

OU – ISO – ITO: Die Unbundling-Optionen des 3. EU-Liberalisierungspakets

Matthias Schmidt-Preuß

Im monatelangen Ringen sind die Würfel gefallen: Die Verschärfung des Unbundling wird kommen. Im sog. Trilog-Verfahren haben das Europäische Parlament (EP), Rat und Kommission im März 2009 einen Kompromiss gefunden. Auf der Grundlage des konsentierten Schlusstextes hat das Europaparlament diesem am 22.4.2009 in zweiter Lesung zugestimmt. Die entsprechende positive Entscheidung des Rates ist am 25.6.2009 ergangen. Dabei wurde das 3. Liberalisierungspaket in seiner Schlussphase noch um eine Reihe von Regelungen erweitert. Im Zentrum steht aber unverändert die Verschärfung des Entflechtungsregimes. In Deutschland wird das Independent Transmission Operator (ITO)-Modell als Strukturentscheidung die energierechtliche Landschaft prägen.

Alea iacta est: Die Verschärfung des Unbundling

Ursprünglich hatte die Kommission in ihrem Richtlinien-Vorschlag [1] vom 19.9.2007 für die Einführung des Ownership Unbundling (OU) – also den Zwangsverkauf der Netze – votiert. Damit sollten den integrierten Energieunternehmen angelastete Diskriminierungspotenziale beseitigt werden. Nur als second-best-Alternative war der Independent System Operator (ISO) vorgesehen. Eine Gruppe von Mitgliedstaaten unter der Führung von Deutschland und Frankreich lehnte das OU (bzw. den ISO) aus wettbewerbspolitischen und grundsätzlichen – auch eigentumsbasierten – Erwägungen entschieden ab. Sie präsentierte statt OU/ISO als gleichberechtigte Alternative die „third option“, nämlich das Modell des Independent Transmission Operator (ITO). Dieser Vorstoß hatte Erfolg. Die Strom- bzw. Gas-Binnenmarkt-Richtlinie vom 13.7.2009 [2] räumt den Mitgliedstaaten drei Optionen ein: Sie können für die Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber [3] (ÜNB/FNB) zwischen OU, ISO und ITO wählen.

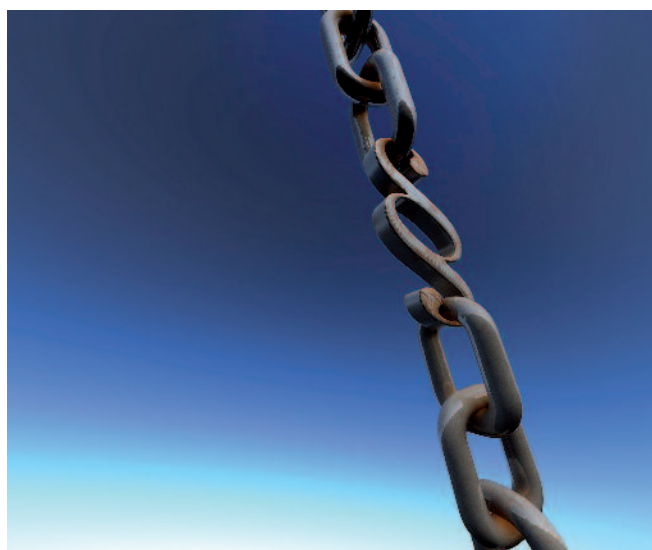
Option I: Das Ownership Unbundling

Inkompatibilität von Netz und Erzeugung/Gewinnung bzw. Vertrieb

Ownership Unbundling bedeutet die zwangsweise Herauslösung des Netzes aus dem Konzernverbund des vertikal integrierten Unternehmens (viU). Es ist in Art. 9 Strom-RL/Gas-RL 2009 [4] geregelt. Die Mitgliedstaaten müssen danach zunächst sicherstellen, dass die Netze auf der einen sowie die Wettbewerbsbereiche Stromerzeugung – bzw. Gasgewinnung – und Vertrieb auf der anderen Seite nicht in einer Hand liegen. Die Inkompatibilitäten nennt Art.

Überblick

Das 3. Liberalisierungspaket eröffnet den EU-Mitgliedstaaten drei Möglichkeiten, Energieerzeugung und -netze zu entflechten. Ausgehend von den aktuellen Regelungen stellt der Artikel die drei Optionen Ownership Unbundling (OU), Independent System Operator (ISO) und Independent Transmission Operator (ITO) hinsichtlich ihrer zentralen Implikationen dar und zeigt auf, warum in Deutschland aus ordnungspolitischen und rechtlichen Erwägungen allein das ITO-Modell Anwendung finden kann. Dieses wird dann hinsichtlich der Dimensionen der Unabhängigkeit des ITO und der Belange des Wettbewerbs, aber auch der Geltung von Aktionärsinteressen detailliert vorgestellt. Ebenso wird auf die vom deutschen Gesetzgeber zu leistende Umsetzung der entsprechenden Richtlinien in deutsches Recht eingegangen.



Mit dem Konzept des Independent Transmission Operator konnte ein auch für Deutschland tragfähiges und verfassungskonformes Unbundlingmodell gefunden werden
Foto: Mauritius

9 Strom-RL 2009. Wer die Wettbewerbsbereiche Stromerzeugung oder -vertrieb kontrolliert, darf den Übertragungsnetzbetreiber nicht kontrollieren und auch sonst kein Recht an ihm besitzen (Art. 9 I b i) Strom-RL 2009). Ein solches Recht ist die Befugnis zur Ausübung von Stimmrechten [5] oder zur Organbesetzung (Art. 9 II Strom-RL/Gas-RL 2009).

Das Trennungsgebot gilt auch im umgekehrten Fall, so dass nicht eine Person zugleich einen ÜNB kontrollieren und entsprechenden Einfluss auf ein in der Stromerzeugung bzw. im Stromvertrieb tätiges Unternehmen bzw. Rechte an einem solchen ausüben darf. Die Inkompatibilität findet schließlich auch „über Kreuz“ für Gasgewinnung/Gasvertrieb bzw. die Fernleitungsnetze Anwendung (Art. 9 III Strom-RL/Gas-RL 2009). Nach dieser „Verkoppelung“ dürfen z.B. Stromübertragungsnetze und Gasvertrieb nicht in einer Hand liegen.

Im Gassektor verlangt das Ownership Unbundling, dass die Mitgliedstaaten die Inkompatibilität von Gewinnung bzw. Versorgung auf der einen und Fernleitungsnetzen auf der anderen Seite sicherstellen (Art. 9 I b Gas-RL). Eine Überkreuzklausel verkoppelt jeweils Gas- und Strom-Bereiche (Art. 9 III Gas-RL). Danach darf z. B. ein Gasfernleitungsnetzbetreiber keinen Stromversorger kontrollieren.

Das Verbot von Doppelmandaten

Zum zweiten müssen die Mitgliedstaaten ein Verbot von Doppelmandaten einführen. Dabei wird einmal an den Bestellungsakt angeknüpft. So dürfen die Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsrates bzw. des Vertretungsorgans (Managements) eines ÜNB/FNB nicht durch Personen bestellt werden, die ein Stromerzeugungs- bzw. Gasgewinnungsunternehmen kontrollieren (Art. 9 I lit. c) Strom-RL/Gas-RL 2009). Dementsprechend müssen die Mitgliedstaaten Personalunion auf der Ebene des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats oder des Managements im Netz- wie im Wettbewerbssektor vermeiden [6].

