

GESAMTBERICHT

der Gleichbehandlungsprogramme und -berichte
der österreichischen Gasnetzbetreiber und Inhaber
von Transportrechten



E-CONTROL

Profitieren.
Wo immer entflochten wird,
was entflochten gehört.



Inhalt

Inhalt	1
1 Allgemeines.....	2
1.1 Rechtsgrundlagen.....	2
1.2 Ausblick: Das 3. Richtlinienpaket	3
1.3 Vorgangsweise	4
2 Positive Entwicklungen.....	5
3 Sonstiges	8

1 Allgemeines

1.1 Rechtsgrundlagen

Einführung

Die Erdgasbinnenmarkttrichtlinie (RL 2003/55/EG) sieht Entflechtungsregeln vor, die im Gaswirtschaftsbereich in § 7 Gaswirtschaftsgesetz (in Folge kurz GWG; BGBl I Nr. 121/2000 idF BGBl I Nr. 106/2006 – Energie-Versorgungssicherheitsgesetz 2006) Eingang gefunden haben.

Die Entflechtungsregeln in § 7 GWG sehen die buchhalterische, rechtliche und funktionale bzw. organisatorische Entflechtung (Unbundling) vor. Der Energie-Control GmbH (in Folge kurz ECG) ist gemäß § 10 Abs 1 Z 2 Energie-Regulierungsbehördengesetz im Rahmen der Erdgasaufsicht die Überwachung der Entflechtung zugewiesen. Wer den in § 7 GWG festgelegten Verpflichtungen nicht nachkommt, begeht gemäß § 71 Abs 1 Z 1 GWG eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu EUR 14.600,-- zu bestrafen.

Gebot der Gleichbehandlung und der vertraulichen Behandlung wirtschaftlich sensibler Informationen

Netzbetreibern werden ganz allgemein gem § 4 GWG „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ auferlegt, wie zB die Gleichbehandlung aller Kunden eines Netzes. Dieser Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. Nicht-Diskriminierung zieht sich wie ein „roter Faden“ durch das GWG: Nach diesem Diskriminierungsverbot ist es Netzbetreibern untersagt, jene Personen, die ihre Anlagen nutzen oder zu nutzen beabsichtigen oder bestimmten Kategorien dieser Personen, insbesondere zugunsten ihrer verbundenen Unternehmen, diskriminierend zu behandeln. Darüber hinaus ist es verboten wirtschaftlich sensible Informationen, die sie von Dritten im Zusammenhang mit der Nutzung der Anlage erhalten, beim Verkauf oder Erwerb von Erdgas durch verbundene Unternehmen, missbräuchlich zu verwenden. Wirtschaftlich sensible Informationen sind also vertraulich zu behandeln (vgl dazu §§ 9; 18; 24 Abs 1 Z 5, 6; 31a Abs 1 Z 3, 4 GWG). Korrespondierend zu diesem Gebot der Nicht-Diskriminierung und der vertraulichen Behandlung wirtschaftlich sensibler Informationen besteht eine Verwaltungsübertretung gem § 71 Abs 1 Z 7 GWG (Geldstrafe bis zu EUR 14.600,--) bzw. bei tatbestandsmäßiger widerrechtlicher Offenbarung oder Verwertung solcher Daten – (Eventual) Vorsatz (§ 5 Abs 1 StGB) vorausgesetzt – ein strafrechtlicher Tatbestand gem § 74 GWG (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr).

Gleichbehandlungsprogramm und -bericht

Die Entflechtungsvorschriften insgesamt „begleiten“ diese soeben erwähnten Bestimmungen des Gleichbehandlungsgebots. § 7 Abs 3 GWG – als Teil dieser Vorschriften – regelt die so genannte organisatorische bzw. funktionale Entflechtung. Teil dieser organisatorischen bzw. funktionalen Entflechtung ist die Erstellung eines Gleichbehandlungsprogramms gemäß § 7 Abs 3 lit d GWG vorgeschrieben: Ein Gleichbehandlungsprogramm hat Diskriminierungen (in oben beschriebenem Sinn) hinten zu halten. Ein derartiges schriftliches Programm ist letztlich eine zwingende Konsequenz und fasst den Grundsatz der Gleichbehandlung zusammen. Ein solches Programm dient auch insbesondere als Verhaltensanordnung für MitarbeiterInnen in einem derartigen Unternehmen. Dies sagt auch § 7 Abs 3 lit d GWG ganz deutlich: *„der Netzbetreiber [...] muss ein Gleichbehandlungsprogramm aufstellen, aus dem hervorgeht, welche Maßnahmen zum Ausschluss diskriminierenden Verhaltens getroffen werden. In dem Programm muss dargelegt sein, welche besonderen Pflichten die MitarbeiterInnen im Hinblick auf dieses Ziel haben.“* Die Leitung des integrierten Erdgasunternehmens, zu dem der Netzbetreiber oder Inhaber von Transportrechten gehört, hat einen Gleichbehandlungsbeauftragten zu benennen, der für die Erstellung des Programms und die Überwachung seiner Einhaltung zuständig und ihr gegenüber zur Berichterstattung verpflichtet ist. Dieser Gleichbehandlungsbeauftragte legt der ECG jährlich einen Bericht über die getroffenen Maßnahmen vor, der veröffentlicht wird.

