

**Konkretisierung der
gemeinsamen Auslegungsgrundsätze
der Regulierungsbehörden
des Bundes und der Länder zu den
Entflechtungsbestimmungen in §§ 6-10 EnWG**

vom 21.10.2008

Inhalt

1	Vorbemerkungen	3
1.1	Ziel einer Fortschreibung der Auslegungsgrundsätze	3
1.2	Zuständigkeitsabgrenzung	3
2	Eckpunkte für die Entflechtung einer Netzgesellschaft	3
2.1	Rechtsformunabhängigkeit	3
2.2	Arbeitsvertragliche Zuordnung der Letztentscheider zur Netzgesellschaft.....	4
2.3	Verbot von Doppelfunktionen.....	5
2.4	Personalausstattung der Netzgesellschaft.....	6
2.4.1	Diskriminierungsanfällige Netzbetreiberaufgaben (DNA)	7
2.4.2	Auslagerung der DNA	9
2.4.3	Fallbeispiel für die fehlende Unabhängigkeit	10
2.5	Weisungen und Kontrollrechte.....	11
2.6	Beteiligungen der Netzgesellschaft	11
3	Freiwillige Entflechtung	13

1 Vorbemerkungen

1.1 Ziel einer Fortschreibung der Auslegungsgrundsätze

Seit 1. Juli 2007 müssen sich auch Verteilnetzbetreiber – soweit nicht die Ausnahmevorschriften der § 7 Abs. 2 EnWG und § 8 Abs. 6 EnWG¹ erfüllt sind - rechtlich entflechten. Seitdem müssen alle Anforderungen der Entflechtung i.S.d. §§ 6 bis 10 EnWG umgesetzt werden. In Folge der hierzu notwendigen Umgestaltungen in den Unternehmen waren vielfältige Maßnahmen zu ergreifen. Hierbei traten und treten vermehrt Fragen zur operationellen und rechtlichen Entflechtung auf, was zu einer Fortschreibung der bereits bestehenden Auslegungsgrundsätze vom 01.03.2006 Anlass gibt. Das Papier dient dazu, neu entstandene Fragestellungen der operationellen und rechtlichen Entflechtung zu konkretisieren. Die Auslegungsgrundsätze vom 01.03.2006 bleiben in ihrer Form bestehen und werden nachfolgend lediglich um konkrete Punkte ergänzt.

Die jeweiligen Punkte sind thematisch an den Auslegungsgrundsätzen orientiert. Das Konkretisierungspapier stellt jedem Abschnitt einen grafisch hervor gehobenen Leitsatz voraus, dem eine detaillierte Erläuterung folgt.

Das Papier stellt keine Festlegung i.S.d. § 29 dar und hat auch nicht den Charakter einer Verwaltungsvorschrift, sondern dient den Unternehmen als Orientierungshilfe. Die Verantwortung für die rechtskonforme Umsetzung der Entflechtungsbestimmungen liegt bei den Unternehmen. Die vorliegenden Konkretisierungen der Auslegungsgrundsätze geben das gemeinsame Verständnis der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Auslegung und Umsetzung der Entflechtungsbestimmungen der §§ 6-10 wieder. Die mit der Entflechtung regelmäßig verbundenen komplexen Sachverhalte bedürfen hierbei naturgemäß einer Prüfung im Einzelfall.

1.2 Zuständigkeitsabgrenzung

Die Aufgaben der Regulierungsbehörde nehmen die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden wahr. Die Zuständigkeitsabgrenzung richtet sich hierbei nach § 54. Danach fallen die Unternehmen in die Zuständigkeit der Landesregulierungsbehörden, an deren Elektrizitäts- oder Gasverteilernetz jeweils weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind und deren Netzgebiet nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht.

2 Eckpunkte für die Entflechtung einer Netzgesellschaft

2.1 Rechtsformunabhängigkeit

Die Netzgesellschaft als Netzbetreiber, die mit anderen Unternehmen der Energiewirtschaft im Sinne von § 3 Nr. 38 verbunden ist, muss gemäß § 7 hinsichtlich ihrer Rechtsform unabhängig von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung organisiert sein. Aufgrund seiner Organisation muss der Netzbetreiber auch tatsächlich in der Lage sein, die Aufgaben des Netzbetriebes wahrzunehmen.

¹ Vorschriften ohne Gesetzesangabe sind im Weiteren Vorschriften des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7.Juli 2005.

Gemäß § 7 Abs. 1 haben vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen sicherzustellen, dass Netzbetreiber, die mit ihnen im Sinne von § 3 Nr. 38 verbunden sind, hinsichtlich ihrer Rechtsform unabhängig von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sind.

Es ist gemäß §§ 7 Abs. 1 i.V.m. 3 Nr. 27 sowie 3 und 7 Aufgabe des Netzbetreibers, Energie zu verteilen, die Netze zu betreiben, zu warten und selbst die Verantwortung für den Netzbetrieb zu tragen. Damit ein Unternehmen als Netzbetreiber zu qualifizieren ist, müssen diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Hingegen genügt die Errichtung einer Gesellschaft als rein formale Hülle nicht den gesetzlichen Anforderungen an einen Netzbetreiber.

