

V ZER 02/11

PA 2284/12

Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH
Gallusstraße 48
6900 Bregenz

per RSb

B E S C H E I D

Aufgrund des Antrages der Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH vom 15.12.2011 auf Zertifizierung als Übertragungsnetzbetreiber im Sinne des § 24 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I Nr 110/2010, ergeht gemäß § 7 Abs 1 Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl I Nr 110/2010 idF BGBl I Nr 107/2011 iVm § 34 EIWOG 2010 nachstehender

I. Spruch

- I. Es wird festgestellt, dass die Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH die Voraussetzungen des § 24 EIWOG 2010 unter der Maßgabe der Spruchpunkte II. und III. erfüllt und somit als eigentumsrechtlich entflochtener Übertragungsnetzbetreiber gem § 34 Abs 1 Z 1 EIWOG 2010 zertifiziert wird.
- II. Die Zertifizierung wird unter nachfolgenden auflösenden Bedingungen erteilt:
 - a. Die Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH steht spätestens ab 31.7.2012 nicht (mittelbar) unter der Kontrolle eines Unternehmens, das die Funktionen Erzeugung oder Versorgung wahrnimmt und die Mehrheit ihrer Geschäftsanteile wird auch nicht (mittelbar) von Unternehmen in den genannten Bereichen gehalten.
 - b. Die Mitglieder des vertretungsbefugten Organs der Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH sind spätestens ab 31.7.2012 nicht gleichzeitig Mitglieder von vertretungsbefugten Organen von Unternehmen, die die

Funktionen Erzeugung oder Versorgung wahrnehmen sowie von Unternehmen, die von Unternehmen in den genannten Bereichen (mittelbar) kontrolliert werden.

- c. Die in den Spruchpunkten II.a. und II.b. vorgesehenen Zeitpunkte können in Ausnahmefällen um sechs Monate überschritten werden, wenn die Regulierungsbehörde entscheidet, dass die Verzögerung auf Umstände zurückzuführen ist, auf die die Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH keinen Einfluss hat.
- III. Der Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH wird die Auflage erteilt, die Bedingungen spätestens zu den in den Spruchpunkten II.a. und II.b. festgelegten Zeitpunkten (Kalenderdatum, Eintreten eines Ereignisses) unverzüglich nachzuweisen, es sei denn, die Regulierungsbehörde trifft eine anderslautende Entscheidung gemäß Spruchpunkt II.c.
- IV. Die von den Feststellungen abweichenden Anträge werden abgewiesen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Die Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH (nachfolgend: „VÜN“) hat am 15.12.2011 den Antrag auf Zertifizierung als Übertragungsnetzbetreiber im Sinne des § 24 EIWOG 2010 eingereicht.

Diesem Antrag sind im Vorfeld zahlreiche Gespräche auf Expertenebene zum gemeinsamen Verständnis vorausgegangen.

Die Regulierungsbehörde hat gem § 34 Abs 4 EIWOG 2010 iVm § 21 Abs 5 E-ControlG binnen vier Monaten einen begründeten Entscheidungsentwurf ab Einleitung des Verfahrens bzw ab Vorliegen der vollständigen Unterlagen an die Europäische Kommission zu übermitteln. Die Europäische Kommission prüft den Entscheidungsentwurf und übermittelt binnen zwei Monaten eine Stellungnahme an die Regulierungsbehörde; wird die Agentur iSd § 7 Abs 1 Z 1 EIWOG 2010 beigezogen, verlängert sich diese Frist um weitere zwei Monate (Art 3 Abs 1 VO (EG) 714/2009).

Erfolgt eine Stellungnahme der Europäischen Kommission, ist diese von der Regulierungsbehörde so weit wie möglich zu berücksichtigen und eine allfällige Abweichung von der Stellungnahme der Europäischen Kommission zu begründen [Art 3 Abs 2 VO (EG) 714/2009, § 34 Abs 4 EIWOG 2010].

Der Entscheidungsentwurf wurde am 3. 2. 2012 an die Europäische Kommission übermittelt. Die Europäische Kommission hat am 29. 3. 2012 eine Stellungnahme nach Art 3 Abs 1 VO

(EG) 714/2009 und Art 10 Abs 6 RL 2009/72/EG abgegeben. Die Regulierungsbehörde hat der Antragstellerin die Stellungnahme der Europäischen Kommission am 4.4.2012 zur Stellungnahme übermittelt. Am 20. 4. 2012 langte ein Schreiben der Antragstellerin ein, in dem auf die vorgebrachten Punkte der Europäischen Kommission ausführlich eingegangen wird und zusätzliche Maßnahmen angekündigt werden, um den Bedenken der Europäischen Kommission Rechnung zu tragen. Abschließend wurden mit Schreiben von 22.5.2012 und 24. 5. 2012 Nachweise für die Umsetzung dieser Maßnahmen nachgereicht.

B. Ausführungen der Antragstellerin und rechtliche Beurteilung

Die folgenden Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf dem schriftlichen Vorbringen der Antragstellerin, dem offenen Firmenbuch bzw sind amtsbekannt.

1. Übertragungsnetzbetreiber

Gem § 34 Abs 3 Z 1 EIWOG 2010 ist ein Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet, einen Antrag auf Zertifizierung unverzüglich zu stellen, sofern der Übertragungsnetzbetreiber noch nicht zertifiziert ist. Übertragungsnetzbetreiber haben den Entflechtungsbestimmungen des von ihnen gewählten Entflechtungsmodells der §§ 24 bis 36 EIWOG 2010 bis 3. 3. 2012 nachzukommen.