Die Entflechtung wirkt also bereits im Vorhinein Missbrauchspotentialen entgegen, indem unter anderem Geld- und Informationsflüsse zwischen dem Netz- und dem Vertriebsbereich eines vertikal integrierten Unternehmens unterbunden werden.

1.2 Ausblick: Das 3. Richtlinienpaket

Das 3. Energieliberalisierungspaket, das mit 03.03.2011 umzusetzen ist, sieht insbesondere für Fernleitungsnetzbetreiber verschärfte Entflechtungsregeln vor (Art 9 ff RL 2009/73/EG).

Neben der Verpflichtung zur eigentumsrechtlichen Entflechtung steht es dem Mitgliedsstaat frei, das Konzept eines Unabhängigen Fernleitungsnetzbetreibers (ITO) oder eines Unabhängigen Netzbetreibers (ISO) bis 3.3.2012 umzusetzen. Fernleitungsunternehmen, die nach dem 3.9.2009 ihre Tätigkeit aufnehmen, unterliegen jedenfalls der eigentumsrechtlichen Entflechtung.

Aber auch Verteilernetzbetreiber werden trotz Beibehaltung der gesellschaftsrechtlichen (sowie organisatorischen und buchhalterischen) Entflechtung (Art 26 ff RL 2009/73/EG) strukturelle Änderungen vornehmen müssen. Denn die Entflechtungsvorschriften verlangen

nun klarstellend, dass Verteilernetzbetreiber über die erforderlichen personellen, technischen, materiellen und finanziellen Ressourcen verfügen müssen, um die Aufgaben (Betrieb, Wartung und Ausbau des Netzes) effizient – im Sinne einer tatsächlichen Entscheidungsbefugnis, unabhängig vom integrierten Erdgasunternehmen – wahrnehmen zu können.

Weiters müssen Verteilernetzbetreiber gem Art 26 Abs 3 RL 2009/73/EG in ihren Kommunikationsaktivitäten und ihrer Markenpolitik dafür sorgen, dass eine Verwechslung in Bezug auf die eigene Identität der Versorgungssparte des vertikal integrierten Unternehmen ausgeschlossen ist. Darüber hinaus muss der Gleichbehandlungsbeauftragte völlig unabhängig sein und Zugang zu allen Informationen, über die der Verteilernetzbetreiber und etwaige verbundenen Unternehmen verfügen, haben.

Es ist jedenfalls abzuwarten, wie die nationalen Gesetzgeber das 3. Energieliberalisierungspaket in österreichisches Recht einarbeiten und wie dieses konkret ausgestaltet wird.

1.3 Vorgangsweise

Zur Erstellung des Gleichbehandlungsberichts hat die ECG den der Entflechtung gemäß § 7 GWG unterliegenden Erdgasunternehmen am 23.03.2009 einen Fragenkatalog übermittelt, der die Grundlage für die Erstellung der Gleichbehandlungsberichte der Unternehmen darstellte. Folgende Schwerpunkt wurden für den diesjährigen Bericht festgelegt:

- Darstellung der diskriminierungsfreien Erbringung von Dienstleistungen / Shared Services innerhalb eines Konzernverbundes
- Organisatorische Abläufe hinsichtlich Schutz wirtschaftlich sensibler Informationen beim Wechselprozess, Anfragen beim Call Center, usw.
- Kommunikationswege und Außenauftritt des Netzbetreibers bzw. Inhaber der Transportrechte
- Konzernstruktur

Die Unternehmen wurden aufgefordert, den Fragenkatalog sowie angeforderte Dokumente (Organigramm, Firmenbuchauszug, Gesellschaftsvertrag, Datenkonzept, etc.) bis spätestens 15.04.2009 an die ECG zu übermitteln. Diese Gleichbehandlungsberichte i.S.d. Fragenkataloges werden gem § 7 Abs 2 lit d GWG auf der Website von ECG www.e-control.at veröffent-

licht, wobei die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen vertraulich behandelt werden.

