



E-CONTROL

Bericht über den Stand der Umsetzung des Unbundling der österreichischen Elektrizitätsnetzbetreiber

Mai 2006

INHALTSANGABE

1. ZIELE UND KRITERIEN EINES EFFEKTIVEN UNBUNDLING	4
2. RECHTLICHE GRUNDLAGEN UND VORGEHENSWEISE FÜR DEN VORLIEGENDEN BERICHT	7
2.1 Richtlinie 2003/54/EG	7
2.1.1 Gesellschaftsrechtliches („Legal“) Unbundling	7
2.1.2 Funktionales Unbundling	8
2.1.3 Buchhalterisches Unbundling	11
2.2 Umsetzung in nationales Recht	11
2.2.1 Grundsatzgesetz	12
2.2.2 Bericht des Wirtschaftsausschusses 507 BlgNR XXII. GP	13
2.3 Landesgesetze	14
2.3.1 Zeitlicher Verlauf der Umsetzung	14
2.3.2 Inhaltliche Darstellung	15
2.3.3 Konzessionsbescheide der Landesregierungen	15
2.4 Zusammenfassung der Umsetzung der Entflechtungsregeln in nationales Recht 16	
2.5 Unterlagenanforderung bei Netzbetreibern	17
2.5.1 Umfang der angeforderten Unterlagen	17
2.5.2 Vom Bericht ausgenommene Themenbereiche	18
2.5.3 Kreis der vom Bericht erfassten Unternehmen	18
2.5.4 Rücklauf der Unterlagen	19
3. AUSWERTUNG DER VORGELEGTEN UNTERLAGEN – UMSETZUNG IN DER WIRTSCHAFTLICHEN PRAXIS	20
3.1 Unabhängigkeit der Netzgesellschaften	20
3.1.1 Persönliche Unabhängigkeit der Leitungsorgane	20
3.1.2 Ressourcenausstattung	23
3.1.3 Bestellung unabhängiger Mitglieder des Aufsichtsrates	27
3.1.4 Wirtschaftliche Leistungsbeziehungen zu verbundenen Unternehmen	29

3.1.5	Eigenständige Identität der Netzgesellschaften.....	31
4.	DAS IDEALMODELL EINES EFFEKTIVEN UNBUNDLING IM VERGLEICH MIT DER UMSETZUNG IN DIE PRAXIS.....	32
5.	NACHTEILIGE AUSWIRKUNGEN EINER UNZUREICHENDEN ENTFLECHTUNG AUF DEN WETTBEWERB UM DIE KONSUMENTEN	34
5.1	Erfahrungen aus der Branchenuntersuchung der Bundeswettbewerbsbehörde	34
5.1.1	Ungleichbehandlung von Lieferanten	34
5.1.2	Behinderung von Preisvergleichen	34
5.1.3	All Inclusive-Verträge.....	36
5.1.4	Aktuelle Entwicklungen bei der Wettbewerbsbelegung	36
5.2	Der Informationsstand der Kunden zum Thema Unbundling.....	36
5.2.1	Durchführung	36
5.2.2	Hauptergebnisse.....	37
5.2.3	Fazit.....	37
6.	ZUSAMMENFASSUNG	37
6.1.1	Minimale Ressourcenausstattung der Netzgesellschaften / Einschränkung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung	38
6.1.2	Unzureichende Personalausstattung der Netzunternehmen	38
6.1.3	Minimales Ausmaß der wirtschaftlichen Leistungserbringung in den Netzgesellschaften	38
6.1.4	Kein erkennbarer Wille zu einer eigenen Unternehmensidentität im Außenauftritt der Netzgesellschaften	39
6.1.5	Ungleichbehandlung von Lieferanten	39
6.1.6	Intransparente Preisangebote, wenig Information zum Unbundling	39
6.1.7	All Inclusive-Preise verhindern Weitergabe von Netztarifsenkungen	39

1. Ziele und Kriterien eines effektiven Unbundling

Die stufenweise Schaffung eines europäischen Elektrizitätsbinnenmarktes und die damit einhergehende Integration bisher nationaler Märkte ist ein erklärtes Ziel der Europäischen Union, das mit den Mitteln des EU-Rechts (insbesondere den Grundfreiheiten des EG-Vertrags, dem Wettbewerbsrecht sowie dem sektorspezifischen Sekundärrecht) erreicht werden soll. In einem europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt sollen homogene Wettbewerbsbedingungen vorherrschen und die sichere Versorgung der Verbraucher mit Strom zu möglichst niedrigen Preisen erfolgen.

Stromnetze sind nach herrschender Auffassung **natürliche Monopole**, die nicht ohne Weiteres dupliziert werden können. Andere Tätigkeiten integrierter Elektrizitätsunternehmen wie der Handel bzw. die Belieferung mit Strom unterliegen dagegen dem freien Wettbewerb. Die - mittlerweile durch die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG abgelöste - Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 96/92/EG sah vor, dass Elektrizitätsunternehmen Dritten, dh auch Wettbewerbern, den Zugang zu ihren Netzen gewähren müssen (regulierter Netzzugang). **Interessenskonflikte** waren damit vorprogrammiert.

Die Erfahrungen mit der Umsetzung der RL 96/92/EG in die Praxis haben gezeigt, dass das Instrument des regulierten Netzzugangs nicht ausreicht, um eine effektive Öffnung der nationalen Elektrizitätsmärkte und damit eine Stärkung des Wettbewerbs zu erzwingen. Ein weiterer Aspekt ist, dass der hohe Integrationsgrad der Elektrizitätsunternehmen **Quersubventionierungen** des Wettbewerbsbereichs durch die Einnahmen des monopolisierten Netzbereichs fördern und dadurch eine Verzerrung des Wettbewerbs bewirken kann.

Vorschriften über die **Entflechtung des Monopolbereichs von jenen Tätigkeiten integrierter Unternehmen, die dem freien Wettbewerb unterliegen**, wie etwa Stromhandel oder -vertrieb, waren daher bereits Gegenstand der RL 96/92/EG: Diese sah die Trennung der Übertragungsfunktion vertikal integrierter Unternehmen von den anderen Aktivitäten auf Verwaltungsebene sowie eine getrennte Rechnungslegung integrierter Elektrizitätsunternehmen für alle Aktivitäten vor.

Die Entflechtungsvorschriften der RL 96/92/EG wurden jedoch als nicht ausreichend für die Sicherstellung eines effizienten und nicht diskriminierenden Netzzugangs bzw. die Vermeidung von Quersubventionen angesehen. Die Europäische Kommission legte daher im Jahr 2001 Vorschläge über weitergehende Vorschriften betreffend die rechtliche,

organisatorische und buchhalterische Trennung der Stromnetze von den übrigen Tätigkeitsbereichen integrierter Elektrizitätsunternehmen vor. Diese Vorschläge mündeten in die RL 2003/54/EG, die zum überwiegenden Teil bis 1. Juli 2004 umzusetzen war. In einem Auslegungsvermerk (sog. **Interpreting Notes**) legte die Generaldirektion Energie und Verkehr im Jänner 2004 ihre Sichtweise der Entflechtungsvorschriften der RL 2003/54/EG dar. Diese Interpreting Notes sind trotz ihres unverbindlichen Charakters eine wichtige Hilfestellung sowohl für die betroffenen Unternehmen als auch für die nationalen Regulierungsbehörden. Auf sie wird in diesem Bericht noch näher einzugehen sein.

Unterschieden werden in der Regel die

- (gesellschafts-) **rechtliche**,
- **funktionelle** (bzw. organisatorische) und die
- **buchhalterische**

Entflechtung.

Weiters sind noch das **Asset-Unbundling** sowie das **eigentumsrechtliche Unbundling** (ownership unbundling) von Bedeutung: Ersteres würde bedeuten, dass der Netzbetreiber Eigentümer der Vermögenswerte des Netzes sein muss (was z.B. eine Überlassung mittels Pachtvertrag ausschließt); Letzteres bedeutet, dass das vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen nicht Eigentümer der Netzgesellschaft sein darf, sondern diese im Eigentum eines unabhängigen Dritten stehen muss. Beide Varianten der Entflechtung werden derzeit **nicht** durch das geltende Gemeinschaftsrecht vorgegeben. Auf Gemeinschaftsebene wird jedoch ein laufender Diskussionsprozess insbesondere zum ownership unbundling geführt. Änderungen der Rechtslage sind somit für die Zukunft nicht auszuschließen.

Die RL 2003/54/EG enthält zum gesellschaftsrechtlichen, funktionalen und buchhalterischen Unbundling detaillierte Vorschriften, die in nationales Recht umzusetzen sind. Die Entflechtungsvorschriften richten sich an **vertikal integrierte Unternehmen** (VIU): Das sind Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen, deren gegenseitige Beziehungen durch ein **Kontrollverhältnis** im Sinne der Verordnung (EG) 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung – FKVO) geprägt sind. Kontrolle kann beispielsweise durch eine Beteiligung an einer Gesellschaft oder durch vertragliche Beziehungen ausgeübt werden.

Das betreffende Unternehmen bzw. die betreffende Unternehmensgruppe muss mindestens eine der Funktionen Übertragung oder Verteilung und mindestens eine der Funktionen

Erzeugung von oder Versorgung mit Elektrizität wahrnehmen, um in den Anwendungsbereich der Unbundling-Vorschriften zu fallen.

Ein VIU liegt daher vor, wenn

- Erzeugung/Versorgung und Übertragung/Verteilung **innerhalb desselben Unternehmens** erfolgen oder
- der Übertragungs-/Verteilnetzbetrieb zwar in einer getrennten Netz-Gesellschaft erfolgt, diese aber unter der Kontrolle eines Erzeugungs- bzw. Versorgungsunternehmens steht (**Mutter-Tochter-Verhältnis**) oder von einer Holding kontrolliert wird, die ihrerseits auch ein Erzeugungs- bzw. Versorgungsunternehmen kontrolliert (im zuletzt genannten Fall wären die Netz- bzw. die Erzeugungs- und Versorgungsaktivitäten in **Schwestergesellschaften** organisiert) oder
- die Netzgesellschaft die Muttergesellschaft der Erzeugungs-/Versorgungsgesellschaft ist.

Nach den Interpreting Notes der Europäischen Kommission ist die zuletzt genannte Konstellation unzulässig.

Gesellschaftsrechtliches Unbundling bedeutet, dass der Betrieb der Übertragungs- und Verteilernetze in einer gesonderten Gesellschaft zu erfolgen hat.

Funktionales Unbundling hat die Trennung von Netz- und Wettbewerbsaktivitäten auf organisatorischer bzw. personeller Ebene zum Gegenstand. **Buchhalterisches Unbundling** betrifft die kontenmäßige Trennung der Übertragungs- und Verteilernetzaktivitäten von den übrigen Tätigkeiten eines integrierten Elektrizitätsunternehmens.

Bei der Umsetzung der Entflechtungsregelungen in die Praxis ist zu beachten, dass die eingangs dargestellten Ziele des Unbundling nicht unterlaufen werden. **Anforderungen an ein effektives Unbundling** sind daher insbesondere

- ein von den Interessen des Wettbewerbsbereichs unabhängiges Management der Netzgesellschaft,
- die Ausstattung der Netzgesellschaft mit ausreichenden finanziellen, personellen und sachlichen Ressourcen,
- die Vermeidung von Interessenskonflikten zwischen Netz- und Vertriebsaktivitäten und damit verbundenem Diskriminierungspotenzial (z.B. sollten Mitarbeiter nicht Netz- und Vertriebsleistungen in Personalunion erbringen),
- die Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen wie beispielsweise Stamm- und Verbrauchsdaten fremdversorgter Kunden gegenüber dem integrierten Vertrieb mittels Zugriffsbeschränkungen,

-
- ein Bekenntnis aller Mitarbeiter zur Nichtdiskriminierung von Kunden bzw. Fremd-Lieferanten mittels eines Gleichbehandlungsprogramms (im Sinne eines Verhaltenskodex),
 - ein eigenständiger Außenauftritt der Netzgesellschaft, der Verwechslungen mit dem integrierten (Rest-)Unternehmen ausschließt (z.B. Homepage, Firmenname, Telefonnummer, E-Mail-Adresse).

Minimallösungen, die zwar möglicherweise dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen, dem Geist der Entflechtungsvorschriften jedoch nicht Genüge tun, sind dagegen zu vermeiden. Dies kommt insbesondere in den bereits erwähnten Interpreting Notes der Europäischen Kommission klar zum Ausdruck.