Nach § 7 Abs 1 Z 68 EIWOG 2010 ist Übertragung der *„Transport von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz zum Zwecke der Belieferung von Endkunden oder Verteilern, jedoch mit Ausnahme der Versorgung“*. Ein Übertragungsnetz ist gem § 7 Abs 1 Z 69 EIWOG 2010 *„ein Hochspannungsverbundnetz mit einer Spannungshöhe von 110 kV und darüber, das dem überregionalen Transport von elektrischer Energie dient“*. Nach § 7 Abs 1 Z 70 EIWOG 2010 ist ein Übertragungsnetzbetreiber *„eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die verantwortlich für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes und gegebenenfalls die Verbindungsleitungen zu anderen Netzen sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, eine angemessene Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen, ist; Übertragungsnetzbetreiber sind die Verbund-Austrian Power Grid AG, die TIWAG-Netz AG und die VKW-Übertragungsnetz AG“*.

„VKW-Übertragungsnetz AG“ wurde im Jahr 2005 in die „VKW-Netz AG“ umfirmiert und am 7.12.2011 als „Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH“ im Firmenbuch eingetragen. Unternehmensgegenstand ist die Vornahme aller Geschäfte und die Veranlassung aller Maßnahmen, die einem Regelzonenführer und Übertragungsnetzbetreiber auf Basis der elektrizitätswirtschaftlichen Rahmenbedingungen obliegen. Die Antragstellerin betreibt ein Übertragungsnetz mit einer Spannung von 220 kV, das dem überregionalen Transport von elektrischer Energie dient, sie ist verantwortlich für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, eine angemessene Nachfrage zu befriedigen. Darüber hinaus ist die Antragstellerin verpflichtet, die in § 40 EIWOG 2010 aufgestellten Grundsätze einzuhalten.

Die Antragstellerin führt dazu aus, dass der Betrieb des Übertragungsnetzes einerseits durch eigenes Personal der VÜN, andererseits durch Bezug von Dienstleistungen und durch eine Kooperation mit Austrian Power Grid AG erfolgt. Diese Kooperation im Übertragungsnetzbetrieb hängt eng mit der Zusammenfassung von Regelzonen in Form eines gemeinsamen Betriebs durch einen Regelzonenführer gemäß § 23 EIWOG 2010 zusammen. Aufgrund der Funktion von Austrian Power Grid AG als Regelzonenführer der zusammengefassten Regelzone ist im Sinne eines effizienten und sicheren Netzbetriebs auch beim Betrieb des Übertragungsnetzes eine enge Zusammenarbeit mit Austrian Power Grid AG betrieblich notwendig und wirtschaftlich sinnvoll. Im Sinne eines effizienten und optimierten Übertragungsnetzbetriebs wird Austrian Power Grid AG in Betriebsführungsangelegenheiten gegenüber ausländischen Übertragungsnetzbetreibern als Ansprech- und Koordinationspartner für das gesamte österreichweite Übertragungsnetz auftreten und dabei auch das Übertragungsnetz VÜN vertreten. Dadurch ergibt sich auch für die ausländischen Übertragungsnetzbetreiber eine Optimierung durch die Reduktion der Ansprechpartner und des Koordinierungsbedarfs. Grundsätzliches Ziel dieser Zusammenarbeit ist ein wirtschaftlicher und betrieblich optimierter Netzbetrieb. Dazu werden so weit als möglich und sinnvoll die Einrichtungen, Systeme und Prozesse der Austrian Power Grid AG auch für das Übertragungsnetz VÜN mitgenutzt. Dies umfasst insbesondere die Betriebsplanung, die Schaltkoordination, die Schaltabwicklung, die Frequenz-Leistungsregelung, die Spannungshaltung, die Lastflusssteuerung und die Blindleistungssteuerung.

Rechtlich folgt daraus: Da gem § 23 Abs 1 letzter Satz EIWOG 2010 „die Zusammenfassung von Regelzonen in Form eines gemeinsamen Betriebs durch einen Regelzonenführer“ explizit zulässig ist, werden dem Regelzonenführer auch die Pflichten gem § 23 Abs 2 EIWOG 2010 auferlegt. Für den Betrieb gemäß § 7 Abs 1 Z 70 EIWOG 2010 sowie für die Erfüllung der Pflichten eines Übertragungsnetzbetreibers gemäß § 40 EIWOG 2010 ist jedoch jedenfalls alleine VÜN verantwortlich. Dies ist im Kooperationsvertrag zwischen VÜN und Austrian Power Grid AG ausdrücklich vereinbart (vgl Punkt 4.2. Absatz 2 des Kooperationsvertrages; Beilage ./9; soweit nicht anders angeführt, sind alle in weiterer Folge zitierten Beilagen, Beilagen zum Antrag). Die Zusammenarbeit erfolgt somit zivilrechtlich für den Übertragungsnetzbetrieb über eine Bevollmächtigung und Beauftragung: VÜN bevollmächtigt und beauftragt die Austrian Power Grid AG, die Betriebsführung des Übertragungsnetzes im Namen und auf Verantwortung von VÜN wahrzunehmen und VÜN gegenüber Dritten und in internationalen Organisationen und Gremien zu vertreten. Durch die Zusammenfassung der Regelzonen ergeben sich in Verbindung mit der Kooperation beim Betrieb des Übertragungsnetzes Vorteile im Hinblick auf einen weiterhin sicheren und effizienten Netzbetrieb. Diese umfassen z.B. die effizientere Nutzung von Regelreserven oder eine verstärkte Koordination beim Netzausbau. Außerdem ergeben sich durch den gemeinsamen Betrieb der Regelzonen auch Vorteile für die Stromhändler und Stromkunden und insgesamt wird dadurch die Marktintegration erleichtert: Regelzonenüberschreitendes Fahrplanmanagement innerhalb Österreichs ist damit nicht mehr erforderlich, für Handelsgeschäfte und die Endkundenversorgung in den zusammengefassten Regelzonen ist nur eine Bilanzgruppe erforderlich und es gibt einen einheitlichen Regelenenergiemarkt

(Anbieter) und einheitliche Bedingungen für Clearing und Ausgleichsenergiebepreisung. Weiters können Synergiepotenziale genutzt werden, die den Netzkunden zugute kommen.

Die VÜN ist daher gem § 7 Abs 1 Z 70 EIWOG 2010 als Übertragungsnetzbetreiber zu qualifizieren und hat daher einen Antrag auf Zertifizierung iSd § 34 Abs 3 Z 1 EIWOG 2010 zu stellen.

