

V BKK G 01/20/11 (unverbindliche öffentliche Fassung)

Ernennung des Bilanzgruppenkoordinators für die Marktgebiete Ost, Tirol und Vorarlberg – Ernennung der Bilanzierungsstelle – Verrechnungsstelle – Ausschreibung – Auswahlverfahren – Kostengünstigkeit – Sicherheit – Effizienz und Zuverlässigkeit – Neutralität und Unabhängigkeit – Wahlrecht nach § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020

B E S C H E I D

In dem auf Antrag der

1. **Trading Hub Europe GmbH** (ehem. Gaspool Balancing Services GmbH), Kaiserswerther Straße 115, 40880 Ratingen, Deutschland, HRB 93885 (nachfolgend auch „THE“, „Gaspool“ bzw. „Erstantragstellerin“), sowie der
2. **AGCS Gas Clearing and Settlement AG**, Palais Liechtenstein, Alserbachstraße 14-16, 1090 Wien, FN 217593s (nachfolgend auch „AGCS“ bzw. „Zweit Antragstellerin“),

geführten Verfahren ergeht gemäß § 7 Abs. 1 Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl. I Nr. 110/2010 idF BGBl. I Nr. 108/2017, iVm § 85 ff Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011), BGBl. I Nr. 107/2011 idF BGBl. I Nr. 108/2017, nachstehender

I. Spruch

- I. Gemäß § 85 Abs. 2 iVm § 85 Abs. 1, § 86 f und § 41 Abs. 4 GWG 2011 wird die Keep in Balance AG nach Maßgabe der Spruchpunkte II. bis VI. als Verrechnungsstelle für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie im Verteilernetz (Bilanzgruppenkoordinator) für die Marktgebiete Ost, Tirol und Vorarlberg ernannt.
- II. Die Ernennung wird mit dem, auf den zehnten Monat nach Eintritt der Rechtskraft des Spruchpunktes I. folgenden 1. April oder 1. Oktober um 6.00 Uhr, wirksam.
- III. Die Konzessionen gemäß § 85 GWG 2011 idF BGBl. I Nr. 107/2011 bleiben gemäß § 170a Abs. 1 GWG 2011 für das erste und zweite Clearing von Bilanzgruppen und

besonderen Bilanzgruppen des vor dem Ernennungszeitpunkt gemäß Spruchpunkt II. liegenden Zeitraums bis zu deren Abschluss weiter aufrecht.

- IV. Die Ernennung ist ab dem Zeitpunkt gemäß Spruchpunkt II. auf fünf Jahre befristet und verlängert sich mit Ablauf stets um ein Jahr, bis eine neue Ernennung gemäß § 85 Abs. 2 GWG 2011 stattgefunden hat.
- V. Die Ernennung wird unter nachfolgenden, auflösenden Bedingungen erteilt:
- a. Die Keep in Balance AG ist binnen drei Monaten nach Rechtskraft der Ernennung zur Eintragung in das öffentliche Firmenbuch anzumelden. Die Satzung der Keep in Balance AG hat dabei inhaltlich der Beilage ./8 zu entsprechen.
 - b. Als erste Mitglieder des Vorstands sind binnen drei Monaten nach Rechtskraft der Ernennung J**** E**** und M**** S**** zu bestellen. Sollte die Bestellung der genannten Personen oder einer der genannten Personen aufgrund eines, der Keep in Balance AG oder der Trading Hub Europe GmbH nicht zuzurechnenden Umstandes nicht möglich sein, sind binnen gleicher Frist die ersatzweise notwendigen Personen mit einschlägiger, zumindest zehnjähriger Berufserfahrung zu bestellen, die in gleichem Maße funktionell unabhängig sind.
 - c. Die Dienstverträge mit den Mitgliedern des Vorstands sind spätestens drei Monate nach Rechtskraft der Ernennung abzuschließen und haben den Punkten 2.2 bis 2.8 der Beilage ./9 inhaltlich entsprechende Regelungen zu enthalten.
- VI. Der Keep in Balance AG werden nachfolgende Auflagen erteilt:
- a. Die Erfüllung der Bedingungen in Spruchpunkten V.a. bis V.c. sind der Regulierungsbehörde bis zum Ende der in den Spruchpunkten V.a. bis V.c. genannten Fristen unverzüglich nachzuweisen.
 - b. Die Keep in Balance AG hat ein Informationssicherheitssystem umzusetzen, welches dem dargelegten Informationssicherheitssystem der Trading Hub Europe GmbH qualitativ entspricht und hat der Regulierungsbehörde entsprechende Nachweise (insbesondere Informationssicherheitsrichtlinie, Risikoanalyse und Risikobehandlungsplan) spätestens drei Monate vor Wirksamwerden der Ernennung zu übermitteln.
 - c. Die Übertragung von Aktien der Keep in Balance AG sind der Regulierungsbehörde unter Angabe des Nominalbetrags und des Erwerbers unverzüglich anzuzeigen.
 - d. Änderungen der Satzung der Keep in Balance AG sind der Regulierungsbehörde unverzüglich schriftlich anzuzeigen.

- e. Ein nicht nur vorläufiges Ausscheiden einer der in Spruchpunkt V.c. genannten Personen als Mitglied des Vorstands ist der Regulierungsbehörde zumindest drei Wochen vor dessen Wirksamkeit oder – sofern die Einhaltung dieser Frist nicht möglich ist – unverzüglich anzuzeigen.

VII. Der Antrag der AGCS Gas Clearing and Settlement AG wird abgewiesen.

II. Begründung

1. Verfahrensablauf

1.1. Hintergrund

Mit Art. 3 des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 108/2017 erfolgte eine Novellierung des GWG 2011. Die §§ 85 f GWG 2011, welche zuvor die Konzession und Konzessionsvoraussetzungen der Bilanzgruppenkoordinatoren (BKO) durch den zuständigen Bundesminister bzw. die zuständige Bundesministerin bestimmten wurden ersetzt, sodass nunmehr eine Ernennung dieser Marktteilnehmer durch die Regulierungsbehörde anhand der in § 85 f GWG 2011 geregelten Ernennungsvoraussetzungen vorzunehmen ist. Dafür hat die Regulierungsbehörde ein transparentes Auswahlverfahren nach den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber durchzuführen.

Durch Einfügung des § 170a GWG 2011 wurde gesetzlich die Erlöschung der bestehenden Konzessionen mit Übernahme der Aufgaben durch das gemäß § 85 GWG 2011 ernannte Unternehmen bestimmt. Gemäß § 170a GWG 2011 2. Satz ist die Ernennung außerdem frühestens mit Ablauf des 30. September 2021 und spätestens mit Ablauf des 30. September 2023 (durch die Regulierungsbehörde) vorzunehmen.

1.2. Vorverfahren

In Kenntnis dieser Umstände lud die E-Control am 9. Oktober 2019 zu einer öffentlichen Branchenveranstaltung. Dabei wurden auch erstmals Vorab-Informationen zum Verfahren zur Ernennung des Bilanzgruppenkoordinators präsentiert.¹ Interessenten wurden darin auf die Möglichkeit hingewiesen, zu den Vorab-Informationen Fragen zu stellen, welche gemeinsam in einem FAQ-Dokument veröffentlicht würden.

In weiterer Folge eröffnete die E-Control einen Bereich zum Ernennungsverfahren auf ihrer Website (www.e-control.at/marktteilnehmer/gas/ernennung-der-bilanzierungsstelle) und ver-

¹ Die Aufzeichnung der Veranstaltung und die Veranstaltungsunterlagen wurden auf der Website der E-Control veröffentlicht: www.e-control.at/branchenfruehstueck-gas.

öffentliche dort die Antworten auf die bis Dezember 2019 eingelangten Fragen in konsolidierter Form.

Am 4. Februar 2020 veröffentlichte die E-Control die Ausschreibungsunterlage („AU“ in der Version 1.0) auf ihrer Website. Kurz darauf ergingen am selben Tag Benachrichtigungen an jene Unternehmen, die an der Branchenkonsultation 2019 teilgenommen haben. Darüber hinaus wurde die Ausschreibung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung kundgemacht.

Die AU enthielt den von der Behörde angedachten Verfahrensgang sowie die Voraussetzungen für die Antragstellung und darzulegenden Ernennungsvoraussetzungen sowie die Kriterien für eine allfällige Auswahl zwischen mehreren Antragstellern.

Die AU war dabei auch mit dem Hinweis versehen, dass bis 20. Februar 2020 Fragen und Korrekturanmerkungen zu den AU übermittelt werden konnten. Die Antragstellerinnen reichten – neben weiteren Unternehmen – fristgerecht Fragen zur AU ein. Die Zweitantragstellerin legte außerdem Ihre Bedenken gegen die Wahlmöglichkeit gemäß § 46 Abs. 5 Gas-Marktmodell-Verordnung 2020 (GMMO-VO 2020), BGBl. II Nr. 465/2019, in einem gesondert übermittelten Memorandum dar.

Die E-Control veröffentlichte am 12. März 2020 die konsolidierte Fragebeantwortung zu den eingelangten Fragen und stellte in Aussicht, dass es zu einer Überarbeitung der AU kommen werde.

Aufgrund der fortschreitenden Verbreitung von COVID-19 in Österreich wurde die AU daraufhin von der Behörde einer weiteren Überarbeitung unterzogen und anschließend am 27. März 2020 in der Version 3.0 veröffentlicht. Im Hinblick auf Art. 16 § 2 des 2. COVID-19-Gesetzes, BGBl. Nr. 16/2020, wurde darin der 9. Juni 2020 als letztmöglicher Tag der Antragstellung festgelegt. Weiters gab die E-Control Anpassungen am angedachten Verfahrensablauf bekannt und adaptierte die weiteren Bestandteile der Unterlagen in Hinblick auf die eingelangten Fragen der Interessenten.

Ebenso wurde in der aktualisierten AU angekündigt, den Interessenten nähere Details zum Zugriff auf die Daten der Markt- und Verteilergiebtsmanagerin (MVGM) AGGM-Austrian Gas Grid Management AG (AGGM) bereitzustellen. Die entsprechenden Informationen wurden am 19. Mai 2020 auf der Website der E-Control veröffentlicht. Gleichzeitig wurde die aktuelle Kosteneinschätzung veröffentlicht, wonach sowohl mit als auch ohne Inanspruchnahme der Option des § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 durch die Bilanzierungsstelle bei AGGM als MVGM Plankosten in vergleichbarer Höhe entstehen.

1.3. Anträge und weiteres Verfahren

Mit E-Mail vom 8. Juni 2020 wurde von der Gaspool und nunmehrigen THE ein Antrag auf Ernennung gemäß § 85 Abs. 1 GWG 2011 für alle Marktgebiete gestellt. Die Antragsbeilagen

wurden dem E-Mail teils beigefügt und im Übrigen über den für das Unternehmen eingerichteten Ablagebereich bereitgestellt.

Mit Schreiben vom 8. Juni 2020, persönlich am 9. Juni 2020 bei der Behörde eingebracht, stellte die AGCS einen Antrag auf Ernennung gemäß § 85 Abs. 1 GWG 2011 für alle Marktgebiete. Der Antrag wurde am gleichen Tag auch per E-Mail bei der Behörde eingebracht und eine elektronische Kopie über den für das Unternehmen eingerichteten Ablagebereich bereitgestellt. Per weiterem E-Mail am selben Tag wurden auch diverse Beilagen eingereicht, welche lediglich der Eingabe in Papierform nicht beigefügt waren.

Nach Prüfung der Eingänge übermittelte die Behörde den Antragstellerinnen am 26. Juni 2020 jeweils einen **Verbesserungsauftrag** („Nachforderung“) in dem um Ergänzung, Korrektur und Klarstellung binnen zwei Wochen ersucht wurde. Gleichzeitig wurden die Antragstellerinnen über die mögliche Abhaltung der mündlichen Verhandlungen unter Einsatz eines Systems zur Wort- und Bildübertragung (Online-Konferenzlösung) gemäß § 3 Abs. 3 COVID-19-Verwaltungsbegleitgesetz, BGBl. I Nr. 16/2020 idF BGBl. I Nr. 59/2020 in Kenntnis gesetzt und Gelegenheit dazu gegeben, binnen zwei Wochen Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2020 übermittelte die Erstantragstellerin die geforderten Informationen. Gegen die Verwendung einer Online-Konferenzlösung wurden keine Einwendungen erhoben.

Die Zweitantragstellerin übermittelte die geforderten Informationen mit Schreiben vom 13. Juli 2020. Zur Verwendung einer Online-Konferenzlösung brachte sie vor, dass die mündliche Verhandlung ein wesentlicher Teil des Bewertungsprozesses sei, welche nicht durch das Übertragungs- und Qualitätsrisiko einer Videokonferenz beeinträchtigt werden solle. Sie halte es daher für sinnvoll, ihr Modell persönlich vorzustellen. Im Falle der Abhaltung als Videokonferenz werde um Durchführung eines Probetestlaufs ersucht.

Mit Schreiben vom 31. Juli 2020 informierte die Behörde die Antragstellerinnen über das weitere Vorgehen in der Auswahlphase des Ernennungsverfahrens. Die Behörde sah darin auch einen adaptierten Zeitplan des Verfahrens mit Abschluss bis Februar 2021 vor, was zu einer Verschiebung des neuen Gas-Marktmodells auf 2022 führe. Des Weiteren erklärte die Behörde, die Bestellung von mehreren Sachverständigen zu beabsichtigen. Demnach solle der Themenbereich Sicherheit von Herrn R***** J*****, Lead-Auditor für Informationssicherheitsmanagementsysteme nach ISO 27001 beurteilt werden. Die Beurteilung des Themenkomplexes Effizienz und Zuverlässigkeit solle die durch eine Bewertungskommission bestehend aus Herrn C***** B*****, Associate Partner bei E***** GmbH *****, Dresden, Herrn D***** G*****, Senior Gas Trader & Analyst bei der O***** AG, Zürich, und Frau S***** N*****, selbstständig, Berlin, vorgenommen werden. Dazu gewährte die Behörde zwei Wochen zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 3. August 2020 ersuchte die Behörde die Erstantragstellerin um Nachreichung der, in den Unterlagen erwähnten Richtlinie Informationssicherheit und gab der Zweit-

antragstellerin die Möglichkeit, eine Matrixanalyse, welche im Antrag in stark verkleinerter und unleserlicher Form beigelegt wurde, beigelegen.

Am 12. August 2020 veröffentlichte die Behörde eine Nachricht auf ihrer Website, wonach sich das In-Kraft-Treten der GMMO-VO 2020 aufgrund der COVID-19-Pandemie und den damit verbundenen zeitlichen Implikationen auf das Ernennungsverfahren voraussichtlich auf 1. April 2022 verschiebe.

Die Zweitantragstellerin nahm mit Schreiben vom 12. August 2020 zu den Informationen vom 31. Juli 2020 Stellung und führte aus, dass sie ihrerseits weiterhin in der Lage sei, die Voraussetzungen zu schaffen, das neue Marktmodell mit Ernennung bis Ende Februar 2021 zum ursprünglichen Termin am 1. Oktober 2021 in Kraft treten zu lassen. Der Termin sei anzunehmenderweise von den Marktteilnehmern akzeptiert und aufgrund der signifikanten Kostenersparnis für den Markt würde eine Verschiebung mit zusätzlichen vermeidbaren Kosten für den Markt führen. Die Zweitantragstellerin wolle daher zur raschen Durchführung des Verfahrens beitragen.

Zur Bestellung der Sachverständigen nahm die Zweitantragstellerin nicht Stellung. Die Erstantragstellerin gab keine Stellungnahme zum Informationsschreiben ab.

Am 13. August 2020 übermittelte die Erstantragstellerin die geforderte Richtlinie zur Informationssicherheit.

Mit Schreiben vom 14. August 2020 übermittelte die Zweitantragstellerin eine zusammenfassende Darstellung der von ihr identifizierten, ca. 240 Risiken.

Nach Abstimmung möglicher Verhandlungstermine wurden die Antragstellerinnen am 3. September 2020 zu getrennten mündlichen Verhandlungen am 1. bzw. 2. Oktober 2020 geladen.

Am 18. September 2020 ergingen jeweils zwei Schreiben an die Antragstellerinnen. Einerseits wurden dabei die aufgetauchten Fragen zum Antrag und Umsetzungskonzept zur Vorbereitung übermittelt. Dabei gab die Behörde auch an, eine Verhandlung unter Anwesenden weiter vorzuziehen, die Entwicklung der COVID-19-Pandemie jedoch weiter zu beobachten. Andererseits wurden die Antragstellerinnen aufgefordert, bis 30. Oktober 2020 noch nähere Details zu den Kosten zu übermitteln. In Hinblick auf die in der AU vorgesehene Möglichkeit, eine Antragsänderung nach der Verhandlung vorzunehmen, ersuchte die Behörde, dabei auf die Letztversion des Antrags Bezug zu nehmen.

Angesichts der Verschlechterung der Situation um COVID-19 informierte die Behörde die Antragstellerinnen am 21. September 2020, von einer Verhandlung unter Anwesenden Abstand zu nehmen und übermittelte die notwendigen Zugangsinformationen für die Online-Videokonferenz sowie einen Probetermin, welcher anschließend von beiden Antragstellerinnen erfolgreich genutzt wurde.

Mit Schreiben vom 28. September 2020 übermittelte die Erstantragstellerin vorab zur mündlichen Verhandlung eine schriftliche Antwort auf einen Teil der Fragen zum Umsetzungskonzept.

Am 1. Oktober 2020 führte die Behörde eine mündliche Verhandlung zum Erstantrag unter Teilnahme von Vertretern der Erstantragstellerin und Net Connect Germany GmbH & Co. KG (NCG), darunter die beiden designierten Vorstandsmitglieder der Keep in Balance AG, durch. Die Teilnehmer führten die Präsentation ihres Umsetzungskonzepts vor, gingen auf die vorab übermittelten Fragen ein und stellten sich den Fragen der Behörde und der von der Behörde bestellten Sachverständigen.

Am 2. Oktober 2020 wurde unter der Leitung der Behörde eine Verhandlung über den Zweitantrag unter Teilnahme derer Vertreter und Vertreterin, darunter die drei Mitglieder des Vorstands, und eines Vertreters der ***** abgehalten. Die Teilnehmer führten die Präsentation ihres Umsetzungskonzepts vor, gingen auf die vorab übermittelten Fragen ein und stellten sich den Fragen der Behörde sowie jenen der, von der Behörde bestellten Sachverständigen. Abschließend brachte die Zweitantragstellerin vor, dass die Gewichtung des Self-Storage-Dienstes (SES0) bzw. der Wechsellplattform in der Auswahlbewertung ihres Erachtens eine Verzerrung bei den Kosten darstelle, da dabei eingesetzte finanzielle Mittel anders bewertet würden.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2020 wurde die Zweitantragstellerin zur Beurteilung der Sicherheit nach Kapitel 4.2 der AU ersucht, die vom Unternehmen herangezogene Auswahl der identifizierten Risiken und die daraus abgeleiteten Maßnahmen zu übermitteln.

Am 28. Oktober 2020 wurde den Antragstellerinnen jeweils die Niederschrift der mündlichen Verhandlung übermittelt.

Mit Abschluss der mündlichen Verhandlungen wurden die Antragstellerinnen ersucht, etwaige Änderungen ihres Antrags bis 30. Oktober 2020 einzubringen. Die Erstantragstellerin machte von dieser Möglichkeit Gebrauch und übermittelte am 28. Oktober 2020 eine Antragsänderung samt Beilagen in dem die Kosten und das Umsetzungskonzept angepasst, sowie ergänzende Unterlagen und Angaben, einschließlich der geforderten Detailinformationen zu den Kosten und ergänzende Antworten zu den Fragen in der mündlichen Verhandlung eingereicht wurden.

Die Zweitantragstellerin machte ebenso von der Möglichkeit Gebrauch und übermittelte am 30. Oktober 2020 eine Antragsänderung samt Beilagen in der die Kosten und das Umsetzungskonzept angepasst, sowie ergänzende Unterlagen und Angaben, einschließlich der geforderten Detailinformationen zu den Kosten und ergänzende Antworten zu den Fragen in der mündlichen Verhandlung eingereicht wurden.

Mit Schreiben vom 13. bzw. 16. November brachten die Antragstellerinnen ihre Einwendungen gegen die Niederschriften der mündlichen Verhandlung ein.

Nach Einlangen der Beurteilungen der Sachverständigen zur Sicherheit und zur Effizienz und Zuverlässigkeit, wurden die jeweiligen Beurteilungen den Antragstellerinnen am 15. Dezember 2020 übermittelt und ihnen gemäß § 37 und § 45 Abs. 3 AVG die Möglichkeit eingeräumt zum Ergebnis der Beweisaufnahme binnen fünf Wochen Stellung zu nehmen. Darin wurden die Antragstellerinnen auch über die Absicht der Behörde informiert, das Ermittlungsverfahren anschließend abzuschließen und im Februar bis März 2021 bescheidmäßig über die Ernennung zu entscheiden.

Mit Schreiben vom 22. Jänner 2021 (bei der Behörde eingelangt am 25. Jänner) nahm die Zweitantragstellerin zu den übermittelten Beurteilungen Stellung. Während sich die Antragstellerin der inhaltlichen und fachlichen Ansicht des Gutachters für Sicherheit vollinhaltlich anschloss, brachte sie zur Beurteilung der Effizienz und Zuverlässigkeit diverse Punkte vor, die aus ihrer Sicht nicht nachvollziehbar seien oder eine Abweichung von den Auswahlkriterien der Behörde darstellen.

Mit Eingabe vom 25. Jänner 2021 nahm die Erstantragstellerin zur Beurteilung der Sachverständigen zur Effizienz und Zuverlässigkeit Stellung und monierte diverse Punkte in der Bewertung. Gleichzeitig wurde die Behörde über den erfolgten Beschluss der Satzung der Keep in Balance AG unter Beifügung des Notariatsaktes sowie der Geschäftsordnungen des Aufsichtsrats und des Vorstands informiert. Weiters brachte die Erstantragstellerin vor, dass die Umsetzung des Projekts zum 1. April 2022 durch eine Ernennung im März 2021 nicht gefährdet wäre.

Die Behörde übermittelte die Stellungnahmen den Sachverständigen zur Effizienz und Zuverlässigkeit und ersuchte diese um Ergänzung ihrer Beurteilung bzw. Replik zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2021 brachte die Zweitantragstellerin weitere Informationen zur Einhaltung des Zeitplanes ein und nahm eine Antragsänderung hinsichtlich der Kosten vor. Trotz der vorherrschenden Situation um COVID-19 und damit verbundener, künftig möglicherweise noch intensiverer Einschränkungen sei im Hinblick auf ihre laufende Tätigkeit, die im Jahr 2020 abgeschlossenen Projekte, die langjährige Erfahrung des Unternehmens und das geringe Umsetzungsrisiko die Umsetzung des neuen Bilanzierungsmodells zum in der AU genannten Startzeitpunkt bei Ernennung der Zweitantragstellerin garantiert.

