



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

DIE NEUORDNUNG DES GASWIRTSCHAFTSRECHTS

UND

DIE ENTFLECHTUNG IM DRITTEN EUROPÄISCHEN ENERGIEPAKET

Verfasserin

Mag. Michaela Traitler, LL.M.

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A >083 101<

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard Raschauer

INHALTSVERZEICHNIS

A. Das Dritte Energie-Binnenmarktpaket im Gassektor	4
I. Regulierung im Gasbereich	4
1. Liberalisierung und Regulierung	4
2. Entwicklung der Regulierung im Gasbereich	7
2.1 Erste Regulierung des Gasmarktes	7
2.2 Ergebnis auf dem Gasmarkt	10
2.3 Versorgungssicherheit als Ziel	14
2.4 Drittes Energiepaket	18
II. Inhalte des Dritten Energiepaketes	20
1. Rechtsakte	21
2. Zielsetzungen	23
3. Entflechtungsbestimmungen	25
4. Regulatorische Aufsicht	31
4.1 Benennung der Regulierungsbehörden	34
4.2 Unabhängigkeit	36
4.3 Allgemeine Ziele der Regulierungsbehörde	42
4.4 Verantwortlichkeit der Regulierungsbehörden	45
5. Agentur für die Zusammenarbeit der Energie-Regulierungsbehörden (ACER)	47
6. Zusammenarbeit zwischen Fernleitungsnetzbetreibern	49
7. Zugang zu Speichieranlagen und LNG	51
8. Transparenz	51
9. Ausnahmen	52
10. Zwischenergebnis	53
III. Schwerpunkt Unbundling	54
1. „Ownership Unbundling“	58
2. „Independent system operator“	64
2.1 Benennungs- und Zertifizierungsverfahren	66
2.2 Aufgaben des ISO	67
2.3 Aufgaben des Eigentümers des Fernleitungsnetzes	68

2.4	Spezifische Aufgaben der Regulierungsbehörde.....	69
2.5	Unbundling des Eigentümers des Fernleitungsnetzes	71
3.	„Independent transmission operator“	72
3.1	Vermögenswerte, Anlagen, Personal und Unternehmensidentität des ITO	73
3.2	Unabhängigkeit des ITO	76
3.3	Unabhängigkeit von Personal und der Unternehmensleitung des Fernleitungsnetzbetreibers	78
3.4	Aufsichtsorgan	81
3.5	Netzausbau und Befugnis zum Erlass von Investitionsentscheidungen	98
3.6	Spezielle Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörde	129
3.7	Revisionsklausel	131
4.	Fernleitungsnetzbetreiber gemäß Artikel 9 Absatz 9 der Richtlinie (ITO +) 131	
5.	Zertifizierungsverfahren.....	132
6.	Zwischenergebnis	135
B. Die Umsetzung des Dritten Energie-Binnenmarktpaketes im Gassektor – Schwerpunkt Unbundling		
		137
I. Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011)		
		138
1.	Unbundling Alt.....	141
2.	Unbundling Neu	144
2.1	Buchhalterisches Unbundling.....	144
2.2	Unbundling von Fernleitungsnetzbetreibern.....	146
2.3	Ownership Unbundling.....	147
2.4	Unabhängiger Netzbetreiber (ISO)	150
2.5	Unabhängiger Fernleitungsnetzbetreiber (ITO)	155
2.6	„Wirksamere Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers“ (ITO+).....	172
2.7	Verfahren in Bezug auf Fernleitungsbetreiber	174
2.8	Ausnahmen vom Netzzugang.....	179
2.9	Problempunkte in der Praxis	181
II. Ergebnis		
		185

Diese Dissertationsarbeit wird in einem ersten Teil das Dritte Energie-Binnenmarktpaket im Gassektor behandeln, wobei zuerst die Hintergründe und die Entwicklung vorgestellt werden, bevor auf die Inhalte und in weiterer Folge auf den Schwerpunkt Entflechtung und insbesondere auf zwei sich in diesem Zusammenhang ergebende Rechtsfragen eingegangen wird. Der zweite Teil dieser Dissertationsarbeit wird sich der nationalen Umsetzung des Dritten Energiepaketes in Österreich widmen und sich dabei auf die Umsetzung der Entflechtungsbestimmungen konzentrieren.

A. Das Dritte Energie-Binnenmarktpaket im Gassektor

I. Regulierung im Gasbereich

1. Liberalisierung und Regulierung

Die Liberalisierung von Wirtschaftsbereichen und Märkten, die früher fast vollständig von öffentlichen Unternehmen geführt wurden, fordert ein gewisses Ausmaß an Wirtschaftssteuerung. Ein plötzlicher Übergang in den Wettbewerb ist ohne staatliche Hilfe tatsächlich schwer möglich. Bei dieser Wirtschaftssteuerung wird auch sehr oft von „Regulierung“ gesprochen und in diesem Zusammenhang auch vom „Regulierungsrecht“. Liberalisierung und Regulierung hängen daher notwendigerweise sehr eng zusammen.

Regulierung kann durch Organisationszwang (vor allem Verpflichtung zur Schaffung gewisser unternehmensinterner Strukturen), durch Anreizsysteme (vor allem Steuern und Beihilfen), durch Wettbewerbsrecht (z.B. staatliche Wettbewerbsbehörden), oder durch Transparenzverpflichtungen erreicht werden.

Märkte, die davon betroffen sind, kennzeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass es sich um Infrastrukturen handelt, die ein natürliches Monopol darstellen d.h. nicht beliebig duplizierbar sind, da sie bislang vorwiegend von öffentlicher Hand beherrscht wurden und da sie eine besondere Rolle für das Gemeinwohl spielen.

Zu den betroffenen Netzwerkindustrien und Märkten gehören jedenfalls und zweifelsfrei der Telekommunikationsmarkt, der Strommarkt und auch der Gasmarkt, der in dieser Arbeit aus regulierungsrechtlicher Sicht behandelt wird.

Eine essentielle Aufgabe und Rolle von Regulierung ist die Schaffung von Wettbewerb. Am Anfang jeder Liberalisierung im Gasbereich beherrscht der ehemalige Monopolist das einzige bedeutsame Netz. Dieser ehemalige Monopolist muss erst durch eine gewisse gesetzliche Regulierung dazu gebracht werden, bestimmte Teile des Netzes auch für andere Bewerber zu öffnen.

Unter Regulierung könnte daher jene staatliche Steuerung verstanden werden, *„die darauf abzielt, in den Netzwerkindustrien durch Mobilisierung der Marktkräfte Wettbewerb auf der Dienstebene zu schaffen und gewisse Gemeinwohlziele zu verwirklichen. Unter Netzwerkindustrien versteht man jene Wirtschaftszweige, die durch ein dominantes Netz gekennzeichnet sind und in denen die Leistungserbringung unter den Bedingungen eines natürlichen Monopols bislang vornehmlich durch den Staat oder öffentliche Unternehmen erfolgte“.* (FN¹)

Die wesentlichen Instrumente der Regulierung im Gasbereich sind die Marktzutrittsregulierung, die Netzzugangsregulierung, die Entflechtung (Unbundling), die Preisregulierung sowie Marktregeln. Kernstücke der Regulierung sind hier sicherlich die Netzzugangsregulierung sowie das Unbundling. In Zusammenhang mit der Netzzugangsregulierung unterscheidet man den verhandelten Netzzugang, wobei die Konditionen für den Netzzugang jeweils individuell ausverhandelt werden, vom geregelten Netzzugang, wo der Netzzugang nur auf Grund von festgelegten Allgemeinen Bedingungen sowie definierter Tarife angeboten wird. Das Unbundling soll verhindern, dass Unternehmen, die beides, Energienetz und Energiedienste, betreiben (sogenannte *„integrierte Unternehmen“*), faktische Diskriminierung fördern. In der Tat sind integrierte Unternehmen natürlich geneigt ihre *„economies of scope“* zu nützen und die Netzbenutzer

¹ Vgl. *Schneider/Stöger*, Regulierungsrecht – unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte, 2006, S. 2

zugunsten des eigenen Unternehmens zu diskriminieren. Schließlich spielen im Energierecht auch sogenannte Marktregeln eine wichtige Rolle. Darunter versteht man die Summe aller Vorschriften, Regelungen und Bestimmungen auf gesetzlicher oder vertraglicher Basis, die Marktteilnehmer im Erdgasmarkt einzuhalten haben, um ein geordnetes Funktionieren dieses Marktes zu ermöglichen und zu gewährleisten. (FN²)

2. Entwicklung der Regulierung im Gasbereich

2.1 Erste Regulierung des Gasmarktes

Was die sogenannten Netzwerkindustrien angeht, versucht die EU (damals EG) seit Ende der 1980er Jahre, die Verwirklichung des Binnenmarktes zu fördern. Dies vor allem dadurch dass den Mitgliedstaaten Vorgaben in Bezug auf die Regulierung der Infrastruktur gegeben werden. Eine partielle Öffnung der Gasmärkte für sogenannte „Großkunden“ gab es bereits durch das erste Energiepaket der Europäischen Gemeinschaften und die Erdgasbinnenmarktrichtlinie 98/30/EG. Ein weiterer Meilenstein war natürlich das zweite Energiepaket der Europäischen Gemeinschaften und die Erdgasbinnenmarktrichtlinie 2003/55/EG.

Vor diesem Hintergrund waren in Österreich bereits 2006 maßgebliche Veränderungen im Gaswirtschaftsrecht notwendig. Durch das Energie-

² Vgl. § 7 Z 37 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

Versorgungssicherheitsgesetz 2006 kam es im Juni 2006 zu einer Novellierung des Gaswirtschaftsrechts.

Durch diese Novelle kam es zu einer einschneidenden Veränderung im österreichischen Gaswirtschaftsrecht: Erstmals kam es zum Übergang von verhandeltem Netzzugang zu reguliertem Netzzugang bei grenzüberschreitenden Transporten. Dies war in der Erdgasbinnenrichtlinie 2003/55/EG so vorgesehen und wurde im GWG 2006 auch entsprechend umgesetzt. Die Regulierung wurde insbesondere dadurch geschaffen, dass die Allgemeinen Bedingungen für den Gastransit sowie die Berechnungsmethoden für Netznutzungstarife nunmehr von der E-Control zu genehmigen waren.

Darüber hinaus kam es zur Stärkung des Konsumentenschutzes, zur Einführung des „*One-stop-shop*“ Systems, zur Einrichtung einer zentralen Handelsplattform für das Handeln mit Sekundärmarktkapazitäten, wobei Transportkunden nunmehr verpflichtet waren, ungenutzte Kapazitäten zu handeln.

Durch den „*One-stop-shop*“ kam dem österreichischen Transitleitungsnetzbetreiber die Koordinationsfunktion zu, wenn Netznutzer mehrere Transitleitungen nutzen wollen. Dies hat auf jeden Fall zu einer Erleichterung der Durchführung von Transiten geführt.

Was die Verpflichtung angeht, ungenutzte Kapazitäten auf dem Sekundärmarkt anzubieten, sollte dies zu einer eindeutig effizienteren Nutzung von Transitleitungen führen. Zuvor waren die Leitungen oft physisch nicht voll ausgelastet, dennoch konnten die physisch freien Kapazitäten nicht vergeben werden, da sie bereits den am Markt lang etablierten Gaslieferanten durch Langfristverträge zugesichert waren. Somit war es neuen Gasanbietern de facto nicht möglich, Netzzugang zu erhalten. Dieses Prinzip, das in § 31e Absatz 7 iVm § 31e Absatz 2 Z 5 GWG 2009 (FN³) geregelt war, sollte klar zu einer Verbesserung der Liquidität der Kapazitäten führen.

Die Berechnungsmethoden der Netznutzungstarife sollten dem Grundsatz der Kostenorientierung und der Nichtdiskriminierung entsprechen. Dies bedeutet vor allem dass die Tarife im internationalen Vergleich angemessen sein müssen und dadurch eine Verbesserung des Wettbewerbs ermöglichen.

Dies zeigt dass **bereits im Jahre 2006 eine erste Regulierung des Gasmarktes** nämlich durch die Einführung des regulierten Zugangs zu Transitleitungen stattgefunden hat. Gleichzeitig wurde bereits 2006 die hohe Wichtigkeit des Ausbaus von Transitnetzen festgestellt. (FN⁴)

³ Vgl. § 31e Absatz 7 iVm § 31e Absatz 2 Z 5 GWG 2009 (BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. II Nr. 479/2009)

⁴ Bundeswettbewerbsbehörde, Allgemeine Untersuchung der österreichischen Gaswirtschaft, November 2006

2.2 Ergebnis auf dem Gasmarkt

Dennoch bestand nach wie vor ein enormer Verbesserungsbedarf was die Wettbewerbsbedingungen auf dem europäischen Gasmarkt anlangt.

Tatsächlich hat die E – Control in ihrem Bericht vom Juli 2008 „*Wettbewerb – Quo Vadis? Zur Lage des Strom- und Gasmarktes in Österreich*“ festgestellt, dass Österreich zwar bereits 2001 den Strommarkt für alle Endkunden geöffnet hat und somit in Österreich bereits 2001 eine Liberalisierung des Energiemarktes begonnen hat, dennoch die Wechselaktivität bei den Gaskunden (von einem Anbieter zu einem anderen) auffallend niedrig blieb. Die Wechselquote im Jahr 2007 lag bei lediglich 0,6%.

Auch eine gemeinsame Branchenuntersuchung der E – Control und der Bundeswettbewerbsbehörde im Jahr 2005 hat gezeigt dass die lokalen Versorger im Kleinkundenbereich ganz klar marktbeherrschend geblieben sind. Die lokalen Versorger können dadurch ihre Preise frei verändern und werden darin von anderen Versorgen bzw. dem Wettbewerb nicht eingeschränkt.

Dies waren eindeutige Anzeichen, dass im Jahr 2007 ein nachhaltiger Wettbewerb noch nicht erreicht wurde.

Die erwähnte geringe Wechselaktivität ist zahlreicher Studien zum Endkundenmarkt zufolge auf folgende wesentlichen Barrieren zurückzuführen: Kunden sehen ein geringes Einsparpotential, für einen Wechsel wird hohes Eigenengagement gefordert, Wechselbedingungen sind aufwendig und komplex. Wichtig ist dabei zu betonen, dass es sich bei den aufgezählten Barrieren jeweils nur um subjektiv vom Kunden wahrgenommene Barrieren handelt. Daraus lässt sich schließen, dass vor allem ein intensiver Informationsbedarf und auch Werbebedarf seitens der Unternehmen herrscht.

Infolge dieser Branchenuntersuchung wurde ein Maßnahmenpaket zur Belebung des Wettbewerbs initiiert. Darin enthaltene Maßnahmen waren z.B. die Gleichbehandlung aller Lieferanten durch die Netzbetreiber bei der Ausstellung der Netzrechnung, Verkürzung des Lieferantenwechselprozesses (von 8 auf 6 Wochen), die Unterlassung von komplizierten Preisanpassungen, ein Verhaltenskodex für Lieferanten sowie die Verteilung eines Informationsblattes für die Kunden. Einige dieser Maßnahmen haben sich laut E – Control in der Praxis bewährt.

Unabhängig von diesen Maßnahmen identifizierte die E – Control im Jahr 2008 in ihrem Bericht **die mangelhafte Entflechtung als Hauptursache für die schlechte Entwicklung des Wettbewerbs**. Die Endkunden seien sich der Trennung zwischen Netzbetreiber und Lieferant nicht ausreichend bewusst und dadurch seien sie sich auch der Wechselmöglichkeit zu einem anderen Lieferanten weniger bewusst.

Insgesamt führte das daher eindeutig zu einer fehlenden Dynamik des Wettbewerbs.

Der Bericht der E – Control aus dem Jahr 2008 hat ergeben, dass österreichische Unternehmen die notwendige Entflechtung nur formell und wenig konkret umgesetzt haben. Dies hat jedoch den unzureichenden gesetzlichen Vorgaben entsprochen. Gleichzeitig hat es aber keine ausreichenden Überprüfungs- bzw. auch keine erforderlichen Sanktionsmaßnahmen der Regulierungsbehörden gegeben. **Insgesamt hat es 2008 daher keine Rahmenbedingungen gegeben, um die Entflechtung pro-aktiv umzusetzen.** Als Beispiel sei erwähnt, dass nicht alle Netzbetreiber mit genügendem Anlagekapital ausgestattet waren; auch verfügten nicht alle Netzbetreiber über eigenes Personal. Jedoch nicht nur eine proaktive Umsetzung sondern auch eine proaktive Kontrolle der Entflechtung ist notwendig.

Betrachtet man beides gemeinsam, die mangelnde Differenzierung zwischen Netzbetreiber und Lieferant im öffentlichen Auftritt und die fehlende Trennung bzw. Entflechtung der integrierten Unternehmen, ist es verständlich, dass der Kunde nicht zwischen Netzbetreiber und Lieferant unterscheiden kann und somit künstlich Wechselbarrieren erschaffen werden.

Probleme, die sich bei der Umsetzung der Entflechtungsvorgaben gezeigt haben waren laut E – Control die folgenden:

- „organisatorische und personelle Verschränkungen,
- gefährdete Gleichbehandlung,
- wechselseitige Dienstleistungsbeziehungen,
- Umgang mit wirtschaftlich sensiblen Daten,
- Unzureichende bzw. nicht vorhandene Datenmanagementkonzepte,
- Netz- und Energievertrieb in Personalunion. (FN⁵)

Im Bereich des Großhandels war nach dem oben genannten Bericht der E-Control die Abhängigkeit Österreichs von einem Anbieter weiterhin gegeben. Größter und wichtigster Anbieter auf dem Großhandelsmarkt ist Gazexport (100% Tochter des Russischen Gaskonzerns Gazprom). Die hier für den Wettbewerb notwendige Diversifizierung der Anbieterstruktur erforderte die Erschließung neuer Beschaffungswege- und Methoden. Als möglicher neuer Beschaffungsweg war hier jedenfalls das internationale Projekt Nabucco genannt; als neue Beschaffungsmethoden sind z.B. Liquid Natural Gas („LNG“) Importe zu nennen. (FN⁶)

Letztere beziehen sich auf offshore Importe, wobei das Gas liquifiziert also verflüssigt wird, mit Tankern transportiert wird und in einer Regasifizierungsanlage wieder in die Form von Gas gebracht wird. Bei

⁵ E – Control, Wettbewerb – Quo Vadis? zur Lage des Strom- und Gasmarktes in Österreich 2007/2008

⁶ E – Control, Wettbewerb – Quo Vadis? zur Lage des Strom- und Gasmarktes in Österreich 2007/2008

einem Transportweg von mehr als 3.000 km ist der LNG Transport jedenfalls kosteneffektiver als der Transport über eine Pipeline. Der in Österreich und Mitteleuropa führende Öl- und Gaskonzern ist beispielsweise an einer im betreffenden Bereich bedeutenden Regasifizierungsanlage in Rotterdam beteiligt.

2.3 Versorgungssicherheit als Ziel

Die E – Control Kommission hat im Jahr 2007 die Entscheidung getroffen das Inlandsfernleitungssystem bis 2011 entscheidend auszubauen. Dadurch wurde versucht, die Sicherheit von Investitionen in die Erschließung nationaler Beschaffungswege zu verbessern.

Die oben angesprochene Diversifizierung der Anbieterstruktur ist für den Europäischen Gasmarkt im Hinblick auf die Versorgungssicherheit überaus wesentlich. Dies deshalb, weil sich die Gasproduktion und die Gasreserven in den nächsten Jahrzehnten kontinuierlich in Gebiete außerhalb Europas konzentrieren werden.

Im Jahre 2010 wurden in Österreich 80% des Gasangebotes durch Importe gedeckt. Die Tendenz dabei ist ganz klar ein Rückgang im Winter und ein Anstieg der Importe im Sommer. Die geringeren Mengen im Winter werden durch Speicherleistungen ersetzt. Lediglich 20% des Gasverbrauches werden national produziert, dies entspricht ca. 1,6 Mrd. Nm³ Gas. In

Österreich ist in der Gasproduktion hauptsächlich die OMV Exploration und Production GmbH tätig (85% der nationalen Produktion), daneben fördert lediglich noch die *Rohöl-Aufsuchungs AG* („RAG“) Naturgas.

Laut „Austrian Gas Grid Management AG“ („AGGM“) war 2010 mit einem Nachfragezuwachs zu rechnen, der nicht durch einen entsprechenden Anstieg im Angebot gedeckt ist. (FN⁷)

Darüber hinaus war laut Marktstudie der „*International Energy Agency*“ („IEA“) im Jahr 2010 die **Erschöpfung der existierenden Gasfelder ein nach wie vor bestehendes bedeutendes Problem**. Die Marktstudie schätzt einen Rückgang von zwischen 5% und 7,5% pro Jahr. Insbesondere sind die Gasreserven der OECD Länder sinkend, sodass Importe aus weiter entfernten und noch zu erschließenden Quellen unvermeidbar sind. Dies verdeutlicht die Notwendigkeit von Investitionen in Gasbeschaffungsmöglichkeiten, vor allem in Ferngasleitungen und Speicher. Hier ist es insbesondere wichtig, dass die Gasindustrie auf den Rückgang der Gasressourcen schnell mit entsprechenden Investitionen reagieren kann (FN⁸).

Die Erschließung neuer Gasquellen wie vor allem aus dem Kaspischen Raum und dem Mittleren Osten könnte, wie bereits erwähnt, durch internationale Infrastrukturprojekte wie z.B. das Nabucco Projekt

⁷ E-Control, Marktbericht 2010, Nationaler Bericht an die Europäische Kommission

⁸ International Energy Agency, Medium-Term Oil&Gas Markets 2010

ermöglicht werden. Anreize zu schaffen für Investitionen in solche Projekte, ist sicherlich Ziel der Regulierung.

Die bestehenden Versorgungslücken sind ein eindeutiger Hinweis, dass für neue Anbieter sowie für die Erschließung neuer Gasquellen ein Rahmen geschaffen werden muss. Bereits im GWG 2006 wurde in § 19a Absatz 2 (FN⁹) ein Anreiz für solche Investitionen geschaffen. Dort wurden gegenseitige Verpflichtungen von Netzbenutzer und Netzbetreiber festgelegt, die eine bessere Planbarkeit der betreffenden Investitionen ermöglichen sollten.

Ein Problem wurde diesbezüglich im Bericht der E – Control identifiziert. In Österreich sind auf diesem Gebiet keine Sanktionsmaßnahmen vorgesehen, sodass die Regulierungsbehörden keine Möglichkeiten haben, die erforderlichen Maßnahmen durchzusetzen. In der Tat gab es lediglich die Möglichkeit einer Anzeige bei der Bezirkshauptmannschaft gegeben; Gesetzesverletzungen konnten dabei mit einer Verwaltungsstrafe von maximal EUR 50.000 sanktioniert werden. In anderen Fällen, wie insbesondere bei Verletzungen von Entflechtungsbestimmungen, konnte die Konzession entzogen werden. Die E-Control war daher der klaren Meinung, dass es keine effektiven Sanktionsmöglichkeiten gab; eine Strafe in der Höhe von EUR 50.000 wertete sie als allenfalls symbolisch, eine

⁹ Vgl. § 19a Absatz 2 GWG 2006 (BGBl. I Nr. 106/2006)

Entziehung der Konzession hingegen als kaum realistisch. Es fehlten daher allgemein die notwendigen regulatorischen Rahmenbedingungen. (FN¹⁰)

Insgesamt kommt man wieder zu dem Ergebnis, dass es auf europäischer Ebene keinen gesetzlichen Rahmen gab, der garantieren würde, dass neue Marktteilnehmer im Erdgasbereich gleich behandelt werden. Um eine solche Gleichbehandlung garantieren zu können, wäre es vor allem wesentlich, eine effektive Entflechtung der Übertragungs- und Fernleitungsnetze zu schaffen.

Eine effektive Entflechtung würde zu einer Stärkung des Wettbewerbs bzw. überhaupt zu der Erreichung eines effizienten Wettbewerbs führen. Dies ist auch notwendig, um Investitionsanreize im Hinblick auf neue Infrastrukturprojekte zu schaffen. Neue Infrastrukturprojekte sind wiederum im Zusammenhang mit einer langfristig realistischen Versorgungssicherheit erforderlich.

Als weitere Elemente der notwendigen Entwicklung des Erdgasmarktes hat die E-Control in ihrem Bericht die Stärkung und Harmonisierung der Funktionen der Regulierungsbehörden gesehen. Aber auch eine verpflichtende Zusammenarbeit der Fernleitungsnetzbetreiber sowie eine bessere regionale Kooperation waren aus der Sicht der E-Control in diesem Zusammenhang jedenfalls notwendig.

¹⁰ E – Control, Wettbewerb – Quo Vadis? zur Lage des Strom- und Gasmarktes in Österreich 2007/2008

2.4 Drittes Energiepaket

Im Anschluss an einen Binnenmarktbericht der Kommission und einer Untersuchung der Gas- und Elektrizitätsmärkte gab es bereits im September 2007 Vorschläge der Europäischen Kommission zum „*Dritten Liberalisierungspaket für den Energiemarkt*“ – dem sogenannten „*3rd Package*“.

Die Untersuchung stellte fest, dass u.a. die wirksame Trennung der Versorgung und Erzeugung vom Betrieb der Netze (Entflechtung), die Harmonisierung der Befugnisse und Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden, sowie darüber hinaus die Einrichtung einer unabhängigen EU-Agentur notwendig wäre.

Dominiert wurden die darauf folgenden Diskussionen dazu insbesondere vom Thema „*Unbundling Ownership*“ (siehe hierzu Punkt 3.1 unten). Erst im Juni 2008 konnte man sich im TTE-Rat (Rat Verkehr, Telekommunikation und Energie) über die Eckpunkte des Binnenmarktpaketes politisch einig werden. Und erst ein Jahr später, **am 25. Juni 2009, wurde das 3rd Energy Package vom Rat beschlossen.** (FN¹¹)

Bei der Tagung des Europäischen Rates am 4. Februar 2011 wurde neuerlich festgestellt, dass die EU einen voll funktionsfähigen als Verbund

¹¹ Materialien zur RV GWG 2011, Erläuterungen

organisierten und integrierten Energiebinnenmarkt braucht. Ein solcher Binnenmarkt sollte bis 2014 vollendet sein, daher sollten die Netzbetreiber zusammen mit den Regulierungsbehörden ihre Arbeiten im Hinblick auf dieses Ziel intensivieren. In erster Linie ist es laut Europäischem Rat wichtig, die Energieinfrastruktur in Europa zu modernisieren und natürlich auch auszubauen. Die Energieinfrastruktur ist aber auch über Europa hinaus auszubauen und daher ist jedenfalls auch ein Verbund der Netze über die Grenzen Europas hinaus zu schaffen.

In diesem Zusammenhang sah es der Europäische Rat als unerlässlich an, die Genehmigungsverfahren für den Bau neuer Infrastrukturen zu straffen und zu optimieren. Darüber hinaus war es in diesem Zusammenhang wesentlich, einen Regelungsrahmen zu schaffen, der die erforderlichen Investitionen attraktiv macht. Hier war es insbesondere wichtig, transparente und nicht diskriminierende Tarife zu regeln, dies vor dem Hintergrund, dass Investitionskosten vornehmlich über die Tarife gedeckt werden. (FN¹²)

¹² Vgl Schlussfolgerungen der Tagung des Europäischen Rates 4. Februar 2011

II. Inhalte des Dritten Energiepaketes

Wie bereits im ersten Kapitel der Arbeit erwähnt, hat die EU Kommission im Jahr 2005 eine Untersuchung der Gas- und Strommärkte veranlasst, um die auf diesen Märkten herrschenden Wettbewerbskonditionen und Störungsursachen beurteilen zu können. Die Grundlage dafür war Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des EG-Vertrages (aktuell Artikel 101 und 102 AEUV) niedergelegten Wettbewerbsregeln.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat dabei festgestellt, dass integrierte Netzbetreiber meist ihre eigenen Konzerngesellschaften bevorzugen und Entscheidungen vor allem im Hinblick auf ihre Interessen als Versorger und nicht im Hinblick auf den Netzbetrieb- und Ausbau treffen. Auch wurde belegt, dass langfristige Bezugsverträge, wie sie üblich sind, ein bedeutendes Hindernis für neue Marktteilnehmer, die keinen effektiven Zugang zu den bestehenden Netzwerken finden, darstellt. Die mangelnde Umsetzung der Entflechtungsvorschriften des zweiten Energiepaketes hat also zu fehlenden Investitionsanreizen und somit insgesamt zu Störungen des Marktes geführt.

Als Folge dieser Untersuchungen hat die Kommission im September 2007 einen Vorschlag für ein Drittes Energiepaket (auch Binnenmarktpaket) vorgestellt, welches nach erheblichen Diskussionen unter den

Mitgliedstaaten am 13 Juli 2009 auch beschlossen wurde und am 4 September 2009 in Kraft getreten ist.

1. Rechtsakte

Das Dritte Energiepaket besteht aus folgenden Rechtsakten:

1. **Verordnung (EG) Nr. 713/2009** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörde
2. **Verordnung (EG) Nr. 714/2009** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbestimmungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003
3. **Verordnung (EG) Nr. 715/2009** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005
4. **Richtlinie 2009/72/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den

Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG

5. **Richtlinie 2009/73/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (FN¹³)

Durch die oben angeführten Rechtsakte wurden sämtliche bisherigen Rechtsvorschriften, welche für den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt maßgeblich waren, aufgehoben.

Rechtsakte des Dritten Binnenmarktpaketes, welche für den Erdgasbinnenmarkt – und somit für diese Forschungsarbeit – relevant sind, sind lediglich:

1. die Verordnung (EG) Nr. 713/2009,
2. die Verordnung (EG) Nr. 715/2009, sowie
3. die Richtlinie 2009/73/EG.

¹³ Materialien zur RV GWG 2011, Erläuterungen

2. Zielsetzungen

Das Dritte Binnenmarktpaket, und insbesondere die Richtlinie 2009/73/EG, haben im Wesentlichen drei wichtige **Zielsetzungen**:

Zum einen sollen die in der Richtlinie enthaltenen Bestimmungen über die Entflechtung von Fernleitungsnetzbetreibern („*Transmission System Operator*“, Abk. „TSO“) **Interessenskonflikte zwischen Lieferanten und Erzeugern wirksamer als bisher gelöst** werden. Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2009/73/EG hält konkret fest: „Jedes Entflechtungssystem sollte die Interessenkonflikte zwischen Erzeugern, Lieferanten und Fernleitungsnetzbetreibern wirksam lösen, um Anreize für die notwendigen Investitionen zu schaffen und den Zugang von Markteinsteigern durch einen transparenten und wirksamen Rechtsrahmen zu gewährleisten, und den nationalen Regulierungsbehörden keine zu schwerfälligen Regulierungsvorschriften auferlegen“ (FN¹⁴). Aus diesem Erwägungsgrund ergeben sich klar zwei weitere, den Entflechtungsbestimmungen inhärente, Ziele der Richtlinie: Es sollen Anreize für notwendige, **neue Investitionen im Energiebereich** geschaffen werden bzw. sollen solche Investitionen erleichtert werden. Des Weiteren soll **Markteinsteigern ein effektiver Zugang zum Netz gewährleistet** werden bzw. soll ihnen ein solcher Zugang überhaupt ermöglicht werden.

¹⁴ Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2009/73/EG

Zweitens soll die Richtlinie den Aufbau eines wettbewerblich organisierten Erdgasbinnenmarktes durch ein **gemeinschaftsweites Verbundnetz** ermöglichen. Hierzu ist es notwendig, Neuinvestitionen stark zu fördern und somit Engpässe zwischen den nationalen Netzen zu beseitigen (weitgehend geregelt in den beiden Verordnungen Nr. 713/2009 und Nr. 715/2009, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sind).

Drittens und generell sollen im Hinblick auf die Ziele des Verbraucherschutzes, der Versorgungssicherheit, des Umweltschutzes und eines funktionierenden Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten **Mindestnormen** festgelegt werden. Die hier allgemein erwähnte Versorgungssicherheit sowie der funktionierende Wettbewerb sollen im Speziellen natürlich auch durch die in der Richtlinie enthaltenen Entflechtungsbestimmungen erreicht werden (FN¹⁵).

Im Einklang mit diesen Zielsetzungen betreffen die neuen Bestimmungen des Dritten Energiepaketes vor allem fünf Bereiche: Entflechtungsbestimmungen für integrierte Unternehmen, Aufsicht und Kooperation auf regulatorischer Ebene, Zusammenarbeit der Netzbetreiber, Transparenz und letztlich Zugang zu Speicher und LNG Kapazitäten.

¹⁵ Materialien zur RV GWG 2011, Erläuterungen

3. Entflechtungsbestimmungen

Eines der wichtigsten Aspekte in den neuen Bestimmungen des Europäischen Gasmarktes ist die **Trennung zwischen der Produktion von Gas bzw. der Versorgung des Gasmarktes mit Erdgas einerseits und des Betriebens von Netzwerken andererseits**. Dies wird zusammengefasst im sogenannten Unbundling-Regime. Im Zuge der Liberalisierung des Energiemarktes hat man sich von den früher meist zentralisierten und staatlichen Netzwerkeigentümern wegbewegt hin zu vertikal integrierten Unternehmen, die sowohl die Produktion oder den Import von Gas als auch den Transport durchführen. Solche integrierten Unternehmen haben natürlich keine Veranlassung in die Verbesserung oder den Ausbau von Netzwerken zu investieren, da dies nur ihren Mitbewerbern bessere Bedingungen schaffen würde und diese daher fördern würde. Ein Unbundling-Regime soll daher zu höheren Investitionen in die Netzwerke und somit zu einer besseren Versorgungssicherheit führen.

Ursprünglich haben die EU Kommission und das EU Parlament das sogenannte volle „**Ownership Unbundling**“ („OU“) als einzige Möglichkeit gesehen. Das volle OU bezeichnet eine vollständige Trennung zwischen den Transportaktivitäten und den Produktions- bzw. Versorgungsaktivitäten. Dies bedeutet in erster Linie eine **eigentumsrechtliche Trennung** der jeweils diese Aktivitäten betreibenden Unternehmen. D.h., dass ein Netzwerkunternehmen, wie es

z.B. der Österreichische Netzbetreiber ist, grundsätzlich nicht mehr länger mit einem Unternehmen das die Gasproduktion- bzw. Versorgung betreibt verbunden sein kann. Letztendlich bedeutet dies, dass das Netzkununternehmen Eigentümer des Netzwerks sein muss und dieses auch kontrollieren muss.

Im OU Regime ist es lediglich erlaubt unter bestimmten Umständen einen nicht-kontrollierenden Minderheitenanteil am Netzkununternehmen zu halten. In einem solchem Fall darf der Minderheitenanteilshalter weder Stimm- noch Vetorechte besitzen, er darf auch keinerlei Rechte haben, Geschäftsführungs- oder Vorstandsmitglieder des betroffenen Netzkununternehmens zu bestellen. Ein und dieselbe Person darf auch nicht Geschäftsführungs- oder Vorstandsmitglied in beiden Unternehmen sein. Diese, wenn man so will, Ausnahmeregelungen sind z.B. von besonderer Relevanz für Investoren aus anderen Bereichen wie z.B. Pensions- oder Investmentfonds.

Auf politischen Druck der Mitgliedstaaten hin wurden zwei bzw. sogar drei andere Entflechtungsmodelle entwickelt: das „*Independent System Operator*“ („ISO“) Modell, das „*Independent Transmission Operator*“ („ITO“) Modell und das Modell der „*wirksameren Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers*“ („ITO+“).

Im Fall des **ISO** Modells können die integrierten Unternehmen ihre Anteile am Netzkununternehmen (ISO) behalten; allerdings muss das

Netzwerkunternehmen **gesellschaftsrechtlich eine vollkommen separate Einheit** darstellen und sowohl das Netzwerk zur Gänze selbständig führen als auch alle Tätigkeiten eines Netzbetreibers selbst ausführen. Der ISO selbst muss alle typischen Unbundling Vorschriften einhalten d.h. es darf keine Anteile an einem Gasproduktions- oder Versorgungsunternehmen halten.

Das ISO Modell wird im Rahmen des Dritten Energiepaketes mehrfach regulatorisch gestärkt. Insbesondere hat ein Netzwerkeigentümer, der auch Produktion oder Versorgung betreibt, den Netzwerkteil ganz klar rechtlich und funktional abzutrennen. Ein wesentliches Merkmal des ISO ist, dass die Entscheidungen vom ISO getroffen werden, die Finanzierung jedoch vom Eigentümer erfolgt.

Sofern sich ein Unternehmen für ein ISO Modell entscheidet, ist dies von der Kommission zu genehmigen. Der ISO muss sich in einem weiteren Schritt verpflichten, sich an einen von der Regulierungsbehörde genehmigten 10-Jahres Netzentwicklungsplan zu halten.