Wird die tatsächliche strategische und operative Steuerung tatsächlich weiter in einer Gesellschaft der wettbewerblichen Bereiche wahrgenommen, dann ist diese nach wie vor der Netzbetreiber i.S.d. EnWG. Eine rechtliche Entflechtung liegt dann nicht vor.

2.2 Arbeitsvertragliche Zuordnung der Letztentscheider zur Netzgesellschaft

Unabhängig von der organschaftlichen Bestellung müssen Personen im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 aufgrund eines Anstellungsvertrages der Netzgesellschaft angehören.

Der zum Teil vertretenen Auffassung, dass Geschäftsführer ohne schuldrechtlichen Anstellungsvertrag bei der Netzgesellschaft tätig sein können, kann nicht gefolgt werden. Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 müssen Personen, die mit Leitungsaufgaben für den Netzbetreiber betraut sind oder die Befugnis zu Letztentscheidungen besitzen, die für die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs wesentlich sind (nachfolgend: „Leitungspersonal“) für die Ausübung ihrer Tätigkeiten einer betrieblichen Einrichtung des Netzbetreibers angehören.

Damit das Leitungspersonal im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 dem Netzbetreiber angehört, müssen die mit Leitungsaufgaben betrauten Personen zwingend ein schuldrechtliches Anstellungsverhältnis in der Netzgesellschaft haben. Die bloße Tätigkeit für den Netzbetreiber aufgrund einer Arbeitnehmerüberlassung oder eine rein organschaftliche Bestellung genügt nicht.

Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 Nr. 1 dient der Sicherung der Unabhängigkeit des für den Netzbetrieb verantwortlichen Leitungspersonals. Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit ist es erforderlich, dass das Leitungspersonal tatsächlich aufgrund schuldrechtlicher Verträge der Netzgesellschaft angehört. Erst durch die schuldrechtliche Begründung eines arbeits- oder dienstrechtlichen Verhältnisses gegenüber der Netzgesellschaft werden umfassende Rechte und Pflichten begründet, welche dem Leitungspersonal eine unabhängige und eigenverantwortliche Tätigkeit ermöglichen.

Für Geschäftsführer sowie Vorstandsmitglieder und Prokuristen einer Netzgesellschaft bedeutet dies, dass sie eigene Anstellungsverträge mit der Netzgesellschaft haben müssen. Regelmäßig zu unterscheiden ist einerseits die Bestellung zu einem Organ der Gesellschaft sowie ihre schuldrechtliche Anstellung andererseits. Aufgrund der organschaftlichen Bestellung nimmt eine Person gesellschaftsrechtliche Rechte und Pflichten der Gesellschaft wahr. Die schuldrechtliche Anstellung regelt hingegen individualvertraglich die

Rechtsbeziehung der Person gegenüber der Gesellschaft, insbesondere die Vergütung. Allein die organschaftliche Bestellung einer Leitungsperson genügt nicht, um deren Angehörigkeit zum Netzbetreiber zu begründen. Erst durch den Anstellungsvertrag werden die Rechte und Pflichten und damit die Verantwortung für die Netzgesellschaft im Innenverhältnis hinreichend geregelt.

2.3 Verbot von Doppelfunktionen

In Unternehmensbereichen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen der Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebs von Energie an Kunden zuständig sind, dürfen Personen im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 nicht zugleich angestellt sein, Prokura innehaben oder in sonstiger Weise tätig werden.

Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 darf Leitungspersonal des Netzbetreibers nicht zugleich betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens angehören, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen der Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebes von Energie an Kunden zuständig sind.

Die Anstellung des Leitungspersonals in der Netzgesellschaft gewährleistet für sich nicht die Unabhängigkeit der Führung des Netzbetriebes im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen. § 8 Abs. 2 Nr. 1 sichert die diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Netzbetriebes durch personelle Entflechtung. Der Netzbetrieb kann nur dann diskriminierungsfrei ausgeübt werden, wenn die Netzgesellschaft Aufgaben und Entscheidungen selbständig und unabhängig von Interessen dritter Gesellschaften im Konzern ausführen kann. Hierzu ist erforderlich, dass das Leitungspersonal der Netzgesellschaft frei von Interessenkonflikten agieren kann. Nimmt das Leitungspersonal der Netzgesellschaft zugleich Aufgaben in anderen Gesellschaften des integrierten Energieversorgungsunternehmens wahr, ist eine unabhängige, ausschließlich durch die Interessen des Netzbetriebes geleitete Tätigkeit für die Netzgesellschaft nicht möglich.

Es gehört zu den unmittelbaren gesetzlichen Pflichten des Netzbetreibers und damit der entflochtenen Netzgesellschaft, einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb zu gewährleisten. Zu Diskriminierungsfreiheit gehört, dass nur effiziente und marktübliche Vorleistungspreise als Kosten an den Netznutzer weitergegeben werden (§§ 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG i.V.m. § 4 Abs. 1 StromNEV bzw. GasNEV). Entsprechend kann es in der Erfüllung dieser Verpflichtung für das Leitungspersonal ebenfalls zu einer Interessenkollision kommen, wenn es nicht nur als Auftraggeber, sondern in Person auch als Auftragnehmer z.B. in Gestalt des Abteilungsleiters technische Netzservices auftritt.