Weiters sei die Festlegung der Kosten für das Clearingentgelt durch die Regulierungsbehörde mit 21. Dezember 2020 konsensual abgeschlossen worden. Im Zuge dieser Prüfung sei ein Effizienzabschlag von 3,5 % festgelegt worden, dem die Zweitantragstellerin dadurch Rechnung trage, dass sie die Kosten im Angebot ab 2022 um 2 % p.a. senke (im Angebot vom 30. Oktober 2020 sei bereits eine Senkung um 0,5 % eingebracht worden). Daneben wurde eine zusätzliche Reduktion innerhalb der Unternehmen der Gruppe vorgenommen.

Am 18. Februar 2021 übermittelte die Behörde den Antragstellerinnen jeweils die ergänzte Beurteilung zur Effizienz und Zuverlässigkeit und erklärte das Ermittlungsverfahren gemäß § 39 Abs. 3 AVG für geschlossen.

Am 25. März 2021 richtete die Zweitantragstellerin ein Schreiben an das mit selbigem Tag neu bestellte Mitglied des Vorstandes der E-Control, Prof. DI Dr. Alfons Haber (eingelangt am 30. März 2021), welches ebenfalls zum Akt genommen wurde. Darin fasst diese kurz „mehrfach und vorab geäußerte Punkte“ zusammen, die im Verfahren nicht berücksichtigt worden seien. Dabei sei die optionale Datenerfassung der kommerziellen Clearingdaten durch den MVGM (nicht wie bisher durch den Bilanzgruppenkoordinator) zu erwähnen: Die seit 20 Jahren bestehende Teilung der Daten – in kommerzielle Daten zur Abrechnung und technische Daten zur Steuerung – habe sich aus verschiedensten energie-, datenschutzrechtlichen und kommerziellen Gründen bewährt. Mit der Option der Datenbankbereitstellung durch den MVGM würden Bilanzierungsaufgaben ohne objektivierbare Grundlage dem MVGM übertragen. Zusätzlich sei in der Ausschreibung die Möglichkeit der Nutzung einer vom MVGM bereitgestellten Datenplattform als Wahlfreiheit der Bieter vorgesehen gewesen. Dass „die Angebote (Anträge) damit selbstredend nicht vergleichbar“ seien, sei wiederholt von der Zweitantragstellerin kommuniziert worden. Verstärkt werde dies dadurch, dass die Kosten für die Option der Nutzung der Datenplattform des MVGM nach Information der E-Control mit Null berücksichtigt werden sollen. Auch die qualitative Bewertung der Datenplattform, die noch nicht existent ist, aber deren Beschaffung der MVGM anscheinend initiiert hat, scheint offen. Auch das Angebotsbewertungsmodell zeige schwerwiegende Problempunkte. Während der Preis für die Bilanzierungsaufgaben („Kostengünstige Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben“) mit 45% bewertet werde, sei die Qualität des Kerns der tatsächlichen Leistungserbringung („Darlegung konkrete Form der Erfüllung“) gerade einmal mit 3 % bewertet, wobei diese 3% noch durch das Paretoprinzip abgewertet würden. Die Preisbewertung der Wechselplattform sei unverständlich, da der Preis für die Bilanzierung anscheinend vielfach höher bewertet werde als der Preis für die Wechselplattform. Zudem habe die Zweitantragstellerin eine anwendbare Preisformel für die Preisbewertung der Wechselplattform den Ausschreibungsunterlagen nicht entnehmen können. Dies könne keinesfalls eine faire Ausschreibung darstellen, ohne wettbewerbsverfälschende Wirkung zu erzeugen. Unabhängig davon würden die unterschiedlichen Umstellungskosten des Marktes nicht berücksichtigt. Mehrfach seien von der Zweitantragstellerin die qualitativen wie auch die generellen Umsetzungsvorteile der bereits bestehenden Systeme dargelegt worden. Dies scheine aber keinen Niederschlag in der Bewertung gefunden zu haben bzw. habe kaum Gewicht in der Bewertung. Die Zweitantragstellerin habe wiederholt darauf hingewiesen, dass sie eine zeitgerechte, qualitativ hochwertige und für alle Marktteilnehmer einfache Umsetzung bis zum in der Verordnung genannten Starttermin (1. Oktober 2021) einhalten könne. Aufgrund des Aufsetzens auf bestehenden Systemen, die lokale Marktkenntnis und die ausschließliche Nutzung lokaler österreichischer Dienstleister sei dies auch in Zeiten der Pandemie mit Reise- und Kommunikationsbeschränkungen — möglich. Der Kostenvorteil dieser frühestmöglichen

Erfüllung schein ebenfalls nicht durch die E-Control gewürdigt zu werden. Vor diesem Hintergrund werde nochmals um kritische und objektive Durchsicht der Entscheidungsgrundlagen ersucht.

Nach Ablauf der achtwöchigen Frist gemäß § 39 Abs. 5 AVG nahm die Behörde das Ermittlungsverfahren wieder auf. Daraufhin forderte die Behörde die Antragstellerinnen am 10. Mai 2021 auf, binnen zwei Wochen einen aktualisierten Umsetzungszeitplan unter Annahme einer Ernennungsentscheidung mit 4. Juni 2021 vorzulegen und erklärte das Ermittlungsverfahren mit Ablauf der genannten Frist erneut für geschlossen.

Mit Schreiben vom 21. Mai 2021 erklärte die Erstantragstellerin, dass einerseits die Umsetzung ihres Konzepts zum kommunizierten Termin am 1. April 2022 weiterhin möglich sei, wofür die vorlaufende Einbindung der Marktteilnehmer entsprechend eingekürzt werden könne. Dabei würde der Fokus der Umsetzung auf den rechtlich-regulatorisch verpflichtenden Anforderungen liegen. Andererseits wäre es mit Ernennung zum 4. Juni 2021 möglich, die Umsetzung analog zum ursprünglich eingereichten Projektplan bis 1. Juli 2022 bzw. – für den Gasmarkt empfehlenswerter – am 1. Oktober 2022 vorzunehmen. Nach den eingereichten Zeitplänen ließe sich das gesamte Projekt auch beliebig, etwa um sechs oder neun Monate, nach hinten schieben. Hier bestehe fast vollständige Flexibilität.

Die Zweitantragstellerin kam dem Auskunftersuchen mit Schreiben vom 25. Mai 2021 nach und erklärte, dass die Umsetzung mit 1. Oktober 2021 bei Ernennung zum 4. Juni 2021 weiterhin möglich sei, da nur geringe Anpassungen an bestehenden Systemen vorgenommen werden müssten und der Umsetzungszeitpunkt bei den internen Ressourcenplanung berücksichtigt und mit allen relevanten Dienstleistern abgestimmt wurde. Dazu führt die Antragstellerin in Ihrem Schreiben auch zu den notwendigen Anpassungen aus, wobei insbesondere große Teile des bestehenden IT-Systems genutzt werden können, weshalb kaum ein Umsetzungsrisiko bestehe. Dieser Umstand sei auch von den Gutachtern im Verfahren festgestellt worden. Weiters besitze die Zweitantragstellerin langjährige lokale Marktkenntnis und nutze ausschließlich langjährige, lokale österreichische Dienstleister, wodurch sie auch in Zeiten der Pandemie – mit Reise und Kommunikationseinschränkungen – in der Lage sei, die ausgeschriebenen Aufgaben bis zum 1. Oktober 2021 umzusetzen.

Weiters übermittelte die Zweitantragstellerin einen Umsetzungszeitplan für Umsetzung bis 1. April 2022. Zum Nachweis der Umsetzungsfähigkeit legte die Zweitantragstellerin außerdem eine Tabelle und ein um die bereits geschaffenen Voraussetzungen ergänztes Einreichungsdokument bei. Für den Fall, dass die Vergabe am 4. Juni 2021 erfolge, änderte die Zweitantragstellerin ihren Antrag in Absprache mit ihren Dienstleistern dahingehend ab, dass die Kosten 3 % niedriger bemessen werden.

Die Zweitantragstellerin bedaure, dass der Erhalt österreichischer Arbeitsplätze bzw. österreichischer Leistungserbringung kein Kriterium für die Ausschreibung sei. Aufgrund der

Belastung des Personals und des Betriebes durch die Verzögerung werde eine baldige Entscheidung erwartet.

Mit elektronischer Nachricht vom 7. Juni 2021 brachte die Erstantragstellerin der Behörde zur Kenntnis, dass diese mit 1. Juni 2021 mit der NCG zur THE verschmolzen ist. Auf Rückfrage der Regulierungsbehörde übermittelte die Erstantragstellerin den aktuellen Handelsregisterauszug und Gesellschaftsvertrag der THE am 15. Juni 2021, sowie eine Urgenz zur Entscheidung bis 24. Juni 2021 bzw. dem Ersuchen zur Nennung eines verbindlichen Termins dafür. Am 17. Juni 2021 wurde die notariell Bescheinigte Gesellschafterliste der THE nachgereicht.

2. Zuständigkeit, Zulässigkeit, rechtliche Grundlagen

2.1. Zuständigkeit und Zulässigkeit

Die Ernennung der Bilanzgruppenkoordinatoren erfolgt gemäß § 85 GWG 2011 iVm § 21 Abs. Z 3 E-ControlG mit Bescheid der E-Control als Regulierungsbehörde. Die Zuständigkeit des Vorstandes folgt aus § 7 Abs. 1 E-ControlG.

Mit der Letztfassung der AU wurde der 9. Juni 2020 als letztmöglicher Tag der Antragstellung festgesetzt. Beide Anträge auf Ernennung gingen erstmalig am Tag davor bei der Regulierungsbehörde ein und wurden damit fristgerecht und zulässig eingebracht.

2.2. Rechtliche Grundlagen

Die maßgeblichen Bestimmungen des GWG 2011 lauten:

„Marktgebiete

§ 12. (1) *Das österreichische Leitungsnetz besteht aus folgenden Marktgebieten, in denen jeweils ein Marktgebietsmanager und ein Verteilergebietsmanager und ein Bilanzgruppenkoordinator nach Maßgabe dieses Gesetzes mit der Erfüllung von Systemdienstleistungen beauftragt sind:*

1. *Marktgebiet Ost;*
2. *Marktgebiet Tirol;*
3. *Marktgebiet Vorarlberg.*

(2) *Das Marktgebiet Ost umfasst die in den Ländern Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark und Wien gelegenen Netze.*

(3) *Das Marktgebiet Tirol umfasst die im Land Tirol gelegenen Netze.*

(4) Das Marktgebiet Vorarlberg umfasst die im Land Vorarlberg gelegenen Netze.

(5) ...

Verfahren zur Festlegung durch Verordnung

§ 41. (1) Zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs sowie einheitlicher Regeln für alle betroffenen Marktteilnehmer und der Ziele dieses Gesetzes kann die Regulierungsbehörde, unter Beachtung der Anforderungen eines sicheren und zuverlässigen Netzbetriebs sowie der Ausgewogenheit der Interessen der Marktteilnehmer für jedes Marktgebiet getrennt Festlegungen unter Berücksichtigung der gemäß Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 angenommenen Netzkodizes und Leitlinien gemäß Art. 23 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 durch Verordnungen treffen. Sie hat vor dem Ordnungsverfahren eine öffentliche Konsultation zu den beabsichtigten Festlegungen gemäß Abs. 2 durchzuführen.

...

(4) Die Regulierungsbehörde kann Festlegungen treffen zu den Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen im Marktgebiet, und zwar insbesondere zur Dauer der Ausgleichsperiode, Nominierungs- und Fahrplanabwicklung, Datenaustausch zwischen den Marktteilnehmern und der Definition des Gastags. Dabei ist abhängig von dem Ergebnis eines entsprechenden Konsultationsprozesses, in dem sämtliche betroffenen Marktteilnehmer einzubeziehen sind, auf eine Harmonisierung der Ausgleichsregeln in Fernleitungs- und Verteilernetz innerhalb von zwei Jahren ab dem Inkrafttreten des Netzkodex gemäß Art. 8 Abs. 6 lit. j der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 hinzuwirken.

...

Verrechnungsstelle für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie (Bilanzgruppenkoordinator)

Ernennung

§ 85. (1) Die Verrechnungsstellen für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie im Verteilernetz (Bilanzgruppenkoordinator) sind je Marktgebiet von der Regulierungsbehörde nach Durchführung eines transparenten Auswahlverfahrens nach den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber zu ernennen. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis ist die Ernennung eines Unternehmens für mehrere Marktgebiete zulässig.

(2) Die Ernennung erfolgt mit Bescheid, welcher mit Bedingungen, Befristungen und Auflagen versehen werden kann, soweit diese zur Erfüllung der Zielsetzungen dieses

Gesetzes erforderlich sind. Die Ernennung ist vorzunehmen, wenn die Voraussetzungen gemäß § 86 vorliegen und zu erwarten ist, dass das ernannte Unternehmen in der Lage ist, die Aufgaben gemäß § 87 effizient, sicher und zuverlässig zu erfüllen. Dabei ist zu beachten, dass nach erfolgter Ernennung der Registrierungsaufwand für Marktteilnehmer auf ein Minimum reduziert wird und die Harmonisierung der Ausgleichsregeln in Fernleitungs- und Verteilernetz gemäß § 41 Abs. 4 befördert wird.

Voraussetzungen der Ernennung

§ 86. *Eine Ernennung gemäß § 85 kann nur erfolgen, wenn*

- 1. das ernannte Unternehmen die Aufgaben des Bilanzgruppenkoordinators kostengünstig, sicher und neutral gegenüber Marktteilnehmern zu erfüllen vermag; eine kostengünstige Besorgung der Aufgaben ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn bei der Ermittlung der Kostenbasis für die Verrechnungsstelle die für die Bestimmung der Systemnutzungsentgelte anzuwendenden Verfahren und Grundsätze zu Grunde gelegt werden;*
- 2. das ernannte Unternehmen hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von vertikal integrierten Erdgasunternehmen ist;*
- 3. das ernannte Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft eingerichtet und mit einem Grundkapital von mindestens 3 Millionen Euro ausgestattet ist;*
- 4. die Personen, die eine qualifizierte Beteiligung am ernannten Unternehmen halten, den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Unternehmens zu stellenden Ansprüchen genügen;*
- 5. der Sitz und die Hauptverwaltung im betreffenden Marktgebiet liegen, wobei in jenen Marktgebieten, in denen die Gesellschaft nicht ihren Sitz hat, eine regionale Niederlassung eingerichtet werden kann;*
- 6. das ernannte Unternehmen mindestens zwei Vorstandsmitglieder hat und in der Satzung die Einzelvertretungsmacht, eine Einzelprokura oder eine Einzelhandlungsvollmacht für den gesamten Geschäftsbetrieb ausgeschlossen ist;*
- 7. bei keinem der Vorstandsmitglieder ein Ausschließungsgrund im Sinne des § 13 Abs. 1 bis 6 GewO 1994 vorliegt;*
- 8. kein Vorstandsmitglied einen anderen Hauptberuf außerhalb des ernannten Unternehmens ausübt, der geeignet ist, Interessenkonflikte hervorzurufen;*

9. *die Vorstandsmitglieder des ernannten Unternehmens bei anderen Unternehmensteilen eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens oder bei dessen Mehrheitsanteilseignern weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleiden oder berufliche Aufgaben wahrnehmen oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten.*
10. *die Vorstandsmitglieder des ernannten Unternehmens auf Grund ihrer Vorbildung fachlich geeignet sind und die für den Betrieb des Unternehmens erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen haben. Die fachliche Eignung eines Vorstandsmitglieds setzt voraus, dass dieser in ausreichendem Maße theoretische und praktische Kenntnisse in der Abrechnung von Ausgleichsenergie sowie Leitungserfahrung hat; die fachliche Eignung für die Leitung einer Verrechnungsstelle ist anzunehmen, wenn eine zumindest dreijährige leitende Tätigkeit auf dem Gebiet der Tarifierung oder des Rechnungswesens nachgewiesen wird;*
11. *das zur Verfügung stehende Abwicklungssystem den Anforderungen eines zeitgemäßen Abrechnungssystems genügt.*

Aufgaben

§ 87. (1) Aufgaben des Bilanzgruppenkoordinators sind:

1. *die Verwaltung der im Verteilernetz tätigen Bilanzgruppen in organisatorischer und abrechnungstechnischer Hinsicht;*
2. *die Berechnung, Zuordnung und Verrechnung der Ausgleichsenergie in den Verteilernetzen;*
3. *der Abschluss von Verträgen*
 - a) *mit Bilanzgruppenverantwortlichen, Netzbetreibern, Erdgashändlern, Produzenten, Speicherunternehmen sowie dem Verteilergebietsmanager, dem Betreiber des Virtuellen Handlungspunktes und dem Marktgebietsmanager;*
 - b) *mit Einrichtungen zum Zwecke des Datenaustausches zur Erstellung eines Index;*
 - c) *mit dem Betreiber des Virtuellen Handlungspunktes über die Weitergabe von Daten;*
 - d) *mit Erdgashändlern, Produzenten und Speicherunternehmen über die Weitergabe von Daten;*

- e) *mit im vorgelagerten ausländischen Leitungsnetz tätigen Erdgas- oder Speicherunternehmen oder anderen geeigneten Personen über die Bereitstellung von Ausgleichsenergie in den Netzgebieten Tirol und Vorarlberg (Abs. 4).*

(2) Die Verwaltung der im Verteilernetz tätigen Bilanzgruppen in organisatorischer und abrechnungstechnischer Hinsicht umfasst insbesondere

- 1. die Vergabe von Identifikationsnummern der Bilanzgruppen in Abstimmung mit dem Marktgebietsmanager;*
- 2. die Bereitstellung von Schnittstellen im Bereich Informationstechnologie;*
- 3. die Verrechnung des Clearingentgelts (§ 89) an die Bilanzgruppenverantwortlichen;*
- 4. die Übernahme der von den Verteilernetzbetreibern in vorgegebener Form übermittelten Messdaten, deren Auswertung und Weitergabe an die betroffenen Marktteilnehmer und anderen Bilanzgruppenverantwortlichen entsprechend den in den Verträgen enthaltenen Vorgaben;*
- 5. die Übernahme von Fahrplänen der Bilanzgruppenverantwortlichen und die Weitergabe an die betroffenen Marktteilnehmer entsprechend den in den Verträgen enthaltenen Vorgaben;*
- 6. die Bonitätsprüfung der Bilanzgruppenverantwortlichen im Hinblick auf die Tätigkeit im Verteilernetz;*
- 7. die Mitarbeit bei der Ausarbeitung und Adaptierung von Regelungen im Bereich Versorgerwechsel, Abwicklung und Abrechnung;*
- 8. die Abrechnung im Verteilernetz bei Auflösung von Bilanzgruppen;*
- 9. die Aufteilung und Zuweisung der sich auf Grund der Verwendung von standardisierten Lastprofilen ergebenden Differenz auf die am Netz eines Netzbetreibers angeschlossenen Marktteilnehmer nach Vorliegen der Messwerte nach transparenten Kriterien.*

(3) Der Bilanzgruppenkoordinator hat Erdgas zur Aufbringung von physikalischer Ausgleichsenergie nach einem transparenten, diskriminierungsfreien und marktbasieren Verfahren unter Einbeziehung sämtlicher geeigneter Aufbringungsmöglichkeiten für das Verteilernetz in dem Umfang zu beschaffen, als die Beschaffung über den Virtuellen Handlungspunkt gemäß § 18 Abs. 1 Z 22 nicht ausreichend ist. Das zur Anwendung kommende Verfahren ist gemäß § 41 Abs. 2 Z 3 durch Verordnung der Regulierungsbehörde festzulegen.

(4) Im Rahmen der Berechnung, Zuweisung und Verrechnung der Ausgleichsenergie für das Verteilernetz hat der Bilanzgruppenkoordinator

- 1. die Differenz von Fahrplänen bzw. Nominierungen zu Messdaten zu übernehmen und daraus die Ausgleichsenergie zu errechnen;*
- 2. die Preise für Ausgleichsenergie entsprechend dem in der Verordnung gemäß § 41 Abs. 2 Z 3 beschriebenen Verfahren zu ermitteln und in geeigneter Form ständig zu veröffentlichen;*
- 3. die Entgelte für Ausgleichsenergie zu berechnen und den im Verteilernetz tätigen Bilanzgruppenverantwortlichen sowie Verteilernetzbetreibern (§ 58 Abs. 1 Z 12) zu verrechnen;*
- 4. besondere Maßnahmen zu ergreifen, wenn keine Angebote für Ausgleichsenergie für das Verteilernetz vorliegen;*
- 5. die verwendeten standardisierten Lastprofile zu verzeichnen, zu archivieren und in geeigneter Form zu veröffentlichen.*

(5) Allfällige Differenzbeträge, die sich aus der Ausgleichsenergieabrechnung innerhalb eines Geschäftsjahres ergeben, sind im Jahresabschluss des Bilanzgruppenkoordinators ergebniswirksam abzugrenzen und im darauf folgenden Geschäftsjahr auszugleichen. Der nicht durch Erlöse gedeckte Teil der Aufwendungen aus der Ausgleichsenergieverrechnung eines Geschäftsjahres ist im Jahresabschluss des Bilanzgruppenkoordinators als Verrechnungsforderung anzusetzen und mit künftigen Überschüssen aus der Ausgleichsenergieabrechnung zu verrechnen. Übersteigen in einem Geschäftsjahr die Erträge aus der Ausgleichsenergieverrechnung eines Geschäftsjahres die damit zusammenhängenden Aufwendungen, so sind die sich daraus ergebenden Überschüsse als Verrechnungsverbindlichkeiten in die Bilanz des Bilanzgruppenkoordinators einzustellen und mit künftig anfallenden Unterdeckungen aus der Ausgleichsenergieabrechnung gegenzurechnen.

Allgemeine Bedingungen

§ 88. ...

Clearingentgelt

§ 89. *Für die mit der Erfüllung der Aufgaben eines Bilanzgruppenkoordinators erbrachten Leistungen hat die Regulierungsbehörde ein Entgelt durch Verordnung zu bestimmen. Dieser Gebühr sind die mit der Erfüllung der Aufgaben verbundenen Aufwendungen einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlages zugrunde zu legen. Die Grundsätze der Kostenermittlung gemäß § 79 und § 80 sind sinngemäß anzuwenden. Bemessungsgrundlage ist der Umsatz an Erdgas der jeweiligen Bilanzgruppe im*

Verteilernetz und der Grad der Inanspruchnahme der Leistungen des Bilanzgruppenkoordinators durch die jeweilige Bilanzgruppe. Ausgenommen von der Entrichtung eines Clearingentgeltes ist die Sonderbilanzgruppe für Netzverluste und Eigenverbrauch.