Das **ITO** Modell wurde auf Grund eines Kompromisses von acht Mitgliedstaaten, wobei Österreich hier eine wichtige Rolle gespielt hat, eingeführt. Diese Lösung wurde von Ländern forciert, die die anderen Entflechtungsmodelle in ihren nationalen regulatorischen Systemen für nicht oder nur schwer umsetzbar erachteten.

Die österreichische Presseagentur in Brüssel hat am 13 Mai 2008 berichtet: „Die EU Kommission lenkt ein im Streit mit den EU-Staaten um eine Zerschlagung der großen Energiekonzerne. In einem neuen Papier, das die EU-Botschafter am Mittwoch diskutieren, schlägt die Brüsseler Behörde die von acht Ländern, darunter Österreich, geforderte mildere Alternative zum Zwangsverkauf der Übertragungsnetze vor – allerdings vorerst nur für den Gasbereich. Beobachter in Brüssel schließen nicht aus, dass so einige der acht Staaten zufriedengestellt werden können und in der Folge ihren Widerstand im Stromsektor aufgeben könnten.“ (FN¹⁶)

Der Grundgedanke dabei war, dass die bereits seit langen existierenden vertikal integrierten Unternehmen bestehen bleiben, jedoch durch eine Anzahl an genauen Regeln sicherstellen, dass Transportaktivitäten getrennt von den Produktions- bzw. Versorgungsaktivitäten betrieben werden.

Wichtige Regeln, die diese Trennung gewährleisten sollen, sind gemäß Art 17 ff der RL beispielsweise:

- Personen der Unternehmensleitung und/oder Mitglieder der Verwaltungsorgane des Fernleitungsnetzbetreibers dürfen beim vertikal integrierten Unternehmen, weder direkt noch indirekt, verantwortungsvolle Positionen bekleiden oder solche beruflichen Aufgaben wahrnehmen; sie dürfen weder direkt noch indirekt Interessens- oder Geschäftsbeziehungen

¹⁶ APA0423 5 WI 0276 WA/AI 13 Mai 2008

mit dem vertikal integrierten Unternehmen unterhalten. Diese Einschränkung gilt auch schon für die letzten drei Jahren vor der Ernennung der Unternehmensleitung des ITO. Diese Vorgabe soll klar eine personelle Unabhängigkeit sicherstellen.

- Vor der Ernennung einer Person für das Management des Fernleitungsnetzbetreibers müssen mindestens sechs Monate vergehen, in denen diese Person keine Managementposition oder ähnlich verantwortungsvolle Position im vertikal integrierten Unternehmen innegehabt hat. Hier spricht man von einer sogenannten „*cooling on*“ und „*cooling off*“ Phase.
- Personen der Unternehmensleitung und / oder Mitglieder der Verwaltungsorgane des Fernleitungsnetzbetreibers sowie die Beschäftigten des Fernleitungsnetzbetreibers dürfen weder direkt noch indirekt Beteiligungen an Unternehmensteilen des vertikal integrierten Unternehmens halten noch finanzielle Zuwendungen von diesen erhalten. Dies bezieht sich natürlich nicht auf Beteiligungen am Fernleitungsnetzbetreiber selbst.
- Fernleitungsnetzbetreiber müssen in Bezug auf ihre Unternehmensidentität, Kommunikation, Markenpolitik und vor allem Geschäftsräume dafür Sorge tragen, dass eine

Verwechslung mit dem vertikal integrierten Unternehmen ausgeschlossen ist. Auch bezüglich IT, Rechnungslegung und der Rechtsabteilung ist eine Trennung vorzunehmen.

- Der ITO darf bei der Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplanes nicht vom vertikal integrierten Unternehmen beeinflusst werden.

- Entscheidungen bei Netzbetrieb, Netzwartung und Netzausbau sind vom ITO gänzlich unabhängig vom vertikal integrierten Unternehmen zu treffen. (FN¹⁷)

Auf diese ITO-Regeln wird unter Punkt III. 3. dieses Kapitels und, was die nationale Umsetzung betrifft, unter Punkt I. 2.5 des nächsten Kapitels genauer eingegangen.

Wichtig ist darauf hinzuweisen, dass jene Länder, die bereits das OU oder das ISO Modell eingeführt haben, nicht mehr auf das ITO Modell umsteigen können. Das ITO Modell könnte auch (gemeinsam mit dem ITO+ Modell) als die niedrigste Unbundling Schwelle bezeichnet werden, die es Mitgliedstaaten wie Frankreich, Deutschland und eben auch Österreich ermöglicht, ihr derzeitiges Netzwerksystem beizubehalten, indem der Fernleitungsnetzbetreiber quasi Teil des vertikal integrierten Unternehmens bleibt.

¹⁷ Vgl. Artikel 17 ff der Richtlinie 2009/73/EG

Die Kommission hat sich vorgenommen, eine spezielle Untersuchung der ITO Unbundling Vorschriften zwei Jahre nach deren Implementierung durchzuführen. Dies soll spätestens drei Jahre nach deren Implementierung zu Vorschlägen, sofern notwendig, für eine vollständige und effektive Unabhängigkeit der ITO führen.

Die Richtlinie legt schließlich den Grundstein für eine vierte Entflechtungsvariante. Gemäß Artikel 9 Absatz 9 der Richtlinie müssen die Entflechtungsbestimmungen des Artikel 9 Absatz 1 nicht angewendet werden, sofern Regelungen bestehen, die eine wirksamere Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers gewährleisten als die Bestimmungen des Kapitels IV der Richtlinie (ITO Bestimmungen) (FN¹⁸). Die Richtlinie erwähnt diese Variante lediglich im Rahmen von zwei Absätzen des Artikels 9 der Richtlinie (Absätze 9 und 10), sodass sie nicht wirklich als separate Variante erscheint. Aus diesem Konzept entwickelt sich in der Folge jedoch das ITO+ Modell, auf das im zweiten Kapitel dieser Arbeit näher eingegangen wird.

4. Regulatorische Aufsicht

Die zweite Gasrichtlinie (2003/55/EG) sah vor, dass die Mitgliedstaaten nationale Regulierungsbehörden einrichten. Gemäß Artikel 25 der

¹⁸ Vgl. Artikel 9 Absatz 9 der Richtlinie 2009/73/EG

Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten „eine oder mehrere zuständige Stellen mit der Aufgabe als Regulierungsbehörde betrauen“ (FN¹⁹). Im Ergebnis kam es zu Regulierungsbehörden mit unterschiedlichen Befugnissen und vom Staat auch verschieden unabhängig. In manchen Mitgliedstaaten wurden die Regulierungsaufgaben auf verschiedene Stellen aufgeteilt in anderen in einer Behörde zusammengefasst.

Unter dem Dritten Energiepaket wurde die **Rolle der Regulierungsbehörden klar gestärkt**. Gemäß Artikel 39 der neuen Richtlinie (2009/73/EG) müssen die Regulierungsbehörden rechtlich getrennt und funktional unabhängig von jeder anderen öffentlichen oder privaten Einheit sein. Das Personal und Management muss unabhängig von Marktinteressen handeln und darf keine direkten Weisungen von Regierungsstellen oder anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen einholen oder entgegennehmen. Zu diesem Zweck sollen die Regulierungsbehörden über ihr zugewiesene Haushaltsmittel autonom verfügen können und soll mit angemessenen personellen und finanziellen Ressourcen ausgestattet sein (FN²⁰).

Die Aufgaben der Regulierungsbehörde wurden gestärkt und insbesondere in folgenden Bereichen ausgebaut (FN²¹):

- sie arbeitet in grenzüberschreitenden Angelegenheiten mit

¹⁹ Artikel 25 der Richtlinie 2003/55/EG

²⁰ Vgl. Artikel 39 der Richtlinie 2009/73/EG

²¹ Vgl. Artikel 41 der Richtlinie 2009/73/EG

den Behörden der betroffenen Mitgliedstaaten sowie mit der „Agency for Co-operation for Energy Regulators“ („ACER“) zusammen;

- sie überwacht die Anwendung der Nichtdiskriminierungsregeln im Hinblick auf den Zugang zum Fernleitungsnetz (Umsetzung der Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 715/2009) und die Anwendung der Unbundling-Bestimmungen;
- sie überwacht die Investitionspläne der Fernleitungsnetzbetreiber und beurteilt deren Kohärenz mit dem gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan;
- sie überwacht Sicherheit und Zuverlässigkeit des Netzes;
- sie überwacht den Grad der Transparenz und gewährleistet dass die Transparenzanforderungen erfüllt werden;
- sie überwacht den Grad und die Wirksamkeit der Marktöffnung und den Umfang des Wettbewerbs in Zusammenarbeit mit den zuständigen Wettbewerbsbehörden;
- sie trägt dazu bei, dass Maßnahmen zum Verbraucherschutz durchgesetzt werden;

- sie ist mit bestimmten Sanktionsbefugnissen ausgestattet.

Bedeutend ist, dass die Richtlinie den Regulierungsbehörden erstmals eine klare europäische Zielvorgabe setzt: Die Behörden sollen gemeinsam mit den Behörden der anderen Mitgliedstaaten, ACER und der Kommission einen wettbewerbsbestimmten, sicheren und ökologisch nachhaltigen Erdgasbinnenmarkt in der Gemeinschaft und eine effektive Öffnung des Marktes für alle Lieferanten und Kunden in der Gemeinschaft fördern; sie sollen geeignete Bedingungen dafür sicherstellen, dass Gasnetze unter Berücksichtigung der langfristigen Ziele wirkungsvoll und zuverlässig betrieben werden (FN²²).

4.1 Benennung der Regulierungsbehörden

Artikel 39 Absatz 1 der Richtlinie legt fest, dass *„jeder Mitgliedstaat auf nationaler Ebene **eine einzige nationale Regulierungsbehörde benennt**“*.

Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zur zweiten Gas-Richtlinie: Gemäß zweiter Gas-Richtlinie war es noch möglich mehrere Regulierungsbehörden in einem Mitgliedstaat zu benennen. Dies ist nach dem Wortlaut der neuen Gas-Richtlinie nicht mehr möglich. Die regulatorischen Aufgaben können nicht mehr auf unterschiedliche

²² Vgl. Artikel 40 (a) der Richtlinie 2009/73/EG

Behörden aufgeteilt werden sondern müssen (bis auf einige wenige Aufsichtsaufgaben) in einer einzigen Behörde zusammengefasst werden.

Die Bestimmung verhindert nicht, dass innerhalb der Behörde verschiedene Strukturen bzw. Organe bestehen können (wie z.B. Sekretariat, Kammern etc.). Allerdings müssen diese alle organisatorisch in einer behördlichen Einheit vereint sein.

Mit Artikel 39 Absatz 2 der Richtlinie soll auf Bundesstaaten oder dezentralisierte Staaten Rücksicht genommen werden. Tatsächlich sieht die Bestimmung vor, dass *„die Benennung anderer Regulierungsbehörden auf regionaler Ebene in den Mitgliedsstaaten“ möglich ist, „sofern es für Vertretungszwecke und als Ansprechpartner auf Gemeinschaftsebene innerhalb des Regulierungsrates der Agentur gemäß Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009 („ACER Verordnung“) einen einzigen ranghohen Vertreter gibt“*. Unter regionaler Ebene soll eine unter-nationale Ebene innerhalb eines Bundesstaates bzw. eine autonome Region innerhalb des Mitgliedstaats verstanden werden.

Artikel 39 Absatz 3 der Richtlinie sieht folgende Ausnahme vor: *„Ein Mitgliedstaat kann Regulierungsbehörden für kleine Netze in einer geografisch eigenständigen Region benennen, deren Verbrauch im Jahr 2008 weniger als 3% des gesamten Verbrauchs des Mitgliedstaats, zu dem sie gehört, betragen hat“*. Bei dieser Ausnahme ist wesentlich, dass das Netz in einer geografisch eigenständigen Region liegt, wobei nicht ausreicht, dass die Region relativ wenig Verbindungen oder Beziehungen

zum restlichen Mitgliedstaat hat. Hiervon können insbesondere Inseln Gebrauch machen.

4.2 Unabhängigkeit

Eine Wirtschaftssteuerung und Regulierung des Energiemarktes kann institutionell am besten durch zumindest weitgehend unabhängige Regulierungsbehörden gewährleistet werden. Diese Idee der unabhängigen Regulatoren hat sich in den USA und in Großbritannien entwickelt. In den USA war es das Ziel, den freien Markt nicht ganz aus den Augen zu lassen; währenddessen war es in Großbritannien wie auch in Kontinentaleuropa das Ziel, staatliche Unternehmen in den Wettbewerb zu führen (FN²³). Gemeinschaftsrechtlich wird also in allen Netzbereichen eine gewisse Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von der staatlichen Verwaltung verlangt.

Wichtig ist festzuhalten, dass laut Erwägungsgrund 30 der Richtlinie die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden weder einer gerichtlichen Überprüfung noch einer parlamentarischen Kontrolle nach dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten entgegen steht (FN²⁴).

²³ *Schneider/Stöger*, Regulierungsrecht – unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte, 2006

²⁴ Vgl. Erwägungsgrund 30 der Richtlinie 2009/73/EG

Artikel 39 Absatz 4 der Richtlinie legt die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde fest und schreibt vor, dass diese ihre Befugnisse **unparteiisch und transparent** auszuüben hat. Dabei bezieht diese Verpflichtung vor allem auf die Aufgaben und Befugnisse gemäß Artikel 41 der Richtlinie aber auch auf andere wie z.B. die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gemäß Artikel 3 der Richtlinie.

Unparteiisch agiert die Regulierungsbehörde dann, wenn sie Entscheidungen neutral und objektiv trifft. Bei Verletzungen sind zivilrechtliche, verwaltungsrechtliche und/oder strafrechtliche Sanktionen vorzusehen. Um die Transparenzpflichten zu erfüllen, sollen Verfahrensregeln beschlossen und veröffentlicht werden. Dazu gehört auch, dass klare Ansprechpartner sowie Informationen zur Organisation und Struktur der Regulierungsbehörde angegeben werden. Darüber hinaus werden im Hinblick auf die Transparenzerfordernisse öffentliche Konsultationen und Anhörungen als notwendig erachtet. Entscheidungen der Regulierungsbehörde sind zu veröffentlichen, sodass die Gründe für eine Entscheidung für die Öffentlichkeit nachvollziehbar sind.

In Artikel 39 Absatz 4 a) und b) der Richtlinie werden die Voraussetzungen im Hinblick auf Unabhängigkeit im Detail dargestellt. lit. a) bezieht sich auf die Einrichtung selbst, lit. b) hingegen bezieht sich auf das Personal und das Management.

Organisatorische Unabhängigkeit

Die Regulierungsbehörde muss gemäß Artikel 39 Absatz 4 a) rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen und privaten Einrichtungen sein. Die zweite Erdgasbinnenmarktrichtlinie betreffend Erdgas hat in ihrem Artikel 25 lediglich auf die Industrie bzw. die Erdgaswirtschaft Bezug genommen („von den Interessen der Erdgaswirtschaft vollständig unabhängig“) (FN²⁵). Die aktuelle Richtlinie ist also viel weiter gefasst.

Rechtlich getrennt bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Regulierungsbehörde eine eigene und von jeder anderen Regierungsbehörde separate rechtliche Einheit darstellen muss.

Dies hängt auch stark mit der Vorgabe in Artikel 39 Absatz 5 a) zusammen. Demnach muss die Regulierungsbehörde unabhängig von allen politischen Stellen selbständige Entscheidungen treffen können und jedes Jahr separate Haushaltsmittel zugewiesen bekommen, damit sie den Haushalt eigenverantwortlich ausführen und über die personelle und finanzielle Ressourcenausstattung verfügen kann (FN²⁶).

Sofern die selbständige Entscheidungsfindung betroffen ist, ist hier sowohl eine ex ante als auch eine ex post Regelung zu sehen. Ex ante ist keinerlei

²⁵ Vgl. Artikel 25 der Richtlinie 2003/55/EG

²⁶ Vgl. Artikel 39 Absatz 5 a) der Richtlinie 2009/73/EG

Einflussnahme der Regierung oder anderen öffentlichen oder privaten Einheit erlaubt. Ex post sind Entscheidungen der Regulierungsbehörden unmittelbar bindend und direkt anwendbar, d.h. sie sind weder genehmigungs- noch zustimmungspflichtig. Die Entscheidungen können auch nicht von Regierung oder zuständigen Ministerien überprüft oder aufgehoben werden.

Was die Zuweisung separater Haushaltsmittel betrifft ist es zwar gestattet, dass das Budget der Regulierungsbehörden Teil des Staatsbudgets ist, allerdings muss es ein eindeutig **separates Budget** sein. Die Regulierungsbehörden sollen den zugewiesenen Haushalt eigenverantwortlich ausführen, was bedeutet, dass sie alleine darüber entscheiden, wie die Mittel ausgegeben werden und hierbei an keinerlei Weisung gebunden sind. Erwägungsgrund 30 der Richtlinie bestimmt ausdrücklich, dass die Zustimmung des nationalen Gesetzgebers zum Haushaltsplan der Regulierungsbehörde die Haushaltsautonomie nicht beeinträchtigt (FN²⁷).

Die Regulierungsbehörde muss über die ihr zugewiesenen Mittel in transparenter Weise verfügen und darüber auch berichten. Gemäß Artikel 41 Absatz 1 e) der Richtlinie hat die Regulierungsbehörde jährlich Bericht über ihre Tätigkeit und die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erstatten, wobei jede einzelne Aufgabe, jede getroffene Maßnahme und das erzielte Ergebnis darzulegen ist.

²⁷ Vgl. Erwägungsgrund 30 der Richtlinie 2009/73/EG

Personelle Unabhängigkeit

Artikel 39 Absatz 4 b) betrifft die Unabhängigkeit von Personal und Management und gibt vor, dass Personal und Management einerseits unabhängig von Marktinteressen handeln soll und andererseits keine direkten Weisungen von Regulierungsbehörden oder anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen einholen oder entgegennehmen darf. Obwohl die Richtlinie nur das Einholen von Weisungen verbietet, ist die Kommission der Ansicht, dass diese Bestimmung auch das Verbot beinhaltet, Weisungen an das Personal und Management zu erteilen (FN²⁸).

Diese Voraussetzungen sollen bewirken, dass Regulierungsbehörden unabhängig von politischen und wirtschaftlichen Interessen agieren; Regulierungsbehörden sollen bei ihren Entscheidungsfindungen in jeglicher Hinsicht frei von Marktinteressen handeln und sich lediglich nach dem Allgemeininteresse richten.

Das Personal und Management der Regulierungsbehörden darf daher keine beruflichen Positionen in Energie- bzw. Gasunternehmen haben und auch keine Anteile an solchen Unternehmen halten. (Nach Ansicht der

²⁸ Vgl. Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Natural Gas, The Regulatory Authorities, 22 Jänner 2010, S. 7

Kommission sind Beteiligungen an Pensionsfonds oder ähnlichen Fonds, welche in ihrem Portfolio solche Anteile halten, davon ausgenommen. (FN²⁹)

Die Bestimmung soll eine Zusammenarbeit mit anderen zuständigen nationalen Behörden nicht verhindern (FN³⁰). Dies wird auch in Artikel 41 Absatz 2 betont wonach die Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegebenenfalls eng mit anderen zuständigen Behörden zusammenarbeiten sollen. Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit der immer essentieller werdenden Zusammenarbeit zwischen Regulierungsbehörden und Wettbewerbsbehörden wichtig. Die Kommission würde sich hier idealerweise eine Festlegung von Regeln für eine derartige Zusammenarbeit wünschen. Dazu kann man mit einer gewissen Skepsis stehen. Die Frage ist, ob hier ein Übermaß an Regeln nicht vor einer Zusammenarbeit und Kooperation abschreckt. Es zeigt sich z.B. langsam in Österreich eine Tendenz zu einer gesteigerten Kooperationsbereitschaft zwischen den Behörden. Hier spielt vor allem eine Rolle, dass Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht immer mehr ineinander spielen; die Wettbewerbsbehörden bzw. in Österreich die Bundeswettbewerbsbehörde greift bei der Erarbeitung ihrer Fälle in regulierten Branchen nachvollziehbarerweise häufig auf die Erfahrung und naturgemäß genauere Information der Regulierungsbehörde bzw. der E –

²⁹ Vgl. Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Natural Gas, The Regulatory Authorities, 22 Jänner 2010, S. 7

³⁰ Vgl. Artikel 39 Absatz 4 b) ii) letzter Satz der Richtlinie 2009/73/EG

Control zurück. Dies ist notwendig und sehr zu begrüßen. Hier den betroffenen Behörden ein Regelungswerk vorzulegen könnte meiner Ansicht nach leicht das Gegenteil bewirken. Zu befürchten ist nämlich, dass ein detailliertes Regelungswerk das Verfahren verkompliziert; eine Zusammenarbeit, welche ohnehin auch ohne ausgebauten Regelungswerk zu beobachten ist, wird somit erschwert anstatt gefördert. (FN³¹)

4.3 Allgemeine Ziele der Regulierungsbehörde

Artikel 40 der Richtlinie legt die allgemeinen Ziele der Regulierungsbehörde fest. Die Regulierungsbehörde hat bei der Wahrnehmung der in der Richtlinie genannten Regulierungsaufgaben alle zweckmäßigen Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse, welche in 41 der Richtlinie aufgezählt sind, zu treffen.

Der Wortlaut dieser Verpflichtung bezieht ausdrücklich nur auf die „in der Richtlinie genannten Regulierungsaufgaben“. Die Kommission stellt jedoch in ihren Erläuternden Bemerkungen klar, dass die Zielsetzungen generell bei allen Regulierungsaufgaben zu beachten sind. Somit fallen darunter auch Regulierungsaufgaben, welche sich aus der Verordnung über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen

³¹ Vgl. Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Natural Gas, The Regulatory Authorities, 22 Jänner 2010

(Verordnung (EG) Nr. 715/2009) oder der sogenannten ACER Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 713/2009) ergeben.

Erstgenanntes Ziel (a)) ist die **Förderung eines wettbewerbsbestimmten, sicheren und ökologisch nachhaltigen Erdgasbinnenmarktes** in der Gemeinschaft. Dabei hat die Regulierungsbehörde eng mit ACER, den Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten und der Kommission zusammen zu arbeiten. Hier ist es wichtig festzustellen, dass es sich um ein klares Europäisches Mandat handelt. Hier geht die Richtlinie eindeutig einen Schritt weiter als die zweite Erdgasbinnenmarktrichtlinie (2003/55/EG), in der in Artikel 25 Absatz 1 lediglich vorgegeben war, dass die Regulierungsbehörde Nichtdiskriminierung, echten Wettbewerb und ein effizientes Funktionieren des Markts sicherzustellen hatte (FN³²). Die neue Richtlinie enthält nun einen **klaren Europäischen Auftrag**.

Weiteres Ziel der Regulierungsbehörde (b)) ist es, **wettbewerbsbestimmte und gut funktionierende Regionalmärkte in der Gemeinschaft** zu entwickeln. In d) wird z.B. der Einklang mit den allgemeinen Zielen der Energiepolitik und der Energieeffizienz verlangt. Hier ist es wichtig und interessant festzustellen, dass den Regulierungsbehörden zur Umsetzung der vorgegebenen Ziele keinerlei besondere Kompetenzen verlieht werden. Für die Entwicklung von wettbewerbsbestimmten Regionalmärkten werden den

³² Vgl. Artikel 25 der Richtlinie 2003/55/EG

Regulierungsbehörden keinerlei wettbewerbsrechtliche Befugnisse zugeschrieben. Diese verbleiben derzeit noch alleine bei den zuständigen Wettbewerbsbehörden. Dies ist aus meiner Sicht sehr zu befürworten, da es anderenfalls zu einer immer stärkeren Vermengung von Regulierungs- und Wettbewerbsaufgaben kommt und eine nachvollziehbare Trennung immer mehr verschwindet. Eine ausgeprägte Zusammenarbeit zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden, welche ich unterstütze, heißt noch lange nicht, dass die Regulierungsbehörden immer mehr Wettbewerbskompetenzen und umgekehrt die Wettbewerbsbehörden immer mehr Regulierungskompetenzen erhalten sollen. Das Wettbewerbsrecht wird ohnehin immer mehr im Regulierungsrecht eingesetzt, dies ist insbesondere bei den Sanktionsmöglichkeiten (siehe Artikel 41 Absatz 4 d) der Richtlinie), welche aus dem Wettbewerbsrecht stammen, zu beobachten.

Artikel 40 der Richtlinie sieht aber jedenfalls die Zusammenarbeit mit anderen betroffenen Behörden vor. Darauf wird bereits im ersten Absatz des Artikels 40 der Richtlinie klar hingewiesen: *„trifft die Regulierungsbehörde alle zweckdienlichen Maßnahmen...gegebenenfalls in engem Benehmen mit anderen relevanten Behörden einschließlich der Wettbewerbsbehörden und unbeschadet deren Zuständigkeiten.“* (FN³³) (Der Ausdruck „in engem Benehmen“ wird wohl enge Beratung implizieren; im englischen Text wird tatsächlich der Begriff *„close consultation“* verwendet.)

³³ Vgl. Artikel 40 der Richtlinie 2009/73/EG

4.4 Verantwortlichkeit der Regulierungsbehörden

Die Bestimmungen der Richtlinie betreffend die Regulierungsbehörden deuten immer wieder auf die Verantwortlichkeit der Behörden hin. Artikel 39 Absatz 4 der Richtlinie verlangt einerseits, dass die Regulierungsbehörden ihre Befugnisse transparent ausüben. Das bezieht sich insbesondere auf die geforderte **Transparenz** bei der Entscheidungsfindung aber z.B. auch bei der Verwendung von der Regulierungsbehörde zugewiesenen Haushaltsmitteln.

Des Weiteren ist die Regulierungsbehörde gemäß Artikel 41 Absatz 1 e) der Richtlinie verpflichtet, den **zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, der Agentur und der Kommission jährlich Bericht** über ihre Tätigkeit und die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erstatten. Die Kommission ist hier zutreffender Weise der Meinung, dass dieser Bericht auch zu veröffentlichen ist. Das verstärkt natürlich nochmals die Transparenzerfordernisse und stellt klar fest, dass die Regulierungsbehörden ihre Tätigkeiten verantworten müssen können.

Wirklich wesentlich in diesem Zusammenhang ist, dass Artikel 41 Absatz 17 der Richtlinie festhält, dass auf nationaler Ebene geeignete Mechanismen bestehen, in deren Rahmen eine betroffene Partei das Recht hat, bei einer von den beteiligten Parteien und Regulierungen unabhängigen Stelle

Beschwerde einzulegen. Somit besteht die Möglichkeit, rechtlich gegen die Entscheidungen der Regulierungsbehörden vorzugehen, wobei es sich bei der Berufungsstelle nicht um eine Regierungsstelle handeln darf.

Zusätzlich sieht Artikel 41 Absatz 16 der Richtlinie vor, dass die von den Regulierungsbehörden getroffenen Entscheidungen in vollem Umfang zu begründen sind. Eine bedeutende Neuerung im Vergleich zu der zweiten Erdgasbinnenmarktrichtlinie ist, dass dieser Absatz auch bestimmt, dass die **Entscheidungen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind**; dies allerdings unter Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen. Diese Bestimmung kann man sehr leicht so interpretieren, dass auch die Begründungen der Entscheidungen zu veröffentlichen sind. Dies würde dem allgemeinen, sehr weitreichenden Transparenzerfordernis nach der Richtlinie entsprechen.

Die Kommission geht in ihrer Forderung nach Verantwortlichkeit der Regulierungsbehörden noch weiter als es in der aktuellen Binnenmarktrichtlinie vorgesehen ist. Nach Ansicht der Kommission sollten die Regulierungsbehörden auch den nationalen Parlamenten gegenüber verantwortlich sein. Die nationalen Parlamente könnten z.B. in die Budgeterstellung und auch in die Ernennung der Leitungsorgane der Regulierungsbehörde eingebunden werden.

Bedenklich ist in diesem Zusammenhang, dass eine immer rigidere Überprüfung der Regulierungsbehörden bzw. eine immer strenger

kontrollierte Verantwortlichkeit dieser Behörden sehr leicht dem Unabhängigkeitserfordernis entgegenwirken kann. Denkbar ist, dass das Schaffen von Überprüfungsmöglichkeiten und -maßnahmen als Argument verwendet wird, die Unabhängigkeitsvoraussetzungen mangelhaft zu erfüllen. Vor diesem Hintergrund ist einer noch stärkeren Verantwortlichkeit der Regulierungsbehörden, wie sie die Kommission anregen würde, nicht unbedingt beizupflichten.

5. Agentur für die Zusammenarbeit der Energie-Regulierungsbehörden (ACER)

Im Hinblick auf eine Institutionalisierung der Zusammenarbeit zwischen den Europäischen Regulierungsbehörden wurde im Rahmen des Dritten Energiepaketes ACER gegründet.

ACER hat einen eigenen Regulierungsrat, welcher ausschließlich für regulatorische Angelegenheiten zuständig ist und diese entscheidet. Dies soll die Unabhängigkeit der Energieregulatoren auf Europäischer Ebene sicherstellen. Daneben agiert bei ACER ein Verwaltungsrat, welcher für alle Verwaltungs- und Budgetangelegenheiten verantwortet.

Der Direktor wird vom Verwaltungsrat nach einer befürwortenden Stellungnahme des Regulierungsrates aus einer Liste von mindestens drei

Bewerbern ernannt die von der Kommission vorgeschlagen werden (FN³⁴). Der Direktor soll ACER vertreten und ist mit der Verwaltung der Agentur beauftragt (FN³⁵). Darüber hinaus ist ein Beschwerdeausschuss vorgesehen, der gemäß Artikel 19 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009 über Berufungen gegen Entscheidungen der Agentur entscheiden kann.

Das Budget der Agentur wird aus einem Zuschuss aus dem Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union, von der Agentur erhobenen Gebühren und freiwilligen Beiträgen gebildet (FN³⁶). Gemäß Artikel 22 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009 ist es tatsächlich so, dass die Agentur für die Gewährung einer Ausnahme gemäß Artikel 36 Absatz 4 der Richtlinie (siehe dazu Punkt II. 9 dieses Kapitels) eine Gebühr erheben kann (FN³⁷).

Grundsätzlich kann ACER Stellungnahmen oder Empfehlungen an das Europäische Parlament, den Rat und die Kommission richten; dies im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern, in Zusammenhang mit den nationalen Regulierungsbehörden sowie in Bezug auf den Zugang zu internationalen Infrastrukturen und auf deren Betriebssicherheit. ACER kann auf Verlangen des Europäischen Parlaments, des Rates oder der Kommission, oder aber von sich aus tätig werden (FN³⁸).

³⁴ Vgl. Artikel 16 (2) der Verordnung (EG) Nr. 713/2009

³⁵ Vgl. Artikel 17 (a) der Verordnung (EG) Nr. 713/2009

³⁶ Vgl. Artikel 21 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009

³⁷ Vgl. Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009

³⁸ Vgl. Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 713/2009

6. Zusammenarbeit zwischen Fernleitungsnetzbetreibern

Generell ist es im Hinblick auf den steigenden Energiebedarf auf der einen Seite, sowie die parallele Importabhängigkeit in diesem Zusammenhang auf der anderen Seite, notwendig geworden, die Fernleitungsnetze zu verbessern, damit diese den wachsenden Herausforderungen des Energieverkehrs gewachsen sind. Daher ist eine Zusammenarbeit zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern unabdingbar geworden. Eine höhere Transparenz, wie sie im Rahmen des Dritten Energiepaketes gefordert wird, wird Investitionsanreize, effektive Investitionen und eine Netzverlässlichkeit schaffen. Diese Zusammenarbeit soll vor allem über „*European Network of Transmission System Operators for Gas*“ („**ENTSO-G**“) gewährleistet werden.

Eine der Hauptaufgaben von ENTSO-G soll die Ausarbeitung und Entwicklung von **Netzwerkkodizes** („*Network Codes*“) in Kooperation mit ACER sein. Einheitliche Netzwerkkodizes, welche im Prinzip die Bedingungen im Zusammenhang mit Transportverträgen festlegen, sollen nationale Unterschiede z.B. bei Tarifstrukturen oder der Allokation von Kapazitäten eliminieren. Einerseits werden einheitliche Transportbedingungen sicher zu einer geringeren Marktsegmentierung führen, andererseits sind hier auf nationaler Ebene noch große Probleme zu erwarten (Unstimmigkeiten bzw. Unvereinbarkeiten mit den bis dato

geltenden nationalen Bedingungen), sodass die tatsächliche Umsetzung der Netzwirkkodizes in naher Zukunft wohl noch unrealistisch ist.

ENTSO-G soll auch Forschungs- und Innovationsaktivitäten bestimmen, finanzieren und koordinieren, dies insbesondere im Hinblick auf die technische Entwicklung der Netzwerke und die damit zusammenhängende Versorgungssicherheit.

Ein weiterer Bereich der Zusammenarbeit soll auf der Ebene der Systemmanagements (in Österreich von der AGGM geführt) stattfinden, wo vor allem ein internationaler Informationsaustausch gefordert wird.

Schließlich soll die Investitionsplanung und die Entwicklung der Netzwerke koordiniert und beobachtet werden. ENTSO- G hat im Hinblick darauf alle zwei Jahre einen **10-Jahres Netzentwicklungsplan** für Europa zu veröffentlichen.

Insgesamt führt eine verstärkte Zusammenarbeit der Fernleitungsnetzbetreiber sicherlich zu einer Marktharmonisierung und trägt daher in weiterer Folge zur Versorgungssicherheit bei.

7. Zugang zu Speicheranlagen und LNG

Im Speicherbereich sieht die neue Richtlinie insbesondere Unbundlingvorschriften vor. Davon sind Speicherunternehmen betroffen, die Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind. Im Ergebnis wird auch hier den Regulierungsbehörden eine stärkere Funktion eingeräumt sodass der Speicherzugang stärker reguliert werden kann. Der Speicherzugang ist gemäß Artikel 33 der Richtlinie 2009/73/EG nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien zu gewähren (FN³⁹).

8. Transparenz

Das Dritte Energiepaket kennt in Artikel 44 der Richtlinie 2009/73/EG eine Reihe an Datenaufbewahrungspflichten. Diese beziehen sich auf Daten im Hinblick auf alle relevanten Transaktionen. Die EU erhofft sich dadurch, einen besseren Einblick in die Praktiken der Marktteilnehmer zu bekommen und so besser Marktmissbräuchen entgegenwirken zu können. D.h. es soll überprüfbar werden, ob operative Entscheidungen und Transaktionen auf Basis fundierter wirtschaftlicher Überlegungen stattfinden, oder nur vor dem Hintergrund der Marktmanipulation.

³⁹ Vgl. Artikel 33 der Richtlinie 2009/73/EG

9. Ausnahmen

Die neue Richtlinie sieht in Artikel 36 die Möglichkeit vor, große neue Erdgasinfrastrukturen auf Antrag und unter gewissen Voraussetzungen von bestimmten Bestimmungen der Richtlinie auszunehmen (FN⁴⁰).

Die Kommission geht davon aus, dass Ausnahmemöglichkeiten, welche an ein klar definiertes Verfahren gebunden sind, von großem Vorteil für den Markt sind. Das zweite Energiepaket hat zwar ebenso die Möglichkeit von Ausnahmen vom regulierten Zugang geboten (FN⁴¹), diese waren aber bei weitem nicht so detailliert und weit weniger klar definiert. Die neue Richtlinie hingegen bietet eine konkrete Liste an Bedingungen und regelt im Detail das anzuwendende Verfahren. Allerdings wird das Verfahren extrem komplex bei grenzüberschreitenden Infrastrukturen, bei welchen auch ACER einzubinden ist. Vor diesem Hintergrund ist es angedacht, dass die Kommission Richtlinien im Hinblick auf die Anwendung der Ausnahmebedingungen vorschlägt. Diese Richtlinien sollen sich gleichermaßen an die Bewerber und die Regulierungsbehörden richten.

⁴⁰ Vgl. Artikel 36 der Richtlinie 2009/73/EG

⁴¹ Vgl. Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG

10. Zwischenergebnis

Im Bereich des Unbundlings ist es zu vier Unbundling-Optionen gekommen, welche verschiedene Entflechtungsgrade repräsentieren und auf welche in dieser Arbeit noch detailliert - und unter Herausarbeitung insbesondere zwei sich dabei ergebender Rechtsfragen - eingegangen werden wird. Das Ausnahmeregime ist um einiges klarer geworden und daher in der Praxis hoffentlich auch anwendbarer.

Die Unabhängigkeitsbestimmungen in Bezug auf die Regulierungsbehörden sind im Vergleich zur zweiten Erdgasbinnenmarktrichtlinie sehr weitgehend. Allerdings sollen sie den Regierungen der Mitgliedstaaten natürlich nicht die Möglichkeit nehmen, die allgemeine nationale Energiepolitik zu bestimmen. Die nationale Energiepolitik könnte den Regulierungsbehörden den Handlungsrahmen z.B. im Hinblick auf Energieziele und Versorgungssicherheit vorgeben.

