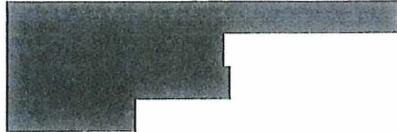




E-CONTROL

V KOM G [REDACTED]/14

PA [REDACTED]/14



per RSb

BESCHEID

Die E-Control hat durch ihren Vorstand in der Rechtssache der [REDACTED] als Rechtsnachfolgerin der [REDACTED], [REDACTED], und [REDACTED], wegen Zulassung als Kombinationsnetzbetreiber zum gleichzeitigen Betrieb des Verteilernetzes für elektrische Energie und des Verteilernetzes für Erdgas nach § 118 Abs. 1 Gaswirtschaftsgesetz (GWG), BGBl. I Nr. 107/2011 idF BGBl. I Nr. 31/2015, entschieden. Es ergeht folgender

I. Spruch

Die E-Control erteilt der [REDACTED] die Zulassung für den gleichzeitigen Betrieb der Netze für elektrische Energie und Erdgas gemäß § 118 Abs. 1 GWG 2011.

II. Begründung

II.1. Verfahrensablauf

Mit Antrag vom 27. Mai 2014, eingelangt am 6. Juni 2014, begehrte die [REDACTED] die Zulassung als Kombinationsnetzbetreiber zum gleichzeitigen Betrieb des Verteilernetzes für elektrische Energie und des Verteilernetzes für Erdgas gemäß § 118 Abs. 1 GWG 2011.

Dazu wird im verfahrenseinleitenden Antrag näher angeführt, dass die neue Netzgesellschaft aus der Umfirmierung der [REDACTED] in die [REDACTED] erfolgt, in welche die [REDACTED] abgespalten wird. Der jeweils korrespondierende Spaltungsvertrag und Verschmelzungsvertrag wurde der Behörde mit Eingabe vom 30. Juni 2014 übermittelt.

Im selben Schreiben wurde der Behörde mitgeteilt, dass die Fortführung des Betriebs gemäß der Bestimmungen des § 54 GWG 2011 erfolge und der gasrechtliche Geschäftsführer gemäß § 46 GWG und technische Betriebsleiter gemäß § 46 GWG 2011 unverändert in die neue Unternehmensstruktur übernommen würden.

Mit Eingabe vom 7. Juli 2014 wurde der Behörde die mit 1. Juli 2014 erfolgte Umgründung durch Übermittlung des Firmenbuchauszugs zur Kenntnis gebracht.

Mit Schreiben der [REDACTED] Landesregierung vom 4. Juli 2014, eingelangt am 8. Juli 2014, wurde der Behörde die Anzeige der [REDACTED] gemäß [REDACTED] vom 23. Juni 2014 bei der Landesregierung als zuständiger Behörde gemäß [REDACTED] zur Kenntnis gebracht.

Mit E-Mail vom 17. Juli 2014 wurde der [REDACTED] ein Verbesserungsauftrag hinsichtlich der Bebringung des aktuellen Gleichbehandlungsprogramms, Gesellschaftsvertrags und einer Darstellung der künftigen Kontenführung zum Nachweis der Entflechtungsbestimmungen gemäß § 8 und 106 GWG 2011 erteilt.

[REDACTED] Mit Eingabe vom 6. August wurden der Behörde die geforderten Unterlagen beigebracht und dem erteilten Verbesserungsauftrag teilweise entsprochen. In einem Telefonat vom 22. August 2014 wurde von der Behörde die Bebringung eines aktuellen Gleichbehandlungsprogrammes verlangt, da in den übersandten Unterlagen lediglich die Gleichbehandlungsprogramme der nunmehr untergegangenen [REDACTED] vom 1. Jänner 2006 und der vormaligen [REDACTED] vom Februar 2007 enthalten waren. Der Behörde wurde daraufhin mitgeteilt, dass der Zeitpunkt der Erstellung des aktuellen Gleichbehandlungsprogramms noch nicht feststehe. Es wurde daher eine weitere Konsultation bezüglich des Gleichbehandlungsprogramms in der 36. KW vereinbart.