Erwerbsverbot und Verkaufszwang

Das OU bedeutet zweierlei. Bestehen noch keine Beteiligungen, so hat es die Funktion eines Erwerbsverbots. Soweit dagegen „verbotene Beteiligungen“ bereits im Portefeuille vorhanden sind, stellt es die Einführung eines Zwangsverkaufs dar. So müssen integrierte Muttergesellschaften ihre Allein- bzw. Mehrheitsbeteiligungen an ÜNB/FNB veräußern.

Erwerbsverbot und Verkaufszwang gelten nicht zu 100 %. Nach Art. 9 I lit. b) Strom-RL/Gas-RL 2009 darf die Muttergesellschaft noch einen Anteil bis zur Schwelle der Kontrolle behalten. Was hierunter zu verstehen ist, ergibt sich nach Erwägungsgrund 13 der Strom-RL bzw. 10 der Gas-RL 2009 aus der EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO) [7]. Der dort verwendete Begriff der Kontrolle wird als Mehrheit der Stimmrechte verstanden [8]. Dies bedeutet, dass im Modell des OU nicht sämtliche Anteile an der Netzgesellschaft dem Erwerbsverbot unterliegen bzw. verkauft werden müssen. Vielmehr kann die Muttergesellschaft eine Minderheitsbeteiligung bis zu 49,99% der Stimmrechte erwerben bzw. behalten [9]. Dies ergibt sich auch aus Art. 9 II lit. c) Strom-RL/Gas-RL 2009.

Staatsunternehmen

Nach Art. 9 VI Strom-RL/Gas-RL 2009 sind die Anforderungen des OU bei integrierten Energie-Unternehmen in Staatsbesitz schon dann erfüllt, wenn z. B. unterschiedliche Abteilungen eines Ministeriums über das Netz(unternehmen) einerseits bzw. über das Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen andererseits Aufsicht führen. Nach zwischenzeitlichen nachhaltigen Kontroversen ist diese Klausel in den Gesamtkompromiss eingegangen. Staatsunternehmen unterliegen damit nicht dem Zwangsverkauf.

Kompetenzen und Gemeinschaftsgrundrechte

Im Schrifttum sind gegen das OU rechtliche Einwände erhoben worden. Zum einen stehe ihm die Kompetenzausübungsschranke des Art. 295 EG entgegen, da ein solcher branchenweiter Zwangsverkauf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten nicht unberührt lasse [10]. Zum anderen stelle das OU einen Eingriff in die Gemeinschaftsgrundrechte der Eigentums-, Berufs- und Organisationsfreiheit dar [11]. Es fehle u. a. an der Erforderlichkeit, weil mit dem ITO ein geringer einschneidendes, aber milderes Mittel bereitstehe und im übrigen die Ausgewogenheit fehle. Mit der Option für die Mitgliedstaaten, als vollgültige Alternative zum OU (und ISO) den ITO einzuführen, sind die kompetenz- und gemeinschaftsgrundrechtlichen Einwände gegen das OU nicht mehr akut, da jetzt die Zwangsregelung einer Optionslösung gewichen ist. Für sich genommen behalten sie aber ihre Gültigkeit. Im Übrigen können in den Mitgliedstaaten, die das OU einführen, Einwände nach Maßgabe der jeweiligen Verfassung bestehen.

Option II: Der Independent System Operator

Der ISO als echte Alternative?

Statt des OU können die Mitgliedstaaten gem. Art. 9 VIII lit. a) Strom-RL/Gas-RL 2009 von der Option des sog. Independent System Operator (ISO) Gebrauch machen. Dieses Modell hatte die Kommission seinerzeit in ihren Vorschlag für die Richtlinien des 3. Liberalisierungs-Paktes in der Annahme aufgenommen, hiermit den dem OU ablehnend gegenüberstehenden Mitgliedstaaten eine Alternative zu bieten. Diese Annahme erfüllte sich nicht. Das hat vor allem einen einfachen Grund: Der ISO verfügt über alle Rechte. Den Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzeigentümer treffen dagegen alle Pflichten. Entscheidungskompetenzen stehen ihm nicht zu. Es handelt sich beim ISO daher um ein „nudum ius“.

Die Anforderungen an den ISO

Innerhalb des ISO-Modells steht am Anfang die Benennung des Independent System Operator. Ist das Übertragungsnetz/Fernleitungsnetz Teil eines viU, können die Mitgliedstaaten gem. Art. 13 I 1 Strom-RL/Art. 14 I 1 Gas-RL einen ISO benennen [12]. Hierfür gelten organisatorische und qualitative Voraussetzungen. In ersterer Hinsicht muss der ISO seinerseits über eine organisatorische Unabhängigkeit von den Wettbewerbsbereichen Erzeugung und Vertrieb verfügen. Das gilt für sektoruelle Inkompatibilität und das Verbot von Doppelmandaten entsprechend dem OU-Regime [13]. Letzteres umfasst u. a. auch den Bestellungsakt hinsichtlich der Mitglieder von Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat und des Vertretungsorgans. Damit ist jegliche personelle Einflussnahme seitens des Übertragungsnetz- bzw. Fernleitungseigentümers bzw. des integrierten Unternehmens auf die Zusammensetzung der Aufsichts- bzw. Leitungsorgane des ISO ausgeschlossen.

In zweiter Linie gelten für den ISO qualitative Voraussetzungen. So muss er über die notwendigen finanziellen, technischen, personellen und materiellen Ressourcen verfügen, um seine Aufgabe wahrnehmen zu können (Art. 13 II lit. b) Strom-RL/Art. 14 II lit. b) Gas-RL). Ihm ist vor allem aufgegeben, sichere, zuverlässige und leistungsfähige Übertragungsnetze bzw. Fernleitungsnetze zu betreiben, zu warten und auszubauen (Art. 12 lit. a) Strom-RL/Art. 13 I lit. a) Gas-RL). Hierzu kann der ISO die Netzentgelte vereinbaren (Art. 13 IV Strom-RL/Art. 14 IV Gas-RL). Hat die nationale Regulierungsbehörde die Erfüllung sämtlicher Erfordernisse zertifiziert, wird er vom Mitgliedstaat zugelassen und benannt (Art. 13 III Strom-RL/Art. 14 III Gas-RL).

Unabhängigkeit des Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzeigentümers

Als Rechtsfolge der Benennung eines ISO greift ein Pflichtenprogramm, das die Unabhängigkeit des Übertragungsnetz- bzw. Fernleitungsnetzeigentümers innerhalb eines viU nach Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt sicherstellen soll (Art. 14 I, II Strom-RL/Art. 15 I, II Gas-RL 2009).

Die Finanzierungspflicht des Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzeigentümers

Den Übertragungsnetz- bzw. Fernleitungsnetzeigentümer [14] treffen Finanzierungspflichten. Hier gilt nicht: „Wer zahlt schafft an“. Vielmehr muss der Netzeigentümer die vom ISO beschlossenen (und von der BNetzA genehmigten) Investitionen finanzieren bzw. wahlweise seine Zustimmung zur Finanzierung durch eine andere

interessierte Partei (incl. des ISO) erteilen (Art. 13 V lit. b) Strom-RL/Art. 14 V lit. b) Gas-RL). Ihm ist hierbei aber jegliche Einflussnahme untersagt (Art. 13 IV 4 Strom-RL/Art. 14 IV 4 Gas-RL). Dies gilt selbst dann, wenn z. B. rentabilitätsgefährdend eine Krise des Netzbetreibers droht. Hinzu kommen Verpflichtungen des Netzeigentümers zur Übernahme von Haftungsrisiken und Garantien bei der Finanzierung des Netzausbaus (Art. 13 V lit. c, d) Strom-RL/Art. 14 V lit. c, d Gas-RL).