Entflechtung von Verteilernetzbetreibern

Voraussetzungen

§ 106. (1) *Verteilernetzbetreiber müssen hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den Tätigkeitsbereichen Lieferung, Verkauf, Versorgung mit und Gewinnung von Erdgas vertikal integrierter Erdgasunternehmen sein. Diese Bestimmung begründet keine Verpflichtung, eine Trennung in Bezug auf das Eigentum des vertikal integrierten Erdgasunternehmens an Vermögenswerten des Netzes vorzunehmen.*

(2) *Die Unabhängigkeit der Verteilernetzbetreiber ist auf Grundlage folgender Kriterien sicherzustellen:*

1. *in einem vertikal integrierten Erdgasunternehmen dürfen die für die Leitung eines Verteilernetzbetreibers verantwortlichen Personen nicht Teil betrieblicher Einrichtungen sein, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen Erdgasgewinnung, Kauf oder Lieferung zuständig sind;*

2. *es ist Vorsorge dafür zu treffen, dass die berufsbedingten Interessen der für die Leitung eines Verteilernetzbetreibers zuständigen Personen so berücksichtigt werden, dass ihre Handlungsunabhängigkeit gewährleistet ist, wobei insbesondere die Gründe für die Abberufung eines Gesellschaftsorgans des Verteilernetzbetreibers in der Gesellschaftssatzung des Verteilernetzbetreibers klar zu umschreiben sind;*

3. *der Verteilernetzbetreiber hat in Bezug auf Vermögenswerte, die für den Betrieb, die Wartung oder den Ausbau des Netzes erforderlich sind, tatsächliche Entscheidungsbefugnisse, die er unabhängig von dem integrierten Unternehmen ausübt. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, muss der Verteilernetzbetreiber über alle Ressourcen in personeller, technischer, materieller und finanzieller Hinsicht verfügen. Dies steht geeigneten Koordinierungsmechanismen nicht entgegen, mit denen sichergestellt wird, dass die wirtschaftlichen Befugnisse des vertikal integrierten Erdgasunternehmens und seine Aufsichtsrechte über die Geschäftsleitung des Verteilernetzbetreibers im Hinblick auf die Rentabilität geschützt werden. Dies ermöglicht es dem vertikal integrierten Erdgasunternehmen, den jährlichen Finanzplan oder ein gleichwertiges Instrument des Verteilernetzbetreibers zu genehmigen und generelle Grenzen für die Verschuldung des Verteilernetzbetreibers festzulegen. Weisungen bezüglich des laufenden Betriebs oder einzelner Entscheidungen über den Bau oder die*

Modernisierung von Leitungen, die über den Rahmen des genehmigten Finanzplans oder eines gleichwertigen Instruments nicht hinausgehen, sind unzulässig. Dem Aufsichtsrat von Verteilernetzbetreibern, die zu einem vertikal integrierten Erdgasunternehmen gehören, haben mindestens zwei Mitglieder anzugehören, die vom vertikal integrierten Erdgasunternehmen unabhängig sind;

4. der Verteilernetzbetreiber muss ein Gleichbehandlungsprogramm aufstellen, aus dem hervorgeht, welche Maßnahmen zum Ausschluss diskriminierenden Verhaltens getroffen werden, und gewährleistet die ausreichende Überwachung der Einhaltung dieses Gleichbehandlungsprogramms. In dem Gleichbehandlungsprogramm muss dargelegt sein, welche besonderen Pflichten die Mitarbeiter im Hinblick auf dieses Ziel haben. Für die Überwachung des Gleichbehandlungsprogramms benennt der Verteilernetzbetreiber eine zuständige Person oder Stelle (der Gleichbehandlungsbeauftragte). Der Gleichbehandlungsbeauftragte muss Zugang zu allen Informationen, über die der Verteilernetzbetreiber und etwaige verbundene Unternehmen verfügen, haben. Der Gleichbehandlungsbeauftragte legt der Regulierungsbehörde jährlich einen Bericht über die getroffenen Maßnahmen vor, der veröffentlicht wird. Der Gleichbehandlungsbeauftragte ist in Ausübung dieser Funktion völlig unabhängig und nicht an Weisungen gebunden. Er hat Anregungen der Leitung des Verteilernetzbetreibers entgegenzunehmen und gegebenenfalls zu begründen, warum er diese nicht unterstützt. Im Hinblick auf den Kündigungs- und Entlassungsschutz ist der Gleichbehandlungsbeauftragte für die Dauer seiner Bestellung, wenn er Beschäftigter des Verteilernetzbetreibers ist, einer Sicherheitsfachkraft (§ 73 Abs. 1 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, BGBl. Nr. 450/1994) gleichgestellt. Die Bestellung des Gleichbehandlungsbeauftragten lässt die Verantwortung der Leitung des Verteilernetzbetreibers für die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes unberührt.

(3) ...

Eigentumsrechtliche Entflechtung von Fernleitungsnetzbetreibern

Voraussetzungen

§ 108. (1) Der Fernleitungsnetzbetreiber muss Eigentümer des Fernleitungsnetzes sein.

(2) Ein und dieselbe Person ist nicht berechtigt

1. direkt oder indirekt die Kontrolle über ein Unternehmen auszuüben, das eine der Funktionen der Gewinnung oder der Versorgung wahrnimmt, und direkt oder indirekt die Kontrolle über einen Fernleitungsnetzbetreiber auszuüben oder Rechte an einem Fernleitungsnetzbetreiber auszuüben;

2. *direkt oder indirekt die Kontrolle über einen Fernleitungsnetzbetreiber auszuüben und direkt oder indirekt die Kontrolle über ein Unternehmen auszuüben, das eine der Funktionen Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, oder Rechte an einem Unternehmen, das eine dieser Funktionen wahrnimmt, auszuüben;*

3. *Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe eines Fernleitungsnetzbetreibers zu bestellen und direkt oder indirekt die Kontrolle über ein Unternehmen auszuüben, das eine der Funktionen Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, oder Rechte an einem Unternehmen, das eine dieser Funktionen wahrnimmt, auszuüben;*

4. *Mitglied des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe sowohl eines Unternehmens, das eine der Funktionen Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, als auch eines Fernleitungsnetzbetreibers oder eines Eigentümers eines Fernleitungsnetzes zu sein.*

(3) *Die in Abs. 2 genannten Rechte schließen insbesondere Folgendes ein:*

1. *die Befugnis zur Ausübung von Stimmrechten;*
2. *die Befugnis, Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe zu bestellen;*
3. *das Halten einer Mehrheitsbeteiligung.*

(4) ...

(6) *Abs. 2 Z 1 und 2 umfasst auch Elektrizitätsunternehmen im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 11 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl. I Nr. 110/2010.*

Unabhängiger Fernleitungsnetzbetreiber (Independent Transmission System Operator – ITO)

Vermögenswerte, Unabhängigkeit, Dienstleistungen, Verwechslungsgefahr

§ 112. (1) *In den Fällen, in denen das Fernleitungsnetz am 3. September 2009 im Eigentum eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens gestanden hat, besteht die Möglichkeit, die eigentumsrechtliche Entflechtung nach § 108 nicht anzuwenden und stattdessen einen unabhängigen Fernleitungsnetzbetreiber zu benennen.*

...

(5) Der unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber unterlässt die gemeinsame Nutzung von IT-Systemen oder -ausrüstung, Büroräumlichkeiten und Zugangskontrollsystemen mit jeglichem Unternehmensteil des vertikal integrierten Erdgasunternehmens.

(6) Der unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet, dass er in Bezug auf IT-Systeme oder -ausrüstung und Zugangskontrollsysteme nicht mit denselben Beratern und externen Auftragnehmern wie das vertikal integrierte Unternehmen zusammenarbeitet.

...

Übergangsbestimmungen zu Art. 3 des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 108/2017

§ 170a. (1) *Konzessionen der Bilanzgruppenkoordinatoren gemäß § 85 GWG 2011, BGBl. I Nr. 107/2011, erlöschen mit der Übernahme der Aufgaben durch das gemäß § 85 ernannte Unternehmen. Die Bilanzgruppenkoordinatoren sind frühestens mit Ablauf des 30. September 2021 und spätestens mit Ablauf des 30. September 2023 gemäß § 85 GWG 2011, BGBl. I Nr. 108/2017, zu ernennen.*

(2) ...“

§ 13“ Abs. 1 bis 6 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194/1994 idF BGBl. I Nr. 65/2020 lauten auszugsweise:

„§ 13. (1) *Natürliche Personen sind von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie*

1. *von einem Gericht verurteilt worden sind*
 - a) *wegen betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (§ 153d StGB), organisierter Schwarzarbeit (§ 153e StGB), betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers oder grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§§ 156 bis 159 StGB) oder*
 - b) *wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen und*
2. *die Verurteilung nicht getilgt ist.*

(...) Bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind, ist die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend. Bei Verhängung einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe sind Freiheitsstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe zusammenzuzählen. Dabei ist ein Monat dreißig Tagen gleichzuhalten. Die Bestimmungen dieses Absatzes gelten auch, wenn mit den

angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

(2) Wer wegen der Finanzvergehen des Schmuggels, der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben, der Abgabenhellerei nach § 37 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes, BGBl. Nr. 129/1958, in der jeweils geltenden Fassung, der Hinterziehung von Monopoleinnahmen, des vorsätzlichen Eingriffes in ein staatliches Monopolrecht oder der Monopolhellerei nach § 46 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes von einer Finanzstrafbehörde bestraft worden ist, ist von der Ausübung des Gewerbes ausgeschlossen, wenn über ihn wegen eines solchen Finanzvergehens eine Geldstrafe von mehr als 726 € oder neben einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe verhängt wurde und wenn seit der Bestrafung noch nicht fünf Jahre vergangen sind. Dies gilt auch, wenn mit den angeführten Ausschlußgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

(3) Rechtsträger sind von der Gewerbeausübung als Gewerbetreibende (§ 38 Abs. 2) ausgeschlossen, wenn

- 1. das Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens rechtskräftig nicht eröffnet oder aufgehoben wurde und*
- 2. der Zeitraum, in dem in der Insolvenzdatei Einsicht in den genannten Insolvenzfall gewährt wird, noch nicht abgelaufen ist.*

Dies gilt auch, wenn ein mit dem angeführten Ausschlussgrund vergleichbarer Tatbestand im Ausland verwirklicht wurde.

(4) ...

(5) Eine natürliche Person ist von der Ausübung des Gewerbes als Gewerbetreibender ausgeschlossen, wenn ihr ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte eines anderen Rechtsträgers als einer natürlichen Person zusteht oder zugestanden ist, bei dem der Ausschluss von der Gewerbeausübung gemäß Abs. 3 eintritt oder eingetreten ist. (...) Abs. 1 letzter Satz gilt sinngemäß.

(6) Eine natürliche Person, die durch das Urteil eines Gerichtes eines Gewerbes verlustig erklärt wurde oder der eine Gewerbeberechtigung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 entzogen worden ist, ist von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn durch die Ausübung dieses Gewerbes der Zweck der mit dem Gerichtsurteil ausgesprochenen Verlustigerklärung des Gewerbes oder der Entziehung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 vereitelt werden könnte. Dies gilt auch für eine natürliche Person, die wegen Zutreffens der im § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 angeführten Entziehungsgründe Anlaß zu behördlichen Maßnahmen gemäß § 91 Abs. 1 oder 2 gegeben hat.“

§ 46 Abs. 1 und 5 GMMO-VO 2020 lauten:

„§ 46. (1) Das erste und zweite Clearing von Bilanzgruppen und besonderen Bilanzgruppen für Zeiträume vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung hat nach der bis dahin gültigen Systematik der Gas-Marktmodell-Verordnung 2012 (GMMO-VO 2012), BGBl. II Nr. 171/2012, zu erfolgen. Die involvierten Marktteilnehmer haben dazu die bestehenden Prozesse und Systeme für diesen Zeitraum aufrechtzuerhalten.

...

(5) Aus Gründen der Einfachheit und Zweckmäßigkeit ist die Bilanzierungsstelle binnen eines Monats nach rechtskräftiger Bestellung gemäß § 170a Abs. 1 GWG 2011 berechtigt, in Abstimmung mit dem MVGM die Einrichtung des Systems der Bereitstellung und datenbankmäßigen Verwaltung von Allokationsdaten gemäß § 32 wie folgt, in Abweichung zu den Bestimmungen des § 32, zu veranlassen:

- 1. die Übermittlung der Allokationsdaten gemäß § 32 Abs. 5 Z 1 und Z 4, Abs. 6 Z 1, Abs. 7 Z 1, Abs. 8 und Abs. 9 Z 5 bis Z 10 erfolgt nur an den MVGM;*
- 2. die Übermittlung der Allokationsdaten gemäß § 32 Abs. 10 Z 3 und Z 7 durch den MVGM an die Bilanzierungsstelle entfällt;*
- 3. die Übermittlung der für die Informationsbereitstellung gemäß § 33 und § 34 benötigten, aggregierten Allokationsdaten und Mengensalden je Bilanzgruppe durch die Bilanzierungsstelle an den MVGM gemäß § 32 Abs. 11 Z 2 entfällt;*
- 4. der MVGM gewährleistet der Bilanzierungsstelle einen unmittelbaren Direktzugriff auf sämtliche Allokationsdaten gemäß § 32 und daraus durch den MVGM ermittelten Mengensalden der Bilanzgruppen, welche von der Bilanzierungsstelle unmittelbar für das erste und zweite Clearing von Bilanzgruppen gemäß § 24, die Netzbilanzierung gemäß § 26 sowie das Risikomanagement gemäß § 24 Abs. 5 herangezogen werden. MVGM und Bilanzierungsstelle haben zur Sicherstellung eines effizienten Echtzeit-Zugriffs der Bilanzierungsstelle auf diese Daten entsprechend zu kooperieren. Die Verantwortung für die korrekte Darstellung der gemäß § 32 erhaltenen Allokationsdaten, die Korrektheit der auf Basis dieser Daten ermittelten Mengensalden sowie die Datensicherheit liegt beim MVGM.*

Diese Einrichtung ist im Zuge einer nachgelagerten Detaillierung der Informationsflüsse sowie der damit verbundenen Rechte und Pflichten für Marktteilnehmer im Rahmen der Sonstigen Marktregeln gemäß § 22 E-ControlG sowie, soweit gesetzlich vorgesehen, in auf diesen Bestimmungen basierenden Allgemeinen Bedingungen der Marktteilnehmer näher auszugestalten. Der MVGM hat bei dieser Einrichtung die Bilanzierungsstelle nach Kräften zu unterstützen.“

3. In der Sache

Mit der AU hat die Behörde die Ernennungsvoraussetzungen in sechs Kapitel gegliedert:

1. Kostengünstige Verrichtung der Aufgaben;
2. Sicherheit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben;
3. Effizienz und Zuverlässigkeit;
4. Fachliche Eignung, Zuverlässigkeit und Erfahrung der Vorstandsmitglieder;
5. Neutralität und Unabhängigkeit sowie
6. Organisatorische Anforderungen.

Diese Gliederung wurde von den Antragstellerinnen in ihren Anträgen referenziert und soll daher auch für diese Entscheidung beibehalten werden. Dabei hat die Behörde erwogen:

3.1. Kostengünstige Verrichtung der Aufgaben

3.1.1. Sachverhalt

Die Beurteilung der kostengünstigen Verrichtung der Aufgaben gründet sich auf folgenden Sachverhalt:

Um die kostengünstige Verrichtung der Aufgaben beurteilen zu können, hat die Behörde in der AU die Einreichung eines Formblatts mit entsprechenden Kostenangaben angefordert. Dabei war von der Annahme eines Fortbetriebs auszugehen. Erläutern sollten die Antragstellerinnen weiters die damit verbundene Erfüllung der inhaltlichen Tätigkeitsanforderungen sowie weiterführende Details zur nachvollziehbaren Darlegung der Kosten.

Nicht zu berücksichtigen waren (i) vom tatsächlichen Abrufvolumen physikalischer Ausgleichsenergie abhängige Kosten wie volumenabhängige Gebühren/Entgelte sowie (ii) Kosten der Liquiditätsbereitstellung im Rahmen der Abwicklung der Bilanzierung. Die Behörde hat dazu in der AU dargelegt, dass noch unklar ist, in welcher Höhe diese Kosten im neuen Marktmodell tatsächlich anfallen werden. Unmittelbar in der Kostenaufstellung zu berücksichtigen sind hingegen nicht vom tatsächlichen Abrufvolumen physikalischer Ausgleichsenergie abhängige Kosten der Bereitstellung physikalischer Ausgleichsenergie (z.B. Kosten für die technische Anbindung an Handelsplätze, Kosten der Börsenmitgliedschaft, Beziehung zu Clearing Members) sowie Kosten der Bereitstellung eines **Mindest-Liquiditätsrahmens** in Höhe von 10 Mio. EUR für das Marktgebiet Ost und je 2,5 Mio. EUR für die Marktgebiete Tirol und Vorarlberg, auf welchen die Bilanzierungsstelle jederzeit zur Abwicklung der Bilanzierung und Erfüllung ihrer Aufgaben zugreifen kann. (Die Bilanzierungsstelle ist in diesem Kontext insbesondere mit der Aufgabe konfrontiert, den

zeitlichen Verzug zwischen geleisteten Zahlungen im Zusammenhang mit dem Ankauf physikalischer Ausgleichsenergie und dem Erhalt von Zahlungen im Zusammenhang mit der kommerziellen Bilanzierung durch einen ausreichenden Zugriff auf erforderliche Liquidität auszugleichen.)

Kein Bestandteil der anzugebenden Kosten sind weiters die Kosten für die Durchführung des **2. Clearings** für jene Zeiträume, die vor Oktober 2021 liegen aber erst nach 1. Oktober 2021 durchgeführt werden. Auch die Höhe des gemäß § 46 Abs. 2 GMMO-VO 2020 übertragenen Betrags ist ohne Zuschlagsrelevanz.

Die angegebenen, geplanten Kosten der **Erstantragstellerin** für die Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben belaufen sich über fünf Jahre allein auf operative Kosten iHv ***** Tsd. EUR („TEUR“).

Die angegebenen, geplanten Kosten der Erstantragstellerin für den Betrieb der Wechselplattform belaufen sich über fünf Jahre auf operative Kosten iHv ***** TEUR.

Die angegebenen, geplanten Kosten der **Zweitantragstellerin** für die Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben belaufen sich über fünf Jahre auf operative Kosten iHv ***** TEUR.

Dazu kommen Buchwerte für Anlagevermögen von ***** TEUR welche gleichmäßig über die Dauer von fünf Jahren abgeschrieben werden und mit einem Zinssatz von ***** % p.a. zu verzinsen sind. Somit belaufen sich die geplanten Kapitalkosten der AGCS für die Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben über fünf Jahre auf ***** TEUR. Die gesamten geplanten Kosten der Zweitantragstellerin für die Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben machen damit ***** TEUR aus.

Die angegebenen, geplanten Kosten der Zweitantragstellerin für den Betrieb der Wechselplattform belaufen sich über fünf Jahre allein auf operative Kosten iHv ***** TEUR.

Sofern ein Bewerber vom Recht der Bilanzierungsstelle gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 Gebrauch macht und anstelle einer selbsttätigen, datenbankmäßigen **Verwaltung von Allokationsdaten** auf die Datenbank des MVGM zugreift, hat die Regulierungsbehörde in der AU zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit sämtlicher Angebote vorgesehen, die beim MVGM anfallenden Mehrkosten für die Bereitstellung dieses Zugriffs ergänzend zu den vom Bewerber angegebenen Kosten zu berücksichtigen.

Nach der letzten Einschätzung der AGGM als MVGM würde die Implementierung der Anforderungen aus der GMMO-VO 2020, welche den Bietern am 19. Mai 2020 übermittelt wurde, sowohl mit als auch ohne Inanspruchnahme der Option des § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 durch die Bilanzierungsstelle Kosten in gleicher Höhe verursachen. So unterschieden sich die zentrale und die dezentrale Variante (gemäß der Beschreibung der inhaltlich/technischen Anforderung an die Bilanzierungsstelle) in der Umsetzung nach Ansicht der AGGM in manchen Punkten, diese heben sich aber jeweils in den Implementierungs- und

Personalaufwänden für die GMMO-VO 2020 auf und führen am Ende zu **vergleichbaren Plankosten**. Daher sind zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung der Option des § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 für den MVGM keine zusätzlichen Kosten direkt zuordenbar.

3.1.2. Beweiswürdigung

Die geplanten Kosten wurden mit der Änderung der Angebote im Oktober 2020 von den Antragstellerinnen übermittelt. Von Seiten der AGCS wurde eine letzte Aktualisierung im Februar 2021 vorgenommen. Hierbei wurde allerdings lediglich auf die Anwendung von Indexierungen verzichtet (eine rd. 2,4%ige Reduktion der Gesamtkosten) und keine weiteren Details zu den einzelnen Kostenarten übermittelt, weshalb in der nachfolgenden Detailanalyse der angegebenen einzelnen Kostenbestandteile dieser Umstand noch nicht berücksichtigt sondern erst bei der Punktevergabe entsprechend angewandt wird.

Daneben nannte die AGCS im Mai 2021 erneut neue (um rd. 3 % reduzierte) Kosten, welche jedoch mit einer Ernennung am 4. Juni 2021 bedingt waren und daher zum gegebenen Zeitpunkt nicht weiter zu berücksichtigen sind.

Die **Erstantragstellerin** nannte im Oktober 2020 folgende Kosten für die Verrichtung der Tätigkeiten:

Die **Zweitrantragstellerin** nannte im Oktober 2020 folgende Kosten für die Verrichtung der Tätigkeiten:

Beigelegt wurden von den Antragstellerinnen auch **nähere Details** und Erläuterungen zu den Kosten, die von der Behörde zur Prüfung der angebotenen Kosten herangezogen wurden. Bei der AGCS bestand auch die Möglichkeit, die amtsbekannten Ermittlungsergebnisse aus der Prüfung der Kosten für die Verordnung gemäß § 89 GWG 2011 heranzuziehen.

Die Kosten wurden von den behördlichen Sachverständigen einer plausibilisierenden **Prüfung** unterzogen (vgl. dazu den Prüfbericht, Beilage ./1 zu diesem Bescheid). Ein wesentlicher Unterschied sind dabei die Kapitalkosten für Investitionen, welche bei der Erstantragstellerin mit ***** EUR angesetzt wurden. Die Buchwerte der Zweitantragstellerin belaufen sich dahingegen auf ***** TEUR und werden über den Zeitraum von fünf Jahren abgeschrieben.

Auf Rückfrage bei der Erstantragstellerin wurde dies mit der Nachreichung vom 10. Juli 2020 damit begründet, dass weder für die Errichtung noch für den Betrieb der Bilanzierungsstelle in Österreich im Vorfeld eigens zu tätige Investitionen (wie etwa die Anschaffung von Software) vorgesehen sind. Das Betriebskonzept sehe unter anderem vor, dass bereits bestehende Software, welche an die spezifischen Erfordernisse des österreichischen Gasmarktes angepasst würde, im Zuge einer Nutzungsüberlassung gegen Entgelt eingesetzt

und sonst vom Hersteller gewartet und aktualisiert wird. Damit könne die Nutzung und der Nutzungsumfang stets bedarfsgerecht skaliert werden, was kostenseitig den Vorteil einer bedarfsgerechten und kosteneffizienten Nutzung verschaffe.