Mit Eingabe von 12. August 2014 wurde der Behörde der neue Außenauftritt der [REDACTED] [REDACTED] übersandt.

Mit Eingabe vom 4. September 2014 wurden der Behörde die zwischen der [REDACTED] [REDACTED] und den Unternehmen des VIU abgeschlossenen Dienstleistungsverträge übermittelt.

[REDACTED]

Mit 23. Oktober 2014 wurde der Behörde das Gleichbehandlungsprogramm [REDACTED] [REDACTED] übermittelt.

Mit Schreiben vom 19. November 2014 hat die Behörde der Antragstellerin mitgeteilt, dass die vollständige Auslagerung der rechtlichen Tätigkeiten in Bezug auf allgemein sowie sektorspezifisch wettbewerbs- und regulierungsrechtliche Angelegenheiten nach Ansicht der Behörde gegen die Entflechtungsbestimmungen des § 106 GWG 2011 verstößt. Mit E-Mail vom 15. Dezember 2014 wurde der Behörde eine Stellungnahme der Antragstellerin übermittelt, worin diese der Rechtsansicht der Behörde entgegentritt, dass eine diesbezügliche Auslagerung der rechtlichen Angelegenheiten gegen die Entflechtungsbestimmungen verstößt. Mit Schreiben vom 21. Jänner 2015 bekräftigte die Behörde ihre Rechtsansicht und forderte die Antragstellerin auf, den der Rechtsansicht der Behörde entsprechenden Zustand herzustellen. Mit Antrag vom 11. Februar 2015 begehrte die Antragstellerin die Erstreckung der Frist bis 31. März 2015. Dem Antrag wurde von Seiten der Behörde teilweise, bis 4. März 2015, entsprochen.

Mit E-Mail-Eingabe vom 04. März 2015 wurde der Behörde die rechtsfreundliche Vertretung der Antragstellerin durch die [REDACTED] [REDACTED] bekanntgegeben und abermals die Rechtsansicht der Behörde bestritten.

Am 30. März 2015 befand sich die Antragstellerin, vertreten durch ihre Geschäftsführer [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED], sowie den Leiter der Stabstelle Recht, [REDACTED] [REDACTED], zu einem Konsultationsgespräch in den Räumlichkeiten der Behörde. Im Rahmen dieses Termins wurde der Behörde mitgeteilt, dass die Antragstellerin der von der Behörde geforderten Organisationsstruktur (Führung einer eigenen Stabstelle Recht bei der Antragstellerin, die die rechtlichen Vorschriften in Umsetzung der RL 2009/73/EG bzw RL 2009/72/EG betreffen und sich im gesetzlichen Anwendungsbereich der Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft und den damit verbundenen Bereichen des allgemeinen sowie sektorspezifischen Wettbewerbsrechts befinden) nachkommt.

Mit Schreiben vom 16. April 2015 teilte die Antragstellerin der Behörde mit, ab sofort alle Streitschlichtungs-, Streitbeilegungs- und Missbrauchsverfahren bzw sonstige Verfahren mit Interessenkonfliktpotenzial zwischen Netzbetrieb und Vertrieb im gesetzlichen Anwendungsbereich der Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft und den damit verbundenen Bereichen des allgemeinen sowie sektorspezifischen Wettbewerbsrechts nur noch von der Stabsstelle Recht der [REDACTED] oder externen Rechtsanwälten bearbeiten zu lassen. Die Stabsstelle Recht hat ihre diesbezügliche Tätigkeit mit 1. April 2015 zusätzlich übernommen. Der Dienstleistungsvertrag „ [REDACTED] “ zwischen der [REDACTED] und der [REDACTED] wurde daher im Leistungskatalog [REDACTED] sowohl im Leistungsumfang als auch in der Entgelthöhe abgeändert.

