidungsträger im Kontext wesentlicher Funktionen bezogenen Normen belegen zudem die Vorgaben des § 8 Abs. 5 ERegG, dass das entflechtungsrechtlich vorgegebene Interesse des Betreibers von Eisenbahnanlagen sich auch auf eine Geheimhaltung von sensiblen Informationen bzw. den Schutz vor (auch ungewollter) Weitergabe dieser Informationen beziehen muss. Verfügen danach verschiedene Einheiten in einem vertikal integrierten Unternehmen über gemeinsame Informationssysteme, so muss der Zugang zu sensiblen Informationen betreffend wesentliche Funktionen auf befugtes Personal des Betreibers von Eisenbahnanlagen beschränkt werden. Sensible Informationen dürfen zudem gemäß dieser Norm nicht an andere Einheiten in einem vertikal integrierten Unternehmen weitergegeben werden. Insofern ist auch der Einwand der Betroffenen zurückzuweisen, die Vorgaben informationeller Entflechtung seien losgelöst von der Frage beruflicher Mobilität zu betrachten. Dem widerspricht zum einen bereits, dass die informationelle Entflechtung sich nicht auf die Trennung von IT-Systemen beschränkt, sondern jegliche Weitergabe sensibler Informationen aus dem Bereich der wesentlichen Funktionen untersagt. Zudem würde eine Regelung zur informationellen Entflechtung, die ausdrücklich vorgibt, dass der Zugang zu bestimmten Informationen auf bestimmtes Personal zu begrenzen ist und hierdurch deutlich macht, dass ein elementares Element der betreiberseitigen Unabhängigkeit in der Bewahrung dieser Informationen liegt, durch eine Regelung konterkariert, die diesem Interesse durch eine weitgehend unbeschränkte berufliche Mobilität von Personen widerspricht.

Letztlich sprechen auch teleologische Erwägungen für ein derartiges Verständnis von der betreiberseitigen Unabhängigkeit. Zwar konkretisiert die Gesetzesbegründung nicht selbst, worin die im Kontext des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG zu betrachtenden Interessen von Betreibern von Eisenbahnanlagen einerseits und EVU andererseits liegen,

vgl. BT-Drs. 19/9738, S. 119.

Sinn und Zweck der eisenbahnregulierungsrechtlichen Entflechtungsnormen – soweit diese sich nicht ohnehin aus den möglicherweise auch als Zielbestimmungen zu lesenden Vorgaben des § 8a Abs. 1 ERegG ergeben,

so zumindest mit Blick auf § 9a Abs. 1 Satz 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)
a. F.: BVerwG, Urteil vom 18.05.2010, Az. 3 C 21/09, Rn. 25 (juris), –

lassen sich jedoch unter anderem anhand der Regulierungsziele gemäß § 3 ERegG identifizieren. So sollen die gesetzlichen Vorgaben auch dazu dienen, die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines

wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten zu wahren (§ 3 Nr. 2 ERegG). Auch soll der sichere, leistungsfähige und zuverlässige Betrieb der Eisenbahninfrastruktur gewährleistet sein (§ 3 Nr. 5 ERegG). Die Erfüllung dieser Ziele, namentlich vor allem demjenigen des Wettbewerbsschutzes, verlangt eine Unabhängigkeit des Betreibers von Eisenbahnanlagen, die sich auch auf die Geheimhaltung von sensiblen Kundeninformationen aus dem Bereich der wesentlichen Funktionen bezieht. Daneben macht die Zielsetzung des zuverlässigen Betriebs deutlich, dass der auch auf Informationen seitens der Zugangsberechtigten angewiesene Betreiber von Eisenbahnanlagen ein Interesse an der Bewahrung des Vertrauens der ihn mit Informationen beliefernden Zugangsberechtigten haben muss. Dies entspricht letztlich auch dem generellen entflechtungsrechtlichen Zweck einer präventiven, wettbewerbsanalogen Regulierung unter Ausgleich antikompetitiver Effekte durch Vorgabe bestimmter Verhaltensweisen und Strukturmaßnahmen,

so in Bezug auf die Entflechtungsvorgabe des § 10c Abs. 5, 6 EnWG – Anstellungsverbote/Karenzzeiten – bei Energieversorgungsunternehmen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017 – VI-3 Kart 10/16 (V) –, Rn. 80 und 89; im Ergebnis unter Hinweis auf die Entflechtungszielsetzung eines transparenten und diskriminierungsfreien Netzbetriebs bestätigt durch: BGH, Beschluss vom 13.11.2018 – EnVR 30/17 –, Rn. 29 ff.

Spiegelbildlich hierzu verhält sich nach dem zuvor Gesagten auch das – abstrakte – entflechtungsrechtliche Interesse eines EVU. Ein EVU hat danach ein abstraktes Interesse an einer Unabhängigkeit des Betreibers von Eisenbahnanlagen und in diesem Sinne auch an der Wahrung der an diesen übermittelten (eigenen) sensiblen Informationen. Dem kann vor dem Hintergrund der Ausführungen zum Interesse des Betreibers von Eisenbahnanlagen an der eigenen Unabhängigkeit und Integrität insbesondere nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass dieses Interesse auf die Betroffene als aufnehmende Einheit nicht zutreffe. Denn nähme man den umgekehrten Fall, dass etwa ein Mitarbeiter der DB Netz AG zu einem mit der Betroffenen im Wettbewerb stehenden EVU wechseln würde, so wäre die Betroffene wohl erheblich an der Geheimhaltung ihrer an den Betreiber von Eisenbahnanlagen übermittelten sensiblen Informationen interessiert. Da das Entflechtungsrecht generelle Vorgaben zur Herstellung wettbewerbsanaloger Bedingungen zu etablieren sucht (s.o.), kann eine im Einzelfall wechselnde Betrachtungsweise nicht ausschlaggebend sein.

II.2.1.2.1.2 Regulierungsrechtlicher Konfliktbegriff

Aufgrund des gesetzlich vorkonturierten Interesses an einer Unabhängigkeit des Betreibers von Eisenbahnanlagen, welche die Geheimhaltung von sensiblen Kundeninformationen umfasst, ist ein regulierungsrechtlicher Konflikt dann anzunehmen, wenn die durch einen Personalwechsel entstehende Wissensschnittstelle die Gefahr einer auch nur unterbewussten Verwendung von sensiblen Informationen aus dem Herkunftsbereich im Zielbereich begründet.

