



Brüssel, den 30.1.2013
C(2013) 570 final

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION

vom 30.1.2013

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

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION

vom 30.1.2013

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

I. VERFAHREN

Am 6. Dezember 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 der „Thyssengas GmbH“ (im Folgenden „Thyssengas“) als Fernleitungsnetzbetreiber („FNB“).

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

Die Thyssengas betreibt ein 4 200 km langes Fernleitungsnetz in Westdeutschland, das Verbindungen zu Belgien, den Niederlanden und Belgien herstellt. Sie war ursprünglich Teil des vertikal integrierten Unternehmens RWE. Im Februar 2011 wurde die Thyssengas an die Macquarie Group Limited (im Folgenden „Macquarie-Gruppe“), eine australische Investmentbank, veräußert. Unmittelbare Muttergesellschaft der Thyssengas ist die Thyssengas Service GmbH & Co. KG (im Folgenden „Thyssengas Service“), die wiederum zu 100 % im Eigentum der Macquarie-Gruppe steht.

Um den für die Entflechtung der Fernleitungsnetzbetreiber geltenden Rechtsvorschriften nachzukommen, hat sich die Thyssengas für das Modell des unabhängigen Fernleitungsnetzbetreibers (ITO) nach Artikel 9 Absatz 8 Buchstabe b der Gasrichtlinie entschieden. Diese Möglichkeit steht der Thyssengas nach den deutschen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Gasrichtlinie in nationales Recht, d. h. nach dem Energiewirtschaftsgesetz („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 gehörte, 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. 1775/2005, 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 Thyssengas den Entflechtungsregeln des ITO-Modells gemäß dem EnWG nachkommt. Die Bundesnetzagentur ist zu dem vorläufigen Ergebnis gekommen, dass die Thyssengas diesen Anforderungen nachkommt, sofern einige Auflagen erfüllt werden. Die Entscheidung über die Zertifizierung der Thyssengas (Entwurf) ergeht daher vorbehaltlich der folgenden Auflagen:

„a) Die Antragstellerin wird verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung sicherzustellen, dass ihr in Bezug auf die Leitungsabschnitte der Open Grid Europe GmbH, deren Kapazitäten sie gemäß dem Vertrag vom 14.02./23.02.2012 nutzt und vermarktet, entweder unmittelbares bzw. mittelbares Eigentum oder ein solch starker Einfluss auf die überlassenen Objekte eingeräumt wird, dass dieser einer Eigentümerstellung vergleichbar ist, d. h. die Verträge so ausgestaltet werden, dass die Antragstellerin faktisch und rechtlich vergleichbar einem Eigentümer agieren kann.

b) Die Erbringung der Dienstleistung „Rechtserwerb- und Genehmigungsverfahren“ nach § 1 Ziffer 1.1 der Vereinbarung vom 29.02.2012 durch die Thyssengas Service GmbH & Co. KG für die Antragstellerin ist spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung zu beenden.

c) Der zwischen der Antragstellerin und der Thyssengas Service GmbH & Co. KG geschlossene Ergebnisabführungsvertrag ist spätestens sechs Monate nach Erteilung der Zertifizierung zu beenden oder vom Aufsichtsrat der Antragstellerin zu genehmigen.

