

Hohe Anforderungen an EVU

Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften

Der Gesetzgebungsprozess auf EU-Ebene zur Neufassung der beiden bisherigen Energiebinnenmarkt Richtlinien¹⁾ wurde nach einem mehr als zweijährigen Verfahren inzwischen mit dem Inkrafttreten der Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG (Elektrizitätsbinnenmarkt) und 2003/55/EG (Erdgasbinnenmarkt)²⁾ abgeschlossen. Die neuen Richtlinien sind im Wesentlichen spätestens bis zum 1. Juli 2004 durch die Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen; die bisherigen Energiebinnenmarkt Richtlinien werden aufgehoben.³⁾

In einer früheren Veröffentlichung [Beisheim, C. E.: Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – die Unbundling-Regelungen der neuen Richtlinien. **ew** 20/2003, S. 22 – 25] werden die Unbundling-Regelungen der Richtlinien dargestellt und fünf identifizierte Problem- und Fragestellungen im Zusammenhang mit der praktischen Umsetzung der Richtlinien vorgaben zum Unbundling erläutert. Im Folgenden werden weitere Problem- und Fragestellungen behandelt.

Problem- und Fragestellungen bei der praktischen Umsetzung der Richtlinienvorgaben zum Unbundling

1. In der erwähnten früheren Veröffentlichung in **ew** 20/2003 wird dargelegt, dass immer dann, wenn für den separierten Netzbetreiber die Rechtsform der GmbH gewählt

wird, Einschränkungen bestimmter dispositiver Regelungen des GmbH-Gesetzes in der Satzung des Netzbetreibers erforderlich sind. Dies wird vor allem im kommunalen Bereich auf einigen Unwillen stoßen. Denn häufig sind die Gesellschaftsverträge von Stadtwerken so ausgestaltet, dass der Gesellschafterversammlung oder dem – zumeist ausschließlich mit nach den Gemeindeordnungen weisungsgebundenen Ratsmitgliedern besetzten – Aufsichtsrat weitreichende Befugnisse auch im operativen Bereich zugewiesen sind, z. B. Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Geschäftsführungshandlungen. Im Sinne der Handlungsunabhängigkeit des Managements eines eigenständigen Netzbetreibers werden hier zukünftig Abstriche zu machen sein. Zudem wird sehr genau zu prüfen sein, inwieweit die kommunalrechtlichen Anforderungen zur Sicherstellung eines »angemessenen« Einflusses der Gemeinde in ihren Beteiligungsgesellschaften mit den Vorschriften der Beschleunigungsrichtlinien zum Unbundling zu vereinbaren sind, wobei grundsätzlich vom Anwendungsvorrang der Unbundlingvorschriften auszugehen ist (auf die insoweit zum Tragen kommenden rechtlichen Erwägungen und Grundsätze kann hier nicht eingegangen werden).

2. Auf der Hand liegt es, dass ein Netzbetreiber als Tochtergesellschaft eines integrierten Energieversorgungsunternehmens (EVU) zukünftig nicht durch einen Beherrschungsvertrag mit dem EVU verbunden sein darf. Andernfalls würden die Vorgaben zur funktionellen Entflechtung von vornherein konterkariert, denn der Netzbetreiber würde sich vertraglich der Leitung durch das EVU unterwerfen und

wäre diesem gegenüber strikt weisungsverpflichtet.

Der Abschluss eines sich ausschließlich auf die nicht diskriminierungsrelevanten Bereiche des Netzbetreibers beziehenden, grundsätzlich zulässigen Teil-Beherrschungsvertrages zwischen Mutter-EVU und Tochter-Netzbetreiber erscheint dagegen auch unter dem Regime der Unbundlingvorschriften möglich.