§ 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG stellt damit einen abstrakten Gefährdungstatbestand dar, der dem Entflechtungsrecht – gerade aufgrund seiner präventiven Ausrichtung – auch in anderen Vorschriften innewohnt,

vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 18.05.2010, Az. 3 C 21/09, Rn. 41 (juris): *„Dies steht im Einklang mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht; hiernach muss die Unabhängigkeit des Schienenwegesbetreibers nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich wirksam gesichert sein (vgl. oben C.1.c)“*,

und dessen Wirkung nicht dadurch geschwächt werden darf, dass erst eine konkrete Verwendung der betreffenden Informationen zu einem Verstoß gegen die Vorschrift führt,

vgl. zum EnWG: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017, Az. VI-3 Kart 10/16 (V) , Rn. 80 (juris): *„Die Unbundlingvorschriften sollen durch Verhaltensvorgaben und Strukturmaßnahmen präventiv eine wettbewerbsanaloge und zugleich gemeinwohlbezogene Regulierung der Energienetze sicherstellen [...]. Mit dieser Zwecksetzung wäre das Erfordernis eines konkreten Nachweises einer Diskriminierung oder einer konkreten Diskriminierungsgefahr nicht zu vereinbaren.“*

Entscheidend ist somit auch nicht, ob [REDACTED] im Rahmen [REDACTED] Herkunftsfunktion tatsächlich sensible Informationen erlangt und gedanklich verinnerlicht hat oder ob – wie die Betroffene hervorhebt – [REDACTED] durch arbeitsrechtliche oder sonstige, etwa sich aus Konzernrichtlinien oder internen Regelwerken ergebenden Verpflichtungen gehalten ist, Stillschweigen über die von [REDACTED] potentiell erlangten Informationen zu bewahren,

vgl. zum EnWG: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017, Az. VI-3 Kart 10/16 (V) , Rn. 81 (juris); vgl. zudem zu unternehmensinternen Weisungsregelungen: BVerwG, Urteil vom 18.05.2010, Az. 3 C 21/09, Rn. 44 (juris).

Vielmehr genügt die Möglichkeit der Informationsgewinnung in der Herkunftsfunktion und die Möglichkeit der weiteren Verwendung in der Zielfunktion.

Das Entflechtungsrecht verlangt hierbei insbesondere auch kein im deliktischen Sinne vorwerfbares oder auch nur bewusstes Tun und adressiert demnach – anders als die Betroffene anzudeuten scheint – auch nicht die persönliche Integrität oder Kompetenz [REDACTED]

vgl. BVerwG, Urteil vom 18.05.2010, Az. 3 C 21/09, Rn. 44f. (juris).

Die Betroffene nimmt damit – obschon sie diese Auffassung nicht teilt – zu Recht an, dass unter diesen Vorzeichen die fehlende Möglichkeit einer Person, sich ihres eigenen Wissens zu verschließen, Teil der Evaluierung des Interessenkonflikts sein muss,

vgl. hierzu bereits Beschluss BK10-19-0199_U vom 20.05.2020 unter Hinweis auf die energierechtliche Rechtsprechung in BGH, Beschluss vom 26.01.2016, Az. EnVR 51/14, Rn. 31 (juris).

Der Konkretisierung dieser gesetzlichen Vorgabe diene letztlich die Erarbeitung eines Merkblatts im Verfahren unter dem Gz. BK10-22-0285_U.

Auch wenn es sich um einen abstraktes Gefährdungstatbestand handelt, führt die Anwendung der Regelung nicht zu einem generellen Verbot eines Wechsels von einem Eisenbahnverkehrsunternehmen zu einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen (oder *vice versa*) oder gar zu einem Verbot konzernweiter Arbeitsmärkte. Denn einerseits ist nur der Wechsel zu und aus wesentlichen Funktionen des Betreibers der Schienenwege überhaupt reglementiert. Selbst für diesen Bereich sind zudem Wechsel möglich. Denn eine Gefährdung von Interessen ist nur dann anzunehmen, wenn Herkunftsfunktion und Zielfunktion in einer starken Beziehung (inhaltlich, räumlich, persönlich etc.) zueinander stehen, die aus objektiver Sicht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Realisierung der Gefahr annehmen lässt. Insofern sind sowohl Wechsel in nicht mit der Herkunftsfunktion in enger Beziehung stehende Organisationseinheiten denkbar, als auch ein Wechsel nach einer hinreichenden Wartezeit (Abklingphase).

II.2.1.2.2 Vorliegen eines Interessenkonflikts im vorliegenden Fall

Unter Berücksichtigung der vorbeschriebenen Definition liegt im Fall des verfahrensgegenständlichen Wechsels [REDACTED] ein Interessenkonflikt vor. Der Wechsel zur Betroffenen führt zu einem Konflikt zwischen der DB Netz AG und dritten Eisenbahnverkehrsunternehmen, namentlich Wettbewerbern der Betroffenen wie der Hinzugezogenen zu 3), der darin begründet ist, dass durch den Wechsel die abstrakte Gefahr der Weitergabe von wettbewerbsrelevanten Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu Gunsten der Betroffenen und zu Lasten dritter Eisenbahnverkehrsunternehmen geschaffen wird. Diese Gefahr wiederum kompromittiert die unabhängige Stellung des Betreibers der Eisenbahnanlagen.

Die beschriebene Gefahr fußt darauf, dass Herkunfts- und Zielfunktion insbesondere erhebliche inhaltliche Bezüge / Überschneidungen (hierzu unter II.2.1.2.2.1) sowie räumliche Überschneidungen (hierzu unter II.2.1.2.2.2) aufweisen. Auch kann eine gewisse tatsächliche Entscheidungsgewalt festgestellt werden (hierzu unter II.2.1.2.2.3) und sind – mit geringerem Gewicht – fortbestehende persönliche Kontakte anzunehmen (hierzu unter II.2.1.2.2.4). Hierbei war jeweils auch der zeitliche Bezug zwischen der Tätigkeit der Herkunftsfunktion und der (angestrebten) Tätigkeit in der Zielfunktion zu berücksichtigen. In der Gesamtschau ergibt sich vorliegend ein (erheblicher) Konflikt zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreiber von Eisenbahnanlagen (hierzu unter II.2.1.2.2.5).