Bei gesetzeskonformer Umsetzung der Entflechtungsvorschrift ist daher ausgeschlossen, dass der Geschäftsführer der Netzgesellschaft als mit Leitungsaufgaben betraute Person gleichzeitig ein Anstellungsverhältnis in der Muttergesellschaft oder in sonstigen mit dem Netzbetreiber verbundenen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen hat, in denen Aufgaben der Energiegewinnung, -erzeugung oder des Energievertriebes wahrgenommen werden, oder dass er in sonstiger Weise für diese tätig wird und sei es als sein eigener Dienstleister in technischen Angelegenheiten. Gleiches gilt für sonstige mit

Leitungsaufgaben oder der Befugnis zur Letztentscheidung betraute Personen der Netzgesellschaft.

Mit § 8 Abs. 2 Nr. 1 ist ferner nicht vereinbar, dass der Geschäftsführer der Netzgesellschaft oder sonstiges Leitungspersonal gleichzeitig Prokurist in der Muttergesellschaft ist. Aufgrund der durch die Prokura gewährten, im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht, ist der Prokurist im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 eine Person, die regelmäßig Leitungsaufgaben ausführen und Letztentscheidungen treffen kann. Die Wahrnehmung einer Doppelfunktion als Letztentscheider der Netzgesellschaft sowie Prokurist der Muttergesellschaft setzt das Leitungspersonal in besonderem Maß einer Interessenkollision aus und ist daher im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 unzulässig.

2.4 Personalausstattung der Netzgesellschaft

Zur Erfüllung seiner Aufgaben ist es unerlässlich, dass der Netzbetreiber über eine angemessene Anzahl an eigenen, fachlich hinreichend qualifizierten Mitarbeitern verfügt. Aufgaben der Leitung und Letztentscheidung muss der Netzbetreiber durch eigenes Personal erfüllen. Dabei genügt eine nur formal-organisatorische Letztentscheiderbefugnis nicht, sondern der Letztentscheider muss in der Lage sein, die grundlegenden Entscheidungen im wesentlichen vollständig nachvollziehen, begleiten und beeinflussen zu können; eine bloße Abzeichnungsfunktion ist nicht ausreichend. Zur Erfüllung sonstiger Aufgaben darf er sich insoweit Personen dritter Unternehmen bedienen, als dadurch nicht die Unabhängigkeit des Netzbetreibers von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung im Sinne der §§ 6 Abs. 1 S. 2 und 8 Abs. 1 gefährdet wird. Die Auslagerung von besonders diskriminierungsanfälligen Netzbetreiberaufgaben zur Erfüllung durch Mitarbeiter des direkt oder indirekt in Bereichen der Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebes von Energie tätigen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist unzulässig.

Grundsätzlich muss der Netzbetreiber für die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben über der Anzahl nach ausreichendes, hinreichend qualifiziertes Personal verfügen.

Unabhängig von den Entflechtungsvorschriften macht § 4 Abs. 2 die zur Gewährleistung des Netzbetriebes erforderliche personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zur Voraussetzung für die Netzbetreibergenehmigung. Bereits für die Genehmigung des Netzbetriebes bedeutet § 4 Abs. 2 damit eine personelle Grundausstattung als Netzbetreiber. Diese Grundausstattung muss es der Geschäftsführung erlauben, als Adressat den gesetzlichen Pflichten des Netzbetreibers aus den Teilen 2 und 3 des Energiewirtschaftsgesetzes nachzukommen. Um die Aufgaben des Netzbetriebes entsprechend den Anforderungen des § 4 Abs. 2 zu erfüllen, muss die Netzgesellschaft entsprechend der Komplexität der Netzbetreiberaufgabe über angemessenes eigenes Personal mit hinreichenden fachlichen technischen, ökonomischen und juristischen Kenntnissen verfügen.

Neben dieser personellen Grundausstattung, z.B. Geschäftsführung, kann eine funktionsfähige, eigenständige Netzgesellschaft zum diskriminierungsfreien Netzbetrieb gem. § 8 Abs. 2 Nr.1 größenabhängig weitere Personen benötigen, die die Befugnis zu Letztentscheidungen besitzen.

Bei dieser Personengruppe werden die Rechtsfolgen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 nicht an eine Leitungsaufgabe geknüpft, sondern an die konkreten Entscheidungsbefugnisse im Tagesgeschäft des Netzbetriebs. § 8 Abs. 2 Nr. 1 2. Alternative setzt voraus, dass die Letztentscheidung für die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs wesentlich ist. Die Letztentscheidungsbefugnis muss demzufolge in einem Tätigkeitsbereich mit Diskriminierungspotential angesiedelt sein, wie z.B. der Netzführung, strategischen Netzplanung oder Kapazitätszuteilung.