Kompetenz- und gemeinschaftsgrundrechtliche Einwände gegen den ISO

Der Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzeigentümer behält somit zwar den formellen Eigentumstitel. Das aber ist nur noch eine leere Hülse, ein nudum jus – kein echtes Eigentum. Es handelt sich – in der Diktion des EGMR [15] – um eine de-facto-Enteignung. Jegliche Verfügungsmacht wird dem Eigentümer entzogen und vollständig auf den ISO verlagert. In der Sache steht dies dem Entzug beim OU nicht nach. Es handelt sich wie dort um eine branchenweite, flächendeckende und strukturelle Maßnahme. Daher gilt alles, was zur Kompetenzproblematik im Kontext des OU gesagt wurde, auch im Fall des ISO [16]. Auch dieses Modell verstößt daher gegen Art. 295 EG.

Da die tatsächlichen Auswirkungen des ISO denen des OU praktisch gleichkommen, gilt das zu dessen Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Eigentumsgrundrecht Ausgeführte hier entsprechend. Es ist auch keine ausreichende Entschädigungsregelung zwingend vorgesehen. Insbesondere garantiert auch Art. 37 III lit. d Strom-RL/Art. 41 III lit. d Gas-RL 2009 eine „angemessene Entschädigung“ nicht. Die Lücke wäre nur dann gefüllt, wenn der Eigentümer im Sinne eines fiktiven Überlassungsvertrages einen adäquaten Zins erhielte. Stattdessen ist er auf eine Fixierung durch ISO und Regulierungsbehörde [17] angewiesen, ohne darauf Einfluss nehmen zu können, dass die Vergütung dem annualisierten Ertragswert entspricht. Insgesamt verstößt das ISO-Modell damit gegen Art. 295 EG und gegen die Gemeinschaftsgrundrechte der Eigentums- und – entsprechend – der Berufs- und Vereinigungsfreiheit.

Als übermäßig erweist sich insbesondere auch der Ausschluss jeglicher Mitgliedschaftsrechte bei der Bestellung der Mitglieder der Aufsichts- und Verwaltungsorgane. Dass zum Eigentum auch das Mitgliedschaftsrecht [18] gehört und dieses neben dem Stimm- und Gewinnbezugsrecht auch ein Bestimmungsrecht in personeller Hinsicht umfasst, wird im ISO-Modell nicht gewürdigt. Auch hier können Begrenzungen zwar zulässig sein. Nicht aber darf das Mitgliedschaftsrecht total beseitigt werden.

Option III: Der Independent Transmission Operator

Der ITO als neues Modell in Deutschland

Als dritte Option eröffnet die Strom- bzw. die Gas-RL 2009 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, statt des OU (oder des ISO) den Independent Transmission Operator als verbindliches Modell einzuführen. Die Grundidee des ITO ergab sich aus der Position von acht Mitgliedstaaten, die für eine wettbewerbsfördernde Verschärfung des Unbundling votierten, dies aber nicht um den Preis der Einführung eines branchenweiten Zwangsverkaufs von Unternehmensbeteiligungen tun wollten. Insoweit unterscheidet sich der ITO vom OU dadurch, dass die eigentumsrechtliche Verbindung zwischen dem viU und dem ÜNB/FNB nicht gekappt wird. Der Gegen-

satz zum ISO liegt darin, dass der ITO dessen de-facto-Enteignung vermeidet. In diesem ordnungspolitisch und eigentumsgrundrechtlich vorgegebenen Rahmen wird die wettbewerbsfördernde Unabhängigkeit des ITO über den gegenwärtigen Rechtszustand hinaus deutlich verschärft. Der Wettbewerb ist die Leitidee des ITO sowie die Unabhängigkeit des ÜNB/FNB. Er verbleibt zwar im Konzernverbund, soll aber zugleich Autonomie genießen und damit so stark positioniert werden, dass er seine Aufgabe diskriminierungsfrei erfüllen kann. Nicht zuletzt diese regulatorische Verschärfung hat letztlich auch den Konsens im Trilog ermöglicht.

Unabhängigkeit des ITO durch Vollaussstattung

Asset-bezogene Vollaussstattung

Zur Stärkung der Unabhängigkeit des Netzsektors wird jetzt die Vollaussstattung des ÜNB/FNB gewährleistet (Art. 17 Strom-RL/Gas-RL 2009). Sie soll einmal durch das Eigentum an den Assets (Vermögenswerten) bewirkt werden. Dieses Eigentum muss nunmehr beim ÜNB/FNB liegen (Art. 17 I lit. a) Strom-RL/Gas-RL 2009). Bekanntlich war dies bisher nicht erforderlich. Die Konsequenz der Neuregelung ist, dass in Zukunft das Pachtmodell auf der Übertragungs- bzw. Fernleitungsebene aus Rechtsgründen entfällt.

Personelle Vollaussstattung

Die Vollaussstattung des ÜNB/FNB wird ferner auch personell hergestellt. Das Personal, das für die Tätigkeit im Übertragungs- bzw. im Fernleitungsnetzsektor erforderlich ist, muss beim ÜNB/FNB „angestellt“ sein (Art. 17 I lit. b) Strom-RL/Gas-RL 2009). Personalleasing und die konzerninterne Erbringung von Dienstleistungen sind ausdrücklich untersagt (Art. 17 I lit. c) Strom-RL/Gas-RL 2009). Dies bedeutet das Ende für die bisher zulässigen und weit verbreiteten shared services [19] in diesem Kontext. Künftig muss also der ÜNB/FNB z. B. seine eigenen Juristen oder Buchhalter haben, sofern nicht außenstehende Drittfirmen eingeschaltet werden [20]. Die Neuregelung nimmt den Verzicht auf Synergieeffekte in Kauf, um die Unabhängigkeit des ITO entscheidend zu stärken.

IT-bezogene Vollaussstattung

Im Interesse der unabhängigkeitssichernden Vollaussstattung gilt speziell im IT-Bereich eine Sondervorschrift. So darf es nach Art. 17 V Strom-RL/Gas-RL 2009 nicht zu einer gemeinsamen Nutzung von IT-Systemen oder Zugangssystemen zwischen ÜNB/FNB und dem viU – also dem Konzernverbund – kommen. Die Zusammenarbeit mit denselben Beratern oder externen Auftraggebern ist untersagt. Die Regelung lässt kaum Spielraum. In der Folge dürften damit erhebliche Kosten für den erforderlichen IT-Aufwand anfallen.

Finanzielle Vollaussstattung

Eine wettbewerbsfördernde Vollaussstattung wird dem ITO des Weiteren auch finanziell zuteil. Zunächst steht ihm eine eigene Finanzierungsquelle zu. So hat er das Recht, Netznutzungsentgelte zu erheben (Art. 17 II lit. d) Strom-RL/Gas-RL 2009), aber auch Ausgleichsentgelte für Hilfsdienste wie Bilanzausgleich und Verlustenergie. Damit soll der ÜNB/FNB in die Lage versetzt werden, seine Aufgaben zu erfüllen. Gem. Art. 18 II Strom-RL/Gas-RL 2009 muss er aber auch eigene Anstrengungen unternehmen, um seine finanzielle Handlungsfähigkeit sicherzustellen und über die Mittel

zu verfügen, die erforderlich sind, ein leistungsfähiges, effizientes Netz aufzubauen und aufrechtzuerhalten.

