

Wer ist Ansprechpartner der REGTP in Fragen des Gleichbehandlungsprogramms? Zum Verpflichteten in § 8 V EnWG-RE

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M. (LSE) und Winfried Rasbach, Bonn*

§ 8 V EnWG-RE verpflichtet „vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen“. In einem Konzernverbund fällt hierunter in aller Regel nicht die für den Betrieb des Netzes unmittelbar verantwortliche Gesellschaft, vielmehr erfasst die Vorschrift alle die Netzgesellschaft nach den Maßstäben der Fusionskontrollverordnung kontrollierenden Konzerngesellschaften, soweit diese zugleich Tätigkeiten der Erzeugung/Gewinnung oder des Energievertriebs ausüben. Aufgeworfen ist damit die für die zukünftige Regulierungspraxis wesentliche Frage, an wen sich die REGTP wenden darf, wenn sie die Erfüllung der Pflicht zur Festlegung eines Gleichbehandlungsprogramms und zur Gewährleistung der jährlichen Berichterstattung über die getroffenen Maßnahmen einfordert. Insoweit besteht eine quasi „gesamtschuldnerische“ Verpflichtung aller Rechtsträger eines Konzernverbunds, welche die Definitionsmerkmale eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens erfüllen.

I. Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen als Adressaten des § 8 V EnWG-RE

§ 8 V EnWG-RE¹ führt in die deutsche Energierechtsordnung erstmals die unternehmerische Pflicht ein zur Erstellung eines Programms für die mit Tätigkeiten des Netzbetriebes befassten Mitarbeiter, in dem verbindliche Maßnahmen zur diskriminierungsfreien Ausübung des Netzgeschäfts festzulegen sind. Dieses Gleichbehandlungsprogramm ist sowohl den betreffenden Mitar-

beitern als auch der Regulierungsbehörde bekannt zu machen sowie unternehmensintern durch eine Person oder Stelle zu überwachen. Ferner ist sicherzustellen, dass der Regulierungsbehörde jährlich über die getroffenen Maßnahmen Bericht erstattet wird². Dieses „Pflichtenpaket“ erlegt § 8 V EnWG-RE „vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen“ auf.

§ 3 Nr. 38 EnWG-RE definiert das „vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen“ als ein „im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätiges Unternehmen oder eine im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätige Gruppe von Unternehmen, die im Sinne des Artikels 3 II der Verordnung (EG) 139/2004/EU des Rates vom 20.1.2004 (FKVO 2004) über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen³ miteinander verbunden sind, wobei das betreffende Unternehmen bzw. die betreffende Gruppe im Elektrizitätsbereich mindestens eine der Funktionen Übertragung oder Verteilung und mindestens eine der Funktionen Erzeugung oder Vertrieb von Elektrizität oder im Erdgasbereich mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, Betrieb einer LNG-Anlage oder Speicherung und gleichzeitig eine der Funktionen Gewinnung oder Vertrieb von Erdgas wahrnimmt“. Durch den Verweis auf die FKVO 2004 kann somit Anknüpfungssubjekt auch eine Unternehmensgruppe sein, die aus rechtlich unabhängigen Unternehmen besteht. Insoweit rechtfertigen die – durch § 8 I - IV EnWG-RE nicht von vornherein ausgeschlossenen – wirtschaftlichen Verflechtungen innerhalb eines Konzerns die Anknüpfung an die größere Organisationseinheit der Unternehmensgruppe. Eine Unternehmensgruppe ist anzunehmen, wenn ein Unternehmen die Kontrolle über mindestens ein anderes Unternehmen ausübt. Die Kontrolle i.S.d. FKVO 2004 wird dabei durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben.

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, der Zweitautor ist ebendort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1 Der Entwurf eines Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung, sog. „Kabinettsentwurf“ bzw. Regierungsentwurf (nachfolgend EnWG-RE) v. 28.7.2004, ist abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/zweites-gesetz-zur-neuregelung-des-energierechtsrechts-kabinetttentwurf.pdf>.