Fraglich ist dagegen, ob der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages zwischen dem Mutter-EVU und dem Tochter-Netzbetreiber zulässig ist. Denn die Vorschriften der Richtlinien zur funktionellen Entflechtung weisen dem Netzbetreiber zwingend die vom EVU unabhängige tatsächliche Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der Vermögenswerte zu, die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlich sind. Man wird derartige Unternehmensverträge indessen als nicht von vornherein unzulässig ansehen können, weil sie für sich genommen die finanziellen Entscheidungsrechte der Unternehmensleitung der Netzgesellschaft nicht einschränken. Allerdings wird vertraglich sicherzustellen sein, dass die Netzgesellschaft hinreichende Spielräume verbleiben, um z. B. Rücklagen für zukünftig notwendige werdende Investitionen zu bilden. Es ist mithin darauf zu achten, dass trotz eines Gewinnabführungsvertrages die notwendigen finanziellen Entscheidungsrechte der Unternehmensleitung des Netzbetreibers nachhaltig gewährleistet bleiben.

3. Vor dem Hintergrund der bereits in der früheren Veröffentlichung in **ew** 20/2003 angedeuteten Gestaltungsoptionen ist auf das Unbundling des Netzbetreibers in Verbindung mit einem (Teil-)Betriebspachtvertrag einzugehen. Diese Gestaltungsvariante ist in der Praxis, vor allem auf der Verbundebene bereits anzutreffen. Hier geht es darum, sowohl die Netze als auch den Netzbetrieb des integrierten EVU im Rahmen eines (Teil-)Betriebspachtvertrages auf eine Netzgesellschaft, die regelmäßig eine Tochter-

Dr. Carsten E. Beisheim, RA und Partner der Luther Menold Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Düsseldorf.

1) Richtlinien 96/92/EG (Elt.) und 98/30/EG (Gas).

2) ABIEG 2003 Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 37 (Elt.), ABIEG 2003 Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 57 (Gas).

3) Jeweils zum 1. Juli 2004.

gesellschaft sein wird (aber nicht sein muss), zu übertragen (Bild 1). Der Charme dieser Gestaltung ist, dass das EVU sich weder der Netze noch seines Betriebsteils »Netzbetrieb« (= Betrieb, Wartung und Ausbau des Netzes) endgültig begibt. Außerdem erzielt das EVU auch zukünftig regelmäßige und zudem planbare Einnahmen aus dem Netz in Form der Pacht.

Dass die Pachtentgelte angemessen sein müssen, sollte selbstverständlich sein. Auf die Ermittlung einer angemessenen Pachthöhe wird indessen ein besonderes Augenmerk zu legen sein, nicht zuletzt auch deshalb, um im Sinne der Netzgesellschaft deren tatsächliche finanzielle Entscheidungsbefugnisse sicherzustellen. Weitere Problempunkte, z. B. etwaige Auswirkungen der Pachthöhe auf die Höhe der Netznutzungsentgelte, können hier nicht diskutiert werden.

Zu beachten sind in jedem Fall die in den Richtlinien vorgesehenen Regelungen zum buchhalterischen Unbundling, die u. a. vorsehen, dass die »Einnahmen aus dem Eigentum am Netz« in separaten Konten – hier also beim EVU – zu erfassen sind.

Die Pachtlösung wird vor allem deshalb als vorteilhaft angesehen, weil transaktionsbedingte steuerliche Implikationen aus der Übertragung des Netzbetriebs und der Netze mit einem Pachtvertrag – anders als bei einer endgültigen rechtlichen Übertragung auf die Netzgesellschaft – regelmäßig nur eine untergeordnete Rolle spielen werden. Allerdings wird es auch bei dieser Gestaltung im Regelfall zu einem Betriebsübergang der Arbeitnehmer nach § 613a BGB kommen.

Die dargestellte Pachtgestaltung wird inzwischen häufig als Minimallösung bezeichnet, weil sie letztlich nicht zur konsequenten Spartenrennung führt. Alternativ kommt daher die endgültige rechtliche Übertragung des Netzbetriebs mit oder ohne die Netzanlagen auf eine Netzgesellschaft in Betracht. Möglich ist die Übertragung beispielsweise nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG) durch eine Ausgliederung auf ein Tochterunternehmen (Bild 2) oder eine Abspaltung auf ein Schwesterunternehmen (Bild 3) oder durch Einbringung im Rahmen einer (isolierten) Sachkapitalerhöhung; auch ein Verkauf ist denkbar.