II.2.1.2.2.1 Inhaltliche Bezüge / Überschneidungen

[REDACTED] übte bis vor Kurzem in [REDACTED] Herkunftsfunktion Tätigkeiten im Bereich der wesentlichen Funktionen aus, die in einem inhaltlichen Zusammenhang zur Zielfunktion stehen und dort ein nicht unbedeutendes Gewicht haben.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen kommt es (allein) für die Bejahung dieses Kriteriums nicht darauf an, dass Herkunfts- und Zielfunktion in einem inhaltlichen Austausch in Form einer „Schnittstelle zu den wesentlichen Funktionen der DB Netz AG“ stehen. Unabhängig davon, dass der in der Prüfungsunterlage gewählte Begriff der „Überschneidung“ vor dem Hintergrund des Anspruchs der entflechtungsrechtlichen Normen (s.o.) nicht dahin ausgelegt werden dürfte, dass nur ein entlang einer (vormals) bestehenden Schnittstelle erfolgreicher Wechsel zu einem Ausschlag bei des Kriteriums führt, stellt die „Überschneidung“ nur einen zu betrachtenden Prüfpunkt neben dem „unmittelbaren Bezug“ zwischen der Tätigkeit in Herkunfts- und Zielfunktion dar.

Wie die Betroffene bei Auswertung entlang der Prüfungsunterlage selbst zutreffend feststellt, hängen die in Herkunfts- und Zielfunktion ausgeübten Tätigkeiten beide in „unterschiedlichem Ausmaß mit Fahrplanthemen zusammen“. Damit erkennt die Betroffene im Ausgangspunkt selbst an, dass ein gewisser thematischer Gleichlauf existiert, ohne jedoch hieraus die Konsequenz zu ziehen, dass das Kriterium erfüllt ist. Sofern die Betroffene hierbei auf das „Ausmaß“ hinweist, stellt dies ein Abwägungskriterium dar, welches bei der Punktevergabe (20 bis 35 Punkte) zu berücksichtigen wäre, nicht jedoch bei der initialen Auslösung des Kriteriums (mindestens 20 Punkte). Gleiches gilt darüber hinaus für die Bewertung des Umstands, dass die Tätigkeit [REDACTED] in der Zielfunktion sich auf eine andere Marktstufe bezieht. In diesem Zusammenhang nicht erkennbar berücksichtigt wurde zudem die (auch) vom Merkblatt geforderte zeitliche Komponente.

Mithin ist von einem initialen inhaltlichen Bezug auszugehen.

Der inhaltliche Bezug ist zudem beachtlich und muss zu einer Bewertung jedenfalls oberhalb von 25 Punkten (nach Merkblatt) führen.

Dabei war zunächst insbesondere zu berücksichtigen, dass die Zielfunktion [REDACTED] Teil einer Organisationseinheit mit der Bezeichnung [REDACTED] ist, die unter sich neben der Zielfunktion die Funktionen [REDACTED] und [REDACTED] vereint, die ihrerseits deutliche inhaltliche Bezüge zur Herkunftsfunktion aufweisen. Während sich [REDACTED] als [REDACTED] in der Herkunftsfunktion maßgeblich mit der mittel- und kurzfristigen Planung von Kapazität befasst hat und in diesem Zusammenhang jedenfalls potentiell Zugriff auf Daten von Wettbewerbern der Betroffenen zu [REDACTED] etc. hatte, umfasst etwa die Zielsetzung der Organisationseinheit [REDACTED] die

[REDACTED]

und verantwortet dieser Bereich unter anderem die

[REDACTED]

Daneben führt er u. a. die

[REDACTED]

durch. Der Schwesterbereich [REDACTED] konzentriert sich daneben vor allem auch auf die

[REDACTED]

[REDACTED] wird in [REDACTED] Zielfunktion als Teil des Bereichs [REDACTED] in einem institutionalisierten Austausch zu Organisationseinheiten und deren Leitungspersonen stehen, die ganz konkret über die mittel- und langfristige Angebotsentwicklung der Betroffenen sprechen. In diesem Austausch besteht die konkrete Gelegenheit und auch der thematische Bezug, das in der Herkunftsfunktion erworbene Wissen nutzbar zu machen. Bei dem in der Herkunftsfunktion erworbenen Wissen handelt es sich dabei u.a. um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zur mittelfristigen Entwicklung des Angebots von Verkehren von Eisenbahnverkehrsunternehmen, das [REDACTED] unter Hinweis auf eine entsprechendes Geheimhaltungsbedürfnis zumindest potentiell zur Kenntnis gelangte.

Der Umstand, dass diese erheblichen inhaltlichen Zusammenhänge unter der Organisationseinheit zusammen mit der [REDACTED] auftreten, ist bei der Bewertung der Gravität der inhaltlichen dieser Zusammenhänge auch zwingend zu berücksichtigen. Denn anderenfalls ließen sich die entflechtungsrechtlichen Anforderungen schlicht dadurch umgehen, dass Organisationseinheiten für Wechsel geschaffen werden, die rein formal betrachtet keine schwerwiegenden inhaltlichen Bezüge zur Herkunftsfunktion aufweisen. Dies stünde indes einer entflechtungsrechtskonformen Betrachtung des Interessenkonflikts erkennbar entgegen.

Erschwerend zu berücksichtigen war hierbei auch, dass die über [REDACTED] Tätigkeit [REDACTED] [REDACTED] nicht lange zurückliegt. Die letzte [REDACTED] erfolgte im [REDACTED]. Damit ist jedenfalls im vorliegenden Fall auch dem Einwand der Betroffenen entgegenzutreten, [REDACTED] von Zugangsberechtigten hätten eine gewisse Halbwertszeit, sodass ihre Relevanz mit zunehmenden Zeitablauf abnehme. Ungeachtet des Umstands, dass eine solche Sichtweise bei Annahme sehr kurzer Halbwertszeiten die Sinnhaftigkeit [REDACTED] grundsätzlich in Frage stellen könnte, liegt nämlich bereits kein erheblicher Zeitablauf vor.