d) Die in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Antragstellerin enthaltene Liste zustimmungsbedürftiger Geschäfte ist wie folgt neu zu fassen. Die Ziffern 3 „Geschäftsführungsausschüsse“, 6 „Gemeinschaftsunternehmen“, 11 „Verträge mit wirtschaftlich nahestehenden Unternehmen“, 12 „Nicht dem Fremdverhaltensgrundsatz entsprechende Geschäfte“ und Ziffer 21 „Aufsichtsrechtliche Einreichungen“ sind aufzuheben oder in der Weise klarstellend anzupassen, dass eine Zustimmungsmöglichkeit des Aufsichtsrats bei diesen Geschäften unter dem Vorbehalt steht, dass es sich nicht um laufendes Geschäft der Antragstellerin gemäß § 10b Abs. 2 EnWG handelt. Die Ziffern 16 „Arbeitsverträge“ und 18 „Betriebsbedingte und sonstige Kündigungen“ sind klarstellend in der Weise anzupassen, dass eine Zuständigkeit und Zustimmung des Aufsichtsrats in diesen Angelegenheiten gemäß § 10d Abs. 2 S. 2 EnWG nur besteht und möglich ist, soweit die Unternehmensleitung der Antragstellerin betroffen ist. Die Ziffern 23 „Gesellschaftskapital“ und 27 „Belastungen“ sind klarstellend in der Weise anzupassen, dass eine Zuständigkeit und Zustimmung der Gesellschafterversammlung nur besteht und möglich ist, soweit die finanzielle Entscheidungshoheit des Aufsichtsrats gemäß § 10d Abs. 2 S. 2 EnWG gewährleistet ist.

e) Der Gleichbehandlungsbeauftragte der Antragstellerin ist verpflichtet, umgehend an den monatlich stattfindenden sogenannten „Business Review Meetings“ mit Vertretern der Macquarie Infrastructure and Real Assets (Europe) Limited und dem Aufsichtsrat sowie der Geschäftsführung der Antragstellerin teilzunehmen. Er hat dabei ein Wort- oder Verlaufsprotokoll über die Sitzung zu erstellen und dieses der Beschlusskammer unverzüglich im Anschluss an die jeweilige Sitzung zu übermitteln.“

Ferner wird festgestellt, dass jedenfalls die jeweilige Leitung der Bereiche „Personal/Kommunikation“, „Netzbetrieb“ und „IT und Einkauf“ den Vorgaben des § 10c Abs. 6 EnWG unterliegt.

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. Eigentum am Netz

Nach Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe a der Gasrichtlinie müssen die Vermögenswerte, die für die Geschäftstätigkeit der Gasfernleitung erforderlich sind, einschließlich des Fernleitungsnetzes, Eigentum des Fernleitungsnetzbetreibers sein. Aus dem Entscheidungsentwurf der Bundesnetzagentur geht hervor, dass die Thyssengas mit Ausnahme einiger Leitungsabschnitte, an denen sie Bruchteilseigentum mit anderen Netzbetreibern hält, Eigentümerin des größten Teils des von ihr betriebenen Fernleitungsnetzes ist.

Bruchteilseigentum

Die Kommission ist der Ansicht, dass Bruchteilseigentum an einer Leitung unter bestimmten Umständen für die Einhaltung des Artikels 17 Absatz 1 Buchstabe a der Gasrichtlinie ausreichen kann. Wenn der Bruchteilseigentümer der Leitung jedoch in Bezug auf Beteiligungen in den Bereichen Gewinnung und Lieferung nicht denselben Grad an Unabhängigkeit genießt wie der FNB, der Miteigentümer der Leitung ist und als ITO zertifiziert werden will, kann die Übereinstimmung mit Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe a der Gasrichtlinie nicht gewährleistet werden.

Im vorliegenden Fall stellt die Kommission fest, dass die Bundesnetzagentur in ihrer vorläufigen Entscheidung die Unabhängigkeit der Aggerenergie GmbH, die laut dieser Entscheidung zusammen mit der Thyssengas Bruchteilseigentum an der Fernleitungsinfrastruktur hält, nicht geprüft hat. Die Kommission ist der Ansicht, dass in Fällen, in denen der Bruchteilseigentümer der Leitung kein FNB ist, der als mit den Entflechtungsanforderungen konform zertifiziert werden wird, der unabhängige Betrieb des in Rede stehenden Leitungsabschnitts nicht gewährleistet ist, da Interessenkonflikte entstehen und dazu führen können, dass bestimmte Netznutzer zum Nachteil anderer begünstigt werden. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Entscheidung dafür zu sorgen, dass das Eigentum an den betroffenen Vermögenswerten neu organisiert wird mit dem Ziel, dass nur ein oder mehrere unabhängige FNB Bruchteilseigentum daran halten.