Die Harmonisierung der Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörden, sowie die Einführung von ACER war sicherlich ein überfälliger Schritt. Eine Tendenz, die sich jedoch abzeichnen könnte ist, dass die Entscheidungsbefugnisse immer mehr zu ACER und ENTSO-G abwandern während die nationalen Regulierungsbehörden mit reinen Aufsichtsaufgaben „übrig bleiben“.

Die Kommission erhält im Dritten Energiepaket eine Reihe an Richtlinienkompetenzen. Bis dato existierten hauptsächlich nichtverbindliche „working papers“, die zwar in der Praxis fast die gleiche Wirkung hatten, jedoch keine offiziellen Richtlinien waren.

Auch wenn man in der Branche jetzt immer wieder Stimmen hört, das ein Viertes Energiepaket notwendig ist, ist es **jedenfalls zu früh, die genauen Auswirkungen und allenfalls Erfolge des Dritten Energiepaketes in den jeweiligen Mitgliedstaaten beurteilen zu können.**

III. Schwerpunkt Unbundling

Die Entflechtungsvorschriften der zweiten Erdgasbinnenmarktrichtlinie bzw. der Richtlinie 2003/55/EG haben, wie schon in Punkt I. 2.2 dieses Kapitels erwähnt, zu keiner effektiven Entflechtung geführt. Vor diesem Hintergrund sieht die aktuelle dritte Erdgasbinnenmarktrichtlinie ein neues „Unbundling Regime“ vor. Generell war die dritte Erdgasbinnenmarktrichtlinie bis 3. März 2011 umzusetzen. Die hier erläuterten Unbundling Vorschriften verlangen eine grundlegende Umstrukturierung und sind demzufolge mit einem enormen administrativen Aufwand verbunden, sodass die Richtlinie hier den

Mitgliedstaaten einen längeren Zeitraum gewährt hat und eine **Umsetzungsfrist bis 3. März 2012** vorgesehen hat. Hier ist mittlerweile zu sehen, dass auch diese Frist nicht ganz realistisch war (dies umso mehr, da bereits die generelle Umsetzungsfrist der Richtlinie in den meisten Staaten, so auch schon in Österreich, nicht eingehalten werden konnte.)

Das neue Regime sieht **vier Modelle** vor, **die alle einer Zertifizierung unterliegen**. Alle vier Modelle sollen gleichermaßen dazu führen, dass Interessenkonflikte zwischen Produzenten, Versorgern und Netzbetreibern verhindert werden. Dies soll wiederum dazu führen, dass vertikal integrierte Unternehmen keine Anreize mehr haben, Wettbewerber im Hinblick auf Netzzugang zu diskriminieren.

Je nach Grad der strukturellen Trennung des Netzbetreibers von den Produktions- und Versorgungsaktivitäten werden vier Modelle unterschieden:

1. „Ownership Unbundling“ (OU)
2. „Independent System Operator“ (ISO)
3. „Independent Transmission Operator“ (ITO)
4. „Wirksamere Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers“ (ITO+)

Die Mitgliedstaaten sind grundsätzlich frei, eines dieser Modelle zu wählen. Allerdings ist auf die folgenden Voraussetzungen hinzuweisen:

Einerseits **können ISO, ITO und ITO+ Modelle nur für Netzbetreiber gewählt werden, die am 3. September 2009** (Inkrafttreten der dritten Binnenmarktrichtlinie) **bereits im Eigentum eines vertikal integrierten Unternehmens waren**. Dies bedeutet vor allem, dass neue Netzbetreiber keinesfalls ISO oder ITO sein können.

Andererseits ist es von grundlegender Bedeutung, dass, sofern ein Mitgliedstaat sich grundsätzlich für das OU Modell entschieden hat, das einzelne vertikal integrierte Unternehmen keine Möglichkeit mehr hat, „seinen“ Netzbetreiber als ein ISO oder ITO aufzustellen.

Gleichzeitig können Mitgliedstaaten vertikal integrierten Unternehmen natürlich auch nicht verbieten, den OU Regeln – als den quasi strengsten – zu entsprechen. Genau aus diesem Grund müssen Mitgliedstaaten – auch wenn sie sich für das ISO oder ITO Modell entscheiden – jedenfalls auch sämtliche OU Vorschriften der dritten Binnenmarktrichtlinie national umsetzen.

Werden international Anteile an einem Netzbetreiber erworben, so ist diesbezüglich auch den OU Vorschriften zu entsprechen, sofern der Mitgliedstaat, in dem der Netzbetreiber erworben wird, sich für das OU Modell entschieden hat.

Des Weiteren ist auffallend, dass gemäß Artikel 47 der Richtlinie (FN⁴²) Mitgliedstaaten auch weitere Maßnahmen mit Blick auf die Entflechtung ihrer vertikal integrierten Unternehmen treffen können, sofern diese mit dem Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften), insbesondere Artikel 30, und den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft vereinbar sind. Auch müssen diese Maßnahmen verhältnismäßig, nichtdiskriminierend und transparent sein. Die Maßnahmen können schließlich erst dann angewendet werden, nachdem sie der Kommission mitgeteilt und von ihr gebilligt wurden.

In der Praxis von großer Bedeutung ist die Möglichkeit, Ausnahmen von den Unbundling Bestimmungen zu beantragen. **Ausnahmen** können gemäß Artikel 36 der Richtlinie (FN⁴³) **im Falle von großen neuen Erdgasinfrastrukturen**, d.h. Verbindungsleitungen, LNG- und Speicheranlagen, für einen bestimmten Zeitraum gewährt werden. Die genauen Bedingungen werden in Artikel 36 der Richtlinie wie folgt festgelegt:

- durch die Investition wird der Wettbewerb bei der Gasversorgung und Versorgungssicherheit verbessert;
- die Investition würde ohne Ausnahmegenehmigung nicht getätigt, da sonst das (kommerzielle) Risiko zu hoch wäre;

⁴² Vgl. Artikel 47 der Richtlinie 2009/73/EG

⁴³ Vgl. Artikel 36 der Richtlinie 2009/73/EG

- die Infrastruktur muss Eigentum einer natürlichen oder juristischen Person sein, die zumindest der Rechtsform nach von den Netzbetreibern getrennt ist, in deren die Infrastruktur geschaffen wird;
- von den Nutzern der Infrastruktur werden Gebühren erhoben;
- die Ausnahme wirkt sich nicht nachteilig auf den Wettbewerb oder das effiziente Funktionieren des Gasbinnenmarktes oder des regulierten Netzes, an das die Infrastruktur angeschlossen ist, aus.

Auch ist in der Praxis von hoher Wichtigkeit, dass Ausnahmen, die bereits nach der zweiten Erdgasbinnenmarktrichtlinie (FN⁴⁴) gewährt wurden, weiterhin gelten, und zwar bis zum Ende des in der Ausnahme vorgesehenen Zeitraums. Diese Ausnahmen müssen auch im Hinblick auf Artikel 36 der neuen Richtlinie nicht geändert werden (siehe allerdings Punkt I. 2.8 des Kapitels B).

1. „Ownership Unbundling“

Artikel 9 der Richtlinie (FN⁴⁵) stellt die Regeln betreffend OU wie folgt dar:

⁴⁴ Vgl. Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG

⁴⁵ Vgl. Artikel 9 der Richtlinie 2009/73/EG

1. Jeder Mitgliedsaat gewährleistet, dass
 - a) jedes Unternehmen, das Eigentümer eines Fernleitungsnetzes ist, als Fernleitungsnetzbetreiber agiert;
 - b) nicht ein und dieselbe Person berechtigt ist:
 - (i) direkt oder indirekt die Kontrolle über ein Unternehmen auszuüben, das eine Funktion der Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, und direkt oder indirekt die Kontrolle über oder Rechte an einem Fernleitungsnetzbetreiber oder Fernleitungsnetz auszuüben, oder
 - (ii) direkt oder indirekt die Kontrolle über einen Fernleitungsnetzbetreiber oder Fernleitungsnetz auszuüben und direkt oder indirekt die Kontrolle über ein Unternehmen auszuüben, das eine Funktion der Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt oder Rechte an einem Unternehmen, das einer dieser Funktionen wahrnimmt, auszuüben;
 - c) nicht ein und dieselbe Person berechtigt ist, Mitglieder des Aufsichtsrates, des Verwaltungsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe eines Fernleitungsnetzbetreibers oder –

Netzes zu bestellen und direkt oder indirekt Kontrolle über ein Unternehmen auszuüben, das eine Funktion der Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt oder Rechte an einem Unternehmen, das eine dieser Funktionen wahrnimmt, auszuüben, und

- d) nicht ein und dieselbe Person berechtigt ist, Mitglied des Aufsichtsrates, des Verwaltungsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe sowohl eines Unternehmens, das eine Funktion der Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, als auch eines Fernleitungsnetzbetreibers oder –netzes zu sein.

2. Die in Absatz 1 Buchstaben b und c genannten Rechte schließen insbesondere Folgendes ein:

a) die Befugnis zur Ausübung von Stimmrechten
oder

b) die Befugnis, Mitglieder des Aufsichtsrates, des Verwaltungsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe zu bestellen, oder

c) das Halten einer Mehrheitsbeteiligung.

Die Vorschriften des Absatz 1 a) bis 1 d) sind kumulativ zu verstehen und müssen somit alle erfüllt werden. Absatz 2 definiert die Rechte, auf die in Absatz 1 Bezug genommen wird, in dem er diese – jedoch nicht abschließend – aufführt.

Eine grundlegende Bestimmung der Richtlinie ist Absatz 1 a) des Artikels 9. Hier wird der Grundsatz festgelegt, dass im Unbundling Regime der Eigentümer des Fernleitungsnetzes als Fernleitungsnetzbetreiber agieren muss, d.h. auch als solcher zertifiziert sein muss und auch alle Aufgaben eines Fernleitungsnetzbetreibers wahrnehmen muss. Dies umfasst unter anderem das Gewähren und die Verwaltung von Netzzugang auf nichtdiskriminierender Basis, das Einheben entsprechender Gebühren, die Instandhaltung und die Entwicklung des Netzes sowie die entsprechende Investitionsplanung. **Wer Eigentümer eines Netzes ist, muss demnach auch Fernleitungsnetzbetreiber sein.**

Absatz 1 b) (i) und Absatz 1 b) (ii) des Artikels 9 regeln im Grunde den gleichen Sachverhalt nur von unterschiedlichen Seiten, d.h. sie sind komplementär zu verstehen.

Was in diesem Zusammenhang der Begriff Kontrolle bedeutet, definiert Artikel 2 Absatz 36 der Richtlinie (FN ⁴⁶), welcher auf der EG-Fusionskontrollverordnung (FN ⁴⁷) basiert. Dementsprechend kann bestimmender Einfluss ausgeübt werden insbesondere durch:

- a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;
- b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

Artikel 3 Absatz 3 der EG-Fusionskontrollverordnung (FN⁴⁸) stellt klar, dass Kontrolle für die Personen oder Unternehmen begründet wird,

- a) die aus diesen Rechten oder Verträgen selbst berechtigt sind, oder
- b) die, obwohl sie aus diesen Rechten oder Verträgen nicht selbst berechtigt sind, die

⁴⁶ Vgl. Artikel 2 (36) der Richtlinie 2009/73/EG

⁴⁷ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 139/2004 ("EG-Fusionskontrollverordnung")

⁴⁸ Vgl. Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 ("EG-Fusionskontrollverordnung")

Befugnis haben, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben.

Insgesamt ist es eindeutig, dass **sowohl de iure als auch de facto Kontrolle, sowohl direkte als auch indirekte Kontrolle umfasst** sind.

Die Rechte, auf die sich Absatz 1 des Artikels 9 bezieht, werden wie schon erwähnt im Absatz 2 desselben Artikels umschrieben. Hier wird deutlich gemacht, dass eine Beteiligung lediglich finanzielle Rechte, jedoch keinesfalls Entscheidungs- oder Einflussrechte mit sich bringen darf. Absatz 2 des Artikels 9 nennt auch „Stimmrechte“ ganz allgemein, sodass es sich auch jedenfalls um Stimmrechte handelt, die noch keine Kontrolle bedeuten.

Darauf hinzuweisen ist, dass Absatz 3 des Artikels 9 klarstellt, dass OU nicht nur für den Gas- sondern auch für den Elektrizitätsbinnenmarkt gilt. Daraus ergibt sich, dass auch eine gemeinsame Kontrolle über einen Elektrizitätsversorger und ein Gasfernleitungsnetzbetreiber oder umgekehrt verboten ist. Die Richtlinie bezieht dieses Verbot jedoch lediglich auf die wesentlichen OU Vorschriften des Absatz 1 b) des Artikels 9.

In der Praxis bedeutet dies, dass ein Versorgungsunternehmen, seine Beteiligung an einem Netzbetreiber weiterhin behalten kann, wenn:

- (i) die Beteiligung keine Mehrheitsbeteiligung ist,
- (ii) das Versorgungsunternehmen (in Verbindung mit der Beteiligung) weder direkt noch indirekt Stimmrechte ausübt,
- (iii) das Versorgungsunternehmen weder direkt noch indirekt Mitglieder des Aufsichtsrates oder Verwaltungsrates des Netzbetreibers ernennt, und
- (iv) das Versorgungsunternehmen weder direkt noch indirekt Kontrolle über den Netzbetreiber ausübt.

Für einen Netzbetreiber gelten diese Voraussetzungen, um den OU Vorschriften des Artikels 9 Absatz 1 b) der Richtlinie zu entsprechen, natürlich spiegelverkehrt.

2. „Independent system operator“

Sofern der Fernleitungsnetzbetreiber bereits am 3 September 2009 zu einem vertikal integrierten Unternehmen gehört hat, können die Mitgliedstaaten entscheiden, Artikel 9 Absatz 1 bzw. die OU Vorschriften der Richtlinie nicht anzuwenden und auf Vorschlag des Eigentümers des

Fernleitungsnetzes einen unabhängigen Netzbetreiber („ISO“) zu benennen (FN⁴⁹).

Das **vertikal integriertes Unternehmen** wird in Artikel 20 Absatz 20 der Richtlinie definiert als ein Erdgasunternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen, in der ein und dieselbe(n) Person(e)n berechtigt ist (sind), direkt oder indirekt Kontrolle auszuüben, wobei das betreffende Unternehmen bzw. die betreffende Gruppe von Unternehmen mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, LNG oder Speicherung und mindestens eine der Funktionen Gewinnung oder Lieferung von Erdgas wahrnimmt (FN⁵⁰). Die Definition ist nicht auf Unternehmen in ein und demselben Mitgliedstaat beschränkt.

Der Begriff „Kontrolle“ wird in Artikel 2 Absatz 36 wieder wie in der EU-Fusionskontrollverordnung definiert und ist entsprechend anzuwenden. Unter Kontrolle werden also Rechte, Verträge oder andere Mittel verstanden, die es ermöglichen, einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben (FN⁵¹).

⁴⁹ Vgl. Artikel 14 der Richtlinie 2009/73/EG

⁵⁰ Vgl. Artikel 2 Absatz 20 der Richtlinie 2009/73/EG

⁵¹ Vgl. Artikel 2 Absatz 36 der Richtlinie 2009/73/EG

2.1 Benennungs- und Zertifizierungsverfahren

Gemäß Artikel 14 Absatz 1 und 3 wird der ISO **vom Eigentümer des Fernleitungsnetzes vorgeschlagen**. Unternehmen, denen von der nationalen Regulierungsbehörde bescheinigt wurde, dass sie den Anforderungen der Artikel 11 und 14 Absatz 2 der Richtlinie genügen, werden von den Mitgliedstaaten zugelassen und als Fernleitungsnetzbetreiber benannt. Die Benennung **bedarf auch der Zustimmung der Kommission**.

Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie legt die folgenden Bedingungen für die Zulassung und Benennung fest (FN⁵²):

- Der Bewerber muss den Nachweis erbringen, dass er den Anforderungen des Artikels 9 Absatz 1 Buchstaben b, c und d genügt;
- Der Bewerber muss den Nachweis erbringen, dass er über die erforderlichen finanziellen, technischen und personellen Ressourcen verfügt, um die Aufgaben gemäß Artikel 13 wahrzunehmen;
- Der Bewerber muss sich verpflichten, einen von der Regulierungsbehörde beobachteten zehnjährigen Netzentwicklungsplan umzusetzen;

⁵² Vgl. Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie 2009/73/EG

- Der Eigentümer des Fernleitungsnetzes hat den Nachweis zu erbringen, dass er in der Lage ist, seinen Verpflichtungen gemäß Artikel 14 Absatz 5 nachzukommen;
- Der Bewerber hat den Nachweis zu erbringen, dass er in der Lage ist, seinen Verpflichtungen gemäß der Verordnung Nr. 715/2009 nachzukommen.

Den Beweis, dass die oben angeführten Bedingungen erfüllt wurden hat nicht die Regulierungsbehörde zu erbringen sondern jedenfalls der betroffene Netzbetreiber oder Eigentümer des Fernleitungsnetzes.

2.2 Aufgaben des ISO

Der ISO ist als „*Transmission System Operator*“ („TSO“) zu sehen und unterliegt daher jedenfalls allen Bestimmungen des Artikels 14 Absatz 4 der Richtlinie: „Hierzu handelt der unabhängige Netzbetreiber als Fernleitungsnetzbetreiber im Einklang mit den Bestimmungen dieses Kapitels.“(FN⁵³)

Demnach ist der ISO insbesondere verantwortlich für die Gewährung und Regelung des Zugangs Dritter, einschließlich der Erhebung von Zugangsentgelten, Engpasserlösen und sonstiger Entgelte gemäß der Richtlinie. Des Weiteren ist der ISO auch für den Betrieb, die Wartung und

⁵³ Vgl. Artikel 14 Absatz 4 der Richtlinie 2009/73/EG

den Ausbau des Fernleitungsnetzes verantwortlich sowie für die Gewährleistung der langfristigen Fähigkeit des Netzes im Wege einer Investitionsplanung, um eine angemessene Nachfrage zu befriedigen. Die Richtlinie hält ausdrücklich fest, dass der ISO beim Ausbau des Fernleitungsnetzes für die Planung, den Bau und die Inbetriebnahme der neuen Infrastruktur verantwortlich ist. Dies umfasst auch sämtliche Genehmigungsverfahren.

2.3 Aufgaben des Eigentümers des Fernleitungsnetzes

Artikel 14 Absatz 5 der Richtlinie legt die Aufgaben des Eigentümers des Fernleitungsnetzes fest (FN⁵⁴). Vor allem hat dieser den ISO in der Wahrnehmung seiner Aufgaben zu unterstützen, indem er insbesondere die relevanten Informationen liefert. Darunter könnten insbesondere Informationen im Zusammenhang mit der Finanzierung fallen. Auch hat er die Haftungsrisiken betreffend den Netzvermögenswerten abzusichern, wobei hiervon ausdrücklich jene Haftungsrisiken ausgenommen sind, die Aufgaben des ISO betreffen. Dies bedeutet, dass der Eigentümer des Fernleitungsnetzes z.B. für den Zustand des Netzwerkes, nicht aber für die Leitung des Netzwerkes haftet.

Die wichtigste Funktion des Eigentümers des Fernleitungsnetzes ist, dass er jegliche vom ISO und von der Regulierungsbehörde beschlossene

⁵⁴ Vgl. Artikel 14 Absatz 5 der Richtlinie 2009/73/EG

Investition zu finanzieren hat. Anderenfalls hat der Eigentümer des Fernleitungsnetzes der Finanzierung durch einen Dritten zuzustimmen und wird in diesem Fall auch nicht Eigentümer der neuen Teile des Netzes. Auch sind alle Finanzierungsvereinbarungen von der Regulierungsbehörde zu genehmigen.

Gemäß Artikel 15 Absatz 5 d) stellt der Eigentümer des Fernleitungsnetzes auch Garantien zur Erleichterung der Finanzierung eines etwaigen Netzausbaus. Dies betrifft logischerweise nicht Investitionen, bei denen er einer Finanzierung durch Dritte zugestimmt hat.

Allgemein kann gesagt werden, dass beim ISO Modell dem Eigentümer des Fernleitungsnetzes die Rolle des Finanzierers zukommt.

2.4 Spezifische Aufgaben der Regulierungsbehörde

Artikel 41 Absatz 3 der Richtlinie legt besondere Aufgaben der Regulierungsbehörde für den Fall, dass ein ISO ernannt wurde, fest (FN⁵⁵):

- Beobachtung ob der Eigentümer des Fernleitungsnetzes und der ISO ihren Verpflichtungen aus Artikel 41 der Richtlinie nachkommen.

⁵⁵ Vgl. Artikel 41 Absatz 3 der Richtlinie 2009/73/EG

- Beobachtung der Beziehung sowie der Kommunikation zwischen Fernleitungsnetzeigentümer und ISO. Dies umfasst insbesondere die Genehmigung von Verträgen zwischen den beiden.
- Streitbeilegungsinstanz zwischen den beiden im Falle von Beschwerden.
- Genehmigung der jährlichen Investitionsplanung für den ersten zehnjährigen Netzentwicklungsplan und des mehrjährigen Netzentwicklungsplans.
- Gewährleistung, dass die vom ISO erhobenen Netzzugangstarife ein Entgelt für den Netzeigentümer enthalten.
- Befugnis, in den Räumlichkeiten des Eigentümers des Fernleitungsnetzes und des ISO, auch ohne Vorankündigung, Kontrollen durchzuführen.

Im Ergebnis hat die Regulierungsbehörde die Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie durch den ISO sicherzustellen, insbesondere durch die dauerhafte Beobachtung aller Tätigkeiten des ISO. Im Falle einer Verletzung dieser Bestimmungen ist die Regulierungsbehörde gemäß Artikel 41 Absatz 4 d) der Richtlinie ermächtigt, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen gegen Erdgasunternehmen zu verhängen. Diese Geldbußen dürfen bis zu 10 % des

Jahresumsatzes des Fernleitungsnetzbetreibers bzw. des vertikal integrierten Unternehmens betragen (FN⁵⁶).

2.5 Unbundling des Eigentümers des Fernleitungsnetzes

Für den Fall dass ein ISO ernannt wird verlangt die Richtlinie die rechtliche und funktionale Entflechtung des Eigentümers des Fernleitungsnetzes. Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie besagt ausdrücklich, dass in einem solchen Fall der Fernleitungsnetzeigentümer hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeiten sein muss, die nicht mit der Fernleitung, Verteilung und Speicherung zusammenhängen (FN⁵⁷).

Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie gibt Mindestkriterien für eine funktionale Entflechtung vor und verlangt die Aufstellung eines Gleichbehandlungsprogramms (FN⁵⁸). Dies soll die Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzeigentümers vom integrierten Gasunternehmen sicherstellen.

⁵⁶ Vgl. Artikel 41 Absatz 4 d) der Richtlinie 2009/73/EG

⁵⁷ Vgl. Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie 2009/73/EG

⁵⁸ Vgl. Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 2009/73/EG

3. „*Independent transmission operator*“

Artikel 9 Absatz 8 b) der Richtlinie (FN ⁵⁹) ermöglicht es Fernleitungsnetzbetreibern, die am 3. September 2009 Teil eines vertikal integrierten Unternehmens waren, statt dem OU die sogenannte ITO Variante zu wählen. Demnach können Netzbetreiber, die sich für diese Variante entscheiden, Teil des vertikal integrierten Unternehmens bleiben, müssen jedoch eine lange Reihe an Vorschriften umsetzen und einhalten, die dennoch ein effektives Unbundling sichern sollen.

Die Umsetzung der Vorschriften ist wesentlich dafür, dass ein Fernleitungsnetzbetreiber im Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens bleiben kann und nicht veräußert werden muss. In Österreich steht der Österreichische Netzbetreiber noch immer vor der Herausforderung die ITO Vorschriften gemäß der Richtlinie umzusetzen. Da sich der Österreichische Netzbetreiber für die ITO Variante entschieden hat, ist es nicht notwendig die Gesellschaft im Sinnes des OU vom Österreichischen VIU zu trennen. Siehe dazu Punkt I. 2.5 des Kapitels B der Arbeit.

Die Liste der Vorschriften, ist wie bereits erwähnt, sehr weitgehend und kann wie folgt funktional zusammengefasst werden:

⁵⁹ Vgl. Artikel 9 Absatz 8 b) der Richtlinie 2009/73/EG

3.1 Vermögenswerte, Anlagen, Personal und Unternehmensidentität des ITO

Artikel 17 Absatz 1 der Richtlinie legt fest, dass der Fernleitungsnetzbetreiber über alle **personellen, technischen, materiellen und finanziellen Ressourcen** verfügen muss, die zur Erfüllung seiner Pflichten im Rahmen der Richtlinie und für die Geschäftstätigkeit der Gasfernleitung erforderlich sind (FN⁶⁰). Dies fasst bereits eindeutig den Grundsatz zusammen, dass der ITO unabhängig sein muss. Absatz 2 desselben Artikels zählt die wichtigsten der in Absatz 1 erwähnten Pflichten des Fernleitungsnetzbetreibers auf (FN⁶¹), wobei es sich um keine abschließende Aufzählung handelt.

Was die Vermögenswerte angeht schreibt die Richtlinie vor, dass der Fernleitungsnetzbetreiber über eigene Vermögenswerte verfügen muss, die erforderlich sind nicht nur im Hinblick auf das Netz sondern generell im Hinblick auf die Geschäftstätigkeit der Gasfernleitung (FN⁶²).

Was das Personal angeht, sieht die Richtlinie vor, dass jenes Personal, welches für den Betrieb der Gasfernleitung erforderlich ist, beim ITO angestellt sein muss. Dies betrifft insbesondere das Personal das das Management und den Betrieb des Netzwerkes verantwortet (FN⁶³).

⁶⁰ Vgl. Artikel 17 Absatz 1 der Richtlinie 2009/73/EG

⁶¹ Vgl. Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 2009/73/EG

⁶² Vgl. Artikel 17 Absatz 1 a) der Richtlinie 2009/73/EG

⁶³ Vgl. Artikel 17 Absatz 1 b) der Richtlinie 2009/73/EG

Stabstellenfunktionen wie Rechtsabteilung, Buchhaltung und IT zählen gemäß Absatz 2 des Artikels 17 der Richtlinie eindeutig zu Pflichten des Fernleitungsnetzbetreibers, sodass dieser eine entsprechende Anzahl an Mitarbeitern für diese Funktionen einstellen muss. Nur wenn der ITO dieser Verpflichtung nachgekommen ist, darf er in Ausnahmefällen Dritte mit der Erfüllung dieser Funktionen beauftragen. Dies trägt dem Prinzip Rechnung, dass der ITO selbst mit der Verwaltung des Netzes beauftragt ist und diese wesentlichen Funktionen daher nicht outsourcen soll, solange es nicht notwendig ist.

Wichtig ist festzuhalten, dass der ITO nicht die Möglichkeit hat, Teile seiner Pflichten an andere Personen (juristische Personen) zu übertragen. In der Praxis bedeutend ist insbesondere, dass der ITO Wartungsarbeiten oder die Systemführung nicht an andere ITO outsourcen kann. Dies betrifft allerdings nicht Funktionen, die nicht direkt mit dem Betrieb der Fernleitung zusammenhängen wie z.B. Gebäudesicherheitsdienste. Solche Dienste können durchaus an andere Firmen vergeben werden.

Der ITO ist allerdings keinesfalls berechtigt, IT Systeme und Ausrüstung, Sicherheitssysteme und insbesondere Räumlichkeiten mit anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens teilen. Dies bedeutet in der Praxis, dass der Netzbetreiber räumlich jedenfalls vom VIU getrennt sein muss. Artikel 17 Absatz 5 der Richtlinie geht sogar noch weiter und gibt vor, dass

in Bezug auf IT Systeme und Ausrüstung, und Zugangskontrollsysteme nicht dieselben externen Beratern beschäftigt werden dürfen (FN⁶⁴).

Im Hinblick auf Finanzierung, ein wesentliches Merkmal des ITO Modells, sieht Artikel 17 Absatz 1 d) der Richtlinie vor, dass angemessene finanzielle Ressourcen für künftige Investitionsprojekte und/oder für den Ersatz vorhandener Vermögenswerte vom vertikal integrierten Unternehmen bereitzustellen sind, dies rechtzeitig nach entsprechender Anforderung durch den ITO (FN⁶⁵).

Auch ist in der Praxis von hoher Relevanz, dass der ITO sein Personal nicht von anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens leasen kann. Der Netzbetreiber darf demnach z.B. kein IT Personal vom VIU oder dessen Tochtergesellschaft leasen. Dies wird in Artikel 17 Absatz 1 c) der Richtlinie ausdrücklich untersagt (FN⁶⁶).

Umgekehrt darf der ITO unter bestimmten, in Artikel 17 Absatz 1 c) der Richtlinie genannten, Umständen für das vertikal integrierte Unternehmen Dienstleistungen erbringen. Dies vor allem dann, wenn nicht zwischen Nutzern diskriminiert wird, der Wettbewerb bei der Gewinnung und Lieferung nicht eingeschränkt wird und die dafür geltenden

⁶⁴ Vgl. Artikel 17 Absatz 5 der Richtlinie 2009/73/EG

⁶⁵ Vgl. Artikel 17 Absatz 1 d) der Richtlinie 2009/73/EG

⁶⁶ Vgl. Artikel 17 Absatz 1 c) der Richtlinie 2009/73/EG

Vertragsbedingungen von der Regulierungsbehörde genehmigt wurden (FN⁶⁷).

Des Weiteren hat der ITO gemäß Artikel 17 Absatz 4 der Richtlinie dafür Sorge zu tragen, dass eine Verwechslung der eigenen Identität mit der des vertikal integrierten Unternehmens ausgeschlossen ist. Eine solche Verwechslung muss sowohl in Bezug auf die Unternehmensidentität als auch auf die Kommunikation, Markenpolitik und Geschäftsräume ausgeschlossen sein (FN⁶⁸).

3.2 Unabhängigkeit des ITO

Artikel 18 der Richtlinie legt den Grundsatz der Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers fest.

Der ITO muss **wirksame Entscheidungsbefugnisse** haben, die er unabhängig vom vertikal integrierten Unternehmen ausüben kann. Diese Entscheidungsbefugnisse muss er in Bezug auf Vermögenswerte oder Ressourcen, die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Fernleitungsnetzes erforderlich sind, haben (FN⁶⁹). Gemäß Artikel 18 Absatz 4 der Richtlinie darf das vertikal integrierte Unternehmen das Wettbewerbsverhalten des ITO in Bezug auf dessen laufende Geschäfte, die

⁶⁷ Vgl. Artikel 17 Absatz 1 c) der Richtlinie 2009/73/EG

⁶⁸ Vgl. Artikel 17 Absatz 4 der Richtlinie 2009/73/EG

⁶⁹ Vgl. Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 2009/73/EG

Netzwerkverwaltung oder die Tätigkeiten zur Aufstellung des zehnjährigen Netzwerkentwicklungsplans weder direkt noch indirekt beeinflussen (FN⁷⁰).

Der ITO muss gemäß Artikel 21 der Richtlinie auch ein **Gleichbehandlungsprogramm** aufstellen. Dieses Programm, welches der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde bedarf, soll Maßnahmen aufführen, die sicherstellen, dass diskriminierende Verhaltensweisen ausgeschlossen werden. Des Weiteren ist ein **Gleichbehandlungsbeauftragter** vom Aufsichtsorgan zu ernennen, vorbehaltlich der Bestätigung durch die Regulierungsbehörde. Der Gleichbehandlungsbeauftragte ist vor allem zuständig für die Kontrolle der Durchführung des Gleichbehandlungsprogramms und hat die generelle Funktion, zu überwachen, dass der ITO unabhängig ist und keine diskriminierenden Verhaltensweisen betreibt (FN⁷¹).

Im Hinblick auf den Grundsatz der Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers werden in der Richtlinie insbesondere folgende präzise Regeln aufgestellt:

- der ITO muss die Befugnis haben, Geld auf dem Kapitalmarkt zu beschaffen (FN⁷²);

⁷⁰ Vgl. Artikel 18 Absatz 4 der Richtlinie 2009/73/EG

⁷¹ Vgl. Artikel 21 Absatz 3 der Richtlinie 2009/73/EG

⁷² Vgl. Artikel 18 Absatz 1 b) der Richtlinie 2009/73/EG

- Tochterunternehmen des vertikal integrierten Unternehmens, die die Funktionen Gewinnung oder Versorgung wahrnehmen, dürfen weder direkt noch indirekt Anteile am ITO halten (FN⁷³);

- Für die kommerziellen und finanziellen Beziehungen zwischen dem vertikal integrierten Unternehmen und dem ITO sind marktübliche Bedingungen einzuhalten. Dies ist notwendig, um jegliche Bevorzugung zu verhindern. Aufzeichnungen über diese Beziehungen sind auch der Regulierungsbehörde auf Verlangen zur Verfügung zu stellen (FN⁷⁴);

- Das vertikal integrierte Unternehmen darf den ITO bei der Erfüllung seiner Pflichten nicht behindern und darf vor allem auch nicht die Einholung seiner Zustimmung verlangen (FN⁷⁵).

3.3 Unabhängigkeit von Personal und der Unternehmensleitung des Fernleitungsnetzbetreibers

Artikel 19 der Richtlinie legt für Personen der Unternehmensleitung und Mitglieder der Verwaltungsorgane des ITO Unabhängigkeitsregeln fest. Das Aufsichtsorgan (ernannt gemäß Artikel 20 der Richtlinie) trifft alle Entscheidungen, die Ernennungen, Wiederernennungen,

⁷³ Vgl. Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 2009/73/EG

⁷⁴ Vgl. Artikel 18 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG

⁷⁵ Vgl. Artikel 18 Absatz 9 der Richtlinie 2009/73/EG

Beschäftigungsbedingung (einschließlich Vergütung) und Vertragsbeendigung im Hinblick auf die Unternehmensleitung und Mitglieder der Verwaltungsorgane betreffen. Diese Entscheidungen werden erst verbindlich, wenn die Regulierungsbehörde innerhalb von drei Wochen nach der Mitteilung gegen sie keine Einwände erhebt (FN⁷⁶).

Um Interessenskonflikte auf Ebene der Unternehmensleitung zu verhindern wird in der Richtlinie folgendes festgelegt:

- Personen der Unternehmensleitung und/oder Mitglieder der Verwaltungsorgane des ITO dürfen in den letzten drei Jahren vor ihrer Ernennung bei anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleidet haben, berufliche Aufgaben wahrgenommen oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten haben (FN⁷⁷).

Wichtig ist hier zu erwähnen, dass gemäß Artikel 19 Absatz 8 der Richtlinie diese Regel lediglich für die Mehrheit der Angehörigen der Unternehmensleitung und/oder Mitglieder der Verwaltungsorgane des ITO sowie für die ihnen unmittelbar unterstellten Personen, die mit dem Betrieb, der Wartung oder der Entwicklung des Netzes befasst sind (dies ergibt sich aus Artikel 19 Absatz 8 letzter

⁷⁶ Vgl. Artikel 19 Absatz 2 letzter Satz der Richtlinie 2009/73/EG

⁷⁷ Vgl. Artikel 19 Absatz 3 der Richtlinie 2009/73/EG

Unterabsatz der Richtlinie), gilt. Die übrigen Personen der Unternehmensleitung bzw. der Verwaltungsorgane dürfen bloß in den letzten sechs Monaten vor ihrer Ernennung keine Führungstätigkeit oder andere einschlägige Tätigkeit beim vertikal integrierten Unternehmen ausgeübt haben.

- Personen der Unternehmensleitung, Mitglieder der Verwaltungsorgane sowie alle Beschäftigten des ITO dürfen bei anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleiden, berufliche Aufgaben wahrnehmen oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten (FN⁷⁸).
- Personen der Unternehmensleitung, Mitglieder der Verwaltungsorgane sowie alle Beschäftigten des ITO dürfen weder direkt noch indirekt Beteiligungen an Teilen des vertikal integrierten Unternehmens halten oder finanzielle Zuwendungen von diesen erhalten. Ausgenommen ist natürlich wieder der ITO selbst (FN⁷⁹).
- Personen der Unternehmensleitung und/oder Mitglieder der Verwaltungsorgane des ITO dürfen nach Beendigung ihres Vertragsverhältnisses für mindestens vier Jahre in anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens keine berufliche Positionen

⁷⁸ Vgl. Artikel 19 Absatz 4 der Richtlinie 2009/73/EG

⁷⁹ Vgl. Artikel 19 Absatz 5 der Richtlinie 2009/73/EG

bekleiden, berufliche Aufgaben wahrnehmen und auch keine Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten. Alle sonstigen Beschäftigten des ITO sind davon jedoch nicht betroffen (FN⁸⁰).