Demgegenüber führt eine Betrachtung der Marktstufe bzw. der Kommunikationsrichtung – wie von der Betroffenen ausgeführt – nicht zu einer bedeutenden Minimierung der Relevanz der inhaltlichen Überschneidung. Dabei war auch zu konstatieren, dass die Kommunikation sich auch auf eine solche gegenüber politischen Stakeholdern und Aufgabenträgern zu geplanten Änderungen bezieht.

II.2.1.2.2.2 Räumliche Überschneidungen

[REDACTED] übte bis vor Kurzem in [REDACTED] Herkunftsfunktion zudem Tätigkeiten im Bereich der wesentlichen Funktionen aus, die in einem vollumfänglichen räumlichen Zusammenhang zur Zielfunktion stehen.

Sofern die Betroffene in diesem Zusammenhang bereits im Rahmen der Prüfungsunterlage darauf hingewiesen hat, dass ein spezifischer (übereinstimmender) regionaler Bezug der Herkunftsfunktion und der Zielfunktion nicht erkennbar sei, verkennt sie hierbei die Bedeutung des Prüfkriteriums. Gemäß dem Merkblatt ist zu prüfen, ob räumliche Überschneidungen der Aufgaben in der Herkunftsfunktion und in der Zielfunktion bestehen.

Dabei ist der Betroffenen zunächst beizupflichten, sofern diese darauf verweist, dass das Kriterium beispielhaft die bestehende Zuständigkeit für bestimmte Regionen in Deutschland in Herkunftsfunktion und Zielfunktion benennt. Hieraus kann jedoch bereits aufgrund der Formulierung „z. B.“ nicht entnommen werden, dass das Kriterium allein dann erfüllt ist, wenn ein spezifischer regionaler Bezug besteht. Sofern die Betroffene in diesem Zusammenhang zur Verteidigung ihrer Auffassung vorträgt, eine Lesart, wonach auch der deutschlandweite Bezug der Tätigkeiten Berücksichtigung finden könnte, würde dazu führen, dass (beinahe) alle Personalwechsel aufgrund der deutschlandweiten Ausrichtung der Konzern-EVU einen räumlichen Bezug aufwiesen, wäre dies im Sinne des Entflechtungsrechts zu tolerieren und auch folgerichtig.

Im Lichte der entflechtungsrechtlichen Bestimmungen soll das Kriterium der räumlichen Überschneidung ermitteln, für welchen räumlichen Bereich die inhaltliche Überschneidung von Bedeutung sein kann. Demnach dient das Kriterium primär dazu, eine räumliche Relevanz dann auszuschließen, wenn der zuvor in einer bestimmten Region tätige Mitarbeiter in seiner Zielfunktion in einer gänzlich anderen Region tätig wird. Denn hier haben Wissensschnittstellen ein geringes Gewicht. Das aus der Herkunftsfunktion erworbene Wissen kann hier in der Zielfunktion potentiell nicht (oder nur sehr eingeschränkt) Verwendung finden. Demgegenüber soll das Kriterium solche Wechsel als relevant bewerten, bei denen eine 1-zu-1-Überschneidung im räumlichen Sinne vorliegt (Wechsel aus Region A in Region A; Wechsel aus nationalem Bezug zu nationalem Bezug). Abstufungen soll das Kriterium in solchen Fällen erlauben, die zu einer Reduzierung oder Erweiterung des Raums führen (Wechsel aus Region A zu Funktion mit nationalem Bezug; Wechsel aus Funktion mit nationalem Bezug zu Region A), da hier eine (unterbewusste) Verwendung des bisher erworbenen Wissens – je nach zu bewertendem Einzelfall – mal mehr mal weniger stark wahrscheinlich ist.

Unter diesen Vorzeichen und unter Berücksichtigung des zeitlichen Elements müssen aufgrund des jeweils nationalen Bezugs der Tätigkeiten vorliegend jedenfalls mehr als 25 Punkte im Sinne des Prüfschemas vergeben werden.

II.2.1.2.2.3 Tatsächliche Entscheidungsgewalt

Der von der Betroffenen in der Prüfungsunterlage getroffenen Annahme, in der Zielfunktion bestehe keinerlei Entscheidungsgewalt im Bereich der Trassenzuweisung und in der Herkunftsfunktion sei lediglich die 4. Unterstellungsebene ohne tatsächliche Entscheidungsgewalt und Entscheidungsdurchgriff betroffen, kann nicht gefolgt werden.

Gemäß dem Kriterium ist zu prüfen, ob eine tatsächliche Entscheidungsgewalt besteht. Hierzu wird als Beispiel angeführt: „*Einzelfallentscheidungen zu bestimmten Trassen oder strategische Entscheidungsgewalt sowie Entscheidungsdurchgriff*“. Im entflechtungsrechtlichen Sinne soll die Bewertung dieses Kriteriums dazu dienen, die Relevanz unterbewussten Wissens für die Entscheidungsfindung in der Zielfunktion bzw. dem Zielunternehmen zu bewerten. Der Zusatz „tatsächlich“ soll auch verdeutlichen, dass es bei der Betrachtung nicht allein um rechtliche Entscheidungsbefugnisse gehen kann, sondern vielmehr ausschlaggebend ist, ob das erworbene Wissen „tatsächlich“ Verwendung finden kann. Dies steht im Einklang mit der entflechtungsrechtlichen Rechtsprechung, der es im Kern auch um eine tatsächliche Durchsetzung der Entflechtung geht (s.o.).

Sofern die Betroffene in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass in der Zielfunktion keine Entscheidungen im Bereich Trassenzuweisungen getroffen wurden, verkennt sie damit die Zielsetzung des Kriteriums. An dieser Stelle wäre insbesondere zu berücksichtigen, dass [REDACTED] in der Zielfunktion jedenfalls eine (wenn auch untergeordnete) Leitungsposition einnimmt.