Nutzungsüberlassungsvertrag

In ihrer vorläufigen Entscheidung stellt die Bundesnetzagentur außerdem fest, dass die Thyssengas in Bezug auf einen bestimmten Leitungsabschnitt und die dazugehörigen Mess- und Regelanlagen, an denen die Thyssengas und die Open Grid Europe GmbH (im Folgenden „OGE“) Bruchteilseigentum halten, einen Anteil betreibt, der ihren Anteil am Eigentum der Vermögenswerte übersteigt. Die Thyssengas nutzt diese zusätzlichen Kapazitäten, die formal im Eigentum der OGE stehen, auf der Grundlage eines Nutzungsüberlassungsvertrags mit der OGE. In Bezug auf diese Kapazitäten verfügt sie jedoch nicht über eigentümergeiche Befugnisse, insbesondere was die Befugnis betrifft, über Investitionen in den Leitungsabschnitt und über dessen Ausbau zu entscheiden. Die Kommission teilt die

Auffassung der Bundesnetzagentur, wonach die Thyssengas verpflichtet werden muss, diese Situation innerhalb von sechs Monaten nach der Zertifizierung an die entflechtungsrechtlichen Vorgaben anzupassen, indem entweder der Nutzungsüberlassungsvertrag so ausgestaltet wird, dass ihr Einfluss dem eines Eigentümers vergleichbar ist, oder indem sie die entsprechenden Eigentumsanteile erwirbt.

3. Verträge für Dienstleistungen, die von anderen Teilen des VIU für den ITO erbracht werden

Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe c der Gasrichtlinie enthält spezielle Regeln für die Erbringung von Dienstleistungen zwischen anderen Teilen des VIU und dem ITO. Da der ITO autonom und nicht von anderen Teilen des VIU abhängig sein sollte, wird die Vergabe von Aufträgen für Dienstleistungen eines anderen Unternehmensteils des VIU für den ITO in der Gasrichtlinie untersagt.

Aus der vorläufigen Entscheidung ergibt sich, dass die Thyssengas Service (die unmittelbare Muttergesellschaft der Thyssengas) auf der Grundlage einer Service-Vereinbarung bestimmte Dienstleistungen für die Thyssengas erbringt, u. a. die rechtliche und administrative Bearbeitung von Rechtserwerb- und Genehmigungsverfahren in Bezug auf Leitungstrassen, Planung und Grunderwerb sowie die Erstellung von Machbarkeitsstudien für Projekte. Die Kommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, wonach die Thyssengas Service Teil des VIU ist und ihre Aktivitäten daher unter das Verbot des Artikels 17 Absatz 1 Buchstabe c der Gasrichtlinie fallen, weshalb diese Aktivitäten innerhalb von sechs Monaten nach der Erteilung der endgültigen Zertifizierung zu beenden sind. Ferner teilt die Kommission die Auffassung, dass die genannten Dienstleistungen vom FNB selbst zu erbringen sind, da die Bewertung von Investitionen und Infrastrukturprojekten und die diesbezüglichen Entscheidungen zu den Kernaufgaben eines FNB gehören und daher ohne eine mögliche Beeinflussung durch Unternehmen mit Beteiligungen in den Bereichen Vertrieb oder Gewinnung erfolgen sollten.

4. Unabhängigkeit des FNB

In Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a der Gasrichtlinie ist geregelt, dass der unabhängige FNB (ITO) in Bezug auf Vermögenswerte und Ressourcen, die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Fernleitungsnetzes erforderlich sind, wirksame Entscheidungsbefugnisse haben muss, die er unabhängig von dem vertikal integrierten Unternehmen ausübt. Nach Artikel 18 Absatz 4 dieser Richtlinie müssen die gesamte Verwaltungsstruktur und die Unternehmenssatzung des FNB seine tatsächliche Unabhängigkeit gewährleisten. Insbesondere darf kein anderer Teil des vertikal integrierten Unternehmens das Wettbewerbsverhalten des ITO in Bezug auf dessen laufende Geschäfte und die Netzverwaltung oder in Bezug auf die Tätigkeiten des ITO zur Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans direkt oder indirekt beeinflussen (Artikel 18 Absatz 4 der Gasrichtlinie).