2. Rechtliche Grundlagen und Vorgehensweise für den vorliegenden Bericht

2.1 Richtlinie 2003/54/EG

Die RL 2003/54/EG enthält Vorgaben zum gesellschaftsrechtlichen, funktionalen und buchhalterischen Unbundling. Der Wortlaut der RL lässt erkennen, dass es sich um eine Kompromisslösung handelt und lediglich **Mindestkriterien** festgelegt werden. Die Europäische Union hatte jedoch erwartet, dass die Mitgliedstaaten weitergehende Vorschriften erlassen werden. Wie noch zu zeigen sein wird, ist dies bei der Umsetzung der Entflechtungsvorschriften in österreichisches Recht nur in sehr geringem Ausmaß geschehen.

2.1.1 Gesellschaftsrechtliches („Legal“) Unbundling

Netzbetreiber, die zu einem VIU gehören, müssen hinsichtlich der „Rechtsform“ unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen sein, die nicht mit dem Netzbetrieb zusammenhängen. Eine Verpflichtung, eine Trennung in Bezug auf das Eigentum des VIU an Vermögenswerten („assets“) des Netzes vorzunehmen, dh ein Asset-Unbundling, sieht die RL nicht vor. Der Netzbetreiber muss daher nicht notwendigerweise Eigentümer des Netzes sein.

Der gemeinsame Betrieb eines Übertragungs- und Verteilnetzes innerhalb einer Gesellschaft (sog. **Kombinationsnetzbetreiber**) ist zulässig.

Die RL enthält keine weiteren Detailvorschriften zum Legal Unbundling; insbesondere werden keine Anforderungen an die **Gesellschaftsform** gestellt. Die Interpreting Notes der

Europäischen Kommission lassen jedoch klar erkennen, dass eine Gesellschaftsform gewählt werden muss, die die Unabhängigkeit des Netzbetreibers bestmöglich gewährleistet. Im österreichischen Recht wäre dies die Aktiengesellschaft (AG), da die Vorstände einer AG keinen Weisungen der Eigentümer (der Hauptversammlung) unterliegen. Es ist aber weitgehend anerkannt, dass auch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) die Anforderungen der RL erfüllen kann, wenn flankierende Maßnahmen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Geschäftsführer ergriffen werden: Neben der Weisungsfreistellung der Geschäftsführer in den einschlägigen Rechtsakten (Gesellschaftsvertrag, Geschäftsordnung der Geschäftsführer, Anstellungsvertrag) zählt hierzu insbesondere die Abberufung der Geschäftsführer nur aus bestimmten, vorab schriftlich festgelegten Gründen. Die Wahl der Rechtsform der GmbH bedeutet daher, dass zusätzliche Aufwendungen zur Erfüllung der Unabhängigkeitserfordernisse der Entflechtungsvorschriften erforderlich sind.

Während der Übertragungsnetzbetrieb **jedenfalls** in einer unabhängigen Gesellschaft zu führen ist, ermächtigt die RL die Mitgliedstaaten, Verteilernetzbetreiber, an deren Netz weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind, von der Verpflichtung zur Durchführung einer gesellschaftsrechtlichen Entflechtung auszunehmen (sog. „**de minimis-Regel**“). Zu beachten ist hier, dass auf Grund des Kontrollbegriffs der FKVO auch Unternehmen, die selbst weniger als 100.000 angeschlossene Kunden haben, aber von einem integrierten Energieunternehmen „kontrolliert“ werden, in den Anwendungsbereich der Unbundling-Vorschriften fallen.

2.1.2 Funktionales Unbundling

Der Netzbetrieb muss auch hinsichtlich der „Organisation und Entscheidungsgewalt“ unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen eines VIU sein. Die RL sieht folgende **Mindestkriterien** betreffend die Ausgestaltung der funktionalen Entflechtung vor:

2.1.2.1 Schutz der Handlungsunabhängigkeit von Leitungsorganen:

Die Mitgliedstaaten haben „geeignete Maßnahmen“ zu treffen, damit die „berufsbedingten Interessen“ der für die Leitung des Netzbetreibers zuständigen Personen so berücksichtigt werden, dass ihre Handlungsunabhängigkeit gewährleistet ist. Die Interpreting Notes der Europäischen Kommission geben näheren Aufschluss über den Inhalt dieser Vorschrift: Betroffen sind Angehörige der obersten Leitungsebene (zB der Geschäftsführer einer GmbH) bzw. Angehörige des für die operative Leitung zuständigen Managements des Netzbetreibers. Als geeignete Maßnahme zur Sicherung der Handlungsunabhängigkeit der Leitungsorgane sieht die Europäische Kommission beispielsweise, dass die **Gehälter der**

Leitungsorgane des Netzbetreibers nicht von der Leistung des Versorgungsbereichs bzw. der Holding-Gesellschaft abhängen dürfen. Wirtschaftliche Interessen der Muttergesellschaft oder des Energievertriebs sollen somit nicht das Handeln der für die Leitung des Netzbetriebes zuständigen Personen beeinflussen. Der Besitz von Aktien des verbundenen Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmens durch Leitungsorgane des Netzes wird in den Interpreting Notes ebenfalls als kritisch angesehen. Ebenso kritisch gesehen wird dort eine Beteiligung des Netzes an der Erzeugung / am Vertrieb, da das Management der Netzgesellschaft in diesem Fall auf Grund der finanziellen Interessen an der Beteiligung nicht „unabhängig“ agieren kann.

Die beruflichen Interessen der Leitungsorgane gegenüber dem Mutterunternehmen sollen auch durch eine **ausdrückliche Verankerung der Abberufungsgründe** in der Satzung der AG bzw. im Gesellschaftsvertrag der GmbH (oder auch im Anstellungsvertrag) abgesichert werden. Der Sinn dieser Regelung ist klar: Nur ein vom integrierten Unternehmen unabhängiges Leitungsorgan kann sich bei der Führung der Geschäfte ausschließlich an den Zielen der Netzgesellschaft orientieren.

2.1.2.2 „Tatsächliche Entscheidungsbefugnisse“ des Netzbetreibers

Dem Netzbetreiber müssen in Bezug auf Vermögenswerte, die für den Betrieb, die Wartung oder den Ausbau des Netzes erforderlich sind, „tatsächliche Entscheidungsbefugnisse, die er unabhängig von dem integrierten Elektrizitätsunternehmen ausübt“, eingeräumt werden. Dies bedeutet zum Einen eine Beschränkung der wirtschaftlichen Aufsicht durch die Muttergesellschaft: Das integrierte Mutterunternehmen darf seine wirtschaftliche Aufsicht über die Netzgesellschaft nur im Wege der **Genehmigung des jährlichen Finanzplans** oder eines gleichwertigen Instruments und der **Festlegung genereller Verschuldungsgrenzen** ausüben, keinesfalls aber in das Tagesgeschäft des Netzbetreibers eingreifen. Insbesondere ist die **Erteilung von Weisungen bezüglich des laufenden Betriebs** oder einzelner Entscheidungen über den Bau oder die Modernisierung von Leitungen, die sich im Rahmen des genehmigten Finanzplans bewegen, **unzulässig**.

Die Interpreting Notes empfehlen überdies, dass **zumindest zwei Mitglieder des Aufsichtsrates** (sofern ein solcher eingerichtet ist) **unabhängig** von den Interessen des Mutterunternehmens ist.

Während sich die RL und die Interpreting Notes an einem bestimmten Organisationsmodell orientieren, in dem die Netzgesellschaft eine Tochtergesellschaft der integrierten Mutter ist (die umgekehrte Konstellation wird von den Interpreting Notes für unzulässig erklärt),

müssen die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Organe der Netzgesellschaft sinngemäß auch für jene Fälle Geltung besitzen, in denen der Vertrieb und die Erzeugung beispielsweise Schwestergesellschaften des Netzes sind. Auch in jenen Fällen muss sichergestellt werden, dass die Leitungsorgane des Netzes gegenüber wirtschaftlichen Interessen der gemeinsamen Konzernholding, beispielsweise den wirtschaftlichen Erfolg des Vertriebes betreffend, unabhängig sind.

2.1.2.3 Gleichbehandlungsprogramm des Netzbetreibers

Netzbetreiber dürfen sowohl an das Netz angeschlossene Kunden ohne sachlichen Grund nicht ungleich behandeln, als auch andere Netzbenutzer - wie beispielsweise alternative Stromlieferanten - nicht schlechter behandeln als konzernverbundene Unternehmen. Die RL sieht vor, dass der Netzbetreiber ein Gleichbehandlungsprogramm betreffend **Maßnahmen zum Ausschluss diskriminierenden Verhaltens** zu erstellen und dessen Einhaltung zu gewährleisten hat. Das Programm ist an die Mitarbeiter des Netzbetreibers adressiert und hat diesen „besondere Pflichten“ betreffend die Umsetzung des Diskriminierungsverbots aufzuerlegen. Ein **Gleichbehandlungsverantwortlicher** hat der Regulierungsbehörde jährlich einen Bericht über die getroffenen Maßnahmen vorzulegen; der Bericht ist zu veröffentlichen.

Den Interpreting Notes zu Folge hat das Gleichbehandlungsprogramm insbesondere festzulegen, welche Informationen als vertraulich gelten und wie mit ihnen umzugehen ist (z.B. Errichtung sogenannter „Chinese Walls“, die einen Zugriff auf vertrauliche Daten verhindern). Das Programm sollte die Mitarbeiter auf die nach nationalem Recht bestehenden Sanktionen für Verstöße gegen die Vertraulichkeitsverpflichtung hinweisen. Weitere Maßnahmen zum Ausschluss von Diskriminierungen betreffen das Verhalten der Mitarbeiter des Netzbetreibers gegenüber Netzkunden: Die Kunden sind in neutraler Form über die zur Verfügung stehenden Lieferanten zu informieren; Hinweise auf das mit dem Netzbetreiber verbundene Versorgungsunternehmen sind unzulässig. Das Programm muss im Unternehmen aktiv gefördert werden; Schulungen sind regelmäßig abzuhalten. Die Überwachung hat regelmäßig zu erfolgen, um die Effektivität des Programms zu sichern. Die Interpreting Notes empfehlen weiters, dass der jährliche Bericht des Gleichbehandlungsverantwortlichen – nach Vorstellung der Europäischen Kommission soll dies die Unternehmensleitung sein - vor Übermittlung an die Regulierungsbehörde von den unabhängigen Mitgliedern des Aufsichtsrates (sofern ein solcher eingerichtet ist), genehmigt werden.

Da die RL nur Mindestkriterien enthält, können die Mitgliedstaaten **weitere Maßnahmen zur Stärkung der funktionalen Entflechtung** vorsehen. Die Interpreting Notes nennen in diesem Zusammenhang die Unterscheidbarkeit des Außenauftrittes des Netzbetreibers vom Versorgungsgeschäft (Namensgebung, Website etc.) bzw. die Unterbringung in getrennten Gebäuden, soweit dies angesichts der Größe der betroffenen Unternehmen verhältnismäßig wäre.

2.1.3 Buchhalterisches Unbundling

Elektrizitätsunternehmen haben zur **Vermeidung von Diskriminierung, Quersubventionen und Wettbewerbsverzerrungen** in ihrer internen Rechnungslegung jeweils **getrennte Konten** für ihre Übertragungs- und Verteilungstätigkeiten in derselben Weise zu führen, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von separaten Unternehmen ausgeführt würden. Sie haben auch Konten für andere, nicht mit den Bereichen Übertragung und Verteilung zusammenhängende elektrizitätswirtschaftliche Tätigkeiten zu führen, wobei diese Konten konsolidiert sein können. Einnahmen aus dem Eigentum am Übertragungs- bzw. Verteilernetz sind in den Konten gesondert auszuweisen. Diese interne Rechnungslegung schließt für jede Tätigkeit eine Bilanz sowie eine Gewinn- und Verlustrechnung ein.

Die RL gestattet **keine Ausnahme** vom buchhalterischen Unbundling.

Elektrizitätsunternehmen haben Jahresabschlüssen zu erstellen und – sofern sie dazu gesetzlich verpflichtet sind – zu veröffentlichen. Bei der **Überprüfung der Jahresabschlüsse** ist durch den Abschlussprüfer auch zu untersuchen, ob die Verpflichtung zur Vermeidung von Diskriminierung und Quersubventionen nach der RL eingehalten wird.

Die Interpreting Notes beschränken sich im Wesentlichen darauf, die **Bedeutung der exakten Kostenzurechnung** zu den einzelnen Tätigkeitsbereichen und die **Rolle der Regulierungsbehörden** bei der Überprüfung der getrennten Rechnungslegung hervorzuheben.