3.4 Aufsichtsorgan

Eines der wichtigsten Merkmale des ITO Modells ist die Einrichtung eines Aufsichtsorgans. Gemäß Artikel 20 Absatz 1 der Richtlinie ist die Aufgabe dieses Aufsichtsorgans, **Entscheidungen, die von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte der Anteilseigner bei ITO sind**, zu treffen. Dies umfasst Entscheidungen im Zusammenhang mit der Genehmigung der jährlichen und langfristigen Finanzpläne, der Höhe der Verschuldung des ITO und der Höhe der Dividenden, die an die Anteilseigner auszuschütten sind. Allerdings ist hervorzuheben dass das Aufsichtsorgan nicht in die laufenden Geschäfte, die Netzverwaltung oder die Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans eingreifen darf (FN⁸¹).

Auf mindestens die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsorgans abzüglich eines Mitgliedes gelten die oben besprochenen Absätze 3 bis 7 des Artikels 19 der Richtlinie (siehe oben).

⁸⁰ Vgl. Artikel 19 Absatz 7 der Richtlinie 2009/73/EG

⁸¹ Vgl. Artikel 20 Absatz 1 der Richtlinie 2009/73/EG

3.4.1 Das Aufsichtsorgan im österreichischen Gesellschaftsrecht

In diesem Zusammenhang stellt sich die Rechtsfrage wie sich das im Energierecht verlangte Aufsichtsorgan ins österreichische Gesellschaftsrecht einfügen lässt. Bei der Umsetzung ins österreichische Recht bietet sich prima facie der Aufsichtsrat an, die Rolle des Aufsichtsorgans wahrzunehmen. Für die AG ist das relativ unproblematisch, da dort in jedem Fall ein Aufsichtsrat zu bestellen ist (§§ 86 – 102 AktG). Für die GmbH, bei der es nur in bestimmten Fällen eine Aufsichtsratspflicht gibt, stellt sich allerdings die Frage, ob die Richtlinie womöglich einen neuen Sonderfall der gesetzlichen Aufsichtsratspflicht bei GmbHs kreiert hat. Zunächst ist dabei jedoch zu fragen, ob ein ITO tatsächlich einen Aufsichtsrat besitzen muss. Hier zeigt sich, dass für ITOs, die in der Rechtsform einer GmbH organisiert sind, dies sehr oft nicht der Fall sein wird, da die Aufsichtsratspflicht auslösenden Tatbestände nach dem GmbHG zumeist schlicht nicht vorliegen. Allgemein zeigt sich, dass die Aufsichtsratspflicht auf einige wenige Gesellschaften beschränkt ist, 2010 haben von insgesamt 119.475 GmbHs in Österreich nur 1.475 einen Aufsichtsrat eingerichtet (FN ⁸²).

⁸² Vgl. *Hoffmann/Kalss/Klampfl/Maidorfer*, Stand der Unternehmensaufsicht in Österreich, S. 1

Der Aufsichtsrat als gesellschaftsrechtliches Organ ist nach dem GmbHG nur in einzelnen Fällen zwingend vorgeschrieben. Eine gesetzlich obligatorische Aufsichtsratspflicht besteht nur für GmbHs, die eine bestimmte Größe haben (§ 29 GmbHG), in Einzelfällen (z.B. § 94 Absatz 2 iZm Liquidation) oder wenn spezielle Geschäftstätigkeiten durchgeführt werden. Letzteres bezieht sich auf Fälle obligatorischer Aufsichtsratspflicht nach anderen Gesetzen. Hier seien insbesondere das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (§ 12 WGG), das Investmentfondsgesetz (§ 6 Absatz 1 Z 3 InvFG) oder das Glücksspielgesetz (§ 14 Absatz 2 Z 1 GSpG) genannt (FN ⁸³). Die Frage ist nun, ob die RL eine solche zusätzliche sondergesetzliche Aufsichtsratspflicht nach dem GWG geschaffen hat.

Schmidt-Preuß ist im Rahmen einer Analyse der Unbundling-Optionen des 3. EU-Liberalisierungspaketes speziell auf das Aufsichtsorgan eingegangen und hat dabei die These aufgestellt, dass bei der Umsetzung in das deutsche Recht der Aufsichtsrat prädestiniert ist, die Rolle des „Aufsichtsrats“ wahrzunehmen. Schmidt-Preuß hat daraus geschlossen dass dies bedeute, dass mit dem Energierecht ein Fall hinzutritt, in dem die Einrichtung des sonst bei dieser Gesellschaftsform nicht zwingenden Aufsichtsrats obligatorisch ist (FN ⁸⁴). Die idente Argumentation könnte man aufgrund der im Großen und Ganzen vergleichbaren Rechtslage auch bei der Umsetzung in das österreichische Recht umlegen. Auch in Österreich wäre der Aufsichtsrat natürlich „prädestiniert“ dieses, für den ITO geforderte,

⁸³ Vgl. *Umfahrer*, GmbHG, 6. Auflage, Rz 374

⁸⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß*, et *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 9 – 2009, S. 86

Aufsichtsorgan zu sein. Kurzerhand könnte man daraus auch schließen dass durch das GWG in Österreich ein weiterer Fall der gesetzlichen Aufsichtsratspflicht außerhalb des GmbHG hinzugekommen ist.

So einfach ist es mA jedoch nicht und es ist jedenfalls notwendig, die anderen gesetzlichen Aufsichtsratspflichten bzw. diesbezüglichen Vorschriften außerhalb des GmbHG zu betrachten und in weiterer Folge auch zu untersuchen, inwiefern das Aufsichtsorgan im GWG notwendigerweise einem Aufsichtsrat im Hinblick auf dessen Aufgaben und dessen Zusammensetzung entspricht.

Karollus/Karollus haben die vergleichbare Thematik im Zusammenhang mit dem betrieblichen Vorsorgekassengeschäft untersucht und die Frage nach einer sich aus § 19 Absatz 1 BMSVG ergebenden Aufsichtsratspflicht bei GmbHs eher verneint (FN ⁸⁵). Karollus/Karollus argumentieren insbesondere, dass das BMSVG für die MV-Kassen (mittlerweile BV-Kassen) die obligatorische Bildung eines Aufsichtsrats nicht explizit anordnet und eine Aufsichtsratspflicht auch nicht implizit daraus abgeleitet werden kann, dass das BMSVG eigene Bestimmungen über die Zusammensetzung und die Aufgaben des Aufsichtsrats enthält. In diesem Zusammenhang wird von den Autoren insbesondere der Vergleich mit dem InvFG gebracht. Danach kann das Investmentfondsgeschäft in der Form der AG und der GmbH betrieben werden, allerdings enthält § 6 Absatz 2 Z 3 InvFG eine ausdrückliche Verpflichtung zur Einrichtung eines

⁸⁵ Vgl. *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, (2008) § 29 Anm. 82

Aufsichtsrates bei einer GmbH (FN ⁸⁶). Dem gleichen Vorbild folgen die betreffenden Bestimmungen des ImmoInvFG (§ 2 Absatz 3 und 5 ImmoInvFG). Ähnlich sind mA auch die Regelungen betreffend Glückspielgesellschaften, § 5 Absatz 2 Z 1 und § 14 Absatz 2 Z 1 GSpG enthalten eine ausdrückliche Aufsichtsratspflicht (FN ⁸⁷). Noch viel weiter geht das Bundestheaterorganisationsgesetz, wo in § 13 BThOG die Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats eigens normiert wird (FN ⁸⁸). Im Gegensatz dazu ergibt sich aus dem BWG keine ausdrückliche Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrats. § 5 Absatz 1 Z 1 BWG regelt lediglich dass Konzessionen nur an Kreditinstitute in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft erteilt werden dürfen. Karollus/Karollus weisen in diesem Zusammenhang darauf hin dass das BWG zwar Sondervorschriften für den Aufsichtsrat von Kreditinstituten enthält (z.B. § 63 Absatz 5 und § 76 Absatz 4 BWG), jedoch keine Vorschrift, die über die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften hinausgehend die Bildung eines Aufsichtsrats anordnet (FN ⁸⁹).

Auf Grund dessen kommen Karollus/Karollus zu dem Schluss dass für eine MV-Kasse eine Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrats nur dann besteht, wenn sich dies aus den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ergibt. Für die GmbH bedeutet dies, dass sich aus dem Gesetzestext des BMSVG keine von den Schwellen des § 29 GmbHG

⁸⁶ Vgl. § 6 Absatz 2 Z 1 und 3 InvFG

⁸⁷ Vgl. § 5 Absatz 2 Z 1 und § 14 Absatz 2 Z 1 GSpG

⁸⁸ Vgl. *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, (2008) § 29 Anm. 83

⁸⁹ Vgl. *Karollus/Karollus*, RdA 2003, 99, FN 3

losgelöste, allgemeine Aufsichtsratspflicht ableiten lässt. Die erkannte Gefahr dabei ist, dass für die Rechtsform der GmbH optiert werden kann, um die allenfalls ungeliebten Vorschriften des BMSVG betreffend Aufsichtsrat auszuschalten und eben diese Bestimmungen somit leer laufen können (FN ⁹⁰).

Interessant sind in diesem Rahmen auch die Regelungen bezüglich der Führung eines Wirtschaftsbetriebes einer Hochschülerschaft (§ 28 Absatz 2 HG), welche von Umfahrer eindeutig als „obligatorische Aufsichtsratspflicht nach anderen Gesetzen“ aufgezählt wird (FN ⁹¹). § 28 Absatz 2 HG hält fest, dass in den Satzungen der Kapitalgesellschaften die Einrichtung eines Aufsichtsrates vorzusehen ist (FN ⁹²). Keinert stellt dazu jedoch fest, dass nach dem Hochschulgesetz die Aufsichtsratspflicht in der Satzung vorzusehen ist und somit lediglich eine „scheinbare gesetzliche Aufsichtsratspflicht“ besteht (FN ⁹³). Gemeint ist sicherlich, dass keine direkte gesetzliche Pflicht besteht, sondern lediglich eine Pflicht, eine vertragsrechtliche Pflicht für die Gesellschafter zu schaffen. Auch wenn Keinert genau genommen Recht hat, läuft es mM jedoch auf dasselbe Ergebnis hinaus, da somit eine GmbH mit Aufsichtsrat verlangt wird. Gleichzeitig behauptet Keinert, dass für gemeinnützige Bauvereinigungen gemäß § 12 WGG keine gesetzliche Aufsichtsratspflicht besteht. Hier behauptet er, dass von vornherein keine genossenschaftsrechtliche sondern

⁹⁰ Vgl. *Karollus/Karollus*, RdA 2003, 99

⁹¹ Vgl. *Umfahrer*, GmbHG, 6. Auflage, Rz 374

⁹² Vgl. § 28 Absatz 2 HG

⁹³ Vgl. *Keinert*, *ecolex* 1991, 535, S. 2

lediglich eine gemeinnützigkeitsrechtliche Pflicht besteht, d.h., dass nicht für den Bestand einer Bauvereinigung sondern nur für deren Anerkennung als gemeinnützige Bauvereinigung ein Aufsichtsrat gefordert wird (FN ⁹⁴). Auch hier sieht Umfahrer eine eindeutige „obligatorische Aufsichtsratspflicht nach anderen Gesetzen“ (FN ⁹⁵). Und auch im Fall vom WGG hat aus meiner Sicht Umfahrer im Endergebnis Recht. Auch Straube sieht in beiden Fällen, sowohl bei gemeinnützigen Bauvereinigungen als auch bei Wirtschaftsbetrieben der Hochschülerschaft, eine Aufsichtsratspflicht außerhalb des GmbHG (FN ⁹⁶). Nichtsdestotrotz zeigen die Ausführungen von Keinert, dass nicht jede aufsichtsratsrechtliche Regelung in einem Gesetz außerhalb des GmbHG automatisch als sondergesetzliche Aufsichtsratspflicht gewertet werden sollte.

Der Fall beim ITO stellt sich noch etwas anders dar, da in Artikel 20 der RL lediglich von einem Aufsichtsorgan gesprochen wird. Auch in der englischen Originalfassung der RL wird vom „Supervisory Body“ und nicht konkret vom „Supervisory Board“ gesprochen. Hier wird genau genommen noch viel weniger ausdrücklich als im untersuchten Fall der Mitarbeitervorsorgekasse ein Aufsichtsrat iSd des GmbHG verlangt. Auch die Bestimmungen betreffend die Besetzung in Artikel 20 Absatz 2 der RL beziehen sich auf das sogenannte „Aufsichtsorgan“. Daher deuten diese Bestimmungen mA implizit noch viel weniger auf einen gesetzlich geforderten Aufsichtsrat iSd GmbH. Folgt man der oben dargestellten

⁹⁴ Vgl. *Keinert*, *ecolex* 1991, 535, S. 2

⁹⁵ Vgl. *Umfahrer*, GmbHG, 6. Auflage, Rz 374

⁹⁶ Vgl. *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, (2008) § 29 Anm. 79 und 81

Argumentation von Karollus/Karollus und stellt man insbesondere den Vergleich mit anderen Aufsichtsratsbestimmungen außerhalb des GmbHG an, muss man im GWG ganz eindeutig zu dem Schluss kommen dass dieses keinen eigenen Fall der statutorischen Aufsichtsratspflicht normiert, sondern, dass sich eine solche nur aus den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des GmbHG ergeben kann. Würde man hier eine gesetzliche Lücke annehmen wären dem Gesetzgebers gleich zwei schwere Fehler unterlaufen: einerseits ungewollt ein Aufsichts“organ“ und keinen (im österreichischen Recht ja bekannten und über Jahre bewährten) Aufsichts“rat“ vorzuschreiben und andererseits nicht explizit auf die Vorschriften des AktG bzw. GmbHG zu verweisen. Hätte der Gesetzgeber ausdrücklich ein Aufsichtsorgan gemäß den Vorschriften des AktG bzw. GmbHG verlangt, wäre ein Aufsichtsrat zwar noch immer nicht eindeutig aber jedenfalls viel naheliegender. Vor allem die Tatsache, dass ausdrücklich ein Aufsichts“organ“ vorgeschrieben wird deutet mA viel mehr darauf hin, dass der Gesetzgeber bewusst auch ein anderes Organ als den Aufsichtsrat für die Erfüllung der Aufsichtsaufgaben in Kauf genommen hat.

Schmidt-Preuß ist natürlich beizupflichten, dass sich in der Praxis sicherlich der Aufsichtsrat im deutschen oder österreichischen Gesellschaftsrecht anbietet, allerdings ist hier zunächst zu prüfen inwiefern das Aufsichtsorgan gemäß GWG von seinen Aufgaben und seiner Zusammensetzung her dem Aufsichtsrat tatsächlich entspricht bzw.

inwiefern ein anderes Gremium für die Funktion des Aufsichtsorgans auch in Frage kommen würde.

Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrates gemäß § 30 GmbHG ist die Überwachung der Geschäftsführung und die Überprüfung ob die Geschäftstätigkeit entsprechend den gesetzlichen Vorschriften, dem Gesellschaftsvertrag und den Gesellschafter- oder Aufsichtsratsbeschlüssen geführt wird und auch wirtschaftlich und zweckmäßig geeignet ist, den Erfolg der Gesellschaft zu erzielen. Der Aufsichtsrat hat ein Recht auf Berichterstattung durch die Geschäftsführer (Jahresberichte, Quartalsberichte, Sonderberichte), er kann die Bücher und Schriften der GmbH sowie die Vermögensgegenstände einsehen und prüfen und kann auch eine Generalversammlung einberufen „wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert“. Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluss, den Vorschlag für die Gewinnverteilung und den Lagebericht zu prüfen und der Generalversammlung darüber zu berichten, in einzelnen Fällen hat er die Gesellschaft zu vertreten (z.B. bei Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern).

Interessant ist auch der demonstrativ aufgezählte Katalog von Rechtsgeschäften, die gemäß § 30 j Absatz 5 GmbHG der Genehmigung durch den Aufsichtsrat bedürfen. Dazu zählen insbesondere der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften, Investitionen, die eine bestimmte Höhe an Anschaffungskosten übersteigen, die Begebung von Anleihen, die

Aufnahme von Darlehen und Krediten, die einen bestimmten Betrag übersteigen, sowie die Gewährung von Darlehen und Krediten, wenn sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört.

Explizite Aufgabe des Aufsichtsorgans gemäß Artikel 20 der RL ist es, Entscheidungen, die von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte der Anteilseigner beim Fernleitungsnetzbetreiber sind, zu treffen. Darunter fallen v.a. Entscheidungen im Zusammenhang mit der Genehmigung der jährlichen und der langfristigen Finanzpläne, der Höhe der Verschuldung des Fernleitungsnetzbetreibers und der Höhe der an die Anteilseigner auszuzahlenden Dividenden. Die genannten Aufgaben sind zwar nicht ausdrücklich jene, die im GmbHG für den Aufsichtsrat aufgezählt werden, allerdings sind es sicherlich finanzielle Entscheidungen, die den Rechtsgeschäften mit finanziellen Auswirkungen entsprechen, die im GmbHG der Genehmigung durch den Aufsichtsrat unterliegen. Die RL hält explizit fest, dass das Aufsichtsorgan keine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die laufenden Geschäfte des Fernleitungsnetzbetreibers und die Netzverwaltung hat. Auch das Organ des Aufsichtsrats hat seinem Wesen nach keinerlei Entscheidungsbefugnis auf laufende Geschäfte im österreichischen Gesellschaftsrecht. Dies zeigt, dass zwar der Aufsichtsrat durchaus die Aufgaben des Aufsichtsorgans erfüllen kann, dass aber umgekehrt das Aufsichtsorgan keinesfalls alle Kernkompetenzen des Aufsichtsrats erfüllen muss.

Vielleicht noch interessanter ist die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans im Vergleich zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der österreichischen GmbH.

Gemäß Artikel 20 Absatz 2 der RL besteht das Aufsichtsorgan aus Vertretern prinzipiell dreier Gruppen, nämlich des vertikal integrierten Unternehmens, dritter Anteilseigner und, sofern die einschlägigen Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates es vorsehen, anderer Interessengruppen (wie z.B. der Beschäftigten des Fernleitungsnetzbetreibers). Hier ist gleich anzumerken dass sich diese Bestimmung betreffend die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans nicht im GWG findet. Dies könnte unter Umständen darauf hindeuten dass die nationalen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen was wiederum auf einen Aufsichtsrat gemäß AktG bzw. GmbHG deutet. Andererseits wäre es genauso schlüssig, dass man hier von einer Gesetzeslücke ausgeht und daher auf die zugrunde liegende Regelung der RL zurückgreift.

Von entscheidender Bedeutung ist aber die Verteilung der Sitze, die Schmidt-Preuß genauer untersucht. Die originelle Regelung in Artikel 20 Absatz 3 der RL dazu lautet: „Artikel 19 Absatz 2 Unterabsatz 1 sowie Artikel 19 Absatz 3 bis 7 finden auf zumindest die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsorgans abzüglich ein Mitglied Anwendung“. Schmidt-Preuß meint, dass sich hinter dieser Formulierung verbirgt, dass die Mehrheit des Aufsichtsorgans in Höhe von maximal zwei Mitgliedern von der

Muttergesellschaft bestimmt werden kann. Dies hat seiner Meinung nach den Hintergrund, dass die Mitgliedstaaten, die darauf bestanden, die Mehrheit des Aufsichtsorgans auch mit Repräsentanten der Muttergesellschaft zu besetzen und damit den personalpolitischen Einfluss wahren zu können, sich mit den anderen Mitgliedstaaten (die für das OU Modell plädierten) darauf geeinigt haben, diese Mehrheit auf maximal zwei zu begrenzen. Schmidt-Preuß geht soweit zu behaupten, dass sich aus der Formulierung ergibt, dass die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans eine gerade Zahl sein muss, da sich nur auf einer solchen Basis eine personenbezogene Hälfte berechnen lässt (FN 97). Säcker widerspricht dieser Berechnung von Schmidt-Preuß (FN 98), allerdings weist Schmidt-Preuß richtigerweise darauf hin, dass Säcker das Tatbestandsmerkmal „Hälfte“ ausblendet (FN 99). Es ist daher mA der Berechnung von Schmidt-Preuß zu folgen.

Hinzuzufügen ist, dass das GWG die Bestimmung der RL dadurch ergänzt, dass festgehalten wird, dass Arbeitnehmervertreter im Sinne des Arbeitsverfassungsgesetzes im Aufsichtsorgan der Muttergesellschaft des Übertragungsnetzbetreibers zu jenen Mitgliedern des Aufsichtsorgans des Übertragungsnetzbetreibers, welche die Voraussetzungen des § 114 Abs. 1 bis 3 für die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsorgans abzüglich eines Mitgliedes erfüllen, zählen. Eine darüber hinausgehende Regelung betreffend die Mitwirkung von Belegschaftsvertretern wird nicht getroffen.

⁹⁷ Vgl. *Schmidt-Preuß*, et *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 9 – 2009, S. 87

⁹⁸ Vgl. *Säcker*, et *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 11 – 2009, S. 80

⁹⁹ Vgl. *Schmidt-Preuß*, et *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 12 – 2009, S. 74

In der RL wird lediglich vorgegeben, dass ein Teil des Aufsichtsorgans aus „other interested parties such as employees of the transmission system operator“ bestehen soll, d.h. dass Arbeitnehmervertreter zwar als Beispiel angeführt werden, jedoch nicht explizit gefordert werden. Der einleitende Halbsatz „where the relevant legislation of the Member State so provides“ legt aber nahe, dass die RL genau solche Bestimmungen wie die des Arbeitsverfassungsgesetzes in Österreich im Auge hatte.

Demgegenüber sieht das GmbHG für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats insbesondere die Mitwirkung der Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat zwingend vor. Der Betriebsrat entsendet gemäß § 110 ArbVG aus dem Kreis der Betriebsratsmitglieder für je zwei nach GmbHG oder Gesellschaftsvertrag bestellte Aufsichtsratsmitglieder einen Arbeitnehmervertreter. Bei einer ungeraden Zahl der bestellten Aufsichtsratsmitglieder ist ein Arbeitnehmervertreter mehr zu entsenden (FN ¹⁰⁰). Grundlage der Berechnung ist die Zahl der tatsächlich bestellten Aufsichtsratsmitglieder und nicht die Höchstzahl laut Gesellschaftsvertrag (FN ¹⁰¹). Darüber hinaus gibt es gemäß § 30 c GmbHG lediglich die Möglichkeit, dass ein stark an dem Unternehmen der GmbH interessierter Gesellschafter eine Person seines Vertrauens in den Aufsichtsrat entsendet. Ein solches Entsendungsrecht kann sowohl höchstpersönlich als auch an Geschäftsanteile gebunden ausgestaltet werden (FN ¹⁰²). Ganz allgemein bestimmt das GmbHG für den Aufsichtsrat zwar eine strenge Untergrenze

¹⁰⁰ Vgl. § 110 Absatz 1 ArbVG

¹⁰¹ Vgl. *Umfahrer*, GmbHG, 6. Auflage, Rz 394

¹⁰² Vgl. *Umfahrer*, GmbHG, 6. Auflage, Rz 384

von drei Mitgliedern jedoch keine Obergrenze, eine Obergrenze kann lediglich im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden (FN ¹⁰³).

Daraus ergeben sich vor allem zwei Merkmale. Die verhältnismäßige Besetzung des Aufsichtsrats durch Belegschaftsvertreter einerseits, wobei ein Belegschaftsvertreter pro zwei Aufsichtsratsmitglieder bestellt werden muss, sodass in Summe ein Drittel aus Belegschaftsvertretern besetzt werden muss. Andererseits, dass der Aufsichtsrat im GmbHG nicht notwendigerweise aus einer geraden Zahl an Mitgliedern bestehen muss.

Daran zeigt sich, dass die Zusammensetzung des energierechtlichen Aufsichtsorgans nicht notwendigerweise der Zusammensetzung des Aufsichtsrats im GmbHG entspricht. Dennoch ist festzuhalten, dass sich der österreichische Aufsichtsrat durchaus gut eignet, die Voraussetzungen des Aufsichtsorgans jedenfalls im Hinblick auf dessen Zusammensetzung, zu erfüllen.

Insgesamt kann man zu dem Schluss kommen, dass der österreichische Aufsichtsrat zweifelsfrei prädestiniert ist, wie schon Schmidt-Preuß festgestellt hat, die Rolle des Aufsichtsorgans wahrzunehmen. Ein Drittel des Aufsichtsrats kann vom Betriebsrat gemäß § 110 ArbVG entsendet werden, ein Drittel vom vertikal integrierten Unternehmen bzw. der Muttergesellschaft und ein Drittel von dritten Anteilseignern. Dabei ist lediglich darauf zu achten, dass bei der „Hälfte minus eins“ der

¹⁰³ Vgl. *Umfahrer*, GmbHG, 6. Auflage, Rz 375

Aufsichtsratsmitglieder die Unabhängigkeitsvoraussetzungen des Artikels 19 der RL erfüllt werden. Dass sich dafür eine gerade Zahl von Aufsichtsratsmitglieder besser eignet, wie von Schmidt-Preuß behauptet wird, ist grundsätzlich logisch, aber auch dies kann im Hinblick auf einen Aufsichtsrat in einer GmbH leicht vorgesehen werden, da das österreichische Gesellschaftsrecht keine genaue Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder vorgibt. Auch was die Aufgaben des Aufsichtsorgans angeht, kann man sagen, dass diese sicherlich gut von einem Aufsichtsrat erfüllt werden können.

Allerdings wäre ich vorsichtig wie Schmidt-Preuß von vornherein von einem Aufsichtsrat auszugehen, tatsächlich geht er in seinem Aufsatz zu diesem Thema in weiterer Folge automatisch dazu über, vom „Aufsichtsrat“ zu reden und nicht mehr vom „Aufsichtsorgan“. Obwohl dies natürlich schlüssig ist, da er zunächst einen Fall der gesetzlichen Aufsichtsratspflicht behauptet. Aber genau diese, sich aus dem Energierecht ergebende gesetzliche Aufsichtsratspflicht, stelle ich in Frage. Wie schon Karollus/Karollus im Zusammenhang mit den Mitarbeitervorsorgekassen argumentiert hat, ist auch im GWG in keiner Weise eine ausdrückliche Pflicht zur Einrichtung eines Aufsichtsrats herauszulesen. Wenn man sich die entsprechenden Bestimmungen in anderen Gesetzen (wie z.B. dem InvFG) anschaut, ergibt sich ein klarer Unterschied in der Formulierung des Gesetzes. MA ist dies doch ein wesentlicher Hinweis darauf, dass die Rolle des Aufsichtsorgans auch durch andere Gremien als den Aufsichtsrat wahrgenommen werden kann.

Zuletzt ist hier aber auf die damit eng verbundene Frage einzugehen, ob wenn ein anderes Gremium zur Erfüllung der Funktion des Aufsichtsorgans eingerichtet wird, dieses nicht ohnehin den gesetzlichen Aufsichtsratsvorschriften zu unterstellen ist. Auf der einen Seite vertrat Reich-Rohrwig ursprünglich die Meinung, dass sobald typisierte Funktionsmerkmale eines Aufsichtsrats zutreffen, die diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften anzuwenden sind (FN ¹⁰⁴), denn wenn de facto ein Aufsichtsrat eingerichtet wird (auch wenn er anders benannt wird) können die daran anknüpfenden zwingenden Rechtsfolgen nicht abbedungen werden. Löschnigg schließt sich dieser Meinung an, indem er sich ausdrücklich dagegen wehrt, dass es den Gesellschaftern freisteht, z.B. einen Beirat mit Funktionen auszustatten, die den Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats entsprechen (FN ¹⁰⁵).

Demgegenüber ist Koppensteiner der Meinung dass Beiräte nicht allgemein für unzulässig gehalten werden können bzw. nicht automatisch als Aufsichtsräte qualifiziert werden können. Koppensteiner argumentiert, dass sofern gesetzlich keine Aufsichtsratspflicht besteht, die Gesellschafter auch frei sind zu entscheiden, ob Mitbestimmung der Arbeitnehmer stattfindet oder nicht und daher auch frei sind, Zuständigkeiten auf ein Organ zu übertragen, an dem die Arbeitnehmer nicht beteiligt sind (FN

¹⁰⁴ Vgl. *Reich-Rohrwig*, ÖJZ 1981, 509

¹⁰⁵ Vgl. OGH 27.9.2006, 9 Ob A 130/05s

¹⁰⁶). Huber und mittlerweile auch Reich-Rohrwig schließen sich dieser Meinung an (FN ¹⁰⁷).

Folgt man der mittlerweile überwiegenden Meinung, sieht man, dass es im Wesentlichen darauf ankommt, mit welchen Kompetenzen das eingerichtete Organ ausgestattet wird. Entsprechen diese Kompetenzen eindeutig den Kernkompetenzen eines Aufsichtsrates so wird das Organ wohl tatsächlich als Aufsichtsrat zu qualifizieren sein, da sonst eine reine Umgehung der Bestimmungen des ArbVG nahe liegt.

Im Fall des ITO Aufsichtsorgans wurde oben dargestellt dass die wesentliche Kernkompetenzen des Aufsichtsrats (Überwachung der Geschäftsführung, Recht auf Berichterstattung, Prüfung von Jahresabschluss und Lagebericht) keinesfalls Aufgaben sind, die in der RL für das Aufsichtsorgan vorgegeben sind. **Dementsprechend ist es gemäß österreichischem Gesellschaftsrecht mA durchaus zulässig ein anderes Gremium (z.B. einen Beirat) einzurichten, um die Rolle des energierechtlichen Aufsichtsorgans wahrzunehmen.** Dies unterstützt die Ansicht, dass durch die RL bzw. das GWG **kein zusätzlicher Fall von gesetzlicher Aufsichtsratspflicht außerhalb des GmbHG kreiert wurde.** Dies bedeutet natürlich nicht, dass in der Praxis der Aufsichtsrat beim österreichischen ITO nicht dennoch prädestiniert für die Erfüllung der Voraussetzung des

¹⁰⁶ Vgl. *Koppensteiner*, Rz 54, 55 zu § 35 GmbHG

¹⁰⁷ Vgl. OGH 27.9.2006, 9 Ob A 130/05s und Reich-Rohrwig I Rz 4/498

Aufsichtsorgans ist. Bei einer ohnehin gegebenen gesetzlichen Aufsichtsratspflicht (bei AGs oder den weniger häufigen Fällen von GmbHs) wird sich die Frage erst gar nicht stellen, in den Fällen wo der, in der Rechtsform einer GmbH organisierte ITO, nach den relevanten Vorschriften des GmbHG keinen Aufsichtsrat benötigt, wird man sich u.U. fragen, ob nicht ein anderes Organ im Hinblick auf Artikel 20 der RL eingerichtet wird und so eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer vermieden werden kann. Für den Österreichischen Netzbetreiber hat sich die Frage allerdings nicht gestellt, da die Gesellschaft bereits über einen Aufsichtsrat verfügt hat und dieser auch vorgesehen ist, die Rolle des Aufsichtsorgans zu übernehmen (was vom Regulator mit Zertifizierungsbescheid vom 6.7.2012 auch genehmigt wurde).

3.5 Netzausbau und Befugnis zum Erlass von Investitionsentscheidungen

In Artikel 22 der Richtlinie werden dem ITO bestimmte Pflichten auferlegt um sicherzustellen, dass im Hinblick auf den Netzausbau die als notwendig erachteten Investitionen getätigt werden.

Dazu hat der ITO der Regulierungsbehörde jedes Jahr einen **zehnjährigen Netzentwicklungsplan** vorzulegen. Dieser Netzentwicklungsplan wird mit Genehmigung der Regulierungsbehörde

rechtsverbindlich (FN¹⁰⁸). Er hat insbesondere anzugeben, welche wichtigen Übertragungsinfrastrukturen in den nächsten zehn Jahren errichtet oder ausgebaut werden müssen und welche Investitionen bereits beschlossen wurden bzw. in den nächsten zehn Jahren durchgeführt werden müssen. Dabei sind Investitionspläne für regionale und gemeinschaftsweite Netze zu berücksichtigen (FN¹⁰⁹).

Die Regulierungsbehörde führt daraufhin Konsultationen zum Netzentwicklungsplan mit allen tatsächlichen und potenziellen Netzbenutzern durch und veröffentlicht das Ergebnis, wobei sie vor allem auf den etwaigen Investitionsbedarf verweist. Gleichzeitig hat die Regulierungsbehörde zu prüfen, ob der Netzentwicklungsplan den im Zuge der von ihr vorgenommenen Konsultationen ermittelten Investitionsbedarf auch tatsächlich erfasst und darüber hinaus ob dieser Netzentwicklungsplan mit dem nicht bindenden zehnjährigen „gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan“ (verabschiedet vom ENTSO (Gas)) (FN¹¹⁰) übereinstimmt. Im Zuge dessen kann die Regulierungsbehörde vom ITO verlangen, den Netzentwicklungsplan zu ändern (FN¹¹¹).

Artikel 22 Absatz 7 der Richtlinie legt fest, welche Konsequenzen die Mitgliedstaaten für die Nichtbefolgung des Netzentwicklungsplans

¹⁰⁸ Vgl. *Storr*, Neue Impulse für die Energiewirtschaft, S. 90

¹⁰⁹ Vgl. Artikel 22 Absätze 2 und 3 der Richtlinie 2009/73/EG

¹¹⁰ Vgl. Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 715/2009

¹¹¹ Vgl. Artikel 22 Absätze 4 und 5 der Richtlinie 2009/73/EG

vorsehen müssen. Sollte der ITO aus nicht zwingenden und von ihm nicht zu beeinflussenden Gründen eine Investition, die laut Netzentwicklungsplan in den folgenden drei Jahren durchzuführen ist, nicht durchgeführt haben, ist mindestens eine der folgenden Maßnahmen vorzusehen:

- Aufforderung des ITO zur Durchführung der betreffenden Investition (Artikel 22 Absatz 7 lit a RL);
- Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens zur Durchführung der betreffenden Investition, das allen Investoren offen steht (Artikel 22 Absatz 7 lit b RL);
- Verpflichtung des ITO einer Kapitalaufstockung zur Finanzierung der notwendigen Investition zuzustimmen und unabhängigen Investoren eine Kapitalbeteiligung zu ermöglichen (FN¹¹²)(Artikel 22 Absatz 7 lit c RL).

Dabei mutet die – in der Folge detailliert zu prüfende – dritte Sanktionsmöglichkeit der Regulierungsbehörde allerdings rechtlich unausgegoren an: Nach dem Richtlinien text kann die Regulierungsbehörde den Netzbetreiber dazu verpflichten, dass dieser einer Kapitalaufstockung (zur Vornahme der notwendigen Investition) „zuzustimmen“ hat.

¹¹² Vgl. Artikel 22 Absatz 7 der Richtlinie 2009/73/EG

Gesellschaftsrechtlich ist eine Kapitalerhöhung jedoch Sache der Gesellschafter und nicht der Gesellschaft. Die zwangsweise Zustimmung der Gesellschaft zu ihrer eigenen Kapitalerhöhung wäre daher nach österreichischem Rechtsverständnis sinnlos.

Kommission und Parlament dürften hier – womöglich aufgrund der vielen zu harmonisierenden Rechtsordnungen – übersehen haben, dass, zumindest in einigen Rechtsordnungen, die Kapitalerhöhung Sache der Gesellschafter und nicht Sache der Gesellschaft ist. Dies wäre im Rahmen der Transformation jedoch gut sanierbar gewesen: Da sich die Richtlinie ja an die Mitgliedstaaten richtet, selbst nicht unmittelbar anwendbar ist und von den Mitgliedstaaten erst in innerstaatliches Recht zu transformieren war, wäre es meines Erachtens an den Mitgliedstaaten gelegen, die Richtlinie so umzusetzen, wie es der Richtliniengesetzgeber beabsichtigt hat, nämlich eine zwangsweise Kapitalerhöhung beim Fernleitungsnetzbetreiber auch wirksam durchsetzen zu können. Der österreichische Gesetzgeber hat jedoch den diesbezüglichen Richtlinientext 1:1 (in § 23 und 65 GWG) übernommen.

Im Folgenden wird daher unterstellt, dass sich die „Verpflichtung einer Kapitalerhöhung zuzustimmen“ sowohl auf Richtlinien- als auch auf GWG-Ebene jeweils eine Stufe höher, nämlich auf Gesellschafterebene, abspielt.

Schmidt-Preuß hat schon eindeutig festgestellt, dass eine Zwangskapitalerhöhung, wie sie hier vorgesehen ist, gegen die EU-

Grundrechte (Investitionsfreiheit) verstößt und dass daher der deutsche Umsetzungsgesetzgeber die Vorschrift nicht übernommen hat sondern sich darauf beschränkt hat, den Netzbetreiber zur Durchführung der Investition aufzufordern sowie eine Ausschreibung durchzuführen (§ 65 IIa EnWG) (FN ¹¹³). **Tatsächlich liegt auf der Hand, dass es bei einer gesetzlichen Verpflichtung, einer Kapitalaufstockung unter Beteiligung gesellschaftsfremder Personen zuzustimmen, insbesondere zu Berührungen mit dem Grundrecht auf Eigentum bzw. auf Freiheit des Eigentums kommt, welche im Folgenden untersucht werden sollen:**

3.5.1 Europäisches Recht vor dem Maßstab österreichischer Grundrechte

Zunächst ist an dieser Stelle kurz auf das Verhältnis der österreichischen Grundrechte zu den Grundrechten der EU einzugehen bzw. insbesondere auf die Anwendbarkeit der österreichischen Grundrechte an sich.