In diesem Zusammenhang hat die Bundesnetzagentur in ihrem Entscheidungsentwurf zu Recht festgestellt, dass die so genannten Business Review Meetings mit den Entflechtungsvorschriften nicht in Einklang stehen. Bei diesen monatlichen Sitzungen sollen die Unternehmensleitung und die Mitarbeiter des ITO u. a. Vertretern der Macquarie-Gruppe und dem Aufsichtsorgan über Themen wie die finanzielle Lage berichten, wobei potenziell auch das laufende Geschäft des ITO betroffen sein kann (obwohl dies im Entscheidungsentwurf nicht explizit festgestellt wird). In ihrer vorläufigen Entscheidung schlägt die Bundesnetzagentur vor, dass der Gleichbehandlungsbeauftragte das Recht haben sollte, an solchen Sitzungen teilzunehmen. Die Kommission stellt fest, dass der Gleichbehandlungsbeauftragte aufgrund von Artikel 21 Absatz 8 der Gasrichtlinie bereits

berechtigt ist, an allen Sitzungen teilzunehmen, an denen die Unternehmensleitung des ITO oder Vertreter des Aufsichtsorgans anwesend sind. Ferner stellt die Kommission fest, dass der Gleichstellungsbeauftragte aufgrund desselben Artikels verpflichtet ist, an allen Sitzungen teilzunehmen, in denen Fragen behandelt werden, die für den unabhängigen Betrieb des Fernleitungsnetzes von zentraler Bedeutung sind, wie Regeln für den Netzzugang oder Investitionsprojekte.

Darüber hinaus ist die Kommission der Ansicht, dass Angelegenheiten, die das laufende Geschäft des Fernleitungsnetzes betreffen, sowie Tätigkeiten, die mit Investitionen in das Netz und mit der Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans zusammenhängen, nicht Gegenstand regelmäßiger Sitzungen zwischen dem ITO und dem VIU sein sollten, da dies den Unabhängigkeitsvorschriften des Artikels 18 zuwiderlaufen würde. Nach Auffassung der Kommission ist das Aufsichtsorgan das geeignete Forum für Sitzungen zwischen dem ITO und dem VIU. Nach Artikel 20 der Gasrichtlinie hat das Aufsichtsorgan keine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die laufenden Geschäfte des ITO, die Netzverwaltung und die zur Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans notwendigen Tätigkeiten.

Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, zu klären, ob diese Themen Gegenstand der Business Review Meetings sind, und, falls ja, ihre Auflage dahingehend zu verschärfen, dass eine regelmäßige Erörterung dieser Themen im Rahmen der Business Review Meetings untersagt wird.

5. Zertifizierung der OGE

Die Kommission stellt fest, dass die Miteigentümerin der Vermögenswerte des Thyssengas-Netzes, d. h. die OGE, bislang nicht zertifiziert wurde. Ohne eine solche Zertifizierung ist der unabhängige Betrieb dieser Leitungen jedoch nicht gewährleistet. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, in ihrer endgültigen Entscheidung klarzustellen, dass die Zertifizierung der Thyssengas von der positiven Zertifizierung der OGE als entflochtener FNB abhängt.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

Nach Absatz 3 Absatz 2 der Gasverordnung berücksichtigt die Bundesnetzagentur die vorstehenden Anmerkungen der Kommission bei ihrer endgültigen Entscheidung bezüglich der Zertifizierung der Thyssengas so weit wie möglich und teilt diese Entscheidung der Kommission mit.

Die Stellungnahme der Kommission zu der vorliegenden 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.

Brüssel, den 30.1.2013

Für die Kommission

Günther OETTINGER

Mitglied der Kommission

BEGLAUBIGTE AUSFERTIGUNG
Für die Generalsekretärin

Jordi AYET PUIGARNAU
Direktor der Kanzlei