Innerhalb des entsprechenden Tätigkeitsbereichs handelt es sich dann um eine wesentliche Letztentscheidung, wenn

- der Entscheider einen mit seiner Aufgabe verbundenen tatsächlichen Entscheidungsspielraum (z.B. bei zeitkritischen Vorgängen) hat,
- die Entscheidung vor ihrer Umsetzung in der Regel nicht mehr durch Vorgesetzte insbesondere durch Leitungspersonal überprüft wird bzw. wegen kurzer Entscheidungsfristen nicht mehr überprüfbar ist, und
- die Entscheidung diskriminierende Auswirkungen auf das „Ob“, „Wann“ und „Wie“ des Netzzugangs für Dritte hat oder haben kann.

Für die Beurteilung ist die Ausgestaltung der Betriebsführung im konkreten Einzelfall heranzuziehen. Teilweise werden sich bei eingehender Betrachtung die Personenkreise des § 8 Abs. 2 Nr. 1 überschneiden, d.h. die Personen mit Leitungsaufgaben haben auch die für die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs wesentliche Letztentscheidungsbefugnis. Daneben dürfte aber auch ein über das Leitungspersonal hinausgehender Personenkreis die Befugnis zu o.g. Letztentscheidungen haben.

Indem § 8 Abs. 2 Nr. 1 bestimmt, dass Aufgaben der Leitung und Letztentscheidung eigenständig durch eigenes Personal der Netzgesellschaft ausgeführt werden, verbietet die Norm zugleich eine Auslagerung der Aufgaben der Leitung und Letztentscheidung an Dritte.

Es ist daher nach Auffassung der Regulierungsbehörden weiterhin unerlässlich, dass ein entflochtener Netzbetreiber über die gem. §§ 4 und 8 Abs. 2 Nr. 1 erforderliche personelle Grundausstattung als Netzbetreiber hinaus eine angemessene Anzahl an nur ihm verpflichteten, fachlich hinreichend qualifizierten Mitarbeitern zur Verfügung hat. Ohne eine dem Umfang seiner Aufgaben entsprechende angemessene Ausstattung mit unabhängigem Personal ist die unabhängige und eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung nicht möglich und die notwendige Beurteilungsfähigkeit und unabhängige Steuerungsfähigkeit genommen.

2.4.1 Diskriminierungsanfällige Netzbetreiberaufgaben (DNA)

Der rechtlich entflochtene Netzbetreiber muss gemäß §§ 6 Abs.1 S. 2, 8 Abs. 1, 4 bei Erfüllung seiner Aufgaben **unabhängig** von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sein.

Das unabhängige Ausüben tatsächlicher Befugnisse über die Vermögenswerte ist ohne unabhängige Beurteilung der zugrundeliegenden ökonomischen und technischen Bezugsgrößen jedoch nicht möglich.

Entsprechend beschreibt § 8 Abs. 4 S. 4 beispielhaft die gesetzgeberische Vorstellung dahingehend, dass sowohl der laufende Netzbetrieb als auch einzelne bauliche Maßnahmen vom Netzbetreiber grundsätzlich souverän verantwortet und beurteilt werden. Eine Einschränkung erfolgt lediglich durch Bezugnahme auf den genehmigten Finanzplan. Allerdings wird selbst hierdurch deutlich, dass der Gesetzgeber einen Netzbetreiber mit eigenen und unabhängigen personellen Ressourcen als notwendig erachtet. Wenn dem Finanzplan und seinen zu Grunde liegenden Erwägungen nämlich eine solche strategische Rolle zukommt, dann liegt hierin eine Schlüsselfunktion für das Handeln des Netzbetreibers.

Den auf Betrieb, Wartung und Ausbau des Netzes bezogenen Bereich des Finanzplanes muss der Betreiber dabei sowohl technisch, ökonomisch und juristisch erarbeiten und in der Genehmigungsphase vertreten können. Nur hierdurch wird das Kräfteverhältnis zwischen den Beteiligten gewahrt und Unabhängigkeit gesichert.

Der Netzbetreiber muss gemäß der §§ 8 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 insbesondere folgende Entscheidungen unabhängig treffen können:

1. Aufstellen des Wirtschaftsplanes und der Mittelfristplanung sowie Umsetzen der genehmigten Wirtschaftsplanung in die detaillierte Maßnahmenplanung
2. Vertretung des Netzbetreibers im internen und externen Regulierungsprozess
3. Festlegen von Strategie und technischen Rahmenbedingungen bei Neu- und Ausbau des Netzes sowie Kooperationen zwischen Netzbetreibern
4. Festlegung der Investitions- und Instandhaltungsstrategie sowie Freigabe entsprechender Maßnahmen
5. Rechtsfragen mit Diskriminierungspotential

Das Gesetz weist der Netzgesellschaft die eigenständige Führung des Netzbetriebes zu. Die Netzgesellschaft muss in der Lage sein, strategische Entscheidungen unabhängig zu treffen, Planungsvorgaben zu machen und die Verantwortung für die Ausführung der Aufgaben des Netzbetriebes zu tragen.