Die Überprüfung europäischer Richtlinien und die Bewertung ihrer rechtlichen Umsetzung erfolgt überwiegend auf Grundlage der europäischen Grundrechte. Somit bleibt nur ein eng zu bemessender Raum für die Relevanz österreichischer Grundrechte.

¹¹³ Vgl. *Storr*, Neue Impulse für die Energiewirtschaft, S. 21 und *Schmidt-Preuß*, et 9/2009, 82 (87)

Die europäischen Richtlinien selbst werden ausschließlich am Maßstab der europäischen Grundrechte gemessen. Der deutsche BVerfG hat zuletzt in seiner Entscheidung („Bananenmarktordnung“) (bereits wiederholt) ausgeführt: *„Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist [.....] wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht [.....] nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen.“* (FN ¹¹⁴)

Demgegenüber ist bei den Implementierungsgesetzen zwischen zwingenden Richtlinienvorgaben und Vorschriften zu unterscheiden, die dem nationalen Gesetzgeber Entscheidungsspielraum in der Umsetzung einräumen. Bei zwingenden Vorgaben ist der nationale Gesetzgeber an europäische Grundrechte gebunden. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat 2007 (zum wiederholten Male) festgestellt: *„Auch eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die eine Richtlinie in deutsches Recht umsetzt, wird insoweit nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen, als das Gemeinschaftsrecht keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht.“* (FN

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 102, 147, 162 f. - *Bananenmarktordnung*

¹¹⁵) Wenn sich der nationale Gesetzgeber allerdings innerhalb von Entscheidungsspielräumen bewegt, dann ist er neben der Bindung an Gemeinschaftsgrundrechte auch an nationale Grundrechte gebunden. Etwaige Umsetzungsspielräume sind von den Mitgliedstaaten in grundrechtsschonender Weise auszufüllen (FN ¹¹⁶). Es kommt dann daher zu einem „doppelten Grundrechtsschutz“ (FN ¹¹⁷).

Da dem Umsetzungsgesetzgeber in der vorliegenden Richtlinie mehrere Unbundling Varianten zur Wahl stehen und der nationale Gesetzgeber damit einen Umsetzungsspielraum hat, führt dies dazu, dass die in Betracht kommenden Artikel des StGG nicht zur Gänze vom europäischen Grundrechtsregime verdrängt werden und die nationalen Bestimmungen des StGG daher grundsätzlich auch subsidiär zu beachten sind.

Unabhängig von diesen Ausführungen und dieser grundsätzlichen Rechtsprechung und Ansicht muss in diesem Zusammenhang auf das aktuelle Erk. des VfGH vom 14.2.2012 U466/11, U 1836/11 verwiesen werden. Nach bisheriger Rsp. waren Gesetze im Rahmen von Gesetzesprüfungsverfahren rein am Maßstab des österreichischen Verfassungsrechts zu messen. Die Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Bestimmungen konnte nur dann festgestellt werden, wenn diese gegen österreichisches Verfassungsrecht verstießen. Durch das neue Erk. des

¹¹⁵ Vgl. BVerfG, NVwZ 2007,937, 938 - *Zuteilungsgesetz*

¹¹⁶ Vgl. BVerfG, NVwZ 2007,937, 938 - *Zuteilungsgesetz*

¹¹⁷ Vgl. *Baur/Pritzsche/Pooschke/Fischer*, Eigentumsentflechtung der Energiewirtschaft durch Europarecht, S. 25

VfGH ändert sich diese Doktrin nun grundlegend (FN ¹¹⁸), da in Verfahren, in denen Unionsrecht eine Rolle spielt, die EU Grundrechte-Charta wie die Österreichische Verfassung zu sehen ist. Das bedeutet, dass nunmehr auch Grundrechte, die in die EU Grundrechte-Charta Eingang gefunden haben, gleich den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten direkt vor dem VfGH geltend gemacht werden können. Sowohl der Gesetzgeber als auch Gerichte haben die EU Grundrechte-Charta gleich wie die EMRK und die im B-VG und dem StGG verfassungsgesetzlich garantierten subjektiven Rechte als Teil der Verfassung zu berücksichtigen. Der VfGH kann, sofern er der Ansicht ist, dass ein Gesetz im Widerspruch zur EU Grundrechte-Charta steht, dieses Gesetz (oder einzelne seiner Bestimmungen) als verfassungswidrig aufheben (FN ¹¹⁹). Daraus folgt, dass die Frage der Charta-Verträglichkeit für die Beurteilung aller staatlichen Rechtsakte eine Rolle spielen kann. Eingriffe in Unionsgrundrechte dürfen somit nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgenommen werden, und das nur dann wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen (FN ¹²⁰).

Vor dem Hintergrund dieser aktuellen Entscheidung des VfGH steht daher bei der zu beurteilenden Frage jedenfalls die Prüfung der EU Grundrechte im Vordergrund.

¹¹⁸ Vgl. *ecolex* 2012, 827; Erk. des VfGH v 14.2.2012 U466/11, U 1836/11

¹¹⁹ Vgl. VfGH Presseinformation vom 4.5.2012

¹²⁰ Vgl. Charta der Grundrechte der Europäischen Union Art. 52 Abs. 1

3.5.2 Europäisches Eigentumsgrundrecht

Im Hinblick auf die Verpflichtung des ITOs einer Kapitalaufstockung zuzustimmen ist ein Verstoß gegen die europäischen Grundrechte, konkret das Recht auf Eigentum, denkbar. Die europäischen Grundrechte leiten sich einerseits unmittelbar aus den EU-Verträgen und andererseits aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten bzw. den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ab. Europäische Richtlinien, sowie auch Verordnungen und Entscheidungen der Kommission unterliegen immer den Schranken dieser europäischen Grundrechte, da diese als europäisches Primärrecht im Rang über europäischem Sekundärrecht stehen.

Vornehmlich soll hier erörtert werden, inwiefern das europäische Grundrecht auf Eigentum verletzt wird. Hierzu ist zuerst kurz darauf einzugehen woher sich das europäische Eigentumsrecht herleitet.

Der EuGH anerkennt das Eigentumsrecht bereits seit langem und verweist dabei auf Art. 1 des Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (ZPMRK) und die gemeinsamen Traditionen der Mitgliedsstaaten (FN ¹²¹). In der erst seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon 2009 rechtskräftigen Charta der Grundrechte ist das Eigentumsgrundrecht in Art. 17 verankert und gehört somit zu den

¹²¹ Vgl. *Jarass*, EU-Grundrechte, § 2 Rn. 1

elementarsten Rechtsgrundsätzen der Europäischen Union (FN¹²²). Als Grundlage individueller Freiheit ist es vor allem im Wirtschaftsbereich von besonderer Bedeutung und steht daher auch im Rahmen dieser Arbeit im Vordergrund.

Die Prüfung der europäischen Grundrechte vollzieht sich im Wesentlichen in den gleichen Schritten wie die Prüfung der österreichischen Grundrechte. Danach wird zuerst der Schutzbereich des Grundrechts geprüft und danach der Eingriff sowie eine mögliche Rechtfertigung geprüft. In neueren Entscheidungen zitiert der EuGH auf der Schutzbereichsebene bereits die entsprechende Norm der EMRK sowie die diesbezügliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (FN¹²³). Auch auf der Rechtfertigungsebene wird auf die entsprechende Norm der EMRK als Ausgangspunkt für die Prüfung zurückgegriffen (FN¹²⁴). Generell kann festgestellt werden, dass sich der EuGH schon seit langem um eine enge Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bemüht hat, da die EMRK die wichtigste Rechtserkenntnisquelle für den Gerichtshof darstellt.

¹²² Vgl. Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17

¹²³ Vgl. EuGH Slg. 1997, I-3689 Rn. 25 Familiapress

¹²⁴ Vgl. EuGH Slg. 1992 I, 5485 Rn. 38 Ter Voort

a) **Schutzbereich**

Sachlicher Schutzbereich

Zunächst ist der sachliche Schutzbereich des Eigentumsrechts zu definieren und an Hand dessen festzustellen inwiefern eine Verpflichtung zur Kapitalerhöhung darunter fallen kann. Der Begriff des geschützten Eigentums ist in einem sehr weiten Sinn zu verstehen. Erfasst wird tatsächlich jedes vermögenswerte Recht, das dem Einzelnen so zugeordnet ist, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung und zu seinem privaten Nutzen ausüben darf (FN ¹²⁵). Geschützt werden dabei nur bestimmte Rechtspositionen und nicht das Vermögen als solches. Geldzahlungspflichten stellen z.B. grundsätzlich keine Eigentumsbeeinträchtigung dar. In den Schutzbereich fallen aber jedenfalls alle dinglichen Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen, insbesondere der Besitz und die Nutzung von Sacheigentum. Im Wirtschaftsbereich von Bedeutung ist, dass auch das Recht, sein Eigentum zur Gewinnerzielung einzusetzen, geschützt ist (FN ¹²⁶). Allerdings sind bloße Erwartungen wie etwa in Form von unternehmerischen Interessen und Aussichten, Chancen oder schlichte Verdienstmöglichkeiten vom Grundrecht nicht geschützt (FN ¹²⁷). Auch der Erhalt eines Marktanteils wird vom Eigentumsgrundrecht nicht geschützt (FN ¹²⁸). Gleichermäßen hat der EuGH einen Eingriff in das Grundrecht bei Preisregelungen mit der

¹²⁵ Vgl. *Jarass*, NVwZ 2006, 1089, 1090

¹²⁶ Vgl. EuGH, Slg. 2003, I-11893 Rn. 58

¹²⁷ Vgl. EuGH, Slg. 1974, 491 Rn. 14

¹²⁸ Vgl. EuGH, Slg. 1994, I-4973 Rn. 79

Begründung verneint, dass der Eigentümer nach wie vor einen gewissen Gewinn erzielen konnte (FN ¹²⁹). Nach Holznel/Theurl/Meyer/Schuhmacher bedeutet dies, dass das Grundrecht überhaupt erst dann verletzt wird, wenn der Eingriff für das Unternehmen existenzbedrohlich ist (FN ¹³⁰).

Nun stellt sich im Vergleich zu den oben genannten Fällen die grundlegende Frage, inwiefern die Verpflichtung zur Kapitalerhöhung in den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts fällt. Verpflichtet man Gesellschafter, mehr Kapital in eine Gesellschaft einzubringen, berührt man aus meiner Sicht fraglos deren vermögenswerte Rechte, dass sie die damit verbundenen Befugnisse nicht nach eigenverantwortlicher Entscheidung und zu ihrem privaten Nutzen ausüben dürfen. Sie werden verpflichtet, das ihnen zur Verfügung stehende Kapital auf eine bestimmte Art zu investieren und es wird ihnen gleichzeitig die eigenverantwortliche Entscheidungsmöglichkeit genommen, dieses Kapital auf andere Art und Weise zu verwenden. Es handelt sich hierbei keinesfalls um bloße Erwartungen, Chancen oder Verdienstmöglichkeiten, und auch nicht um den Erhalt eines Marktwertes. Vielmehr werden Gesellschafter hier gezwungen Kapital aufzubringen und in eine Gesellschaft einzubringen, um dieses dann für bestimmte Zwecke, nämlich für Investitionen laut Netzentwicklungsplan, zu verwenden. Auch Preisregelungen sind mit einer solchen Verpflichtung nicht vergleichbar, da bei einer

¹²⁹ Vgl. EuGH, Slg. 2003, I-11893 Rn. 55, 58

¹³⁰ Vgl. Holznel, Theurl, Meyer, Schuhmacher, Ownership Unbundling, S. 64

Kapitalerhöhungspflicht klar verlangt wird, Kapital auf eine vorgeschriebene Art zu verwenden bzw. zu investieren. Es wird daher eindeutig die Investitionsfreiheit berührt.

Persönlicher Schutzbereich

Träger des Eigentumsrechts sind alle natürlichen und juristischen Personen (dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 ZPMRK), soweit das Grundrecht seinem Wesen nach anwendbar ist (FN ¹³¹). Dies gilt für das Eigentumsrecht unbestreitbar. Es folgt daraus jedoch, dass staatliche Organisationen nicht Grundrechtsträger sind, dies auch dann nicht, wenn sie sich privatrechtlicher Organisationsformen bedienen (FN ¹³²).

In der europarechtlichen Literatur wird die Frage, inwieweit staatlich kontrollierten Unternehmen Grundrechtsschutz zukommt, allerdings kontrovers diskutiert. Einerseits tendiert das Gemeinschaftsrecht dazu, auf allfällige Beherrschungsverhältnisse durch die öffentliche Hand abzustellen, andere Autoren wiederum bejahen die Anwendbarkeit der Grundrechte sobald nicht staatliche Personen am Unternehmen beteiligt sind (FN ¹³³). Der deutsche BVerfG hat in seiner sogenannten HEW-Entscheidung einem zu 72 % in öffentlicher Hand befindlichen

¹³¹ Vgl. Art. 1 des 1. ZPMRK

¹³² Vgl. *Jarass*, EU-Grundrechte, § 5 Rn. 33

¹³³ Vgl. *Jarass*, EU-Grundrechte, § 5 Rn. 33 und 34

Unternehmen die Grundrechtsfähigkeit abgesprochen (FN ¹³⁴). Andererseits haben sich Holznagel/Theurl/Meyer/Schuhmacher im Jahr 2008 für eine Grundrechtsfähigkeit der ONTRAS – VNG Gastransport GmbH ausgesprochen, obwohl es sich bei dieser Gesellschaft um ein 100 % Tochterunternehmen der VNG (Verbundnetz Gas AG) handelt, die ihrerseits zu 33,06 % in Staatseigentum stand (FN ¹³⁵). Heute würde sich die Situation womöglich anders darstellen, da der Staatsanteil an der VNG weiter gestiegen ist.

Der Österreichische Netzbetreiber steht fast zu 100 % im Eigentum der OMV Gas & Power GmbH, welche wiederum im 100 % Eigentum der OMV Aktiengesellschaft steht. An der OMV Aktiengesellschaft hält die im Staatseigentum stehende ÖIAG einen Anteil von 31,5 %, während sich 43,6 % der Anteile im Streubesitz befinden und 24,9 % im Eigentum der IPIC stehen, bei der es sich um den Staatsfonds der Vereinigten Arabischen Emirate handelt, welcher zu 100% vom Emirat Abu Dhabi kontrolliert wird (FN ¹³⁶) (ÖIAG und IPIC gemeinsam somit 56,4 %).

Eine Beherrschung durch den staatlichen (Mit-) Eigentümer könnte sich vor allem auch aus dem Syndikatsvertrag zwischen ÖIAG und IPIC ergeben, da beide Aktionäre gemeinsam eine Mehrheit von derzeit 56,4 % halten, und IPIC dabei verpflichtet ist, die Stimmabgabe mit ÖIAG zu koordinieren.

¹³⁴ Vgl. BVerfG, NJW 1980, 1783

¹³⁵ Vgl. *Holznagel, Theurl, Meyer, Schuhmacher*, Ownership Unbundling, S. 61

¹³⁶ Vgl. www.oeiag.at/asp/beteiligungen.asp.

Das Gemeinschaftsrecht tendiert bei der Beurteilung eines allfälligen Beherrschungsverhältnisses dazu, Artikel 2 Satz 1 der Transparenzrichtlinie betreffend den finanziellen Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen als Indiz heranzuziehen. Danach wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar: (a) die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt, oder (b) über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt, oder (c) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann (FN¹³⁷).

Bewertet man die Beherrschungsverhältnisse rein nach Artikel 2 Satz 1 der Transparenzrichtlinie ergibt eine Mehrheit von 56,4 % der Stimmrechte gemäß Artikel 2 Satz 1 b) (FN ¹³⁸) sicherlich ein Beherrschungsverhältnis, das auf ein staatlich beherrschtes Unternehmen deuten würde, welches nicht durch die Unionsgrundrechte geschützt ist. Allerdings handelt es sich dabei bloß um ein Indiz. Es sind daher weitere Erwägungen anzustellen.

Hierzu könnte man untersuchen, ob andere innerstaatliche Normen auf die „Beherrschung“ eines Unternehmens durch die öffentliche Hand abstellen

¹³⁷ Vgl. Artikel 2 Satz 1 der Richtlinie 80/723/EWG

¹³⁸ Vgl. Artikel 2 Satz 1 b) der Richtlinie 80/723/EWG

und daher analog angewendet werden könnten. Anbieten würde sich hier das Recht der Auftragsvergabe, geregelt im BVergG 2006 (FN ¹³⁹).

Aus vergaberechtlicher Sicht gilt, dass ein solcher Vertrag zwischen einem staatlichen Unternehmen (ÖIAG) und einem Unternehmen aus einem Drittstaat kaum einen dominierenden Einfluss der öffentlichen Hand begründen kann (FN ¹⁴⁰).

Stellt man daher vornehmlich auf vergaberechtliche Erwägungen bzw. Literatur ab, bedeutet dies, dass weder die OMV Aktiengesellschaft noch der Österreichische Netzbetreiber aktuell staatliche Unternehmen sind und somit grundrechtsfähig sind. Selbst wenn man rein auf die Vorschriften der Transparenzrichtlinie abstellt, führt aus meiner Sicht die Drittstaatkomponente, also dass die kontrollierende Mehrheit nur durch eine dritte Person, die jedenfalls nicht im Einflussbereich der (österreichischen) öffentlichen Hand steht, vermittelt wird, ebenso zu Verneinung des Beherrschungsverhältnisses und somit dazu, dass die Grundrechtsfähigkeit der untersuchten Unternehmen gegeben ist.

¹³⁹ Vgl. § 3 Bundesvergabegesetz 2006

¹⁴⁰ Vgl. *Holoubek, Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 [2009], § 165 Abs. 8 ff.

b) Eingriff

Das Eigentumsrecht kennt verschiedenen Formen und Stufen von Eingriffen. Als erste und schwerwiegendste Eingriffsform gilt der Entzug einer eigentumsfähigen Position, die Eigentumsentziehung, als zweite Eingriffsform gilt die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit dieser Position, die sogenannte Nutzungsregelung. Der Unterscheidung zwischen Eigentumsentziehung und Eigentumsbeschränkung kommt eine zentrale Bedeutung zu.

Die Eigentumsentziehung ist durch den vollen und dauerhaften Verlust der Eigentümerstellung gekennzeichnet (FN ¹⁴¹). Nach der Rechtsprechung des EGMR (FN ¹⁴²) liegt eine Eigentumsentziehung auch dann vor, wenn zwar die formale Eigentümerstellung unberührt bleibt, dem Eigentümer jedoch sämtliche damit verbundenen Rechte genommen werden, sodass die Eigentümerstellung de facto zunichte gemacht wird. Es wird dann von einer sogenannten de-facto-Enteignung gesprochen. Wesentlich ist, dass der Entzug des Eigentums nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und nur gegen Gewährung einer Entschädigung zulässig ist. Die verpflichtende Entschädigungsleistung beim Eigentumsentzug wurde sowohl wiederholt vom EGMR, als auch vom EuGH, von diesem in der Entscheidung Wachauf, festgestellt (FN ¹⁴³).

¹⁴¹ Vgl. *Holznagel, Theurl, Meyer, Schuhmacher*, Ownership Unbundling, S. 65

¹⁴² Vgl. EGMR, Nr. 7151/75 (1982) Rn. 63

¹⁴³ Vgl. EGMR, EuGRZ, 1988, 241 Rn. 50; 350 Rn. 120 und Slg. 1989, 2609 Rn. 14, Rn. 19 Wachauf

Von einem vollen und dauerhaften Verlust der Eigentümerstellung kann bei einer Verpflichtung zur Kapitalaufstockung wohl nicht die Rede sein. Der Gesellschafter bleibt nach wie vor (Mit-)Eigentümer der Gesellschaft. Es bleibt zu überlegen ob es sich bei den „Abhilfemaßnahmen“ des Artikels 22 Absatz 7 der Richtlinie nicht um eine de-facto-Enteignung handelt. Einerseits kann argumentiert werden, dass die Frage, wann und wie genau das Kapital eingebracht wird und in welchem Verhältnis dieses zwischen den Gesellschaftern aufgebracht wird, ja nach wie vor den Gesellschaftern überlassen bleibt, was nicht für eine de-facto-Enteignung sprechen würde. Andererseits ist es m.A. für diese Beurteilung wesentlich, auch die mildere Eingriffsnorm der Nutzungsregelung zu prüfen. Erst in dieser Abgrenzung, die meist sehr schwierig ist, kann man zu einem Ergebnis kommen.

Nutzungsregelungen sind hoheitliche Maßnahmen, die einen bestimmten Gebrauch des Eigentums gebieten oder untersagen, sei es zeitlich, räumlich oder sachlich (FN ¹⁴⁴). Nach der Hauer-Entscheidung des VfGH ist für eine Nutzungsregelung kennzeichnend, dass es dem „Eigentümer unbenommen bleibt, über sein Gut zu verfügen und es jeder anderen, nicht untersagten Nutzung zuzuführen“ (FN ¹⁴⁵). Somit war das in der Entscheidung geprüfte Neuanpflanzungsverbot für Weine lediglich eine Beschränkung des Eigentums bzw. eine Nutzungsregelung. Es findet also kein Übergang der Eigentümerposition statt und auch keine de-facto-Vernichtung der Eigentümerrechte.

¹⁴⁴ Vgl. *Holznapel, Theurl, Meyer, Schuhmacher*, Ownership Unbundling, S. 65

¹⁴⁵ Vgl. Slg. 1979, 3727 Rn. 19 Hauer

Bleibt man bei der „Hauer-Definition“ einer Nutzungsregelung kann man im Hinblick auf eine Verpflichtung zur Kapitalaufstockung nicht sagen, dass es den Gesellschaftern unbenommen bleibt, über ihr Kapital zu verfügen und es jeder anderen, nicht untersagten Nutzung zuzuführen. Es wird den Gesellschaftern ja nicht bloß verboten, das Kapital auf eine bestimmte Art und Weise zu nützen sondern es wird ihnen viel mehr positiv vorgeschrieben, Kapital in eine Gesellschaft einzubringen und dort zu einem vorgegebenen Zweck (laut Netzentwicklungsplan) zu investieren. Es bleibt ihnen daher keinesfalls unbenommen, über das Kapital anders zu verfügen. Wenn im konkreten Fall der Richtlinie (und des GWG) das Vorliegen einer Nutzungsregelung zu verneinen ist, liegt meiner Meinung nach eine de-facto-Enteignung vor, weshalb nach dem Gemeinschaftsrecht eine Entschädigungspflicht besteht.

c) Rechtfertigung

Das wohl wichtigste materielle Rechtfertigungserfordernis ist die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. Dies gilt für beide Eingriffsnormen, allerdings stellt die Eigentumsentziehung den weitaus schwereren Eingriff dar, sodass dort besonders strenge Maßstäbe bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu stellen sind. Das Gewicht der Belastung der Gesellschafter darf nicht in einem Missverhältnis zum verfolgten Ziel

stehen (FN ¹⁴⁶). Des Weiteren ist in materieller Hinsicht die Verfolgung öffentlicher Interessen zu fordern, d.h. die Begünstigung Privater darf nicht alleiniger Zweck des Eingriffes sein. Dem Gesetzgeber kommt jedoch bei der Einschätzung des öffentlichen Interesses wegen der sozialen, politischen und wirtschaftlichen Bedeutung ein weiter Beurteilungsspielraum zu (FN ¹⁴⁷).

Bei der Frage, ob eine Regelung des Gemeinschaftsrechts dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, ist zu prüfen, ob die gewählten Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet sind und ob sie das Maß des hierzu Erforderlichen nicht übersteigen. Stehen mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl, so ist die am wenigsten belastende zu wählen. Darüber hinaus muss die auferlegte Belastung im angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehen (FN ¹⁴⁸).

Der mit der Regelung verfolgte Zweck

Der mit der möglichen Verpflichtung zur Kapitalaufstockung verfolgte Zweck wird in Artikel 22 Absatz 7 der Richtlinie klar beschrieben: Sollte der ITO aus nicht zwingenden und von ihm nicht zu beeinflussenden Gründen eine Investition, die laut Netzentwicklungsplan in den folgenden drei

¹⁴⁶ Vgl. *Jarass*, NVwZ 2006, 1089, 1093

¹⁴⁷ Vgl. *Holznagel, Theurl, Meyer, Schuhmacher*, Ownership Unbundling, S. 74 und *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, München, § 25 RN. 16

¹⁴⁸ Vgl. *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 72

Jahren durchzuführen ist, nicht durchgeführt haben, sind Maßnahmen vorzusehen (FN ¹⁴⁹). Der Eingriff wird also klar im Hinblick auf die Umsetzung des Netzentwicklungsplans normiert. Somit kann hier die Verfolgung öffentlicher Interessen, nämlich der Förderung des Erdgasbinnenmarktes und des grenzüberschreitenden Handels, sowie der Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit, angenommen werden.

Geeignetheit zur Zweckerreichung

Der Eigentumseingriff muss geeignet sein, zur Erreichung des verfolgten Zwecks beizutragen. Es muss daher dargelegt werden können, warum sich die Regulierungsbehörde von der Maßnahme eine Umsetzung des Netzentwicklungsplans erwartet.

Erwägungsgrund 45 der Richtlinie hält ausdrücklich fest: “Die von den Mitgliedstaaten zur Erreichung der Ziele des sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhalts ergriffenen Maßnahmen können insbesondere die Schaffung geeigneter wirtschaftlicher Anreize, gegebenenfalls unter Einsatz aller auf nationaler Ebene oder Gemeinschaftsebene vorhandenen Instrumente, umfassen. Zu diesen Instrumenten können auch Haftungsregelungen zur Absicherung der erforderlichen Investitionen zählen.” (FN ¹⁵⁰) Dadurch sollten offensichtlich Haftungsregelungen wie die

¹⁴⁹ Vgl. Artikel 22 Absatz 7 der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund 45 der Richtlinie 2009/73/EG

in Artikel 22 Absatz 7 der Richtlinie ermöglicht werden, dies zu dem Zweck der Schaffung geeigneter wirtschaftlicher Anreize. Der Erwägungsgrund legt zwar einen generellen Zweck dar, bietet jedoch noch keine konkrete Aufklärung warum eine Kapitalerhöhung geeignet ist, die Umsetzung des Netzentwicklungsplans zu sichern. Artikel 22 Absatz 7 selbst besagt, dass der ITO (bzw. seine Gesellschafter, siehe dazu oben erster Absatz auf Seite 4) verpflichtet ist, einer Kapitalaufstockung zur Finanzierung der notwendigen Investition zuzustimmen (FN ¹⁵¹). Daraus ergibt sich, dass das neu eingebrachte Kapital für notwendige Investitionen verwendet werden muss. Es kann außer Zweifel gestellt werden, dass Gesellschaftskapital geeignet ist, notwendige Investitionen zu finanzieren. Somit ist meiner Ansicht nach die Geeignetheit zur Zweckerreichung gegeben.

Erforderlichkeit

Schließlich muss der Eigentumseingriff im Hinblick auf den verfolgten Zweck notwendig bzw. erforderlich sein (FN ¹⁵²). Essentiell ist, dass kein milderer aber mindestens gleich wirksames Mittel zur Verfügung stehen darf, um den Zweck zu erreichen. Das bedeutet, dass zu prüfen ist, ob der Zweck, in diesem Fall die Durchführung einer Investition laut Netzentwicklungsplan, nicht durch andere Maßnahmen genauso gut erfüllt werden kann.

¹⁵¹ Vgl. Artikel 22 Absatz 7 der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁵² Vgl. *Jarass*, NVwZ 2006, 1089, 1094

Ganz entscheidend ist hier, dass die fragliche Bestimmung in der Richtlinie der Regulierungsbehörde bereits auch andere Maßnahmen anbietet. Zum einen kann sie den ITO zur Durchführung der betreffenden Investition auffordern, andererseits kann sie ein Ausschreibungsverfahren zur Durchführung der betreffenden Investition, das allen Investoren offen steht, einleiten. Die hier untersuchte Verpflichtung zur Kapitalaufstockung wird lediglich als dritte mögliche Maßnahme genannt. Dies macht sehr deutlich, dass es im Hinblick auf den verfolgten Zweck nicht nur mehrere mögliche Mittel sondern auch eindeutig gelindere Mittel gibt. Eine Aufforderung zur Durchführung der notwendigen Investition ist eine unvergleichbar gelindere Maßnahme als eine Verpflichtung Kapital einzubringen. Auch bei der Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens zur Durchführung der betreffenden Investition, das allen Investoren offen steht, wird in keiner Weise in die Eigentumsrechte der Gesellschafter eingegriffen, hier wird lediglich zusätzlich dritten Investoren eine geschäftliche Möglichkeit gegeben. Dadurch dass die Gesellschafter dabei nicht ausgeschlossen werden, werden ihre Rechtspositionen tatsächlich nicht berührt.

Fraglich ist jedoch nur, inwiefern die beiden anderen zur Auswahl stehenden Maßnahmen ein gleich wirksames Mittel darstellen. Eine bloße Aufforderung zur Durchführung einer Investition hat keinerlei normativen Charakter und kann mit Sicherheit nicht jedenfalls die gleiche Wirksamkeit aufweisen. Allerdings ist zu beachten, dass das im Einzelfall zu sehen bleibt.

In manchen Fällen kann bereits eine Aufforderung durchaus wirksam sein. Gleiches gilt beim Ausschreibungsverfahren, dieses kann sehr wirksam sein, sofern dabei dritte interessierte Investoren gefunden werden. Anderenfalls bleibt auch das Ausschreibungsverfahren unwirksam.

Im Ergebnis kann man sagen, dass eine Verpflichtung zur Kapitalerhöhung evident nicht das gelindeste Mittel zur Zweckerreichung ist. Hingegen kommt es auf den konkreten Fall an, inwiefern die anderen bereits im Gesetz zur Verfügung stehenden Mittel mindestens gleich effektiv sind. Hier hat es der Richtlinien-Gesetzgeber meiner Meinung nach verfehlt, eine nach Eingriffsschwere abgestufte Reihenfolge der Maßnahmen festzulegen. Ein so gewichtiger Eingriff wie der einer zwangsweisen Kapitalerhöhung sollte nur dann in Frage kommen wenn die anderen beiden, weitaus gelinderen, Mittel ausgeschöpft aber wirkungslos geblieben sind. So wie die Bestimmung formuliert ist, kann eine freie Wahlmöglichkeit der Regulierungsbehörde zwischen den angebotenen Maßnahmen annehmen. Angemessener und m.A. notwendig wäre gewesen, wie bereits erwähnt, eine abgestufte Reihenfolge der Maßnahmen in Artikel 22 der Richtlinie vorzusehen.

Mangels einer solchen Differenzierung kann man zu dem Schluss kommen, dass die als de-facto-Enteignung zu wertende Verpflichtung einer Kapitalaufstockung, wie sie in Artikel 22 Absatz 7 lit c der Richtlinie normiert ist, nicht verhältnismäßig und daher nicht gerechtfertigt ist und somit das europäische Grundrecht auf Eigentum verletzt.

Sollte man jedoch einen gerechtfertigten, verhältnismäßigen, Eigentumseingriff feststellen, bleibt noch die Frage der Entschädigungspflicht offen. Wie oben ausgeführt handelt es sich im vorliegenden Fall um eine de-facto-Enteignung und wäre daher aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nur unter Gewährung einer Entschädigung zulässig. Eine Entschädigung ist weder in der Richtlinie noch in der Umsetzung durch das GWG explizit vorgesehen. Eine solche kann maximal in einem positiven Ergebnis bzw. einem weitaus späteren Gewinn der getätigten Investition gesehen werden. Dies könnte aus meiner Sicht nicht als adäquate Entschädigung gewertet werden. Somit würde die Zulässigkeit eines theoretisch noch gerechtfertigten Eingriffs am Umstand scheitern, dass die Enteignung entschädigungslos geschieht.

3.5.3 Europäisches Grundrecht auf Berufsfreiheit bzw. „unternehmerische Freiheit“

a) Schutzbereich

Allenfalls kommt neben dem Schutz des Eigentums noch eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit in Betracht (FN ¹⁵³). Die Ausprägungen der Berufsfreiheiten finden sich in der Grundrechts-Charta vor allem in den Artikeln 15 und 16. Dabei enthält Artikel 15 das klassische Recht der

¹⁵³ Vgl. *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 77

Berufswahl- und Ausübungsfreiheit (Absatz 1) und das Recht zu arbeiten (Absatz 2) während Artikel 16 festhält, dass die unternehmerische Freiheit nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt wird. (FN ¹⁵⁴). In Artikel 16 wird daher lediglich ein Grundsatz festgelegt. Wie auch schon von Funk in Bezug auf die aktuelle Entscheidung des VfGH betont, können Bestimmungen der Charta, in denen *Grundsätze* festgelegt sind, vor Gericht nur bei der Auslegung dieser Akte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden (FN ¹⁵⁵).

b) Eingriff

Die „unternehmerische Freiheit“ bezieht sich auf handlungsbezogene Pflichten zum Erwerbsvorgang. Eine europarechtliche Vorgabe, die Gesellschafter dazu verpflichtet, das Kapital der Gesellschaft zu erhöhen, würde die Gesellschafter in ihrer Berufs-, Handels- und Wirtschaftlichkeitsfreiheit betreffen, denn den Gesellschaftern wird jedenfalls die Autonomie genommen, die Struktur des Unternehmens zu bestimmen.

¹⁵⁴ Vgl. Charta der Grundrechte der Europäischen Union Artikel 15 und 16

¹⁵⁵ Vgl. *ecolex* 2012, 827: Erk. des VfGH v 14.2.2012 U466/11, U 1836/11

c) Rechtfertigung

Wie schon im Rahmen der Eigentumsfreiheit ausgeführt wäre der Eingriff in die unternehmerische Freiheit nur dann gerechtfertigt wenn die Beschränkung dem Gemeinwohl dient und nicht im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßig ist.

Allerdings kann man davon ausgehen, dass die in Artikel 22 Absatz 7 lit c der Richtlinie vorgesehene Maßnahme, schwerpunktmäßig sicherlich einen eigentumsrechtlichen Eingriff darstellt. Die Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Berufsfreiheit ist daher erst recht gegeben, wenn der Eingriff in das Eigentum verhältnismäßig ist. Umgekehrt kommt es auf die Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Berufsfreiheit bzw. unternehmerische Freiheit nicht mehr an, sofern festgestellt wurde, dass der Eigentumseingriff unverhältnismäßig ist (FN ¹⁵⁶). Nachdem ich bereits zu dem Schluss gekommen bin, dass die Verhältnismäßigkeit der eigentumsrechtlichen Maßnahme in den ITO Bestimmungen der Richtlinie in Bezug auf das Stammkapital (bzw. Grundkapital) des ITOs nicht gegeben ist, erübrigt sich an dieser Stelle die gesonderte Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Berufsfreiheit.

Insgesamt ist daher dem auch von Schmidt-Preuß festgestellten Grundrechtsverstoß zuzustimmen.

¹⁵⁶ Vgl. *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 78

3.5.4 Österreichisches Eigentumsgrundrecht

In Betracht kommt ein Verletzung der österreichischen Grundrechte nur im Hinblick auf das GWG, welches die fragliche Bestimmung des Artikels 22 Absatz 7 in den Paragrafen 23 (Überwachung der langfristigen Planung) und 65 (Überwachung des Netzentwicklungsplans) fast wortgleich umsetzt (FN ¹⁵⁷). **Als Implementierungsgesetz mit Spielraum, wie oben unter 3.5.1 festgestellt, könnte eine Anwendung österreichische Grundrechte durchaus zur Anwendung kommen.**

Vor dem Hintergrund, dass nach der aktuellen Entscheidung des VfGH (siehe oben 3.5.1) von den österreichischen Gerichten nun ebenfalls die Gemeinschaftsrechte bzw. die EU-Grundrechtscharta als Prüfungsmaßstab anzuwenden sind, treten die österreichischen Grundrechte jedoch etwas in den Hintergrund, da bereits eine Feststellung der Unverhältnismäßigkeit nach europäischem Recht auch vor dem VfGH zu einer Grundrechtsverletzung führt. Aus diesem Grund wird hier nur cursorisch auf die österreichischen Grundrechte des StGG eingegangen.

¹⁵⁷ Vgl. Artikel 23 Absatz 2 Z 3 und 65 Absatz 2 Z 3 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

a) Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums

Zu allererst kommt nach österreichischem Recht in materieller Hinsicht ebenfalls der grundrechtliche Schutz des Eigentums in Betracht. Artikel 5 StGG 1867 bestimmt, dass das Eigentum unverletzlich ist und eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers nur in den Fällen und in der Art eintreten kann, welche das Gesetz bestimmt (FN ¹⁵⁸). Gleichrangig schreibt Artikel 1 des 1 ZPMRK vor, dass niemandem sein Eigentum entzogen werden darf, es sei denn, dass das öffentliche Interesse es verlangt und nur unter den durch das Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen (FN ¹⁵⁹). Der VfGH sieht beide Garantien deckungsgleich an und geht daher idR von Artikel 5 StGG aus (FN ¹⁶⁰).