2. Kontrolle und Konzernstruktur

a. Allgemeines

Da von VÜN eine Zertifizierung gemäß § 24 EIWOG 2010 beantragt wird, muss der Übertragungsnetzbetreiber nach den Grundsätzen der eigentumsrechtlichen Entflechtung aus dem Konzern ausgegliedert werden: Ein Unternehmen in den Bereichen Erzeugung oder Versorgung des vertikal integrierten Unternehmens (VIU) darf dabei weder direkte noch indirekte Kontrolle oder Rechte über den ausgegliederten Übertragungsnetzbetreiber ausüben. Genau so wenig darf ein Übertragungsnetzbetreiber direkt oder indirekt kontrollierend über ein Unternehmen in den vorgenannten Bereichen tätig sein (§ 24 Abs 2 EIWOG 2010). Unter „Kontrolle“ sind Rechte, Verträge oder andere Mittel zu verstehen, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben (§ 7 Abs 1 Z 34 EIWOG 2010, vgl auch Art 3 Abs 3 FKVO).

b. Beteiligung, Stimmrechte

Gesetzwidrig sind daher Mehrheitsbeteiligungen zB des Versorgungsunternehmens am Übertragungsnetzbetreiber (§ 24 Abs 3 Z 3 EIWOG 2010). Weiters sind die Ausübung von Stimmrechten (Z 1) und die Nominierung von Mitgliedern des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe durch Personen, die zB die Versorgungsgesellschaft kontrolliert (Z 2), unzulässig. Eine Minderheitsbeteiligung ist allerdings weiterhin möglich, sofern damit keine (Stimm-)Rechte verbunden sind; dh reine Finanzbeteiligungen sind zulässig.

VÜN wurde von der Vorarlberger Energienetze GmbH mit Errichtungserklärung vom 5. 12. 2011 errichtet. Vorarlberger Energienetze GmbH ist zum Zeitpunkt der Einbringung des Zertifizierungsantrages Alleingesellschafterin der VÜN. Vorarlberger Energienetze GmbH ist als Verteilernetzbetreiber Teil des VIU Vorarlberger Illwerke AG bzw Vorarlberger Kraftwerke AG (§ 7 Abs 1 Z 78 EIWOG 2010). Nach Vorliegen des Jahresabschlusses wird ein Mehrheitsanteil von 51 % an VÜN auf das Land Vorarlberg übertragen. Ein Minderheitsanteil von 49 % wird bei Vorarlberger Energienetze GmbH verbleiben, wobei mit diesem Minderheitsanteil keine Rechte ausgeübt werden. Insbesondere wird mit diesem Minderheitsanteil nicht die Befugnis verbunden sein, Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe von VÜN zu bestellen. Gem § 39 Abs 2 GmbHG steht allerdings jedem Gesellschafter zumindest eine Stimme zu. Vorarlberger Energienetze GmbH wird daher als Minderheitsgesellschafter über eine einzelne Stimme bei VÜN verfügen, das Land Vorarlberg wird dagegen nach der Übertragung der Mehrheitsanteile über 3.499 Stimmen bei VÜN verfügen. Allerdings hat Vorarlberger

Energienetze GmbH auch mit diesem ein Stimmrecht keine (negative) Kontrolle. Es ist darauf hinzuweisen, dass alleinige Kontrolle nicht nur vorliegt, wenn ein Unternehmen die Stimmrechtsmehrheit an einem anderen Unternehmen hält, sondern auch dann, wenn ein einzelner Gesellschafter Entscheidungen durch ein Veto verhindern kann („negative alleinige Kontrolle“; vgl OGH 21. 1. 2008, 16 Ok 7/07 sowie Konsolidierte Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen gem VO 139/2004, Rz 54).

Es wird im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart, dass für keine Beschlüsse bei VÜN eine Einstimmigkeit notwendig ist. Daher hat Vorarlberger Energienetze GmbH mit der einen Stimme auch kein „Veto-Recht“ bzw eine negative Kontrolle oder sonstige bestimmende Einflussmöglichkeiten iSd § 7 Abs 1 Z 34 EIWOG 201, Art 3 Abs 3 FKVO. Die Europäische Kommission fordert in ihrer Stellungnahme vom 29. 3. 2012 die Einführung von Maßnahmen, die gewährleisten, dass das verbleibende Stimmrecht der Vorarlberger Energienetze GmbH weder unmittelbar noch mittelbar ausgeübt werden kann. Die nun in Aussicht genommene Bestimmung im Gesellschaftsvertrag der VÜN, wonach keine Einstimmigkeitsbeschlüsse notwendig sind, wird jegliche Form von Kontrolle der Vorarlberger Energienetze GmbH an Entscheidungen der VÜN ausschließen. Da der Gesellschaftsvertrag jedoch erst nach Erlassung dieser Entscheidung unterfertigt wird, ist die Vorschreibung einer Bedingung notwendig (vgl Spruchpunkt II.a. sowie unten Kapitel IV.a.).

c. Vertretungsbefugte Organe

VÜN hat zwei kollektiv vertretungsbefugte Geschäftsführer; dies sind derzeit Dipl.-Ing. Werner Neyer und Dipl.-Ing. Johannes Türtscher. Diese beiden Geschäftsführer sind auch vertretungsbefugte Organe bei Teilen des VIU – nämlich bei Vorarlberger Energienetze GmbH.

Identität der Organe des eigentumsrechtlich entflochtenen Übertragungsnetzbetreibers und Teilen des VIU (in diesem Fall des Verteilernetzbetreibers) ist unzulässig, da weder de iure noch de facto ein bestimmender Einfluss über die Bereiche Erzeugung und Versorgung sowie Übertragungsnetzbetrieb vorhanden sein darf (vgl dazu neben § 7 Abs 1 Z 34 iVm Z 78, § 24 Abs 2, Abs 3, Abs 7 EIWOG 2010 auch insb Art 3 Abs 3 FKVO). Da die beiden vertretungsbefugten Organe jedoch in einem Teil des VIU installiert sind, ist de facto Kontrolle durch die Erzeugungs- und Versorgungsunternehmen mittels Verteilernetzbetreiber nicht auszuschließen, sind doch die Organe der Vorarlberger Energienetze GmbH den Mutterunternehmen weisungsunterworfen.