Auch die Aussage zur fehlenden Bedeutung der Herkunftsfunktion ist nicht nachvollziehbar, zumal die Betroffene selbst von einer (untergeordneten) Leitungsfunktion ausgeht und [REDACTED] zumindest keine ganz unbedeutende Stellung bei der DB Netz AG innegehabt haben dürfte. Jedenfalls wäre von der Vergabe der Mindestpunktzahl (5 Punkte) auszugehen.

II.2.1.2.2.4 Persönliche tätigkeitsbezogene Überschneidungen

Auch sind aus den im Verfahren getroffenen Aussagen der Betroffenen fortbestehende tätigkeitsbezogene persönliche Kontakte (welche nur bei Ausschlag der anderen Kriterien zu einem Ausschluss führen können) zu erkennen. Dabei kann der in der Prüfungsunterlage getroffene Aussage, wonach tätigkeitsbezogene Überschneidungen nicht vorlägen, bereits deshalb nicht gefolgt werden, weil diese Aussage offenkundig auf einem fehlerhaften Verständnis des Begriffs „Überschneidung“ beruht. Daneben ist aber auch nicht erkennbar, wie der Begriff „Überschneidung“ derart ausgelegt werden könnte, dass er den sowohl in Herkunftsfunktion wie auch in Zielfunktion bestehenden „Kontakt“ zu denselben Personen aus der Prüfung ausklammert. Nicht eingängig ist zudem, weshalb sich ein Unterschied dadurch ergeben könnte, dass – wie die Betroffene mehrmals (auch textlich) hervorhebt – der Kontakt in der Herkunftsfunktion nur auf „fachöffentlichen Veranstaltungen“ vorgelegen haben soll. Sofern die Betroffene damit die Auffassung vertritt, dass ein fortbestehender persönlicher Kontakt nur bei einem nichtöffentlichen Austausch (und dabei möglicherweise bei Kommunikation sensibler Information) von Relevanz sein kann, so kann dem nicht gefolgt werden. Vielmehr ist im entflechtungsrechtlichen – aber im Übrigen wohl auch im allgemein ethischen – Kontext gerade Sinn und Zweck einer solchen Prüfung herauszuarbeiten, ob Personen, die [REDACTED] aus [REDACTED]

Herkunftsfunktion kennen, in [REDACTED] Zielfunktion mit [REDACTED] in Kontakt stehen, da der mögliche (auch unbewusste) Wissenstransfer bei Vorbekanntheit naturgemäß leichter erfolgt als in einem Fall, in dem sich gänzlich unbekannte Personen gegenüberstehen.

Eingedenk dessen ist – den eigenen Aussagen der Betroffenen folgend und angesichts der Aufbauorganisation um die Zielfunktion herum – davon auszugehen, dass das entsprechende Kriterium mit mindestens 5 Punkten zu bewerten ist.

II.2.1.2.2.5 Gesamtschau

In der Gesamtschau ergibt sich vorliegend ein Konflikt zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem Betreiber von Eisenbahnanlagen.

Unter Zugrundelegung des von der Betroffenen verwendeten und zuvor im Verfahren BK10-22-0285_U abgestimmten Prüfschemas ergeben jedenfalls mehr als 60 Punkte, die zudem aus der Prüfung von vier verschiedenen Kriterien stammen. Bei dieser Punktzahl ist in Übereinstimmung mit der im Merkblatt festgehalten Wertung

> 50 Punkte: Eher höhere Indikation für das Vorliegen eines potenziellen Interessenkonflikts.

festzuhalten, dass vorliegend ein (erheblicher) Konflikt zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreiber von Eisenbahnanlagen besteht.

II.2.2 Rechtsfolge

Auf Rechtsolgende Seite ist der Betroffenen gemäß Tenorziffer 1 im Rahmen pflichtgemäßer Ermessenbetätigung der beabsichtigte Wechsel [REDACTED] bis zum Ablauf einer sechsmonatigen Karenzzeit zu untersagen (hierzu unter II.2.2.1). Zudem wird die Untersagung mit einer Androhung von Zwangsgeld versehen (hierzu unter II.2.2.2).

II.2.2.1 Untersagungsanordnung

Durch Tenorziffer 1) des hiesigen Beschlusses wird der Betroffenen gemäß § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG untersagt, [REDACTED] vor Ablauf einer sechsmonatigen Karenzzeit im Bereich „Angebotsmanagement“ zu beschäftigen.

Mit der präventiv ausgestalteten Anordnung trifft die Beschlusskammer eine Maßnahme, die erforderlich ist, um Verstöße gegen das ERegG zu verhüten und in einen eisenbahnregulierungsrechtskonformen Zustand herzustellen.

Dabei war die Beschlusskammer auch nicht auf eine über § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG hinausgehende – etwa Karenzzeiten explizit vorsehende – Ermächtigungsgrundlage oder Regelung in § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG angewiesen. Denn Maßnahmen nach § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG können grundsätzlich jeden Inhalt haben, der der Herstellung eines eisenbahnregulierungsrechtskonformen Zustandes dient,

so: VG Köln, Urteil vom 17.05.2022, Az. 18 K 259/22, Rn. 184 (juris).

Das ihr hierbei zustehende Entschließungs- und Auswahlermessen hat die Beschlusskammer ordnungsgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss.

Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Die Entscheidung der Beschlusskammer verfolgt einen legitimen Zweck (hierzu unter II.2.2.1.1). Sie ist darüber hinaus geeignet (hierzu unter II.2.2.1.2) und erforderlich (hierzu unter II.2.2.1.3) sowie verhältnismäßig im engeren Sinne (hierzu unter II.2.2.1.4).

II.2.2.1.1 Legitimer Zweck

Die Entscheidung der Beschlusskammer verfolgt einen legitimen Zweck. Dabei hat sich die Regulierungsbehörde bei ihren Entscheidungen grds. an den sich aus dem Regulierungsrecht, namentlich aus § 3 ERegG, ergebenden Zielen zu orientieren. Vorliegend verfolgt die Beschlusskammer mit der die Einhaltung der entflechtungsrechtlichen Vorgabe des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG bezweckenden Untersagungsanordnung insbesondere das Ziel der Wahrung der Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten (§ 3 Nr. 2 ERegG).