Aus diesem Grunde muss der Netzbetreiber, der aus einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen entflochten wird, in der Lage sein, diskriminierungsanfällige Netzbetreiberaufgaben (DNA) ohne Interessenkonflikte zu erfüllen und dadurch den diskriminierungsfreien Ablauf des Netzbetriebes zu gewährleisten. Um die Netze diskriminierungsfrei zu betreiben, muss der Netzbetreiber im Sinne der §§ 6 Abs.1 S. 2, 8 Abs. 1 und 4 sicherstellen, dass er die DNA des Netzbetriebes **unabhängig** von Interessen der Bereiche der Energiegewinnung, -erzeugung und des -vertriebes im integrierten Energieversorgungsunternehmen erfüllt.

Die Unabhängigkeit ist hierbei besonders dort wichtig, wo Entscheidungen langfristige oder später schwer beeinflussbare Wirkungen mit wirtschaftlich hoher Bedeutung entfalten. Die nachfolgend benannten Aufgaben des Netzbetriebes, welche der Netzbetreiber regelmäßig unabhängig von den wettbewerblichen Bereichen des eigentumsrechtlich weiterhin integrierten Energieversorgungsunternehmens wahrnehmen muss, sind exemplarisch benannt und somit als nicht abschließende Aufzählung anzusehen. Für eine Beurteilung ist die Ausgestaltung der Aufgaben im konkreten Einzelfall heranzuziehen, da die Begriffe energiewirtschaftlich nicht eindeutig belegt sind.

Teilweise werden sich bei eingehender Betrachtung von Einzelfällen bezüglich der diskriminierungsanfälligen Aufgaben je nach Größe des Netzes Unterschiede ergeben. Der Netzbetreiber kann aber grundsätzlich die unabhängige Aufgabenwahrnehmung dadurch gewährleisten, dass er die DNA durch eigenes Personal erfüllt.

Die Regulierungsbehörden sehen unter anderen folgende Aufgaben des Netzbetreibers als regelmäßig unabhängig von den wettbewerblichen Bereichen des integrierten Energieversorgungsunternehmens zu erbringen an:

DNA für die Grundsatzplanung/ Netzstrategien beinhalten z.B.:

1. Aufstellen von Instandhaltungskonzepten (z.B. bezüglich Sanierungen und Erneuerungen)
2. Festlegen der Prioritäten bei Neu- und Ausbau des Netzes
3. Umsetzung des Wirtschaftsplans in eine detaillierte Maßnahmenplanung
4. Netzentwicklungsplanung und operative Netzplanung
5. Aufstellen, Prüfen und Genehmigen von Schaltanweisungskonzepten und Notversorgungsplänen für das Netz

Sonderfragestellung: Verantwortung für die Führung der Netzleitstelle:

6. Operative Netzsteuerung aus der Leitwarte
7. Verantwortung in der Aufbauorganisation für Grundsatzplanung/ Netzstrategien
8. Unabhängige Organisation der Entscheidungsgewalt und der Ausübung des diskriminierungsfreien Netzgeschäfts durch die Aufstellung, Prüfung und Genehmigung von Schaltanweisungskonzepten

Abhängig von der Komplexität des betriebenen Netzes und den aus der Leitwarte möglichen Schalthandlungen und Entscheidungskompetenzen, z.B. im Rahmen eines Netzsicherheitsmanagement, sind Ausnahmen von der Übertragung der Leitwarte und des dort beschäftigten Personals auf die Netzgesellschaft denkbar.

DNA für den Bereich Netzwirtschaft/ Netznutzung/ Rechnungswesen beinhalten z.B.:

9. Operative Durchführung Vertragsmanagement Netznutzung (Lieferantenrahmen- und Netzanschluss- und -nutzungsverträge)
10. Kalkulation der Preise oder Entgelte für Netzdienstleistungen
11. Festlegen der Netzzugangsbedingungen
12. Festlegen der Prozesse für das Energiedatenmanagement
13. Entwicklung von technischen Mindestanforderungen und Mindestanforderungen in Bezug auf Datenumfang und Datenqualität den Messstellenbetrieb nach § 21b betreffend
14. Beschaffung und Einsatz von Regelenergie

2.4.2 Auslagerung der DNA

Eine Auslagerung von DNA ist nur insoweit zulässig, als dadurch nicht die von wettbewerblichen Interessen des eigentumsrechtlich weiterhin vertikal integrierten Unternehmens unabhängige Erfüllung gefährdet wird. Die benannten DNA haben regelmäßig ein hohes Diskriminierungspotential. Eine Übertragung der DNA des

Netzgeschäftes auf mit der Netzgesellschaft im Sinne des § 3 Nr. 38 verbundene Energieversorgungsunternehmen würde eine Einflussnahme des vertikal integrierten Unternehmens ermöglichen und die Unabhängigkeit des Netzbetreibers in Frage stellen.

Daher darf weder die Verantwortung und Leitung über die als DNA der Netzgesellschaft identifizierten Bereiche noch deren Ausführung an verbundene Unternehmen übertragen werden.

Dort zu treffende Entscheidungen sind hinsichtlich ihrer über- oder untergeordneten Bedeutung nicht effektiv zu unterscheiden. Gleiches gilt damit auch für die Entscheidungsträger. Den Bereichen ist gemein, dass sie sich durch eine später nur schwer zu beeinflussende Wirkung auszeichnen.