Bei der Zweitantragstellerin werden im ersten Jahr Investitionen von ***** TEUR vorgenommen und über die Dauer von fünf Jahren abgeschrieben. Zur Ermittlung der angemessenen Finanzierungskosten wird hierbei der Zinssatz von ***** % p.a. auf die Buchwerte herangezogen, welcher auch im Verfahren VCF G 01/20 über die Bestimmung der Clearingentgelte und den Erlass der Clearingentgelteverordnung gemäß § 89 GWG 2011 Anwendung fand.

Auch bei den operativen Kosten liegen die Plankosten der Erstantragstellerin in Summe merklich unter den Plankosten der Zweitantragstellerin. Bei den einzelnen Kostenarten und -positionen ergibt sich jedoch ein differenziertes Bild.

Beim **Materialaufwand** stehen bei der Erstantragstellerin durchschnittliche jährliche Kosten von rd. ***** EUR/a durchschnittlichen jährlichen Kosten von rd. ***** EUR/a bei der Zweitantragstellerin gegenüber. Die beiden Kostenwerte beinhalten auch die Kosten für die Wechselplattform. Beide Antragstellerinnen haben unter dem Materialaufwand auch Personalleistungen von verbundenen bzw. beteiligten Unternehmen miteingerechnet. Im Fall der THE ist dies Personal, welches der Keep in Balance AG von der Muttergesellschaft bereitgestellt werden soll; bei der AGCS ist dies von der CISMO Clearing Integrated Services and Market Operations GmbH („CISMO“) verrechnetes Personal. In Geldbeträgen ausgedrückt umfasst dies bei THE Kosten von rd. ***** TEUR/a und bei AGCS Kosten von rd. ***** TEUR/a. Bereinigt um Kosten für bereitgestelltes Personal verbleiben Kosten von von rd. ***** EUR/a gemäß Antrag der THE und Kosten von rd. ***** EUR/a bei der AGCS, wobei bei letzterer nicht klar ersichtlich ist, ob bei den angegebenen Kosten für die Wechselplattform von rd. ***** TEUR/a nicht auch Personalkosten enthalten sind.

Beim **sonstigen betrieblichen Aufwand** liegen die durchschnittlichen jährlichen Kosten der Keep in Balance AG mit rd. ***** TEUR/a deutlich unter den von der AGCS genannten, durchschnittlich ***** TEUR/a. Allerdings ist bei AGCS auch hier zugekauft Personal im Ausmaß von rd. ***** TEUR/a enthalten. Ohne diese Personalkosten fallen bei AGCS daher lediglich rd. ***** TEUR/a an sonstigen betrieblichen Aufwendungen an. Um Personalkosten bereinigt, liegen die Kosten der AGCS hier somit deutlich unter jenen der Keep in Balance AG.

Die Kosten der AGCS werden weiters teilweise durch **kostenmindernde Nebenerträge** iHv rd. ***** TEUR/a kompensiert. Diese beinhalten vor allem die Erlöse aus der Weiterverrechnung der Entgelte für die beiden direkt bei der AGCS angestellten Personen (*****) im Ausmaß von rd. ***** TEUR. Weiters sind darunter insgesamt rd. ***** EUR an geplanten Erlösen aus dem 2. Clearing für die verbleibende Periode vor Inkrafttreten des neuen Marktmodells enthalten.

Bei den **Personalkosten** stehen vor einer Bereinigung rd. ***** TEUR/a bei der Keep in Balance AG, rd. ***** TEUR/a bei der AGCS gegenüber, womit die Personalaufwendungen der Keep in Balance AG zunächst deutlich über jenen der AGCS liegen. Diese Personalkosten können mit den zugekauften Personalleistungen von rd. ***** TEUR/a bei der Keep in Balance AG und ***** TEUR/a bei der AGCS sowie der Erlöse aus Weiterverrechnung iHv ***** TEUR bei AGCS summiert bzw. saldiert werden. Daraus ergeben sich bereinigte Personalkosten von rd. ***** TEUR/a bei der Keep in Balance AG und rd. ***** TEUR/a bei der AGCS.

Mit Ausnahme der rd. ***** EUR an geplanten Erlösen aus dem 2. Clearing, welche von der AGCS im Zeitraum bis 2022 angesetzt wurden, ergeben sich damit auch aus Sicht der Sachverständigen nur minimale Abweichungen bei den angegebenen Kosten der Antragstellerinnen über die **Dauer der fünf Jahre**.

Der größte Kostenunterschied besteht somit über die fünf Jahre bei den Material- und Personalkosten. Beide Antragstellerinnen greifen hierbei auf Drittleistungen zurück, welche großes Potential für die Nutzung von Synergien bieten.

Zur Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung wurde den Antragstellerinnen daher auch um Auskunft ersucht,

- a. welche Leistungen von externen Partnern erbracht und wie diese gesteuert werden bzw.
- b. wie der Kostenvorteil aus dem Bezug von Leistungen der Muttergesellschaft durch die jeweilige Antragstellerin bewertet wird und welche Kosten ohne Nutzung dieser Synergien noch zu berücksichtigen wären.

Die **Erstantragstellerin** beantwortete diese Fragen im Zuge ihrer Präsentation klar, präzise und unwidersprüchlich, dass die künftige THE im Wesentlichen die IT der Bilanzierungsstelle bereitstellt und diese betreibt, Leistungen beim Clearing erbringt und bei Berechnung der Umlagen unterstützt. Die Wechselplattform würde von einem übrigen externen Partner bereitgestellt.

Grundlage der Leistungserbringung seien Dienstleistungsverträge mit gut überprüfbaren Kennzahlen im Rahmen von Leistungsscheinen und regelmäßige Service-Review-Meetings zwischen THE und der Bilanzierungsstelle. Die Steuerung der Dienstleister erfolge daher durch die Vorstände in Österreich.

Der Kostenvorteil durch die Synergien mit der Muttergesellschaft wurden im Bereich der IT-Systeme „hoch“ bewertet und auf rd. ***** EUR/a geschätzt, da die vergleichbaren Systeme (*****) hierbei deutliche Kostenvorteile böten. Durch die (Mit-)Nutzung von bei der THE vorhandenem Personal könnten weiters „mittlere“ Synergievorteile im Ausmaß von rd. ***** EUR/a durch Vermeidung von Neueinstellungen und Vollausslastung von bspw.

Spezialisten lukriert werden. Auch kosteneffiziente Vertretungsregelungen (zB bei Urlauben) würden so ermöglicht.

Die **Zweitragstellerin** beantwortete die erste Frage (betreffend die Leistungen von externen Partnern) im Zuge Ihrer Präsentation klar, präzise, und unwidersprüchlich. Dabei war es ihr möglich, die Tätigkeiten in einem hohen Detailgrad aufzulisten, wonach

- von CISMO bspw. Leistungen im ***** erbringt;
- die Oesterreichische Kontrollbank AG („OeKB“) bspw. Leistungen im Bereich ***** erbringt;
- die Central European Gas Hub AG („CEGH“) die ***** bereitstellt sowie
- die „smart technologies“ ***** bereitstellt.

Zur Steuerung der externen Partner wurden in dem Zusammenhang keine Ausführungen seitens der Zweitragstellerin gemacht.

Auf die zweite Frage (zum Vorteil aus Nutzung von Synergien) wurde von der Zweitragstellerin im Zuge ihrer Präsentation mündlich unter Hinweis auf den Umstand, dass die AGCS nicht Teil einer Konzernstruktur sei, nicht eingegangen. Die Präsentationsunterlage nennt dabei die für Strom und Gas gleichermaßen erfolgende Abwicklung über die CISMO als Synergievorteil sowie die sektorgekoppelte Nutzung des SESO und der Wechselpattform, wodurch sich „wesentliche“ Einsparungspotentiale bei der Verrechnungsstelle sowie für die Marktteilnehmer (Lieferanten und Netzbetreiber) ergäben, welche zumeist auf beiden Sektoren aktiv sind.

Auf Rückfrage der Behörde im weiteren Verlauf der mündlichen Verhandlung, wie die Frage in Hinblick auf die CISMO und „smart technologies“ zu beantworten wäre, verwies die Zweitragstellerin zunächst auf das bei der Behörde bereits vorhandene Wissen und anschließend auf Synergien als Resultat der Sektorkopplung beim Personal und bei der technischen Infrastruktur. Dies könnte aus Sicht der AGCS auch in einer gemeinsamen Clearingstelle münden. Auch auf weitere Rückfragen zur Höhe der Synergien bzw. zum Kostenvorteil durch deren Nutzung im bestehenden Ansatz gab das Unternehmen zunächst keine Auskunft und verwies auf die in den letzten Jahren erzielte, ***** Kostenreduktion. Auf weitere Rückfrage der Behörde wurde der Vorteil aus Synergien (aus der Sektorkopplung) auf eine Reduktion der Kosten um 100% eingeschätzt ***** Niederschrift der Verhandlung vom 2.10.2020, 17).

Der Vertreter der ***** ergänzte in weiterer Folge noch die Vorteile des ***** bei der Entwicklung der ***** , welches mit vielen Kunden am europäischen Markt weiterentwickelt werden kann. Durch die Wiederverwertbarkeit von ***** können Synergien gehoben werden.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Zweitantragstellerin die bereits im Voraus übermittelten Fragen aus Sicht der Behörde unzureichend beantwortete, die Schätzung der Kostenvorteile, welche nur für die Sektorkopplung der Clearingstelle genannt werden konnten, äußerst grob erfolgte und die Vorteile aus der Entwicklung von Software durch die „smart technologies“ in diesem Zusammenhang nicht von der Zweitantragstellerin selbst genannt, sondern vom Vertreter der „smart technologies“ ergänzt werden mussten.

Auch im Rahmen des Ermittlungsverfahrens V CF G 01/20 wurden keine Detailkosten der Dienstleister vorgelegt, die eine entsprechende Evaluierung ermöglicht hätten. Im Ermittlungsergebnis wurde eine im letzten Ermittlungsverfahren begonnene Anreizregulierungssystematik mit einer Zielvorgabe von 3,5 % p.a. zur Reduktion der Kosten daher weitergeführt. Eine detaillierte Prüfung etwaiger Synergiepotentiale konnte im Rahmen des Verfahrens V CF G 01/20 nicht durchgeführt werden.

Wie im Umsetzungskonzept der Zweitantragstellerin festgehalten, führt diese grundsätzlich ihre bisherige Tätigkeit, angepasst an das neue Marktmodell fort. Die Tätigkeit der A&B Ausgleichsenergie & Bilanzgruppen-Management AG („A&B“ – welche zur Hälfte im Eigentum der Zweitantragstellerin und zur Hälfte im Eigentum der APCS Power Clearing and Settlement AG [„APCS“] steht) für die Marktgebiete Tirol und Vorarlberg wird ebenso von der AGCS übernommen.

Die Erstantragstellerin beabsichtigt ein neues Tochterunternehmen zu gründen und plant damit – wie auch im Prüfbericht angemerkt – „auf der grünen Wiese.“ Aufgrund der Erfahrung bei den vergleichbaren Tätigkeiten für den deutschen Markt können in die Neugestaltung der Aufgabe effiziente Prozesse leichter einfließen. Wird eine Tätigkeit komplett neu aufgenommen kommt es im laufenden Betrieb zu Lernerfahrungen und damit Verbesserungspotentiale des gewählten Anfangszustands. Diese müssen allerdings im laufenden Unternehmen umgesetzt werden. Im vorliegenden Fall können diese Erfahrungen für eine vergleichbare Neuaufstellung einer vergleichbaren Aufgabe eingesetzt werden. Es können somit die Erfahrungen aus der Vergangenheit genutzt werden, aber es besteht keine Verpflichtung auf bestehende Strukturen zurückgreifen und diese verändern zu müssen. Die niedrigeren Kosten im Antrag sind damit auch aus Sicht der behördlichen Sachverständigen dargelegt. Weiters macht die Erstantragstellerin von der Möglichkeit in § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 Gebrauch, für die Bilanzierungstätigkeit auf die Daten des MVGM zuzugreifen (vgl. Kapitel 3.3.1). Täte sie dies nicht, würde dies nach ihrer Schätzung weitere einmalige Kosten „im ***** Bereich“ erfordern. Durch die Nutzung dieser Möglichkeit fällt die Kostendifferenz zwischen den Antragstellerinnen daher größer aus, wenngleich diese nicht alleine für die niedrigeren Kosten ausschlaggebend sind.

Daraus ergibt sich, dass die genannten Kosten der beiden Antragstellerinnen als nachvollziehbarer und relevanter Sachverhalt für die Beurteilung der kostengünstigen Verrichtung der Aufgaben zu Grunde zu legen sind.

Zu einem entsprechenden Ergebnis kann auch gelangt werden, indem ein Vergleich zu den derzeitigen Kosten für die Erbringung der entsprechenden Dienstleistungen durchgeführt wird. Hierbei belaufen sich die gemeinsamen Kosten für momentan durch zwei Unternehmen erbrachten Leistungen auf rund ***** EUR jährlich. Bei der Bestimmung der angemessenen Kosten ist von der Behörde dabei eine Zielvorgabe von 3,5% p.a. vorgesehen, womit eine weitere Kostensenkung als möglich und erforderlich gesehen wird.

Somit sind die angegebenen Kostendaten auch vor dem Hintergrund der aktuellen Leistungserbringung als plausibel anzusehen.

Die Kostendifferenz des MVGM gründet sich auf die Einschätzung der AGGM, welche der Behörde im Mai 2020 übermittelt und veröffentlicht wurde.

3.1.3. Rechtliche Beurteilung

Eine Ernennung setzt gemäß § 86 Z 1 GWG 2011 voraus, dass das ernannte Unternehmen die Aufgaben des Bilanzgruppenkoordinators u.a. kostengünstig zu erfüllen vermag; eine kostengünstige Besorgung der Aufgaben ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn bei der Ermittlung der Kostenbasis für die Verrechnungsstelle die für die Bestimmung der Systemnutzungsentgelte anzuwendenden Verfahren und Grundsätze zu Grunde gelegt werden.

Entsprechend dieser gesetzlichen Vorgabe hat die Regulierungsbehörde in der AU festgehalten, dass die angegebenen Kosten zwar mitentscheidend für die Beurteilung der Angebote und damit grundsätzlich **als Obergrenze** für die angemessenen Kosten bei der Ermittlung des Clearingentgelts gemäß § 89 GWG 2011 zu sehen sind. Allerdings unterliegen diese in weiterer Folge eine **Überprüfung** durch die Behörde im Rahmen des Verfahrens über die Festlegung der Verordnung angemessener Clearingentgelte (§§ 89 iVm 79 und 80 GWG 2011). Anpassungen der Kosten für die Entgeltbemessung werden voraussichtlich dann vorgenommen, wenn die Kostenprüfung ergeben sollte, dass die Ist-Kosten deutlich unter den bei der Bewerbung angegebenen Kosten gelegen sind bzw. neue rechtliche Aufgaben oder **nicht absehbare Entwicklungen** außerhalb des Einflussbereichs des Anbieters zu einer Kostensteigerung geführt haben.

So kann die Angemessenheit der Kosten zwar durch die Prüfung und ggf. Anpassung im Rahmen der Festlegung der Clearingentgelte-Verordnung sichergestellt werden, dieses Verfahren kann jedoch erst mit dem gemäß § 85 GWG 2011 ernannten Unternehmen durchlaufen werden.

Um den Anforderungen in § 85 Abs. 1 GWG 2011 an ein transparentes, wettbewerbliches und nicht-diskriminierendes Auswahlverfahren zu entsprechen, hat die Behörde daher die für die Auswahl der Antragstellerinnen notwendigen (Plan-)Kosten eingefordert, geprüft und legt die geprüften Plankosten ihrer Auswahlentscheidung zu Grunde.

Dabei wurde in Kapitel 5 der AU festgelegt, dass die kostengünstige Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben als eigenes Auswahlkriterium in die Auswahlbewertung einfließt. Die darüber hinaus anzugebenden Kosten für die Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform stellen gemeinsam mit der Effizienz und Zuverlässigkeit der dabei angebotenen Lösung ein eigenes Auswahlkriterium da, welches unter Abschnitt 3.3.2 behandelt wird.

Für die kostengünstige Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben ist nach Kapitel 5 der AU eine **Höchstpunkteanzahl** von **45** Punkten vorgesehen. Der Bewerber mit den **niedrigsten Kosten in der Vergleichsgruppe** erhält dabei die **volle Punkteanzahl**. Die kostenmäßig nächstgereihten Bewerber erhalten einen prozentuellen Punkteabschlag, der jenem Maß entspricht, um welches sie die niedrigsten angegebenen Kosten überschreiten (lineare Interpolation). Ein Bewerber, der die Kosten des günstigsten Bewerbers der Vergleichsgruppe um 100 % oder mehr überschreitet, erhält null Punkte. Die Punkte (P_{AWK1}) der übrigen Bewerber in diesem Auswahlkriterium errechnen sich daher jeweils nachfolgender Formel:

$$P_{AWK1} = \left(2 - \frac{K_{X1}}{K_{B1}}\right) * 45$$

K_{B1} bezeichnet dabei die niedrigsten angegebenen Gesamtkosten für die Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben und K_{X1} die in der Vergleichsgruppe zu bewertenden Gesamtkosten für die Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben.

Die Vergleichsgruppe bildet dabei jenen Kreis der qualifizierten Bewerber, welche für das in Frage kommende Marktgebiet oder die in Frage kommenden Marktgebiete einen Antrag auf Ernennung gestellt haben. Dabei orientiert sich die Behörde an der größtmöglichen Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis (§ 85 Abs. 1 GWG 2011, siehe AU Kapitel 5).

Beide Antragstellerinnen haben die Ernennung für alle Marktgebiete beantragt. Damit bilden diese die Vergleichsgruppe die bei der Auswahl nach Kosten (wie auch der übrigen Auswahlkriterien) miteinander in Relation zu bringen ist.

Die Gesamtkosten der Erstantragstellerin für die Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben über fünf Jahre bestehen aus operativen Kosten iHv ***** TEUR welche als nachvollziehbar befunden wurden und in ihrer Eigenschaft als niedrigste angegebene Gesamtkosten mit der **Höchstpunkteanzahl von 45 Punkten** bewertet werden.

Die Gesamtkosten der Zweitantragstellerin für die Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben über fünf Jahre setzen sich zusammen aus operativen Kosten von ***** TEUR und Kapitalkosten von ***** TEUR, insgesamt somit ***** TEUR. Auch diese Kosten wurden nachvollziehbar dargelegt. Auf Basis der oben dargelegten Formel wird die Zweitantragstellerin anhand der Gesamtkosten daher insgesamt mit gerundet **37,3 Punkten** für die Auswahl bewertet.

3.2. Sicherheit in der Verrichtung der Aufgaben

3.2.1. Sachverhalt

Die Beurteilung der Sicherheit in der Verrichtung der Aufgaben gründet sich auf folgenden Sachverhalt:

In Kapitel 4.2 der AU legte die Behörde dar, dass die Antragstellerinnen darzulegen hatten, dass sie zur sicheren Aufgabenverrichtung in der Lage seien und Informationen sicher, d.h. mit der notwendigen Vertraulichkeit, Integrität, Authentizität und Verfügbarkeit verarbeiten können.

Zu diesem Zweck hatten die Antragstellerinnen unter Berücksichtigung des, mit vernünftigem Aufwand feststellbaren, Risikos

- im Rahmen einer **Risikoanalyse**;
- geeignete und verhältnismäßige technische und organisatorische **Sicherheitsvorkehrungen** (Maßnahmen) entsprechend des Stands der Technik

darzulegen, die getroffen werden, um die Sicherheit der Informationen zu gewährleisten bzw. als nicht erforderlich gesehen werden. In der Auseinandersetzung ist weiterstmöglich der **konkrete Bezug** zu den betrieblichen Prozessen herzustellen und insbesondere die Sicherheitsrisiken für die Bereitsteller von Informationen und die weiteren **Marktteilnehmer** angemessen zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der getroffenen Maßnahmen waren die folgenden Bereiche heranzuziehen:

1. Zentrale Informationssicherheitsrichtlinien und deren regelmäßige Überprüfung
2. Organisation der Informationssicherheit
3. Personalsicherheit
4. Verwaltung von Werten (Assetmanagement) und Klassifizierung
5. Zugangssteuerung und -verwaltung
6. Kryptografie
7. Physische und umgebungsbezogene Sicherheit
8. IT-Betriebssicherheit
9. Kommunikationssicherheit
10. Anschaffung, Entwicklung und Instandhaltung von Systemen
11. Sicherheit der benötigten Dienstleistungen und bei der Zusammenarbeit mit Lieferanten
12. Handhabung von Informationssicherheitsvorfällen
13. Informationssicherheitsaspekte im Krisenfall
14. Sicherstellung der innerbetrieblichen Compliance

In der AU verwies die Behörde dabei vergleichsweise auch auf Annex A der Norm ISO/IEC 27001:2013, welche 2014 und 2015 zwei Klarstellungen in Form von *Corrigenda* erfuhr (Cor 1:2014 und Cor 1:2015) und welche 2017 in eine Neufassung als europäischen Standard (zB ÖNORM EN ISO/IEC 27001:2017) überführt wurde, dabei jedoch inhaltlich unverändert blieb.

Beide Antragstellerinnen fügten ihren Anträgen dementsprechende Informationen bei. Die Regulierungsbehörde hat diese Informationen, sowie die dazu erfolgten Nachreichungen dem Sachverständigen für Informationssicherheit zur Verfügung gestellt.

Die **Keep in Balance AG** soll mit Aufnahme ihrer Tätigkeit über ein, an der DIN ISO/IEC 27001:2015 ausgerichtetes, Informationssicherheits-Managementsystem (ISMS) verfügen, strebt aber selbst keine Zertifizierung nach dieser Norm an. Dabei soll die Keep in Balance AG auf den Erfahrungen der nunmehrigen THE aufbauen, welche entsprechende Systeme im Rahmen ihrer Tätigkeit als Marktgebietsverantwortliche in Deutschland bereits langjährig betreibt.

Der von der Erstantragstellerin beauftragte Dienstleister, die D***** SE, die auch die Dienstleistungen für die THE erbringen wird, verfügt jedoch über ein DIN ISO/IEC 27001:2015 IT-Grundschutz Zertifikat. Als eine zusätzliche Umsetzungsvariante könnte das Rechenzentrum auch durch die c***** GmbH mit Sitz in *****, die ebenfalls über eine ISO-27001-Zertifizierung verfügt, betrieben werden.

Die Erstantragstellerin hat im Rahmen einer Risikoanalyse technische und organisatorische Sicherheitsmaßnahmen dargelegt, setzt diese mit den betrieblichen Prozessen in Bezug und berücksichtigt dabei auch die Sicherheitsrisiken der Marktteilnehmer. Dabei wurden die oben genannten Bereiche referenziert. Der Sachverständige bewertete den Antrag der Erstantragstellerin nach seiner Bewertungsskala mit 10 von 15 möglichen Punkten.