Zur Stärkung seiner finanziellen Handlungsfähigkeit muss der ÜNB/FNB ferner berechtigt sein, sich auf den Kapitalmärkten Eigenkapital durch Kapitalerhöhungen und Fremdkapital durch Aufnahme von Krediten zu beschaffen (Art. 18 I lit. b) Strom-RL/Gas-RL 2009). Dabei wird die Akquisition von Eigenkapital nur gelingen, wenn der Investor die zu erwartende rate of return für hinreichend attraktiv hält [21].

Wo schließlich Bedarf an weitergehenden Finanzmitteln besteht, muss das viU nach Vorgabe des Aufsichtsorgans angemessene finanzielle Ressourcen (1) für künftige Investitionsprojekte und (2) für Erweiterungs- wie für Ersatzinvestitionen rechtzeitig („in due time“) bereitstellen [22]. In diesem Umfang – und nur insoweit – besteht eine Finanzverantwortung der Muttergesellschaft [23]. Deren Ressourcen sind der Garant der finanziellen Unabhängigkeit des ÜNB/FNB. Für die finanziellen Beziehungen zwischen ihr und dem ÜNB/FNB gelten dabei die marktüblichen Bedingungen nach dem at-arms-length-Prinzip [24]. Unter den Schwesterunternehmen sind dagegen Finanzbeziehungen untersagt. So darf der ITO von den konzernverbundenen Erzeugungs- oder Vertriebschwestern keine Dividenden oder sonstige finanziellen Zuwendungen entgegennehmen [25]. Auch sind Kapitalbeteiligungen zwischen den Wettbewerbsunternehmen und dem Netzbereich verboten [26]. Damit wird die Finanzverantwortung für den ITO allein der Muttergesellschaft zugewiesen.

Kompetentielle Vollaussstattung

Die Vollaussstattung des ÜNB/FNB ist schließlich auch kompetentiell gegeben. Die Kernaufgaben des ÜNB/FNB sind „Betrieb, Wartung und Ausbau eines sicheren, effizienten und wirtschaftlichen Übertragungsnetzes“ (Art. 17 II lit. e) Strom-RL/Gas-RL 2009). Weiterhin gehört hierzu die Investitionsplanung u. a. zur Gewährleistung „angemessener Nachfrage“ (Art. 17 II lit. f) Strom-RL/Gas-RL 2009). Dazu kommt die Netzplanungskompetenz. All diese Befugnisse stehen dem ÜNB/FNB allein zu. Dem viU sind ausdrücklich Einflussnahmen hierauf untersagt (Art. 18 IV 2 Strom-RL/Gas-RL 2009).

Marketingorientierte Vollaussstattung

Der verstärkten Unabhängigkeit im Marktauftritt dient ferner die Verpflichtung der ÜNB/FNB, durch die Kommunikation nach außen und die Markenpolitik eine eigene Unternehmensidentität zu schaffen (Art. 17 IV Strom-RL/Gas-RL 2009). Diese „corporate identity“ muss sich erkennbar vom viU unterscheiden.

Unabhängigkeit des ITO durch Rechtsform

Als Rechtsform wird der ÜNB/FNB auf die Aktiengesellschaft (AG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) festgelegt [27]. Dabei wird gem. Art. 17 III Strom-RL/Gas-RL 2009 auf Art. 1 der Rats-Richtlinie 68/151/EWG vom 9.3.1968 [28] Bezug genommen. Dort werden die vorgenannten drei Rechtsformen genannt. Damit ist jetzt im Wege der Verweisung zu Recht geregelt, dass auch die AG zum Kreis der möglichen Rechtsformen des ITO gehört. Im Vorschlag der Kommission war nur von einer „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ die Rede. Dieser Terminus („limited liability company“) hätte – eng und formal – im Sinne der deutschen GmbH verstanden werden können. Es wäre aber zweckwidrig gewesen, gerade die Aktiengesellschaft mit ihrem von Gesetzes wegen weisungsfreien

Vorstand auszuschließen. Daher ist es zu begrüßen, dass die Strom- bzw. Gas-RL 2009 die möglichen Rechtsformen durch Inkorporierung von Art. 1 der Richtlinie 68/151/EWG unzweideutig bestimmt hat. Mit der Verweisung in Art. 17 III Strom-RL/Gas-RL 2009 ist klar gestellt, dass auch die GmbH als Rechtsform des ÜNB/FNB weiterhin in Betracht kommt. Schon nach geltendem Recht wurden Einwirkungsmöglichkeiten der Gesellschafter – insbesondere das Weisungsrecht [29] (§ 37 I GmbHG) – energierechtlich überlagert und ausgeschlossen. Dieser Trend setzt sich mit der Verschärfung der Unabhängigkeit im ITO-Modell fort. Bisher schon konnten entflechtungssichernde Satzungsregeln diese Rechtslage bekräftigen. Nunmehr besteht eine Pflicht hierzu [30]. Dabei lässt sich nicht feststellen, dass sich die GmbH nunmehr zu sehr von ihrem gesetzlichen Leitbild entferne und für das ITO-Modell nicht mehr als Rechtsform zur Verfügung stünde.

Unabhängigkeit des ITO in unternehmerisch-gestaltender und struktureller Hinsicht

Unternehmerisch-gestaltende Unabhängigkeit

Eine gegenüber dem geltenden Recht deutlich verstärkte Unabhängigkeit des ÜNB/FNB garantiert Art. 18 Strom-RL/Gas-RL 2009). Das gilt zunächst in unternehmerisch-gestaltender Hinsicht. So wird die Unabhängigkeit der Geschäftsführung [31] des ÜNB/FNB in mehrfacher Weise abgesichert. Zunächst muss der ITO autonome wirksame Entscheidungsbefugnisse haben, was – speziell – Vermögenswerte und Ressourcen angeht, die für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes erforderlich sind. Die Ausübung dieser Befugnisse erfolgt explizit unabhängig vom viU (Art. 18 I lit. a) Strom-RL/Gas-RL 2009). Noch konkreter sichert Art. 18 IV 2 Strom-RL/Gas-RL 2009 die prinzipielle Geschäftsführungsautonomie des ÜNB/FNB im netzbezogenen day-to-day-business und darüber hinaus ab. So darf das Mutterunternehmen das Wettbewerbsverhalten des ITO im laufenden Geschäft, bei der Netzverwaltung und bei der Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans weder direkt noch indirekt beeinflussen. Damit werden Unabhängigkeit und Handlungsautonomie des Netzbereichs abgesichert. Hiervon nicht erfasste rentabilitätssichernde Einflussnahmen bleiben im Umkehrschluss zulässig. Das mit Eigenkapital engagierte Mutterunternehmen muss somit nicht tatenlos zusehen, wenn die von ihr zu finanzierende Netztochter in die Krise gerät. Das Instrument hierzu ist das Aufsichtsorgan (dazu der folgenden Abschnitt „Das Aufsichtsorgan“).

Organisatorische Unabhängigkeit

Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des ÜNB/FNB werden auch in organisatorischer Hinsicht sichergestellt. Dem dient die Inkompatibilitätsregel des Art. 18 III Strom-RL/Gas-RL 2009. Danach dürfen „Tochterunternehmen“ („subsidiaries“), die im Erzeugungs- und Vertriebsbereich tätig sind, weder direkt noch indirekt Anteile am ÜNB/FNB halten et vice versa. Dass die Inkompatibilität auf „Tochterunternehmen“ beschränkt ist, lässt die Tür offen für die Beteiligung durch die Muttergesellschaft. Darauf kam es an. Sonst liefe die Vorschrift auf das OU hinaus. Genau dies war nicht gewollt.