2.2 Umsetzung in nationales Recht

Die Vorgaben der RL 2003/54/EG beschränken sich auf Mindestkriterien; der Wortlaut der Entflechtungsvorschriften ist zum Teil auslegungsbedürftig. Die Europäische Kommission hat daher in den Interpreting Notes betont, dass insbesondere die Vorschriften betreffend die funktionale Entflechtung durch die Mitgliedstaaten **weiter spezifiziert werden müssen**, um

eine vollständige Anwendung in der Praxis zu sichern. Es wurde ausdrücklich davon abgeraten, bloß den Wortlaut der RL wiederzugeben.

Die Vorschriften betreffend die gesellschaftsrechtliche Entflechtung von Übertragungsnetzbetreibern, sowie die funktionale und buchhalterische Entflechtung von Verteilernetzbetreibern waren von den Mitgliedstaaten so rechtzeitig umzusetzen, dass die Unternehmen der RL spätestens am **1. Juli 2004** nachkommen konnten. Ausschließlich die Umsetzung des gesellschaftsrechtlichen Unbundling von Verteilernetzbetreibern kann bis 1. Juli 2007 zurückgestellt werden.

2.2.1 Grundsatzgesetz

Mit einer Novelle zum Elektrizitätswirtschafts- und –organisationsgesetz (EIWOG), BGBl. I Nr. 63/2004, wurde vom Bundesgesetzgeber der erste nationale Umsetzungsakt zur RL 2003/54/EG gesetzt. Die Novelle trat mit 22. Juni 2004 in Kraft.

Die zentralen Bestimmungen betreffend die gesellschaftsrechtliche und funktionale Entflechtung von Verteilernetzbetreibern finden sich in Abs. 3 bis 5 des § 26 EIWOG. Diese Bestimmungen wurden als Grundsatzgesetz auf Basis des Art. 12 Abs. 1 Z 5 B-VG („Elektrizitätswesen“) erlassen. § 22 Abs. 1 EIWOG enthält die das Übertragungsnetz betreffende Regelung, wobei die das Verteilnetz betreffenden Bestimmungen sinngemäß anzuwenden sind.

Die Vorgaben der RL wurden **im Wesentlichen wortgleich wiedergegeben**, wobei die Bestimmungen der RL betreffend die gesellschaftsrechtliche und funktionale Entflechtung von Verteilernetzbetreibern (Art. 15 Abs. 1 bzw. Abs. 2) nicht getrennt wurden. Dies hatte Auswirkungen auf die weitere Umsetzung durch den Landesgesetzgeber, wie noch zu zeigen sein wird.

Über die Mindestkriterien der RL hinausgehende weitergehende Maßnahmen im Sinne der Interpreting Notes enthält die EIWOG-Novelle zur Handlungsunabhängigkeit der Leitungsorgane der Netzgesellschaft („insbesondere“ die Gründe für die Abberufung eines Gesellschaftsorgans des Verteilernetzbetreibers sind in der Gesellschaftssatzung des Verteilernetzbetreibers klar zu umschreiben) und schreibt die Entsendung zweier von den Interessen der Muttergesellschaft unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder vor.

Die Anforderungen an das gesellschaftsrechtliche und funktionale Unbundling sind als **Konzessionsvoraussetzungen** formuliert, die gegenüber der Landesregierung als Konzessionsbehörde nachzuweisen sind. Hinsichtlich der Überwachung des Gleichbehandlungsprogramms besteht eine Doppelgleisigkeit auf Behördenseite, da die Landesregierung und die Energie-Control GmbH zuständig sind. Letztere besitzt auch eine umfassende, dh nicht auf das buchhalterische Unbundling beschränkte, Zuständigkeit zur Überwachung des Unbundling auf Grundlage des Energie-Regulierungsbehördengesetzes (E-RBG), BGBl. I Nr. 121/2000.

§ 68a EIWOG enthält eine **Übergangsregelung** zur Novelle BGBl. I Nr. 63/2004: Demnach haben die Ausführungsgesetze vorzusehen, dass vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen oder Unternehmen, die zu einem VIU gehören und die am 1. Juli 2004 Träger einer Konzession der in Ausführung des § 26 EIWOG erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen waren, bis spätestens **1. Jänner 2006** der Landesregierung ein Unternehmen zu benennen haben, auf das die Konzession bei Erfüllung der Konzessionsvoraussetzungen zu übertragen ist. Da sowohl das gesellschaftsrechtliche als auch das funktionale Unbundling – innerhalb derselben Bestimmung des § 26 Abs. 3 EIWOG – als Konzessionsvoraussetzungen formuliert wurden, wurde de facto die Umsetzung des funktionalen Unbundling entgegen dem Wortlaut der RL 2003/54/EG vom 1. Juli 2004 auf den 1. Jänner 2006 verschoben.

2.2.2 Bericht des Wirtschaftsausschusses 507 BlgNR XXII. GP

Der Bericht des Wirtschaftsausschusses zur Regierungsvorlage 415 BlgNR XXII. GP betreffend die EIWOG-Novelle 2004 enthält folgende Feststellung

„Der Ausschuss geht davon aus, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sowie die Länder im Rahmen der ihnen zur Besorgung zugewiesenen Aufsichts- und Überwachungspflicht über die Durchführung der Entflechtung die strengsten Maßstäbe anlegen werden und insbesondere auch im Zusammenwirken mit den Regulierungsbehörden dafür Sorge tragen werden, dass die sonstigen Maßnahmen zur Entflechtung bereits mit Inkrafttreten der Ausführungsgesetze erfolgen werden. Insbesondere wird auch davon ausgegangen, dass die Energie-Control GmbH die ihr zur Verfügung stehenden Instrumente, einschließlich ihrer Stellung als Amtspartei in Verfahren nach dem Kartellgesetz, in diesem Sinne im vollen Umfang ausschöpft.“

Der Ausschussbericht enthält als Anlage 1 folgende **EntschlieÙung des Nationalrates**:

„Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wird ersucht, zur Beurteilung der Wirksamkeit dieser Richtlinienumsetzung, per 31.12.2005 bis spätestens 1. Juni 2006 dem Nationalrat einen von der Energie-Control GmbH erstellten Bericht zuzuleiten.“

2.3 Landesgesetze

Der Grundsatzgesetzgeber hatte den Ländern aufgetragen, die Ausführungsgesetze zu den im Bundesgesetz BGBl. I Nr. 63/2004 enthaltenen Grundsatzbestimmungen innerhalb von sechs Monaten vom Tag der Kundmachung des BGBl. I Nr. 63/2004 (21. Juni 2004) zu erlassen und in Kraft zu setzen. Diese Frist wurde von keinem Bundesland eingehalten. Im Folgenden wird ein Überblick über den Stand der Umsetzung zum Stichtag 2. Mai 2006 gegeben:

2.3.1 Zeitlicher Verlauf der Umsetzung

Bundesland	Landesgesetz	Datum der Kundmachung	Inkrafttreten der Unbundling-Vorschriften
Burgenland	Offen	Offen	Offen
Kärnten	Beschluss des Kärntner Landtages im März 2006	Offen	Offen
Niederösterreich	NÖ Elektrizitätswesengesetz 2005 (NÖ EIWG 2005), LGBl 7800-0, Stammgesetz 104/05	30.11.2005	1.12.2005
Oberösterreich	Oö. Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2006 (Oö. EIWOG 2006)	31.1.2006	1.2.2006
Salzburg	Landeselektrizitätsgesetz-Novelle 2005, LGBl. 18/2006	16.2.2006	1.3.2006
Steiermark	Steiermärkisches Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2005 – Stmk EIWOG 2005, LGBl 70/2005	16.8.2005	17.8.2005
Tirol	Gesetz vom 12. Oktober 2005, mit dem das Tiroler Elektrizitätsgesetz 2003 geändert wird, LGBl. 83/2005 Stück 34	6.12.2005	1.1.2006
Vorarlberg	Gesetz über eine Änderung des Elektrizitätswirtschaftsgesetzes, LGBl. 2/2006	24.1.2006	25.1.2006
Wien	Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 2005 – WEIWG 2005, LGBl 46/2005	26.8.2005	27.8.2005

2.3.2 Inhaltliche Darstellung

Die Bundesländer Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg und Wien haben die Grundsatzbestimmungen der EIWOG-Novelle BGBl. I Nr. 63/2004 **im Wesentlichen wortgleich ausgeführt**; der den Ländern zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung verbleibende **grundsatzgesetzfreie Raum wurde nicht ausgenützt**.

2.3.3 Konzessionsbescheide der Landesregierungen

Bescheide über die Erteilung der Konzession zum Betrieb eines Übertragungs- bzw. Verteilernetzes wurden der Energie-Control GmbH zum Stichtag 2. Mai 2006 von den Ämtern der Landesregierungen der Länder Steiermark, Tirol und Wien sowie von zwei betroffenen Unternehmen zur Verfügung gestellt. Die Auswertung dieser Unterlagen ergab folgendes Bild:

Zwei der vier betroffenen Landesregierungen haben den Konzessionsbescheid jeweils ohne Erteilung von Auflagen oder Bedingungen erlassen.

Eine Landesregierung beschränkte sich darauf, die in ihrem Zuständigkeitsbereich zu erteilenden Konzessionen unter Vorschreibung von Auflagen zu erteilen, die inhaltlich dem Gesetzestext entsprechen.

Eine Landesregierung erteilte den Bescheid unter Vorschreibung von Auflagen, die Berichtspflichten an die Behörde in folgenden Fällen zum Gegenstand haben:

- Änderungen der Gesellschaftssatzung, mit denen eine Personalunion der Leitungsorgane der Netzgesellschaft mit Funktionen geschaffen wird, in denen diese Personen direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen Elektrizitätserzeugung und –versorgung zuständig werden;
- Änderungen der Gesellschaftssatzung betreffend die Handlungsunabhängigkeit der Leitungsorgane der Netzgesellschaft;
- Änderungen der Vertragswerke (zB Gesellschaftsvertrag), die die tatsächliche Entscheidungsbefugnis des Netzbetreibers betreffen;
- Änderungen des Gleichbehandlungsprogramms und der Person des Gleichbehandlungsbeauftragten;
- Änderungen der Zusammensetzung des Aufsichtsrates sowie entsprechende Änderungen der Gesellschaftssatzung.

Eine weitere Auflage hat die Unabhängigkeit der Gehälter der Leitungsorgane der Netzgesellschaft vom Unternehmenserfolg in der Elektrizitätsproduktion oder im -vertrieb zum Gegenstand.

2.4 Zusammenfassung der Umsetzung der Entflechtungsregeln in nationales Recht

Der von der RL 2003/54/EG vorgegebene Umsetzungstermin wurde von der Republik Österreich **nicht eingehalten**, da zu diesem Zeitpunkt lediglich das Grundsatzgesetz in Kraft getreten war, das keine verbindlichen Anordnungen an die zur Vornahme der Entflechtung verpflichteten Unternehmen enthält. Die Frist von 6 Monaten zur Erlassung von Ausführungsgesetzen wurde **von keinem Bundesland eingehalten**; der Bund nahm wiederum nicht die mit Säumigkeit der Länder gemäß Art. 15 Abs. 6 B-VG übergegangene Zuständigkeit zur Erlassung der Ausführungsgesetze in Anspruch (diese Zuständigkeit wurde in der Gesetzgebungspraxis der letzten Jahrzehnte jedoch äußerst selten wahrgenommen). Zu dem vom Grundsatzgesetzgeber für die Durchführung des Legal Unbundling der Verteilernetzbetreiber vorgegebenen Stichtag 1. Jänner 2006 standen **vier von neun** Ausführungsgesetzen in Kraft.

Mit Schreiben vom 4. April 2006 hat die Europäische Kommission die Republik Österreich zur **Äußerung gemäß Art. 226 EGV** aufgefordert und auf darauf hingewiesen, dass ihr „bislang“ **lediglich fünf Ausführungsgesetze** (in offenbar zeitlicher Reihenfolge: Steiermark, Wien, Tirol, Vorarlberg und Oberösterreich) **notifiziert** wurden. Die weiteren Verfahrensschritte könnten wie folgt aussehen: Gibt sich die Kommission mit der Äußerung der Republik Österreich nicht zufrieden, so kann sie eine **begründete Stellungnahme** abgeben, der der Mitgliedstaat innerhalb einer von der Kommission gesetzten Frist nachzukommen hat. Geschieht dies nicht, kann es letztlich zu einer **Vertragsverletzungsklage** durch die Kommission kommen.