2 § 8 V EnWG-RE statuiert konkrete Vorgaben in Bezug auf die Ausgestaltung der unternehmerischen Binnenorganisation und ist nach Systematik und Inhalt den Vorschriften zum organisatorischen Unbundling zuzurechnen. Zur Reform des energiewirtschaftlichen Unbundling-Regimes allgemein s. Koenig/Kühling/Rasbach, RdE 2003, 221 ff.; Staebe, DVBl 2004, 853 (855 ff.). Zu Inhalt und Rechtsnatur des Vermerks der GD zu den Unbundling-Vorschriften der Energiebinnenmarkttrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/notes_for_implementation_en.htm; s. Ehrlicke, EuZW 2004, 359 ff.; Koenig/Haratsch/Rasbach, ZNER 2004, 11 ff.

3 ABIEG Nr. L 176, 2.

Ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen i.S.d. §§ 3 Nr. 38, 8 V EnWG-RE liegt daher bereits immer dann vor, wenn entweder ein rechtlich unabhängiges Unternehmen gleichzeitig ein Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetz betreibt und zugleich in der Gewinnung/Erzeugung oder im Vertrieb von Elektrizität bzw. Erdgas tätig ist oder die Funktionen Gewinnung/Erzeugung/Energievertrieb einerseits und Netzbetrieb andererseits zwar in rechtlich getrennten Gesellschaften ausgeübt werden, eine dieser Gesellschaften aber die andere i.S.v. Art. 3 II FKVO 2004 kontrolliert oder sowohl Erzeugung/Energievertrieb als auch Netzbetrieb unter dem gemeinsamen Dach einer kontrollierenden Holding zusammengefasst sind⁴.

II. Der jeweilige Rechtsträger als Zuordnungssubjekt der an das „Unternehmen“ adressierten Pflichten

Soweit der EnWG-RE in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Terminologie in den Energiebinnen-

marktrichtlinien 2003/54/EG⁵ und 2003/55/EG⁶ und der FKVO 2004 auf den Begriff des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe abstellt, ist grundlegend klarzustellen, dass hiermit die Pflichten jeweils am Rechtsträger, mithin etwa an der jeweiligen Personen- oder Kapitalgesellschaft, angeknüpft werden sollen. Der Begriff des Unternehmens umfasst die Gesamtheit von Personen und materiellen sowie immateriellen Rechtsgütern und Geschäftswerten, die in einer Organisation zusammengefasst und zu einem einheitlichen wirtschaftlichen Zweck dienstbar gemacht sind. Er beschreibt hiernach die tatsächliche, am Markt operierende Einheit. Der Begriff des Rechtsträgers hingegen bezeichnet das Rechtssubjekt, dem das Unternehmen und sein Verhalten zuzurechnen ist⁷.

Der Rechtsträger ist Zurechnungssubjekt der an ein „Unternehmen“ oder eine „Unternehmensgruppe“ adressierten Pflichten. Soweit daher auch im Folgenden noch in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des EnWG-RE vom Unternehmen die Rede ist, ist hiermit grundsätzlich der jeweilige Rechtsträger als rechtliches Anknüpfungssubjekt der Verpflichtung gemeint.

III. Adressierte Rechtsträger im Konzernverbund

Adressat des „Pflichtenpakets“ aus § 8 V EnWG-RE ist also jeder Rechtsträger, der mindestens eine Netztaetigkeit sowie zugleich mindestens eine Tätigkeit auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten der Erzeugung/Gewinnung oder des Energievertriebs entweder selbst oder durch von ihm kontrollierte Rechtsträger ausübt.