4. Bereits angedeutet wurde, dass bei der Gestaltung der Entflechtung von vertikal integrierten EVU nicht zuletzt steuerliche Überlegungen eine zentrale Rolle spielen werden. Ohne hier auf Details einzugehen, sind zunächst die steuerlichen Implikationen im Zusammenhang mit der eigentlichen Umstrukturierung – dem Weg in die entflochtene Struktur – zu prüfen. Vorrangig von Interesse wird insoweit sein, ob, falls nicht eine Pachtlösung favorisiert wird, die Übertragung des Netzbetriebs und u. U. der Netze auf die neue Netzgesellschaft steuerneutral möglich ist, wobei neben ertragssteuerlichen auch grunderwerbsteuerliche Überlegungen anzustellen sind. Zu prüfen ist sodann, wie sich die neue, entflochtene Struktur auf die laufende Besteuerung auswirken wird, vor allem ob ein steuerlicher Querverbund (uneingeschränkt) aufrecht erhalten bleiben kann. Schließlich wird in die Betrachtung mit einfließen müssen, wie sich eine spätere Änderung der entflochtenen Struktur steuerlich auswirken kann, z. B. im Fall des Verkaufs von Anteilen der Netzgesellschaft.

Bei allen Gestaltungsvarianten sind zudem die arbeitsrechtlich relevanten Konsequenzen zu betrachten. Regelmäßig wird es zu einem Betriebsübergang nach § 613 a BGB kommen. Daneben sind zumeist auch tarifrechtliche und u. U. versorgungsrechtliche Implikationen sowie Auswirkungen auf die Arbeitnehmermitbestimmung zu erwarten.

5. Eine der für die zur Entflechtung ihres Netzbetriebs verpflichteten Unternehmen wichtige Frage ist die personellen Verquickung zwischen dem integrierten EVU und der Netzgesellschaft. Die Vorschriften der Richtlinien zur funktionellen Entflechtung verlangen ausdrücklich, dass die für die Leitung des Netzbetreibers verantwortlichen Personen – also in jedem Falle die Geschäftsführer bzw. Vorstände – keinen betrieblichen Einrichtungen des integrierten EVU angehören dürfen, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den übrigen spezifischen Energieversorgungsbereichen (Erzeugung, Versorgung, Fernleitung/Übertragung bzw. Verteilung) zuständig sind. Zudem sind die beruflichen Interessen dieses Personenkreises so sicherzustellen, dass deren Handlungsun-

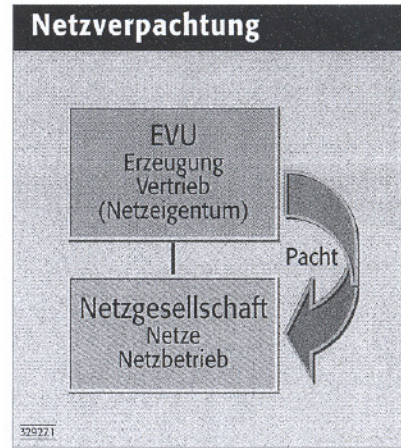


Bild 1. Das Eigentum an den Netzen verbleibt beim EVU

abhängigkeit gewährleistet ist. Zweifellos kann das Management der Netzgesellschaft somit nicht Organfunktionen in der Muttergesellschaft ausüben, die Verantwortlichkeiten in den übrigen Energieversorgungsbereichen begründen. Ob dies auch dann gilt, wenn die Leitungspersonen der Netzgesellschaft als Organ der Muttergesellschaft mit Verantwortung für einen sonstigen Bereich des integrierten EVU tätig sind, z. B. für den ÖPNV, die Bäder, die Ab- und Wasserversorgung, erscheint dagegen fraglich. Der Wortlaut der Richtlinien lässt diese Möglichkeit zwar zu.