Aus inhaltlicher Sicht ist zu den bisher erlassenen Umsetzungsakten zu bemerken, dass über die Mindestkriterien der RL hinausgehende **besondere Maßnahmen nur in sehr eingeschränktem Ausmaß gesetzlich vorgesehen** wurden (Verankerung der Abberufungsgründe in der Satzung, Entsendung von 2 unabhängigen Mitgliedern in den Aufsichtsrat).

Soweit der Energie-Control GmbH zum Stichtag 2. Mai 2006 Konzessionsbescheide vorgelegt wurden, ist erkennbar, dass lediglich in **einem** Fall der von der Entschließung des Nationalrates geforderte strenge Maßstab angelegt wurde.

Insgesamt scheint daher weder den Intentionen der RL, wie sie aus den Interpreting Notes ersichtlich sind, noch der EntschlieÙung des Nationalrates in zeitlicher bzw. inhaltlicher Sicht ausreichend Rechnung getragen worden zu sein.

2.5 Unterlagenanforderung bei Netzbetreibern

Von der formellen Umsetzung der Entflechtungsvorschriften in nationales Recht ist die Umsetzung in die Praxis durch die betroffenen Unternehmen zu unterscheiden. Der folgende Abschnitt dieses Berichts widmet sich diesem Themenbereich.

2.5.1 Umfang der angeforderten Unterlagen

Zur inhaltlichen Bewertung der Umsetzung in die wirtschaftliche Praxis wurde der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit im Zuge der Beschlussfassung der EIWOG-Novelle 2004 mit EntschlieÙung des Nationalrates vom 26. Mai 2004 ersucht, zur Beurteilung der Wirksamkeit der Richtlinienumsetzung einen von der Energie Control GmbH erstellten Bericht bis spätestens 1. Juni 2006 dem Nationalrat zuzuleiten. Die Energie-Control GmbH hat mit Schreiben vom 2. März 2006 alle zum rechtlichen Unbundling verpflichteten Betreiber von Verteilernetzen aufgefordert, folgende Unterlagen bis spätestens 31. März 2006 vorzulegen:

ad Themenbereich Unabhängigkeit der Geschäftsführung:

- Gesellschaftsvertrag
- Geschäftsordnung der Geschäftsführer
- Auszug aus dem Geschäftsführervertrag

ad Themenbereich wirtschaftliche Eigenständigkeit der Netzgesellschaft:

- Vertrag über die Pacht bzw. Betriebsführung des Netzes (soweit zutreffend)
- (Dienstleistungs-)Verträge über Leistungen, die nicht im eigenen Unternehmen erbracht werden, insbesondere Personalüberlassungsverträge, falls die Gesellschaft nicht als Arbeitgeber fungiert
- Sonstige geeignete Informationen, die die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Gesellschaft dokumentieren

Bei jenen Unternehmen, die den Betrieb des Verteilnetzes bereits in Form einer Aktiengesellschaft führen, wurde aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen über die

Unabhängigkeit des Vorstandes auf die Abfrage von Unterlagen zum Themenbereich Unabhängigkeit der Unternehmensleitung verzichtet. Ebenso wurde auf die Abfrage von Unterlagen bei dem – in der Rechtsform einer AG geführten - Regelzonenführer der Regelzone Ost verzichtet, da dieser lediglich ein Übertragungs-, jedoch kein Verteilnetz betreibt und es somit durch Inkrafttreten der Unbundling-Vorschriften keine Änderungen in der Unternehmensorganisation gab.

2.5.2 Vom Bericht ausgenommene Themenbereiche

Da das Thema der **Gleichbehandlung** Gegenstand eines gesonderten Berichts ist, der der Energie-Control GmbH und der Landesregierung von den betroffenen Unternehmen jährlich vorzulegen ist, wurde dieser Bereich vom vorliegenden Bericht ausgenommen. Dazu zählen insbesondere **Maßnahmen betreffend den Ausschluss diskriminierenden Verhaltens** (beispielsweise beim Kundenkontakt), die Errichtung so genannter Chinese Walls (Datenzugriffsbeschränkungen) zur Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen gegenüber dem verbundenen Erzeugungs- bzw. Vertriebsbereich etc. Unterlagen, die von den Netzbetreibern auch zu diesen Themenbereichen übermittelt wurde, wurden daher nicht im vorliegenden Bericht berücksichtigt.

2.5.3 Kreis der vom Bericht erfassten Unternehmen

In Österreich sind aufgrund der Grenze von 100.000 angeschlossenen Kunden **11 Verteilnetzbetreiber zum rechtlichen Unbundling verpflichtet**. 2 Unternehmen führen den Verteilnetzbetrieb in einem gemeinsamen Unternehmen mit dem Übertragungsnetz und sind als AG organisiert. 9 Unternehmen haben für den Verteilnetzbetrieb die Form einer GmbH gewählt, wobei wiederum 4 davon als Kombinationsnetzbetreiber sowohl für das Strom- als auch das Gasnetz fungieren. In weiterer Folge werden die 9 in Form einer GmbH gegründeten Netzgesellschaften näher untersucht.

Die an die Energie-Control GmbH im Zuge der Tarifprüfungsverfahren übermittelten Daten zeigen, dass **rund 86 %** der österreichischen Stromkunden von Unternehmen beliefert werden, die zur rechtlichen Entflechtung verpflichtet sind. Dabei ist jedoch zu beachten, dass - wie eingangs ausgeführt - auch jene Unternehmen, die selbst weniger als 100.000 angeschlossene Kunden haben, aber von einem integrierten Energieunternehmen „kontrolliert“ werden, eine gesellschaftsrechtliche Entflechtung durchführen müssen. Aufgrund dieser Bestimmung wären im Netzbereich Steiermark drei weitere Unternehmen, die sämtlich zu einem VIU gehören, sowie im Netzbereich Tirol ein weiteres Unternehmen



zur gesellschaftsrechtlichen Entflechtung verpflichtet. Soweit der Behörde bekannt ist, gibt es bei diesen Unternehmen bislang aber keinerlei Bestrebungen zur Umsetzung der Vorschriften zum gesellschaftsrechtlichen Unbundling.

Ein Grenzfall dürfte jenes Unternehmen im Netzbereich Oberösterreich sein, das mittelbar zu 49 % im Eigentum einer Holding steht. Diese kontrolliert wiederum eine Netzgesellschaft mit mehr als 100.000 Kunden sowie eine Vertriebsgesellschaft.

Stromnetzbetreiber, die **rund 14 %** der österreichischen Endkunden versorgen, sind lediglich zur **organisatorischen** Entflechtung verpflichtet.

Zählpunkte - jener Unternehmen, die mehr als 100.000 haben (Basis 2004)	4.695.655
Zählpunkte in Österreich - gesamt	5.480.779
Im Unbundling erfasste Zählpunkte in %	85,67%

Quelle: Erhebungsbögen Stromnetzbetreiber 2004

2.5.4 Rücklauf der Unterlagen

Alle Unternehmen haben rechtzeitig per 31. März 2006 Unterlagen an die Energie-Control GmbH übermittelt, wobei teilweise unvollständige Dokumentationen geliefert wurden bzw. die angeforderten Dokumente (z. B. vor allem die Elektrizitätswirtschaftliche Konzession) aufgrund der bei den Landesenergiebehörden laufenden Verfahren noch nicht vorhanden waren.

Von den 9 in Form einer GmbH organisierten Stromnetzbetreibern haben 2 die Elektrizitätswirtschaftliche Konzession, 7 die Geschäftsführerverträge, 5 die Geschäftsordnungen der Geschäftsführer, 8 die Pacht- bzw. Betriebsführungsverträge und 6 die Dienstleistungsverträge zumindest teilweise vorgelegt. Die Statuten wurden von allen Unternehmen übermittelt.

3. Auswertung der vorgelegten Unterlagen – Umsetzung in der wirtschaftlichen Praxis

3.1 Unabhängigkeit der Netzgesellschaften

3.1.1 Persönliche Unabhängigkeit der Leitungsorgane

Die persönliche Unabhängigkeit der Leitungsorgane des Netzbetreibers umfasst verschiedene Bereiche: Einzelne Maßnahmen, wie das Verbot von Doppelfunktionen mit Einfluss auf den laufenden Betrieb im Netz einerseits und der Erzeugung oder dem Vertrieb andererseits, oder die Einräumung eines weisungsfreien Verantwortungsbereiches werden unmittelbar durch die RL 2003/54/EG vorgeschrieben. Darüber hinaus gehende „geeignete Maßnahmen“ zur Gewährleistung der Handlungsunabhängigkeit der für die Leitung des Netzbetreibers zuständigen Personen sind bei der Umsetzung in nationales Recht zu konkretisieren. Wie bereits ausgeführt, ist dies nur in sehr eingeschränktem Ausmaß geschehen. Im Folgenden wird die Umsetzung dieser Maßnahmen in die wirtschaftliche Praxis beschrieben:

3.1.1.1 Ausschluss von Personalunionen leitender Organe

Personalunionen leitender Organe der Netzgesellschaften mit Tätigkeiten im Bereich der Erzeugung und des Vertriebs wurden in **drei Fällen** festgestellt: In zwei Fällen sind Prokuristen von Netzgesellschaften aus den Netzbereichen Niederösterreich und Salzburg auch als Prokuristen der Muttergesellschaft tätig. Im erstgenannten Fall ist die Mutter in der Erzeugung von Strom tätig, im zweitgenannten Fall sowohl in der Erzeugung als auch im Vertrieb von Strom. Der dritte Fall betrifft einen Netzbetreiber aus dem Netzbereich Vorarlberg, wobei hier einer der Vorstände der Netzgesellschaft gleichzeitig Prokurist der Muttergesellschaft ist, welche in der Erzeugung und im Vertrieb tätig ist. Die Prokura ermächtigt nach den handelsrechtlichen Vorschriften zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die jeweils betroffenen Organe Entscheidungen betreffend den **laufenden Betrieb** des Netzes und der Erzeugung / des Vertriebs treffen, was nach den Entflechtungsregeln unzulässig ist.

3.1.1.2 Weisungsfreistellung der Geschäftsführer in Angelegenheiten des laufenden Geschäftsbetriebes

Gemäß § 20 Abs. 1 des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die im Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind. Dieses **Weisungsrecht der Gesellschafter** umfasst alle Geschäftsführungsmaßnahmen und steht den Gesellschaftern gemeinsam zu. Es steht in offenkundigem Widerspruch zur Anordnung der RL 2003/54/EG, wonach das integrierte Mutterunternehmen keine Weisungen bezüglich des laufenden Betriebs oder einzelner Entscheidungen über den Bau oder die Modernisierung von Übertragungs- oder Verteilungen erteilen darf, insoweit sich diese Maßnahmen im Rahmen des genehmigten Finanzplans oder eines gleichwertigen Instruments bewegen. Wird die Rechtsform der GmbH gewählt, muss den Geschäftsführern daher ein **weisungsfreier Verantwortlichkeitsbereich** eingeräumt werden, sei es im Gesellschaftsvertrag, der Geschäftsordnung der Geschäftsführer oder im Anstellungsvertrag der Geschäftsführer.

Die von den Netzbetreibern übermittelten Unterlagen lassen erkennen, dass dies durchwegs geschehen ist.

3.1.1.3 Unabhängigkeit der Gehälter vom wirtschaftlichen Erfolg des integrierten Unternehmens

Ein weiterer Aspekt persönlicher Unabhängigkeit der Leitungsorgane des Netzes vom integrierten Unternehmen ist, dass deren Gehälter sich ausschließlich an den Zielen der Netzgesellschaft orientieren sollten, nicht aber am wirtschaftlichen Erfolg der Elektrizitätserzeugung bzw. des Elektrizitätsvertriebs. Aus den der Energie-Control GmbH auszugsweise übermittelten Anstellungsverträgen der Geschäftsführer der Netzgesellschaften ist in der überwiegenden Mehrzahl nicht erkennbar, ob die Gehälter einen Bezug zum wirtschaftlichen Erfolg des integrierten Unternehmens aufweisen. Lediglich Netzbetreiber aus dem Netzbereich Kärnten; Niederösterreich und Wien haben dies ausdrücklich verneint.