Ähnlich wie auf Ebene der EU Grundrechte wird gemäß Artikel 5 StGG jedes vermögenswerte Privatrecht geschützt. Auch die Freiheit, Verträge abzuschließen wird davon umfasst (FN ¹⁶¹); die Verhängung einer Geldstrafe wurde ebenfalls als Eigentumseingriff qualifiziert (FN ¹⁶²).

Traditionell wird, wie auch im Gemeinschaftsrecht, zwischen Enteignung als Entziehung des Rechts und Eigentumsbeschränkung unterschieden. Im

¹⁵⁸ Vgl. Art. 5 StGG

¹⁵⁹ Vgl. Art. 1 des 1. ZPMRK

¹⁶⁰ Vgl. *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, Kommentar, Rz. 3 ff zu Artikel 1 des 1. ZPMRK

¹⁶¹ Vgl. EGMR 6.2.2003 *Wendenburg*, ÖJZ 2003, 775

¹⁶² Vgl. VfSlg 3176, 3629

Wesentlichen ergeben sich daraus in der Praxis zwei Unterschiede: einerseits ist bei einer Enteignung die Verhältnismäßigkeit viel strenger zu prüfen, andererseits löst eine Enteignung nach hL jedenfalls eine Entschädigungspflicht aus (FN ¹⁶³). Der VfGH und der OGH haben das verfassungsrechtliche Erfordernis einer Entschädigung bei Enteignungen zwar lange Zeit verneint (FN ¹⁶⁴), haben es jedoch in den letzten Jahren immer wieder aus dem Gleichheitssatz abgeleitet. D.h. auch in der Systematik der österreichischen Grundrechte findet sich die Thematik der Entschädigungspflicht bei der Grenzziehung zwischen Enteignung (oder auch de-facto-Enteignung bzw. „materielle“ Enteignung (FN ¹⁶⁵) und der „bloßen“ Eigentumseinschränkung.

Nach hL und Jud darf ein Eingriff in das Eigentumsrecht nur im öffentlichen Interesse stattfinden und muss verhältnismäßig sein (FN ¹⁶⁶). Somit kommt es auch nach Maßgabe der nationalen Grundrechte im Endeffekt auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit an. Diese wurde bereits im Hinblick auf die EU-Grundrechte verneint und ist daher nicht nochmal gesondert zu prüfen sondern kann in der gleichen Weise verneint werden.

Die Verpflichtung zur Kapitalerhöhung gemäß Artikel 22 Absatz 7 lit c der Richtlinie kann mA auch im Lichte des Artikels 5 StGG als materielle Enteignung gewertet werden und wäre - wenn die

¹⁶³ Vgl. *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, Kommentar, Artikel 5 StGG Rz. 42 ff, 48

¹⁶⁴ Vgl. z.B. VfSlg 2572, 9911

¹⁶⁵ Vgl. *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht, 9. Auflage Rz. 1376

¹⁶⁶ Vgl. *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage Rz. 1481

**Unverhältnismäßigkeit nicht überhaupt festgestellt worden wäre
- nur unter der Bedingung einer angemessenen Entschädigung
verfassungsmäßig.**

b) Freiheit der Erwerbstätigkeit

Das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit gemäß Artikel 6 Absatz 1 StGG wird schließlich nur unter zwei Voraussetzungen als zulässig angesehen: Die Beschränkung muss ausschließlich im öffentlichen Interesse liegen und die betreffende Maßnahme muss ein taugliches und adäquates Mittel sein (FN¹⁶⁷). Der Staat wird dadurch nicht verpflichtet, jedem Staatsbürger die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Ausübung seiner Erwerbstätigkeit zu schaffen (FN¹⁶⁸). D.h. Gesellschaftern muss nicht alles im Hinblick auf eine freie Gestaltung der Unternehmensstruktur ermöglicht werden. Dies bedeutet jedoch, dass die ergriffene Maßnahme jedenfalls verhältnismäßig sein muss. Auch hier kann wieder auf die bereits im Rahmen des europäischen Eigentumsgrundrechts durchgeführte Verhältnismäßigkeitsprüfung verwiesen werden.

Nachdem bereits in Bezug auf das europäische Eigentumsgrundrecht eine Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs festgestellt wurde, muss diese in Bezug auf die Erwerbsfreiheit auch nicht mehr geprüft werden.

¹⁶⁷ Vgl. *Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht, 9. Auflage Rz. 1386

¹⁶⁸ Vgl. VfSlg 2586

3.6 Spezielle Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörde

In Artikel 41 Absatz 5 der Richtlinie werden spezielle Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörde für den Fall, dass ein ITO benannt wurde, aufgezählt. Diese werden der Regulierungsbehörde zusätzlich zu den Aufgaben und Befugnissen, die dieser generell im Zusammenhang mit Fernleitungsnetzbetreibern (siehe Artikel 41 Absätze 1 und 4 der Richtlinie) zukommen, übertragen. Im speziellen zählen zu diesen Aufgaben und Befugnissen (FN¹⁶⁹):

- Verhängung von Sanktionen wegen diskriminierendem Verhalten zugunsten des vertikal integrierten Unternehmens; entsprechende Geldbußen können bis zu 10% des Jahresumsatzes des vertikal integrierten Unternehmens oder des ITO betragen (FN¹⁷⁰);
- Überprüfung des Schriftverkehrs zwischen dem ITO und dem vertikal integrierten Unternehmen zur Sicherstellung, dass der ITO seinen Verpflichtungen nachkommt;

¹⁶⁹ Vgl. Artikel 41 Absatz 5 a) bis h) der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁷⁰ Vgl. Artikel 41 Absatz 4 d) letzter Satz der Richtlinie 2009/73/EG

- Streitbelegungsstelle zwischen dem ITO und anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens im Fall von Beschwerden;
- Kontrolle der geschäftlichen und finanziellen Beziehungen zwischen dem ITO und anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens, einschließlich Darlehen;
- Genehmigung sämtlicher geschäftlicher und finanzieller Vereinbarungen zwischen dem ITO und anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens, sofern sie marktüblichen Bedingungen entsprechen;
- Anforderung einer Begründung beim vertikal integrierten Unternehmen in Bezug auf vorgeschlagene Entscheidungen zum Investitionsplan oder zu Einzelinvestitionen gemäß Artikel 21 Absatz 4 der Richtlinie), dies insbesondere im Hinblick darauf, dass kein diskriminierendes Verhalten zugunsten des vertikal integrierten Unternehmens vorliegt;
- Durchführung von Kontrollen in den Geschäftsräumen des ITO und des vertikal integrierten Unternehmens; Kontrollen dürfen auch unangekündigt sein;

- Übertragung aller oder bestimmter Aufgaben des ITO an einen ISO gemäß Artikel 14 der Richtlinie, wenn der ITO fortwährend gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie verstößt.

3.7 Revisionsklausel

Die Kommission hat gemäß Artikel 52 Absatz 3 der Richtlinie genau zu beobachten ob und in welchem Ausmaß die Unbundling-Vorgaben für das ITO Modell gemäß Kapitel IV der Richtlinie umgesetzt wurden und inwieweit es damit gelungen ist, die effektive Unabhängigkeit des ITO sicherzustellen. **Bis zum 3. März 2013 hat die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat diesbezüglich einen ausführlichen Bericht vorzulegen.**

4. Fernleitungsnetzbetreiber gemäß Artikel 9 Absatz 9 der Richtlinie (ITO +)

Sofern das Fernleitungsnetz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Unternehmen gehört, ist gemäß Artikel 9 Absatz 9 der Richtlinie außer den drei oben angeführten „Hauptmodellen“ auch das **Modell der „wirksameren Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers“** („*more effective independence of the*

transmission system operator“) möglich (FN ¹⁷¹). Dieses Modell wird inoffiziell auch „**ITO +**“ genannt, da es im Wesentlichen eine Weiterführung des ITO Modells ist bzw. eine noch stärkere funktionale und organisatorische Entflechtung fordert. Wie genau eine „wirksamere Unabhängigkeit“ des Fernleitungsnetzbetreibers gewährleistet werden kann, wird in der Richtlinie nicht definiert und bleibt daher offensichtlich von der Regulierungsbehörde im Einzelfall zu prüfen. Hierauf wird unter Punkt I 1.2.6 des zweiten Teils dieser Arbeit noch näher eingegangen.

5. Zertifizierungsverfahren

Artikel 10 der Richtlinie in Verbindung mit Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 regelt das Benennungs- und Zertifizierungsverfahren für Fernleitungsnetzbetreiber. Die betreffenden Bestimmungen müssen bei allen Fernleitungsnetzbetreibern sowohl für deren erste Zertifizierung als auch bei einer Neubewertung der Erfüllung der Entflechtungsvorgaben angewendet werden.

Zum einen müssen die Regulierungsbehörden ein Zertifizierungsverfahren bei Erhalt einer **Mitteilung eines potentiellen Fernleitungsnetzbetreibers** oder auf Grund eines entsprechend begründeten **Antrags durch die Kommission** eröffnen; zum anderen sind sie verpflichtet, die Erfüllung der Entflechtungsbestimmungen durch

¹⁷¹ Vgl. Artikel 9 Absätze 9 und 10 der Richtlinie 2009/73/EG

den Fernleitungsnetzbetreiber laufend zu beobachten und **aus eigener Initiative** ein Zertifizierungsverfahren zu eröffnen, sofern sie Kenntnis von einer geplanten Änderung bezüglich der Rechte an oder der Einflussnahme auf Fernleitungsnetzeigentümer oder –betreiber erlangen und diese zu einem Verstoß gegen die Entflechtungsbestimmungen nach Artikel 9 der Richtlinie führen kann, oder wenn Grund zur Annahme besteht, dass es bereits zu einem solchen Verstoß gekommen ist (FN¹⁷²).

Wesentlich ist, dass das Zertifizierungsverfahren auf alle unbundling Modelle anwendbar ist, d.h. sowohl auf das OU als auch auf das ISO, das ITO und ITO+ Modell, wobei bei der Zertifizierung eines ISO oder eines ITO bzw. ITO+, wie bereits ausgeführt, zusätzliche Voraussetzungen hinzukommen.

Gemäß Artikel 10 Absatz 5 der Richtlinie hat die Regulierungsbehörde **innerhalb von vier Monaten** ab Mitteilung des Fernleitungsnetzbetreibers oder Antragstellung durch die Kommission über die Zertifizierung zu entscheiden. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist gilt die Zertifizierung als stillschweigend erteilt. Die Regulierungsbehörde hat die Entscheidung zusammen mit allen relevanten Informationen unmittelbar der Kommission zu übermitteln, welche dann gemäß Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 zu verfahren hat. Erst nach Abschluss

¹⁷² Vgl. Artikel 10 Absatz 3 der Richtlinie 2009/73/EG

dieses Verfahrens ist die Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Zertifizierung wirksam. (FN¹⁷³)

Anzumerken ist, dass sofern ein Fernleitungsnetzeigentümer oder -betreiber, der von einer Person aus einem **Drittland** kontrolliert wird, eine Zertifizierung beantragt, **Artikel 11 der Richtlinie** zur Anwendung kommt. Demgemäß ist die Regulierungsbehörde verpflichtet, die Zertifizierung zu verweigern, wenn nicht vom Antragsteller nachgewiesen wird, dass:

- die betreffende Rechtsperson den Anforderungen des Artikel 9 der Richtlinie genügt; und dass
- die Erteilung der Zertifizierung die Sicherheit der Energieversorgung des Mitgliedstaats und der Gemeinschaft nicht gefährdet. Dabei muss die zuständige Behörde insbesondere Abkommen zwischen der Gemeinschaft und Drittländern, in denen Fragen der Energieversorgungssicherheit behandelt werden, sowie andere spezielle Gegebenheiten des Einzelfalls und des betreffenden Drittlands berücksichtigen. (FN¹⁷⁴)

Eindeutig geht aus Artikel 11 der Richtlinie hervor, dass die Beweislast in Bezug auf die Erfüllung der Voraussetzungen beim

¹⁷³ Vgl. Artikel 10 Absätze 5 und 6 der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁷⁴ Vgl. Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 2009/73/EG

Fernleitungsnetzeigentümer oder (potentiellen) Fernleitungsnetzbetreiber aus dem Drittland liegt. Tatsächlich besagt Absatz 3 ausdrücklich, dass die oben genannten Voraussetzungen für die Zertifizierung „nachgewiesen“ („*it has not been demonstrated*“) werden müssen.

Die Kommission muss im Fall von Artikel 11 der Richtlinie eine erste Stellungnahme an die Regulierungsbehörde übermitteln und die Regulierungsbehörde hat der Stellungnahme der Kommission soweit wie möglich Rechnung zu tragen (FN¹⁷⁵). (FN¹⁷⁶)

6. Zwischenergebnis

Mit dem Dritten Energiepaket wurden vier Unbundling Modelle eingeführt: Das OU stellt die stärkste Form der Entflechtung dar, das ISO Modell ist bereits eine etwas abgeschwächte Form, indem eine eigentumsrechtliche Trennung nicht verlangt wird, die ITO und ITO+ Modelle sind die schwächsten Formen des Unbundlings, indem „lediglich“ ein hoher Grad an effektiver Unabhängigkeit verlangt wird. Derzeit stehen die Fernleitungsnetzbetreiber vor der schwierigen Herausforderung der praktischen Umsetzung; dies ist insbesondere der Fall bei den ITO und ITO+ Optionen, da hier eine umfangreiche Anzahl an praktischen Vorgaben

¹⁷⁵ Vgl. Artikel 41 Absätze 6 und 8 der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁷⁶ Vgl. Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Natural Gas, The Unbundling Regime, 22 Jänner 2010

verlangt wird, deren Umsetzung sich in der Praxis alles andere als einfach darstellt. Die Umsetzung der Entflechtungsbestimmungen war gemäß § 170 Absatz 2 GWG 2011 bis zum 31. März 2012 durchzuführen. Die Umsetzung und die Antwort auf die Frage, ob das Ergebnis de facto effektiver sein wird als das Ergebnis der bereits bestehenden Unbundling Vorschriften, bleiben jedenfalls abzuwarten.

Im Rahmen der ITO Bestimmungen wurde auf zwei Rechtsfragen (das Aufsichtsorgan im österreichischen Gesellschaftsrecht und die Grundrechtskonformität einer Kapitalaufstockungsverpflichtung) im Detail eingegangen. Im Hinblick auf das beim ITO verlangte Aufsichtsorgan wurde mA keine neue Aufsichtsratspflicht außerhalb des österreichischen GmbHG kreiert. Die mögliche Kapitalaufstockungsverpflichtung im Rahmen des Artikels 22 Absatz 7 der Richtlinie stellt mM einen Grundrechtsverstoß dar, dies sowohl nach Gemeinschaftsrecht als auch nach nationalem Recht.

B. Die Umsetzung des Dritten Energie-Binnenmarktpaketes im Gassektor – Schwerpunkt Unbundling

Anlässlich der Beschlussfassung des 3. Binnenmarktpaketes hat Österreich folgende Erklärung abgegeben:

„Österreich begrüßt die Annahme der Richtlinie, die u.a. sowohl die Versorgungssicherheit als auch die Marktintegration verstärken wird und daher zur Wettbewerbsfähigkeit der Elektrizitätswirtschaft in Europa beitragen wird.

Vor dem Hintergrund der zentralen Rolle, die die Regionen bzw. die jeweiligen Märkte bei der Intensivierung des Wettbewerbs und der Verbesserung der Versorgungssicherheit, wie in der Richtlinie gefordert, spielen, ist Österreich der Ansicht, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie in einzelstaatliches Recht die Merkmale ihrer Regionen berücksichtigen und auf angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen zurückgreifen sollten. Angesichts der Tatsache, dass der Grundsatz der Skaleneffekte insbesondere für die kleineren Übertragungsnetze gilt, ist es von besonderer Bedeutung, diese nicht übermäßig zu belasten.

Österreich vertritt daher die Ansicht, dass die Betreiber kleiner Übertragungsnetze die Möglichkeit haben sollten, mit anderen Übertragungsnetzbetreibern zusammenzuarbeiten und bestimmte

Übertragungsfunktionen in diese regionale Zusammenarbeit einzubringen, wobei jedoch der durch die Richtlinie vorgegebene Rechtsrahmen uneingeschränkt zu achten ist.“

Circa zwei Jahre später wurde in Österreich das Dritte Binnenmarktpaket im Zuge eines neuen Gaswirtschaftsgesetzes umgesetzt.

I. Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011)

Im Hinblick auf die Umsetzung des dritten Liberalisierungspaketes für den Erdgasbinnenmarkt wurde am 20. Oktober 2011 das neue Gaswirtschaftsgesetz vom Nationalrat beschlossen. Das GWG 2011 enthält zahlreiche Neuerungen und die Anzahl der Paragraphen hat sich gegenüber dem GWG 2009 nahezu verdoppelt. Aus Gründen einer verbesserten Gesetzssystematik und Rechtbereinigung wurde das GWG 2009 (BGBl. I Nr. 121/2000, in der Fassung BGBl. II Nr. 479/2009) daher aufgehoben und als GWG 2011 neu erlassen (FN¹⁷⁷).

Der Nationalrat beschloss das Gaswirtschaftsgesetz mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit und auch die Länderkammer gab mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit grünes Licht für das Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011). *„Dieses dient der Umsetzung des 3.*

¹⁷⁷ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu Artikel 1, iVm § 169 Absatz 1 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

Energie-Binnenmarktpaketes. Damit soll nicht nur der Wettbewerb am Gasmarkt angekurbelt, sondern auch die Versorgungssicherheit erhöht und der Anbieterwechsel für KundInnen erleichtert werden.“ (FN¹⁷⁸)

Auch von der E-Control wurde die Beschlussfassung des Gaswirtschaftsgesetzes sehr begrüßt. In der Presseaussendung vom 20. Oktober 2011 wird gelobt, dass eine Belebung des Marktes, mehr Wettbewerb und verbesserte Kundenrechte erwartet werden. Die beiden Vorstände der E-Control, DI Walter Boltz und Mag. (FH) Martin Graf kommentierten: *„Das Gaswirtschaftsgesetz wird viele Verbesserungen mit sich bringen. In Österreich ist der Zugang zu den liquiden Großhandelsmärkten erschwert und somit die Wettbewerbsmöglichkeiten für neue Anbieter eingeschränkt. Das neue Gaswirtschaftsgesetz wird einen schärferen Preiswettbewerb zwischen den Gasanbietern schaffen, was sich positiv für die Endkunden auswirken wird.“ (FN¹⁷⁹)*

Gemäß Artikel 54 der Richtlinie hatten die Mitgliedstaaten die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um der Richtlinie nachzukommen bis spätestens 3. März 2011 umzusetzen und die Kommission davon unverzüglich in Kenntnis zu setzen.

Österreich hat die Richtlinie im November 2011 umgesetzt und war somit mit der nationalen Umsetzung des Dritten Energiepaketes im Verzug.

¹⁷⁸ Parlamentskorrespondenz Nr. 961 vom 19.10.2011

¹⁷⁹ Presseaussendung der E-Control vom 20.11.2011 „E-Control begrüßt Beschluss des Gaswirtschaftsgesetzes“

Tatsächlich hat der Wirtschaftsminister seinen Entwurf bereits am 27. Jänner 2011 vorgelegt. Im internationalen Vergleich zählt Österreich jedoch immer noch zu den ersten Mitgliedstaaten die die Richtlinie umgesetzt haben. Im August 2011 hatte es den Anschein, als wären z.B. Belgien, Bulgarien, Finnland, Irland, Polen, Spanien und Ungarn noch viel weiter von der Umsetzung des Dritten Energiepaketes entfernt als Österreich. Dies hat zwar womöglich mit unterschiedlichen politischen Situationen in der EU zu tun (Wahlen etc.), nichtsdestotrotz dauern Energiemarktreformen in der EU erfahrungsgemäß immer sehr lange. Es ist daher nicht wahrscheinlich, dass die Kommission diesem Umstand mit anderen Mitteln (als mit formellen Verfahren) als mit politischem Druck entgegen wird. EU-Energiekommissar Günther Öttinger hat auch klar zum Ausdruck gebracht, dass der 3. März 2011 keine „absolute deadline“ ist. Dies auch vor dem Hintergrund dass die Umsetzung des Dritten Energiepaketes erst der Anfang einer sicherlich langfristigen Reform des Energiemarktes in Europa ist.

Die Bestimmungen über die Entflechtung waren gemäß Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie bis spätestens 3. März 2012 umzusetzen, wobei hier Artikel 9 Absatz 4 für Fernleitungsnetzbetreiber, die nicht Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind, die Gewährung von Ausnahmen ermöglicht (FN¹⁸⁰). Es bleibt abzuwarten, wie lange die Umsetzung der im Dritten Energiepaket vorgesehenen Entflechtungsbestimmungen in

¹⁸⁰ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP

Österreich und in den anderen Mitgliedstaaten tatsächlich in Anspruch nehmen wird.

Die Dissertationsarbeit wird in diesem Abschnitt auf die Problematik des Unbundlings eingehen und im Zuge dessen untersuchen, wie die Unbundling Vorschriften der Richtlinie, welche im ersten Teil der Arbeit umfassend vorgestellt wurden, im GWG 2011 umgesetzt wurden.

Nachdem für den Österreichischen Netzbetreiber das ITO Modell gewählt wurde, wird im Rahmen der Behandlung der ITO Vorschriften in Punkt I. 2.5 dieses Kapitels vereinzelt auf das praktische Beispiel des Österreichischen Netzbetreibers eingegangen.

1. Unbundling Alt

Bereits die Erläuterungen zum GWG 2011 halten zu Artikel 1 fest, dass das Bundesgesetz (GWG 2011) den Anforderungen der Richtlinie (2009/73/EG), insbesondere im Bereich der Entflechtung, Rechnung tragen soll. Dies verdeutlicht den Stellenwert der Unbundling Bestimmungen im Dritten Energiepaket und im neuen Gaswirtschaftsgesetz.

Im alten GWG 2009 wurde das Unbundling lediglich in § 7 (Zweiter Teil) behandelt. Im Hinblick auf die Entflechtung von Erdgasunternehmen wurden dort Bestimmungen betreffend die Rechnungslegung, die innere Organisation und die Entflechtung und Transparenz der Buchführung erlassen. Ganz allgemein wurde in § 7 Absatz 2 GWG 2009 dem Netzbetreiber vorgeschrieben, hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den Tätigkeitsbereichen Lieferung, Verkauf, Versorgung mit und Gewinnung von Erdgas vertikal integrierter Erdgasunternehmer zu sein. (FN¹⁸¹)

§ 7 Absatz 3 GWG 2009 gab einige wenige Kriterien vor, wie die in Absatz 2 vorgeschriebene Unabhängigkeit sichergestellt werden sollten. Demnach durften die für den Netzbetreiber tätigen Personen nicht Teil betrieblicher Einrichtungen sein, die für die Erdgasgewinnung, den Kauf oder die Lieferung zuständig waren. Darüber hinaus war die Handlungsunabhängigkeit der Leitung des Netzbetreibers zu gewährleisten. Der Netzbetreiber hatte in Bezug auf Vermögenswerte, die für den Betrieb, die Wartung oder den Ausbau erforderlich waren, tatsächliche und unabhängige Entscheidungsbefugnisse zu haben. **Richtungsweisend war auch das ausdrückliche Verbot von Weisungen vom integrierten Erdgasunternehmen bezüglich des laufenden Betriebs** oder einzelner Entscheidungen über den Bau oder die Modernisierung von Leitungen, sofern diese schon im Finanzplan

¹⁸¹ Vgl. § 7 Absatz 2 GWG 2009 (BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. II Nr. 479/2009)

genehmigt wurden. Schließlich normierte § 7 Absatz 4 GWG 2009 eine Entflechtung der internen Buchführung. (FN¹⁸²)

Diese Bestimmungen waren sehr allgemein gehalten und gaben faktisch wenig Anhaltspunkte her, wie eine effektive Entflechtung erzielt werden sollte. Allerdings ist es wesentlich hervorzuheben, dass § 7 in Absatz 2 letzter Satz ausdrücklich festhielt, dass die Bestimmungen keinerlei Verpflichtung begründeten, eine Trennung in Bezug auf das Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens an Vermögenswerten des Netzes vorzunehmen. Im gleichen Sinne bestimmte § 7 Absatz 3 c) GWG 2009 auch, dass geeignete Koordinierungsmechanismen in Zusammenhang mit der Aufsicht des Mutterunternehmens über das Management eines Tochterunternehmens (d.h. auch des Netzbetreibers) im Hinblick auf dessen Rentabilität geschützt sein sollten. (FN¹⁸³)

Insgesamt wurden die Unbundling Bestimmungen im alten GWG sehr allgemein und kurz gehalten. **Eine eigentumsrechtliche Trennung wurde explizit nicht vorgeschrieben.**

Im Vergleich dazu stellen sich die überaus umfangreichen Unbundling Bestimmungen des neuen GWGs wie folgt dar, wobei die entsprechenden Paragraphen des GWG 2011 systematisch mit der Richtlinie verglichen werden:

¹⁸² Vgl. § 7 Absätze 3 und 4 GWG 2009 (BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. II Nr. 479/2009)

¹⁸³ Vgl. § 7 Absatz 2 letzter Satz und Absatz 3 c) GWG 2009 (BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. II Nr. 479/2009)

2. Unbundling Neu

2.1 Buchhalterisches Unbundling

§ 8 GWG 2011 behandelt die buchhalterische Entflechtung. Diese verlangt ungeachtet der Eigentumsverhältnisse und Rechtsform der Erdgasunternehmen die Aufstellung, Prüfung und Offenlegung der Jahresabschlüsse gemäß den Bestimmungen des Rechnungslegungsgesetzes sowie eine **getrennte Kontenführung zur Vermeidung von Quersubventionen**. Die **buchhalterische Entflechtung** hat schon bisher gegolten und bleibt daher im Prinzip **weitestgehend unverändert**.

Das neue GWG 2011 stellt in Absatz 2 des § 8 lediglich klar, dass den Netzbetreiber das Verbot von Quersubventionen trifft und vom vertikal integrierten Erdgasunternehmen hierfür die Rahmenbedingungen geschaffen werden müssen (FN¹⁸⁴).

Diese Klarstellung ist im Einklang mit Artikel 31 der Richtlinie, welcher im Grunde vorschreibt, dass Erdgasunternehmen in ihrer internen Rechnungslegung getrennte Konten für jede ihrer Tätigkeiten in den Bereichen Fernleitung und Verteilung zu führen haben (getrennte

¹⁸⁴ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Z1 § 8

Rechnungskreise). Dies insbesondere zur Vermeidung von Diskriminierungen und Quersubventionen. Konsolidierte Konten sind aber für alle Tätigkeiten außerhalb des Erdgasbereiches möglich. Die Richtlinie ermöglicht dies auch für jene Tätigkeiten im Erdgasbereich, die nicht mit der Fernleitung und Verteilung zusammenhängen. Aus Absatz 2 3) des § 8 GWG 2011 geht dies nicht eindeutig hervor, dort werden nur die „Tätigkeiten außerhalb des Erdgasbereiches“ erwähnt. (FN¹⁸⁵)

In der Praxis ist es wichtig, dass diese Buchhaltungsprinzipien genau eingehalten werden. Kosten müssen in genauer und transparenter Weise Kostenstellen zugerechnet werden; anderenfalls kann es leicht zu Quersubventionen kommen. Artikel 31 Absatz 4 der Richtlinie stellt noch einmal klar, dass die Überprüfung der Jahresabschlüsse der Erdgasunternehmen gemäß Absatz 2 vor allem im Hinblick auf mögliche Quersubventionen stattzufinden hat.

Dass sich die Prüfung der Jahresabschlüsse auf die Vermeidung von Quersubventionen zu beziehen hat, war bereits im alten § 7 GWG normiert. Der neue § 8 Absatz 2 GWG 2011 enthält nun diesbezüglich auch noch ein ausdrückliches Unterlassungsgebot: „Der Netzbetreiber hat Quersubventionen zu unterlassen.“ (FN¹⁸⁶)

¹⁸⁵ Vgl. § 8 Absatz 2 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 31 Absatz 3 der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁸⁶ Vgl. § 8 Absatz 2 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 31 Absätze 2 und 4 der Richtlinie 2009/73/EG, Vgl. Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Natural Gas, The Unbundling Regime, 22 Jänner 2010

2.2 Unbundling von Fernleitungsnetzbetreibern

In Umsetzung des Artikels 9 der Richtlinie normiert § 108 GWG 2011 die Entflechtung von Fernleitungsnetzbetreibern. Den Fernleitungsnetzbetreibern stehen hierbei folgende Entflechtungsmodelle zur Verfügung, wobei Mischformen unzulässig sind:

- die eigentumsrechtliche Entflechtung als Grundmodell,
- der unabhängige Netzbetreiber (Independent System Operator – ISO),
- der unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber (Independent Transmission Operator – ITO),
- eine wirksamere Unabhängigkeit als die Bestimmungen über den unabhängigen Fernleitungsnetzbetreiber („wirksamere Unabhängigkeit“).

Die Modelle ISO, ITO und „wirksamere Unabhängigkeit“ können nur dann angewendet werden, wenn das Netz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Erdgasunternehmen gehört hat. (FN¹⁸⁷)

Dies entspricht genau den in der Richtlinie vorgesehenen Entflechtungsmodellen.

¹⁸⁷ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 108

2.3 Ownership Unbundling

Die Absätze 1 bis 3 des § 108 GWG 2011 regeln die **eigentumsrechtliche Entflechtung**, wobei der zivilrechtliche Eigentümer des Fernleitungsnetzes auch dessen Betreiber sein muss und das vertikal integrierte Erdgasunternehmen keine Kontrolle im Sinne des § 7 Absatz 1 Z 30 GWG 2011 ausüben darf (FN¹⁸⁸).

Neben dem buchhalterischen (siehe oben), dem informatorischen (v.a. Vertraulichkeit), dem organisatorischen (v.a. Handlungsunabhängigkeit des Leitungspersonals) und dem gesellschaftsrechtlichen (v.a. unabhängige Rechtsform) Unbundling, welches bereits im GWG 2009 in § 7 vorgesehen war, ist nunmehr das eigentumsrechtliche Unbundling, welches als Ownership Unbundling bezeichnet wird, die **stärkste Form des Unbundlings**. Diese, wenn man so will, höchste Entflechtungsstufe wurde erst mit dem Dritten Energiepaket eingeführt, wobei der Ausgangspunkt jener war, dass auf dem Gassektor (und auch auf dem Stromsektor) sowohl die Netzinfrastruktur als auch der Systembetrieb eindeutig monopolistische Züge hatten. Die eigentumsrechtliche Entflechtung bedeutet die Trennung des Netzbetriebes im weitesten Sinne von Erzeugung und Vertrieb. Die Lösung ist die Übertragung des Netzbetriebes auf eine unabhängige Gesellschaft. Die eigentumsrechtliche Entflechtung stellt daher jedenfalls

¹⁸⁸ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Z1 § 108 Abs. 1 bis 3

den stärksten Eingriff in ein Unternehmen dar. Aus diesem Grund wurde von den Mitgliedstaaten bereits sehr früh, d.h. **bereits vor dem Dritten Liberalisierungspaket, eine Alternative, nämlich die ISO Variante, diskutiert**, welche lediglich die Übertragung der Verfügungsgewalt über den Netzbetrieb verlangt und nicht die Übertragung des Eigentums. Den Vorteil der eigentumsrechtlichen Entflechtung meinte man in der Verringerung des Regulierungsaufwandes. Ob dies mit der Erweiterung der eigentumsrechtlichen Entflechtungsmöglichkeiten bzw. mit den aktuellen Angeboten an Modellen (ITO, ITO +) noch zutrifft ist meiner Ansicht nach allerdings fraglich, da auch die ITO und ITO+ Modelle, wie noch besprochen wird, einen durchaus hohen Regulierungsaufwand erfordern. (FN¹⁸⁹)

In diesem Zusammenhang ist noch auf die Ausnahme in § 108 Absatz 4 GWG 2011 hinzuweisen. Tatsächlich können gemäß Absatz 4 jene Unternehmen, die ein Gemeinschaftsunternehmen gründen und als Fernleitungsnetzbetreiber in einem oder mehreren Mitgliedstaaten agieren, zivilrechtliche Eigentümer ihrer Netze bleiben. In diesem Fall ist es daher möglich, dass ein Fernleitungsnetzbetreiber nicht zivilrechtlicher Eigentümer des Netzes ist. Es ist nur konsequent, wenn kein anderes Unternehmen, das nicht den Unbundling Vorschriften entspricht, Teil des

¹⁸⁹ Vgl. *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energie-wirtschaftsrechts, 2. Auflage, S. 327 ff.

Gemeinschaftsunternehmens sein darf. Diese Ausnahme folgt aus Artikel 9 Absatz 5 der Richtlinie. (FN¹⁹⁰)

Fernleitungsnetzbetreiber, die Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind, dürfen gemäß § 108 Absatz 7 keine wirtschaftlich sensible Informationen aber auch kein Personal an Unternehmen weitergeben, die im Bereich Gewinnung oder Versorgung tätig sind. Dabei handelt es sich um eine Spezialbestimmung zu § 11 GWG 2011, worin eine allgemeine Vertraulichkeitsverpflichtung in Bezug auf wirtschaftlich sensible Informationen sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse normiert wird. Dies ist die genaue Umsetzung des Artikels 9 Absatz 7 der Richtlinie. (FN¹⁹¹)

§ 108 Absatz 5 GWG 2011 sieht vor, dass es nicht schadet wenn der Mitgliedstaat oder eine andere öffentlich-rechtliche Stelle (wie Bund, Land, Gemeinde) sowohl bei einem Fernleitungsnetzbetreiber als auch bei einem Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen die Kontrolle ausüben. Voraussetzung dafür ist lediglich, dass die Kontrolle bei diesen Unternehmen nicht von derselben natürlichen Person ausgeübt wird und dass in der betroffenen öffentlich-rechtlichen Stelle wirksame Vertraulichkeitsbereiche einzurichten sind. Dieser Absatz setzt klar Artikel 9 Absatz 6 der Richtlinie um. (FN¹⁹²)

¹⁹⁰ Vgl. § 108 Absatz 4 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 9 Absatz 5 der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁹¹ Vgl. § 11 iVm § 108 Absatz 7 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 9 Absatz 7 der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁹² Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 108 Abs. 5

Obwohl Artikel 9 Absatz 4 der Richtlinie den Mitgliedstaaten bis zum 3. März 2013 ermöglicht, Fernleitungsnetzbetreibern, die nicht Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind, Ausnahmen von den Entflechtungsbestimmungen gemäß Absatz 1 b) und c) des Artikels 9 der Richtlinie zu gewähren (FN¹⁹³), ist diese Möglichkeit im GWG 2011 nicht ausdrücklich vorgesehen.

2.4 Unabhängiger Netzbetreiber (ISO)

Die §§ 109 bis 112 GWG 2011 setzen das ISO Modell um, welches gemäß Artikel 9 Absatz 8 a) der Richtlinie als erste Option zur eigentumsrechtlichen Entflechtung zur Verfügung steht. Sofern das Netz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Erdgasunternehmen gehört hat, ist das ISO – Modell möglich.

Wesentlich ist hierbei, dass **der ISO selbst der eigentumsrechtlichen Entflechtung unterliegt** und mit den erforderlichen finanziellen, technischen, und materiellen Ressourcen ausgestattet sein muss. Des Weiteren ist wesentlich, dass sämtliche Verträge zwischen dem ISO und dem Eigentümer des Fernleitungsnetzes der Regulierungsbehörde vorzulegen sind. (FN¹⁹⁴)

¹⁹³ Vgl. Artikel 9 Absatz 4 der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁹⁴ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 109 Abs. 1 und 2

§ 109 GWG 2011 setzt die Artikel 14 Absätze 1 und 2 der Richtlinie (iVm Artikel 9 Absatz 8 a)) nahezu wortgleich um. Interessant ist, dass die **Benennung eines ISO auf Vorschlag des Fernleitungsnetzeigentümers** stattfindet. Ein derartiger Vorschlag des Fernleitungsnetzeigentümers wird beim ITO Modell nicht verlangt. Dieser Unterschied kann meiner Meinung nach daraus resultieren, dass die Trennung zwischen ISO und Fernleitungsnetzeigentümer bzw. die Entflechtung eine stärkere ist im Vergleich zum ITO, weshalb dem Fernleitungsnetzeigentümer vom Gesetz eine stärkere Rolle gewährt wird.