Deshalb wird nach Übertragung der Mehrheitsanteile auf das Land Vorarlberg die Geschäftsführung neu bestellt werden. Bei der Bestellung muss sichergestellt sein, dass keine Personenidentität zwischen der neuen Geschäftsführung von VÜN einerseits und den Mitgliedern der zur gesetzlichen Vertretung befugten Organe des VIU (Vorarlberger Illwerke AG, die Vorarlberger Kraftwerke AG und die Vorarlberger Energienetze GmbH) andererseits besteht.

Da derzeit noch Organidentität zwischen der Geschäftsführung von VÜN und den Mitgliedern der zur gesetzlichen Vertretung befugten Organe des VIU besteht, war die Vorschreibung einer Bedingung notwendig (vgl Spruchpunkt II.b. sowie unten Kapitel IV.a.).

d. Öffentlich-rechtliche Stelle

Handelt es sich bei einem Gesellschafter des Übertragungsnetzbetreibers um eine „öffentlich-rechtliche Stelle“, so gelten gem § 24 Abs 5 EIWOG 2010 zwei voneinander getrennte öffentlich-rechtliche Stellen, die einerseits die Kontrolle über einen Übertragungsnetzbetreiber und andererseits über ein Unternehmen, das eine der Funktionen Erzeugung oder Versorgung wahrnimmt, ausüben, nicht als ein und dieselbe Person iSd § 24 Abs 2 EIWOG 2010.

Die Antragstellerin führt aus, dass Vorarlberger Energienetze GmbH zwar zum Zeitpunkt der Einbringung des Zertifizierungsantrages Alleingesellschafterin der VÜN ist, jedoch wird ein Mehrheitsanteil von 51 % an VÜN auf das Land Vorarlberg übertragen, ein Minderheitsanteil von 49 % wird bei Vorarlberger Energienetze GmbH verbleiben.

Das Land Vorarlberg ist auch gleichzeitig zu 100 % Eigentümer der Vorarlberger Illwerke AG und mittelbar der Vorarlberger Kraftwerke AG, also von Erzeugern und Versorgern.

Rechtlich folgt daraus: Das Land Vorarlberg ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts und daher eine öffentlich-rechtliche Stelle iSd § 24 Abs 5 EIWOG 2010. Die rechtliche Grundlage für eine Zuweisung von Geschäften auf die einzelnen Mitglieder der Vorarlberger Landesregierung bildet Art 50 der Vorarlberger Landesverfassung (LGBl. 9/1999 idF. LGBl. 34/2009). Danach sind die Geschäfte der Landesverwaltung in einer Geschäftsordnung auf die einzelnen Mitglieder der Landesregierung aufzuteilen. Basierend auf dieser verfassungsrechtlichen Grundlage weist die Verordnung der Landesregierung über die Aufteilung ihrer Geschäfte auf die Regierungsmitglieder (im Folgenden „Geschäftsverteilung“; vgl Beilage .3) einzelne Agenden ausdrücklich den einzelnen Mitgliedern der Landesregierung zur unabhängigen Wahrnehmung zu. Die Geschäftsverteilung knüpft dabei an die Geschäftseinteilung des Amtes der Landesregierung an (im Folgenden „Geschäftseinteilung“; vgl Beilage .4).

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Einsetzung einer „öffentlich-rechtlichen Stelle“ ist, dass die Zuständigkeiten der relevanten Mitglieder der Landesregierung (nämlich einerseits das für die Bereiche Erzeugung und Versorgung sowie andererseits das für den Übertragungsnetzbetrieb zuständige Mitglied) zu einer Qualifikation als „wirklich getrennte öffentlich-rechtlich Stellen“ führen müssen.

Die Geschäftsverteilung (Beilage .3) sieht in § 3 Abs 1 lit b vor, dass Landesstatthalter Mag. Karl-Heinz Rüdissler für die Angelegenheiten des Übertragungsnetzbetreibers zuständig ist. Auf der anderen Seite sieht die Geschäftsverteilung vor, dass Landeshauptmann Mag. Markus Wallner für die Vermögensverwaltung zuständig ist, soweit nicht Mag. Karl-Heinz Rüdissler zuständig ist (§ 3 Abs 1 lit b); gemeint sind somit die anderen Teile des VIU, also die Vorarlberger Illwerke AG, die Vorarlberger Kraftwerke AG und die Vorarlberger Energienetze GmbH (§ 2 Abs 1 lit f). Außerdem sieht die der Zuweisung zugrunde liegende Geschäftseinteilung ausdrücklich vor, dass die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Übertragungsnetzbetreibers unter der Berücksichtigung erfolgt, dass mit *„der Beteiligung an der Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH keine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die laufenden Geschäfte und die Netzverwaltung und in Bezug auf die notwendigen Tätigkeiten zur Aufstellung des Netzentwicklungsplans gemäß § 37 EIWOG 2010 verbunden ist“*.