II.2.2.1.2 Geeignetheit

Die Anordnung ist auch geeignet, den im Raum stehenden Verstoß gegen § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG wirksam zu verhüten und hierdurch insbesondere das Regulierungsziel der Wahrung der Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkte zu erreichen. Insbesondere wird durch die zeitlich begrenzte Untersagung verhindert, dass durch den ursprünglich für den 01.10.2023 beabsichtigten Personalwechsel Wissen [REDACTED] über sensible Informationen in Bezug auf Wettbewerber der Betroffenen, welches dieser im Rahmen der Herkunftsfunktion erlangt haben könnte, (unterbewusst) im Rahmen der Zielfunktion und potentiell zu Lasten der Wettbewerber der Betroffenen Verwendung finden kann.

Dabei hat die Beschlusskammer bei Ausübung ihres Auswahlermessens auch in Betracht gezogen, andere Maßnahmen zu ergreifen. Diesbezüglich erscheinen der Beschlusskammer allerdings Maßnahmen, welche keine (zeitweise) Untersagung des Wechsels beinhalten, nicht geeignet, den Verstoß gegen § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG wirksam zu verhüten. Insbesondere die von Seiten der Betroffenen hervorgehobenen internen (ggf. auch arbeitsvertraglichen) Maßnahmen zur Verhütung einer Weitergabe von Informationen (oder anderweitig vorstellbare vereinbarte Sprechverbote) sind aus Sicht der Beschlusskammer nicht geeignet, dem spezifischen Verstoß gegen § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG wirksam zu begegnen. Dies liegt maßgeblich darin begründet, dass dieser einen abstrakten Gefährdungstatbestand begründet und in dieser Funktion weder ein konkretes regelwidriges Verhalten [REDACTED] noch eine über den bloßen Wechsel (die „berufliche Mobilität“) hinausgehende Betätigung für einen anzunehmenden Verstoß voraussetzt.

Demgemäß dürfte (ungeachtet der darüber hinaus zu eruiierenden Erforderlichkeit, hierzu unter II.2.2.1.3) bei Feststellung eines durch die (konkret beabsichtigte) berufliche Mobilität ausgelösten Interessenkonflikts bereits denknotwendig nur ein (zeitweiser) Ausschluss des Wechsels in Betracht kommen. Diese Verständnis von einer mangelnden Eignung von anderen Regelungsinstrumenten wird letztlich auch durch die Existenz expliziter Karenzzeitenregelungen – etwa in § 10c EnWG – belegt. Zwar ist der Betroffenen darin zuzustimmen, dass das ERegG Karenzzeitenregelungen nicht ausdrücklich erwähnt. Jedoch ist auch weiterhin – auch unter

Berücksichtigung der intensiven Befassung im Verfahren unter dem Gz. BK10-22-0285_U sowie unter Berücksichtigung des Verfahrens und des Beschlusses unter dem Gz. BK10-19-0199_U nicht erkennbar, inwieweit die existierende und einen Interessenkonflikt begründete Wissensschnittstelle (unterhalb des absoluten Verbots des Wechsels) anderweitig behoben werden könnte als durch die Anordnung von Karenzzeiten.

II.2.2.1.3 **Erforderlichkeit**

Die sechsmonatige Untersagung des Wechsels, die sich auf den Bereich [REDACTED] insgesamt bezieht, ist zudem erforderlich. Es sind keine gleichsam effektiv zur Zielerreichung geeigneten, aber mildereren Maßnahmen erkennbar.

Insbesondere ist nicht erkennbar, dass die seitens der Betroffenen hervorgehoben konzerninternen Maßnahmen oder anderweitig vorstellbare Sprechverbote – ihre Eignung vorausgesetzt (vgl. hierzu aber bereits II.2.2.1.2) – gleichsam effektiv verhüten würden, dass Wissen transferiert und (auch unterbewusst) genutzt und damit insbesondere das Ziel des § 3 Nr. 2 ERegG gleichsam effektiv erreicht werden könnte. Dies wird gestützt durch die insbesondere im Energieregulierungsrecht bestehenden ausdrücklichen Karenzzeitenregelungen des § 10c EnWG,

vgl. hierzu zudem bereits Beschluss der Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur vom 16.12.2015, Gz. BK7-15-0049, S. 18: „Soweit die Betroffene und der Beigeladene zu 2) vortragen, die Durchsetzung des nachvertraglichen Anstellungsverbotesei nicht erforderlich, da ein Transfer diskriminierungsrelevanten Wissens aufgrund strenger nachvertraglicher Verschwiegenheitspflichten nicht zu befürchten sei, kann dies nicht überzeugen. Denn die Überwachung solcher vertraglicher Verschwiegenheitspflichten dürfte zumindest schwierig sein. Das Anstellungsverbot sorgt dahingegen schon im Vorfeld dafür, dass keine Situationen entstehen können, in denen diskriminierungsrelevantes Wissen transferiert wird.“

Hinsichtlich der Bestimmung des tenorierten Zeitraums („Karenzzeit“) bewegt sich die Beschlusskammer bereits am unteren Rand desjenigen, was für eine effektive Erfüllung der Anforderungen des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG und des Ziels aus § 3 Nr. 2 ERegG erforderlich ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich eine natürliche Person ihres einmal erworbenen Wissens – wie auch die Betroffene letztlich richtig erkennt – nicht schlicht unmittelbar vor dem Wechsel in einen anderen Unternehmensbereich entledigen kann. Erforderlich ist damit in jedem Fall – sofern, wie vorliegend, ein Interessenkonflikt besteht – eine zeitliche Spanne, binnen derer [REDACTED]e weder [REDACTED] bereits erworbenes Wissen aus der Herkunftsfunktion aktuell halten noch neues Wissen aus dem diesem Bereich erwerben oder erworbenes Wissen in der Zielfunktion (unbewusst) nutzen kann (Karenzzeit). Bereits im Verfahren unter dem Gz. BK10-22-0285_U hatte die Beschlusskammer gegenüber den Verfahrensbeteiligten folgende üblicherweise existierenden Karenzzeiten hervorgehoben (Einleitungsschreiben der Beschlusskammer vom 09.09.2022, S. 5):

- Beispielsweise setzt § 10c EnWG eine Mindestkarenzzeit von sechs Monaten an, wenn zugleich sichergestellt ist, dass die Mehrzahl der verbleibenden Angehörigen der Unternehmensleitung Karenzzeiten von drei Jahren eingehalten haben. Zugleich besteht in diesen Fällen ein Ex-Ante-Einspruchsrecht der Regulierungsbehörde.