II.2. Sachverhalt

Die antragstellenden Unternehmen waren als vertikal integrierte Unternehmen Verteilernetzbetreiber in den Bereichen Strom und Gas. Als solche waren sie entsprechend den Anforderungen gemäß [REDACTED] und § 106 GWG 2011 als entflochtene Verteilernetzbetreiber eingerichtet.

Die Unternehmen wurden ertragssteuerlich rückwirkend zum Stichtag 31. Dezember 2013 im Wege der Umgründung zusammengeführt. Dazu wurde zunächst die [REDACTED] als übertragende Gesellschaft mit der [REDACTED] als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. In einem zweiten Schritt wurde der Teilbetrieb Netz von der [REDACTED] zur Aufnahme in die [REDACTED] abgespalten. Mit 1. Juli 2014 wurde die [REDACTED] in [REDACTED] umfirmiert und im Firmenbuch eingetragen.

Für die Zulassung als Kombinationsnetzbetreiber gemäß § 118 GWG 2011 ergeben sich aus dem Ermittlungsverfahren daher die künftigen Teilbetriebe von reguliertem Gas- und Stromnetz in einem Unternehmen als relevanter Sachverhalt.

II.3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 118 Abs 1 GWG 2011 kann die Regulierungsbehörde durch Bescheid den gleichzeitigen Betrieb von Netzen für elektrische Energie, Erdgas und sonstige leitungsgebundene Sparten in einem Unternehmen, sowie die Ausübung anderer Tätigkeiten zulassen, wenn dadurch die Unabhängigkeit der Netzbetreiber nicht beeinträchtigt wird. § 118 GWG 2011 soll der Entflechtung und somit der Vorbeugung von Missbrauchspotentialen dienen. Dies geht bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung hervor („wenn dadurch die

Unabhängigkeit der Netzbetreiber nicht beeinträchtigt wird") und wird durch die Gesetzesmaterialien unterstrichen (vgl dazu die EBRL 1081 der Beilagen XXIV. GP zu § 118: „Alle Bestimmungen zur Entflechtung - und damit auch die Vorgaben für Kombinationsnetzbetreiber ...“).

Die Einhaltung von § 8 Abs 2 EIWOG 2010 und § 8 GWG 2011 dient der Umsetzung der buchhalterischen Entflechtungsvorschriften, soll der Einhaltung des Verbots von Quersubventionen dienen (Art 31 Abs 3 RL 2009/72/EG) und ist Rahmen der Genehmigung gemäß § 118 GWG 2011 ebenfalls mitanzuwenden (vgl dazu die EBRL 1081 der Beilagen XXIV. GP zu § 118: „Die Bestimmung entspricht dem bestehenden § 7 Abs. 2 GWG, setzt Art. 29 der Richtlinie 2009/73/EG um und dient der Vermeidung von Quersubventionen.“). Damit dieses Ziel erreicht wird, sind von vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen die erforderlichen Rahmenbedingungen in Form getrennter Rechnungskreise für Erzeugungs-, Stromhandels und Versorgungstätigkeiten (Z 1 lit a), Übertragungstätigkeiten (Z 1 lit b), Verteilungstätigkeiten (Z 1 lit c) und sonstige Tätigkeiten zu schaffen.

Der Nachweis über die Einhaltung der Bestimmungen zur buchhalterischen Entflechtung wurde von der Behörde mit Verbesserungsauftrag vom 17. Juli 2014 nachgefordert. Mit Eingabe vom 6. August 2014 kam die Antragstellerin dem nach und legte eine Beschreibung der Kontenführung in Form getrennter Rechnungskreise vor, die durch die SAP-Funktion „Geschäftsbereichdarstellung“ und eine daraus resultierende Trennung der Geschäftsbereiche Gas und Strom sowohl im Rahmen der GuV als der Bilanz gewährleistet wird.

Ebenfalls mit dem Verbesserungsauftrag vom 17. Juli 2014 forderte die Behörde die Beibringung des aktuellen Gesellschaftsvertrages sowie eines aktuellen Gleichbehandlungsprogramms zur Beurteilung der Einhaltung der Voraussetzungen zur funktionalen Entflechtung gemäß § 106 GWG 2011 an.