In diesem Jahr wurden einige Verfahren geführt, in denen die ECG unter anderem strukturelle Missbräuche aufgegriffen und positiv abgeschlossen hat. In nachfolgendem Statusbericht werden daher diese positiven Entwicklungen näher erläutert. Darüber hinaus werden sonstige, aus Sicht der Regulierungsbehörde kritische und erwähnenswerte, Verhaltensweisen sowie Verfahren beschrieben.

2 Positive Entwicklungen

Die Konzernstruktur der BEGAS - Burgenländische Erdgasversorgungs - Aktiengesellschaft (in Folge kurz BEGAS AG) wurde im Gleichbehandlungsbericht 2007, vom November 2008, als rechtlich problematisch angesehen, da die BEGAS AG als Netzbetreiber das Mutterunternehmen der Vertriebsgesellschaft (mittels BEGAS - Handel GmbH) BEGAS Energievertrieb GmbH & Co KG war.

Art 9 Abs 1, Art 13 Abs 1, Art 15 Abs 1 der RL 2003/55/EG (Erdgasbinnenmarkt-RL) normieren folgendes: Gehört der Fernleitungs- bzw. Verteilernetzbetreiber zu einem vertikal integrierten Unternehmen, so muss er zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen sein, die nicht mit der Fernleitung bzw. Verteilung zusammenhängen. Der „Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den RL 2003/54/ER und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt“ (Vermerk) steht auf dem Standpunkt, dass die Ansiedlung der Netzbetriebsgesellschaft „oben“ nicht zulässig ist: *„Eine Situation, in der das Netzunternehmen die Kontrolle über das verbundene Versorgungs-/Erzeugungsunternehmen aufrecht erhält, ist mit der funktionalen Entflechtung unvereinbar und nach der neuen Richtlinie daher nicht zulässig“* (Vermerk, 4). *„Das am Netzgeschäft beteiligte Unternehmen darf keine Aktien an verbundenen Versorgungs-, Erzeugungs- oder Holdingunternehmen halten. Hält das Netzunternehmen derartige Aktien, hat es ein unmittelbares finanzielles Interesse an der Leistung des verbundenen Versorgungszweiges und ist seine Leitung daher nicht mehr in der Lage unabhängig zu handeln“*.

Dieses Erfordernis war bei BEGAS AG somit vor dem Hintergrund des § 7 Abs 2 GWG nicht gegeben. Aus diesem Grund wurde seitens der Regulierungsbehörde im September 2008 ein Verfahren eingeleitet (G SON G 14/08), um diesen Missstand abzustellen. BEGAS AG erklärte sich deshalb bereit, den Netzbereich vom Wettbewerbsbereich vor dem Hintergrund des § 7 Abs 2 GWG insofern zu entflechten, als von BEGAS AG der Netzteil herausgelöst

und eine Tochtergesellschaft **BEGAS Netz GmbH** gegründet wird. BEGAS Netz GmbH wird somit eine Schwestergesellschaft von BEGAS Handel GmbH, die Kommanditistin des Vertriebsunternehmens BEGAS Energievertrieb GmbH & Co KG ist. BEGAS Netz GmbH wird dabei keine Anteile mehr am Vertriebsunternehmen BEGAS Energievertrieb GmbH & Co KG halten.

Der Regulierungsbehörde wurden bereits konkrete Unterlagen zur geplanten Umsetzung vorgelegt. Sobald BEGAS Netz GmbH die tatsächliche Umsetzung nachweist, wird das Verfahren G SON G 14/08 geschlossen. Die vollständige Umsetzung mit Außenwirkung ist per 01.05.2010 geplant, wobei die gesellschaftsrechtliche Umsetzung rückwirkend mit Beginn des Geschäftsjahres 2009/2010 per 01.10.2009 erfolgen wird.

Die BEGAS Netz GmbH soll Eigentümerin des Anlagenvermögens werden und zwischen 70 und 100 Mitarbeitern beschäftigen. Die Abrechnung von Energie und Netz wird von der neu gegründeten Netzgesellschaft durchgeführt, während EDV- und Controllingtätigkeiten von der Holding BEGAS AG als Dienstleistung („Shared Service“) zugekauft werden. Juristische Dienstleistungen werden, ebenso wie im gesamten Konzern, extern zugekauft. Jede Gesellschaft ist für sich in der Kommunikation nach außen hinsichtlich Telefonnummern und deren Ansprechpersonen unabhängig. Der Internetauftritt ist entsprechend zu gestalten, d. h. die Netzgesellschaft hat sich im Rahmen der BEGAS-Gruppe entsprechend eigenständig zu präsentieren. Vor dem Hintergrund der Umstrukturierung wird bei der informatorischen Entflechtung vor allem auf die Ausgestaltung der Datenzugriffskonzepte zu achten sein. Die Regulierungsbehörde wird nach Abschluss der Umstrukturierung umfassend die Berechtigungen der einzelnen Mitarbeiter in den einzelnen Gesellschaften überprüfen.