- Für Bundesbeamte erfolgt bei bestimmten Beschäftigungen außerhalb des öffentlichen Dienstes eine individuelle Bemessung von Karenzzeiten von bis zu drei Jahren (vgl. § 105 Bundesbeamtengesetz).
- Nach dem Ende seiner oder ihrer Amtszeit in der Regulierungsbehörde darf der Präsident oder die Präsidentin bei Unternehmen oder Stellen, die der Regulierung unterliegen, für einen Zeitraum von einem Jahr weder eine berufliche Position bekleiden noch berufliche Aufgaben wahrnehmen (§ 4a BEVVG).
- Der Vorschlag der Europäischen Kommission zum Vierten Eisenbahnpaket sah ursprünglich eine Karenzzeit von drei Jahren bei leitenden Positionen vor (2013/0029 (COD), S. 16).
- Bei Wechseln zwischen dem Vorstand von Aktiengesellschaften und dem Aufsichtsrat der Gesellschaft ist eine Karenzzeit von 2 Jahren einzuhalten (§ 100 Abs. 2 Ziffer 4 Akt).
- Abschlussprüfer dürfen innerhalb von zwei Jahren keine zentrale Führungsposition in den von ihnen geprüften Unternehmen bekleiden (Art. 22a RL 2006/43/EG).

Die Beschlusskammer hat zudem die BGH-Rechtsprechung zur Erforderlichkeit von Karenzzeitenregelungen im EnWG mit einfließen lassen. Mit Blick auf den Unabhängigen Transportnetzbetreiber heißt es zur Rechtfertigung der gesetzlichen Grundlage (Hervorhebungen nur hier):

„Es ist auch nicht erkennbar, dass die Karenzzeitenregelungen im Hinblick auf Anwendungsbereich und Dauer durch ein milderes, aber gleich geeignetes Mittel ersetzt werden könnten. Die Sperrfristen sollen die Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers auf personeller Ebene gewährleisten, indem ein "Wissenstransfer" innerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens unterbunden wird. Dazu bedarf es einer gewissen Anzahl von Jahren. Die Dauer der Karenzzeiten von drei und vier Jahren ist nicht unverhältnismäßig lang; sie liegt unterhalb der Dauer einer Regulierungsperiode von fünf Jahren (§ 3 Abs. 2 ARegV).“ (BGH, Beschluss vom 26.01.2016, Az. EnVR 51/14, Rn. 39 (juris))

Unter der Berücksichtigung, dass § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG den für eine Karenzzeit in Betracht kommenden Personenkreis nicht auf bestimmte Führungsebenen beschränkt, gleichzeitig eine feste Karenzzeit nicht von § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG vorgesehen ist, sich aber zugleich – aus naturgegebenen Umständen – ergibt, dass einmal erworbenes Wissen nur durch einen gewissen Zeitablauf und damit ebenjene Karenzzeit „verschwinden“ kann, hält die Beschlusskammer eine Karenzzeit von sechs Monaten (am unteren Ende dieser Auswertung) für einerseits geeignet, andererseits aber auch erforderlich. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich auch der Hinzugezogene zu 4) für eine derartige Karenzzeit ausgesprochen hat und zugleich durch den Vortrag der Hinzugezogenen zu 3) glaubhaft vermittelt wurde, dass die Weitergabe von Wissen zu einem Vertrauensverlust führen würde. Eine kürzere Karenzzeit wäre – wie auch die Übersicht über die ansonsten üblichen (längeren) Karenzzeiten zeigt – nicht geeignet, um den verfolgten Zwecken zu entsprechen. Demgegenüber ist vorliegend allerdings auch die Anordnung einer sechs Monate übersteigenden Karenzzeit – insbesondere auch unter Berücksichtigung der Position [REDACTED] innerhalb der Hierarchie und dem Fokus [REDACTED] Tätigkeit in der Zielfunktion – nicht erforderlich.

Erforderlich ist es dabei allerdings auch, das (zeitweise) Beschäftigungsverbot auf den gesamten Bereich [REDACTED] (nebst Untereinheiten) zu erstrecken. Eine Anordnung, die sich allein auf die Leitung der Untereinheit [REDACTED] beschränkt hätte, wäre nicht gleichsam effektiv zur Einhaltung des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG und zur Erreichung der Ziele des ERegG – insbesondere des § 3 Nr. 2 ERegG – geeignet gewesen. Denn wie bereits die obigen Ausführungen zum Interessenkonflikt zeigen, ist der inhaltliche Rahmen, in dem die Einheit [REDACTED] operiert, als kritisch für den beabsichtigten Personalwechsel zu bewerten.

II.2.2.1.4 Angemessenheit

Die getroffene Anordnung ist auch angemessen. Sie steht nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck.

Dabei hat die Beschlusskammer vorliegend auch berücksichtigt, dass ihre Entscheidung Auswirkungen auf die nach dem Grundgesetz und der Europäischen Grundrechtecharta geschützte berufliche Freiheit [REDACTED] und die unternehmerische Freiheit bzw. möglicherweise auch das Eigentumsrecht der Betroffenen selbst hat bzw. haben könnte.