Die Vorlage des Gesellschaftsvertrages der [REDACTED] idF [REDACTED], wurde der Behörde mit Eingabe vom 6. August 2014 vorgelegt. Den Entflechtungsvoraussetzungen gemäß § 106 Abs 1 Z 2 GWG 2011 wird dabei insbesondere durch die Bestimmung des Punkt 7.4 des Gesellschaftsvertrags entsprochen (Weisungsfreiheit). Den Bestimmungen des § 106 Abs 1 Z 3, 1. und 4. Satz wird insbesondere durch die Regelung in Punkt 7.1 und 7.2 (Entscheidungsbefugnis) sowie Punkt 8.1 (Unabhängigkeit zweier Aufsichtsratsmitglieder) des Gesellschaftsvertrags Rechnung getragen.

Mit Eingabe vom 23. Oktober 2014 wurde der Behörde das Gleichbehandlungsprogramm der [REDACTED] vorgelegt. Die Bekanntgabe des Gleichbehandlungsbeauftragten erfolgte bereits mit Schreiben vom 6. August 2014. Somit konnte auch für die Einhaltung der Bestimmung des § 106 Abs 2 Z 4 GWG 2011 der entsprechende Nachweis erbracht werden.

Die Einhaltung der Vorschrift des § 106 Abs 2 Z 1 GWG 2011 wurde der Behörde mit Bekanntgabe der künftigen Geschäftsführer der [REDACTED] mit Schreiben vom 30. Juni 2014 dargelegt.

Mit Eingabe vom 12. August 2014 wurde der Behörde der Nachweis zur Einhaltung der Bestimmungen gemäß § 106 Abs 3 GWG 2011 in Form graphischer Darstellungen des künftigen Außenauftritts vorgelegt.

Die Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen gemäß [REDACTED] im „aktuell gültigen Umfang“ wurde der Behörde mit Schreiben der [REDACTED] Landesregierung vom 8. Juli 2014 mitgeteilt.

Mit Schreiben vom 4. September 2014 wurden der Behörde die zwischen der [REDACTED] und den Konzernunternehmen des vertikal integrierten Unternehmens abgeschlossenen Dienstleistungsverträge vorgelegt.

Gemäß dem Dienstleistungsvertrag für die Bereiche [REDACTED] zwischen der [REDACTED] und der [REDACTED] ist unter Punkt 4. Recht, Unterpunkt 4.1. des Anhangs die Erbringung rechtlicher Leistungen als „Basisbetreuung juristische Services (ausgenommen Behördenverfahren, Grundangelegenheiten und Versicherungen)“ aufgezählt.

Gemäß dem Dienstleistungsvertrag für die Bereiche [REDACTED] zwischen der [REDACTED] und der [REDACTED] ist unter Punkt 2. Behördenverfahren und Facility Management, Unterpunkt 2.4. des Anhangs die Erbringung rechtlicher Leistungen als „Basisbetreuung juristische Services hinsichtlich Behördenverfahren, Grundangelegenheiten und Versicherungen“ aufgezählt.

Durch diese Beauftragung der im verbundenen Unternehmen angesiedelten Dienstleister wären praktisch sämtliche Rechtstätigkeiten des Netzbetreibers an das verbundene Unternehmen ausgelagert worden (vgl hierzu die abschließende Konstruktion in den Verträgen). Damit hätten wirtschaftlich sensible Informationen aus dem Netzbereich in erheblichem Ausmaß in den Wettbewerbsbereich des Versorgungsunternehmens gelangen können (§ 11 GWG 2011). Dieser Konsequenz könnte auch nicht mit einer, wie unter § 6.4. bzw 7.4. des jeweiligen Dienstleistungsvertrages formulierten, Datenschutzklausel über wirtschaftlich sensible Informationen entgegengetreten werden, da die Entflechtungsvorschriften gerade bewirken sollen, dass derartige Informationen erst gar nicht in den Verfügungsbereich des Versorgungsunternehmens gelangen können. Dies geht bereits eindeutig aus den Gesetzeserläuterungen hervor (EBRL 1081 der Beilagen XXIV. GP zu § 8 bis § 11): „Entflechtung wirkt also bereits im Vorhinein Missbrauchspotentialen entgegen, indem unter

anderem Geld- und Informationsflüsse zwischen dem Netzbetreiber und dem vertikal integrierten Erdgasunternehmen unterbunden werden sollen."