Die Unabhängigkeit des ITO-Managements

Energierrechtliche Compliance

Der weiteren Wettbewerbsförderung dient die Gewährleistung der Unabhängigkeit des Managements des ÜNB/FNB. Als Kurationsorgan dient das neue – und durchaus innovative Aufsichtsorgan

gem. Art. 20 Strom-RL/Gas-RL (dazu der folgende Abschnitt „Das Aufsichtsorgan“). Ihm steht vor allem – aber nicht nur – die Personalkompetenz zu. Die Regulierungsbehörde ist über die Namen und die vertraglichen Vereinbarungen im Hinblick auf Funktion sowie Vertragslaufzeit und -beendigung jener Personen zu informieren, die vom Aufsichtsorgan als Person der obersten Unternehmensleitung oder als Mitglied eines Verwaltungsorgans [32] des ÜNB/FNB ernannt werden sollen (Art. 19 II 1 Strom-RL/Gas-RL 2009). Das Gleiche gilt für den Fall beabsichtigter „Vertragsbeendigung“ [33]. Wenn die Regulierungsbehörde innerhalb von drei Wochen nach der Mitteilung keine Einwände erhebt, werden die Vereinbarungen verbindlich (Art. 19 II 2 Strom-RL/Gas-RL 2009). Die Regulierungsbehörde kann Einwände erheben, wenn an der beruflichen Unabhängigkeit einer Führungskraft oder eines Mitglieds eines Verwaltungsorgans Zweifel bestehen. Die behördliche Kontrollkompetenz bietet eine hohe Gewähr der wettbewerbsfördernden Unabhängigkeit des ITO. Zugleich stellt es einen Ansatz energierechtlicher Compliance dar.

Die „waiting period“ als einschneidendes Instrument

Eine Fülle weiterer strenger Vorschriften soll die Unabhängigkeit des Managements des ÜNB/FNB garantieren. Dazu gehört das neue Institut der sog. „waiting period“. So gilt zum einen eine vorlaufende dreijährige Karenzzeit für die Mehrheit der Führungskräfte [34] und Mitglieder der Verwaltungsorgane des ÜNB/FNB [35]. Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem ÜNB/FNB dürfen Personen der Unternehmensleitung und Mitglieder der Verwaltungsorgane für mindestens vier Jahre bei anderen Unternehmensteilen des viU und deren Mehrheitsanteilseignern keine Position bekleiden, berufliche Aufgaben wahrnehmen oder Interessen- bzw. Geschäftsbeziehungen unterhalten (Art. 19 VII Strom-RL/Gas-RL). Auch diese nachwirkende Karenzzeit zeigt das dezidierte Bemühen um Unabhängigkeit des ITO. Die „waiting period“ ist in ihrer einschneidenden, freiheitsbeschränkenden Wirkung für die Betroffenen kaum zu überschätzen. Die – auch gemeinschaftsgrundrechtlich garantierte – Berufsfreiheit des einzelnen wird zeitlich in einem Maße reduziert, das an die Grenze des noch Zulässigen heranreicht. Das BVerfG [36] hat im Kontext des handelsrechtlichen Konkurrenzverbots (§ 90 a HGB) [37] nur eine zweijährige Karenzzeit mit Entschädigung als mit der Berufsfreiheit des Art. 12 GG kompatibel anerkannt. Nach dem BGH [38] gilt dies für einen ausgeschiedenen GmbH-Geschäftsführer allerdings nicht.

Weitere Sicherungen der Unabhängigkeit des ITO-Personals

Der Sicherung der Unabhängigkeit des ITO-Personals dienen weitere Vorkehrungen. Personen der Unternehmensleitung, Mitglieder der Verwaltungsorgane und Beschäftigte des ITO dürfen bei anderen Konzernunternehmen keine beruflichen Positionen bekleiden, berufliche Aufgaben wahrnehmen oder Geschäftsbeziehungen unterhalten [39]. Ferner dürfen sie keine Anteile an Konzernunternehmen halten mit der Ausnahme desjenigen, dem sie angehören [40]. Weiterhin ist das Zuwendungsverbot in Bezug auf das viU zu nennen [41]. Schließlich gilt die Maßgabe, dass die Vergütung des ITO-Personals nicht an die Tätigkeiten oder das Betriebsergebnis der sonstigen Konzernunternehmen gebunden sein darf [42].

Das Aufsichtsorgan

Kompetenzen

Dienen die bisher erörterten Vorkehrungen der Sicherung der Unabhängigkeit des Netzsektors und damit den Belangen des Wett-

bewerbs, so bringt das neue Institut des Aufsichtsorgans balancierend die Gesellschafterinteressen zur Geltung. Das Eigentum schützt auch Mitgliedschaftsrechte, insbesondere stimmberechtigte Kapitalanteile. Diese vermitteln Einfluss bei sachlich-unternehmerischen, finanziellen und personellen Entscheidungen in Bezug auf das Unternehmen [43].

Zwar ist der ÜNB/FNB nach den ITO-Regeln überaus feinmaschigen und gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand deutlich strengeren Unabhängigkeitsvorschriften unterworfen. Dort, wo es um grundlegende, existenzielle Fragen geht, wird dem Eigentümer aber der rentabilitätssichernde Einfluss nicht total abgeschnitten.

Das Instrument hierzu ist Art. 20 Strom-RL/Gas-RL 2009. Danach verfügt der ÜNB/FNB über ein sog. Aufsichtsorgan. Seine Aufgabe ist es, Entscheidungen zu treffen, die von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögensrechte der Anteilseigner des ÜNB/FNB sind. Hierfür werden beispielhaft insbesondere Entscheidungen im Zusammenhang mit der Genehmigung der jährlichen und der langfristigen Finanzpläne, der Höhe der Verschuldung des ÜNB/FNB und der Höhe der an die Anteilseigner auszuzahlenden „Dividende“ (im untechnischen Sinne) genannt (Art. 20 I 1 Strom-RL/Gas-RL 2009). Bei der Umsetzung in das deutsche Recht ist der Aufsichtsrat prädestiniert, die Rolle des „Aufsichtsorgans“ wahrzunehmen. Für die GmbH bedeutet dies, dass nunmehr mit dem Energierecht – neben die Mitbestimmung – ein weiterer Fall hinzutritt, in dem die Einrichtung des sonst bei dieser Gesellschaftsform nicht zwingenden Aufsichtsrats obligatorisch ist.

Etwas unsystematisch mutet an, dass Kompetenzen des Aufsichtsorgans auch außerhalb des Art. 20 Strom-RL/Gas-RL 2009 geregelt sind wie z. B. in Art. 19 I Strom-RL/Gas-RL 2009. Danach entscheidet das Aufsichtsorgan über die Auswahl der Führungskräfte und die Besetzung der Verwaltungsorgane des ÜNB/FNB. Dies betrifft Entscheidungen, Ernennungen, Wiederernennungen, Beschäftigungsbedingungen einschließlich Vergütung und Vertragsbeendigung für Führungskräfte und/oder Mitglieder der Verwaltungsorgane des ÜNB/FNB.

Insbesondere mit den Kompetenzbereichen Finanzen und Personal verfügt das Aufsichtsorgan über maßgebliche Parameter (Art. 19 I, 20 I 1 Strom-RL/Gas-RL 2009). Dagegen hat das Aufsichtsorgan keine Entscheidungsbefugnis im day-to-day-business des ÜNB/FNB (Art. 20 I 2 Strom-RL/Gas-RL 2009) [44].