Mit Blick auf die der Beschlusskammer zur Verfügung stehende Ermächtigungsgrundlage des § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG selbst, welche es der Beschlusskammer im Zusammenspiel mit der Vorgabe des § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG, wonach ein Personalwechsel „*nicht zu Konflikten zwischen den Interessen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreibern von Eisenbahnanlagen führen [darf]*“, erlauben muss, geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahmen zur Verhütung von Interessenkonflikten zu treffen, ergeben sich keine offenkundigen verfassungsrechtlichen bzw. grundfreiheitlichen Bedenken, sodass der entstehende Eingriff gerechtfertigt ist,

vgl. zur energierechtlichen Bestimmung des § 10c Abs. 5, 6 EnWG: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017, Az. VI-3 Kart 10/16 (V), Rn. 87 (juris) unter Rückgriff auf die Grundsatzentscheidung „Karenzzeiten I“ (BGH, Beschluss vom 26.01.2016, Az. EnVR 51/14), gefolgt von BGH, Beschluss vom 12.07.2016, Az. EnVR 52/14.

Daneben ist auch in der konkreten Anwendung des § 67 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 8a Abs. 3 Nr. 3 ERegG auf den hiesigen Fall kein ungerechtfertigter Eingriff in Berufsfreiheit oder unternehmerische Freiheit ersichtlich.

II.2.2.2 Zwangsgeldandrohung

Den Betroffenen wird in Tenorziffer 2 dieses Beschlusses für den Fall, dass sie der Untersagung aus Tenorziffer 1 nicht nachkommt, ein Zwangsgeld in Höhe von 100.000 Euro angedroht.

Verwaltungsakte, die auf Unterlassung gerichtet sind, können gemäß § 6 Abs. 1 VwVG mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn – wie im vorliegenden Fall gemäß § 77a Abs. 1 ERegG geregelt – dem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist.

Als Zwangsmittel kommen grundsätzlich gemäß § 9 VwVG Ersatzvornahme, Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang in Betracht. Das Zwangsgeld ist gemäß § 11 Abs. 2 ERegG (auch) zulässig, wenn der Pflichtige der Verpflichtung zuwiderhandelt, eine Handlung zu unterlassen.

Die Notwendigkeit der schriftlichen Androhung von Zwangsmitteln folgt aus § 13 Abs. 1 Satz 1 VwVG. Sie bezieht sich auf ein bestimmtes Zwangsmittel im Sinne des § 13 Abs. 3 Satz 1

VwVG, nämlich das Zwangsgeld. Es betrifft vorliegend den Fall, dass die Betroffene entgegen Untersagung aus Tenorziffer 1, [REDACTED] – wie aus dem Tenor ersichtlich – beschäftigt. Die Androhung eines Zwangsmittels soll mit dem Verwaltungsakt verbunden werden, wenn der sofortige Vollzug angeordnet ist oder – wie hier – den Rechtsmitteln keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist, § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVG. Einer Fristsetzung im Sinne des § 13 Abs. 1 Satz 2 VwVG bedurfte es aufgrund der Unterlassungsanordnung vorliegen nicht,

vgl. BeckOK VwVfG/Deusch/Burr, 60. Ed. 1.4.2022, VwVG, § 13, Rn. 10 (beck-online)

Der Betrag des Zwangsgeldes wird gemäß § 13 Abs. 5 VwVG in bestimmter Höhe angedroht.

Die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes ist auch angemessen. Gemäß § 67 Abs. 1 Satz 2 ERegG kann die Bundesnetzagentur im Fall der Vollstreckung ihrer Anordnungen abweichend von § 11 Abs. 3 VwVG ein Zwangsgeld von bis zu 500.000 Euro festsetzen. Das angedrohte Zwangsgeld bewegt sich unterhalb dieser Höchstgrenze. Die Höhe des Zwangsgeldes orientiert sich insbesondere an der Bedeutung, die der angekündigte Personalwechsel aufgrund des bestehenden Interessenkonflikts für im Wettbewerb mit der Betroffenen stehende EVU hat. Die Wahrung der Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten stellt gemäß § 3 Nr. 2 ERegG ein grundsätzlich bedeutsames Ziel zur Wahrung eines diskriminierungsfreien Eisenbahnmarktes dar. Die getroffene Zwangsgeldhöhe ist geeignet, diesem Interesse hinreichend Rechnung zu tragen.

II.2.3 Hinweis

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass sie unverzüglich seitens der Betroffenen unter Nennung der (interimsweisen) Zielfunktion sowie Übermittlung der Funktionsbeschreibung der Zielfunktion und der Prüfunterlage zur Prüfung von Interessenkonflikten unterrichtet wird, sofern diese beabsichtigt, [REDACTED] für die Dauer der Karenzzeit in einer anderen Organisationseinheit innerhalb ihres Unternehmens zu beschäftigen.

Die Betroffene hat die Beschlusskammer darüber informiert, dass [REDACTED] keine fortbestehende arbeitsvertragliche oder anderweitige vertragliche Bindung an Betreiber von Eisenbahnanlagen habe. Es ist daher nicht zu besorgen, dass [REDACTED] für die Dauer des angeordneten Beschäftigungsverbots in der Organisationseinheit „Angebotsmanagement“ weiterhin in einer wesentlichen Funktion des Betreibers der Schienenwege arbeiten könnte. Daher hat sich die Beschlusskammer in der Entscheidung darauf beschränkt, das Beschäftigungsverbot für den Zeitraum nach Abschluss der Beschäftigung beim Betreiber der Schienenwege anzuordnen. Sollte [REDACTED] dennoch zukünftig in einer wesentlichen Funktion des Betreibers der Schienenwege tätig werden, wäre vor einem erneuten Wechsel zu einem Eisenbahnverkehrsunternehmen erneut eine Prüfung auf mögliche Interessenkonflikte durchzuführen.

Gebührenhinweis

Gemäß § 69 ERegG erhebt die Regulierungsbehörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen. Die Gebühren werden gemäß der am 15.05.2021 in Kraft getretenen Besonderen Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen der Bundesnetzagentur im Bereich der Eisenbahnregulierung (EReg-BGebV) festgesetzt. Sollten für diesen Beschluss Gebühren oder Auslagen anfallen, erfolgt deren Geltendmachung gemäß § 77

Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ERegG in einem gesonderten Bescheid. Rückfragen im Zusammenhang mit einer möglichen Gebührenerhebung können per E-Mail an das Postfach GebuehrenEisenbahn@BNetzA.de gerichtet werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz 1, 50667 Köln erhoben werden.

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Kirchhartz

Dr. Leupold