Dies trifft für sämtliche operative Entscheidungen ebenso zu, wie für Entscheidungen, die Grundlage eines Planungsprozesses sind. Dort hinterfragt typischerweise ein Letztentscheider nicht, ob alle eingeflossenen Annahmen unabhängig von unzulässigen Interessen getroffen wurden. Demnach ist zum Beispiel jede Entscheidung, die zur Planung beiträgt, eine relevante Entscheidung und nicht lediglich eine sonstige Tätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 2. Hilfsdienste wie die Dokumentation oder die Buchhaltung dürfen auch in diesen Bereichen an Shared Service Bereiche ausgelagert werden. Auch Rechtsfragen ohne Diskriminierungspotential, z.B. sachenrechtliche Fragen, können aus einer gemeinsamen Einheit heraus bearbeitet werden.

Hingegen bedeutet eine Auslagerung von Aufgaben an echte dritte Unternehmen, mit denen der Netzbetreiber nicht verbunden ist, kein Diskriminierungspotential und gefährdet grundsätzlich nicht die Unabhängigkeit des Netzbetreibers. Daher ist eine Auslagerung der unter 2.4.1. benannten Aufgaben an echte dritte Unternehmen, mit denen der Netzbetreiber nicht über Konzernstrukturen oder Beteiligungen verbunden ist, zulässig. In diesem Fall muss der Netzbetreiber die Aufgaben eigenständig vergeben, die Ausführung mit eigenem, fachlich qualifizierten Personals überwachen, leiten und das vertragliche Weisungsrecht durch eigenes Personal ausüben. Sollten im Konzernverbund zwei oder mehr Netzgesellschaften vorhanden sein, können deren vorhandene Ressourcen für die Ausübung der DNA genutzt werden. Somit ist eine Auslagerung auch an eine andere bestehende entflechtungskonforme, d.h. den Auslegungsgrundsätzen gemäß ausgestattete, Netzgesellschaft zulässig.

2.4.3 Fallbeispiel für die fehlende Unabhängigkeit

Die unabhängige Aufgabenwahrnehmung erscheint damit z.B. ausgeschlossen, wenn eine Netzgesellschaft, die ein Versorgungsnetz über mehrere Spannungsebenen und mit über 100.000 angeschlossenen Kunden besitzt, lediglich eine Geschäftsführung aufweist und im Übrigen auf Dienstleistungen aus dem integrierten Unternehmen angewiesen ist. Vielmehr muss die Netzgesellschaft die Angestellten mit den fachlichen Qualifikationen im integrierten Unternehmen auf den Gebieten Technik, Ökonomie und Recht beschäftigen, die ihr ermöglichen Letztentscheidungen in den Bereichen Kundenanschlüsse, Grundsatzplanung/Netzstrategien, Netzwirtschaft/Netznutzung, Rechnungswesen und Recht/Gleichbehandlung zu treffen. DNA darf die Netzgesellschaft nicht im Wege des Shared Service auf verbundene Unternehmen übertragen.

2.5 Weisungen und Kontrollrechte

Die Einflussnahme durch Weisungen und Ausübung von Kontrollrechten des eigentumsrechtlich weiterhin vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens gegenüber der Netzgesellschaft ist grundsätzlich im Sinne von § 8 Abs. 4 zu beschränken. Ist die Netzgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH organisiert, muss der Ausschluss von operativen Weisungsrechten gesellschaftsvertraglich besonders festgelegt werden.

Gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 müssen die Entscheidungsbefugnisse unabhängig von den übrigen Bereichen des integrierten Unternehmens ausgeübt werden. Die Geschäftsführer der Netzgesellschaft müssen im Sinne von § 8 Abs. 4 S. 2 und 4 bezüglich des laufenden Betriebs sowie der Tätigkeit im Rahmen der mit Gesellschafterbeschluss genehmigten jährlichen Wirtschafts- und Finanzpläne weisungsfrei gestellt werden. Zur Wahrnehmung ihrer wirtschaftlichen Befugnisse und der Unternehmensleitung sowie der Aufsichtsrechte über die Geschäftsführung des Netzbetreibers darf die Muttergesellschaft Verschuldensgrenzen festlegen. Innerhalb dieser Grenzen ist jedoch die Einflussnahme durch Weisungen, insbesondere hinsichtlich einzelner Entscheidungen über den Bau oder die Modernisierung von Verteileranlagen, grundsätzlich ausgeschlossen.

Wurde der Netzbetreiber in einer Rechtsform errichtet, die den Gesellschaftern über § 8 Abs. 4 hinausgehende besondere Rechte der Einflussnahme einräumt, so müssen diese vertraglich beschränkt werden. Ist z.B. die Rechtsform einer GmbH gewählt, sind die Weisungsrechte gegenüber dem Geschäftsführer vertraglich zu beschränken und das operative Weisungsrecht auszuschließen. Die Organisation der Netzgesellschaft in Rechtsform der GmbH gewährleistet ansonsten nicht, dass Weisungen des integrierten Mutterunternehmens gemäß § 8 Abs. 4 S. 4 zum laufenden Betrieb oder einzelnen Entscheidungen über den Bau oder die Modernisierung von Übertragungs- oder Verteilungen ausgeschlossen sind und nur in Ausnahme zur erforderlichen Ausübung der in § 8 Abs. 4 S. 2 vorgesehen Befugnisse ergehen.