Indessen muss man sich erneut vor Augen führen, dass mit den Vorschriften zur funktionellen Entflechtung die Unabhängigkeit der Netzbetreiber sichergestellt werden soll. Unabhängigkeit in diesem Sinne bedeutet auch, dass das Management der Netzgesellschaft das integrierte EVU nicht besser stellt als dritte Marktteilnehmer. Nehmen Leitungspersonen des Netzbetreibers herausragende Managementaufgaben im EVU wahr, kön-

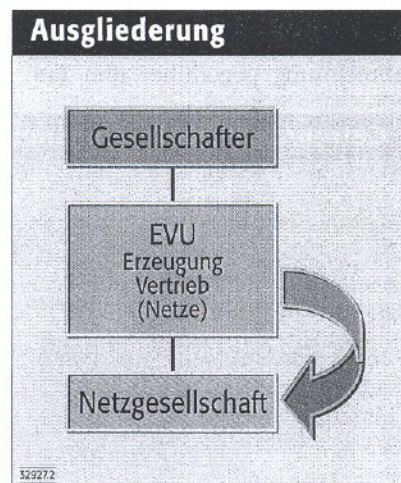


Bild 2. Die Ausgliederung wird auf eine Tochtergesellschaft des EVU vorgenommen

Abspaltung

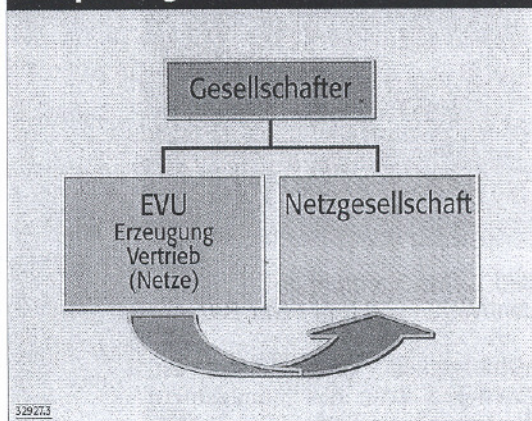


Bild 3. Die Abspaltung wird auf eine Schwestergesellschaft des EVU vorgenommen

nen unzulässige Bevorzugungen des EVU kaum ausgeschlossen werden, sei es, dass sie das Ergebnis von Einflussnahmen durch andere Organmitglieder des EVU sind, sei es, dass sie dem Vorteils- und Karrierestreben der betreffenden Leitungsperson geschuldet sind. Daher muss davon ausgegangen werden, dass für das Management einer Netzgesellschaft insgesamt ein Tätigwerden in der Muttergesellschaft nicht in Betracht kommen kann.

6. Ebenfalls mit Blick auf die Unabhängigkeit des Netzbetreibers stellt sich die Frage, ob bzw. in welchem Umfang ein integriertes EVU typische Holding- bzw. Querschnittsfunktionen für eine Netzgesellschaft übernehmen kann. Zu denken ist insoweit z. B. an Aufgaben wie Buchhaltung, Controlling, Recht und Steuern, Personal, Einkauf und Lager sowie die Leistungsabrechnung gegenüber den Kun-

den. Auch hier gilt der allgemeine Grundsatz, dass allein die Entflechtungsvorschriften derartige Konstruktionen nicht ausschließen, solange sie nicht unterlaufen werden. Besonders auf die Vorgaben zum Informationsunbundling, die die vertrauliche Nutzung wirtschaftlich sensibler Informationen Dritter und die diskriminierungsfreie Zurverfügungstellung von Informationen über die Tätigkeit des Netzbetreibers sicherstellen sollen, ist in diesem Zusammenhang ein besonderes Augenmerk zu richten. Das für den Netzbetreiber derartige Querschnittsdienstleistungen erbringende EVU hat also durch »Chinese Walls« zu gewährleisten, dass eine diskriminierende Informationsnutzung zu seinen Gunsten ausgeschlossen ist. Sensible Daten des Netzbetreibers dürfen mithin generell den übrigen Energieversorgungsbereichen des EVU nicht zugänglich gemacht werden, auch und gerade wenn die Datenerfassung und -bearbeitung durch Mitarbeiter des EVU stattfindet.