§ 109 Absatz 2 GWG 2011 legt im Einklang mit Absatz 2 des Artikels 14 der Richtlinie die Bedingungen für eine ISO Benennung fest. Hier fällt auf, dass das GWG 2011 verlangt, dass der Netzbetreiber nicht nur, wie in der Richtlinie, über die erforderlichen finanziellen, technischen und personellen Ressourcen sondern auch über die erforderlichen materiellen Ressourcen verfügt. Hier wird sicherlich auf materielle Betriebsmittel bzw. Betriebsanlagen und Geräte Bezug genommen und folgt daher meiner Ansicht nach der Logik eines unabhängigen Netzbetriebes. (FN¹⁹⁵)

Darüber hinaus sind sämtliche Vereinbarungen zwischen dem Fernleitungsnetzeigentümer und insbesondere dem unabhängigen

¹⁹⁵ Vgl. § 109 Absatz 2 Z 2 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 14 Absatz 2 b) der Richtlinie 2009/73/EG

Netzbetreiber der Regulierungsbehörde vorzulegen. Dies ist erforderlich, um prüfen zu können, ob der Fernleitungsnetzeigentümer in der Lage ist, seinen Verpflichtungen gemäß § 110 Absatz 2 GWG 2011 nachzukommen. Die Richtlinie spricht hier schon von „Vereinbarungen im Entwurf“, was ein viel stärkeres Mitbestimmungsrecht bzw. Änderungsrecht der Regulierungsbehörde bedeuten würde. Im neuen GWG 2011 wird lediglich von „Vereinbarungen“ gesprochen sodass ein Änderungsrecht der Regulierungsbehörde in Bezug auf erst künftige Vereinbarung nicht eindeutig hervorgeht. (FN¹⁹⁶)

Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie letzter Satz weist ausdrücklich darauf hin, dass die **Benennung des ISO der Zustimmung der Kommission bedarf**. Auf diesen ausdrücklichen Hinweis verzichtet das GWG 2011 und regelt dies erst im Zuge des Zertifizierungs- und Benennungsverfahrens in § 119 GWG 2011. § 119 Absatz 5 Z 1 GWG 2011 besagt, dass beim Zertifizierungsverfahren gemäß Absatz 1 Z 2 (ISO) die Regulierungsbehörde der Entscheidung der Europäischen Kommission nachzukommen hat. Dies ist in Abweichung zum Zertifizierungsverfahren des ITO, wo gemäß § 119 Absatz 4 GWG 2011 die Stellungnahme der Europäischen Kommission lediglich zu berücksichtigen ist (wie auch beim OU). (FN¹⁹⁷)

¹⁹⁶ Vgl. § 109 Absatz 2 Z 5 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 14 Absatz 2 d) der Richtlinie 2009/73/EG

¹⁹⁷ Vgl. § 119 Absätze 4 und 5 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie 2009/73/EG

Im Übrigen entspricht § 109 GWG 2011 genau den Absätzen 1 und 2 des Artikels 14 der Richtlinie.

Der ISO muss gemäß § 110 Absatz 1 GWG 2011 und in Umsetzung des Artikels 14 Absatz 4 der Richtlinie nicht Eigentümer des Netzes zu sein, dafür muss er für das Kerngeschäft eines Fernleitungsnetzbetreibers verantwortlich sein. Dazu gehören insbesondere die Gewährung des Netzzuganges, der Betrieb und die Wartung. Somit darf der Fernleitungsnetzeigentümer keinesfalls für die Gewährung des Netzzuganges und für die Investitionsplanung verantwortlich sein. Beides ist im alleinigen Verantwortungsbereich des ISO (FN ¹⁹⁸). **Fernleitungsnetzeigentümer ist im Grunde Eigentümer und vor allem auch Finanzierer.** Betreiber des Netzes ist der ISO. Dies sind sicherlich die beiden Hauptmerkmale, die einen ISO definieren.

Der Finanzierungsaspekt kommt in § 110 Absatz 2 GWG 2011, welcher Artikel 14 Absatz 5 der Richtlinie umsetzt, noch stärker zur Geltung. § 110 Absatz 2 GWG 2011 legt nämlich dem Fernleitungsnetzeigentümer spezifische Verpflichtungen bezüglich Finanzierung auf (FN ¹⁹⁹). Insbesondere finanziert der Fernleitungsnetzeigentümer die Investitionen des ISO. Darüber hinaus stellt er auch die diesbezüglichen Garantien und sichert die Haftungsrisiken im Zusammenhang mit den

¹⁹⁸ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 110 Abs. 1

¹⁹⁹ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 110 Abs. 2

Netzvermögenswerten ab (FN²⁰⁰). Vergleiche hierzu auch Punkt III 2.3 des ersten Teils der Dissertationsarbeit.

§ 110 GWG 2011 hat die Absätze 4 und 5 des Artikels 14 der Richtlinie wortgleich übernommen (FN²⁰¹).

Ein weiteres wichtiges Merkmal des ISO ist die Entflechtung des Fernleitungsnetzeigentümers. § 111 GWG 2011 lässt in Umsetzung des Artikels 15 der Richtlinie den Fernleitungsnetzeigentümer im Konzernverbund bleiben. Jedoch wird die **Entflechtung des Fernleitungsnetzeigentümers vom vertikal integrierten Erdgasunternehmen** in rechtlicher und organisatorischer Hinsicht verlangt (FN²⁰²).

§ 111 GWG 2011 unterscheidet sich von Artikel 15 der Richtlinie vor allem dadurch dass Artikel 15 der Richtlinie auch Speicheranlagenbetreiber behandelt. § 111 GWG 2011 widmet sich alleine der Entflechtung des Fernleitungsnetzeigentümers (FN²⁰³). Als Entflechtungskriterien gelten vor allem die rechtliche und organisatorische Unabhängigkeit des Leitungspersonals des Fernleitungsnetzeigentümers von den Bereichen Erdgasgewinnung, -verteilung und -versorgung (Absatz 2 Z 1) sowie die

²⁰⁰ Vgl. § 110 Absatz 2 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²⁰¹ Vgl. § 110 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 14 Absätze 4 und 5 der Richtlinie 2009/73/EG

²⁰² Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 111 Abs. 1 und 2

²⁰³ Vgl. § 111 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 15 der Richtlinie 2009/73/EG

Gewährleistung der Handlungsunabhängigkeit dieses Leitungspersonals (Absatz 2 Z 2).

Abschließend ist anzumerken dass Artikel 15 Absatz 3 der Richtlinie vorsieht, dass die Kommission Leitlinien erlassen kann, um sicherzustellen, dass der Fernleitungsnetzeigentümer den oben angesprochenen Entflechtungsbestimmungen in vollem Umfang und wirksam nachkommt (FN²⁰⁴). Nachdem für den bedeutenden Netzbetreiber in Österreich das ITO Modell gewählt wurde, wird dies in der Praxis jedoch weniger relevant sein.

2.5 Unabhängiger Fernleitungsnetzbetreiber (ITO)

Der 3. Abschnitt der Entflechtungsbestimmungen für Fernleitungsnetzbetreiber im GWG 2011 behandelt das dritte Unbundling Modell. Dies in Umsetzung des Kapitels IV der Richtlinie. Sofern das Netz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Erdgasunternehmen gehört hat, ist gemäß § 112 Absatz 1 GWG 2011 außer dem OU (Grundmodell der eigentumsrechtlichen Entflechtung) (und dem ISO) auch das ITO Modell möglich (Artikel 9 Absatz 8 b) der Richtlinie) (FN²⁰⁵). Der ITO wurde nach langem als Kompromiss in das Dritte Energie-Binnenmarktpaket aufgenommen und ist sicherlich als Weiterentwicklung der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung zu qualifizieren.

²⁰⁴ Vgl. Artikel 15 Absatz 3 der Richtlinie 2009/73/EG

²⁰⁵ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 112 Abs. 1

Der Österreichische Netzbetreiber hat das ITO Modell im Hinblick auf seine Entflechtung gewählt und hat auch seine Zertifizierung als ITO beantragt.

Im Zuge der folgenden Besprechung der einzelnen für den ITO relevanten Bestimmungen wird vereinzelt auf den Österreichischen Netzbetreiber beispielhaft eingegangen werden.

Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers

Der ITO darf zwar **ausnahmsweise im gesellschaftsrechtlichen Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens** bleiben, muss **jedoch strenge und umfassende Unabhängigkeitsvorschriften** erfüllen, die in § 112 Absatz 2 GWG 2011 genau angeführt sind (FN²⁰⁶).

Generell muss der ITO über alle personellen, technischen, materiellen und finanziellen Ressourcen verfügen, die zur Erfüllung seiner Pflichten und für die Geschäftstätigkeit der Fernleitung erforderlich sind (FN²⁰⁷). Das bedeutet insbesondere, dass das **Personal beim ITO angestellt** sein muss und das vertikal integrierte Unternehmen keine Dienstleistungen an den ITO erbringen darf. § 112 Absatz 2 Z 2 GWG 2011 hebt im Unterschied zur Richtlinie noch ausdrücklich hervor, dass der ITO insbesondere über

²⁰⁶ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 112 Abs. 2

²⁰⁷ Vgl. § 112 Absatz 2 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

eine eigene Rechtsabteilung, Buchhaltung und IT verfügen muss. Eine Rechtsberatung, die z.B. von beim VIU angestellten Juristen an den Netzbetreiber geleistet wird, wäre aus meiner Sicht problematisch zu sehen. Eine diesbezügliche Trennung ist für den Netzbetreiber jedoch relativ leicht zu erfüllen, sofern er bereits vorm Dritten Energiepaket über eine eigene Rechtsabteilung verfügt hatte. Viel schwieriger gestaltet sich die Trennung der Rechts- Buchhaltungs- und IT Dienste, sofern hier zuvor auf Dienste des VIUs zugegriffen wurde.

Die IT Trennung zieht z.B. auch neue E-Mail-Adressen mit sich. Der Netzbetreiber sollte im Hinblick darauf aus dem E-Mail-Verzeichnis des VIUs fallen. Konsequenterweise sollte er natürlich auch nicht mehr Teil des Konzern Intranets sein. Auch die externen IT Berater sollten gewechselt werden; hierbei könnte es zu einer neuen, unter Umständen nicht besseren Verhandlungsposition des Netzbetreibers und somit zu einer Erhöhung der Kosten kommen.

Als weitere grundlegende Voraussetzung des ITO gilt, dass er **zivilrechtlicher Eigentümer des Fernleitungsnetzes** sowie der Vermögenswerte sein muss. Somit ist z.B. eine Pacht des Netzes ausgeschlossen. (FN²⁰⁸)

²⁰⁸ Vgl. § 112 Absatz 2 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) iVm Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 112 Abs. 2

In Umsetzung des Artikels 18 Absatz der Richtlinie dürfen Tochterunternehmen des vertikal integrierten Unternehmens in den Bereichen Gewinnung oder Versorgung keine Anteile am ITO halten oder finanzielle Zuwendungen an den ITO leisten (FN²⁰⁹). Auch dies verdeutlicht wieder, dass der ITO generell vom vertikal integrierten Unternehmen unabhängig agieren können muss. Im Übrigen bedeutet dies, dass der ITO unter einem gemeinsamen Mutterunternehmen positioniert sein muss. Der Österreichische Netzbetreiber ist z.B. unter der Gas Gesellschaft des Österreichischen VIUs positioniert. Letztere ist de facto alleinige Gesellschafterin, das VIU hält als Minderheitengesellschafter lediglich einen Anteil von 0,7%.

Die Absätze 1, 2 und 3 des § 112 GWG 2011 setzen die Richtlinie wortident um.

§ 112 Absatz 3 GWG 2011 schreibt vor, dass ITO in ihren Kommunikationsaktivitäten und ihrer Markenpolitik dafür sorgen müssen, dass eine Verwechslung mit der Identität des vertikal integrierten Unternehmens ausgeschlossen ist. Dies bedeutet vor allem, dass die Corporate Identity des ITO sich eindeutig von jener des vertikal integrierten Unternehmens unterscheiden muss. Hiervon sind insbesondere der Firmenname, das Firmenlogo, der Internetauftritt, Firmenzeitschriften, und Drucksorten wie z.B. Visitenkarten betroffen. Artikel 17 Absatz 4 der

²⁰⁹ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 112 Abs. 3

Richtlinie, welcher hier umgesetzt wird, erwähnt auch explizit die Geschäftsräume in diesem Zusammenhang (FN²¹⁰).

Diese Vorschrift soll verhindern, dass sich der potentielle Kunde oder Vertragspartner keine Vorteile in der organisatorischen und wirtschaftlichen Verbindung von Netzbetreiber und vertikal integrierten Unternehmen erhofft. Dabei kommt es darauf an, dass der potentielle Kunde oder Vertragspartner nicht glaubt, dass die Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen stammen. Hier wird in Anlehnung an § 9 UWG (FN²¹¹) **bereits auf die Eignung zur Verwechslung abgestellt.** (FN²¹²)

Der Österreichische Netzbetreiber hat im Hinblick darauf eine Änderung seiner Marke und seiner Firma angestrebt. Nach einem längerem Markenauswahlverfahren und öffentlichen Markenumfragen wurde mit Generalversammlungsbeschluss vom 30. November 2011 die „OMV Gas GmbH“ in „Gas Connect Austria GmbH“ geändert. Der Konzern Bezug ist somit klar weggefallen, sodass eine firmenrechtliche Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 UWG eindeutig nicht mehr vorliegt. Diese Firmenänderung ist klarerweise mit einer Markenänderung einhergegangen und somit auch mit einem komplett neuem Außenauftritt. Mit Jahresanfang 2012 wurde die neue Marke öffentlich vorgestellt. Das

²¹⁰ Vgl. Artikel 17 Absatz 4 der Richtlinie 2009/73/EG

²¹¹ Vgl. § 9 Absatz 1 UWG (BGBl. I Nr. 111/1999)

²¹² Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 112 Abs. 4 und § 112 Absatz 4 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

Firmenlogo, der gesamte Internetauftritt und alle Drucksorten waren in diesem Sinne ebenso entsprechend anzupassen. Auch banal wirkende Fragen, wie z.B. ob der Netzbetreiber noch in der Konzern Mitarbeiterzeitschrift berücksichtigt werden kann bzw. ob er diese weiterhin erhalten darf, stellen sich im Hinblick auf diese Unbundling Voraussetzung. Aus meiner Sicht sollte eine Mitarbeiterzeitschrift des VIU den ITO nicht mehr berücksichtigen und auch nicht mehr an Mitarbeiter des ITO verteilt werden, da auch hier ein starker Hinweis auf eine Zusammengehörigkeit entstehen kann. Allerdings bleibt die Beurteilung der Frage durch die Regulierungsbehörde abzuwarten.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich auch, dass nicht gleiche Telefon- oder Faxnummern verwendet werden dürfen. Der Netzbetreiber sollte daher seine Telekommunikationsanbieter wechseln und seine Telefon- und Faxnummern umstellen. Wie schon in Bezug auf die IT Dienste erwähnt, könnte auch dies zu einer schlechteren Verhandlungsposition führen und womöglich mit einer Kostenerhöhung verbunden sein.

In diesem Sinne darf z.B. auf der Website des Österreichischen Netzbetreibers nicht mit Hyperlink auf den Konzern verwiesen werden. Gemäß den Ergänzenden Erläuterungen zum GWG 2011 darf sich der Netzbetreiber jedoch einer Unternehmensgruppe zuordnen, indem er in Kleindruck (z.B. auf der Website) auf den Konzern verweist (FN²¹³). Auf der Website des Österreichischen Netzbetreibers scheint dieser Vorgabe aus

²¹³ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 112 Abs. 4

den Materialien folgend unten links „Ein OMV Unternehmen“ auf. Inwiefern dies weniger auf eine Konzernzugehörigkeit deutet als ein Hyperlink auf der Website ist aus meiner Sicht sehr fraglich.

Insgesamt wird wohl auf den Gesamteindruck abgestellt werden, dass sich der Fernleitungsnetzbetreiber vom vertikal integrierten Unternehmen oder auch von einem beliebigen Teil davon eindeutig unterscheiden muss.

Im Grunde kann man jedoch sagen, dass die Entflechtungsvorgaben gemäß § 112 Absatz 4 GWG 2011 in Österreich im Wesentlichen erfüllt werden können und auch wurden. Unklarheiten, wie beispielsweise die unbedeutend wirkende Frage bezüglich der Mitarbeiterzeitschrift, sind schwierig einzuschätzen und es wird vermutlich die Beurteilung durch die Regulierungsbehörde abgewartet werden.

Die Absätze 5 bis 7 des § 112 GWG 2011 führen die Absätze 1 und 2 weiter. Der ITO und das vertikal integrierte Unternehmen dürfen keine gemeinsamen Büroräumlichkeiten, Zugangskontrollsysteme, IT-Systeme und IT-Ausrüstungen nutzen (§ 112 Absatz 5 GWG 2011). Auch dürfen keine gemeinsamen IT-Berater, externen IT-Auftragnehmer und Wirtschaftsprüfer beauftragt werden (§ 112 Absatz 6 GWG 2011) (FN²¹⁴).

§ 112 Absätze 5 und 6 GWG 2011 setzen Artikel 17 Absatz 5 der Richtlinie um, wobei § 112 Absatz 5 GWG 2011, aus meiner Sicht richtigerweise,

²¹⁴ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 112 Abs. 5 bis 7

„Liegenschaften“ auf die an dieser Stelle in der Richtlinie Bezug genommen wird mit „Büroräumlichkeiten“ ersetzt (FN ²¹⁵). Die Nutzung von Liegenschaften würde zu weit gehen und hier auf Büroräumlichkeiten Bezug zu nehmen ist nur im Sinne der Bestimmung.

§ 112 Absatz 7 GWG 2011 setzt Artikel 17 Absatz 6 der Richtlinie um. § 112 Absatz 7 GWG 2011 schränkt Artikel 17 Absatz 6 der Richtlinie geringfügig ein indem es auf den Konzernbestätigungsvermerk insbesondere bei einer Vollkonsolidierung des vertikal konsolidierten Unternehmens Bedacht nimmt. In diesem Fall ermöglicht das GWG 2011 dem Wirtschaftsprüfer des vertikal integrierten Unternehmens Einsicht in Teile der Bücher des ITO Einsicht nehmen. Die Regulierungsbehörde ist über die Gründe der Einsicht vorab zu informieren und kann dagegen auch per Bescheid Einwände erheben. Meiner Ansicht nach ist diese Einschränkung des Artikels 17 Absatz 6 sehr sinnvoll und in der Praxis auch wichtig, da bei einem vollkonsolidierten Tochterunternehmen der Wirtschaftsprüfer eine derartige Einsichtsmöglichkeit in die Bücher des Tochterunternehmens haben muss. (FN²¹⁶)

In Österreich ist die Voraussetzung der getrennten Büroräumlichkeiten bereits seit 2009 erfüllt. Der Österreichische Netzbetreiber hat seine Geschäftsanschrift in der Floridsdorfer Hauptstraße 1, 1210 Wien, während

²¹⁵ Vgl. § 112 Absätze 5 und 6 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 17 Absatz 5 der Richtlinie 2009/73/EG

²¹⁶ Vgl. § 112 Absatz 7 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 17 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG

der Österreichische VIU (gemeinsam mit vielen anderen seiner Tochtergesellschaften) seinen Sitz in der Trabrennstrasse 6 – 8, 1020 Wien hat. Dadurch wäre eine eindeutige Trennung der Büroräumlichkeiten gegeben. Die IT-Systeme, -Ausrüstungen, -Berater und externen Auftragnehmer wurden schon oben zu Absatz 2 und 3 angesprochen. Die Umstellung auf neue Berater und Auftragnehmer werden einen erheblichen administrativen und rechtlichen Aufwand erfordern, da hier alle Vertragsverhältnisse überprüft und geändert bzw. in den meisten Fällen neu verhandelt und abgeschlossen werden müssen. Auch die Alarm- und Zugangskontrollsysteme sind vom VIU abzukoppeln.

In Bezug auf § 112 Absätze 5 bis 7 GWG 2011 muss sich der Netzbetreiber im Zuge der Umsetzung bemühen, dass er letztlich unabhängig agieren kann und „effektive Chinese Walls“ zwischen ihm als ITO und dem Konzern als vertikal integriertem Unternehmen geschaffen werden.

§ 112 Absatz 8 GWG 2011 normiert in Umsetzung des Artikels 17 Absatz 2 der Richtlinie spezielle Pflichten des ITO neben den in § 62 GWG 2011 genannten allgemeinen Pflichten für Fernleitungsnetzbetreiber (FN²¹⁷). Hier sind als in der Praxis relevante Merkmale insbesondere hervorzuheben: die Gewährung und Regelung des Zugangs Dritter, die Erhebung aller fernleitungsnetzbezogener Entgelte, der **Betrieb, die** **Wartung und der Ausbau des Netzes** (FN²¹⁸).

²¹⁷ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 112 Abs. 8

²¹⁸ Vgl. § 112 Absatz 8 Z 3, 4 und 5 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

Gemäß § 112 Absatz 9 GWG 2011 dürfen für den ITO nur Gesellschaften in einer der in Artikel 1 der Richtlinie 2009/101/EG genannten Rechtsformen gewählt werden. Demnach können in Österreich nur Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung als ITO benannt werden; in der Praxis werden diese Rechtsformen ohnehin am ehesten gewählt. Dennoch ist interessant, warum z.B. in Deutschland und Polen eine Kommanditgesellschaft als Rechtsform zur Verfügung steht und in Österreich nicht. Der Österreichische Netzbetreiber ist der Bestimmung entsprechend eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. (FN²¹⁹)

§ 112 Absätze 8 und 9 GWG 2011 sind eine nahezu wortgleiche Umsetzung des Artikels 17 Absätze 2 und 3 der Richtlinie. Das GWG 2011 ist in Absatz 8 Z 7 etwas weitblickender, indem es die Einbindung des Virtuellen Handelspunktes (in Österreich vor allem der Central European Gas Hub AG „CEGH“) bei Kooperationen im Gashandel vorschreibt. Im Übrigen wurde lediglich der Verweis auf die betreffende Richtlinie in § 112 Absatz 9 GWG 2011 aktualisiert. (FN²²⁰)

§ 113 GWG 2011 setzt Artikel 18 Absätze 1, 2, 6, 7, 8 und 9 der Richtlinie um. Hier werden weitere Voraussetzungen festgelegt, die die

²¹⁹ Vgl. § 112 Absatz 9 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) iVm Artikel 1 der Richtlinie 2009/101/EG

²²⁰ Vgl. § 112 Absätze 8 und 9 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 17 Absätze 2 und 3 der Richtlinie 2009/73/EG

Unabhängigkeit des ITO sicherstellen sollen. Es können vor allem genannt werden: wirksame Entscheidungsbefugnisse des ITO in Bezug auf Ressourcen, die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlich sind (§ 113 Absatz 1 GWG 2011); Befugnis, Geld auf dem Kapitalmarkt (insbesondere durch Aufnahme von Darlehen oder Kapitalerhöhung) zu beschaffen (§ 113 Absatz 1 GWG 2011); genügende Mittel, um das Netz aufzubauen, aufrechtzuerhalten und zu führen (§ 113 Absatz 2 GWG 2011); Genehmigung der finanziellen und kommerziellen Vereinbarungen durch die Regulierungsbehörde (§ 113 Absatz 3 GWG 2011). (FN²²¹)

Auch bei den Bestimmungen des § 113 GWG 2011 handelt es sich um eine nahezu wortgleiche Umsetzung der entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie. Im Unterscheid zur Richtlinie setzt das GWG 2011 in § 113 Absatz 3 letzter Satz der Regulierungsbehörde auch eine Frist von vier Wochen, innerhalb derer sie die finanziellen und kommerziellen Vereinbarungen zwischen dem ITO und dem vertikal integrierten Unternehmen mit Bescheid zu genehmigen hat. Nach Ablauf dieser Frist gilt die Genehmigung als stillschweigend erteilt. Dies wird sich aus meiner Sicht in der Praxis zweifelslos als administrative Erleichterung, sowohl für die Regulierungsbehörde als auch für den Netzbetreiber, erweisen. (FN²²²)

²²¹ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 113

²²² Vgl. § 113 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 18 Absätze 1, 2, 6, 7, 8 und 9 der Richtlinie 2009/73/EG

Gemäß § 114 GWG 2011 müssen Personen der Unternehmensleitung und Personen, die ihr direkt unterstellt sind (hierzu wären etwa Prokuristen oder Leiter von Stabsabteilungen zu zählen) in den Bereichen Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes, sowie alle Beschäftigten unabhängig sein. Das bedeutet vor allem, dass sie nicht bei anderen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens angestellt sein dürfen oder Interessenbeziehungen zu diesen unterhalten können (FN²²³). Die Mehrheit der Personen der Unternehmensleitung darf aber auch in den letzten drei Jahren nicht bei anderen Konzernunternehmen angestellt gewesen sein (dies gilt für Bestellungen nach dem 3. März 2012), für die übrigen Personen der Unternehmensleitung gilt eine Frist von sechs Monaten (FN²²⁴). In den Bereichen Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes dürfen Personen der Unternehmensleitung und Personen, die ihr direkt unterstellt sind vier Jahre nach ihrer Anstellung beim ITO nicht in einem anderem Konzernunternehmen angestellt werden (FN²²⁵). Schließlich dürfen sie keine Aktien an anderen Teilen des Konzerns halten oder von diesen finanzielle Zuwendungen erhalten (FN²²⁶). (FN²²⁷)

Diese Bestimmungen entsprechen genau dem Artikel 19 Absätze 3, 4, 5, 7 und 8 der Richtlinie. Der systematische Aufbau des Artikels 19 der

²²³ Vgl. § 114 Absatz 1 Z 1 iVm Absätzen 5 und 6 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²²⁴ Vgl. § 114 Absatz 1 Z 2 iVm Absatz 4 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²²⁵ Vgl. § 114 Absatz 1 Z 3 iVm Absatz 6 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²²⁶ Vgl. § 114 Absatz 1 Z 4 iVm Absatz 6 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²²⁷ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 114

Richtlinie wurde hier nicht genau übernommen, im Übrigen ist es jedoch eine genaue Umsetzung der Richtlinie. (FN²²⁸)

Die oben besprochenen Bestimmungen haben in der Praxis wesentliche Auswirkungen. Entsendungen im Konzern sind nicht mehr ohne weiteres möglich. „Lateral hiring“ innerhalb des Konzerns auf Ebene der Unternehmensleitung, wie es in Vergangenheit von den Unternehmen oft praktiziert wurde, ist nicht mehr so einfach möglich.

Das Gebot der Unabhängigkeit bewirkt auch, dass Konzernrichtlinien nicht mehr für den Netzbetreiber gelten sollten bzw. dass der Netzbetreiber von diesen Richtlinien nicht mehr berücksichtigt werden sollte.

Für alle Beschäftigten gilt das Beschäftigungsverbot. Hier ist vor allem darauf zu achten, dass z.B. Juristen, die den entflochtenen Netzbetreiber betreuen, nicht in der zentralen Konzernrechtsabteilung angestellt sind. Gleichmaßen ist darauf bei anderen Stabstellenfunktionen zu achten. Die Frage, in welchem Ausmaß Stabstellenfunktionen des vertikal integrierten Unternehmens bzw. des Konzerns überhaupt noch mit Stabstellen des ITO zusammenarbeiten dürfen und z.B. auch Meetings haben dürfen, ist schwierig und wird sich sicherlich erst in der Praxis weisen. Aus meiner Sicht jedoch sollte eine Kooperation, sofern sie notwendig oder für das Unternehmen förderlich ist, jedenfalls möglich bleiben. Die Unbundling

²²⁸ Vgl. § 114 Absatz 1 iVm Absätze 4, 5 und 6 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 19 Absätze 3, 4, 5, 7 und 8 der Richtlinie 2009/73/EG

Vorgaben so weit auszulegen, dass sie dem ordentlichen Betrieb des Unternehmens im Wege stehen oder sogar schaden, kann nicht im Sinne des ITO Modells gewesen sein. Das ITO Modell ist ein Entflechtungsmodell, das als Kompromisslösung in das Dritte Energiepaket aufgenommen wurde. Es muss hierbei klar gewesen sein, dass keine absolut vollständige und einheitliche Trennung der Unternehmen, wie sie im OU stattfinden würde, erzielt werden kann.

Für alle Beschäftigten gilt auch das Aktienhalteverbot. Im Hinblick darauf sind konzernweite Aktienpläne zu prüfen. Derartige Aktienpläne dürfen Mitarbeitern des ITO nicht mehr angeboten werden.

§ 114 Absatz 2 GWG 2011 schreibt in Umsetzung des Artikels 19 Absatz 2 der Richtlinie vor, dass Namen, Bestellungen- und auch Abberufungsgründe sowie Bestellungsbedingungen in Bezug auf Personen der Unternehmensleitung unverzüglich der Regulierungsbehörde mitzuteilen sind. § 114 Absatz 3 GWG 2011 ermöglicht es der Regulierungsbehörde innerhalb von drei Wochen Einwände zu erheben, dies dann wenn Zweifel an der beruflichen Unabhängigkeit bestehen oder auch dann wenn Zweifel an der Berechtigung einer vorzeitigen Vertragsbeendigung bestehen. Im Vergleich zu Artikel 19 Absatz 2 der Richtlinie gibt das GWG 2011 hier an, dass die Behörde solche Einwände von Amts wegen oder auf Antrag einer Person der Unternehmensleitung oder des Gleichbehandlungsbeauftragten

erheben kann (FN²²⁹). Auch hier wird eindeutig, wie stark die Rolle der Regulierungsbehörde im gesamten Entflechtungsbestreben des Dritten Energiepaketes ist.

Unabhängigkeit des Aufsichtsorgans

Wie auch der Fernleitungsnetzbetreiber selbst, die Unternehmensleitung und die Beschäftigten des ITO, muss auch das Aufsichtsorgan unabhängig agieren. Die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsorgans abzüglich eines Mitgliedes muss im Hinblick darauf das Beschäftigungsverbot, das Aktienhalteverbot, sowie die Bestimmungen über die Bestellung und die vorzeitige Vertragsbeendigung beachten. § 115 GWG 2011 normiert diese Unabhängigkeit in Umsetzung des Artikels 20 der Richtlinie.

Das Aufsichtsorgan darf **keine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf laufende Geschäfte des ITO** und der Netzverwaltung und auch nicht in Bezug auf die notwendigen Tätigkeiten zur Aufstellung des Netzentwicklungsplans haben. Das Aufsichtsorgan hat lediglich Entscheidungen zu treffen, die von erheblichen Einfluss auf die Vermögenswerte der Anteilseigner beim ITO sind (Finanzpläne, Verschuldung, Dividenden). (FN²³⁰)

²²⁹ Vgl. § 114 Absätze 2 und 3 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 19 Absatz 2 der Richtlinie 2009/73/EG

²³⁰ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 115

Das Aufsichtsorgan ist gemäß § 115 Absatz 1 GWG 2011 auch dafür zuständig, Entscheidungen in Bezug auf die Bestellung der Personen der Unternehmensleitung des ITO zu treffen. In der Richtlinie wird das bereits in Zusammenhang mit der Unabhängigkeit des Personals und der Unternehmensleitung (Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie) geregelt.

Interessant ist im Vergleich mit der Richtlinie auch, dass die Richtlinie die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans regelt. Gemäß Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie soll das Aufsichtsorgan aus Vertretern des vertikal integrierten Unternehmens, Vertretern von dritten Anteilseignern und, sofern im Mitgliedstaat vorgesehen, Vertretern anderer Interessengruppen bestehen. Diesbezüglich wird im das Aufsichtsorgan betreffenden § 115 GWG 2011 nichts vorgesehen. (FN²³¹)

Die Rechtsfrage einer allfälligen „neuen“ Aufsichtsratspflicht im österreichischen Gesellschaftsrecht wurde bereits im ersten Teil ausführlich behandelt.

Gleichbehandlungsbeauftragter

Wie das Aufsichtsorgan muss auch der Gleichbehandlungsbeauftragte unabhängig sein und daher das Beschäftigungsverbot, das

²³¹ Vgl. § 115 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2009/73/EG

Aktienhalteverbot sowie die Bestimmungen über die Bestellung und die vorzeitige Vertragsbeendigung beachten. Gemäß § 116 Absatz 2 GWG 2011 kann die Regulierungsbehörde die Ernennung des Gleichbehandlungsbeauftragten durch das Aufsichtsorgan aus Gründen mangelnder Unabhängigkeit oder mangelnder fachlicher Eignung mit Bescheid verweigern.

Der Gleichbehandlungsbeauftragte ist u.a. für die fortlaufende Kontrolle der **Durchführung des Gleichbehandlungsprogramms** (welches bereits im alten GWG gemäß § 7 Absatz 3 d) vorgesehen war), die Berichterstattung dazu an das Aufsichtsorgan und die Unterrichtung der Regulierungsbehörde über Verstöße gegen das Gleichbehandlungsprogramm zuständig (§ 116 Absatz 3 GWG 2011). Er ist berechtigt, an allen Sitzungen der Unternehmensleitung, des Aufsichtsorgans und an Generalversammlungen (im Fall des Österreichischen Netzbetreibers) bzw. an Hauptversammlungen teilzunehmen. Wenn Fragen, die Netzzugangsbedingungen, Projekte für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes oder Energieverkauf oder – Erwerb für den Netzbetrieb betreffen, behandelt werden, ist der Gleichbehandlungsbeauftragte verpflichtet teilzunehmen (FN²³²). All dies ist in nahezu wortgleicher Umsetzung des Artikels 21 der Richtlinie. (FN²³³)

²³² Vgl. § 116 Absatz 8 Z 1 bis 3 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²³³ Vgl. § 116 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 21 der Richtlinie 2009/73/EG

Des Weiteren muss der Gleichbehandlungsbeauftragte gemäß § 116 Absatz 10 GWG 2011 Zugang zu allen Informationen und auch zu den Geschäftsräumen des ITO haben. Dies wird in den meisten Fällen unproblematisch sein, da der Gleichbehandlungsbeauftragte ohnehin im ITO sein wird (naheliegender wäre der Rechtsabteilungsleiter). Er genießt auch einen Kündigungs- und Entlassungsschutz für die Dauer seiner Bestellung. Diese Bestimmungen sollen die Unabhängigkeit des Gleichbehandlungsbeauftragten weiter sicherstellen. (FN²³⁴)

Sollte der ITO den Gleichbehandlungsbeauftragten an der Erfüllung seiner Aufgaben behindern, begeht er einen Geldbußtatbestand gemäß § 164 Absatz 2 Z 1 GWG 2011.

Insgesamt ist zu sagen, dass es sich auch hier um eine genaue Umsetzung der Gasrichtlinie handelt. (FN²³⁵)

2.6 „Wirksamere Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers“ (ITO+)

Artikel 9 Absatz 9 der Richtlinie betrifft das Modell der „wirksameren Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers“. Das GWG 2011 macht deutlicher, dass es sich hierbei um ein selbständiges (viertes) Modell

²³⁴ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 116

²³⁵ Vgl. § 116 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 21 der Richtlinie 2009/73/EG

handelt, indem es der sogenannten „ITO +“ Option einen eigenen Abschnitt (4. Abschnitt) und einen eigenen Paragraphen (§ 117 GWG 2011) widmet (FN²³⁶). Darin wird wie auch in der Richtlinie klar festgehalten, dass sofern das Netz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Erdgasunternehmen gehört hat, außer dem OU auch das Modell der „wirksameren Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers“ zur Verfügung steht.

Wesentlich ist bei diesem Modell, dass vom Fernleitungsnetzbetreiber nachzuweisen ist, dass er eindeutig wirksamer unabhängig ist als ein ITO, d.h. **den Fernleitungsnetzbetreiber trifft die Beweispflicht** liegt. (FN²³⁷)

Nachdem das Gesetz hier tatsächlich nur eine „eindeutig wirksamere Unabhängigkeit als der unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber“ verlangt und **in keinsten Weise** eine genauere Definition oder irgendwelche **Anhaltspunkte anbietet**, wird es aus meiner Sicht in der Rechtsanwendung überaus schwierig sein, die „eindeutig wirksamere Unabhängigkeit“ einerseits für den Fernleitungsnetzbetreiber zu beweisen und andererseits für die Regulierungsbehörde zu beurteilen und festzustellen ob dies zutrifft. Davon auszugehen ist, dass der für ITO geltende Katalog des Kapitels IV der Richtlinie jedenfalls als Mindestmaß anzusehen ist. Nichtsdestotrotz bleibt meiner Ansicht nach abzuwarten, wie

²³⁶ Vgl. § 117 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 9 Absatz 9 der Richtlinie 2009/73/EG

²³⁷ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 117

praktikabel das „ITO +“ Modell in der Praxis ist. Der weite Raum für subjektive oder auch willkürliche Beurteilungen der Behörde könnte Fernleitungsnetzbetreiber durchaus davon abschrecken, eine ITO + Zertifizierung zu beantragen. Andererseits, sobald ein ITO + zertifiziert wurde, könnte dies als Präzedenzfall herangezogen werden, sodass der Behörde unter Umständen weniger Spielraum bleibt und das ITO + Modell in der Tat eine interessante Option darstellt.