Eine solche Auslagerung wäre aus Sicht der Entflechtungsvorschriften mit erheblichem Diskriminierungspotential behaftet und verstieße im gegenständlichen Zusammenhang gegen § 9, § 10 und § 106 iVm § 118 Abs 1, 1. Satz GWG 2011, da die gemäß § 106 Abs 2 und § 118 Abs 1, 1. Satz GWG 2011 geforderte Unabhängigkeit des Netzbetriebs nicht gewährleistet wäre.

Zur näheren Begründung der Bedenken wurde von der Behörde in einem Schreiben vom 21. Jänner 2015 auf das Urteil des deutschen Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 21.09 vom 18. Mai 2010 verwiesen, in welchem das Gericht bei gleichgelagerter Sach- und Rechtslage die Frage nach der Unabhängigkeit eines Schienennetzbetreibers zu klären hatte, dessen Rechtsabteilung im vertikal integrierten Verkehrsunternehmen eingerichtet war. Ungeachtet möglicher Unterschiede zwischen der deutschen und österreichischen Rechtslage und der unterschiedlichen Branchen (dort Schiene, verfahrensgegenständlich Energie) illustrieren die dort dargelegten Bedenken und Argumente die Rechtsauffassung der Behörde für die Auslegung der Entflechtungsbestimmungen des § 106 GWG 2011 exemplarisch:

Juristische Berater und Bevollmächtigte nehmen nämlich Einfluss auf die Entscheidungen ihres Auftraggebers. Das gilt zweifelsfrei für die juristische Beratung; sie zeigt Handlungsalternativen auf und bewertet sie nach ihrer rechtlichen Realisierbarkeit und ihren – auch wirtschaftlichen – Folgen. Eine Einflussnahme im Interesse des (verbundenen) Unternehmens kann nämlich – auch ohne Weisung – von dem Arbeitnehmer selbst ausgehen, weil die Beförderung der Interessen des Unternehmens zugleich in seinem eigenen persönlichen Interesse liegen kann. Verfolgen der Arbeitgeber und der fremde Auftraggeber unterschiedliche Interessen, so gerät der Konzernjurist typischerweise in eine Interessenkollision. Es besteht die naheliegende Gefahr, dass er den Interessen seines Arbeitgebers im Zweifel den Vorzug gibt, schon weil er dort seine bisherige berufliche Laufbahn zurückgelegt hat und seine künftige Laufbahn nicht in Frage stellen will. Das an den Schienenwegebetreiber gerichtete Verbot, Konzernjuristen zu beauftragen, führt nicht dazu, dass die Konzernmutter keine zentrale Rechtsabteilung für alle Konzerntöchter mehr vorhalten könnte. Deren Tätigkeit für die konzernangehörigen Unternehmen bleibt unbenommen, ebenso deren Tätigkeit für die konzernangehörigen Infrastrukturunternehmen, soweit es nicht um Angelegenheiten des Netzzugangs und der Wegeentgelte geht.

In einem in den Räumlichkeiten der Behörde gehaltenen Konsultationsgespräch zwischen der Behörde und der Antragstellerin legte die Behörde nochmals ihre Bedenken in Hinblick auf die Organisation der Rechtsabteilung des geplanten Kombinationsnetzbetreibers und die Einhaltung der Bestimmung des § 106 Abs 2 Z 3, 2. Satz GWG 2011 dar, die dem Netzbetreiber die Verfügung über alle Ressourcen in personeller, technischer, materieller und finanzieller Hinsicht vorschreibt: Eine Auslagerung der Betreuung rechtlicher Tätigkeiten durch

das vertikal integrierte Unternehmen ist daher im Lichte der unionsrechtlichen Vorschriften sowie der zitierten Judikatur nicht schlechthin unmöglich, darf sich aber nicht auf Angelegenheiten erstrecken, welche die rechtlichen Vorschriften in Umsetzung der RL 2009/73/EG bzw RL 2009/72/EG betreffen und sich im gesetzlichen Anwendungsbereich der Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft und den damit verbundenen Bereichen des allgemeinen sowie sektorspezifischen Wettbewerbsrechts befinden.