Weiters schreibt die Geschäftseinteilung ausdrücklich vor, „*dass wirtschaftlich sensible Informationen gemäß § 11 EIWOG 2010, vertraulich zu behandeln sind.*“ (vgl dazu das Amtsblatt Vorarlberg, Samstag, 10. 12. 2011, Jahrgang 66/Nr. 49, Seite 4, Beilage ./4)

Dadurch wird sicher gestellt, dass die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Übertragungsnetzbetreibers von der Wahrnehmung der Angelegenheiten der Erzeugung und Versorgung getrennt erfolgt. Außerdem ist durch den Zusatz in der Geschäftseinteilung klargestellt, dass mit der Beteiligung an VÜN keine Einflussmöglichkeit auf das laufende Tagesgeschäft gegeben ist und dass wirtschaftlich sensible Information gem § 11 EIWOG 2010 vertraulich behandelt werden. Diese rechtliche Verankerung der Aufteilung der Geschäfte, verbunden mit der Einschränkung, dass damit in das Tagesgeschäft nicht eingegriffen werden kann, sowie die Vertraulichkeitsverpflichtung garantieren eine ausreichende Trennung zwischen den beiden Mitgliedern der Landesregierung. Darüber hinaus sind die Mitglieder der Landesregierung bei der Ausübung ihrer Kompetenzen unabhängig: die Geschäfte der Landesregierung sind nämlich durch das zuständige Mitglied der Landesregierung zu besorgen, sofern nicht ausdrücklich eine kollegiale Beschlussfassung vorgesehen ist (§ 17 Verordnung der Landesregierung über die Geschäftsordnung der Landesregierung; Beilage ./5). Der von der Europäischen Kommission aufgegriffene Sachverhalt, dass für Ausgaben, soweit sie im Einzelfall den Betrag von EUR 25.000,-- überschreiten und eine gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung hierzu nicht besteht, eine Bewilligung durch kollegiale Beschlussfassung erforderlich ist, findet sich in § 3 der Geschäftsordnung iVm der Anlage zur Geschäftsordnung (Beilage ./5). Um in allen die VÜN betreffenden Fällen eine unabhängige und uneingeschränkte Entscheidungsbefugnis des relevanten Mitglieds der Landesregierung zu gewährleisten, wurde nun als § 3 Abs 4 der Geschäftsordnung folgende Bestimmung aufgenommen: „Abweichend von Abs. 1 sind sämtliche Geschäfte betreffend die Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH nicht der kollegialen Beschlussfassung durch die Landesregierung vorbehalten“ (Beilage ./2 zum Schreiben vom 24.5. 2012). Dadurch wird gewährleistet, dass bei Beschlüssen die VÜN betreffend eine unabhängige und uneingeschränkte Entscheidungsbefugnis sichergestellt ist.

Selbst bei kollegialer Beschlussfassung hat der Landeshauptmann in den Angelegenheiten der Landesverwaltung keine Weisungsbefugnis gegenüber den Landesräten, er führt gemäß Art 42 der Landesverfassung lediglich „*in den Sitzungen der Landesregierung den Vorsitz*“ (als Vorsitzender muss er bspw. die Niederschrift über die Sitzungen unterzeichnen und er hat gewisse Kompetenzen im Zusammenhang mit der Tagesordnung). Darüber hinaus hat der Landeshauptmann aber in den Angelegenheiten der Landesverwaltung kein Weisungsrecht gegenüber den Landesräten. In der Wahrnehmung der Europäischen Kommission ist die Weisungsfreiheit nicht ausreichend deutlich als Regel festgelegt. Außerdem stellt sie fest, dass die Entscheidungsbefugnis einzelner Landesräte durch das Erfordernis kollegialer Beschlussfassung in bestimmten Situationen eingeschränkt zu sein scheint. Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG idF BGBl. Nr. I 12/2012) sieht in Art 101 Abs 1 vor, dass die Vollziehung von einer vom Landtag zu wählende Landesregierung ausgeübt wird. § 3 Abs 1 Bundesverfassungsgesetz betreffend die Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierung außer Wien (idF BGBl. Nr. I 2/2008) bestimmt, dass „*die Abteilungen des Amtes der*

Landesregierung [...] die ihnen nach der Geschäftseinteilung zukommenden Geschäfte, soweit es sich um solche des selbständigen Wirkungsbereiches des Landes handelt, nach den näheren Bestimmungen der Landesverfassung unter der Leitung der Landesregierung oder einzelner Mitglieder derselben [besorgen].“ Daraus ergibt sich, dass durch Landesverfassungen im selbständigen Vollzugsbereich des Landes ein monokratisches System eingerichtet werden kann. In Ländern deren Landesverfassung ein solches System vorsieht, ist der genaue Wirkungsbereich der einzelnen Mitglieder der Landesregierung in der Geschäftsordnung zu bestimmen (Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹, Manz 2000, 349f). Der zuständige Landesrat ist in den ihm so zur selbständigen Erledigung zugeordneten Angelegenheiten somit oberstes Organ. Als oberstes Organ ist der Landesrat in diesen Angelegenheiten notwendigerweise weisungsfrei; er trifft im eigenen Namen und selbstverantwortlich die endgültigen Entscheidungen. Der Landeshauptmann ist, wie oben ausgeführt, gemäß Art 42 der Vorarlberger Landesverfassung nur für die Vorsitzführung zuständig, was eine gewisse Koordinations- aber keine Weisungsbefugnis umfasst.

Um auszuschließen, dass im Vertretungsfall Entscheidungen betreffend die Unternehmen Vorarlberger Illwerke AG, Vorarlberger Kraftwerke AG sowie Vorarlberger Energienetze GmbH auf der einen Seite und VÜN auf der anderen Seite nicht von zwei Landesräten getroffen werden, sondern vielmehr eine einheitliche Kontrolle im Sinne des § 24 Abs 2 EIWOG 2010 vorliegt, wurde die Vertretungsregel in § 2 Abs. 2 lit a der Geschäftsverteilung dahingehen geändert, dass die Vertretung im Bereich der Vermögensverwaltung (Abteilung IIIb) nicht mehr von Mag. Karl-Heinz Rüdissler wahrgenommen wird. Zusammenfassend ist dadurch die voneinander getrennte Beteiligungsverwaltung für die Erzeugung und Versorgung zuständigen Unternehmen einerseits und der VÜN andererseits durch die beiden Mitgliedern der Landesregierung, LH Mag. Markus Wallner bzw. LR Mag. Karl-Heinz Rüdissler gesichert. Weder die Vorarlberger Landesverfassung noch die Geschäftsordnung sehen vor, dass die Mitglieder der Landesregierung bei der Ausübung der ihnen zugewiesenen Kompetenzen an Weisungen gebunden sind. Die beiden Mitglieder der Landesregierung sind daher bei der Verwaltung der Beteiligungen jedenfalls weisungsfrei und unabhängig.