Hierunter fällt aber vielfach gerade nicht die für den Netzbetrieb unmittelbar verantwortliche Gesellschaft. Denn die große Mehrzahl der Energieversorgungsunternehmen hat ihr Netzgeschäft bereits in eine rechtlich unabhängige „Netzgesellschaft“ ausgegliedert oder wird dem Gebot aus § 7 I EnWG-RE – soweit es für sie einschlägig ist⁸ – in naher Zukunft nachkommen müssen. Eine entsprechend der Zielvorgabe des § 7 I EnWG-RE ausgegliederte Netzgesellschaft ist aber, da sie ausschließlich die Funktion des Netzbetriebs wahrnimmt, keinesfalls „vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen“ im Sinne o.g. Legaldefinition. Im Konzernverbund ist mithin im Regelfall die für den Netzbetrieb unmittelbar verantwortliche „Netzgesellschaft“ und damit der Netzbetreiber i.S.d. § 3 Nr. 3, 5, 7 EnWG-RE nicht Verpflichteter des § 8 V EnWG-RE – ein auf den ersten Blick durchaus überraschender Befund, wenden sich doch die entsprechenden Vorschriften auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene (Art. 10 II d), 15 II d), 17 II d) EltRL, Art. 9 II d), 13 II d), 15 II d) GasRL) gerade an die jeweiligen Netzbetreiber.

Im Konzernverbund ist vielmehr regelmäßig das die Kontrolle über die Netzgesellschaft ausübende Mutterunternehmen – in der Person des Rechtsträgers – aus § 8 V EnWG-RE zur Erstellung eines Gleichbehandlungsprogramms verpflichtet; dies jedenfalls dann,

wenn es zugleich Tätigkeiten auf dem Gebiet der Erzeugung/Gewinnung oder des Energievertriebs ausübt. Daneben trifft die Pflicht aus § 8 V EnWG-RE jede weitere Konzerngesellschaft, die direkt oder auch indirekt die Netzgesellschaft kontrolliert und zugleich Funktionen auf den dem Netzbetrieb vor- bzw. nachgelagerten Märkten selbst oder wiederum durch beherrschte Gesellschaften wahrnimmt. Dies gilt beispielsweise auch für eine Holding, die in der Konzernstruktur noch oberhalb der unmittelbar die Netzgesellschaft kontrollierenden „Muttergesellschaft“ angesiedelt ist und damit letztlich ebenfalls Funktionen des Netzbetriebs und der Erzeugung/Gewinnung oder des Energievertriebs unter sich vereint. Insoweit wird die Motivation des (Entwurfs-)Gesetzgebers, von der gemeinschaftsrechtlich vorgezeichneten Verpflichtung der Netzgesellschaften abzuweichen, deutlich: Die Verantwortung für die Erarbeitung eines Programms zur diskriminierungsfreien Ausübung des Netzgeschäfts soll gerade bei dem Rechtsträger liegen, der die Kontrolle über die neuralgischen, besonders diskriminierungsrelevanten Schnittpunkte zwischen Netzbetrieb und den übrigen energiewirtschaftlichen Tätigkeiten innehat. Dies wird durch die Verpflichtung aller Konzerngesellschaften, die direkt oder indirekt über eine „ununterbrochene Kontrollkette“ die Netzgesellschaft beherrschen und zugleich andere energiewirtschaftliche Funktionen direkt oder indirekt ausüben, erreicht.

IV. „Gesamtschuldnerische“ Organisationspflicht einer Mehrzahl von gemäß § 8 V EnWG-RE Verpflichteten

Hiervon ausgehend ist es möglich, dass in einem Konzernverbund – bezogen auf den Betrieb eines örtlich