3.1.1.4 Ausdrückliche und klare Regelung der Abberufungsgründe

Gemäß § 16 Abs. 1 GmbH-Gesetz kann die Bestellung zum Geschäftsführer, sofern sie nicht durch Gesellschaftsvertrag auf „wichtige Gründe“ eingeschränkt ist, durch Beschluss der

Gesellschafter (Generalversammlung) **jederzeit** widerrufen werden. Dies würde in Widerspruch zu der von den Entflechtungsvorschriften der RL 2003/54/EG geforderten Unabhängigkeit der Leitungsorgane der Netzgesellschaft stehen, weshalb § 26 Abs. 3 ElWOG sowie die in dessen Umsetzung erlassenen Ausführungsvorschriften der Länder vorsehen, dass die Gründe für die Abberufung eines Gesellschaftsorgans des Verteilernetzbetreibers in der Gesellschaftssatzung des Verteilernetzbetreibers klar zu umschreiben sind. Diese Bestimmung ist auf Übertragungsnetzbetreiber sinngemäß anzuwenden. Da die Abberufung von Vorständen einer AG durch den Aufsichtsrat aber jedenfalls nur aus den in § 75 Abs. 4 Aktiengesetz festgelegten „wichtigen Gründen“ widerrufen werden kann (ein solcher Grund ist namentlich grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Entziehung des Vertrauens durch die Hauptversammlung), ist die Schutzwürdigkeit von Vorständen einer AG geringer als die von Geschäftsführern einer GmbH.

Insoweit die um Auskunft ersuchten Netzbetreiber der Energie-Control GmbH entsprechende Unterlagen (Gesellschaftsverträge, Anstellungsverträge) übermittelt haben, ist aus diesen Unterlagen erkennbar, dass die Gründe für die Abberufung der Geschäftsführer durch die Generalversammlung jedenfalls im Gesellschaftsvertrag, vereinzelt auch in den Anstellungsverträgen, ausdrücklich angeführt werden.

Solche Gründe sind etwa „grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Entziehung des Vertrauens durch die Generalversammlung“ (§ 75 Abs. 4 Aktiengesetz nachgebildet). Manche Gesellschaftsverträge sehen eine umfassendere, wenn auch nur deklarative Aufzählung der Abberufungsgründe vor. Teilweise werden die Abberufungsgründe lediglich allgemein umschrieben, etwa „aus wichtigem Grund gemäß AngG“ (gemeint wohl die eine vorzeitige Entlassung rechtfertigenden Gründe des § 27 Angestelltengesetz).

Nicht durchgehend wird in den der Energie-Control GmbH vorliegenden Unterlagen geregelt, dass der Widerruf der Bestellung des Geschäftsführers jedenfalls unzulässig ist, wenn dieser sich weigert, Gesellschafterweisungen zu entsprechen, die dem weisungsfreien Entscheidungsbereich entgegenstehen. Hier wären bei einigen Unternehmen entsprechende Ergänzungen vorzunehmen.

3.1.1.5 Rückkehrrecht der Leitungsorgane in das integrierte Unternehmen

Im Unterschied zu den sonstigen Mitarbeitern der Netzgesellschaften, die zum Großteil mittels Arbeitsüberlassungsverträgen dem Netz zugewiesen werden (vgl. Pkt. 3.1.2.3), sind

die gesellschaftsrechtlichen Leitungsorgane, dh die Geschäftsführer, direkt bei den Netzgesellschaften angestellt. Die Anstellungsverträge der Geschäftsführer werden in der Regel befristet, auf Dauer von 5 Jahren, abgeschlossen. Für Vorstände einer AG ist dies durch § 75 Abs. 1 Aktiengesetz ausdrücklich geregelt.

Die Interpreting Notes stehen automatischen Rückkehrrechten der Leitungsorgane in das integrierte Unternehmen nach Ablauf ihrer Anstellungsverträge der Netzgesellschaft kritisch gegenüber. Nach Auffassung der Europäischen Kommission sollen Rückkehrrechte nur unter bestimmten, nicht näher genannten Bedingungen zulässig sein. Umgekehrt könnte man jedoch auch die Auffassung vertreten, dass ein über ein allfälliges Rückkehrrecht im Unklaren gelassener Geschäftsführer sich einem stärkeren Zwang zum „Wohlfverhalten“ gegenüber dem integrierten Unternehmen ausgesetzt sieht als ein Leitungsorgan mit fix geregelter Rückkehrrecht. Die von den Netzgesellschaften der Energie-Control GmbH vorgelegten Unterlagen lassen weder einen Rückschluss auf die Zulässigkeit eines Rückkehrrechts noch auf dessen Ausschluss zu. Klare Regelungen wären hier wünschenswert.

3.1.1.6 Besitz von Aktien des integrierten Unternehmens

Den Interpreting Notes der Europäischen Kommission zu Folge kann auch der Besitz von Aktien des integrierten Unternehmens durch die Leitungsorgane deren persönliche Unabhängigkeit in Frage stellen. Der dahinter stehende Sinn ist klar: Wer ein persönliches wirtschaftliches Interesse am Erfolg eines Unternehmens (der Erzeugung / dem Vertrieb) hat, wird wenig motiviert sein, in seiner Eigenschaft als Leitungsorgan der Netzgesellschaft Entscheidungen zu treffen, die den Geschäftserfolg des Vertriebs bzw. der Erzeugung schmälern oder beeinträchtigen können.

Die Interpreting Notes geben keinen Aufschluss darüber, ab welcher Höhe der Beteiligung am Vertrieb/ der Erzeugung die Unabhängigkeit der Leitungsorgane der Netzgesellschaft als gefährdet anzusehen ist. Dies ist wohl im Einzelfall zu beurteilen. Die der Energie-Control GmbH übermittelten Unterlagen lassen weder erkennen, dass Aktienbesitz am integrierten Unternehmen erlaubt wäre, noch dass ein solcher verboten wäre.

3.1.2 Ressourcenausstattung

Gemäß den Interpreting Notes müssen die Netunternehmen über **ausreichende Humanressourcen und physische Ressourcen** verfügen, um ihre Arbeit unabhängig von anderen Teilen des integrierten Unternehmens durchführen zu können. Ferner müssen

ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um die Aufgaben zur Wartung und des Ausbaus des Netzes erfüllen zu können.

Ausgliederungsmodelle

Netzeigentum an eine Dritte konzernunabhängige Gesellschaft übertragen

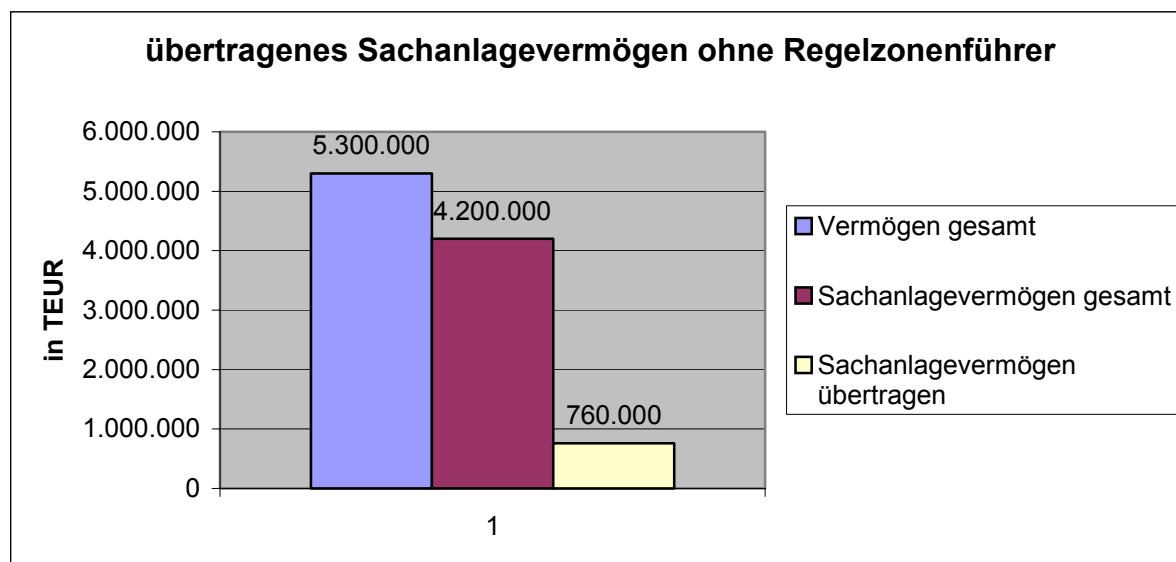
Diese Lösung wurde bislang von keinem österreichischem Unternehmen gewählt.

Netzeigentum auf die Netzgesellschaft übertragen

Aus den übermittelten Unterlagen geht hervor, dass bislang nur 1 Unternehmen das Eigentum an den Stromnetzen an die Netzgesellschaft übertragen hat.

Netzeigentum verbleibt bei der Mutter-/Schwestergesellschaft – Vertragliche Überlassung an die Netzgesellschaft

8 Unternehmen haben die Nutzungsmöglichkeit an den Stromnetzen mittels eines Pachtvertrages oder Betriebsführungsvertrages an die Netzgesellschaft übertragen.



Quelle: Erhebungsbögen Stromnetzbetreiber 2004

Das gesamte Vermögen im Stromnetzbereich beträgt laut Erhebungsbogen 2004 bei den Unternehmen, die bereits Netzgesellschaften gegründet haben, rund TEUR 5.300.000. Vom gesamten Vermögen entfallen rund TEUR 4.200.000 auf den Sachanlagenbereich. Im Zuge der Gründung der neuen Gesellschaften wurden lediglich rund TEUR 760.000 oder **rund**

18 % der gesamten dem Netzbereich zugeordneten Sachanlagen in die Netzgesellschaften übertragen.

3.1.2.1 Unabhängigkeit in Bezug auf die Entscheidungsbefugnisse über Vermögenswerte

Zur Sicherstellung der Unabhängigkeit bei Entscheidungsbefugnissen ist gemäß § 26 Abs. 3 ElWOG vorzusehen, dass für Vermögenswerte, die für den Betrieb, die Wartung oder den Ausbau des Netzes erforderlich sind, die tatsächliche Entscheidungsbefugnis des Netzbetreibers gewährleistet ist, wobei insbesondere sicher zu stellen ist, dass diese unabhängig von den übrigen Bereichen des integrierten Elektrizitätsunternehmens ausgeübt wird.

Wie oben dargestellt, verbleibt bei einem Großteil der Unternehmen das zivilrechtliche Eigentum bei der Muttergesellschaft. Die wirtschaftliche Nutzung an den für den Netzbetrieb erforderlichen Anlagen und Betriebsstätten wird den Netzgesellschaften mittels **Pacht- bzw. Betriebsführungsverträgen** überlassen.

Die rechtliche Umsetzung dieser Vorgaben findet sich großteils in gleich lautenden Bestimmungen in den Verträgen über die Errichtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Gesellschaftsvertrag) und/oder in den jeweiligen Geschäftsführerverträgen. Die Geschäftsführer werden, wie erwähnt, in Abänderung von § 20 Abs. 1 GmbH-Gesetz hinsichtlich des laufenden Betriebs sowie im Rahmen der mit Gesellschafterbeschluss genehmigten jährlichen Unternehmensbudgets und Finanzpläne **weisungsfrei gestellt**. Darüber hinaus werden **Verschuldensgrenzen** festgelegt innerhalb derer Weisungen, insbesondere hinsichtlich einzelner Entscheidungen über den Bau oder die Modernisierung von Verteileranlagen ausgeschlossen sind. Im Hinblick auf Entscheidungen im Rahmen des laufenden Betriebs, des Finanzplans und der Verschuldungsgrenzen werden daher die Geschäftsführer Leitungsorganen des Unternehmens unter eigener Verantwortung gemäß § 70 Abs. 1 Aktiengesetz gleichgestellt.