Zusammensetzung des Aufsichtsorgans

Zusammensetzung nach der Formel: „die Hälfte minus 1“

Bei der herausragenden Kompetenz des Aufsichtsorgans fokussiert sich das Interesse auf die Frage, wie es zusammengesetzt ist. Nach Art. 20 II Strom-RL/Gas-RL 2009 besteht es aus Vertretern prinzipiell dreier Gruppen, nämlich des viU, dritter Anteilseigner (wenn vorhanden) und – sofern Vorschriften der Mitgliedstaaten dies vorsehen und wie es in Deutschland der Fall ist – anderer „interested parties“ wie etwa der Beschäftigten des ÜNB/FNB. Von entscheidender Bedeutung ist nicht nur die Präsenz im Aufsichtsrat als solche, sondern auch die Verteilung der Sitze. Dazu findet sich die originellste Regelung der beiden Richtlinien, nämlich Art. 20 III 1 Strom-RL/Gas-RL 2009. Er lautet:

„Art. 19 Absatz 2 Unterabsatz 1 sowie Art. 19 Absätze 3 bis 7 [besondere unabhängigkeitssichernde Anforderungen] finden auf

zumindest die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsorgans abzüglich ein Mitglied Anwendung.“

Man sieht jedenfalls nicht auf den ersten Blick, dass sich hinter diesem Satz im Klartext die Aussage verbirgt, dass die Mehrheit des Aufsichtsrats in Höhe von maximal zwei Mitgliedern von der Muttergesellschaft bestimmt werden kann. Dem entspricht es, dass die – von der Regulierungsbehörde als neutral vorab testierten – Aufsichtsratsmitglieder (Art. 19 II UAbs. 1 Satz 2 Strom-RL/Gas-RL 2009) höchstens um zwei Mitglieder in der Minderheit sein dürfen. Mit dieser filigranen Formulierung ist ermöglicht worden, dass eine Mehrheit von bis zu zwei Aufsichtsratsmitgliedern nicht den in Art. 20 III 1 Strom-RL/Gas-RL 2009 genannten zusätzlichen unabhängigkeitfördernden Regularien unterliegen und insoweit ohne weiteres von der Muttergesellschaft gewählt werden können.

Die verklausulierte Formulierung des § 20 III 1 Strom-RL/Gas-RL 2009 erklärt sich daraus, dass gegensätzliche Standpunkte ausgeglichen werden sollten. Während Deutschland und Frankreich mit den weiteren sechs Mitgliedstaaten darauf bestanden, die Mehrheit des Aufsichtsrats (auch) mit Repräsentanten der Muttergesellschaft besetzen und damit den essentiellen personalpolitischen Eigentümerinfluss bewahren zu können, haben die für das OU plädierenden Mitgliedstaaten durchgesetzt, dass diese Mehrheit definitiv – auf maximal zwei Mitglieder begrenzt ist. Darüber hinaus ist es Mitgliedstaaten freigestellt, auch mehr als die „Hälfte minus eins“ Mandate mit „neutralen“ Repräsentanten besetzen zu können. Theoretisch kann – nicht muss – dies auch auf sämtliche Aufsichtsratsmitglieder zutreffen.

Fragen des Mitbestimmungsrechts

Ungeklärt ist aber das Verhältnis zur Mitbestimmung. Wegen der in aller Regel nicht erreichten Grenze von 2 000 Arbeitnehmern gem. § 1 I Nr. 2 MitbestG dürfte im Falle des ÜNB/FNB das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) gelten [45]. Allerdings wird der Umsetzungsgesetzgeber Energie-, Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht koordinieren müssen. Nimmt man die Formel „zumindest die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsorgans abzüglich ein Mitglied“ ernst, dann muss die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder eine gerade Zahl sein. Nur auf einer solchen Basis lässt sich eine personenbezogene Hälfte berechnen. Dies führt allerdings zu Friktionen mit dem geltenden deutschen Mitbestimmungsrecht. So fordert das Drittelbeteiligungsgesetz hinsichtlich der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder die Teilbarkeit durch drei, also teilweise eine gerade, teilweise aber auch eine ungerade Zahl [46]. Die ungewöhnliche Richtlinienbestimmung bereitet damit keine Schwierigkeiten bei 6, 12 oder 18 Aufsichtsratsmitgliedern, wohl aber bei 3, 9, 15 oder 21. In diesen „ungeraden“ Fällen kann die vom vorgesehenen Richtlinien-Text verlangte personenbezogene „Mehrheit“ nicht errechnet werden. Dem könnte man abhelfen, indem man deshalb den Aufsichtsrat um ein Mitglied aufstockt. Dann aber wäre das Erfordernis einer Teilbarkeit durch drei nicht mehr einhaltbar. Folgende Lösung bietet sich an: Generell bleibt es beim Regelerfordernis der Teilbarkeit durch drei für den Aufsichtsrat im Aktien- wie im GmbH-Recht. Im Zuge der Umsetzung der Strom-RL/Gas-RL 2009 ist im EnWG jedoch – als energierechtlich veranlasste Ausnahme – sicherzustellen, dass die seinem Geltungsbereich unterliegenden ÜNB/FNB eine gerade Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern aufweisen müssen. Bei einem z. B. 12 Personen umfassenden Aufsichtsrat können somit sieben Mitglieder von der Muttergesellschaft bestimmt, während fünf („neutrale“) Mitglieder von der Arbeitnehmerseite gewählt werden. Gegenüber

§ 4 I DrittelbG vermindert sich damit die Präsenz des viU um ein Aufsichtsratsmitglied, was weiterhin zur Stärkung der Unabhängigkeit des ITO beiträgt.

Investitionen

Im Interesse der Versorgungssicherheit verpflichtet Art. 22 I Strom-RL/Gas-RL 2009 den ÜNB/FNB, der Regulierungsbehörde jedes Jahr einen zehnjährigen Netzentwicklungsplan vorzulegen. Er listet u. a. die laufenden Investitionen auf und bestimmt die künftigen Investitionen, die in den nächsten zehn Jahren durchgeführt werden müssen. Die Realisierung des Plans stellt die Regulierungsbehörde sicher. Verweigert der ÜNB/FNB die Durchführung der Investition, so soll die Regulierungsbehörde mindestens eine von drei Maßnahmen ergreifen müssen, um die Investition zu erzwingen [47]. Danach fordert sie entweder den ÜNB/FNB auf, die Investition vorzunehmen [48], oder sie ordnet ein Ausschreibungsverfahren an, das allen Investoren offensteht [49], oder sie verpflichtet schließlich den ÜNB/FNB, einer Kapitalaufstockung zur Finanzierung der Investition zuzustimmen und unabhängigen Investoren eine Kapitalbeteiligung zu ermöglichen [50]. Im Falle der zweiten Variante – eines Ausschreibungsverfahrens – soll die Regulierungsbehörde den ÜNB/FNB verpflichten können, die Finanzierung bzw. die Errichtung durch Dritte wie auch die Errichtung bzw. den Betrieb durch diesen selbst zu akzeptieren.