7. Auf der Grundlage der Richtlinien bleibt offen, ob vertikal integrierten EVU, die sowohl im Elektrizitäts- als auch im Gassektor tätig sind, ihren jeweiligen Elektrizitäts- und Gasnetzbetrieb getrennt entflechten müssen oder auf eine einheitliche Netzgesellschaft übertragen können. Ausdrücklich zulässig ist dagegen der gemeinsame sektorenspezifische Betrieb des Übertragungs- und Verteilernetzes bzw. des Fernleitungs- und Verteilernetzes durch einen Elektrizitäts- bzw. Gasnetzbetreiber (Kombinationsnetzbetreiber, Bild 4), wobei auch hier die (insoweit leicht modifizierten) Vorschriften zum Management Unbundling einzuhalten sind.

Getrennte Kombinationsnetzbetreiber

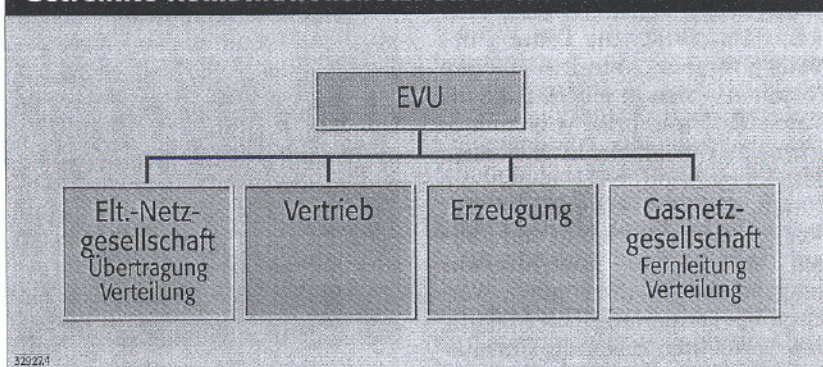


Bild 4. Zusammenfassung der Transportstufen in nach Sektoren getrennten Netzgesellschaften

Gegen den einheitlichen Betrieb von Elektrizitäts- und Gasnetzen in einer Gesellschaft (Bild 5) wird indessen sachlich nichts sprechen. Denn mit den Entflechtungsvorschriften soll der diskriminierungsfreie und ungehinderte Zugang zu den Netzen in erster Linie durch die Separierung des Netzbetriebs von Erzeugung und vor allem dem Vertrieb erreicht werden. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass der gemeinsame Betrieb von Elektrizitäts- und Gasnetzen kontraproduktiv wäre. Vorgetragen wird allerdings, dass ein solchermaßen einheitlicher Betrieb nur auf der Verteilerstufe stattfinden kann, nicht aber auch auf der Übertragungs- und Fernleitungsstufe. Sachliche Gründe für eine derartige Einschränkung lassen sich den Richtlinien jedoch nicht entnehmen.

Selbstverständlich sind in den hier beschriebenen Fällen die Vorschriften zum buchhalterischen Unbundling zu beachten, so dass in der einheitlichen Netzgesellschaft eine vollständig getrennte Rechnungslegung für jeweils den Gas- und Elektrizitätsnetzbereich und die verschiedenen jeweiligen Netzstufen stattzufinden hat.

8. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass im Zusammenhang mit dem Unbundling von vertikal integrierten EVU auch zu klären ist, wie sich nach vollzogener Entflechtung die Vertragsbeziehungen zwischen dem EVU und der Netzgesellschaft, zwischen dem EVU und seinen Kunden und dem Netzbetreiber und seinen Kunden darstellen. Insoweit kann auf die einschlägigen Regelungen der Verbändevereinbarungen in Verbindung mit dem inzwischen novellierten EnWG zurückgegriffen werden. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass netz- und vertriebsspezifische Kundenbeziehungen zwischen Netzbetreiber und EVU zu trennen sind und der Netzbetreiber zum EVU wie mit jedem dritten Marktteilnehmer netzspezifische Vertragsbeziehungen zu unterhalten hat.

Weiterhin wird zu klären sein, ob und ggf. wie die dem EVU erteilten Konzessionen im Hinblick auf die rechtliche Eigenständigkeit des Netzbetreibers zu modifizieren oder neu abzuschließen sind. Naheliegender ist, das Wegenutzungsrecht beim Netzbetreiber anzusiedeln, wohingegen das EVU mit der

Ein gemeinsamer Kombinationsnetzbetreiber

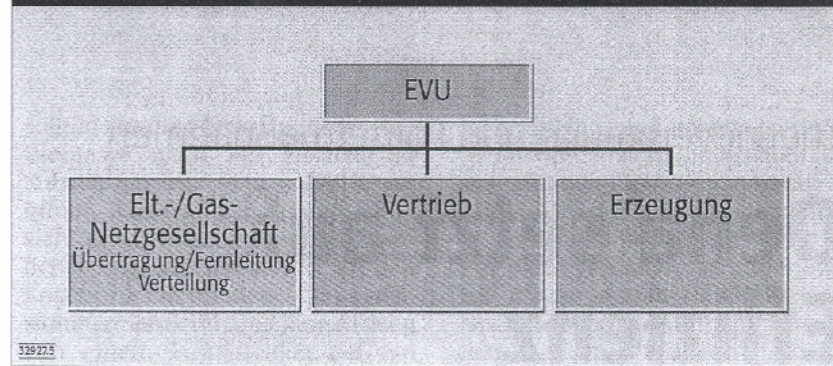


Bild 5. Sektorenübergreifende Zusammenfassung der Transportstufen in einer einheitlichen Netzgesellschaft

allgemeinen Energieversorgung beauftragt werden kann. Unklar bleibt allerdings, welches Unternehmen zukünftig Allgemeinversorger i. S. d. § 10 EnWG ist. Offenkundig ist, dass die bisherige gesetzliche Regelung auf entflochtene EVU nicht angewandt werden kann, denn die Anschlusspflicht kann das EVU und die Versorgungspflicht kann den Netzbetreiber nicht treffen.

Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinien in deutsches Recht

Die beiden Beschleunigungsrichtlinien bedürfen, nachdem sie inzwischen auf EU-Ebene in Kraft getreten sind, der gesetzlichen Umsetzung in den Mitgliedstaaten. Somit ist der deutsche Gesetzgeber gefordert, binnen sehr kurzer Zeit auch die Regelungen zum Unbundling umzusetzen. Ausgenommen hiervon sind allein die Vorschriften zum gesellschaftsrechtlichen Unbundling im Verteilernetzbereich, die zeitlich verzögert umgesetzt wer-

den können bzw. deren Umsetzung nicht erforderlich ist, sofern hierzu-lande ein akzeptiertes Alternativkonzept zum Tragen kommt. Für die Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinien ist es erforderlich, erneut eine Novelle des EnWG auf den Weg zu bringen. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, dabei auch mit Kreativität zu Werke zu gehen, um z. B. die Spielräume bei der Umsetzung der Vorgaben zum Management Unbundling und – sofern politisch gewollt – bei der Etablierung einer Alternative zum Legal Unbundling im Verteilernetzbereich

zu nutzen. Wünschenswert ist zudem, dass der Gesetzgeber bereits jetzt erkennbare Unklarheiten löst und Interpretationsfragen klärt. Dies gilt nicht nur für die Umsetzung der Unbundlingvorschriften, sondern insgesamt für die Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinien.

(32927)