



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Brüssel, den 6.9.2012
C(2012) 6261 final

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION

vom 6.9.2012

**nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 und Artikel 10 Absatz 6 der
Richtlinie 2009/73/EG – Deutschland - Zertifizierung der bayernets GmbH**

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION

vom 6.9.2012

nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 und Artikel 10 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG – Deutschland - Zertifizierung der bayernets GmbH

I. VERFAHREN

Am 10. Juli 2012 erhielt die Kommission gemäß Artikel 10 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG¹ (im Folgenden „Gasrichtlinie“) eine Mitteilung der deutschen Bundesnetzagentur (im Folgenden „Bundesnetzagentur“) über einen Entwurf einer Entscheidung über die Zertifizierung des Gasfernleitungsnetzbetreibers (im Folgenden „FNB“) „bayernets GmbH“ (im Folgenden „bayernets“).

Nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009² (im Folgenden „Gasverordnung“) muss die Kommission den übermittelten Entwurf der Entscheidung prüfen und der zuständigen nationalen Regulierungsbehörde ihre Stellungnahme bezüglich der Vereinbarkeit mit Artikel 10 Absatz 2 und mit Artikel 9 der Gasrichtlinie übermitteln.

II. BESCHREIBUNG DES MITGETEILTEN ENTSCHEIDUNGSENTWURFS

Das Unternehmen bayernets wurde am 1. Januar 2007 gegründet. Es betreibt ein 1 313 km langes Erdgas-Hochdruckleitungsnetz in Bayern. Das Netzgebiet umfasst rund 36 000km² und ist mit 43 Gasverteilernetzen verbunden. bayernets ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Bayerngas GmbH (im Folgenden „Bayerngas“), einem Unternehmen, das in den Bereichen Gasversorgung und Gasspeicherung tätig ist.

Um den für die Entflechtung der Fernleitungsnetzbetreiber geltenden Rechtsvorschriften nachzukommen, hat sich die bayernets für das Modell des unabhängigen Fernleitungsnetzbetreibers (im Folgenden „ITO“) nach Artikel 9 Absatz 8 Buchstabe b der Gasrichtlinie entschieden. Diese Möglichkeit steht der bayernets nach den deutschen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Gasrichtlinie in nationales Recht, d. h. nach dem Energiewirtschaftsgesetz (im Folgenden „EnWG“)³, zu.

In Artikel 9 der Gasrichtlinie sind Regeln für die Entflechtung der Fernleitungsnetze und der Fernleitungsnetzbetreiber festgelegt. In Artikel 9 Absatz 8 Buchstabe b dieser Richtlinie ist geregelt, dass in den Fällen, in denen das Fernleitungsnetz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Unternehmen gehört, ein Mitgliedstaat entscheiden kann, Absatz 1 nicht anzuwenden, sofern der betroffene Mitgliedstaat die Bestimmungen des Kapitels IV einhält, in denen Anforderungen an unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber festgelegt sind (Artikel 17 bis 23 der Gasrichtlinie).

¹ Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 94.

² Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 36.

³ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) i.d.F. von Artikel 2 des Gesetzes vom 16.1.2012, BGBl I S. 74.

Die Bundesnetzagentur hat geprüft, ob und in welchem Umfang die bayernets den Entflechtungsregeln des ITO-Modells gemäß den deutschen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Gasrichtlinie nachkommt. Im Entwurf ihrer Entscheidung hat die Bundesnetzagentur einige Maßnahmen genannt, die noch getroffen werden müssen, um die vollständige Einhaltung der Entflechtungsvorschriften sicherzustellen. Die Einhaltung dieser Maßnahmen wurde zur Auflage für eine positive endgültige Zertifizierungsentscheidung gemacht. Die Auflagen lauten wie folgt:

- a) Die Übertragung des Eigentums am Netz hat spätestens mit der Eintragung in das Handelsregister im August 2012 auf die Antragstellerin zu erfolgen.
- b) Die in Anlage B) des Dienstleistungsvertrags zwischen der Antragstellerin und der Bayerngas GmbH („ITO-BG“) enthaltene Auflistung der Entgelte ist spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung dahingehend anzupassen, dass einheitliche Kalkulationseinheiten, einheitliche Personalkostensätze und eine einheitliche Definition sowie detaillierte Aufschlüsselung von Kalkulationseinheiten angesetzt werden. In gleicher Weise ist die Anlage „Dienstleistungsentgelte (Kalkulationsgrundlage)“, die für dritte Nachfrager vorgesehen ist, anzupassen. Die angepassten Anlagen sind der Beschlusskammer unverzüglich vorzulegen.
- c) Die Trennung der Informationstechnologie von der Bayerngas GmbH ist spätestens bis zum 31.12.2012 abzuschließen.
- d) Die räumliche Trennung von der Bayerngas GmbH ist spätestens bis zum 31.12.2012 abzuschließen.
- e) Die Darlehensvereinbarungen (Rahmenkreditvertrag inkl. Konditionen) zwischen der Antragstellerin und der Bayerngas GmbH sind der Beschlusskammer spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung vorzulegen.
- f) Vertragliche Vereinbarungen, nach denen für Kapitalerhöhungen oder die Aufnahme von Darlehen durch die Antragstellerin ein Erst-Eintrittsrecht der Bayerngas GmbH vorgesehen ist, sind aufzukündigen. Ihre Beendigung im Wege der Vertragsanpassung oder Kündigung ist der Beschlusskammer spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung nachzuweisen.
- g) Die Besetzung des Centers „Recht/Personal“ hat unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 10c EnWG spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung zu erfolgen.

III. ANMERKUNGEN

Ausgehend von der vorliegenden Mitteilung hat die Kommission die folgenden Anmerkungen zum Entscheidungsentwurf.

1. Wahl des ITO-Modells

Nach Artikel 9 Absatz 8 der Gasrichtlinie kann das ITO-Modell in Fällen angewandt werden, in denen das Fernleitungsnetz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Unternehmen (im Folgenden „VIU“) gehörte. Die Kommission stimmt im vorliegenden Fall mit der Bundesnetzagentur überein, dass die Wahl des ITO-Modells legitim ist, da das in Rede stehende Fernleitungsnetz am maßgeblichen Stichtag einem VIU gehörte.

2. IT-Berater und externe Auftragnehmer

Nach Artikel 17 Absatz 5 der Gasrichtlinie gewährleisten die FNB, dass sie in Bezug auf IT-Systeme oder –ausrüstung nicht mit denselben Beratern und externen Auftragnehmern wie ein anderer Unternehmensteil des VIU zusammenarbeiten. In ihrem Entscheidungsentwurf hat die Bundesnetzagentur von der bayernets verlangt, ihr IT-System von dem vom VIU genutzten System vollständig zu trennen. Aus dem Entscheidungsentwurf der Bundesnetzagentur geht jedoch hervor, dass die bayernets weiterhin Dienstleistungen von externen IT-Auftragnehmern, die auch Dienstleistungen für das VIU erbringen, in Anspruch nehmen wird. Die Bundesnetzagentur stellt in ihrem Entscheidungsentwurf mit Bezug auf das EnWG fest, dass das VIU und die bayernets weiterhin dieselben externen Auftraggeber im IT-Bereich beauftragen können, sofern diese Auftragnehmer sicherstellen, dass die betreffenden Mitarbeiter ausschließlich für die Beratung der bayernets eingesetzt werden.