2.7 Verfahren in Bezug auf Fernleitungsnetzbetreiber

Verfahren zur Zertifizierung und Benennung von Fernleitungsnetzbetreibern

§ 119 GWG 2011 normiert das Zertifizierungsverfahren in Bezug auf Fernleitungsnetzbetreiber und setzt dabei Artikel 10 der Richtlinie um (FN ²³⁸). **Ein Fernleitungsnetzbetreiber ist von der Regulierungsbehörde mittels Bescheid zu zertifizieren.** Die Regulierungsbehörde kann ihm hierbei auch Bedingungen auferlegen (Auflagen), welchen er nachzukommen hat.

Der Fernleitungsnetzbetreiber ist verpflichtet, einen Antrag auf Zertifizierung zu stellen, sofern er noch nicht zertifiziert ist (FN ²³⁹).

²³⁸ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 119

²³⁹ Vgl. § 119 Absatz 3 Z 1 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

Verstößt er gegen diese **Anzeigepflicht** oder betreibt er das Fernleitungsnetz ohne Zertifizierung, begeht er gemäß § 161 GWG 2011 eine Verwaltungsübertretung und kann mit einer Geldstrafe von bis zu 150.000 Euro bestraft werden (FN²⁴⁰). Des Weiteren ist der Fernleitungsnetzbetreiber verpflichtet, alle geplanten Änderungen, die eine Neubewertung der Zertifizierung erforderlich machen, der Regulierungsbehörde unverzüglich anzuzeigen (FN²⁴¹). Bei Verstoß ist eine verwaltungsrechtliche Sanktion in § 159 Absatz 3 Z 9 GWG 2011 in Höhe von bis zu 100.000 Euro vorgesehen. Die gleiche verwaltungsrechtliche Sanktion ist vorgesehen, wenn der Fernleitungsnetzbetreiber seinen nach § 119 GWG 2011 festgelegten Auflagen nicht nachkommt (§ 159 Absatz 3 Z 8).

Das weitere Verfahren ist so, dass die Regulierungsbehörde vier Monate Zeit hat, der Europäischen Kommission einen begründeten Entscheidungsentwurf zu übermitteln. Nach Einlangen der Stellungnahme der Europäischen Kommission muss die Regulierungsbehörde binnen zwei Monaten entscheiden. Hier ist es wesentlich auf folgenden Unterschied aufmerksam zu machen: Bei der Zertifizierung eines ITO hat die Regulierungsbehörde die Stellungnahme der Europäischen Kommission lediglich so weit wie möglich zu berücksichtigen (FN²⁴²), bei der Zertifizierung eines ISO oder ITO+ hat die Regulierungsbehörde der Entscheidung der Europäischen Kommission jedenfalls nachzukommen.

²⁴⁰ Vgl. § 161 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²⁴¹ Vgl. § 119 Absatz 3 Z 2 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²⁴² Vgl. Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009

Im Fall des ITO+ ergibt sich dies direkt aus Artikel 3 Absatz 6 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 (FN²⁴³). Der Hintergrund wird meiner Ansicht möglicherweise der sein, dass die Entflechtungsvoraussetzungen im Hinblick auf den ITO+ weitaus weniger definiert sind und daher eine Beurteilung ihrer Umsetzung viel vager und schwieriger ist. Die Kommission will sich daher die letzte Beurteilung und Entscheidung vorbehalten. Das neue GWG sieht auch für ISO Zertifizierungen vor, dass der Entscheidung der Kommission nachzukommen ist, dies wiederum ergibt sich aus Artikel 14 Absatz 1 letzter Satz der Richtlinie (FN²⁴⁴). Hier ist aus meiner Sicht der Grund nicht nachvollziehbar. Denkbar wäre, dass beim ISO ein so tiefer und genauer Einblick in das Unternehmen des Fernleitungsnetzbetreibers nicht erforderlich ist, da nicht so vielschichtige Entflechtungsvoraussetzungen wie beim ITO zu beurteilen sind und sich daher die Kommission in der Lage sieht, eine eindeutige letzte Entscheidung zu treffen. Allerdings widerspricht das der Argumentationslogik in Bezug auf den ITO+, wo eine noch kompliziertere Einschätzung der Entflechtungsvoraussetzungen (die ja nicht definiert sind) erforderlich ist und die Kommission sich dennoch die genaue Beurteilung zutraut und die letzte Entscheidung vorbehält. Der Hintergrund hier bleibt daher meiner Ansicht nach unklar.

Im Vergleich zur Richtlinie kann man sagen, dass es sich wieder um die eindeutige Umsetzung des entsprechenden Artikels 10 der Richtlinie

²⁴³ Vgl. Artikel 3 Absatz 6 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009

²⁴⁴ Vgl. Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie 2009/73/EG

handelt. Das neue GWG hat die Bestimmung allerdings anders aufgebaut und ist aus meiner Sicht dadurch in einiger Hinsicht klarer. Dass z.B. die Regulierungsbehörde nach dem Einlangen der Stellungnahme der Europäischen Kommission binnen zwei Monaten über den Zertifizierungsantrag zu entscheiden hat, wird konsequenterweise in § 119 GWG 2011 (Zertifizierung und Benennung von Fernleitungsnetzbetreiber) und nicht in § 120 GWG 2011 (Zertifizierung von Fernleitungsnetzbetreiber in Bezug auf Drittländer) normiert. Die Richtlinie hingegen regelt diese Frist von zwei Monaten in Artikel 11 Absatz 8 der Richtlinie, welcher die Zertifizierung in Bezug auf Drittländer betrifft. Dies ist weniger klar als im neuen GWG. (FN²⁴⁵)

Verfahren zur Zertifizierung von Fernleitungsnetzbetreibern in Bezug auf Drittländer

§ 120 GWG 2011 normiert das Zertifizierungsverfahren in Bezug auf Drittländer und setzt dabei Artikel 11 der Richtlinie um.

Im Unterschied zum „normalen“ Zertifizierungsverfahren hat die Regulierungsbehörde einen entsprechenden Antrag auf Zertifizierung unverzüglich dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend mitzuteilen. Das Bundesministerium hat als gemäß Artikel 11 Absatz 3 b)

²⁴⁵ Vgl. § 119 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 10 und 11 der Richtlinie 2009/73/EG

der Richtlinie „andere vom Mitgliedstaat benannte zuständige Behörde“ zu prüfen, ob die Sicherheit der Energieversorgung Österreichs und der Gemeinschaft gefährdet wird. Diese Beurteilung des Bundesministers hat die Regulierungsbehörde gemäß § 120 Absatz 4 letzter Satz GWG 2011 bei ihrem Entscheidungsentwurf sowie bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen. Das weitere Verfahren richtet sich nach den Verfahrensbestimmungen für nationale Fernleitungsnetzbetreiber gemäß § 119 GWG 2011. (FN²⁴⁶)

Im Vergleich zur Richtlinie baut das neue GWG viel eher auf dem Verfahren für nationale Fernleitungsnetzbetreiber auf, d.h. es regelt nur die Abweichungen dazu (insbesondere in Bezug auf die Rolle des Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend) und verweist sonst auf § 119 GWG 2011. Die Richtlinie hingegen ist in dieser Hinsicht weniger logisch und regelt manches im Hinblick auf das allgemeine Zertifizierungsverfahren erst im Zusammenhang mit der Zertifizierung in Bezug auf Drittländer (Artikel 11 der Richtlinie). (FN²⁴⁷)

Im Übrigen geht nur aus der Richtlinie hervor, dass die Kommission zwei Monate Zeit hat um den Antrag bzw. die Entscheidung der Regulierungsbehörde zu prüfen und der Regulierungsbehörde ihre Stellungnahme zu übermitteln. Holt die Kommission für diese Stellungnahme Standpunkte der Agentur (ACER) oder anderer

²⁴⁶ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 120

²⁴⁷ Vgl. § 120 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 11 der Richtlinie 2009/73/EG

interessierter Kreise ein, verlängert sich die Frist um weitere zwei Monate. Wird innerhalb dieser insgesamt vier Monate keine Stellungnahme übermittelt, kann davon ausgegangen werden, dass die Kommission keine Einwände gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde hat. (FN²⁴⁸)

2.8 Ausnahmen vom Netzzugang

In Umsetzung des neuen Artikels 36 der Richtlinie regelt § 42 GWG 2011 nun auch die Möglichkeit einer Ausnahme von der eigentumsrechtlichen Entflechtung gemäß § 108 GWG 2011 **im Zusammenhang mit einer großen neuen Infrastruktur**. Diese Möglichkeit ist neu im Vergleich zum alten § 20a GWG. Dies ist z.B. sicher ein Thema bei der Internationalen Pipeline (siehe dazu im folgenden Punkt).

Sofern das Netz am 3. September 2009 nicht im Eigentum eines vertikal integrierten Unternehmens gestanden hat, bleibt einem Erdgasunternehmen grundsätzlich nur die Möglichkeit der eigentumsrechtlichen Entflechtung gemäß § 108 GWG 2011. In der Praxis von großer Bedeutung ist daher diese Ausnahmebestimmung im Hinblick auf neue Infrastrukturen.

²⁴⁸ Vgl. Artikel 11 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG

Eine Ausnahme nach § 42 GWG 2011 kann gemäß Absatz 5 nur **vorübergehend** gewährt werden (FN²⁴⁹). Der Erwägungsgrund ist, dass eine Ausnahme nur solange notwendig ist, als das Risiko besteht, dass die Investition ohne Ausnahmegenehmigung nicht getätigt würde. Sobald dieses Risiko nicht mehr vorhanden ist bzw. sich die Investition amortisiert hat, ist eine Ausnahme vom Regulierungs- und Entflechtungsregime nicht mehr notwendig. Die Ausnahme nach § 42 GWG 2011 kann gemäß Absatz 5 auch nur teilweise und unter Vorschreibung von Auflagen und Bedingungen gewährt werden. Dies ist wiederum auf die grundsätzliche Strenge des Entflechtungsregimes zurückzuführen, eine Ausnahme von diesem Regime soll nur teilweise möglich sein.

Im Übrigen sind gemäß § 42 Absatz 13 GWG 2011 Ausnahmeentscheidungen zeitlich auf zwei Jahre nach ihrer Erteilung, sofern mit dem Bau der Infrastruktur noch nicht begonnen wurde, bzw. auf fünf Jahre nach ihrer Erteilung, sofern die Infrastruktur noch nicht in Betrieb genommen wurde, zu beschränken.

Wesentlich ist, dass **gemäß** der Richtlinie 2003/55/EG bzw. **§ 20a altes GWG 2009 gewährte Ausnahmen** bis zu dem Ablaufdatum, das in der Entscheidung über die Gewährung festgelegt wurde, **weitergelten** (vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 35 letzter Satz der Richtlinie). Allerdings ist es wichtig zu berücksichtigen, dass alte Ausnahmegenehmigungen nicht auf die eigentumsrechtliche Entflechtung Bezug genommen hat. **Hinsichtlich**

²⁴⁹ Vgl. § 42 Absatz 5 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

einer Ausnahme von § 108 GWG 2011 ist daher jedenfalls eine neue Entscheidung gemäß § 42 GWG 2011 notwendig.

Bevor eine Ausnahmeentscheidung gemäß § 42 GWG 2011 durch die Regulierungsbehörde getroffen werden kann, muss durch ein transparentes, faires und nicht diskriminierendes Verfahren potenziellen Kunden der neuen Infrastruktur die Möglichkeit gegeben werden, Interesse an Kapazitätsbuchungen bekunden zu können (FN ²⁵⁰). Dies soll der Regulierungsbehörde zeigen ob überhaupt Interesse seitens potenzieller Kunden besteht und ob daher überhaupt eine Ausnahme vom Netzzugang Dritter notwendig ist. (²⁵¹)

2.9 Problempunkte in der Praxis

Im Hinblick auf den Österreichischen Netzbetreiber wurde schon besprochen, dass sich dieser für das ITO Modell entschieden hat. Interessant in Zusammenhang mit der geforderten Entflechtung und den möglichen Modellen diesbezüglich ist sicherlich der Fall einer internationalen Pipeline. Hier stellt sich aus meiner Sicht insbesondere das folgende Problem: **wer soll Betreiber und wer Eigentümer des Fernleitungsnetzes sein?**

²⁵⁰ Vgl. § 42 Absatz 7 Z 3 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011)

²⁵¹ Vgl. Erl RV 1081 BlgNR XXIV. GP, Zu § 42

Diese Frage ist **wesentlich für die Entscheidung welches Modell gewählt wird**. Wird für die Pipeline ein ITO Modell beantragt, ist es notwendig, dass der Netzbetreiber auch Eigentümer des Netzes ist. Im Fall der Internationalen Pipeline beispielsweise könnte das Eigentum über die gesamte Fernleitung bei der Internationalen Pipeline bzw. der österreichischen Muttergesellschaft liegen, theoretisch könnte das Eigentum über die jeweils nationalen Teile der Fernleitung aber auch bei den nationalen Tochtergesellschaften liegen. Damit eng verbunden ist die Frage, wer die Fernleitung betreiben wird.

Bei der Erörterung dieser Frage, spielt das Vermarktungsprinzip eine wesentliche Rolle. Gemäß Ausnahmegenehmigung nach § 20a GWG für die Internationale Pipeline (FN²⁵²) soll die Internationale Pipeline einzige Anlaufstelle für die Vermarktung der Kapazitäten („*One Stop Shop*“) sein, daraus folgt, dass sie auch Netzbetreiber sein sollte. Das **Prinzip des „One Stop Shop“** ist meiner Meinung nach sicherlich entscheidend für die bessere Durchführbarkeit der Vermarktung der Kapazitäten auf der Fernleitung. In der Variante des OU (Artikel 9 der Richtlinie bzw. § 108 GWG 2011) und auch in der Variante des ITO (Artikel 17 der Richtlinie bzw. § 112 GWG 2011) muss das Netzeigentum somit bei der Internationalen Pipeline liegen. Im Fall eines ISO (Artikel 14 der Richtlinie bzw. § 109 GWG 2011) könnte sich das auch anders verhalten. Das Modell OU dürfte aus meiner Sicht bei dem Projekt nicht in Frage kommen, dies aus Gründen der multinationalen gesellschaftsrechtlichen Struktur und der damit

²⁵² Vgl. ECK vom 9.4.2008, K NIS G 01/07

verbundenen Herausforderungen. Unter Umständen würde das ISO Konzept funktionieren, **am ehesten wird aber wohl auch hier das ITO oder das ITO+ Modell angestrebt**, dies aus Gründen, die schon in Zusammenhang mit dem Österreichischen Netzbetreiber angesprochen wurden. **In ITO oder ITO+ Fall ist es eindeutig, dass das Eigentum über das Fernleitungsnetz bei der Internationalen Pipeline liegen muss** (FN²⁵³). Eine entsprechende Zertifizierung des ITO oder ITO+ wird naturgemäß einem Verfahren in Bezug auf Drittländer folgen (FN²⁵⁴).

Würde das Eigentum über das Netz bei den jeweiligen Tochtergesellschaften liegen würden diese nach den grundsätzlichen Unbundling Bestimmungen auch TSO bzw. Netzbetreiber sein müssen (anders lediglich beim ISO Modell). In diesem Fall würde das regulatorische Problem hinzukommen, dass die Zertifizierungen in unterschiedlichen Jurisdiktionen zu beurteilen wären und von verschiedensten Regulierungsbehörden zu genehmigen wären. Dieses Problem ist keinesfalls zu unterschätzen. Dies widerspricht jedoch ohnehin dem oben besprochenen „*One Stop Shop*“ Prinzip.

Etwas anderes könnte sich natürlich ergeben, wenn die Internationale Pipeline von der Regulierungsbehörde eine Ausnahme gemäß Artikel 36 der Richtlinie bzw. § 42 GWG 2011 erwirkt. Unter bestimmten

²⁵³ Vgl. § 112 Absatz 2 Z 1 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 17 Absatz 1 a) der Richtlinie 2009/73/EG

²⁵⁴ Vgl. § 120 GWG 2011 (BGBl. I Nr. 107/2011) und Artikel 11 der Richtlinie 2009/73/EG

Voraussetzungen können große neue Erdgasinfrastrukturen, d.h. Verbindungsleitungen und Speicheranlagen, für einen bestimmten Zeitraum auch von den Unbundling Bestimmungen ausgenommen werden (siehe dazu genauer oben in Punkt 1.2.8). **Im Fall der Genehmigung einer solchen Ausnahme erübrigt sich natürlich für die Internationale Pipeline die Frage nach einer Entflechtungsoption.**

Schließlich ist aus regulatorischer Sicht auf die Problematik hinzuweisen, dass die Internationale Fernleitung auch durch die Türkei somit einem Drittstaat führen könnte. **Wie sich das Unbundling Regime außerhalb der Europäischen Union verhält ist noch um vieles unklarer** als z.B. in EU-Ländern wie Bulgarien oder Rumänien, die erst 2007 der EU beigetreten sind. Diese Problematik ist sowohl dann relevant, wenn EU-weit insgesamt eine „Unbundling-Ausnahme“ gemäß Artikel 36 der Richtlinie bzw. § 42 GWG 2011 erwirkt wird, als auch dann wenn die Internationale Pipeline als TSO entflochten werden muss; noch komplizierter ist einzuschätzen wie es sein wird wenn die Türkei ihren Teil der Leitung selbst als TSO betreibt.

II. Ergebnis

Im Ergebnis kann man sagen, dass **die nationale Umsetzung des Energie-Binnenmarktpaketes im Gassektor im Bereich des Unbundlings im Allgemeinen der maßgeblichen Richtlinie 2009/73/EG sehr genau entspricht.** Bei vielen relevanten Bestimmungen kann man eine nahezu wortgleiche Umsetzung der Richtlinie im neuen GWG beobachten. Auffallend ist, dass das sogenannte ITO+ Modell im neuen GWG sehr klar als viertes Entflechtungsmodell dargestellt wird, während es in der Richtlinie im Grundmodell, dem Ownership Unbundling, in Artikel 9 eher untergeht. Das ITO+ Modell ist de facto die nächste Stufe zum ITO Modell sodass eine klarere Vorstellung des Modells im neuen GWG nur konsequent ist.

Für den Österreichischen Netzbetreiber wurde das ITO Modell gewählt und der Regulator hat den diesbezüglichen Antrag mit Zertifizierungsbescheid vom 6.7.2012 genehmigt. Diese Wahl ist wenig überraschend, da das ITO Modell zum Teil auf Initiative Österreichs entwickelt wurde und in das Dritte Energiepaket Eingang gefunden hat.

Das ITO Modell hat gegenüber dem Ownership Unbundling eindeutig den Vorteil, dass der Netzbetreiber nicht vollständig d.h. vor allem nicht eigentumsrechtlich vom Mutterkonzern gelöst werden muss. Er kann Teil des Konzerns bleiben, was für das Österreichische VIU sicherlich ein klares Argument für das ITO Modell war. Was die Umsetzung der überaus

umfangreichen Entflechtungsvorschriften im Hinblick auf den ITO betrifft ist die Meinung und Beurteilung der Regulierungsbehörde abzuwarten. Da es sich hier um ein komplett neues Konzept handelt, ist noch unklar, wie genau in der Praxis die Vorschriften umzusetzen sind. In vielen Bereichen könnte versucht werden, im Hinblick auf die Erfüllung der ITO Voraussetzungen so wenig umfassende Änderungen wie möglich durchzuführen; dies bedeutet es wird eine nicht zu weitgehende Auslegung der Bestimmungen versucht. Wie dies von der Regulierungsbehörde beurteilt wird bzw. wie dies akzeptiert wird, bleibt wie schon erwähnt, abzuwarten. Grundsätzlich ist die Umsetzung der Entflechtungsvorschriften mit einem sehr hohen organisatorischen, administrativen und insbesondere auch finanziellen Aufwand verbunden. Von den betroffenen Unternehmen werden diese im Hinblick auf das Dritte Energiepaket notwendigen Veränderungen daher dementsprechend wenig positiv aufgenommen. Nichtsdestotrotz könnte Österreich im Hinblick auf die zeitliche Umsetzung, wie auch schon betreffend die Umsetzung des Dritten Energie-Binnenmarktpaketes, Vorreiter sein.

Interessant bleibt die Frage welches Modell die Internationale Pipeline wählen wird. Überlegenswert erscheint aus meiner Sicht vor allem das ITO Modell.

Die ITO Bestimmungen der maßgeblichen Richtlinie 2009/73/EG werfen unter anderem zwei wesentliche Rechtsfragen auf, und zwar in Bezug auf das verlangte Aufsichtsorgan und auf die Befugnis der

Regulierungsbehörde im Rahmen des Artikels 22 Absatz 7 der RL eine Kapitalaufstockung des ITOs zu verlangen. Die Prüfung dieser Rechtsfragen hat ergeben, dass einerseits das im Energierecht verlangte Aufsichtsorgan im österreichischen Gesellschaftsrecht keine zusätzliche Aufsichtsratspflicht außerhalb des GmbHGs kreiert und dass andererseits eine Kapitalaufstockungsverpflichtung v.a. gegen das Grundrecht auf Eigentum verstößt und somit verfassungswidrig ist.

Der Übergang vom Zweiten zum Dritten Energiepaket hat einen bedeutenden Schritt in Richtung Regulierung mit sich gebracht.

Dieser Schritt wird insbesondere im Bereich des Unbundlings deutlich; die bereits im Zweiten Energiepaket eindeutig vorhandenen Ansätze im Hinblick auf Entflechtung der Netzbetreiber von den Bereichen Gewinnung und Versorgung wurden im Dritten Energiepaket zu sehr umfangreichen und in die Struktur der Gasunternehmen sehr stark eingreifenden Entflechtungsvorschriften. **Anzunehmen ist, dass dieser Trend weitergeht und die jetzigen Anstrengungen und Aufwendungen der Gasunternehmen nur ein Zwischenschritt auf dem Weg ins nächste Energiepaket sind.** Das Vierte Energiepaket wird nach Ansicht der Industrie wohl sicherlich kommen (müssen). Befürchten kann man natürlich, dass mit dem nächsten Paket neue, womöglich noch weitergehende Entflechtungsbestimmungen kommen, deren Umsetzung die jetzigen Änderungen vielleicht sogar obsolet und überflüssig machen wird.

Ob das eigentlich Ziel, nämlich den Wettbewerb im Gasbereich zu stärken, mit den, in dieser Dissertationsarbeit behandelten, Unbundling Bestimmungen erreicht wird, wird über Jahre hinweg zu beobachten sein und kann daher jetzt sicherlich noch nicht abschließend beantwortet werden.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ACER	Agency for the Cooperation of Energy Regulators
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AGGM	Austrian Gas Grid Management AG
Anm	Anmerkung
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz
BThOG	Bundestheaterorganisationsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVergG	Bundesvergabegesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BV-Kasse	Betriebliche Vorsorgekasse

BWG	Bankwesengesetz
Bzw.	beziehungsweise
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ENTSO-G	European Network of Transmission System Operators for Gas
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
Erk.	Erkenntnis
Erl.	Erläuterungen
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f(f)	(fort)folgende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GSpG	Glücksspielgesetz
GWG	Gaswirtschaftsgesetz
hL	herrschende Lehre
HG	Hochschulgesetz
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
IEA	International Energy Agency
ImmoInvFG	Immobilien-Investmentfondsgesetz

International Pipeline	Nabucco Gas Pipeline International GmbH
InvFG	Investmentfondsgesetz
iSd	im Sinne des
ISO	Independent System Operator
ITO	Independent Transmission Operator
iVm	in Verbindung mit
iZm	in Zusammenhang mit
Jud	Judikatur
Lit.	Litera
LNG	Liquified Natural Gas
mA	meiner Ansicht
mM	meiner Meinung
MV-Kasse	Mitarbeitervorsorgekasse
Nr.	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
OU	Ownership Unbundling
Österreichischer Netzbetreiber	Gas Connect Austria GmbH
Österreichisches VIU	OMV Aktiengesellschaft
RAG	Rohöl-Aufsuchungs AG
Richtlinie	Richtlinie 2009/73/EG
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rsp.	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage

Rz	Randziffer
S.	Seite
Slg.	Sammlung
StGG	Staatsgrundgesetz
TSO	Transmission System Operator
U.a.	unter anderem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl.	vergleiche
VIU	Vertikal integriertes Unternehmen
VO	Verordnung
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZPMRK	Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention

LITERATURVERZEICHNIS

- Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, 2006
- Baur/Pritzsche/Simon* (Hrsg), Unbundling in der Energiewirtschaft, 2006
- Baur/Pritzsche/Pooschke/Fischer*, Eigentumsentflechtung der Energiewirtschaft durch Europarecht
- BVerfG, NVwZ 2007,937, 938 – Zuteilungsgesetz
- BVerfG, NJW 1980, 1783
- ecolex 2012, 827: Erk. des VfGH v 14.2.2012 U466/11, U 1836/11
- Fischer/Köck*, Europarecht 4 (2002)
- Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, München
- Hoffmann/Kalss/Klampfl/Maidorfer*, Stand der Unternehmensaufsicht in Österreich
- Holoubek, Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 [2009]
- Holznagel, Theurl, Meyer, Schuhmacher*, Ownership Unbundling
- Jarass*, EU-Grundrechte
- Jarass*, NVwZ 2006, 1089, 1090
- Jarass*, NVwZ 2006, 1089, 1093
- Jarass*, NVwZ 2006, 1089, 1094
- Karollus/Karollus*, RdA 2003, 99
- Keinert*, ecolex 1991, 535

Koppensteiner, zu § 35 GmbHG

Korinek in Korinek/Holoubek, Kommentar

Reich-Rohrwig I Rz 4/498

Reich-Rohrwig, ÖJZ 1981, 509

*Roggenkamp/Redgwell/Del Guayo/Ronne (Hrsg), Energy Law in Europe
2, 2007*

*Schneider/Stöger, Regulierungsrecht – unter besonderer Berücksichtigung
ökonomischer Aspekte, 2006*

Säcker, et Energiewirtschaftliche Tagesfragen, 11 – 2009

Schmidt-Preuß, et Energiewirtschaftliche Tagesfragen, 9 – 2009

Schmidt-Preuß, et Energiewirtschaftliche Tagesfragen, 12 – 2009

Storr, Neue Impulse für die Energiewirtschaft, 2012

Straube, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz, (2008)

Theobald/Theobald, Grundzüge des Energie-wirtschaftsrechts, 2. Auflage

Umfahrer, GmbHG, 6. Auflage

Walter-Mayer, Bundesverfassungsrecht, 9. Auflage

Walter-Mayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage

ÖSTERREICHISCHE GESETZE, BEILAGEN, RECHTSPRECHUNG

Gesetze, Beilagen

AktG (BGBl. I Nr. 71/2009)

ArbVG (BGBl. Nr. 601/1996)
BMSVG (BGBl. I Nr. 102/2007)
BThOG (BGBl. I Nr. 24/2007)
BVergG (BGBl. I Nr. 86/2007)
B-VG (BGBl. Nr. 1013/1994)
BWG (BGBl. I Nr. 77/2011)
EnWG (BGBl. I S. 74)
GmbHG (BGBl. Nr. 304/1996)
GSpG (BGBl. I Nr. 73/2010)
GWG (BGBl. I Nr. 107/2011)
GWG (BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. II Nr. 479/2009)
GWG (BGBl. I Nr. 106/2006)
HG (BGBl. I Nr. 30/2006)
ImmoInvFG (BGBl. I Nr. 134/2006)
InvFG (BGBl. I Nr. 77/2011)
StGG (BGBl. Nr. 1/1920)
UWG (BGBl. I Nr. 111/1999)
WGG (BGBl. I Nr. 147/1999)
ZPMRK (BGBl. III Nr. 30/1998)

Materialien zur RV GWG 2011, Erläuterungen

1081 der Beilagen XXIV. GP – Regierungsvorlage – Vorblatt und
Erläuterungen

Rechtsprechung

BVerfGE 102, 147 - *Bananenmarktordnung*

ECK vom 9.4.2008, K NIS G 01/07

EuGH, Slg. 1974, 491

EuGH Slg. 1992 I, 5485, Ter Voort

EuGH, Slg. 1994, I-4973

EuGH Slg. 1997, I-3689, Familiapress

EuGH, Slg. 2003, I-11893

EGMR, Nr. 7151/75 (1982)

EGMR, EuGRZ, 1988, 241 und 350

EGMR 6.2.2003 Wendenburg

OGH 27.9.2006, 9 Ob A 130/05s

Slg. 1979, 3727, Hauer

Slg. 1989, 2609, Wachauf

VfGH v 14.2.2012 U466/11, U 1836/11

VfSlg 2572, 9911

VfSlg 2586

VfSlg 3176, 3629

DOKUMENTE DER EUROPÄISCHEN UNION

Verträge

Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, 26.2.2001, Abl. der Europäischen Gemeinschaften, 2001/C 80/01, in Kraft getreten am 1.2.2003

Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 13.12.2007, Abl. der EU, 2007/C 306/01, in Kraft getreten am 1.12.2009

Verordnungen, Richtlinien

Verordnung (EG) Nr. 713/2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden

Verordnung (EG) Nr 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003

Verordnung (EG) Nr. 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005

Verordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung")

Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG

Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG

Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG

Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG

Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen („Transparenzrichtlinie“)

Arbeitspapiere

Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Natural Gas, The Regulatory Authorities, 22 Jänner 2010

Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Electricity And Directive 2009/73/EC Concerning Common Rules For The Internal Market In Natural Gas, The Unbundling Regime, 22 Jänner 2010

SONSTIGE DOKUMENTE

APA0423 5 WI 0276 WA/AI 13 Mai 2008

Bundswettbewerbsbehörde, Allgemeine Untersuchung der österreichischen Gaswirtschaft, November 2006

E-Control, Marktbericht 2010, Nationaler Bericht an die Europäische Kommission

E – Control, Wettbewerb – Quo Vadis? zur Lage des Strom- und Gasmarktes in Österreich 2007/2008

Energie-Control GmbH, Jahresbericht 2008

Energieinstitut an der Johannes Kepler Universität Linz, Energierecht,
2010

International Energy Agency, Medium-Term Oil&Gas Markets 2010
Parlamentsskorrespondenz Nr. 961 vom 19.10.2011,

Presseaussendung der E-Control vom 20.11.2011 „E-Control begrüßt
Beschluss des Gaswirtschaftsgesetzes“

Schlussfolgerungen der Tagung des Europäischen Rates 4. Februar 2011

VfGH Presseinformation vom 4.5.2012

www.oeiag.at/asp/beteiligungen.asp.

DIE NEUORDNUNG DES GASWIRTSCHAFTSRECHTS

ZUSAMMENFASSUNG:

Die Dissertationsarbeit behandelt in einem ersten Teil das Dritte Energie-Binnenmarktpaket im Gassektor, wobei zuerst die Hintergründe und die Entwicklung vorgestellt werden, bevor auf die Inhalte und in weiterer Folge auf den Schwerpunkt Entflechtung und insbesondere auf zwei sich in diesem Zusammenhang ergebende Rechtsfragen eingegangen wird.

Hintergrund des Dritten Energie-Binnenmarktpaketes und insbesondere der vorgeschriebenen Entflechtung ist, dass vertikal integrierte Unternehmen (Unternehmen, die sowohl in der Energieerzeugung und -versorgung tätig sind als auch Elektrizitäts- und Gasnetze betreiben) immer ein Interesse daran haben, ihre beherrschende Stellung auf dem nationalen Versorgungsmarkt zu erhalten, und dabei von ihren Netzen unterstützt werden. Eine klare Trennung zwischen Netz und Versorgung ist daher erforderlich, um den etablierten Unternehmen einen Anreiz zu geben, ins Netz zu investieren, um auch Wettbewerbern den Zugang zu ermöglichen.

Die Umsetzung der Unbundlingvorschriften ist somit erforderlich für einen funktionierenden Wettbewerb und damit für faire Preise im Gasbereich.

Im Jahr 2009 wurde das 3. Energie-Binnenmarktpaket im Gassektor, bestehend aus zwei Verordnungen ((EG) Nr. 713/2009 und (EG) Nr. 715/2009) und der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, verabschiedet.

In der maßgeblichen Richtlinie fordert das dritte Energiepaket die Entbündelung des Netzes von der Erzeugung und dem Vertrieb. Dazu stellt es den Mitgliedstaaten 4 Konzepte zur Auswahl:

- *Ownership Unbundling (OU)*: eigentumsrechtliche Entflechtung.
- *Independent System Operator (ISO)*: auf Vorschlag des Eigentümers des Fernleitungsnetzes wird ein unabhängiger Netzbetreiber benannt.
- *Independent Transmission System Operator (ITO)*: sehr weitgehende Unabhängigkeit des ITOs vom vertikal integrierten Unternehmen.
- *Modell der "wirksameren Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers" (ITO +)*: Netzbetreiber hat nachzuweisen, dass er eindeutig wirksamer unabhängig ist als ein ITO.

Im Rahmen der Behandlung der umfassenden ITO Bestimmungen wurde auf zwei wesentliche Rechtsfragen im Detail eingegangen: das Aufsichtsorgan im österreichischen Gesellschaftsrecht und die

Grundrechtskonformität einer Kapitalaufstockungsverpflichtung gemäß Artikel 22 Absatz 7 der RL. Die Prüfung dieser Rechtsfragen hat ergeben, dass einerseits das im Energierecht verlangte Aufsichtsorgan im österreichischen Gesellschaftsrecht keine zusätzliche Aufsichtsratspflicht außerhalb des GmbHGs kreiert und dass andererseits eine Kapitalaufstockungsverpflichtung sowohl nach Gemeinschaftsrecht als auch nach nationalem Recht v.a. gegen das Grundrecht auf Eigentum verstößt und somit verfassungswidrig ist.

Der zweite Teil der Dissertationsarbeit widmet sich der nationalen Umsetzung des Dritten Energiepaketes in Österreich und konzentriert sich dabei auf die praktische Umsetzung der Entflechtungsbestimmungen.

Das Gaswirtschaftsgesetz (GWG 2011) ist am 21. November 2011 in Kraft getreten. Für den Österreichischen Netzbetreiber wurde das ITO Modell gewählt.

Die nationale Umsetzung des Energie-Binnenmarktpaketes im Bereich des Unbundlings entspricht im Allgemeinen sehr genau der maßgeblichen Richtlinie 2009/73/EG. Bei vielen relevanten Bestimmungen kann man eine nahezu wortgleiche Umsetzung der Richtlinie im neuen GWG beobachten. Auffallend ist, dass das sogenannte ITO+ Modell im neuen GWG sehr viel klarer als viertes Entflechtungsmodell dargestellt wird.

Auch wenn man bereits jetzt Stimmen hört, das ein Viertes Energiepaket notwendig ist, ist es jedenfalls zu früh, die genauen Auswirkungen und allenfalls Erfolge des Dritten Energiepaketes beurteilen zu können.

MICHAELA TRAITLER

AUSBILDUNG

- 2005 – 2006 **University of Cambridge, Faculty of Law** Cambridge (UK)
LL.M. (Master of Laws)
Kurse: EU Competition Law, EU Law, WTO and International Economic Law,
International Banking and Finance Law
- 2002 – 2003 **Syracuse University,** Syracuse, NY (USA)
Maxwell School of Citizenship and Public Affairs
M.A. International Relations
Auszeichnungen: European Studies Award (2003), Maxwell Global Affairs
Scholarship
- 1999 – 1995 **Universität Wien** Wien (AUT)
Mag. jur. (Magister juris)
Aktivitäten: Austrian Association for the United Nations (Member of Board),
co-responsibility for Organization of Vienna International Model UN
(1998-2000)

BERUFLICHE ZULASSUNGEN

Rechtsanwältin, Wien 2009

Rechtsanwaltsprüfung bestanden im Mai 2008, zugelassen als Rechtsanwältin
im Juni 2009 (Zulassung derzeit ruhend gestellt)

BERUFSERFAHRUNG

- Seit 2010 **OMV Aktiengesellschaft** Wien (AUT)
Chief Legal Counsel Gas & Power
- 2006-2010 **DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte** Wien (AUT)
Senior Associate
- 2004 – 2005 **Wolf Theiss Rechtsanwälte** Wien (AUT)
Associate
- 2004 **Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien,
Handelsgericht Wien** Wien (AUT)
Rechtspraktikantin

2002 – 2003 **Global Affairs Institute,** Syracuse, NY (USA)
Syracuse University
Graduate Assistant

2000 – 2002 **Merrill Lynch International Bank Limited** Wien (AUT)
Associate Financial Consultant,
International Private Client Group

Zulassung: Series 7 Securities Examination (NYSE), abgelegt in London.

2000 – 2002 **Wiener Städtische Allgemeine Versicherung AG** Vienna
(AUT)
Country Manager for Poland

PRAKTIKAS

2003 – 2004 **European Commission,** Luxembourg (LUX)
Directorate for Economics and Finance,
Sector Legal Affairs
Stagiaire

2003 **OECD, Center for Co-operation with Non-Members** Paris
(FRA)
Trainee

SPRACHEN

Deutsch (Muttersprache)
Polnisch (Muttersprache)
Englisch (fließend)
Französisch (fließend)
Spanisch (Grundkenntnisse)