Ähnlich hat sich die Situation bei der **Oberösterreichische Ferngas Aktiengesellschaft** dargestellt. Im Zuge des Zusammenschlussverfahrens (G FKO G 01/08, BWB/Z-704/2008) wurden gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde nach Konsultation der ECG rechtlich verpflichtende Zusagen (§ 17 Abs 2 KartG) im Jahr 2008 abgegeben, diese Gesellschaftskonstruktion dahingehend zu ändern, dass die Netzbetriebsgesellschaft zukünftig eine Schwestergesellschaft zur Vertriebsgesellschaft wird. Seit 01.10.2009 stellt sich die **OÖ. Ferngas Netz GmbH** (in Folge kurz OÖFG Netz) in folgender gesellschaftsrechtlicher Struktur dar: Sowohl das Leitungsnetz als auch alle im Zusammenhang erforderlichen Geschäftstätigkeiten werden von einer eigenen Tochtergesellschaft betrieben bzw. wahrgenommen. Die bereits bestehende Vertriebsgesellschaft Erdgas Oberösterreich GmbH & Co KG wurde mit ENSERV Energieservice GmbH & Co KG in die OÖ. Gas-Wärme GmbH fusioniert. Mit dieser Konstruktion wird die Unabhängigkeit der Vertriebsgesellschaft vom Netzbetrieb ge-

währleistet. Auch der organisatorischen Entflechtung wurde bei der Umstrukturierung mit getrennten Telefonnummern und Websites Rechnung getragen.

Ebenso wurde ein Verfahren (G SON G 13/08) im September 2008 gegen **Wien Energie Gasnetz GmbH** eingeleitet, da die Beteiligung der Netzgesellschaft an der Vertriebsgesellschaft vor dem Hintergrund der Unabhängigkeit (insbesondere § 7 Abs 2 GWG) problematisch erschien. Wien Energie Gasnetz GmbH hat daher ihren Kommandit-Anteil an der Wien Energie Vertrieb GmbH & Co KG an die Wien Energie GmbH verkauft. Dieser Verkauf erfolgte mit wirtschaftlicher Wirkung zum 01.10.2008. Das Verfahren wurde daher im Juli 2009 eingestellt.

Ein weiteres Verfahren (G MIS 01/09) wurde gegen **Stadtwerke Kapfenberg GmbH** (in Folge kurz StW Kapfenberg genannt) eingeleitet, weil der Verdacht vor dem Hintergrund missbräuchlicher Quersubventionen iSd § 7 Abs 1 iVm Abs 4 GWG bestand, dass aufgrund von sogenannten „All-Inclusive-Verträgen“ bei Senkung des Netznutzungsentgelts der Preis für die Gaslieferung automatisch steigt (und umgekehrt). Aufgrund dieses von ECG geführten Verfahrens wurden diese „All-Inclusive-Verträge“ seitens StW Kapfenberg derart umgestellt, sodass es nun keine Verträge mit derartigen „All-Inclusive-Preisen“ mehr gibt. Das Verfahren konnte damit eingestellt werden.

3 Sonstiges

Obwohl der Gleichbehandlungsbericht über die Tätigkeit des Gleichbehandlungsbeauftragten der **Salzburg Netz GmbH** (in Folge kurz SNG genannt) als zufriedenstellend bewertet werden kann, ist seitens der Behörde die Ausgestaltung der Netzgesellschaft als äußerst problematisch zu sehen.

Die Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation (in Folge kurz SAG genannt) ist Eigentümerin der Verteilerleitungen, führt den Betrieb, die Wartung und die Instandhaltung selbst durch und überträgt nur die Betriebsführung ihres Verteilernetzes sowie dessen Nutzung auf ihre Tochtergesellschaft **Salzburg Netz GmbH**. Die Betriebsführung erfolgt im eigenen Namen von SNG und auf Rechnung der SAG.