2.6 Beteiligungen der Netzgesellschaft

Innerhalb des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist grundsätzlich ausgeschlossen, dass die Netzgesellschaft ihrerseits an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, die direkt oder indirekt in den Bereichen der Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebes von Energie (Strom/Gas) an Kunden zuständig ist.

Im Rahmen der Umgestaltungen zur Umsetzung von § 7 haben die Regulierungsbehörden von Bund und Ländern Kenntnis unternehmerischer Überlegungen erlangt, die das Anliegen verfolgen, Vertrieb und Erzeugung rechtlich zu verselbständigen, um diese Gesellschaften dann an die Netzgesellschaft anzugliedern. Sämtliche Konstellationen, die eine Beteiligung der Netzgesellschaft an anderen Gesellschaften vorsehen, die direkt oder indirekt in den Bereichen der Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebes von Energie an Kunden zuständig sind, genügen grundsätzlich nicht den gesetzgeberischen Vorgaben des § 8 Abs. 4 Satz 1 sowie Abs. 2 Nr. 1 und 2.

Hierbei ist es unbeachtlich, ob die Netzgesellschaft in die Muttergesellschaft reintegriert wird, und damit die Mutter- selbst zur Netzgesellschaft wird, oder ob andere Gesellschaften der wettbewerblichen Bereiche ausgegründet und der Netzgesellschaft angegliedert werden.

Die operationelle Unabhängigkeit des Netzgeschäfts von sonstigen Interessen im vertikal integrierten Unternehmen sichert den Netzbetreibern den notwendigen unternehmerischen Freiraum, ihre Entscheidungen ausschließlich an netzeigenen Interessen auszurichten. Über die Regelungen des § 8 ordnet der Gesetzgeber das gesellschaftsrechtliche Verhältnis. Damit wird das bestehende Spannungsverhältnis zwar nicht aufgehoben, wohl aber geordnet, damit allen Netznutzern gleichermaßen ein diskriminierungsfreier Zugang zum Netz verschafft werden kann.

Eine Ausprägung dieses Grundsatzes von der Auflösung des immanenten Interessenkonfliktes zwischen Rentabilitätsinteresse einer Muttergesellschaft und der entflochtenen Netzgesellschaft ist § 8 Abs. 4 Satz 1, der dem Netzbetreiber hinsichtlich bestimmter Vermögenswerte tatsächliche und unabhängige Entscheidungsbefugnisse von anderen betrieblichen Einrichtungen und insbesondere von der Leitung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens zuweist. Da diese Autonomie regelmäßig zu Konflikten mit Rechten der Gesellschafter führen kann, hat der Gesetzgeber für das Verhältnis der Netztochter zu ihrer Mutter in § 8 Abs. 2 bis 4 entsprechende Regeln normiert. Dieses System greift jedoch bei einer umgekehrten Rollenverteilung der Netzgesellschaft als Muttergesellschaft der Erzeugung oder des Vertriebes nicht durch. Die Rentabilitätsverantwortung kann durch diskriminierende eigene Entscheidungen der Muttergesellschaft unmittelbar beeinflusst werden. Die Tochtergesellschaft (Vertrieb, Erzeugung/Gewinnung) vor der Einflussnahme durch die Mutter (Netzgesellschaft) zu schützen, löst dieses Problem nicht auf. Vielmehr besteht die Interessenkollision bei den Entscheidern fort. Im Gegensatz zum Netzbetrieb in einem Tochterunternehmen besteht dort eine personenidentische Leitung für den Netzbetreiber und das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen. In dieser Situation Entscheidungsunabhängigkeit des Netzbetreibers sicher zu stellen, scheint unmöglich, weshalb diese Konstellation als Schluss aus § 8 Abs. 4 Satz 1 grundsätzlich unzulässig ist.

Hierfür spricht auch, dass alle von § 8 Abs. 2 Nr. 1 erfassten Personen mit einer betrieblichen Einrichtung des Netzbetreibers einen Anstellungsvertrag haben müssen. Sie dürfen keinesfalls von betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens angestellt sein, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen Gewinnung/Erzeugung oder Vertrieb zuständig sind.