Die **Zweitantragstellerin** betreibt bereits langjährig ein ISMS, welches im Jahr 2020 auf Basis der ISO/IEC 27001:2013 zertifiziert wurde. Der Betrieb der Bilanzierungsstelle wird in Zusammenarbeit zwischen AGCS, „smart technologies“ und A***** GmbH (A*****) mit Sitz in Wien durchgeführt. A***** besitzt u.a. eine ISO/IEC 27001:2013 Zertifizierung.

Die Zweitantragstellerin hat im Rahmen einer Risikoanalyse technische und organisatorische Sicherheitsmaßnahmen dargelegt, setzt diese mit den betrieblichen Prozessen in Bezug und berücksichtigt dabei auch die Sicherheitsrisiken der Marktteilnehmer. Der Sachverständige bewertete den Antrag der Zweitantragstellerin nach seiner Bewertungsskala mit 15 von 15 möglichen Punkten.

3.2.2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich maßgeblich auf die Beurteilung des Sachverständigen für Informationssicherheit (Beilagen .1/2 und .1/3), sowie auf die von den

Antragstellerinnen eingereichten Unterlagen bzw. deren Angaben im Rahmen der mündlichen Verhandlung.

Der Sachverständige wurde dabei ersucht, folgende Fragen zu beantworten:

1. Sind die Maßnahmen sowie die Begründung zur Maßnahmenauswahl nachvollziehbar dargestellt und der Zusammenhang zwischen Maßnahme und behandeltem Risiko ersichtlich?
2. Ist die Maßnahmenauswahl grundsätzlich geeignet, die vom Anbieter genannten Risiken vollständig und nachvollziehbar zu reduzieren?

Bei der Bewertung dieses Kriteriums wurde der Maßnahmenkatalog aus dem Annex A der ISO 27001:2013 berücksichtigt.

3. Sind die Risiken der Marktteilnehmer bei der Risikobewertung berücksichtigt?
4. Ist die Beschreibung der Risiken und der daraus abgeleiteten Maßnahmen im Zusammenhang mit einem Risikobehandlungsplan gebracht und ist eine angemessene Vollständigkeit der ermittelten Risiken erkennbar?

Die Vollständigkeit wurde auf Basis der ISO/IEC 27005 Anhang C beurteilt.

5. Inwieweit ist der Risikomanagementprozess systematisch, strukturiert und erfolgt nach festgelegten Vorgaben?

Als Basis für die Bewertung wird die ISO 31000:2018 herangezogen.

Dabei wurde der Sachverständige zur vertraulichen und unabhängigen Beurteilung auf Basis seines Fachwissens verpflichtet. Aus der Bewertung ist ersichtlich, dass sich der Sachverständige im Detail mit den bereitgestellten Informationen auseinandergesetzt hat.

Dabei führt der Sachverständige hinsichtlich der Erstantragstellerin aus, dass das ISMS durch Anwendung des BSI-Grundschutzes und auf Basis der in den Unterlagen beschriebenen Maßnahmen, eine grundsätzlich angemessene Behandlung der relevanten Risiken erkennen lassen. Die getroffenen Maßnahmen, die Begründung der Maßnahmenauswahl und der Zusammenhang mit dem Risikobehandlungsplan seien jedoch nur teilweise nachvollziehbar. Darüber hinaus sei der Stand der Risikoanalyse, aufgrund der eingereichten Unterlagen, zumindest vier Jahre alt. Die Maßnahmenauswahl sei jedoch größtenteils erkennbar und ein grundlegender Basisschutz vorhanden. Es sei vollständig erkennbar, dass die Risiken der Marktteilnehmer bei der Risikobewertung berücksichtigt werden. Eine angemessene Vollständigkeit der Risiken sei größtenteils erkennbar, welche anhand eines jährlichen Security Audits geprüft werde. Der Risikomanagementprozess erfolge größtenteils systematisch, strukturiert und nach festgelegten Vorgaben. Der in den Unterlagen beschriebene Risikomanagementansatz sei in einigen Punkten somit nicht konsistent dargelegt. Der Sach-

verständige bewertete den Ansatz daher nach seiner Bewertungsskala mit 10 von 15 möglichen Punkten.

Es ergeben sich keine vernünftigen Zweifel daran, dass das Management der Keep in Balance AG die Informationssicherheitsvorgaben der nunmehrigen THE bis zum Wirksamwerden der Ernennung in entsprechender Form auf die Bilanzierungsstelle übertragen kann. Da das Unternehmen erst aufzubauen ist, kann der Betrieb von Beginn an auf die Anforderungen des ISMS eingerichtet werden. Die Anforderungen werden momentan von der Geschäftsführung der THE verantwortet, deren Mitglied J***** E***** zum Vorstandsmitglied der Keep in Balance AG ernannt werden soll. Damit bringt er aus seiner Erfahrung im Aufbau der nunmehrigen THE auch die Fähigkeiten zum Aufbau der Systeme mit (siehe dazu näher Abschnitt 3.4.1 unten). Die Keep in Balance AG wiederum, bedient sich in ihrer Tätigkeit der IT-Ressourcen der THE, die die entsprechenden Anforderungen bereits jetzt langjährig implementiert und erprobt hat. Dementsprechend hat die Erstantragstellerin ihre Absicht zur Umsetzung auch in den Unterlagen und im Rahmen der mündlichen Verhandlung bekräftigt.

Zur Zweitantragstellerin führt der Sachverständige aus, dass das ISMS auf Basis der Zertifizierung nach ISO/IEC 27001:2013 betrieben werde und das Risikomanagement definiert sei. Die getroffenen Maßnahmen, die Begründung der Maßnahmenauswahl sei vollständig nachvollziehbar. Das Vorhandensein eines Risikobehandlungsplans könne aufgrund der vorliegenden Zertifizierung angenommen werden. Die Maßnahmenauswahl sei grundsätzlich geeignet, die Risiken vollständig und nachvollziehbar zu reduzieren. Die Berücksichtigung der Risiken der Marktteilnehmer sei vollständig nachvollziehbar und eine angemessene Vollständigkeit der ermittelten Risiken erkennbar. Der Risikomanagementprozess erfolge entsprechend der Zertifizierung systematisch und strukturiert. Es würden damit sowohl allgemeine als auch spezifische Risiken im Risikomanagement (vollständig) behandelt. Das Risikomanagement wird durch externe Audits unterstützt und aktuell gehalten. Für alle im Kapitel 4.2 der AU genannten Bereiche seien angemessene Maßnahmen definiert. Der Sachverständige bewertete den Ansatz daher nach seiner Bewertungsskala mit 15 von 15 möglichen Punkten.

Die Beurteilung des Sachverständigen wurde den Antragstellerinnen jeweils zur Stellungnahme übermittelt. Die Erstantragstellerin gab dazu keine Stellungnahme ab. Die Zweitantragstellerin schloss sich der inhaltlichen und fachlichen Ansicht des Gutachters vollumfänglich an und fügte hinzu, dass das Ergebnis nach ihrer Ansicht zu einer Zuerkennung von zehn Punkten bezüglich Sicherheit (Abschnitt 4.2 der AU) führe.

3.2.3. Rechtliche Beurteilung

Die Sicherheit in der Verrichtung der Aufgaben gegenüber Marktteilnehmern ist gemäß § 86 Z 1 GWG 2011 eine Voraussetzung der Ernennung. Neben der Informationssicherheit wird die Sicherheit in der Aufgabenverrichtung auch durch andere Faktoren bestimmt, diese finden jedoch in den übrigen Ernennungsvoraussetzungen (Zuverlässigkeit, fachliche Eignung und Erfahrung, Unabhängigkeit, organisatorische Anforderungen) hinreichend Deckung. Daneben

besteht ein maßgeblicher Teil der Tätigkeit der Bilanzierungsstelle in der Verarbeitung von Daten, weshalb die (Informations-)Sicherheit als eigenes Eignungs- und Auswahlkriterium in der AU festgelegt wurde.

Das erforderliche Mindestmaß an Sicherheit ist nach der AU dargelegt, wenn die durch die Tätigkeit gegebenen Sicherheitsrisiken in der von den Antragstellerinnen geforderten Analyse berücksichtigt und in nachvollziehbarer und vertretbarer Weise durch die genannten Maßnahmen reduziert bzw. behandelt werden.

Gehen die Angaben der Antragsteller qualitativ über das geforderte Mindestmaß hinaus und werden insbesondere die, mit vernünftigem Aufwand feststellbaren, Risiken vollständig und nachvollziehbar abgedeckt, eine nachvollziehbare Auswahl und Beschreibung der zu treffenden Maßnahmen im Risikobehandlungsplan vorgesehen und diese den oben genannten Bereichen zugeordnet, soll dies im Rahmen der Bieterauswahl entsprechend berücksichtigt werden.

Gegebenenfalls vorhandene Zertifizierungen mit Bezug auf die Informationssicherheit (zB ISO 9001, ISO/IEC 27001, BSI IT-Grundschutz, CIS CSC, NIST Cyber Security Framework, etc.) können unter Beifügung des Anwendungsbereichs (Scope Document) ebenfalls übermittelt werden und werden zur Auswahl herangezogen.

Aufgrund der Bedeutung der Bilanzierung für das Funktionieren des Gasmarkts sind die Anforderungen an die Bilanzierungsstelle betreffend Sicherheit in der Verrichtung der Aufgaben bewusst hoch angesetzt. Ungeachtet dessen konnten beide Antragstellerin das die Erfüllung des erforderlichen Mindestmaßes an Sicherheit überzeugend darlegen.

Darüber hinaus konnte die Zweitantragstellerin besonders mit ihrem Informationssicherheitsansatz überzeugen und erreichte in der Bewertung durch den Sachverständigen die volle Punkteanzahl. Damit wird die Zweitantragstellerin in diesem Kriterium als bestbewertete Bewerberin gemäß Kapitel 5 der AU mit der **Höchstpunkteanzahl von 10 Punkten** bewertet.

Die Keep in Balance AG wurde vom Sachverständigen nach seiner Bewertungsskala mit 10 von 15 möglichen Punkten bewertet. Daneben hat die Behörde in der AU dargelegt, dass eine Zertifizierung mit Bezug auf die Informationssicherheit bei der Auswahl berücksichtigt wird. Die Keep in Balance AG nimmt zwar Dienstleistungen von Unternehmen in Anspruch, welche nach ISO/IEC 27001:2015 zertifiziert sind, strebt eine entsprechende Zertifizierung aber selbst nicht an. Da die Zweitantragstellerin eine entsprechende Zertifizierung aufweist, wird neben den Systemen der Dienstleister zusätzlich auch ihr eigenes ISMS regelmäßig von unabhängiger Seite auf Einhaltung des Standards überprüft und die Einhaltung der Normvorgaben bestätigt. Die Bewertung des Sachverständigen stützt sich allerdings bereits teilweise auf die Zertifizierung der Zweitantragstellerin, weshalb die Zertifizierung der Zweitantragstellerin im relativen Vergleich zur Erstantragstellerin zu keiner großen Punkteveränderung mehr führen darf. Aus Sicht der Behörde ist daher im relativen Vergleich ein Punkteabzug von einem

weiteren Punkt beim Erstantrag gegenüber der Bewertung des Sachverständigen angemessen.

Gemäß Kapitel 5 der AU erhalten die nachgereichten Antragstellerinnen Punkte relativ zum Erfüllungsgrad der in diesem Auswahlkriterium bestbewerteten Antragstellerin. Damit erhält die Erstantragstellerin in diesem Kriterium eine gesamthafte Punkteanzahl iHv **6 Punkten** (9/15) zugeordnet.

3.3. Effizienz und Zuverlässigkeit

3.3.1. Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben

3.3.1.1. Sachverhalt

Die Beurteilung der Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben gründet sich auf folgenden Sachverhalt:

Die Antragstellerinnen hatten in einem detaillierten Umsetzungskonzept darzulegen, dass sie die inhaltlichen Tätigkeitsanforderungen gemäß Kapitel 3 der AU effizient und zuverlässig erfüllen können. Dem sind beide Antragstellerinnen dadurch nachgekommen, dass gemeinsam mit dem jeweiligen Antrag umfassende Umsetzungskonzepte übermittelt wurden, welche in weiterer Folge im Rahmen der mündlichen Verhandlung präsentiert wurden.

Die Prüfung der Konzepte, welche durch eine Bewertungskommission (siehe weitere Ausführungen dazu im Abschnitt 3.3.1.2) durchgeführt wurde, erfolgte in weiterer Folge anhand der in der AU festgelegten Kriterien:

1. Darlegung der konkreten Form der Erfüllung der inhaltlichen Anforderungen;
2. Beschreibung der Systemarchitektur der erforderlichen Systeme und deren Zuverlässigkeit;
3. Effizienz des gewählten Ansatzes und dessen Umsetzung;
4. Darlegung des Umsetzungszeitplans.

Beide Antragstellerinnen konnten durch Ihre Umsetzungskonzepte und Präsentation eine effiziente und zuverlässige Umsetzung der Aufgaben glaubhaft machen.

Das Konzept der Erstantragstellerin wurde durch die Bewertungskommission mit 87 von 100 möglichen Bewertungspunkten bewertet. Ungeachtet der grundsätzlichen Festlegungen in der GMMO-VO 2020 wird der Bilanzierungsstelle gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 das Recht eingeräumt, anstelle einer selbsttätigen, datenbankmäßigen Verwaltung von Allokationsdaten auf die Datenbank des MVGM zuzugreifen und damit die Bereitstellung und datenbankmäßige Verwaltung von Allokationsdaten im Rahmen der Erfüllungen der rechtlichen Bestimmungen generell in der für sie zweckmäßigsten und effizientesten Form zu organisieren. Dieser

Umstand und diese Möglichkeit für die Bilanzierungsstelle liegt auch der AU dieses Ernennungsverfahrens zugrunde. Gemäß Kapitel 4.1. der AU haben die Antragstellerinnen die Nutzung dieser Möglichkeit in den Antragsunterlagen darzulegen. Die Erstantragstellerin machte von dieser Möglichkeit Gebrauch und sieht die Schaffung einer „zentralen Variante“ vor, welche sie in den Antragsunterlagen entsprechend beschreibt und begründet. Daneben wäre für die Erstantragstellerin auch die Nutzung der „dezentralen Variante“ ein gangbarer Weg. Ein entsprechender Antrag wurde jedoch in Hinblick auf die von der Erstantragstellerin bei der „zentralen Variante“ erblickten Vorteile für den Markt und die Bilanzierungstätigkeit nicht unterbreitet.

Das Konzept der Zweitantragstellerin wurde durch die Bewertungskommission mit 84,5 von 100 möglichen Bewertungspunkten bewertet. Die Möglichkeit zur Reorganisation der Bereitstellung und datenbankmäßigen Verwaltung von Allokationsdaten im Rahmen der Bilanzierung gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 wird durch die Zweitantragstellerin nicht wahrgenommen (zur Würdigung siehe Abschnitt 3.3.1.3.2).

Beide Antragstellerinnen haben angegeben, die Umsetzung des Konzepts bei Ernennung am 4. Juni 2021 bis 1. April 2022 – also binnen zehn Monaten bewerkstelligen zu können. Bei beiden Antragstellerinnen ist es dafür erforderlich, die Einbindung der Marktteilnehmer auf die verbleibende Dauer einzukürzen. Dabei ließe sich das Projekt bei der Erstantragstellerin auch beliebig, etwa um sechs oder neun Monate nach hinten schieben. Die Zweitantragstellerin gab an, die Umsetzung bei Ernennung am 4. Juni 2021 auch bereits bis 1. Oktober 2021 vornehmen zu können.

3.3.1.2. Beweiswürdigung

3.3.1.2.1. Grundsätzliches

Die Behörde ist befugt, alle Angaben der Antragstellerinnen zu überprüfen oder durch einen beauftragten **Sachverständigen** überprüfen zu lassen (§ 36 Abs. 2 E-ControlG iVm § 52 AVG). Im gegenständlichen Verfahren machte die Behörde im Zusammenhang mit der Bewertung der „Effizienz und Zuverlässigkeit“ von diesem Recht Gebrauch, indem sie eine aus drei Sachverständigen bestehende Bewertungskommission mit der Prüfung und Bewertung der Antragsunterlagen in Bezug auf diese Anforderungen beauftragte. Die fachliche Eignung, Unabhängigkeit sowie Verschwiegenheit der Mitglieder der Bewertungskommission wurde durch angemessene Maßnahmen sichergestellt.

Grundlage der gegenständlichen Entscheidung in Bezug auf „Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben“ durch die Antragstellerinnen sind demzufolge die umfassenden Stellungnahmen zu den Anträgen der Antragstellerinnen, welche die Bewertungskommission gegenüber der Behörde abgegeben hat (siehe Beilagen ./4 und ./5). Weiters wurden die vorläufigen Stellungnahmen der Bewertungskommission den jeweiligen Antragstellerinnen zur Kenntnis gebracht und von diesen kommentiert. Diese Kommentierung hat die Bewertungskommissionen ebenfalls in Form umfassender Repliken (siehe Beilagen ./6

und ./7) gewürdigt und in die finalen Stellungnahmen miteinbezogen. Auch die gegenständliche Beweiswürdigung bezieht diese Kommentierungen mit ein.

Nachdem es für die Bewertungskommission erforderlich war, die in der AU vorgegebenen Bewertungskriterien in ein objektiviertes Bewertungssystem zu überführen, erfolgte die Operationalisierung der Beurteilung in Anlehnung an die Meta-Studie „Kriterien zur Leistungsbeurteilung von Prozessen“. Von der Zweitantragstellerin wurde im Zuge der Kommentierung der vorläufigen Stellungnahme kritisiert, dass die Berücksichtigung dieser Studie nicht vorab kommuniziert wurde. Aus Sicht der Behörde führt die Bewertungskommission in ihrer Replik dazu nachvollziehbar und korrekt aus, dass diese Studie lediglich zur Unterstützung der Anwendung der in der AU definierten Kriterien diene und somit im Ermessensbereich der Bewertungskommission liegt. Dies stellt damit nur eine nähere Konkretisierung des Beurteilungsmaßstabs dar, welche von der Behörde nachvollzogen werden kann. Eine unsachliche Benachteiligung der Zweitantragstellerin oder ein Widerspruch zur AU liegt daher nicht vor.

Anzumerken ist, dass die Aspekte (Informations-)Sicherheit und Kosten von der Bewertungskommission nicht behandelt wurden (siehe diesbezügliche Bewertung in den Abschnitten 3.1 und 0). Weiters erfolgte die Bewertung der Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben (behandelt in diesem Abschnitt) bzw. in der Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform (siehe dazu nachfolgenden Abschnitt 3.3.2) gesondert.

Für die Gesamtbewertung werden für jedes Bewertungskriterium Punkte vergeben. Insgesamt konnten jeweils 100 Punkte für die Bilanzierungsstelle und die Wechselplattform erreicht werden, die Aufteilung der möglichen Punkte erfolgt nach der im Kapitel 4.3 der AU vorgegebenen Gewichtung.

Bei der Punktevergabe hat die Kommission einen **differenzierten Ansatz** (von der Kommission als „Paretoprinzip“ bezeichnet) gewählt. Für die grundlegende Erfüllung eines Kriteriums werden 80% der maximal dafür vorgesehenen Punkte (siehe Kapitel 4.3. der AU) vergeben. Ausgehend von der vollen Punktzahl werden hier Punkte abgezogen, wenn die Erwartungen nicht oder nur teilweise erfüllt werden. Der Umfang eines Punkteabzugs lag im Ermessen der Bewertungskommission und richtet sich dabei nach dem Stellenwert des jeweiligen Sachverhalts. Das Erreichen von 80 Punkten in der Gesamtwertung bedeutet aus Sicht der Bewertungskommission demnach, dass die Antragstellerin die vorgegebenen Kriterien insgesamt gut erfüllt. Dies ist wichtig zu betonen, da die Zweitantragstellerin in ihrer Kommentierung der vorläufigen Stellungnahme der Bewertungskommission Kritik an der Anwendung des differenzierten Ansatzes vorgebracht hat und argumentierte, dass eine Erreichung von 80% der Gesamtpunkte lediglich einem „befriedigend“ gleichkommen würden. Die Bewertungskommission hat in ihrer Replik (siehe Beilage ./7) klargestellt, dass diese Interpretation nicht zutreffend ist.

Die Bewertungskommission führte dazu weiter aus, dass die Anwendung des differenzierten Ansatzes für die Punktevergabe als Orientierungspunkt für die Bewertungskommission anzusehen ist und jedenfalls eine ausgewogene und gleichartige Bewertung aller Antragstellerinnen im Vordergrund stand. Mit der grundlegenden Erfüllung eines Kriteriums (80% der Punkte für das Kriterium) werden die Erwartungen der Bewertungskommission vollständig erfüllt („gut erfüllt“). Darüber hinaus ist die Vergabe der Zusatzpunkte an keine spezifische Erwartungshaltung geknüpft. Dies bedeutet, dass in dem von der Bewertungskommission erarbeiteten Beurteilungsvorgehen nicht von einer Vergabe von 100% der Punkte ausgegangen werden kann. Vielmehr werden 20% der Punkte für die Differenzierung von „gut erfüllt“ und „sehr gut erfüllt“ vergeben. Die Punktevergabe erfolgt hier für Ansätze, die in Bezug auf die Ausschreibung besonders positiv durch die Kommission gewürdigt werden. In Bezug auf die o.g. Argumentation der Zweitantragstellerin stellt die Bewertungskommission demzufolge klar, dass *„die Beurteilung [ihres] Umsetzungskonzeptes somit insgesamt im Bereich von „gut“ bis „sehr gut“ liegt.“* Demzufolge ist diese Vorgehensweise der Bewertungskommission in vollem Einklang mit der AU und wird von der Behörde als angemessen und zielführend betrachtet. Die Stellungnahmen der Bewertungskommission sind aus Sicht der Behörde umfassend und klar; darüber hinaus wurden diese den Antragstellerinnen zur Kenntnis gebracht und auf Basis erhaltener Kommentierungen entsprechend adaptiert bzw. finalisiert. In nachfolgenden Abschnitt wird konkret auf die Würdigung der jeweiligen Konzepte eingegangen.

3.3.1.2.2. Würdigung der Bewertung der Konzepte der Antragstellerinnen durch die Bewertungskommission

Aus Sicht der Bewertungskommission legt die **Erstantragstellerin** ein „überzeugendes und auf die Ausschreibung ausgerichtetes Konzept vor.“ Die Bewertungskommission führt weiter aus, dass die Erstantragstellerin „dem Zweck angemessene, zuverlässige Systeme betreibt, die im deutschen Markt eingesetzt und für energiewirtschaftliche Aufgaben erprobt sind.“ Die Effizienz des Ansatzes ergibt sich laut Bewertungskommission u.a. aus der Erbringung wesentlicher Dienstleistungen durch die THE, welche im deutschen Gasmarkt ab 1. Oktober 2021 die Aufgaben der Gasbilanzierung durchführen soll, der Dienstleistersteuerung, der vorrangigen Nutzung standardisierter Schnittstellen sowie der beabsichtigten Inanspruchnahme der Option gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 durch die Erstantragstellerin. Bezugnehmend auf die Option gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 muss festgehalten werden, dass die Erstantragstellerin in ihrem Umsetzungskonzept ausführt, dass grundsätzlich auch die dezentrale Variante in ihren Systemen abgebildet werden könnte. Jedoch verweist die Erstantragstellerin darauf, dass dafür einmalige Mehrkosten „im ***** Bereich“ anfallen würden. Insbesondere vor diesem Hintergrund hat sich die Erstantragstellerin für die Nutzung der Option gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 und Umsetzung der zentralen Variante entschieden. Die diesbezüglichen Ausführungen betreffend Umsetzungsaufwand, Kosten und Nutzen erscheinen der Regulierungsbehörde auf Basis der für sie verfügbaren Informationen nachvollziehbar und plausibel. Ungeachtet der getroffenen Entscheidung der Erstantragstellerin für die Nutzung der Option gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-

VO 2020 und Umsetzung der zentralen Variante führt diese aus, dass bspw. bei geänderten Rahmenbedingungen (z.B. betreffend die von MVGM zu schaffenden Voraussetzungen für die zentrale Variante, etc.) auch die Umsetzung der dezentralen Variante im angegebenen Umsetzungszeitplan möglich wäre.