Als zusätzlicher Aspekt wurde von der Europäischen Kommission die notwendige Trennung des Bereiches Übertragung von der Erzeugung und Versorgung auch auf Ebene der zuständigen Verwaltungseinheiten aufgebracht. Das Land Vorarlberg müsse wirksame Maßnahmen treffen, um eine unzulässige Koordinierung, diskriminierendes Verhalten und eine Verbreitung vertraulicher Informationen auch auf der Ebene der Mitarbeiter der Verwaltung zu verhindern. Die Geschäftseinteilung des Amtes der Landesregierung wurde insofern geändert, als die Beteiligungsverwaltung der VÜN von der Abteilung IIIb auf die Abteilung VIa übertragen wird (Geschäftseinteilung des Amtes der Landesregierung; Beilage 1 zum Schreiben vom 24. 5. 2012). Damit werden zwei unterschiedliche Personenkreise geschaffen, die sich mit den beiden Unternehmen befassen. Zusätzlich erlaubt das EDV-System des Landes Vorarlberg, VOKIS, nur Mitarbeitern der jeweiligen Abteilung Zugriff auf Daten dieser Abteilung, was einen Schutz vor Verbreitung oder diskriminierender Nutzung vertraulicher Informationen gewährleistet.

3. Zivilrechtliches Eigentum und Ausstattung

Der eigentumsrechtlich entflochtene Übertragungsnetzbetreiber muss Eigentümer des Übertragungsnetzes sein (§ 24 Abs 1 EIWOG 2010). Darunter ist das zivilrechtliche Eigentum zu verstehen (vgl Erläuternde Bemerkungen zu § 24 Abs 1 bis 3 EIWOG 2010).

VÜN wird mit Abschluss des Einbringungsvertrages zivilrechtliche Eigentümerin des Übertragungsnetzes. Die Netzvermögenswerte des Übertragungsnetzes werden auf die antragstellende VÜN im Wege einer Einbringung übertragen, die gem § 112 EIWOG 2010 mit einer Gesamtrechtsnachfolge verbunden ist.

Wirtschaftlicher Stichtag für diese Einbringung ist der 31. Dezember 2011. Der endgültige Einbringungsvertrag, mit welchem die zivilrechtliche Eigentumsübertragung erfolgt, wird erst nach Vorliegen der Bilanz per 31. Dezember 2011 unterfertigt. Es wurde aber bereits ein Rahmenvertrag zwischen Vorarlberger Kraftwerke AG, Vorarlberger Energienetze GmbH und VÜN unterzeichnet, welcher vorsieht, dass der Einbringungsvertrag zwischen der Vorarlberger Kraftwerke AG und VÜN bis spätestens 30. April 2012 abzuschließen ist. Außerdem sieht dieser Rahmenvertrag vor, dass VÜN ab dem 1. Jänner 2012 bis zum Abschluss des endgültigen Einbringungsvertrages berechtigt ist, das eingebrachte Vermögen uneingeschränkt zu nutzen und wie ein Eigentümer darüber zu verfügen (vgl dazu Beilage .8; Rahmenvertrag vom 14. 12. 2011).

Der Einbringungsvertrag zwischen der Vorarlberger Energienetze GmbH als einbringende Gesellschaft und VÜN als übernehmende Gesellschaft wurden am 22. 5. 2012 von der Antragstellerin nachgereicht. Mit diesem Vertrag werden das gesamte Übertragungsnetz der einbringenden Gesellschaft, alle damit zusammenhängenden Verträge sowie sämtliche übrigen Rechtsverhältnisse betreffend das Vorarlberger Übertragungsnetz von der Vorarlberger Energienetze GmbH in VÜN eingebracht. VÜN ist damit zivilrechtliche Eigentümerin des gesamten Vorarlberger Übertragungsnetzes.

Die Antragstellerin führt weiters aus, dass VÜN neben dem zivilrechtlichen Eigentum am Übertragungsnetz über Geschäftsräumlichkeiten in der Gallusstraße 48, 6900 Bregenz verfügt. Die Ausstattung von VÜN mit eigenen personellen und materiellen Ressourcen gewährleistet unter Berücksichtigung des Bezugs von Dienstleistungen sowie Kooperationen einen sicheren und effizienten Betrieb des Übertragungsnetzes. VÜN verfügt über die für den Betrieb erforderlichen Mitarbeiter: Voraussichtlich werden zwei Techniker für VÜN arbeiten. Diese werden einerseits für die Koordination der Wartung und Instandhaltung sowie für die Netzentwicklungs- und Netzausbauplanung zuständig sein. Andererseits werden diese Techniker für den technischen Betrieb sowie die in diesem Zusammenhang zu beschaffenden Dienstleistungen zuständig sein (Definition der Dienstleistungen, Abschluss der Dienstleistungsverträge, Monitoring der Dienstleistungen, etc.). Außerdem wird ein kaufmännischer Mitarbeiter für die kaufmännischen Tätigkeiten verantwortlich sein. Daneben wird ein weiterer Mitarbeiter für sämtliche juristischen Fragestellungen zuständig sein. Schließlich wird eine Bürokräft diese Mitarbeiter in einem Sekretariat unterstützen. Durch

diese personelle Ausstattung ist gewährleistet, dass für sämtliche Themen kompetente Ansprechpersonen im Unternehmen vorhanden sind.