Der Netzbetreiber SNG verfügt lediglich über 8 Angestellte. Die im Betrieb des Verteilernetzes beschäftigten MitarbeiterInnen verbleiben im Personalstand der SAG. Die SAG wird die für den Betrieb des Verteilernetzes erforderlichen ArbeitnehmerInnen dem Netzbetreiber zur Arbeitsleistung überlassen. Die Beendigung des Dienstverhältnisses bleibt weiterhin der SAG alleine vorbehalten.

Die SNG erhält für die Tätigkeit als Netzbetreiber ein Betriebsführungsentgelt, welches im Wesentlichen die Kosten der direkt angestellten Mitarbeiter abdeckt. Dadurch ist der Umsatz des Netzbetreibers lediglich das Betriebsführungsentgelt, was sich auch in der Bilanzsumme iHv 800 TEUR für Strom und Gas gemäß Pflichtveröffentlichung im Firmenbuch widerspiegelt. Die gesamten Netzkosten entstehen in der SAG im Teilbereich Netz. Auch die Netznutzungsentgelte bleiben in der SAG. Das Personal wird der SNG überlassen und es kommt hinsichtlich dessen zu einer internen Verrechnung von SAG. Das Anlagevermögen ist ebenfalls in der SAG im Teilbereich Netz wiederzufinden.

Die **ECG** steht einem Betriebsführungsmodell, insbesondere hinsichtlich organisatorischer und buchhalterischer Entflechtung, **äußerst skeptisch** gegenüber. Die **Unabhängigkeit** des Netzbetreibers ist jedenfalls zu **bezweifeln**. Auch die buchhalterische Entflechtung (insb. das Verbot von Quersubventionen) erscheint auf den ersten Blick problematisch. Dem Netzbetreiber mangelt es an jeglichen Ressourcen und zwar in materieller, personeller, finanzieller und technischer Hinsicht.

Durch die Klarstellung im 3. Energieliberalisierungspaket (vgl dazu Kapitel 1.2.), wonach Verteilernetzbetreiber über die erforderlichen personellen, technischen, materiellen und finanziellen Ressourcen verfügen müssen, wird ein derartiges Betriebsführungsmodell jedenfalls

spätestens nach Inkrafttreten der RL 2009/73/EG (bzw RL 2009/72/EG im Elektrizitätsbereich) und deren Umsetzung durch das GWG (bzw. EIWOG) der Vergangenheit angehören dürfen.

Problematisch werden in diesem Zusammenhang auch Entflechtungslösungen mit einer geringen Ausstattung der Netzbetreiber mit physischen und finanziellen Ressourcen gesehen. Die Eigenständigkeit der Netzgesellschaften ist auch in diesem Fall äußerst kritisch zu beurteilen. Oft werden sowohl die Personalressourcen als auch das Nutzungsrecht an den Netzen und Betriebsmittel durch Dienstleistungsverträge bzw. Pachtverträge zugekauft. Mit dieser Vorgangsweise werden zwar – im Unterschied zu den davor dargelegten Beispielen – zumindest die Umsatzerlöse direkt in der Netzgesellschaft vereinnahmt, jedoch beschränkt sich die wirtschaftliche Leistungserbringung mit Eigenpersonal vorwiegend auf das Top-Management des Netzbetreibers und wenige andere strategische Aufgabenbereiche. Inwiefern eine qualitative und quantitative Prüfung der abgeschlossenen Dienstleistungsverträge mit eigenem Personal überhaupt möglich ist, erscheint jedenfalls im Rahmen zukünftiger Berichte als Schwerpunkt der Untersuchungen.

Weiters ist das Verfahren betreffend **Energie Ried Gesellschaft m.b.H.** (in Folge kurz Energie Ried genannt) erwähnenswert: Energie Ried ist bislang der Ansicht, dass kein Gleichbehandlungsbericht an die ECG übermittelt werden müsse. Die Gesellschaft als vertikal integriertes Erdgasunternehmen argumentiert, dass sie als Netzbetreiber nicht der organisatorischen Entflechtung des § 7 Abs 3 GWG unterliege, weshalb Energie Ried diesbezüglich einen Feststellungsantrag bei der ECG einbrachte. Im Verfahren G SON G 09/08 stellte die ECG fest, dass Energie Ried aufgrund der de-minimis-Regel in § 7 Abs 4 GWG zwar nicht der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung, jedoch sehr wohl der organisatorischen Entflechtung unterliegt. Dies bestätigte die Energie-Control Kommission (ECK) im Verfahren K SON G 01/08. Gegen diese Entscheidung der ECK brachte Energie Ried eine Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof (VwGH) ein. Der VwGH hat nun zu entscheiden, wie die de-minimis-Regel des § 7 Abs 4 GWG auszulegen ist.