Diese Vorgaben gelten klarerweise nicht nur bei Zulassung als Kombinationsnetzbetreiber nach § 118 GWG 2011, sondern sind generell von entflochtenen Netzbetreibern sowohl im Elektrizitäts- als auch Gassektor zu befolgen (§ 42 EIWOG 2010, § 106 GWG 2011).

Die Antragstellerin bestätigte der Behörde mit Schreiben vom 21. April 2015, dass die Wahrnehmung von derartigen Angelegenheiten, welche die rechtlichen Vorschriften in Umsetzung der RL 2009/73/EG bzw RL 2009/72/EG betreffen und sich im gesetzlichen Anwendungsbereich der Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft und den damit verbundenen Bereichen des allgemeinen sowie sektorspezifischen Wettbewerbsrechts befinden, künftig nur noch durch die Stabsstelle Recht der Antragstellerin und nicht durch verbundene Konzernunternehmen erfolgen werde. Allgemeine rechtliche Themen (also regulierungs- und wettbewerbsrechtlich ferne Belange) wie zB mietrechtliche Angelegenheiten würden aber nach vor im Bereich der durch die Dienstleistungsverträge vereinbarten Leistungsbeziehungen verbleiben.

Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Zulassung des gleichzeitigen Betriebs des Verteilernetzes für elektrische Energie und des Verteilernetzes für Erdgas als Kombinationsnetzbetreiber entspricht damit – nach Ansiedlung der Stabsstelle Recht direkt beim Netzbetreiber – den gesetzlichen Voraussetzungen gemäß § 118 Abs. 1 iVm § 106 GWG 2011 und damit den gesetzlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit, insbesondere in Hinblick auf die Entflechtungsbestimmungen des § 106 GWG 2011.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann gemäß § 7 VwGVG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach erfolgter Zustellung dieses Bescheides bei der Energie-Control Austria einzubringen und hat die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, die belangte Behörde und die Gründe auf die sich die behauptete Rechtswidrigkeit stützt, sowie das Begehren zu enthalten. Im Falle einer Beschwerde wird ersucht, die Eingabegebühr von EUR 30,- gemäß § 14 TP 6 Abs 5 Z 1 lit b Gebührengesetz (GebG) 1957, BGBl 267/1957 idgF iVm § 2 BuLVwG-EGebV, BGBl II 387/2014, unter Angabe des Verwendungszwecks durch Überweisung auf das entsprechende

Konto des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel gem § 1 Abs 3 BuLVwG-EGebV zu entrichten.

IV. Gebühren

Es wird ersucht, die Eingabengebühr von EUR 14,30 gemäß § 14 TP 6 Abs 1 Gebührengesetz (GebG) 1957, BGBl 267/1957 idgF, und die Beilagengebühr von EUR 21,80 gemäß § 14 TP 5 Abs 1 GebG, insgesamt sohin **EUR 36,10** auf das Gebührenkonto der Energie-Control Austria bei [REDACTED] zu entrichten (§ 3 Abs 2 Gebührengesetz 1957 iVm GebG-VaIV 2011, BGBl II 191/2011).

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

Wien, am 30. April 2015

Der Vorstand

DI Walter Boltz
Mitglied des Vorstands

DI (FH) Mag. (FH) Martin Graf, MBA
Mitglied des Vorstands

Ergeht als Bescheid an:

[REDACTED]

per RSb

Ergeht zur Kenntnis per E-Mail an: [REDACTED]

[REDACTED]