- 4 Dabei bedarf es immer der Zusammenfassung einer Netz- und einer vor- bzw. nachgelagerten Tätigkeit entweder auf dem Elektrizitäts- oder auf dem Erdgassektor, um die Voraussetzungen des § 3 Nr. 38 EnWG-RE zu erfüllen. Die kumulative Wahrnehmung etwa der Aufgaben des Erdgasnetzbetriebs und des Vertriebs von Elektrizität in einem Unternehmen oder einer Unternehmensgruppe führt dagegen für sich allein noch nicht zur Qualifizierung als integriertes Energieversorgungsunternehmen. Dies stellt die „oder-Verknüpfung“ im Wortlaut des § 3 Nr. 38 EnWG-RE klar („oder im Erdgasbereich ...“).
- 5 Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABIEG Nr. L 176, 37 (im Folgenden: EltRL).
- 6 Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABIEG Nr. L 176, 57 (im Folgenden: GasRL).
- 7 S. zur Unterscheidung beider Begriffe grundlegend *Koenig/Ritter*, Das Unternehmen, sein Rechtsträger und dessen Anteilseigner im Rahmen der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, EuZW 2004, 487.
- 8 Von der Pflicht zum Legal Unbundling sind gemäß § 7 II EnWG-RE vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ausgenommen, an deren Strom- bzw. Gasversorgungsnetz weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind. Für den Verteilnetzbetrieb gilt die Verpflichtung aus § 7 I EnWG-RE erst ab dem 1.7.2007.

abgegrenzten Netzes – mehrere Rechtsträger zugleich von § 8 V EnWG-RE adressiert werden. In diesem Fall trifft grundsätzlich jeden der in § 8 V EnWG-RE adressierten Rechtsträger die Organisationsverpflichtung, für alle mit Tätigkeiten des jeweiligen Netzbetriebs befassten Mitarbeiter ein Gleichbehandlungsprogramm festzulegen, dieses den eigenen Mitarbeitern und der Bundesregulierungsbehörde bekannt zu machen und die Einhaltung des Programms durch eine Person oder Stelle zu überwachen.

Alle zugleich adressierten Rechtspersönlichkeiten können daher auch von der Regulierungsbehörde in die Pflicht genommen werden. Soweit aber in Bezug auf die mit dem Betrieb des jeweiligen örtlich abgegrenzten Netzes befassten Mitarbeiter Deckungsgleichheit besteht, gilt der gesetzliche „Organisationsauftrag“ aus § 8 V EnWG-RE insgesamt nur einmal. Insoweit besteht eine gemeinsame – quasi „gesamtschuldnerische“ – Organisationspflicht aller adressierten Rechtsträger, sicherzustellen, dass für alle mit dem betreffenden Netzbetrieb befassten Mitarbeiter ein Gleichbehandlungsprogramm vorliegt. Welche der Konzerngesellschaften die Festlegung und Überwachung des Gleichbehandlungsprogramms federführend übernimmt, überlässt der Gesetzgeber den nach § 8 V EnWG-RE gemeinsam Verpflichteten. Entscheidend ist, dass insoweit alle mit dem Betrieb des jeweiligen Netzes im funktionalen Sinne befassten Mitarbeiter hiervon erfasst werden, unabhängig davon, welcher Konzerngesellschaft sie fachlich und disziplinarisch unterstellt sind. In dem Fall, dass eine Konzerngesellschaft die Aufstellung und Überwachung des Programms federführend übernimmt, haben die übrigen, ebenfalls von § 8 V EnWG-RE adressierten Konzerngesellschaften daher das Programm insbesondere insoweit aktiv mitzutragen, als es Pflichten für Mitarbeiter enthält, die ausschließlich letzteren unterstellt sind.