Als herausfordernd betrachtet die Bewertungskommission u.a. die Tatsache, dass die Erst-antragstellerin aktuell noch nicht im österreichischen Gasmarkt tätig ist und demzufolge entsprechend umfangreiche Vorbereitungsarbeiten erforderlich sein werden.

Aus Sicht der Bewertungskommission legt die **Zweit-antragstellerin** ein „*fachlich überzeugendes Konzept*“ vor. Die Bewertungskommission führt in diesem Zusammenhang aus, dass die Zweit-antragstellerin „dem Zweck angemessene, zuverlässige System betreibt, die im Markt erprobt sind.“ Die Bewertungskommission ist weiters der Ansicht, dass die Nutzung der Systeme für weitere energiewirtschaftliche Aufgaben (Verrechnungsstelle Strom, etc.) Synergiepotential mit sich bringt und formuliert die Einschätzung, dass die aus dem Weiterbetrieb der Systeme durch die Zweit-antragstellerin resultierende Kontinuität der Prozesse für Marktteilnehmer potentiell vorteilhaft wäre.

Kritisch sieht die Bewertungskommission einerseits die unklare Rollenteilung bzw. -trennung zwischen der Zweit-antragstellerin und ihren Dienstleistern. Die Zweit-antragstellerin nimmt in ihrer Kommentierung der vorläufigen Stellungnahmen der Bewertungskommission (Pkt. 4.2 der Stellungnahme) darauf auch explizit Bezug; aus Sicht der Bewertungskommission kommt es damit jedoch zu keiner Entkräftung ihrer Einschätzung weshalb die Bewertungskommission ihre Bewertung beibehält. Aus Sicht der Behörde ist dies nachvollziehbar. Dabei bezieht sich der Punkteabzug durch die Bewertungskommission nicht auf die Zuverlässigkeit der Systeme der Zweit-antragstellerin an sich; diese wurde durch die Bewertungskommission sogar vielmehr explizit positiv gewürdigt (siehe Pkt. 3 der Replik der Bewertungskommission; Beilage .17).

Andererseits moniert die Bewertungskommission u.a. den Umstand, dass die Zweit-antragstellerin „hinsichtlich der Option gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 keine Abwägung zur Nutzung bzw. Nicht-Nutzung der Option vorgenommen hat.“ Es wird durch die Bewertungskommission dabei explizit klargestellt, dass sich diese Kritik nicht auf Entscheidung für oder gegen diese Option, sondern die unzureichende Auseinandersetzungen mit den Implikationen der verschiedenen Umsetzungsmöglichkeiten im Sinne einer optimierten Effizienz und Zuverlässigkeit bezieht. Diese Position der Bewertungskommission ist für die Regulierungsbehörde gerade zu diesem Zeitpunkt, an dem weitreichende Richtungsentscheidungen für die zukünftige Entwicklung des österreichischen Gasmarktmodells getroffen werden, vollinhaltlich nachvollziehbar. Wenngleich die Zweit-antragstellerin in ihrer Kommentierung der vorläufigen Stellungnahmen der Bewertungskommission (Pkt. 4.3 der Stellungnahme) ausführt, dass „*selbstverständlich eine ausführliche Abwägung der zur Nutzung bzw. Nicht-Nutzung der Option vorgenommen*“ wurde, so geht dies nach Ansicht der Bewertungskommission aus den eingereichten Unterlagen nicht ausreichend hervor.

In dem Zusammenhang wurde von Seiten der Zweitantragstellerin (in ihren Stellungnahmen vom 25. Jänner 2021 und 25. März 2021) vorgebracht, dass die beim MVGM anfallenden und von diesem angegebenen Kosten der „zentralen Variante“ „*nicht Null sein können*“. Dieser Einwand geht aus Sicht der Behörde jedoch ins Leere. So geht aus der vom MVGM erstellten, den Antragstellerinnen frühzeitig bereitgestellten und am 19. Mai 2020 allgemein veröffentlichten Information eindeutig hervor, dass die Umsetzung der zentralen bzw. dezentralen Variante beim MVGM **zu vergleichbaren Kosten** führt und demzufolge hier in der Kostenbetrachtung (siehe Abschnitt 1) Kosten von „Null“ seitens des MVGM bei Umsetzung der zentralen Variante weder behauptet noch von der Behörde angesetzt werden. Vom MVGM angegeben wurde hingegen, dass die Umsetzung der „dezentralen“ bzw. „zentralen“ Variante sich in vorausschauender Betrachtung nicht wesentlich unterscheiden, womit – was die Kosten des MVGM betrifft – keine gesonderte Berücksichtigung/Unterscheidung der Anträge erfolgen muss. Dies ist für die Behörde nachvollziehbar, da sich, wie vom MVGM angegeben, die umzusetzenden Anforderungen zwar in manchen Punkten unterscheidet, diese sich aber jeweils in den Implementierungs- und Personalaufwänden aufheben. Anders als die Zweitantragstellerin vermeint, geht die Behörde also nicht davon aus, dass der MVGM *keine* Kosten aus der Implementierung der jeweiligen Variante des Datenzugriffs zu tragen hat, sondern lediglich, dass sich diese Kosten – so wie vom MVGM angegeben – bei beiden Varianten nicht wesentlich voneinander unterscheiden und damit bei der Bewertung der Kosten außer Ansatz bleiben können. Zusammenfassend betrachtet die Behörde die Ansichten der Bewertungskommission in diesem Zusammenhang als angemessen und nachvollziehbar. Zur rechtlichen Beurteilung der seitens der Zweitantragstellerin vorgebrachten, rechtlichen Gegenargumente gegen die zentrale Variante wird auf den gesonderten Abschnitt 3.3.1.3.2 verwiesen.

Weiters wird von der Bewertungskommission das Verhältnis von internen zu externen Ressourcen für die Dienstleistersteuerung der Zweitantragstellerin als herausfordernd bewertet, um Interessen der Bilanzierungsstelle gegenüber Dienstleistern durchzusetzen. Ergänzend führt die Bewertungskommission in Ihrer Stellungnahme aus, dass die von der Zweitantragstellerin übermittelten Unterlagen „*sehr umfassend waren und vor allem die aktuellen Prozesse der Antragstellerin dargelegt wurden. Mitunter wurden das Ziel der Ausschreibung und die darin gesetzten Vorgaben dabei nicht genügend angesteuert.*“ Die Zweitantragstellerin hat in ihrer Stellungnahme in diesem Zusammenhang kritisch angemerkt (Pkt. 4.1 der Stellungnahme), dass ungeachtet der Implementierung des neuen Marktmodells die rechtliche Grundlage für die Aufgaben der Bilanzierungsstelle mit dem § 87 GWG 2011 unverändert bleibt und demzufolge im neuen Marktmodell, welches in Form der inhaltlichen Anforderungen gemäß Kapitel 3 der AU dieser Ernennung zugrunde liegt, im Vergleich zum Status quo nur einige Aufgaben (insbesondere die Bilanzierung der Fernleitung betreffend) hinzukommen. Aus Sicht der Behörde ist der Verweis auf den § 87 GWG 2011 grundsätzlich zutreffend. Ergänzend muss jedoch berücksichtigt werden, dass ein zentrales Ziel des neuen Marktmodells in der Harmonisierung der Ausgleichsregeln sämtlicher Netze gemäß § 41 Abs. 4 GWG 2011 liegt. Um diesem Ziel gerecht zu werden wird – in Einklang mit sämtlichen

nationalen und europarechtlichen Vorgaben – eine umfassende Weiterentwicklung des Marktmodells erfolgen, welche auch eine umfassende Anpassung und Weiterentwicklung der Systeme und Prozesse im Bereich der Bilanzierung erfordert. Dies hat die Bewertungskommission auch in ihrer Replik zur Stellungnahme (siehe Beilage ./7) zum Ausdruck gebracht. Vor diesem Hintergrund betrachtet die Regulierungsbehörde die Vorgehensweise und Bewertung der Bewertungskommission als angemessen und nachvollziehbar.

Weiters wurde von der Zweitantragstellerin in ihrer Stellungnahme im gleichen Abschnitt kritisiert (Pkt. 4.1 der Stellungnahme), dass die Darstellungen der Bewertungskommission im Bereich des Datenaustauschs nicht gänzlich korrekt bzw. vollständig wären. Die Bewertungskommission hat daher in ihrer Replik diesen Punkt aufgegriffen und die Ausführungen in der finalen Stellungnahme adaptiert. Weiters hat die Bewertungskommission klargestellt, dass es diesem Zusammenhang ohnehin zu keinem Punkteabzug gekommen sei. Dies gilt gleichermaßen für die seitens der Zweitantragstellerin in der Kommentierung der vorläufigen Stellungnahmen der Bewertungskommission geäußerte Kritik bzgl. der Aufgaben im Zusammenhang mit Standardlastprofilen gemäß § 87 GWG 2011 (siehe auch Kapitel 3.1.12 der AU). Aus Sicht der Behörde ist somit eine korrekte und angemessene Bewertung sichergestellt.

Außerdem äußert die Zweitantragstellerin Kritik (Pkt. 4.4 der Stellungnahme) an der Bewertung des Umsetzungszeitplans durch die Bewertungskommission. Konkret wurden der Zweitantragstellerin durch die Bewertungskommission sämtliche Punkte zuerkannt, welche für die grundlegende Erfüllung dieses Kriteriums zu vergeben sind (siehe Ausführung zum differenzierten Ansatz der Punktevergabe im Abschnitt 3.3.1.2.1.) Ergänzend hat die Bewertungskommission der Antragstellerin zwei weitere Zusatzpunkte zuerkannt und den Antrag der Zweitantragstellerin dadurch besonders positiv gewürdigt (siehe Ausführung zur Vergabe von Zusatzpunkten im Abschnitt 3.3.1.2.1.). Die Bewertungskommission hat in ihrer Replik zur Stellungnahme der Zweitantragstellerin erneut klargestellt, dass auch im Bereich der Zusatzpunkte eine ausgewogene und gleichartige Bewertung aller Antragstellerinnen das primäre Ziel war. Vor diesem Hintergrund ist zu berücksichtigen, dass an die Erstantragstellerin in diesem Bereich keine Zusatzpunkte vergeben wurden. Demzufolge sieht die Behörde keine sachliche Grundlage für diese Kritik und betrachtet die Einschätzung der Bewertungskommission als angemessen.

3.3.1.2.3. Umsetzungszeitpunkt und Zeitpläne

Wie die Behörde bereits im Verfahren und im August 2020 auf ihrer Website bekannt gegeben hat, soll das Inkrafttreten der GMMO-VO 2020 von 1. Oktober 2021 auf das Jahr 2022, voraussichtlich 1. April 2022, verschoben werden. Die Behörde hat dahingehend am 11. August 2020 auch die Marktteilnehmer im Wege einer Marktkommunikation informiert, wonach sich durch die zeitlichen Implikationen angesichts der Ausbreitung von COVID-19 in Österreich für das Ernennungsverfahren der Bilanzierungsstelle auch das Inkrafttreten der GMMO-VO 2020 um einige Monate verzögern wird. Als Zieltermin für das Inkrafttreten wurde der 1. April 2022 kommuniziert.

Am 10. Mai 2021 forderte die Behörde die Antragstellerinnen auf, binnen zwei Wochen einen aktualisierten Umsetzungszeitplan unter Annahme einer Ernennungsentscheidung mit 4. Juni 2021 vorzulegen. Der Sachverhalt zu den Umsetzungszeitplänen gründet sich daher neben den Beurteilungen der Sachverständigen auch auf die aktualisierten Umsetzungszeitpläne der Antragstellerinnen im Mai 2021. Bei beiden Einreichungen hat die Regulierungsbehörde keinen Umstand erblickt, an der Richtigkeit der getroffenen Angaben zu zweifeln. Bei beiden Einreichungen erfolgte die Anpassung der Zeitpläne zur Umsetzung mit 1. April 2022 durch eine Einkürzung der Einbindung der Marktteilnehmer. Die Umsetzungsmöglichkeit der Zweitantragstellerin mit 1. Oktober 2021 bei Ernennung mit 4. Juni 2021 ist für die Behörde nachvollziehbar, da diese in ihrem ergänzten Umsetzungskonzept darlegen konnte, dass bereits zahlreiche Erfordernisse für die Umsetzung des neuen Marktmodells im Betrieb vorhanden sind.

3.3.1.3. Rechtliche Beurteilung

3.3.1.3.1. Grundsätzliches

Gemäß § 85 Abs. 2 GWG 2011 ist darzulegen, dass die Aufgaben gemäß § 87 GWG 2011 durch das gemäß § 85 GWG 2011 zu ernennende Unternehmen effizient, sicher und zuverlässig erbracht werden.

Weiters ist gemäß § 85 Abs. 2 GWG 2011 im Zuge dieser Ernennung auch die Beförderung der Harmonisierung der Ausgleichsregeln in Fernleitungs- und Verteilernetz gemäß § 41 Abs. 4 GWG 2011 zu beachten. Dieser Aspekt der Harmonisierung gemäß § 41 Abs. 4 GWG 2011 ist für die gegenständliche Ernennung insbesondere relevant, da mit Inkrafttreten der GMMO-VO 2020 ein im Vergleich zum Status Quo wesentlich weiterentwickeltes Marktmodell für den österreichischen Gasmarkt in Kraft treten wird. Demzufolge bedarf es auch im Bereich der Bilanzierung einer Weiterentwicklung und Adaptierungen der aktuell implementierten Prozesse und Aktivitäten. Gemäß § 2 Abs. 2 Z 2 GMMO-VO 2020 stellt die Bilanzierungsstelle die Harmonisierung der Ausgleichsregeln in Fernleitungs- und Verteilernetzen gemäß § 41 Abs. 4 GWG 2011 in Form einer integrierten Marktgebietsbilanzierung sicher. Die Bilanzierungsstelle ist dabei als Bilanzgruppenkoordinator eines jeweiligen Marktgebiets gemäß § 85 GWG 2011 benannt und übernimmt die Aufgaben gemäß § 87 GWG 2011. Darüber hinaus bedient sich der Marktgebietsmanager zur Erfüllung seiner Verpflichtung gemäß § 14 Abs. 1 Z 14 GWG 2011 und Umsetzung der Vorgaben gemäß § 41 Abs. 4 GWG 2011 der Bilanzierungsstelle. In den Marktgebieten Tirol und Vorarlberg sind die Bilanzierungsaufgaben der Bilanzierungsstelle auf jene des Bilanzgruppenkoordinators beschränkt. Schließlich fordert § 86 Z 11 GWG 2011, dass das zur Verfügung stehende Abwicklungssystem den Anforderungen eines zeitgemäßen Abrechnungssystems zu genügen hat. Auf Basis dieser Vorgaben hat die Regulierungsbehörde konkrete Kriterien für die Bewertung der effizienten und zuverlässigen Aufgabenerfüllung festgelegt (siehe dazu Kapitel 4.3 der AU).

Die grundlegenden, inhaltlichen Anforderungen für den Bilanzgruppenkoordinator bzw. die inhaltlichen Anforderungen an die Bilanzierungsaufgaben des Marktgebietsmanagers, welche gemäß § 2 Abs. 2 GMMO-VO 2020 gesamthaft von der Bilanzierungsstelle wahrgenommen werden und Gegenstand dieses Ernennungsverfahrens sind, ergeben sich aus dem GWG 2011. Darüber hinaus hat die Regulierungsbehörde ihr Ermessen in der AU dahingehend konkretisiert, dass die Effizienz in der Erfüllung der Aufgaben der GMMO-VO 2020 zur Auswahl der Antragstellerinnen herangezogen wird. Ergänzend reflektiert und spezifiziert die GMMO-VO 2020 die gemäß § 41 Abs. 4 GWG 2011 iVm § 86 Abs. 2 GWG 2011 erforderliche Harmonisierung der Ausgleichsregeln für Fernleitungs- und Verteilernetze. Daraus ergeben sich die inhaltlichen Anforderungen an die Antragstellerinnen, welche durch einzelne weitere Aufgaben aus dem Ökostromgesetz 2012 (ÖSG 2012) sowie die Gaskennzeichnungsverordnung (G-KenV) ergänzt werden.

3.3.1.3.2. Wahlrecht gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020

Die in der AU eingeräumte Möglichkeit des Wahlrechts bzgl. der Form der datenbankmäßigen Verwaltung von Allokationsdaten basiert auf § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020. Ziel und Nutzen dieses Wahlrechts ist es, die Erfüllung der gesetzlichen Bestimmungen und Anforderungen an die Bilanzierungsstelle durch die Antragstellerinnen in der zweckmäßigsten und effizientesten Form zu ermöglichen. Im Abschnitt 3.3.1.1 wurde bereits dargelegt, dass die Zweitantragstellerin von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch macht. Die Zweitantragstellerin argumentiert dies damit, dass es sich bei der Möglichkeit zur Optimierung der datenbankmäßigen Verwaltung von Allokationsdaten gemäß § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 um eine Kompetenzverschiebung handelt, die nicht mit den gesetzlichen Vorgaben des GWG 2011 in Einklang zu bringen wäre. Insbesondere wird moniert, dass die datenbankmäßige Verwahrung der Allokationsdaten beim MVGM erfolgen würde.

Diese Rechtsansicht ist aus Sicht der Behörde in mehrfacher Hinsicht weder korrekt noch schlüssig: zunächst sind die rechtlichen Argumente, welche die Zweitantragstellerin zum Ergebnis kommen lassen, § 46 Abs. 5 GMMO-VO 2020 wäre gesetzeswidrig, unzutreffend. Das GWG 2011 ordnet die Führung einer Datenbank keinem Stakeholder, auch nicht der Verrechnungsstelle, zu, weshalb eine entsprechende verordnungsseitige Regelung auch nicht Zuständigkeiten der Verrechnungsstelle beschneiden kann. Das Führen einer Datenbank ist auch, materiell betrachtet, kein Selbstzweck, sondern bloß ein Mittel zum Zweck, und soll nur, wie jede andere Form einer effizienten Büroorganisation, dazu dienen, die tatsächlich gesetzlich relevanten Aufgaben, nämlich jene mit Außenwirkung den anderen Marktteilnehmern gegenüber, besser und effizienter zu erfüllen helfen. Wenn die Behörde hier mit Verordnung bloß die Option (nicht einmal den Zwang) normiert, im Sinne der das Gaswirtschafts- und Regulierungsrecht maßgeblich leitenden Grundsätze der Kostengünstigkeit und Effizienz Synergien zwischen parallel operierenden Systemoperatoren in Form einer zentralen Datenbank zu gewinnen, liegt ein behaupteter Verstoß gegen gesetzliche Verbote nicht vor, sondern wird im Gegenteil dem Willen des Gesetzgebers bestmöglich entsprochen.

Aber auch aus gaswirtschaftlicher Betrachtung entbehrt die Position der Zweitantragstellerin Objektivität und sachliche Richtigkeit. Dies lässt sich anschaulich durch Verweis auf die vom MVGM betriebene Online-Plattform gemäß § 33 GMMO-VO 2020 veranschaulichen, auf der für Bilanzgruppenverantwortliche sämtliche relevanten Mengensalden, einschließlich Abrechnungsdaten bereitgestellt werden. Damit hat einerseits der MVGM zweifelsohne das Recht und die Befähigung, die Allokationsdaten und Mengensalden zu verarbeiten und andererseits haben die Marktteilnehmer auch beim MVGM die Möglichkeit, diese Daten über die genannte Online-Plattform einzusehen.

Darüber hinaus ist es sowohl im aktuellen als auch zukünftigen, weiterentwickelten Marktmodell ein etablierter Standard, dass der MVGM unterschiedlichste Allokationsdaten direkt empfängt und verarbeitet. Nicht zuletzt lässt sich dies damit begründen, dass nur beim MVGM jene 24/7-Verfügbarkeit gegeben ist, wie sie für die Betreuung unterschiedlicher, kritischer Marktprozesse erforderlich ist. Sofern der MVGM also Allokationsdaten direkt erhält, kann er diese unmittelbar datenbankmäßig verarbeiten, Mengensalden berechnen, etc. In diesem Fall ist es weder rechtlich geboten noch aus Gesichtspunkten der Effizienz erforderlich, dass die Bilanzierungsstelle diese Aktionen selbsttätig erneut durchführt. Auch die Bewertungskommission verweist darauf, dass in vielen europäischen Ländern die Bilanzierungsaufgaben integriert und effizient in einem einzigen System und durch eine einzige Stelle durchgeführt werden. Die von der Zweitantragstellerin vorgebrachten Argumente gegen die Effizienz derartiger Lösungen sind daher weder für die Bewertungskommission noch die Behörde nachvollziehbar.

3.3.1.3.3. Aktualisierung der Umsetzungszeitpläne

Anders als die Erstantragstellerin, hatte die Zweitantragstellerin mit Ernennung am 4. Juni 2021 weiterhin die Möglichkeit, eine Umsetzung des Konzepts bis 1. Oktober 2021 vorzunehmen. Ob die Zweitantragstellerin diese Möglichkeit zum gegebenen Zeitpunkt weiterhin hätte, kann dahingestellt bleiben, da selbst in diesem Fall aufgrund der COVID-19-Pandemie keine weitgehende Bereitschaft der Marktteilnehmer erkennbar ist, den Termin 1. Oktober 2021 zu halten. Folglich hat die Regulierungsbehörde die Antragstellerinnen schon frühzeitig, mit Schreiben von 31. Juli 2020, von der Verschiebung des neuen Marktmodells auf 2022, voraussichtlich 1. April 2022, informiert, bevor der weiterhin relevante Termin für die Umstellung im August 2020 veröffentlicht wurde. Dass die Erstantragstellerin zu einer Umsetzung bis 1. Oktober 2021 nicht (mehr) in der Lage ist, kann ihr damit nicht als Nachteil angerechnet werden, schließlich folgt das Umsetzungskonzept hierbei dem von der Behörde kommunizierten Letztstand.