Für die Leitung des Netzbetreibers bedeutet das, dass ein Tätigwerden dieser Personen in Gesellschaften, die Aufgaben in vom EnWG erfassten Wettbewerbsbereichen ausüben, unzulässig ist. Ausgeschlossen ist damit erst recht, dass das Leitungsgremium der Netzgesellschaft gleichzeitig Leitungsgremium (z.B. auch als Gesellschafter) des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ist, da dann die Zuständigkeit und Gesamtverantwortung für das Gesamtunternehmen unter Einbeziehung der Wettbewerbsbereiche begründet wäre. Die Gesamtverantwortung des Vorstandes oder der Geschäftsführung eines Energieversorgungsunternehmens bleibt nämlich trotz operationeller Entflechtung im

Rahmen der gesetzlichen Vorgaben erhalten. Dieses für die Aktiengesellschaft eindeutige Verhältnis (Gesamtverantwortung, § 76 Abs. 1 i.V.m. § 77 Abs. 1 AktG) unterliegt in der GmbH einem Gestaltungsermessen der Gesellschafter. So kann die Geschäftsführung in der GmbH durch Beschluss der Gesellschafter auch auf eine im Wesentlichen sektorspezifische Verantwortung der Geschäftsführer ausgestaltet werden. Aber auch in diesem Fall müssen bestimmte Maßnahmen, die für die Gesellschaft von besonderem Gewicht sind, trotz einer Ressortaufteilung bei mehreren GmbH-Geschäftsführern von allen Geschäftsführern gemeinsam getroffen werden. Eine Interessenverquickung ist also auch dort gegeben.

Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob die wettbewerbliche Aufgabe unmittelbar in der Konzernobergesellschaft wahrgenommen wird oder ob diese Aufgabe in einer weiteren Tochtergesellschaft des Netzbetreibers angesiedelt ist. Dies folgt sowohl aus dem Wortlaut des Verbots der Zugehörigkeit zu einer betrieblichen Einrichtung die „indirekt“ zuständig ist „für den laufenden Betrieb in den Bereichen der Gewinnung, Erzeugung oder des Vertriebs von Energie an Kunden“, als auch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Der Netzgeschäftsführer soll alleine die Interessen seiner Netzgesellschaft wahrnehmen können und vor Interessenkollisionen geschützt werden, in die er zwangsläufig geraten wird, wenn er die Verantwortung für den Gesamtkonzern wahrnimmt, insbesondere Personalentscheidungen zu treffen hat oder Renditeziele für wettbewerbliche Bereiche vorgibt und überwachen muss.

3 Freiwillige Entflechtung

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, wie zu verfahren ist, wenn ein nicht verpflichteter Netzbetreiber Maßnahmen zum Zwecke der energiewirtschaftlichen Entflechtung ergreift. Nach derzeitigem Stand geht die überwiegende Zahl der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder mit Ausnahme der Landesregulierungsbehörde Bayern davon aus, dass dies in der Regel vollumfänglich den §§ 7 und 8 genügen muss, damit diese Maßnahmen die regulierungsbehördliche Anerkennung im Rahmen der Aufsicht und hinsichtlich der kostenrechtlichen Prüfung finden; entsprechendes gilt bei der Beurteilung der Privilegierungen gemäß §§ 4 Abs. 3 und 6 Abs. 4 EnWG.

Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, an deren Energieversorgungsnetz weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind, sind gemäß §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 sowohl von der Verpflichtung zur rechtlichen als auch zur operationellen Entflechtung ausgenommen. Gleichwohl verbindet das Energiewirtschaftsgesetz aus Interesse an möglichst wirksamen Entflechtungsmaßnahmen auch mit freiwilligen Maßnahmen dieser Unternehmen Wirkungen.

So gilt zum Beispiel auch bei einer Entflechtung auf freiwilliger Grundlage die Befreiung von der Grunderwerbssteuer nach § 6 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 3 für Erwerbsvorgänge die sich aus der rechtlichen oder operationellen Entflechtung ergeben.

Die Privilegierung ist hierbei jedoch eng mit dem Gesamtvorgang aus rechtlicher und operationeller Entflechtung verknüpft. Dies gebietet das gesetzgeberische Anliegen, durch die Erweiterung der Privilegierung auf freiwillig Entflechtende die Wirksamkeit

der Entflechtungsmaßnahmen zu befördern. Hierzu hat der Gesetzgeber grundsätzlich zwei Wirkungsbereiche vorgesehen.

Zum einen allgemeine Maßnahmen nach §§ 9 und 10. Zum anderen besondere Maßnahmen nach §§ 7 und 8. Hierbei sind gerade die Maßnahmen nach § 7 nicht von § 8 zu trennen, ohne dass der Mehrwert verloren geht. Ein rechtlich entflochtener Netzbetreiber, dessen rechtliche Selbständigkeit sich nicht in Entscheidungsprozessen und personeller Entflechtung widerspiegelt, bringt keine Verbesserungen für den diskriminierungsfreien Netzzugang mit sich. Die höhere Wirksamkeit, die der Gesetzgeber im Blick hatte, ergibt sich erst durch die operationelle Umsetzung dieser rechtlichen Unabhängigkeit. Hierbei muss die Entflechtung nicht in einem Akt durchgeführt werden, sondern kann durchaus auch mehrere Akte umfassen („gestreckte Übertragung“); der Entflechtungsvorgang muss aber grundsätzlich gleichwohl wenigstens nach einem festgelegten Grundrahmen („Umstrukturierungsplan dem Grunde nach“) erfolgen. Eine rechtliche Entflechtung, bei der dies nicht erkennbar ist, kann daher bei einer Beachtung von Kostenpositionen nicht berücksichtigt werden. Zudem führt der Schein der unabhängigen Netzgesellschaft bei unvollständiger freiwilliger Entflechtung zu einer Irreführung des Marktes.