Schließlich bedarf es auch der Etablierung lediglich einer zuständigen Person oder Stelle zur Überwachung des Gleichbehandlungsprogramms, solange diesem „Gleichbehandlungsbeauftragten“ die zu seiner Aufgabenerfüllung erforderlichen Befugnisse von allen durch § 8 V EnWG-RE verpflichteten Konzerngesellschaften eingeräumt werden. Dann spricht aber auch nichts gegen die Ansiedlung des „Gleichbehandlungsbeauftragten“ etwa unmittelbar bei der Netzgesellschaft. Denn wenn die von § 8 V EnWG-RE zugleich Verpflichteten innerhalb ihrer Organisationsstruktur mit der Festlegung und Überwachung des Gleichbehandlungsprogramms befassen, liegt in ihrer eigenen „Organisationshoheit“, welche von § 8 V EnWG-RE nicht angetastet wird. Im Gegenteil: Für eine Verortung des „Gleichbehandlungsbeauftragten“ unmittelbar bei der Netzgesellschaft sprechen gute, „unbündelkonforme“ Gründe: Denn eine solche gibt Anlass zur Hoffnung, dass aufgrund der hier gegebenen Nähe zu den „Mitarbeitern des täglichen Netzgeschäfts“, die mit diskriminierungsrelevanten Tätigkeiten betraut sind, Missstände frühzeitig erkannt, ihnen wirkungsvoll begegnet werden kann und der

„Gleichbehandlungsbeauftragte“ hierdurch in die Lage versetzt wird, getroffene Maßnahmen kontinuierlich und effektiv auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen.

Inkrafttreten des novellierten EEG: Was ändert sich für die Netzbetreiber?

*Rechtsanwältin Dr. Susanne Jahn, Berlin**

Am 1.8.2004 ist das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich (EEG)¹ in Kraft getreten. Anlass für die Neuregelung war der dem Bundestag im Sommer 2002 vorgelegte Erfahrungsbericht² über den Stand der Markteinführung und die Notwendigkeit der Anpassung der Vergütungssätze. Die Novellierung wurde neben der Anpassung der Vergütungssätze dazu genutzt, zahlreiche Details der Gesetzesabwicklung, die in der Vergangenheit zwischen Anlagen- und Netzbetreiber umstritten waren, klarstellend zu regeln³. Im folgenden Beitrag sollen einige der für die Netzbetreiber wesentlichen Änderungen dargestellt werden.

I. Anschlusspflicht

Aufgrund einer Vorgabe der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie⁴ beschränkt sich das Vorrangprinzip zukünftig nicht mehr auf die Abnahme und Übertragung von EEG-Strom, sondern bezieht sich auch auf den Anschluss von EEG-Anlagen. Nach § 4 I 1 EEG hat der Netzbetreiber daher die Pflicht, die EEG-Anlagen unverzüglich („ohne schuldhaftes Zögern“, § 121 BGB) und vorrangig an sein Netz anzuschließen. Eine Definition des Netzbetreibers findet sich in § 3 VII 1 EEG. Dazu zählen „die Betreiber von Netzen aller Spannungsebenen für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität“.

§ 13 I 3 EEG stellt klar, dass die Ausführung des Anschlusses Sache des Anlagenbetreibers ist. Er hat danach die Kosten des Anschlusses (inkl. der Kosten für die Messeinrichtungen) zu tragen. Dem Anlagenbetreiber wird in § 13 I 4 EEG ein Wahlrecht eingeräumt, ob er den Anschluss durch den Netzbetreiber oder einen fachkundigen Dritten durchführen lässt. Dasselbe gilt für den Betrieb und die Installation der Messeinrichtungen. Der Anlagenbetreiber hat dafür Sorge zu tragen, dass die Ausführung des Anschlusses und der übrigen Einrichtungen den notwendigen technischen Anforderungen des Netzbetreibers und nach § 16 I 2 EnWG den „anerkannten Regeln der Technik“ entspricht. Wie bereits in der Vergangenheit ist der Netzbetreiber zur Offenlegung der für eine Netzverträglichkeitsprüfung erforderlichen Daten gegenüber dem Anlagenbetreiber verpflichtet. In § 4 IV EEG ausdrücklich geregelt wurde jetzt, dass der Netzbetreiber auf Antrag dem Verlangen des Anlagenbetreibers auf Offenlegung der Netzdaten innerhalb von acht Wochen nachzukommen hat. Ausweislich der Gesetzesbegründung hat die Auskunft über die Netzdaten entgeltfrei zu erfolgen⁵. Offenlegen