Gleichzeitig ist durch die rasche Möglichkeit der Umsetzung bei der Zweitantragstellerin ein geringeres Risiko bei der Umsetzung verbunden, welches auch von der Bewertungskommission bereits bei der Beurteilung des Antrags in der Fassung vom Oktober 2020 entsprechend gewürdigt wurde. Die Behörde nimmt daher aufgrund der aktualisierten Umsetzungszeitpläne keine Anpassung der von der Bewertungskommission vorgenommenen Bewertung vor.

3.3.1.3.4. Ermittlung der Bewertungspunkte

Da beide Antragstellerinnen die Mindestanforderungen in diesem Bereich erfüllen, werden die in der AU (Kapitel 4.3) festgelegten Kriterien zur Auswahl der Bewerber herangezogen.

In der nachfolgenden Tabelle werden die von der **Bewertungskommission** vergebenen Wertungspunkte nach deren Schema zusammengefasst; es erfolgt dabei eine Differenzierung der unterschiedlichen Kriterien sowie den Punkten für die grundsätzliche Aufgabenerfüllung (gemäß differenziertem Ansatz 80% der Gesamtpunkte je Kriterien) und den Zusatzpunkten.

	Erstantragstellerin			Zweitrantragstellerin			Maximal mögliche Punkte laut Ausschreibungsunterlage
	Punkte für grundsätzliche Aufgabenerfüllung	Zusatzpunkte	Gesamtpunkte	Punkte für grundsätzliche Aufgabenerfüllung	Zusatzpunkte	Gesamtpunkte	
1. Darlegung der konkreten Form der Erfüllung der inhaltlichen Anforderungen	16	2	18	15,5	2	17,5	20
2. Beschreibung der Systemarchitektur der erforderlichen Systeme und deren Zuverlässigkeit	23	3	26	22	3	25	30
3. Effizienz des gewählten Ansatzes und dessen Umsetzung	24	3	27	22	2	24	30
4. Darlegung des Umsetzungszeitplans	16	–	16	16	2	18	20
Gesamt	79	8	87	75,5	9	84,5	100

Für die behördliche Beurteilung folgt daraus: In Kapitel 5 der AU ist festgehalten, dass jene Antragstellerin mit der höchsten Gesamtpunkteanzahl im Bereich Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben mit der vollen Punktezahl im Sinne der Auswahlkriterien gemäß Kapitel 5 der AU zu bewerten ist. Für den gegenständlichen Bereich der Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben beträgt die gesamthafte **Höchstpunktzahl 15**; diese wird der Erstantragstellerin als bestbewertete Antragstellerin zugeordnet.

Weiters wird durch die AU festgelegt, dass die nachgereichten Antragstellerinnen Punkte relativ zum Erfüllungsgrad der in diesem Auswahlkriterium bestbewerteten Antragstellerin erhalten.

Vor diesem Hintergrund wird der Zweitantragstellerin im Bereich der Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben eine gesamthafte **Punkteanzahl iHv** (gerundet) **14,6** zugeordnet.

3.3.2. Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform und Kosten-Nutzen-Analyse

3.3.2.1. Sachverhalt

Die Beurteilung der kostengünstigen und effizienten Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform gründet sich auf folgenden Sachverhalt:

Die Antragstellerinnen hatten in einem detaillierten Umsetzungskonzept darzulegen, dass die inhaltlichen Tätigkeitsanforderungen in Bezug auf die Wechselplattform gemäß Kapitel 3.2 der AU effizient und zuverlässig erfüllt werden können. Dem sind beide Antragstellerinnen dadurch nachgekommen, dass gemeinsam mit jeweiligem Antrag umfassende Umsetzungskonzepte übermittelt wurden, welche in weiterer Folge im Rahmen der mündlichen Verhandlung präsentiert wurden. Darüber hinaus hatten die Antragstellerinnen die Kosten für die Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform anzugeben (siehe dazu bereits Abschnitt 3.1).

Die Prüfung der Konzepte in Bezug auf Effizienz und Zuverlässigkeit erfolgte durch die Bewertungskommission, die auch die Prüfung der Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben durchführte (siehe Abschnitt 3.3.1). Die Prüfung erfolgte anhand der in der AU festgelegten Kriterien:

1. Darlegung der konkreten Form der Erfüllung der inhaltlichen Anforderungen;
2. Beschreibung der Systemarchitektur der erforderlichen Systeme und deren Zuverlässigkeit;
3. Effizienz des gewählten Ansatzes und dessen Umsetzung;
4. Darlegung des Umsetzungszeitplans.

Beide Antragstellerinnen konnten durch Ihre Umsetzungskonzepte und Präsentation eine effiziente und zuverlässige Umsetzung der Aufgaben glaubhaft machen.

Die Erstantragstellerin legt in ihrem finalen Angebot in Bezug auf die Anforderungen der Wechselplattform das Konzept einer Neuentwicklung der Wechselplattform und der niederschweligen Alternativlösung (NAL) zugrunde (im Umsetzungskonzept als Variante B bezeichnet). Darüber hinaus führt sie die Möglichkeit an, dass die bestehende Wechselplattform und die bestehende NAL über einen Dienstleistungsvertrag mit dem heutigen Betreiber weiter genutzt werden kann (im Umsetzungskonzept als Variante A bezeichnet).

Das Konzept der Erstantragstellerin wurde durch die Bewertungskommission mit 81 von 100 möglichen Bewertungspunkten bewertet. Die geplanten Kosten der Erstantragstellerin für den Betrieb der Wechselplattform belaufen sich über fünf Jahre allein auf operative Kosten iHv ***** TEUR (siehe dazu bereits Abschnitt 3.1).

Die Zweitantragstellerin kann auf eine im Markt etablierte Datenkommunikationsplattform (ENERGYlink) zugreifen. ENERGYlink ist als zentrale Kommunikationsdrehscheibe aufgebaut und wird derzeit sowohl im Gas- als auch im Strommarkt eingesetzt. Als NAL kann die Zweitantragstellerin den ebenfalls bereits im Markt etablierten Self Storage-Dienst anbieten. Mit dem Self Storage-Dienst können Lieferanten ohne eigenes System mit direkter Anbindung an ENERGYlink alle Vorgaben zum automatisierten Datenaustausch erfüllen.

Das Konzept der Zweitantragstellerin wurde durch die Bewertungskommission mit 86 von 100 möglichen Bewertungspunkten bewertet. Die geplanten Kosten der Zweitantragstellerin für den Betrieb der Wechselplattform belaufen sich über fünf Jahre allein auf operative Kosten iHv ***** TEUR (siehe dazu bereits Abschnitt 3.1). Die Zweitantragstellerin betreibt eine gemeinsame NAL für den Strom- und den Gassektor in der auch weitere Marktprozesse über diese NAL abgebildet sind.

Beide Antragstellerinnen haben angegeben, die Umsetzung des Konzepts bei Ernennung am 4. Juni 2021 bis 1. April 2022 – also binnen zehn Monaten – bewerkstelligen zu können. Bei beiden Antragstellerinnen ist es dafür erforderlich, die Einbindung der Marktteilnehmer auf die verbleibende Dauer von zehn Monaten einzukürzen. Dabei ließe sich das Projekt zumindest bei der Erstantragstellerin auch beliebig, etwa um sechs oder neun Monate nach hinten schieben. Die Zweitantragstellerin kann ihrer Stellungnahme zu Folge die Umsetzung bei Ernennung mit 4. Juni 2021 auch bereits bis 1. Oktober 2021 vornehmen.

3.3.2.2. Beweiswürdigung

3.3.2.2.1. Grundsätzliches

Für die grundsätzlichen Aspekte hinsichtlich der Beiziehung von Sachverständigen und das von der Bewertungskommission angewendete Bewertungssystem wird auf die Ausführungen in Abschnitt 3.3.1.2.1 verwiesen. Die Bewertungskommission hat sich bei der Beurteilung der Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform desselben Bewertungssystems bedient, wie für die Beurteilung der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben.

3.3.2.2.2. Würdigung der Bewertung der Konzepte der Antragstellerinnen durch die Bewertungskommission

Aus Sicht der Bewertungskommission konnte die **Erstantragstellerin** die konkrete Erfüllung der Anforderungen gut darlegen. Da die Erstantragstellerin die Wechselplattform (in der gewählten Variante B) neu entwickeln lassen muss, wäre aus Sicht der Bewertungskommission eine detailliertere Darstellung des gewählten Konzeptes für ein vollumfänglich nachvollziehbares Umsetzungskonzept erforderlich gewesen. Die Erstantragstellerin hat jedoch aus Sicht der Bewertungskommission sehr wohl die Zusammenhänge zwischen funktionalen Anforderungen an die Wechselplattform und den technischen Gegebenheiten nachvollziehbar dargestellt und auch eine klare Aufführung der notwendigen Neuentwicklungen angegeben.

Die Erstantragstellerin hat in ihrem Konzept alternative Umsetzungsmöglichkeiten für die Wechselplattform dargestellt, was aus Sicht der Bewertungskommission einen Nachweis für die intensive Befassung der Erstantragstellerin mit dem Effizienzanspruch darstellt. Positiv sieht die Bewertungskommission dabei zum einen die immanenten Effizienzpotentiale der Neuentwicklung mit einer passgenauen Ausrichtung auf den Bedarf und zum anderen die vorgesehene Nutzung existierender Schnittstellen (*****) im Markt. Kritisch sieht die Bewertungskommission hingegen die von der Erstantragstellerin gewählte Vorgehensweise bei der Umsetzung der NAL in zwei Phasen. Dazu wäre aus Sicht der Bewertungskommission von der Erstantragstellerin eine adäquate, detaillierte Würdigung für diese Vorgehensweise beizubringen gewesen. Kritisch sieht die Bewertungskommission auch, dass im Konzept nicht auf die speziellen Umsetzungsrisiken für die Neuimplementierung von Wechselplattform und NAL eingegangen wurde.

In ihrer Kommentierung zu Pkt. 5.2. der vorläufigen Stellungnahme der Bewertungskommission merkte die Erstantragstellerin an, dass die Anbindung der herzustellenden Wechselplattform an die bereits existierende *****Infrastruktur durch einen Dienstleister vorgesehen ist, der sehr fundierte Kenntnisse des österreichischen Marktes und langjährige Erfahrung mit relevanten Prozessen hat. Aus Sicht der Erstantragstellerin sei daher nicht mit einem „gewissen“ Risiko davon auszugehen, dass anfänglich einzelne Schnittstellen noch nicht wie vorgesehen funktionieren. Die Bewertungskommission hat zu diesem Sachverhalt eine Präzisierung des Gutachtens im Hinblick auf die sprachliche Formulierung vorgenommen (Anpassung von „gewisses Risiko“ hin zu „niedriges Risiko“).

Die Behörde teilt vor diesem Hintergrund die Einschätzung der Bewertungskommission und hält den Abzug eines Bewertungspunkts dafür als gerechtfertigt.

Aus Sicht der Bewertungskommission konnte auch die **Zweitantragstellerin** die konkrete Erfüllung der Anforderungen gut darlegen. Die Bewertungskommission hält in ihrem Gutachten zum Konzept der Zweitantragstellerin zusammenfassend fest: „Die Antragstellerin betreibt dem Zweck angemessene, zuverlässige Systeme in Form der Plattformen ENERGYlink und Self Storage, die bereits im Markt erprobt sind.“ Die Erprobtheit des Systems der Zweitantragstellerin lässt aus Sicht der Bewertungskommission auf eine hohe Zuverlässigkeit schließen. Positiv bewertet die Bewertungskommission auch, dass durch den weiteren Betrieb der Wechselplattform durch die Zweitantragstellerin eine Kontinuität in den Prozessen ermöglicht wird. Aus Sicht der Bewertungskommission hätte die Zweitantragstellerin jedoch in ihrem Umsetzungskonzept eine weitergehende Untersuchung von effizienzverbessernden Maßnahmen anstellen können. Hinsichtlich des Umsetzungszeitplans sieht die Bewertungskommission keine umfassenden Implementierungsrisiken, da die Systeme und Prozesse der Zweitantragstellerin bereits umgesetzt und erprobt sind.

In ihrer Kommentierung der vorläufigen Stellungnahme der Bewertungskommission äußerte die Zweitantragstellerin die Kritik (Pkt. 5.1 der Stellungnahme), dass von der Bewertungskommission identifizierte Defizite im Bereich der revisionssicheren

Protokollierung, Archivierung, Überprüfung und Berichterstattung nicht nachvollzogen werden können. Konkret verweist die Zweitantragstellerin auf die technische Beschreibung dieses Sachverhalts, die zusammen mit den Antragsunterlagen übermittelt wurden. Nach Prüfung dieser Dokumente wurde durch die Bewertungskommission erwogen, dass die Kritik der Zweitantragstellerin berechtigt sei. Somit wurde der Punkteabzug im Rahmen der finalen Stellungnahme zurückgenommen und dies im Rahmen der Replik festgehalten (siehe Beilage ./7).

Außerdem äußert die Zweitantragstellerin Kritik (Pkt. 5.2 der Stellungnahme) an der Einschätzung der Systemarchitektur der erforderlichen Systeme und deren Zuverlässigkeit durch die Bewertungskommission. Konkret wird auf das bestehende, gut funktionierende System hingewiesen und festgestellt, dass jede andere Antragstellerin ein System neu entwickeln müsste. Dies würde aus Sicht der Zweitantragstellerin zwangsläufig zu einem vergleichsweise höheren Risiko führen. Aus der Stellungnahme der Bewertungskommission geht hervor, dass der Zweitantragstellerin sämtliche Punkte für die grundlegende Erfüllung dieses Kriteriums zuerkannt wurden (siehe Ausführung im Abschnitt 3.3.1.2.1.). Ergänzend hat die Bewertungskommission der Antragstellerin zwei weitere Zusatzpunkte zuerkannt und den Antrag der Zweitantragstellerin dadurch besonders positiv gewürdigt (siehe Ausführung zur Vergabe von Zusatzpunkten im Abschnitt 3.3.1.2.1.). Die Bewertungskommission hat in ihrer Replik zur Stellungnahme der Zweitantragstellerin erneut klargestellt, dass auch im Bereich der Zusatzpunkte eine ausgewogene und gleichartige Bewertung aller Antragstellerinnen das primäre Ziel war. Vor diesem Hintergrund ist zu berücksichtigen, dass an die Erstantragstellerin in diesem Bereich nur ein Zusatzpunkt vergeben wurde.

In Zusammenschau beider Bewertungen sieht die Behörde keine sachliche Grundlage für diese Kritik und betrachtet die Einschätzung der Bewertungskommission daher als angemessen.

Weiters kritisiert die Zweitantragstellerin in ihrer Kommentierung der vorläufigen Stellungnahme der Bewertungskommission (Pkt. 5.3 der Stellungnahme), dass einerseits der Punkteabzug ungerechtfertigt wäre und andererseits volle Zusatzpunkte zu vergeben gewesen wären. Nach eingehender Prüfung der vorgebrachten Argumente stellt die Bewertungskommission in ihrer Replik (Beilage ./7) klar, dass aus ihrer Sicht die Punktevergabe angemessen ist. Die dieser Klarstellung zugrundeliegende Argumentation verweist einerseits auf die grundsätzliche Logik der Vergabe von Punkten für grundlegende Erfüllung eines Kriteriums und die davon unabhängige Vergabe von Zusatzpunkten (siehe Abschnitt 3.3.1.2.1.). Andererseits wird klargestellt, dass die Bewertung auf Basis der AU und der eingereichten Antragsunterlage erfolgt. Die Bewertungskommission konkretisierte aufgrund der Kommentierung der Zweitantragstellerin die Begründung für den Punkteabzug in ihrer Stellungnahme mit der fehlenden Darstellung konkreter Maßnahmen zur Hebung weiterer Effizienzen.

Die Behörde betrachtet auch diese Feststellung als angemessen und die Bewertung im Einklang mit der AU.

Auch in Bezug auf den Umsetzungszeitplan (Pkt. 5.4 der Stellungnahme) hat die Zweit Antragstellerin eine aus ihrer Sicht unzureichende Punktevergabe kritisch angemerkt und die Zuerkennung der vollen Punkteanzahl inkl. Zusatzpunkte eingefordert. Die Bewertungskommission verweist in ihrer Replik (Beilage .7) erneut auf das bei der Zweit Antragstellerin offenbar vorliegende Missverständnis bzgl. der grundsätzlichen Logik der Vergabe von Punkten für die grundlegende Erfüllung eines Kriteriums und die davon unabhängige Vergabe von Zusatzpunkten (siehe Abschnitt 3.3.1.2.1.). Die Bewertungskommission stellt dazu ergänzend fest, dass angesichts der guten Voraussetzungen und des überzeugenden Konzepts die volle Anzahl der Punkte für die grundsätzliche Aufgabenerfüllung vergeben wurde, es auf Basis der Antragsunterlagen jedoch keine Veranlassung zur Vergabe von Zusatzpunkten gab.

Diese Einschätzung erachtet die Regulierungsbehörde ebenso als nachvollziehbar im Lichte der, von den Sachverständigen gewählten Bewertungsmethodik.

Neben der, von der Bewertungskommission beurteilten Effizienz und Zuverlässigkeit im Rahmen der Erfüllung der Aufgaben für die Wechselplattform am Gasmarkt, bietet das Umsetzungskonzept der Zweit Antragstellerin anerkennt die Behörde jedoch auch die Vorteile für die Marktteilnehmer eines einheitlichen Self-Storage Dienstes für den Strom- und den Gasmarkt, sowie die Möglichkeit für Marktteilnehmer auch weitere Marktprozesse – zusätzlich zum Wechselprozess – über den Self-Storage-Dienst der Zweit Antragstellerin abwickeln zu können. Dies führt aus Sicht der Behörde zu einem weiteren Nutzen, insbesondere für den hohen Anteil an Marktteilnehmern, die sowohl am Strom- als auch am Gasmarkt tätig sind. Diese haben dadurch die Möglichkeit, für Strom und Gas mit einheitlichen Systemen und Ansprechpersonen bei der Verrechnungsstelle arbeiten zu können. In Ausübung ihres Ermessensspielraums vergibt die Behörde dafür somit **fünf Zusatzpunkte** zu den von der Bewertungskommission vergebenen Punkten.

3.3.2.3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 85 Abs. 2 GWG 2011 ist darzulegen, dass die Aufgaben durch das gemäß § 85 GWG 2011 zu ernennende Unternehmen effizient, sicher und zuverlässig erbracht werden. Die inhaltlichen Anforderungen in Bezug auf die Wechselplattform wurden in Kapitel 3.2 der AU aufgelistet, welche sich einerseits aus § 123 Abs. 4 bis 6 GWG 2011 und andererseits aus der gemäß § 123 Abs. 7 GWG 2011 erlassenen Wechselverordnung 2014 inkl. deren Anhang ergeben.

Analog zur Vorgehensweise in Bezug auf die Bilanzierungstätigkeiten hat die Regulierungsbehörde ihr Ermessen in der AU dahingehend konkretisiert, dass auf Basis dieser gesetzlichen Vorgaben konkrete Kriterien für die Bewertung der effizienten und zuverlässigen Aufgabenerfüllung festgelegt wurden (siehe dazu Kapitel 4.3 der AU). Die Berücksichtigung

der kostengünstigen Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform erfolgt anhand der gemäß Kapitel 4.1 der AU von den Antragstellerinnen dargelegten Kosten.

Neben den umfangreichen inhaltlichen Anforderungen in Bezug auf die Bilanzierungstätigkeiten stellen die Anforderungen in Bezug auf die Wechselplattform einen von der Bilanzierung separaten Aufgabenbereich der Bilanzierungsstelle dar. Gemäß AU besteht für die Antragstellerinnen die grundsätzliche Möglichkeit die Wechselplattform selbst zu betreiben bzw. bestehende Marktprozesse zur Umsetzung der diesbezüglichen Tätigkeitsanforderungen zu verwenden oder diese durch einen Dritten auf Verantwortung der Bilanzierungsstelle betreiben zu lassen. Da beide Antragstellerinnen die Mindestanforderungen erfüllen, werden die in der AU festgelegten Kriterien zur Auswahl der Bewerber herangezogen.

In der nachfolgenden Tabelle werden die von der Bewertungskommission vergebenen Wertungspunkte nach deren Schema zusammengefasst; es erfolgt dabei eine Differenzierung der unterschiedlichen Kriterien sowie den Punkten für die grundsätzliche Aufgabenerfüllung (gemäß differenziertem Ansatz 80% der Gesamtpunkte je Kriterien) und den Zusatzpunkten. Die von der Bewertungskommission vergebenen Punkte werden dabei im Fall der Zweit-antragstellerin um weiter fünf Zusatzpunkte erhöht.

	Erstantragstellerin			Zweit-antragstellerin			Maximal mögliche Punkte laut Ausschreibungsunterlage
	Punkte für grundsätzliche Aufgabenerfüllung	Zusatzpunkte	Gesamtpunkte	Punkte für grundsätzliche Aufgabenerfüllung	Zusatzpunkte	Gesamtpunkte	
1. Darlegung der konkreten Form der Erfüllung der inhaltlichen Anforderungen	15	2	17	16	2	18	20
2. Beschreibung der Systemarchitektur der erforderlichen Systeme und deren Zuverlässigkeit	23	1	24	24	2	26	30
3. Effizienz des gewählten Ansatzes und dessen Umsetzung	23	2	25	23	1	24	30
4. Darlegung des Umsetzungszeitplans	15	–	15	16	2	18	20
Gesamt	76	5	81	79	7+5	91	100

Die geplanten Kosten der Erstantragstellerin für den Betrieb der Wechselplattform belaufen sich über fünf Jahre auf operative Kosten iHv ***** TEUR (siehe dazu bereits Abschnitt 3.1). Das Umsetzungskonzept der Erstantragstellerin wurde von der Bewertungskommission mit **81 Wertungspunkten** hinsichtlich Effizienz und Zuverlässigkeit bewertet.

Die geplanten Kosten der Zweitantragstellerin für den Betrieb der Wechselplattform belaufen sich über fünf Jahre allein auf operative Kosten iHv ***** TEUR (siehe dazu bereits Abschnitt 3.1). Das Umsetzungskonzept der Zweitantragstellerin wurde von der Bewertungskommission mit **86 Wertungspunkten** hinsichtlich Effizienz und Zuverlässigkeit bewertet und durch die Behörde darüber hinaus mit **5 Zusatzpunkten** gewürdigt. Somit ergibt sich eine **Gesamtpunkteanzahl von 91 für die Zweitantragstellerin**.

In Kapitel 5 der AU ist festgehalten, dass diejenige Antragstellerin mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis im Bereich der kostengünstigen und effizienten Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform mit der vollen Punktezahl im Sinne der Auswahlkriterien gemäß Kapitel der AU zu bewerten ist. Die Ermittlung des Kosten-Nutzen Verhältnisses erfolgt durch Division der Kosten durch die Gesamtpunkteanzahl der jeweiligen Antragstellerin (Kosten : Nutzen).

Für den gegenständlichen Bereich der kostengünstigen und effizienten Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform weist die Zweitantragstellerin mit ***** **Euro je Wertungspunkt das beste Kosten-Nutzen-Verhältnis** auf. Der Zweitantragstellerin als bestbewerteter Antragstellerin in diesem Bereich wird daher die **Höchstpunkteanzahl von 5** Punkten zugeordnet.