Gewisse technische sowie kaufmännische/administrative Dienstleistungen werden zugekauft. Die Hauptschaltleitung (Warte) sowie die darin angestellten Mitarbeiter verbleiben beim Verteilnetzbetreiber. Die Mitarbeiter der Warte führen als Dienstleistung auch die den Übertragungsnetzbetrieb betreffende Überwachung der Betriebsmittel sowie die Schaltungen im Übertragungsnetz durch. Durch die Übertragung der Betriebsführungsverantwortung an Austrian Power Grid AG im Rahmen der Kooperation übernimmt Austrian Power Grid AG auch die Koordination und Abwicklung von Schaltungsmaßnahmen im Übertragungsnetz Vorarlberg. Lediglich die Schaltungsdurchführung für das Übertragungsnetz Vorarlberg erfolgt über Auftrag von Austrian Power Grid AG aus Sicherheitsgründen einheitlich durch VÜN bzw. die von VÜN dafür beauftragte Warte von Vorarlberger Energienetze GmbH. Diese dient lediglich als ausführendes Organ, das auf Anweisung der APG Schaltungen durchzuführen hat sowie die Beobachtung und Interpretation der Schutz- und Störungsmeldungen für das Übertragungsnetz Vorarlberg übernimmt. Damit werden Synergieeffekte sowie ein effizienter und kostengünstiger Betrieb des vergleichsweise kleinen Vorarlberger Übertragungsnetzes ermöglicht. Dabei wird eine Dienstanweisung sicherstellen, dass die Mitarbeiter bei den Schaltungsdurchführungen, die den Übertragungsnetzbetrieb betreffen, lediglich an die Weisungen von VÜN bzw. einem von VÜN beauftragten dritten Unternehmen gebunden sind (bspw. Austrian Power Grid AG). Ergänzend dazu wird diese Dienstanweisung die Mitarbeiter anweisen, die Informationen im Zusammenhang mit den Schaltungsdurchführungen für den Übertragungsnetzbetrieb vertraulich zu behandeln. Ergänzend werden je nach Notwendigkeit weitere technische Dienstleistungen bezogen, insbesondere im Zusammenhang mit Wartung und Instandhaltung. Die Dienstanweisung wird bei Vorarlberger Energienetze GmbH allgemein bekannt gemacht und zudem den betroffenen Mitarbeitern nachweislich zur Kenntnis gebracht (vgl dazu Beilage ./10). Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 29. 3. 2012 ausgeführt, dass die Auslagerung von Kernaufgaben eines Übertragungsnetzbetreibers gemäß Art 12 der RL 2009/72/EG an ein vertikal integriertes Unternehmen, nicht mit dem Modell der eigentumsrechtlichen Entflechtung vereinbar ist. Nach ihrer Auffassung müssen zumindest die Verwaltung des Übertragungsnetzes und die Dienstleistungen der Warte von VÜN selbst erbracht werden.

Art 12 RL 2009/72/EG sieht vor, dass jeder Übertragungsnetzbetreiber für die dort aufgelisteten Aufgaben „verantwortlich“ ist. Eine Gesamtschau der entflechtungsrelevanten Bestimmungen der RL 2009/72/EG zeigt, dass lediglich für unabhängige Übertragungsnetzbetreiber (ITO) besondere Regelungen in Bezug auf die Erbringung von Aufgaben sowie deren Auslagerung an das vertikal integrierte Unternehmen bestehen (nicht aber beim Modell der eigentumsrechtlichen Entflechtung oder beim ISO-Modell). So definiert Art 17 Abs 2. RL 2009/72/EG nur für den ITO ein Mindestmaß an Aufgaben, die von einem Übertragungsnetzbetreiber als Teil seiner Geschäftstätigkeit selbst ausgeführt werden müssen; dazu zählen auch die Aufgaben des Art 12 RL 2009/72/EG. Auch die Erbringung von Dienstleistungen durch das vertikal integrierte Unternehmen ist ausschließlich beim ITO-

Modell untersagt (Art 17 Abs. 1 lit c RL 2009/72/EG). Beide Bestimmungen zielen auf eine umfassende Unabhängigkeit des ITO vom vertikal integrierten Unternehmen und ihre Sicherstellung ab. Diese Notwendigkeit besteht jedoch in Bezug auf eigentumsrechtlich entflochtene Unternehmen nicht, deren Unabhängigkeit schon durch ihre Kontrollverhältnisse gegeben ist. In Anbetracht der Besonderheiten des Vorarlberger Übertragungsnetzes (sehr kleines Übertragungsnetz, Zusammenfassung der Regelzonen und Betrieb dieser Regelzone durch Austrian Power Grid AG, Kooperation beim Übertragungsnetzbetrieb mit Austrian Power Grid AG) ist es mit den rechtlichen Vorgaben vereinbar, wenn die verbleibenden Aufgaben für die Warte als Dienstleistung von Vorarlberger Energienetze GmbH unter Anweisung der Austrian Power Grid AG erbracht werden, zumal damit auch im Sinne der Marktteilnehmer ein wirtschaftlicher und sicherer Betrieb des Übertragungsnetzes gewährleistet werden kann.

Es ist geplant, dass die Dienstleistungen im Zusammenhang mit allgemeiner Administration (bspw. Interne Dienste, Büroausstattung, allgemeinen IT-Dienste, etc.) entweder von Vorarlberger Energienetze GmbH oder von der Vorarlberger Kraftwerke AG zugekauft werden. Durch entsprechende Zugriffsrechte sowie sonst notwendige Prozesse wird sichergestellt, dass keine sensiblen Daten von VÜN zu Teilen des vertikal integrierten Unternehmens gelangen. Ob die Aufgaben im Zusammenhang mit Personalabrechnung, Verwaltung von SAP-Daten sowie Buchhaltung, Rechnungsprüfung und Bilanzierung durch eigenes Personal von VÜN erbracht werden oder von einem Dritten zugekauft werden, wird noch geprüft. Sollten diese Dienstleistungen von einem Dritten erbracht werden, werden sie nicht der vertikal integrierten Unternehmensgruppe oder von Teilen dieser Unternehmensgruppe erbracht. Ebenso werden Dienstleistungen im Zusammenhang mit Controlling und Recht, soweit diese nicht durch VÜN selbst abgedeckt werden können, nicht vom vertikal integrierten Unternehmen, sondern von unabhängigen Dritten bezogen.

Aus rechtlicher Sicht spricht nichts gegen diese Vorgehensweise.