Über die Beschränkungen im Rahmen des Finanzplans und der Verschuldensgrenzen hinaus gibt es bei einigen Unternehmen betragsmäßige Beschränkungen hinsichtlich

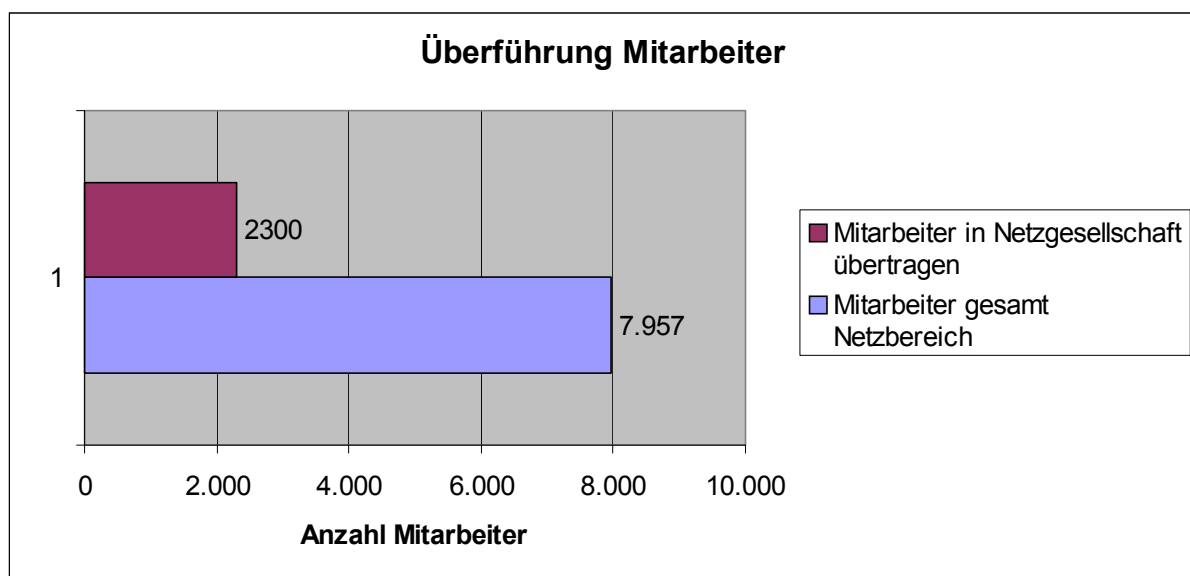
- Erwerb, Veräußerung und Belastungen von Liegenschaften
- Abschluss von Pacht-, Miet- oder Leasingverträgen bezüglich Liegenschaften oder Immobilien außerhalb des Jahresvoranschlages
- Investitionen in Sachanlagen und immaterielles Vermögen außerhalb des Jahresvoranschlages

- Übernahme von Bürgschaften und Haftungen jeder Art
- Gewährung von lang- und mittelfristigen Darlehen und Krediten, soweit diese Darlehen und Kredite nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören.

3.1.2.2 Kapitalausstattung

5 der Unternehmen, die in Form einer GmbH gegründet wurden, sind mit dem Mindeststammkapital von Euro 35.000 ausgestattet. Die restlichen Unternehmen weisen ein Stammkapital zwischen Euro 100.000 und 10.000.000 auf. Wie die tatsächliche wirtschaftliche Kapitalausstattung ausgestaltet ist, wird erst nach Vorliegen der diversen Einbringungs- und Umgründungsbilanzen zu beurteilen sein.

3.1.2.3 Personalausstattung



Quelle: Erhebungsbögen Stromnetzbetreiber 2004 und Unterlagen im Rahmen der Abfrage von Unterlagen bei den Stromnetzbetreibern für den gegenständlichen Bericht

Aus den Erhebungsbögen der Stromnetzbetreiber 2004 ist zu entnehmen, dass die 9 betrachteten Gesellschaften im Geschäftsjahr 2004 insgesamt 7.957 Mitarbeiter dem Stromnetzbereich zugeordnet hatten. Lediglich 2 Unternehmen haben alle der im integrierten Unternehmen dem Stromnetzbereich zugeordneten Mitarbeiter in die Netzgesellschaft übertragen. Bei den übrigen 7 Unternehmen beträgt der Personalstand zwischen 20 und 40 Mitarbeitern. Von den gesamten dem Netzbereich zugeordneten Mitarbeitern wurden rund 2.300 oder **rund 29 %** in den Personalstand der neu gegründeten Netzgesellschaften übernommen. Bei den übertragenen Mitarbeitern handelt es sich großteils um Management-

und kaufmännisches Personal. Die Mitarbeiter des operativen Bereiches sind **zum Großteil in den Mutter-/Schwestergesellschaften verblieben**.

Personalüberlassungsverträge

Grundsätzlich ist es so (mit Ausnahme von 2 Unternehmen), dass bei Gründung der Netzgesellschaften die Mitarbeiter ihre bisherigen Arbeitgeber in den integrierten Unternehmen beibehalten haben. Lediglich die Geschäftsführer und einige weitere Mitarbeiter - meist in Führungspositionen - sind arbeitsrechtlich direkt bei der Netzgesellschaft angestellt. Die Arbeitsleistung der übrigen Mitarbeiter wird den Netzgesellschaften durch so genannte **Personalüberlassungsverträge** zur Verfügung gestellt. Bei diesen Verträgen handelt es sich um Vereinbarungen zwischen der Muttergesellschaft als Überlasserin und der Netzgesellschaft als Beschäftigerin mit Zustimmung der Dienstnehmer. Durch die Überlassung ist der Dienstnehmer fachlich und disziplinar dem Geschäftsführer der Netzgesellschaft unterstellt. Alle sonstigen arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten des Dienstgebers verbleiben bei der Muttergesellschaft. Zwischen der Beschäftigerin, sprich der Netzgesellschaft, und den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wird kein Dienstverhältnis begründet. Sie verbleiben in ihrem bisherigen Dienstverhältnis mit der Überlasserin und unterliegen daher den darauf anwendbaren gesetzlichen, kollektivvertraglichen und innerbetrieblichen Regelungen. Meist sind die Verträge unter Einhaltung einer Kündigungsfrist mit einer jederzeitigen beidseitigen Kündigungsmöglichkeit ausgestattet. Auch für den Dienstnehmer besteht die Möglichkeit, seine Überlassung jederzeit zu kündigen und damit der Netzgesellschaft seine Arbeitsleistung zu entziehen.

Die Tatsache, dass die Personalressourcen nur über den Umweg der Überlassungsverträge zur Verfügung stehen und nahezu sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis bei der Muttergesellschaft verbleiben, ist zumindest ein **Indiz für die Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit** der Netzgesellschaften.

3.1.3 Bestellung unabhängiger Mitglieder des Aufsichtsrates

Während bei einer AG zwingend ein Aufsichtsrat zu bestellen ist, sieht § 29 Abs. 1 GmbH-Gesetz die Einrichtung eines solchen Aufsichtsgremiums vor, wenn

1. das Stammkapital 70.000 € und die Anzahl der Gesellschafter fünfzig übersteigen, oder
2. die Anzahl der Arbeitnehmer im Durchschnitt dreihundert übersteigt, oder

-
3. die Gesellschaft Aktiengesellschaften, aufsichtsratspflichtige Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung einheitlich leitet oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 Prozent beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer jener Gesellschaft und dieser Gesellschaften zusammen im Durchschnitt dreihundert übersteigt, oder
 4. die Gesellschaft persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist und die Anzahl der Arbeitnehmer in ihrem Unternehmen und im Unternehmen der Kommanditgesellschaft im Durchschnitt zusammen dreihundert übersteigt.

Auf Grund dieser Vorschriften haben 4 in der Rechtsform einer GmbH errichteten Verteilernetzbetreiber sowie die zwei als AG eingerichteten Kombinationsnetzbetreiber einen Aufsichtsrat bestellt. 5 Unternehmen haben dies mangels gesetzlicher Verpflichtung nicht getan. § 26 Abs. 5 EIWOG und die auf dessen Grundlage erlassenen landesgesetzlichen Ausführungsvorschriften schreiben vor, dass dem Aufsichtsrat von Verteilernetzbetreibern (für „reine“ Übertragungsnetzbetreiber fehlt eine entsprechende gesetzliche Anordnung), die zu einem integrierten Unternehmen gehören, mindestens zwei Mitglieder angehören müssen, die „von der Muttergesellschaft unabhängig“ sind (vgl. demgegenüber den Wortlaut der Interpreting Notes: „...von den Interessen des Mutterunternehmens unabhängig“). Diesem gesetzlichen Erfordernis sind die Unternehmen in unterschiedlichster Weise nachgekommen:

Als unabhängige Mitglieder wurden **Vertreter der Landes-Arbeiterkammer bzw. Landes-Wirtschaftskammer** von Unternehmen im Netzbereich Burgenland und Tirol bestellt. **Vertreter von Wirtschaftsunternehmen**, die mit der jeweiligen Muttergesellschaft des Netzbetreibers nicht verbunden sind, wurden von Unternehmen im Netzbereich Tirol und Vorarlberg bestellt. Ein Unternehmen im Netzbereich Niederösterreich hat zwei **Rechtsanwälte** als von der Muttergesellschaft unabhängige Mitglieder bestellt. Die Unabhängigkeit wäre hier nur in Frage zu stellen, wenn die betroffenen Anwälte ein Mandat sowohl für die Mutter als auch die Netzgesellschaft ausüben, da hier wohl von einem Interessenskonflikt auszugehen wäre.

Bei einem Unternehmen im Netzbereich Kärnten wurden offenbar die **Belegschaftsvertreter** als von der Muttergesellschaft unabhängige Mitglieder angesehen.

Problematisch erscheint die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, die **Vertreter des mittelbaren oder unmittelbaren Eigentümers der Muttergesellschaft** sind: In einem Fall wurde im Netzbereich Vorarlberg als unabhängiges Mitglied ein **Vertreter des Landes** benannt. Da das Land mittelbar zu mehr als 90 % an der Mutter des betroffenen Netzbetreibers beteiligt ist, wurde de facto ein **Eigentümerversprecher der Mutter** bestellt.

Dieser ist zwar von der **Muttergesellschaft** unabhängig, da er dieser nicht angehört; als Vertreter des - mittelbaren - Eigentümers Land Vorarlberg ist ein starkes Interesse am wirtschaftlichen Erfolg der Muttergesellschaft des Netzbetreibers jedoch nicht auszuschließen. Gleiches gilt für ein weiteres Unternehmen im Netzbereich Steiermark, das als Aufsichtsratsmitglieder die drei Geschäftsführer der mehrheitlich im Landeseigentum stehenden Muttergesellschaft sowie zwei Vertreter des Minderheiteneigentümers der Muttergesellschaft bestellt hat. Letztere sind zwar ebenso wie im vorhin beschriebenen Fall als Angehörige des „Großmutter“-Konzerns von der **Muttergesellschaft** unabhängig, jedoch keine von den **Interessen** der Muttergesellschaft unabhängige Mitglieder des Aufsichtsrates. Auch wenn in den beiden genannten Fällen dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften - und in einem Fall auch des Konzessionierungsbescheides der Landesregierung - Genüge getan wurde, zeigen diese Fälle, dass der Sinn der Regelung, die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, die frei von wirtschaftlichen Interessen am Mutterunternehmen sind, verfehlt wurde.

3.1.4 Wirtschaftliche Leistungsbeziehungen zu verbundenen Unternehmen

Eine wichtige Frage im Zusammenhang mit dem Unbundling ist, wie die Erbringung von gemeinsamen Dienstleistungen zwischen dem Netzbereich und dem Erzeugungs/bzw. Handelsbereich organisiert ist. Dabei geht es typischerweise um die Dienstleistungen für Personal und Finanzen und die IT-Dienstleistungen. Aufgrund der engen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung im Konzern werden aber auch klassische Leistungen des Netzbetriebes wie z. B. technische Services oder Kundenservice und Netzkundenbetreuung durch Dienstleistungsverträge zugekauft. Je nach Organisationsform und Stellung im Konzern gibt es eine **Vielzahl von Verträgen über zugekaufte Dienstleistungen**. Die Interpreting Notes fordern in diesem Zusammenhang die Erbringung der Dienstleistungen **zu Marktbedingungen**, die in einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Unternehmen, das die gemeinsame Dienstleistung erbringt und dem Unternehmen, das diese nutzt, festgelegt sind.

Bei der Abfrage der Unterlagen wurden diese Verträge teilweise der Energie-Control GmbH vorgelegt. Teilweise wurde die Behörde darüber informiert, dass sich diese Verträge aufgrund der aktuellen Entwicklungen erst in Ausarbeitung befinden und daher noch nicht vorgelegt werden können.