Die Kommission bezweifelt, dass mit diesem Ansatz die gemäß Artikel 17 Absatz 5 der Gasrichtlinie erforderliche Unabhängigkeit des ITO in Bezug auf die mit dem IT-Betrieb zusammenhängenden Aktivitäten gewährleistet ist. Die Kommission ist der Auffassung, dass eine Ausnahme von dem Verbot des Artikels 17 Absatz 5 der Gasrichtlinie nur unter außergewöhnlichen Umständen, in denen kein anderer Dienstleister als derjenige, der die Dienstleistungen auch für das VIU erbringt, in der Lage wäre, solche Dienstleistungen für die bayernets zu erbringen, als gerechtfertigt betrachtet werden könnte. In diesem Fall sollte eine solche Ausnahme außerdem grundsätzlich vorübergehender Art und zeitlich befristet sein und von Maßnahmen flankiert werden, die wirksam sicherstellen, dass Interessenkonflikte und Missbrauchsfälle vermieden werden. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Zertifizierungsentscheidung zu verlangen, dass die bayernets und das VIU nicht dieselben externen IT-Berater beauftragen, oder aber erneut zu prüfen, ob die Situation eine Ausnahme auf der Grundlage der vorgenannten Kriterien rechtfertigt.

3. Unabhängige Rechnungslegung

Nach Artikel 17 Absatz 6 der Gasrichtlinie ist die Rechnungslegung des FNB von anderen Wirtschaftsprüfern als denen, die die Rechnungsprüfung beim VIU oder bei dessen Unternehmensteilen vornehmen, zu prüfen. Aus dem Entscheidungsentwurf der Bundesnetzagentur geht hervor, dass die bayernets und das VIU nach der Zertifizierung weiterhin mit derselben Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zusammenarbeiten würden. Die Bundesnetzagentur argumentierte, dass die Beauftragung derselben Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Entflechtungsanforderungen erfüllen kann, solange sichergestellt ist, dass die natürlichen Personen, die das VIU prüfen, nicht dieselben sind, die die bayernets prüfen.

Die Kommission ist aufgrund des Artikels 17 Absatz 6 der Gasrichtlinie der Ansicht, dass die Bundesnetzagentur zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Gewährleistung einer wirksamen Trennung zwischen dem VIU und der bayernets verlangen sollte, dass die bayernets eine andere Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als die, die von dem VIU oder dessen Unternehmensteilen beauftragt wird, in Anspruch nimmt.

4. Unabhängigkeit der Unternehmensleitung

Nach Artikel 19 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 8 der Gasrichtlinie darf die Mehrheit der Angehörigen der Unternehmensleitung in den letzten drei Jahren vor ihrer Ernennung bei einem Unternehmensteil des VIU oder bei anderen Mehrheitsanteilseignern als dem Fernleitungsnetzbetreiber weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleidet oder berufliche Aufgaben wahrgenommen noch Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten haben.

In ihrem Entscheidungsentwurf verweist die Bundesnetzagentur auf die deutschen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Gasrichtlinie, d. h. auf das EnWG, wonach die vorstehend genannte Unabhängigkeitsvorgabe nicht für Mitglieder der Unternehmensleitung des ITO gelten sollte, die vor dem 3. März 2012 ernannt wurden. Die Kommission bezweifelt, dass die deutschen Umsetzungsrechtsvorschriften in diesem Punkt mit der Gasrichtlinie übereinstimmen, und weist darauf hin, dass sie in bestimmten Fällen die tatsächliche Unabhängigkeit des ITO untergraben könnten. Die Kommission fordert daher die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Entscheidung über die Zertifizierung erneut zu prüfen, ob der überwiegende Teil der Unternehmensleitung der bayernets die Unabhängigkeitskriterien des Artikels 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie tatsächlich in vollem Umfang erfüllt, auch wenn ihre Ernennung vor dem 3. März 2012 liegt. Ist dies nicht der Fall, fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Zertifizierungsentscheidung zu verlangen, dass die Angehörigen der Unternehmensleitung der bayernets die in Artikel 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie festgelegten Unabhängigkeitskriterien mehrheitlich erfüllen.