4. Bedingungen und Auflagen

a. Bedingungen (Spruchpunkt II.)

- § 24 EIWOG 2010 sieht konkrete Voraussetzungen vor, um als eigentumsrechtlich entflochtener Übertragungsnetzbetreiber gem § 34 Abs 1 Z 1 EIWOG 2010 zertifiziert werden zu können. Die Antragstellerin führt im Antrag aus, dass gewisse Voraussetzungen für einen eigentumsrechtlich entflochtenen Übertragungsnetzbetreiber zum Zeitpunkt der Antragstellung am 15. 12. 2012 noch nicht vorliegen.

Die Antragstellerin schlägt daher in einem Eventualantrag bereits bei Antragstellung selbst Bedingungen vor.

Folgende von § 24 EIWOG 2010 geforderten Voraussetzungen werden derzeit noch nicht erfüllt:

- Es ist noch nicht iSd § 24 Abs 2 und 3 iVm § 7 Abs 1 Z 34 EIWOG 2010 sichergestellt, dass die Antragstellerin nicht von Unternehmen, die die Funktionen Erzeugung und Versorgung wahrnehmen, kontrolliert wird;
- Es ist noch nicht iSd § 24 Abs 2, 3 und 7, iVm § 7 Abs 1 Z 34, Z 78 EIWOG 2010 sichergestellt, dass de facto keine Kontrolle durch die Erzeugungs- und Versorgungsunternehmen mittels Verteilernetzbetreiber durch Organidentität bei Verteiler- sowie Übertragungsnetzbetreiber ausgeübt wird.

Gem § 34 Abs 4 letzter Satz EIWOG 2010 kann die Zertifizierung „*unter Vorschreibung von Auflagen und Bedingungen erteilt werden, soweit diese zur Erfüllung der Zielsetzung dieses Gesetzes erforderlich sind*“. Auf Grund der fehlenden Erfüllung der Voraussetzungen werden im vorliegenden Fall auflösende Bedingungen vorgesehen. Bei Nichteintritt der in den Spruchpunkten II.a. und II.b. formulierten Nebenbestimmungen fällt die Zertifizierung als eigentumsrechtlich entflochtener Übertragungsnetzbetreiber – also die Feststellung, dass die Voraussetzungen gem § 24 EIWOG 2010 erfüllt sind – weg; dies mit allen Konsequenzen (etwa § 34 Abs 2 Z 2 EIWOG 2010, § 101 EIWOG 2010). Eine Auflage wäre diesfalls nicht verhältnismäßig, da die Antragstellerin als Übertragungsnetzbetreiber sich nicht zwingend als eigentumsrechtlich entflochtener Übertragungsnetzbetreiber zertifizieren lassen muss, sondern ihr drei weitere Entflechtungsalternativen zur Verfügung stehen (§§ 25 bis 27, 28 bis 32, 33 EIWOG 2010). An diese Entflechtungsmodelle sind allerdings andere Voraussetzungen geknüpft, sodass eine Auflage, die auf einen eigentumsrechtlich entflochtenen Übertragungsnetzbetreiber zugeschnitten ist (zB keine Stimmrechte), zB nicht für einen Unabhängigen Übertragungsnetzbetreiber (Independent Transmission Operator – ITO) passt. Mit einer Auflage, die bei Rechtskraft auch vollstreckbar wäre, würde man der Antragstellerin das Modell der eigentumsrechtlichen Entflechtung aufoktrotyieren. Um die Verhältnismäßigkeit zu wahren und auf unvorhersehbare Ereignisse reagieren zu können, ist in Spruchpunkt II.c. vorgesehen, dass die Erfüllung der in den Spruchpunkten II.a. und II.b. erteilten Bedingungen in Ausnahmefällen sechs Monate überschreiten kann. Dies dann, wenn die Regulierungsbehörde entscheidet, dass die Verzögerung auf Umstände zurückzuführen ist, auf die die Antragstellerin keinen Einfluss hat.

b. Auflage (Spruchpunkt III.)

Um feststellen zu können, ob die Antragstellerin schlussendlich alle Voraussetzungen des § 24 EIWOG 2010 erfüllt, ist die Vorschreibung einer Auflage notwendig.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Eine Beschwerde bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit **EUR 220,-** zu vergebühren.

V. Gebühren

Es wird ersucht, die anfallenden Gebühren von **EUR** , gemäß folgender Aufstellung gem. § 3 Abs. 2 Gebührengesetz 1957 (GebG), BGBl. Nr. 267/1957 idgF, auf das Gebührenkonto der Energie-Control Austria, Subbezeichnung: Gebührenkonto, BIC OPSKATWW, IBAN AT956000000090022201, zu überweisen:

Eingabenvergebührung § 14 TP 6 Abs 1 GebG	EUR 14,30
---	-----------

Beilagen (gem § 14 TP 5 Abs 1 GebG von jedem Bogen (= 4 Seiten Format A 4) EUR 3,90, maximal jedoch EUR 21,80 je Beilage	EUR 169,10
--	------------

Insgesamt	EUR 183,40
------------------	-------------------

Energie-Control Austria
für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft

Wien, am 1.6.2012
Der Vorstand

DI Walter Boltz
Vorstandsmitglied

Mag. (FH) Martin Graf, MBA
Vorstandsmitglied

Für die Richtigkeit der Ausfertigung:

Ergeht als Bescheid an:

1. Vorarlberger Übertragungsnetz GmbH
Gallusstraße 48
6900 Bregenz
per RSb

Ergeht zur Kenntnis an:

2. Europäische Kommission
DG Energie (ENER)
Unit B2 Elektrizität & Gas
Herrn Nicolaas Bel
Rue de Mot 24 – 28
1040 Brüssel
BELGIEN
3. Bundesministerium für Wirtschaft,
Familie und Jugend
Sektion IV - Energie/Bergbau
Herrn Sektionschef DI Christian Schönbauer
Stubenring 1
1010 Wien

per RSb.