An dieser Stelle kann die Energie-Control GmbH über ihre bisherigen Erfahrungen mit der Umsetzung des buchhalterischen Unbundling aus den Überprüfungen der Systemnutzungstarife im Auftrag der Energie-Control Kommission berichten:

Seit Beginn der Liberalisierung im Strombereich wurden von der Behörde pro Unternehmen bis zu 3 Tarifprüfungsverfahren durchgeführt. Bei der Überprüfung der Unbundling-Berichterstattung konnte festgestellt werden, dass **nur ein Teil der dem Netzbereich verrechneten Kosten direkt zurechenbar** sind. Je nach Organisation des Unternehmens bzw. der Einbettung des Strombereiches in den gesamten Unternehmensbereich wurde ein großer Teil der Kosten über **Verrechnungspreise, interne Leistungsverrechnungen oder Umlagen** dem Stromnetzbereich zugeordnet. Die Dokumentation der verrechneten Leistungen war in vielen Fällen lückenhaft. So konnten für verrechnete Leistungen mit Konzerngesellschaften die der Verrechnung zugrunde liegenden Verträge nur teilweise vorgelegt werden. Die verrechneten Leistungen bezogen sich vielfach auf „Pauschal- oder Kurzvereinbarungen“ mit einer Pauschalsumme; eine Darstellung der inhaltlichen Dienstleistung fehlte. Kostenpositionen, die mittels Umlagen dem Netzbereich zugerechnet wurden, wurden nur in absoluten Beträgen genannt. Die Parameter, nach denen die Aufteilung erfolgte, waren entweder gar nicht angegeben oder für die verursachungsgerechte Zuordnung der angefallenen Kosten nicht repräsentativ. So wurden beispielsweise für die Verteilung der Kosten für Rechnungswesen und Controlling pauschal der Umsatzschlüssel oder der Personalschlüssel herangezogen, weil eben für die Verteilung der gesamten Overheadkosten diese Parameter zur Anwendung kommen. In anderen Fällen wiederum wurde die Verteilung aufgrund von Mitarbeiterbefragungen, deren Ergebnisse in der überwiegenden Zahl der Fälle sehr netzlastig ausfielen, durchgeführt. Vielfach wurden der Behörde nur Unterlagen über die der Sparte zugerechneten Overheadkosten – aufgeteilt in Netz- und Energiebereich – übermittelt. Eine Plausibilitätsprüfung über alle Sparten hinweg war aufgrund mangelnder Daten nicht möglich. Die Prüfungsfeststellungen bezogen sich daher in den meisten Fällen lediglich auf die Verschiebung der Zuordnungsprozentsätze zwischen Netz- und Energiebereich. Die verursachungsgerechten Zuordnung zu den einzelnen Geschäftsbereichen war durch diese Form der Unterlagen und Informationen nur sehr bedingt möglich. Die für die Aufteilung verwendeten Parameter blieben ungenannt bzw. entsprachen nicht dem Kostenverursachungsprinzip. Bei den internen Leistungsverrechnungen fehlte im Großteil der Fälle das dazugehörige Mengen- und Preisgerüst.

Aus der Analyse der im Zuge der Abfrage bei den Netzbetreibern vorlegten Unterlagen zu den Dienstleistungsverträgen kann folgendes festgehalten werden:

-
- Es gibt umfangreiche inhaltliche Beschreibungen der zugekauften Dienstleistungen; die Festlegung der Preise erfolgt dann aber pauschal ohne Angabe eines nachvollziehbaren Mengen- und Preisgerüsts
 - In zahlreichen Verträgen findet sich der Hinweis, dass die Dienstleistungen zu Marktpreisen, die einem Drittvergleich standhalten, verrechnet werden. Wie diese Marktpreise ermittelt wurden oder ob tatsächlich Vergleichsangebote eingeholt wurden, wird in den Unterlagen nicht angeführt.
 - Bei denjenigen Unternehmen, wo weder das Personal noch das Eigentum an den Netzanlagen in die Netzgesellschaft übertragen wurde, ergeben sich nahezu sämtliche Kosten aus den abgeschlossenen Dienstleistungsverträgen. Die im Unternehmen selbst erbrachten Leistungen beschränken sich im Extremfall auf die Tätigkeit der Geschäftsführer und die Arbeitsleistung einiger weniger Führungspersonen.

Eine genaue wirtschaftliche Analyse der Dienstleistungsverträge wird wohl erst nach Vorliegen der Datenabfragen mittels des Erhebungsbogens Strom 2005 oder 2006 möglich sein. Aufgrund der Qualität der vorgelegten Unterlagen kann aber jetzt schon festgestellt werden, dass die **Dokumentation und Kalkulation der aus den Dienstleistungsverträgen verrechneten Kosten auch im Sinne eines ordnungsgemäßen buchhalterischen Unbundling erheblich verbessert werden muss.**

3.1.5 Eigenständige Identität der Netzgesellschaften

3.1.5.1 Firmenbezeichnung

Eine Aufstellung der Firmenbezeichnung der neu gegründeten Netzgesellschaften zeigt, dass die Kernbezeichnung der Muttergesellschaft in allen Fällen im Firmennamen der Netzgesellschaft aufscheint (z.B. KELAG, EVN, TIWAG, BEWAG, Linz Strom, Salzburg, Steiermark, Graz, Energie AG, VKW, Wien Energie). Das heißt, dass im Außenauftritt der neu gegründeten Tochterunternehmen sehr darauf Bedacht genommen wurde, über die Firmenbezeichnung eine leichte Identifikation mit dem Mutterunternehmen zu ermöglichen. Die Etablierung eines eigenständigen Unternehmens mit eigenem Erscheinungsbild nach außen wird damit nicht forciert.

3.1.5.2 Adressen, E-Mail Adressen und Telefonnummern

8 der 9 gegründeten Netzgesellschaften firmieren unter der gleichen Firmenadresse wie das Mutterunternehmen. Bis auf 1 Unternehmen haben alle rechtlich entflochtenen Stromnetzbetreiber eigene E-Mail Adressen, wobei sich diese nur durch den Zusatz „netz“ von denen der Muttergesellschaften unterscheiden. Bei 6 Unternehmen ist die allgemeine Rufnummer der Netzgesellschaft mit der der Muttergesellschaft identisch. Ein Unternehmen hat lediglich die Vorwahl durch eine 050-Vorwahl ersetzt, die normale Stadtvorwahl funktioniert aber ebenso, sodass auch hier von einer identischen Rufnummer ausgegangen werden kann. Die Mitarbeiter der Callcenter für Kundenanfragen sind bei 4 Unternehmen für Mutter- und Tochtergesellschaft unter der gleichen Rufnummer erreichbar.

3.1.5.3 Verlinkung der Homepages der Netzgesellschaften zur Muttergesellschaft

Bei Durchsicht der – bis auf 1 Unternehmen - bereits vorhandenen – Homepages wird ersichtlich, dass man lediglich bei 2 Unternehmen keine direkte Verlinkung auf die Homepage der Muttergesellschaft findet. Bei manchen Unternehmen erscheint die Verlinkung auf jeder Internetseite, unabhängig davon, in welchem Bereich man sich gerade befindet.

4. Das Idealmodell eines effektiven Unbundling im Vergleich mit der Umsetzung in die Praxis

Die Tabelle auf der folgenden Seite enthält eine Gegenüberstellung der Anforderungen der Interpreting Notes an ein effektives Unbundling sowie der Umsetzung in die wirtschaftliche Praxis durch die betroffenen österreichischen Netzbetreiber. Dargestellt wird das **Gesamtbild** aller vorliegenden Unterlagen, wobei die Farbe grün für „umgesetzt“, die Farbe gelb für „teilweise umgesetzt“ und die Farbe rot für „nicht umgesetzt“ steht.

Interpreting Notes		Umsetzung in die Praxis
Unabhängigkeit der Leitungsorgane	Weisungsfreistellung der Leitungsorgane	
	Ausschluss von Doppel-funktionen in Netz und Erzeugung / Vertrieb	
	Unabhängigkeit der Gehälter vom wirtschaftlichen Erfolg des integrierten Unternehmens	
	Ausdrückliche und klare Regelung der Abberufungsgründe	
	Ausdrückliche Regelungen über ein Rückkehrrecht in das integrierte Unternehmen	
	Ausdrückliche Regelungen betreffend Besitz von Aktien am integrierten Unternehmen	
Unabhängigkeit der Netzgesellschaft	Ausreichende finanzielle Ressourcen	Derzeit noch nicht beurteilbar
	Ausreichende (eigene) personelle Ressourcen	
Einschränkung der Aufsichtsrechte des Mutterunternehmens	Unabhängige Entscheidungsbefugnisse über Vermögenswerte des Netzes	
	Bestellung unabhängiger Mitglieder des Aufsichtsrates	
Vertragliche wirtschaftliche Leistungsbeziehungen zu verbundenen Unternehmen	Erbringung der Leistung zu Marktpreisen	Derzeit noch nicht beurteilbar
	Ausreichende Dokumentation und klare Zuordnung der Kosten	
Eigenständiger Außenauftritt der Netzgesellschaft	Firmenbezeichnung ohne Rückschluss auf Mutterunternehmen	
	Getrennte Telefonnummern	
	Ausschluss von Verlinkungen zum integrierten Unternehmen	

Legende:

Grün	Gelb	Rot
-------------	-------------	------------

5. Nachteilige Auswirkungen einer unzureichenden Entflechtung auf den Wettbewerb um die Konsumenten

5.1 Erfahrungen aus der Branchenuntersuchung der Bundeswettbewerbsbehörde

Die Entflechtung von Monopol- und Wettbewerbsbereichen ist auch Gegenstand der von der Bundeswettbewerbsbehörde gemeinsam mit der Energie-Control GmbH seit Ende des Jahres 2004 durchgeführten Untersuchung des Elektrizitätssektors („Branchenuntersuchung Strom). Folgende Problemkreise stehen in unmittelbarem bzw. mittelbarem Zusammenhang mit der unzureichenden Umsetzung des Unbundling:

5.1.1 Ungleichbehandlung von Lieferanten

Die mangelhafte Trennung zwischen Netz- und Lieferbereich kann in der Praxis zur Schlechterstellung von Mitbewerbern des mit dem Netzbetreiber verbundenen Lieferanten führen. Im Folgenden werden einige Beispiele für Diskriminierungsfälle aus dem 2. Zwischenbericht der Branchenuntersuchung Strom wiedergegeben:

- Neuanschluss von Kunden: Der Netzbetreiber übersendet dem Kunden gleichzeitig mit dem Netzzugangsvertrag einen Liefervertrag des „eigenen“ Lieferanten, obwohl der Kunde bekannt gegeben hat, dass er den Strom von einem anderen Lieferanten beziehen wird.
- Lieferantenwechsel: Der mit einem Netzbetreiber verbundene Lieferant erfährt vom Netzbetreiber vorzeitig, zu welchem neuen Lieferanten ein Kunde wechseln wird, und legt dem Kunden ein neues Angebot.
- Datenzugriff: Der mit dem Netzbetreiber verbundene Lieferant hat Zugriff auf alle Kundendaten des Netzbetreibers und kann somit gezielt Stromkunden anderer Lieferanten in „seinem“ Gebiet werben.
- Datenqualität: Der Netzbetreiber übermittelt dem „fremden“ Lieferanten keine oder schlechtere Daten als dem mit ihm verbundenen Lieferanten (z.B. elektronische Datenübermittlung für verbundene Lieferanten und Papierrechnungen für „fremde“ Lieferanten).

5.1.2 Behinderung von Preisvergleichen

Der Strompreis setzt sich aus folgenden Komponenten zusammen:

- den für die Nutzung der Stromnetze zu entrichtenden **Systemnutzungstarifen**,
- dem im freien Wettbewerb gebildeten **Energiepreis** sowie

- **Steuern und Abgaben.**

Die Systemnutzungstarife werden **behördlich festgelegt** und sind damit ebenso wie die Steuern und Abgaben der Disposition der Elektrizitätsunternehmen entzogen. Da die Systemnutzungstarife sowie Steuern und Abgaben sich beim Wechsel des Lieferanten der Höhe nach nicht verändern, erfolgt die Vergleichbarkeit von Angeboten ausschließlich über den **Energiepreis**. Dieser muss daher Energiepreis von den übrigen Komponenten des Gesamtpreises **getrennt ausgewiesen** werden, um Preisvergleiche überhaupt erst zu ermöglichen.

Ein Großteil der österreichischen Elektrizitätsunternehmen weist die reinen Energiepreise jedoch nicht transparent in den **Rechnungen** aus. Den Kunden werden noch immer All-Inclusive-Verträge (siehe unten Pkt. 5.1.3) angeboten und die Abrechnung erfolgt nur für den vereinbarten Gesamtpreis (Energiepreis plus Systemnutzungstarife). Die vorgeschriebene Ausweisung der Systemnutzungstarife erfolgt meist nur in der Form, dass ein Geldbetrag angeführt wird, der den Anteil der Systemnutzungstarife am gesamten Rechnungsbetrag darstellt. Diese Art der Rechnungslegung erschwert es den Kunden, ihren Energiepreis festzustellen und Preisvergleiche durchzuführen:

Die Ermittlung des Energiepreises kann in diesem Fall nämlich nur auf rechnerische Weise erfolgen, indem die in der Systemnutzungstarife-Verordnung ausgewiesenen Tarife erst vom Kunden in Erfahrung gebracht, und dann rechnerisch vom Gesamtpreis abgezogen werden müssen. Dies ist insbesondere aufgrund der Aufteilung in Grundpreise und Arbeitspreise ein komplizierter Vorgang, der einem durchschnittlichen Kleinkunden nicht zugemutet werden kann. Die Energie-Control GmbH hat schon im Jahr 2003 **transparente Musterrechnungen** erstellt, in denen die Systemnutzungstarife und die Entgelte für die Energielieferung getrennt dargestellt werden. Da diese Musterrechnungen aber nur Empfehlungscharakter haben, haben nur wenige Unternehmen ihre Rechnungen nach diesen Musterrechnungen gestaltet.