Bei der rechtlichen Beurteilung muss bedacht werden, dass die Investitionsfreiheit gemeinschaftsgrundrechtlich geschützt ist. Sie steht auch in der regulierten Energiewirtschaft den Unternehmen zu. Beschränkungen müssen verhältnismäßig sein. Art. 22 VII UAbs. 1 lit. a) und b) Strom-RL/Gas-RL 2009 geht bis an die äußersten Grenzen. Die dritte Variante – Art. 22 VII UAbs. 1 lit. c) Strom-RL/Gas-RL 2009 – aber überschreitet sie. Wenn die Regulierungsbehörde berechtigt ist, eine Kapitalerhöhung zugunsten dritter Investoren durch Hoheitsakt anzuordnen und damit dem Eigentümer neue, d. h. „dritte“ Gesellschafter aufzuzwingen, dann ist die Grenze der Verhältnismäßigkeit überschritten. Maßnahmen der Kapitalerhöhung sind das Herzstück der Investitions- und Finanzierungsfreiheit [51]. Das Bezugsrecht gehört zu den herausragenden Mitgliedschaftsrechten [52]. Es steht von Hause dem Aktionär zu. Sein Ausschluss kann gravierende Nachteile für die Altaktionäre mit sich bringen [53]. Deshalb kann es nur unter ganz bestimmten Bedingungen – wie in §§ 182, 183 AktG [54] vorgesehen – ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Auch auf der Ebene der Gemeinschaftsgrundrechte sind die Mitgliedschaftsrechte Teil der Eigentumsfreiheit und der Berufsfreiheit [55]. Der Zwang zur Kapitalerhöhung und zur Aufnahme neuer Gesellschafter ist so massiv, dass schon die Geeignetheit bzw. die Erforderlichkeit, jedenfalls aber die Verhältnismäßigkeit nicht mehr bejaht werden kann.

Gemeinschaftsrechtliche Kompatibilität

Mit der Regelung des Art. 20 finden die wettbewerbsverbürgenden Vorschriften der Art. 17-19 II bis VIII Strom-RL/Gas-RL 2009 ein balancierendes Gegengewicht. Auf diese Weise können die berechtigten Eigentumsbelange zur Geltung kommen. In diesem Sinne wäre es unzumutbar, wenn man dem Anteilseigner versagen wollte, bei der Bestellung des Aufsichtsorgans von seinem Eigentumsrecht Gebrauch zu machen und damit mittelbar auch Einfluss auf die Auswahl des Führungspersonals zu nehmen. Durch Art. 20 ist dem gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsgrundrecht Rechnung getragen. Insbesondere sind auch die eigentumsichernden Kriterien – wie sie im deutschen Verfassungsrecht das Mitbestimmungs-Urteil des BVerfG [56] formuliert hat – gewahrt. Dazu gehört nicht

zuletzt auch die personalpolitische Bestimmungsmacht. Auf der Stufe des proportionality-Tests zeigt sich somit, dass die gebotene Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter gelungen ist. Mit der Regelung des Art. 20 Strom-RL/Gas-RL 2009 finden die wettbewerbsverbürgenden Vorschriften der Art. 17-19 II bis VIII Strom-RL/Gas-RL 2009 ein balancierendes Gegengewicht. Von einer Enteignung („taking“) kann keine Rede sein, auch nicht von einer unverhältnismäßigen Beschränkung – abgesehen von dem übermäßigen Kapitalerhöhungszwang (dazu der obige Abschnitt „Investitionen“), der kein integraler Bestandteil des ITO-Modells ist.

Wenn man von der – nicht zum Kern gehörenden, den EG-grundrechtlichen Anforderungen nicht genügenden – Regelung zur Zwangs-Kapitalerhöhung absieht, ergibt sich: Der ITO ist gemeinschaftsrechtskonform, insbesondere mit den Kompetenzvorschriften und den EG-Grundrechten vereinbar [57].

Fazit

Die neuen Unbundling-Regelungen im 3. Liberalisierungs-Paket bieten drei Optionen: OU, ISO oder ITO. Für Deutschland wird die „third option“ die Zukunft der Netze bestimmen. Der EU-Richtliniengeber hat mit dem ITO ein Modell gefunden, das die Unabhängigkeit des ÜNB/FNB innerhalb des fortbestehenden Konzernverbundes garantiert. Damit ist eine Verschärfung des Unbundling im Interesse des Wettbewerbs gelungen, ohne die eigentumsfundierte Anteilsrechte der Muttergesellschaft zu negieren. Der deutsche Gesetzgeber hat nunmehr die Aufgabe, die neue Strom- bzw. Gas-Richtlinie umzusetzen.

Anmerkungen

- [1] EU Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt, KOM(2007) 528 endgültig, 2007/0195 (COD); Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, KOM(2007) 529 endgültig, 2007/0196 (COD), jeweils 19.9.2007.
- [2] Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. L Nr. 211 (vom 14.8.2009), S. 55; Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. L Nr. 211 (vom 14.8.2009), S. 94.
- [3] Die Verteilernetzebene ist in die Verschärfung des Unbundling nicht einbezogen. Als Begründung wird in Erwägungsgrund 26 zur Strom-RL bzw. 25 zur Gas-RL darauf hingewiesen, dass seit dem 1.7.2007 der Zeitraum nicht ausreiche, um den Erfolg des bisherigen Reglements abzuschätzen. Darüber hinaus sei hier ein wettbewerbsrelevantes Diskriminierungsrisiko geringer zu bewerten als auf Übertragungs- und Fernleitungsebene.
- [4] Der Großteil der Regelungen der Strom-RL und der Gas-RL 2009 ist identisch und wird parallel zitiert. Spezielle Vorschriften werden jeweils gesondert nachgewiesen.
- [5] Einfluss vermitteln die Stimmanteile. Daher kommt es auf sie an, sofern sie sich nicht mit den Kapitalanteilen decken.
- [6] So ist auszuschließen, dass ein und dieselbe Person Mitglied des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrates oder des Vertretungsorgans (Managements) sowohl bei einem Stromerzeugungs- bzw. Gasgewinnungsunternehmen oder einem Strom- bzw. Gasvertriebsunternehmen auf der einen Seite als auch bei einem Stromübertragungs- bzw. Fernleitungsunternehmen andererseits ist (Art. 9 I lit. d) Strom-RL/Gas-RL 2009).
- [7] EG-Verordnung Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L Nr. 114 (vom 27.4.2004), S. 64.
- [8] Vgl. Ziff. 13 der Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmens-

zusammenschlüssen, ABl. C Nr. 66 (vom 2.3.1998), S. 5; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Aufl., 2009, Art. 3 FKVO Rn. 12 f.

[9] Bei 50% und einem relevanten Einigungszwang unter den Gesellschaftern ist eine gemeinsame Kontrolle gegeben, s. Ziff. 18 der Mitteilung (siehe Fn. [8]); dazu Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner (siehe Fn. [8]), Art. 3 FKVO Rn. 15.

[10] Näher hierzu Schmidt-Preuß, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum EnWG, 2. Aufl., 2009, Einleitung B Rn. 105, 135; s. auch bereits ders., EuR 2006, 463 (474 ff., 482); ebenso Baur/Pritzsche/Pooschke/Fischer, Eigentumsentflechtung in der Energiewirtschaft durch Europarecht, 2008, S. 48 ff.

[11] Auch das sog. Aktiensplitting (dazu Erwägungsgrund 18 der Strom-RL bzw. 16 der Gas-RL) bietet keine Abhilfe, dazu überzeugend Baur/Pritzsche/Pooschke/Fischer (siehe Fn. [10]), S. 37 ff.

[12] Dies geschieht auf Vorschlag des Eigentümers und mit Zustimmung der Kommission, Art. 13 I Strom-RL bzw. Art. 14 I Gas-RL 2009.

[13] Art. 13 II lit. a) i. V. m. Art. 9 I lit. b-d) Strom-RL/Art. 14 II lit. a) i. V. m. Art. 9 I lit. b-d) Gas-RL.

[14] Vgl. Art. 13 V vor lit. a) Strom-RL. Der Übertragungsnetzeigentümer im ISO-Modell kann Teil eines viU sein, s. Art. 14 I Strom-RL. Entsprechendes gilt im Gassektor, vgl. Art. 14 V vor lit. a), 15 I Gas-RL.