Nach Artikel 19 Absatz 5 der Gasrichtlinie dürfen die Unternehmensleitung und die Beschäftigten des ITO keine Beteiligungen an Unternehmensteilen des VIU halten. In ihrem Entscheidungsentwurf nimmt die Bundesnetzagentur auf die deutschen Umsetzungsrechtsvorschriften Bezug, nach denen Anteile an dem VIU, die von der Unternehmensleitung vor dem 3. März 2012 erworben wurden, zu veräußern sind, allerdings erst bis zum 31. März 2016. Für Mitarbeiter, die nicht der Unternehmensleitung angehören, gilt keine Vorgabe, Anteile am VIU zu veräußern. Die Kommission bezweifelt, dass die deutschen Umsetzungsrechtsvorschriften mit der Gasrichtlinie übereinstimmen, und stellt fest, dass sie in bestimmten Fällen die tatsächliche Unabhängigkeit des ITO untergraben könnten. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Entscheidung zu verlangen, dass die Unternehmensleitung ihre Beteiligungen am VIU so schnell wie möglich veräußert oder zumindest einem unabhängigen Treuhänder überantwortet. Ferner fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, dafür Sorge zu tragen, dass die Bestimmungen des Artikels 19 Absatz 5 der Gasrichtlinie auch von den Mitarbeitern der bayernets, die nicht der Unternehmensleitung angehören, eingehalten werden.

5. Unabhängigkeit des Aufsichtsorgans

Nach Artikel 20 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie dürfen die unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsorgans in den letzten drei Jahren vor ihrer Ernennung bei einem Unternehmensteil des VIU oder bei dessen Mehrheitsanteilseignern weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleidet oder berufliche Aufgaben wahrgenommen noch Interessens- oder Geschäftsbedingungen zu ihnen unterhalten haben.

Aus dem Entscheidungsentwurf der Bundesnetzagentur und den dem Zertifizierungsantrag der bayernets beigefügten Unterlagen geht hervor, dass dieses Kriterium in Bezug auf die unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsorgans der bayernets, die vor dem 3. März 2012 ernannt wurden, nicht angewandt wurde. Bezugnehmend auf die Ausführungen zu Artikel 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie im vorangegangenen Abschnitt fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Zertifizierungsentscheidung erneut zu prüfen, ob die unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsorgans der bayernets die Unabhängigkeitskriterien des Artikels 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie tatsächlich in vollem Umfang erfüllen, auch wenn sie vor dem 3. März 2012 bestellt wurden. Ist dies nicht der Fall, fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Zertifizierungsentscheidung von der bayernets zu verlangen, dass die in Artikel 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie festgelegten Unabhängigkeitskriterien auch von den unabhängigen Mitgliedern ihres Aufsichtsorgans erfüllt werden.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

Nach Absatz 3 der Gasverordnung berücksichtigt die Bundesnetzagentur die vorstehenden Anmerkungen der Kommission bei ihrer endgültigen Entscheidung bezüglich der Zertifizierung der bayernets so weit wie möglich und teilt diese Entscheidung der Kommission mit.

Die Stellungnahme der Kommission zu dieser besonderen Mitteilung berührt nicht etwaige Stellungnahmen, die sie gegenüber nationalen Regulierungsbehörden zu anderen mitgeteilten Maßnahmenentwürfen in Bezug auf die Zertifizierung oder gegenüber für die Umsetzung der EU-Rechtsvorschriften zuständigen nationalen Behörden in Bezug auf die Vereinbarkeit nationaler Umsetzungsmaßnahmen mit dem EU-Recht abgibt.

Die Kommission wird diese Unterlage auf ihrer Website veröffentlichen. Sie betrachtet die hierin enthaltenen Informationen nicht als vertraulich. Wenn die Bundesnetzagentur der Ansicht ist, dass dieses Dokument nach EU- und nationalen Rechtsvorschriften über das Geschäftsgeheimnis vertrauliche Informationen enthält, die vor der Veröffentlichung gestrichen werden sollten, sollte sie dies der Kommission innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Eingang dieser Unterlage unter Angabe von Gründen mitteilen.

Geschehen zu Brüssel am 6.9.2012

*Für die Kommission
Günther OETTINGER
Mitglied der Kommission*