Auch eine Durchsicht der Homepages der zur Durchführung eines gesellschaftsrechtlichen Unbundling verpflichteten Unternehmen ergab, dass nur ein einziges Unternehmen auf den auf der Homepage zur Verfügung gestellten **Preisblättern** eine getrennte Ausweisung von Netz- und Energiepreis vornimmt. Das bedeutet, dass der Konsument für einen Preisvergleich die von der Energie-Control Kommission verordneten Netztarife kennen muss, um aus dem Gesamtpreis den reinen Energiepreis herausrechnen zu können. Dass transparente und vergleichbare Angebote an sich sehr einfach möglich sind, zeigt die Homepage des einen zitierten Unternehmens.

5.1.3 All Inclusive-Verträge

Mangelnde Preistransparenz ist auch ein Thema bei den so genannten All-Inclusive-Verträgen: Hier schließt der Kunde zwar zwei Verträge (den Netznutzungsvertrag mit dem Netzbetreiber, den Liefervertrag mit dem Lieferanten), jedoch wird mit dem Lieferanten ein **fixer Gesamtpreis** („All Inclusive-Preis“) vereinbart, der die Systemnutzungstarife und den Energiepreis umfasst. Eine gesonderte Ausweisung des Energiepreises erfolgt dabei in der Regel **nicht**.

Diese in der Praxis häufig geübte Vertragsgestaltung erschwert die Vergleichbarkeit der Angebote und behindert damit auch den Lieferantenwechsel, da die Kunden den „reinen“ Energiepreis ihres bestehenden Lieferanten nicht mit Alternativangeboten vergleichen können.

Ein weiterer Kritikpunkt bei All Inclusive-Verträgen ist, dass in der Praxis beobachtet werden konnte, dass behördlich verordnete Senkungen der Netztarife nicht an den Kunden weitergegeben wurden, sondern der Gesamtpreis für den Kunden unverändert blieb. De facto kommt es damit zu einer **versteckten Erhöhung des Energiepreises**, gegen die sich der Kunde nicht wehren kann. Aus Kundensicht spielt es dabei keine Rolle, ob die Erhöhung des Energiepreises im gleichen Ausmaß wie die Netztarifsenkung oder geringfügig höher erfolgt. Derartige Praktiken können nur durch ein eigentumsrechtliches Unbundling auf Dauer wirksam ausgeschlossen werden.

5.1.4 Aktuelle Entwicklungen bei der Wettbewerbsbelebung

Die im Rahmen der Branchenuntersuchung Strom aufgezeigten Missstände im Elektrizitätssektor haben die Bundeswettbewerbsbehörde und die Energie-Control GmbH veranlasst, gemeinsam Maßnahmen zur Belebung des Wettbewerbs am heimischen Strommarkt zu erarbeiten und mit den betroffenen Unternehmensverbänden zu diskutieren. Zum Bereich der mangelhaften Durchführung des Unbundling sind derzeit keine relevanten Entwicklungen abzusehen.

5.2 Der Informationsstand der Kunden zum Thema Unbundling

5.2.1 Durchführung



Die Energie-Control GmbH hat das unabhängige Meinungsforschungsinstitut **OGM** mit einer **Telefonumfrage unter 700 österreichischen Haushalten** beauftragt. Ziel der Befragung war, den Wissensstand der österreichischen Bevölkerung zum Thema Strommarktiliberalisierung und im speziellen zum Thema Unbundling abzutesten.

Zielperson war der/die im Haushalt Zuständige für die Energieversorgung (Stromrechnung). Die Umfrage fand im März 2006 statt, die Ergebnisse sind für Österreich repräsentativ. Die maximale Schwankungsbreite beträgt bei 700 Befragten +/-3,7 Prozent.

5.2.2 Hauptergebnisse

Nur **rund ein Drittel** der Österreicher (im Haushalt für Stromversorgung zuständige Personen) wissen darüber Bescheid, dass es seit Liberalisierung des Energiemarktes einen Energieliefer- als auch einen Netznutzungsvertrag gibt.

Ebenso verhält es sich bei der Fragestellung, ob es sich dabei um zwei eigenständige Unternehmen handelt (Energielieferant und Netzbetreiber).

Überdurchschnittlich informiert geben sich Männer und besser Gebildete aus Mehr-Personen-Haushalten im urbanen Bereich. Regionale Unterschiede sind nicht auszumachen. Die Information darüber kommt zu einem Großteil aus den Medien (50 % Nennquote) und vom Energieversorgungsunternehmen (38 %) selbst (z.B. über die Rechnung).

Die Nachfrage, ob man vom Energieversorger auf die beiden unterschiedlichen Verträge (Energielieferung und Netznutzung) hingewiesen wurde, bejahen wiederum ein knappes Drittel der bis dato nicht gewechselten Haushalte.

Nur knapp jeder fünfte Haushalt hatte in den letzten zwölf Monaten Kontakt mit seinem Energieversorgungsunternehmen. Die Hälfte (55 %) dieser Befragtengruppe konnte unterscheiden, ob sie nun mit dem Energielieferanten oder mit dem Netzbetreiber Kontakt hatte. Das heißt, **jeder zehnte Haushalt kann zwischen seinem Energielieferanten und seinem Netzbetreiber unterscheiden.**

5.2.3 Fazit

Der Wissensstand zum Thema Unbundling und die neuen Rahmenbedingungen für die Kunden ist eher gering. Der geringe Wettbewerb im Energiesektor unterstützt das schwache Informationsverhalten der Stromkunden.

6. Zusammenfassung

Die Umsetzung der Entflechtungsvorschriften der RL 2003/54/EG in österreichisches Recht ist nicht abgeschlossen, da **zwei Landesausführungsgesetze** (Burgenland, Kärnten) nach wie vor **nicht kundgemacht** sind.

Bei der Umsetzung der rechtlichen Vorgaben in die wirtschaftliche Praxis wurde dem **Wortlaut der Entflechtungsvorschriften zwar entsprochen**, doch deren **Zielsetzungen** (effektives Unbundling im Sinne der Einrichtung „starker“ Netzbetreiber; keine Minimallösungen) weitgehend **außer Acht gelassen**. Anzumerken ist auch, dass die **rechtlichen Rahmenbedingungen**, insbesondere was die Ausgestaltung des funktionalen Unbundling betrifft, **unzureichend** sind. Die folgenden Punkte sind hervorzuheben:

6.1.1 Minimale Ressourcenausstattung der Netzgesellschaften / Einschränkung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung

Die in den Interpreting Notes geforderte „tatsächliche Entscheidungsbefugnis des Netzbetreibers“ wurde nur über den Umweg von komplizierten juristischen Konstruktionen in Form der Einschränkung der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer der GmbH erreicht. In Bezug auf betriebswirtschaftliche Entscheidungen über Investitionen und deren Finanzierung, die über den genehmigten Finanzplan hinausgehen, gibt es umfangreiche Beschränkungen. Die im österreichischen Recht vorgesehene AG, die die Unabhängigkeit der Netzgesellschaft weitgehend gewährleisten würde, haben nur jene Verteilnetzbetreiber gewählt, die den Verteilnetzbetrieb gemeinsam mit dem Übertragungsnetz, für das ex lege eine AG vorgesehen ist, betreiben. Alle anderen Unternehmen haben eine GmbH gegründet, deren Rechtskonstruktion die wirtschaftliche Unabhängigkeit wesentlich einschränkt.

6.1.2 Unzureichende Personalausstattung der Netzunternehmen

Die Netzgesellschaften haben – mit einigen Ausnahmen - in ihren Unternehmen nur einige wenige bis 50 Mitarbeiter angestellt, währenddessen die in der Vergangenheit den Muttergesellschaften dem Netzbereich zugeordneten Mitarbeiter bis zu 1000 pro Unternehmen betragen haben. In einigen Fällen sind sogar nur die Mitglieder der Geschäftsführung im Unternehmen angestellt. Die Arbeitsleistung aller anderen Mitarbeiter wird durch Personalüberlassungsverträge zugekauft. Die rechtliche und wirtschaftliche Verfügbarkeit über Mitarbeiterressourcen wird dadurch erheblich eingeschränkt.

6.1.3 Minimales Ausmaß der wirtschaftlichen Leistungserbringung in den Netzgesellschaften

Die Netzgesellschaften verfügen nicht nur über wenige eigene Mitarbeiter, auch die wichtigsten zum Betrieb des Netzes erforderlichen Vermögenswerte (Netze) verbleiben in der Regel in den Muttergesellschaften und werden mittels Pachtverträgen den Netzgesellschaften zur Nutzung überlassen. Die Personalressourcen für den Betrieb des Netzes und ein Großteil der Overheaddienstleistungen werden von Konzerngesellschaften mittels Dienstleistungsverträgen zugekauft.

6.1.4 Kein erkennbarer Wille zu einer eigenen Unternehmensidentität im Außenauftritt der Netzgesellschaften

Die Firmenbezeichnungen der Netzgesellschaften enthalten großteils den Firmennamen der Muttergesellschaften mit dem Zusatz „Netz“. Die Mitarbeiter der Netzgesellschaften und der Muttergesellschaften sitzen mit wenigen Ausnahmen am gleichen Firmensitz unter derselben Firmenadresse. Telefonnummern und E-Mailadressen sind teilweise ident, der Internetauftritt unterscheidet sich kaum vom denjenigen der Muttergesellschaft.

6.1.5 Ungleichbehandlung von Lieferanten

Die Recherchen im Rahmen der gemeinsam mit der Wettbewerbsbehörde durchgeführten Branchenuntersuchung haben gezeigt, dass es bei den Unternehmen eine Reihe von Verhaltensweisen und Praktiken gibt, die verhindern, dass der Endkunde „barrierefrei“ zu seinen Vorteilen aus der Liberalisierung kommt. Derartige Barrieren finden sich in Form der Ungleichbehandlung von Lieferanten (gleichzeitige Zusendung von Netzzugangsvertrag und Liefervertrag des „eigenen“ Lieferanten, Datenzugriff des „eigenen“ Lieferanten auf alle Kundendaten des Netzbetreibers etc.).

6.1.6 Intransparente Preisangebote, wenig Information zum Unbundling

Preisangebote werden nur in Form von Gesamtpreisen für Systemnutzungstarife, Energiepreis, Steuern und Abgaben erstellt, sodass der Kunde nicht oder kaum in der Lage ist, den reinen Energiepreis zu vergleichen. Der Versuch eines Preisvergleiches für einen Haushaltskunden aufgrund der Daten aus den Homepages zeigt, dass lediglich ein Unternehmen in Westösterreich den reinen Energiepreis in Cent/kW angibt und damit einen raschen Preisvergleich für einen unkundigen Konsumenten ermöglicht.

Eine OGM-Befragung zum Thema Informationsstand Unbundling hat gezeigt, dass nur knapp ein Drittel der Österreicher über die Existenz von unterschiedlichen Unternehmen für die Lieferung von Energie und das Erbringen der Netzdienstleistung informiert ist.

6.1.7 All Inclusive-Preise verhindern Weitergabe von Netztarifsenkungen

Die Praxis der Verrechnung von All Inclusive-Preisen hat gezeigt, dass die von der Behörde verordnete Senkung der Systemnutzungstarife in vielen Fällen für eine gleichzeitige Erhöhung der Energiepreise genutzt wird, in dem der All Inklusiv-Preis für den Endkunden unverändert bleibt und die Energiekomponente erhöht wird. Seitens jener Unternehmen, die derartige Verhaltensweisen üben, wurde gegenüber der Energie-Control GmbH kommuniziert, Tarifsenkungen auch zukünftig zum Anlass für Erhöhungen des Energiepreises nehmen zu wollen, wobei diese Erhöhung nicht notwendigerweise deckungsgleich mit der Tarifsenkung sein werde.

Bezieht der Kunde im Fall einer Netztarifsenkung die Energie nicht von dem mit dem Netzbetreiber verbundenen Lieferanten, dann kommt es im Normalfall für den Endkunden zu keiner Erhöhung des Energiepreises bzw. falls doch, wird die Erhöhung für den Konsumenten transparent kommuniziert.