[15] EGMR, NL 1999, S. 185 (NL 99/6/2) Tz. 76 f. – Brumarescu/Rumänien; EGMR, EuGRZ 1983, 525 Tz. 63 – Sporrang/Lönnroth; Schmidt-Preuß, EuR 2006, 463 (474).

[16] So erstmals Schmidt-Preuß, Neue EG-rechtliche Vorgaben für den Energiesektor – Ownership Unbundling und ISO plus – Verfassungs- und europarechtliche Grenzen, Vortrag auf der Jahrestagung des Instituts für Energie- und Regulierungsrecht Berlin e.V. am 4.12.2007, Manuskript, 2008, S. 10 ff.

[17] Baur/Pritzsche/Pooschke/Fischer (siehe Fn. [10]), S. 75.

[18] Vgl. EGMR, EuGRZ 1988, 350 Tz. 107 – Lithgow; hierzu Schmidt-Preuß, EuR 2006, 463 (468); zur Parallele im deutschen Verfassungsrecht BVerfGE 50, 290 (341 f.) – Mitbestimmungsgesetz.

[19] Zur Zulässigkeit nach geltendem Recht z. B. Gemeinsame Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu den Entflechtungsbestimmungen in §§ 6–10 EnWG vom 1.3.2006, S. 19, abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de/media/archive/5222.pdf; Schmidt-Preuß, in: FS f. Bartlspenger, 2006, S. 573 (581).

[20] Zum IT-Sektor siehe den nachfolgenden Abschnitt „IT-bezogene Vollaussstattung“.

[21] Schmidt-Preuß, Substanzerhaltung und Eigentum, 2003, S. 56 ff.

[22] Art. 17 I lit. d) Strom-RL/Gas-RL 2009.

[23] Arg. ex Art. 18 III 2 Fall 1) Strom-RL/Gas-RL 2009.

[24] Art. 18 VI Strom-RL/Gas-RL 2009.

[25] Art. 18 III 2 Fall 2 Strom-RL/Gas-RL 2009.

[26] Art. 18 III 1, 2 Fall 1 Strom-RL/Gas-RL 2009.

[27] Art. 17 III Strom-RL 2009/Gas-RL.

[28] Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L Nr. 65 (vom 14.3.1968), S. 8.

[29] Dazu Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, § 37 Rn. 17.

[30] Art. 18 IV 1 Strom-RL/Gas-RL 2009.

[31] Zum Begriff bei der AG vgl. § 77 I AktG sowie Hüffer, AktG, 8. Aufl., 2008, § 77 Rn. 3 f., bei der GmbH Lutter/Hommelhoff (siehe Fn. [29]), § 37 Rn. 3 f.

[32] Damit wird das angelsächsische board-Modell eingeschlossen, das sowohl Aufsicht wie Leitung in sich vereint.

[33] Die im deutschen Gesellschaftsrecht geläufige Unterscheidung zwischen dem organschaftlichen Rechtsverhältnis – also der Bestellung – und der Anstellung (dazu für das Aktienrecht Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 4 Rn. 1 f.) wird in der Strom-RL bzw. Gas-RL nicht reflektiert.

[34] Art. 19 III i. V. m. VIII Strom-RL/Gas-RL 2009. Im Übrigen gilt eine 6-monatige vorlaufende Karenzzeit.

[35] Art. 19 III Strom-RL/Gas-RL 2009.

[36] BVerfGE 81, 242 (252 ff.) – Handelsvertreter.

[37] Nach § 90 a I 2 HGB muss der Unternehmer dem ausgeschiedenen Handelsvertreter für die Dauer der maximal zweijährigen Wettbewerbsbeschränkung eine angemessene Entschädigung zahlen.

- [38] BGH, DB 2008, 1558 (1559).
- [39] Art. 19 IV Strom-RL/Gas-RL.
- [40] Art. 19 V 1 Fall 1 Strom-RL/Gas-RL 2009.
- [41] Art. 19 V 1 Fall 2 Strom-RL/Gas-RL 2009.
- [42] Art. 19 V 2 Strom-RL/Gas-RL 2009.
- [43] Zu den Zuständigkeiten der Hauptversammlung vgl. Spindler, in: Schmidt/Lutter, AktG, Bd. 1, 2008, § 119 Rn. 8-13. Hierbei nehmen die personalpolitischen Kompetenzen einen prominenten Platz ein. Zu ihnen gehört die Bestellung von Mitgliedern des Aufsichtsrats (§ 119 I AktG) oder deren Abberufung (§ 103 I AktG). Aus der Sicht der GmbH zu den Kompetenzen der Gesellschafterversammlung vgl. § 52 GmbHG sowie Lutter/Hommelhoff (siehe Fn. [29]), § 52 Rn. 6 f., 42.
- [44] S. dazu bereits den obigen Unterabschnitt „Unternehmerisch-gestaltende Unabhängigkeit“.
- [45] Zur Frage, ob bei der GmbH eine Erweiterung der Mitbestimmung über die Drittelbeteiligung hinaus möglich ist, bejahend OLG Bremen, NJW 1977, 1153 ff.; Hensche, AuR 1971, 33 (36); Kleinsorge, in: Wlotzke/Wissmann/Koberski/Kleinsorge Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2008, § 4 DrittelbG Rn. 2 ff.; verneinend Thüsing, in: FS f. Werner, 1984, S. 893 (898 ff.); Oetker, in: Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2007, DrittelbG Einl. Rn. 8.
- [46] Vgl. für die AG Drygala, in: K. Schmidt/Lutter (siehe Fn. [23]), § 95 Rn. 6; für die – vergleichbare – GmbH mit Pflicht-Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungs-Gesetz (früher BetrVG 1952) Lutter/Hommelhoff (siehe Fn. [29]), § 52 Rn. 37 ff.; Kleinsorge, in: Wlotzke/Wissmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht (Fn. 45), § 1 DrittelbG Rn. 20.
- [47] Art. 22 VII Strom-RL/Gas-RL 2009.
- [48] Art. 22 VII UAbs. 1 lit. a) Strom-RL/Gas-RL 2009.
- [49] Art. 22 VII UAbs. 1 lit. b) Strom-RL/Gas-RL 2009.
- [50] Art. 22 VII UAbs. 1 lit. c) Strom-RL/Gas-RL 2009.
- [51] Dazu Schmidt-Preuß, in: Säcker (siehe Fn. [10]), Einleitung B Rn. 124 f. sowie Einleitung C Rn. 170.
- [52] Veil, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, 2. Bd., 2008, § 186 Rn. 13 f.
- [53] Ibid. Rn. 24 f.
- [54] Vgl. zum Verfahren der regulären – der Gesellschaft neue Eigenmittel zuführenden – Kapitalerhöhung Veil, in: K. Schmidt/Lutter (siehe Fn. [52]), § 182 Rn. 6 ff.; für die GmbH Lutter/Hommelhoff (siehe Fn. [29]), § 55 Rn. 6 ff.
- [55] Dazu Schmidt-Preuß, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl., 2006, § 93 Rn. 42 ff.
- [56] BVerfGE 50, 290 (341 ff.) – Mitbestimmungsgesetz.
- [57] Vgl. Schmidt-Preuß, in: Säcker (siehe Fn. [10]), Einleitung B Rn. 70.

Prof. Dr. jur. M. Schmidt-Preuß, Ordinarius, Institut für Öffentliches Recht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
schmidt-preuss@jura.uni-bonn.de