Die Erstantragstellerin erreicht ein **Kosten-Nutzen-Verhältnis von ***** Euro je Wertungspunkt**. Zur diesbezüglichen Bewertung wurde in der AU festgelegt, dass die nachgereichten Antragstellerinnen Punkte relativ zum Erfüllungsgrad der in diesem Auswahlkriterium bestbewerteten Antragstellerin erhalten. Dies erfolgt nach Rz 185 der AU sinngemäß anhand der in Rz 183 der AU angeführten Formel. Durch Anwendung linearer Interpolation wird der Erstantragstellerin im Bereich der kostengünstigen und effizienten Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform eine **gesamthafte Punkteanzahl von 3** Punkten zugeordnet.

Die Zweitantragstellerin brachte im Zuge der mündlichen Verhandlung am 2. Oktober 2020 und ihrer Äußerung vom 25. März 2021 vor, dass ihrer Ansicht nach die Gewichtung des Auswahlkriteriums 3 (Kostengünstige und effiziente Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform) in der AU mit nur 5 % zu gering sei und zu einer Verzerrung bei der Bewertung der Angebote führe.

Aus Sicht der Behörde wurde dieser Einwand von der Zweitantragstellerin erst sehr spät im Verfahren geäußert: Wie oben im Abschnitt 1.1 dargestellt, wurden die Antragstellerinnen von der Behörde eingeladen zur AU in der Version 1.0 Anmerkungen bis 20. Februar 2020 zu übermitteln. Die Gewichtung des Auswahlkriteriums 3 war bereits in der Version 1.0 der AU

mit 5% vorgesehen. Zu diesem Zeitpunkt hätte die Behörde auf die Bedenken noch eingehen und die Gewichtung ggf. bei der Überarbeitung der AU anpassen können. Von einer Änderung der Gewichtung der Auswahlkriterien zu einem Zeitpunkt, zu dem die Antragstellerinnen bereits ihre Angebote abgegeben hatten, ist hingegen grundsätzlich abzusehen, da dies zu einer ungerechtfertigten Wettbewerbsverzerrung führen kann. Die gesonderte Beurteilung der Aufgaben der Wechselplattform ist aus Sicht der Behörde jedoch auch aufgrund der besonders gelagerten Situation erforderlich. Der Umfang dieser Aufgaben ist relativ zu jenem der Bilanzierungsaufgaben deutlich geringer und kann klar getrennt betrachtet werden. Dies geht auch aus der Beschreibung der inhaltlichen Tätigkeitsanforderungen in Kapitel 3 der AU hervor. Aus Sicht der Behörde steht auch die Gewichtung der Auswahlkriterien 1 (Kostengünstige Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben) mit 45% und 3 (Kostengünstige und effiziente Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform) mit 5% in einem angemessenen Verhältnis und entspricht in etwa dem Verhältnis der jeweiligen Kosten für diese Tätigkeiten. Es ergeben sich auch keine Hinweise auf eine wesentliche Verschiebung der Kosten zwischen den beiden Tätigkeiten in den angegebenen Kosten der Bieter, die die von der Zweit-antragstellerin befürchtete Verzerrung bewirken würden.

Folglich hält die Behörde im Sinne der Transparenz des Verfahrens an einer Beibehaltung des veröffentlichten Bewertungsschemas fest.

3.4. Fachliche Eignung, Zuverlässigkeit und Erfahrung der Vorstandsmitglieder

3.4.1. Sachverhalt

Als Vorstandsmitglieder der von der Erstantragstellerin zur Gründung vorgesehenen **Keep in Balance AG** wurden J**** E**** und M**** S**** vorgesehen.

J**** E****, geboren am ****in ****, ist studierter Diplom-Ingenieur und seit 2014 Geschäftsführer der nunmehrigen THE. Davor war Herr E**** seit 2006 Abteilungsleiter für Vertrieb/Netze mit Prokura bei der N**** Netzgesellschaft **** mbH & Co. KG (****). Dort lagen seine Schwerpunkte auf der Energiewirtschaftlichen Planung, dem Key-Account-Management im Bereich Netz, der Bilanzierung bzw. Abrechnung und dem Dispatching. Er entwickelte und betrieb dabei unter anderem den Aufbau der Prozesse und Strukturen für Lieferanten und Messstellenbetreiberwechsel sowie die Netzbilanzierung und -abrechnung beim Netzbetreiber.

M**** S****, geboren am **** in ****, ist ebenfalls studierter Diplom-Ingenieur und war von April 2010 bis Mai 2021 „Leiter Market“ bei der NCG. Er war dort insb. für die Berechnung von Umlagen (Bilanzierungsumlage und Konvertierungsumlage), den Aufbau und die Weiterentwicklung von gaswirtschaftlichen Modellen (zB Liquiditätsplanung, Entgeltberechnung), Bilanzierungsmodellen und Datenanalyse (zB zur Identifizierung von Missbrauch der Marktteilnehmer) verantwortlich. Ihm oblag dabei die Personal- und

Budgetverantwortung im Bereich Market. Mit der Fusion der NCG zur THE übernahm er die Leitung der Abteilung Marktentwicklung & -analyse.

Vor seiner Tätigkeit bei der NCG und THE war Herr S***** seit 2004 als Experte für den Bereich Gas in bei P***** AG in Düsseldorf tätig, zuletzt drei Jahre als Manager und Prokurist. Zu seinen Tätigkeiten gehörte dabei zB die Erstellung eines Berechnungsmodells zur Abschätzung der notwendigen finanziellen Mittel eines Marktgebietsverantwortlichen.

Der Vorstand der **AGCS** besteht aus drei Mitgliedern: F***** K*****, W***** A***** und J***** H*****. Alle drei Personen sind neben ihrer Tätigkeit als Vorstände der AGCS u.a. auch Vorstände der APCS, Geschäftsführer der CISMO und Mitglieder des Aufsichtsrats der EXAA Abwicklungsstelle für Energieprodukte AG.

F***** K*****, geboren am *****, ist studierter Diplom-Ingenieur und hat einen Abschluss als Master of Business Administration (MBA). Herr K***** ist seit Jänner 2003 Mitglied des Vorstands der AGCS und war zuvor bei der O***** AG in den Bereichen Software-Entwicklung, Corporate Finance, Gas Business und Oil Trading und im Generalsekretariat tätig. Seit 2011 ist Herr K***** außerdem Mitglied des Vorstands der A&B.

W***** A*****, geboren am ***** in *****, ist seit 2002 Mitglied des Vorstands der AGCS. Von Juli 1999 bis Dezember 2017 war Herr A***** außerdem bei der Österreichische Kontrollbank AG leitend tätig, u.a. *****. Herr A***** ist außerdem Aufsichtsrats-Vorsitzender der A&B.

J***** H*****, geboren am *****, ist studierter Mag. iur. und Mag. rer. sec. oec. und seit 2014 Mitglied des Vorstands der AGCS. Daneben ist Herr H***** Mitglied des Aufsichtsrats der A&B und der Oe***** AG („OeMAG“). Von 2006 bis 2014 war Herr H***** der Rechtsberater der CISMO und ist seit 1998 Mitglied bzw. seit 2010 Vorsitzender des Aufsichtsrats der R***** eGen.

Bei keiner der genannten Personen liegt eine Verurteilung noch ein sonstiger Ausschlussgrund iSd § 13 Abs. 1 bis 6 GewO 1994 vor.

3.4.2. Beweiswürdigung

Die Sachverhaltsfeststellung bezüglich der fachlichen Eignung, Zuverlässigkeit und Erfahrung der Vorstandsmitglieder gründet sich auf das öffentliche Firmenbuch sowie die Angaben der Antragstellerinnen bzw. der schriftlichen Angaben der genannten Personen (Lebensläufe, Strafregisterauszüge, Zeugnisse, Erklärungen) sowie deren Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Für die Behörde besteht kein Indiz, an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben zu zweifeln.

3.4.3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 86 Z 10 GWG 2011 haben die Vorstandsmitglieder des ernannten Unternehmens auf Grund ihrer Vorbildung fachlich geeignet zu sein und die für den Betrieb des Unternehmens

erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen zu haben. Die fachliche Eignung eines Vorstandsmitglieds setzt voraus, dass dieser in ausreichendem Maße theoretische und praktische Kenntnisse in der Abrechnung von Ausgleichsenergie sowie Leitungserfahrung hat; die fachliche Eignung für die Leitung einer Verrechnungsstelle ist anzunehmen, wenn eine zumindest dreijährige leitende Tätigkeit auf dem Gebiet der Tarifierung oder des Rechnungswesens nachgewiesen wird.

Gemäß § 86 Z 7 GWG 2011 darf außerdem bei keinem der Vorstandsmitglieder ein Ausschlussgrund im Sinne des § 13 Abs. 1 bis 6 GewO 1994 vorliegen.

Falls mehrere Bewerber die Mindestanforderungen erfüllen, hat die Behörde ihr Ermessen in der AU bereits dahingehend konkretisiert, dass über das gesetzlich determinierte Mindestmaß **hinausgehende Erfahrung** der Vorstandsmitglieder bis zu einem Höchstmaß von zehn Jahren bei der **Auswahl** der Bewerber berücksichtigt wird.

Dies führt im gegebenen Fall zum Gleichstand der Antragstellerinnen in diesem Kriterium.

Die Mitglieder des Vorstands der Keep in Balance AG konnten mit ihrer Geschäftsführer- und Abteilungsleiter- Tätigkeit bei der THE bzw. Gaspool und NCG, den Marktgebietsverantwortlichen am deutschen Gasmarkt, theoretische und praktische Kenntnisse in der Abrechnung von Ausgleichsenergie und Leitungserfahrung erwerben bzw. vertiefen. Dies trifft aufgrund der einschlägigen Tätigkeit auch auf Herrn E*****s Abteilungsleiter- und Prokuristentätigkeit bei der N***** zu. Beide Personen weisen damit einschlägige Tätigkeitserfahrungen von über zehn Jahren auf. Es liegen darüber hinaus keine Ausschlussgründe gemäß § 86 Z 7 GWG 2011 vor.

Zwei von drei Mitgliedern des Vorstands der AGCS sind bereits seit über zehn Jahren leitend bei dieser tätig und dabei die notwendigen theoretischen und praktischen Kenntnisse in der Abrechnung von Ausgleichsenergie und Leitungserfahrung erwerben bzw. vertiefen. Nur Herr H***** ist erst seit dem Jahr 2014 – und damit noch keine zehn Jahre – in dieser Funktion angestellt und hat für den Zeitraum keine Erfahrung in einschlägiger Tätigkeit vorgebracht.

Da die Herren A***** und K***** jedoch die notwendige Erfahrung aufweisen, ist darin aus Sicht der Behörde kein Nachteil für die Auswahlbewertung bei der fachlichen Eignung zu erblicken. Wie bei der Erstantragstellerin gibt es zwei Mitglieder des Vorstandes, welche selbst die volle Erfahrung mitbringen und in ihrer Tätigkeit einbringen können. Dass Herr H***** – der selbst die gesetzlich geforderte Mindestanforderung mitbringt, keine zehn Jahre Erfahrung hat, beeinflusst die Bewertung der AGCS daher nicht nachteilig.

Auch bei der AGCS ist damit die in der AU als Höchstwert vorgesehene Tätigkeitserfahrung von zehn Jahren gegeben. Weiters liegen bei den Mitgliedern des Vorstandes keine Ausschlussgründe gemäß § 86 Z 7 GWG 2011 vor.

Damit erfüllen beide Antragstellerinnen sowohl die gesetzlichen Mindestanforderungen als auch die für die Auswahl vorgesehene Erfahrung zur Gänze und werden beide mit der **Höchstpunktzahl von 10 Punkten** bewertet (vgl. AU Kapitel 5).

3.5. Neutralität und Unabhängigkeit der Bilanzierungsstelle

3.5.1. Sachverhalt

3.5.1.1. Keep in Balance AG

Die **Keep in Balance AG** soll mit bescheidmäßiger Ernennung als Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht im Firmenbuch eingetragen werden. Gründerin und alleinige Aktionärin der Gesellschaft ist die Gaspool bzw. nunmehrige THE (welche am 1. Juni 2021 mit der NCG als übertragende Gesellschaft verschmolzen ist). Der Sitz der in Gründung befindlichen Gesellschaft ist Wien; die notwendigen Räumlichkeiten sind noch zu beschaffen.

Die Satzung der Keep in Balance AG schränkt den Unternehmensgegenstand auf „*Tätigkeiten einer Verrechnungsstelle für die Marktbilanzierung, eines Marktgebietsmanagers bzw. eines Bilanzgruppenkoordinators (insgesamt als sogenannte Bilanzierungsstelle) oder vergleichbarer Funktionen, die der Gesellschaft gemäß Gaswirtschaftsgesetz (GWG) bescheidmäßig übertragen wurden*“ sowie jene Tätigkeiten, die mit diesen bescheidmäßig übertragenen Tätigkeiten in Zusammenhang stehen oder die sich anlässlich dieser Tätigkeiten ergeben, ein. Dazu wird die Gesellschaft zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig und nützlich erscheinen (§ 2 der Satzung).

Die THE bekennt sich zu den Ansprüchen an die solide und umsichtige Führung der Keep in Balance AG. Die THE ist als Marktgebietsverantwortliche gemäß § 20 Abs. 1 dt. Gasnetzzugangsverordnung (dGasNZV) in Deutschland tätig. Den bzw. dem durch die Fernleitungsnetzbetreiber benannten Marktgebietsverantwortlichen sind die gesetzlich definierten Aufgaben übertragen: (Betrieb des virtuellen Handelspunkts eines Marktgebiets; Bilanzkreisabwicklung, insbesondere Vertragsabwicklung, Datenübermittlung und -veröffentlichung sowie Abrechnung der Bilanzkreise sowie die Beschaffung und die Steuerung des Einsatzes von Regelenergie). Die THE übernimmt keine weiteren Geschäftstätigkeiten am Erdgasmarkt.

Die Finanzierung der THE erfolgt über Dienstleistungsentgelte der Gesellschafter. Daneben ist die Gesellschaft durch Beschluss der dt. Bundesnetzagentur berechtigt, eine Gebühr zur Kostendeckung von den Nutzern zu erheben. Die Kosten und Erlöse, die im Rahmen der Bilanzierungstätigkeiten und der Regelenergiebeschäftigung anfallen, werden über einen Umlagemechanismus reguliert. Dabei gilt gemäß der Festlegung der Bundesnetzagentur in Sachen Bilanzierung Gas (Umsetzung des Netzkodizes Gasbilanzierung, „GaBi Gas 2.0“), der Grundsatz der Kosten- und Erlösneutralität. Sämtliche Erlöse beim Verkauf von Regelenergie und sämtliche Kosten beim Einkauf von Regelenergie laufen über ein Umlagekonto, über das die THE nicht verfügen soll und kann.

Die Anteile der Alleinaktionärin der Keep in Balance AG werden zu jeweils 9,09 % von deutschen Fernleitungsnetzbetreibern gehalten. Das sind: GASCADE Gastransport GmbH, Gastransport Nord GmbH, Gasunie Deutschland Transport Services GmbH, Nowega GmbH, ONTRAS Gastransport GmbH, bayernets GmbH, Fluxys TENP GmbH, GRTgaz Deutschland GmbH, Open Grid Europe GmbH, terranets bw GmbH und Thyssengas GmbH. Vor der Verschmelzung von Gaspool und NCG waren die Anteilseigner zu jeweils gleichen Teilen den Marktgebietsverantwortlichen, d.h. entweder an der Gaspool oder der NCG beteiligt (vgl. die folgenden Abbildungen).

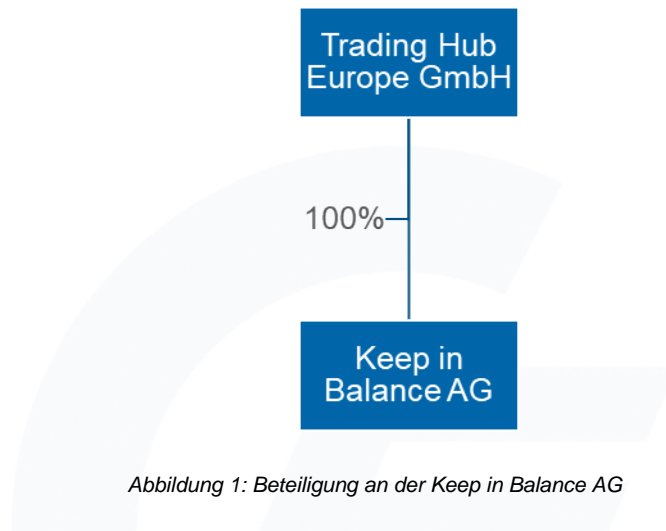


Abbildung 1: Beteiligung an der Keep in Balance AG

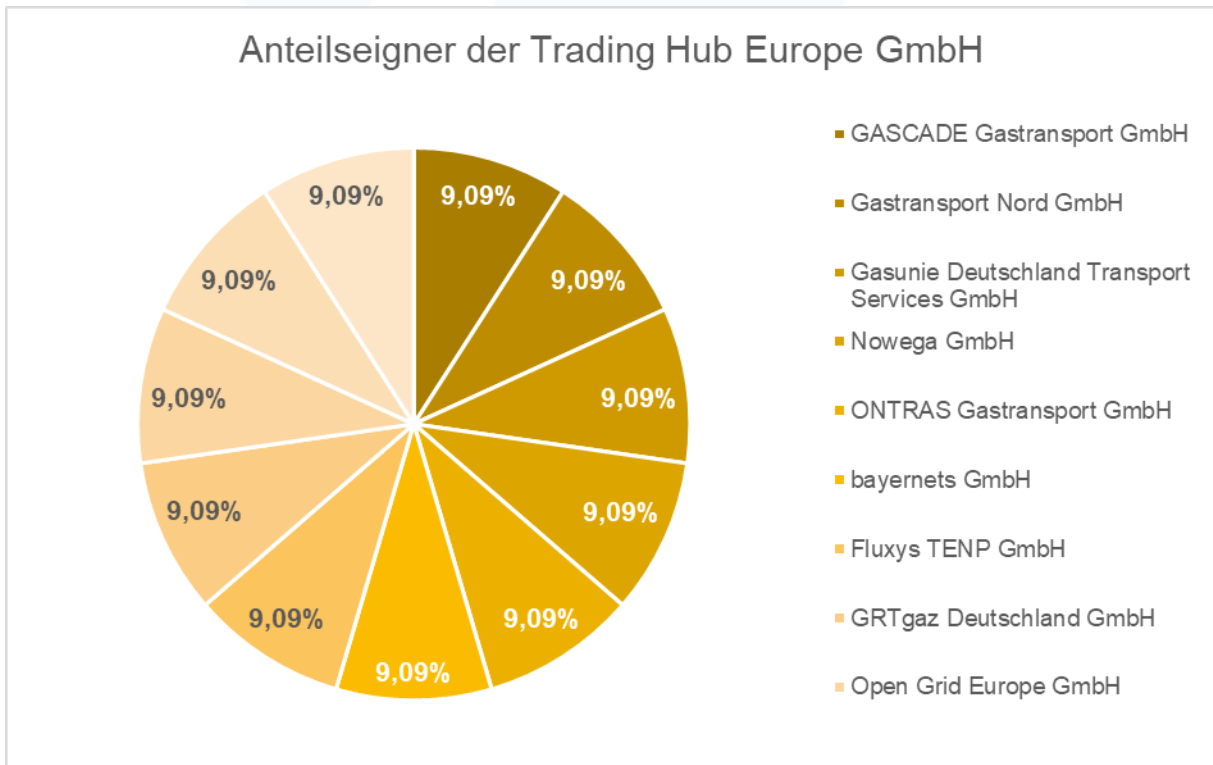


Abbildung 2: Beteiligung an der Trading Hub Europe GmbH

ONTRAS Gastransport GmbH und terranets bw GmbH stehen mehrheitlich im Eigentum des EnBW-Konzerns (an der ONTRAS-Gastransport GmbH über die VNG AG beteiligt). Im Übrigen besteht keine relevante Verbindung (im Sinne einer kontrollierenden Beteiligung oder Syndizierung) zwischen den Anteilseignern. Bei Fragen ganz grundsätzlicher oder außerordentlicher wirtschaftlicher Bedeutung wie der Gründung einer Tochtergesellschaft oder die Bestellung bzw. Abberufung von Geschäftsführern sieht die Satzung der THE vor, dass diese mit einer Mehrheit von 100 % der abgegebenen Stimmen von den Gesellschaftern zu beschließen ist. Die Feststellung des Jahresabschlusses und der Verwendung des Jahresergebnisses, die Entlastung der Geschäftsführer sowie die Bestellung und Abberufung von Prokuristen, Generalbevollmächtigten und Handlungsvollmachten, die den gesamten Geschäftsbetrieb umfassen, bedürfen zu ihrer Genehmigung der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei höchstens zwei Gesellschafter dagegen stimmen dürfen. Sonstige Gesellschafterbeschlüsse bedürfen grundsätzlich einer einfachen Mehrheit. Nur für diese Beschlüsse können die Gesellschafter auch abweichende Mehrheitserfordernisse und Beschlussregeln vorsehen, wofür jedoch ein Ermächtigungsbeschluss mit einer Mehrheit von 100 % der abgegebenen Stimmen erforderlich ist. Die Fernleitungsnetzbetreiber sind ausschließlich in den deutschen Marktgebieten aktiv und es können nur Gesellschafter zur THE aufgenommen werden, welche u.a. zertifizierte Fernleitungsnetzbetreiber im, von der THE gemäß dGasNZV betreuten Marktgebiet sind.

Die designierten Vorstandsmitglieder der Keep in Balance AG üben neben ihrer aktuellen Tätigkeit bei der THE keine weiteren bezahlten Funktionen aus und geben diese Funktionen mit Beginn ihrer geplanten Tätigkeit für die Keep in Balance AG auf. Sie halten keine qualifizierten Beteiligungen an Erdgasunternehmen. Im bereitgestellten Entwurf der Vorstandsverträge sind weiters ein Wettbewerbsverbot und darüber hinausgehendes Verbot für die Ausübung von entgeltlichen Tätigkeiten ohne Zustimmung des Aufsichtsrats, sowie eine „cooling-off“-Frist von einem Jahr nach Beendigung der Tätigkeit für die Keep in Balance AG vorgesehen.

Der Aufsichtsrat der Keep in Balance AG besteht aus drei Mitgliedern: S***** K***** (Geschäftsführer der THE), T***** B***** (ehem. Geschäftsführer der NCG und Geschäftsführer der THE) und T***** F***** (ehem. Geschäftsführer der NCG und Geschäftsführer der THE). Alle Aufsichtsratsmitglieder müssen ausreichend fachlich und persönlich qualifiziert sein und die gesetzlichen Anforderungen einschließlich der Voraussetzungen an die funktionelle Unabhängigkeit im Sinne des GWG oder sonstigen Gesetzen erfüllen.

Neben den Mitgliedern des Vorstandes soll die Vorstandsassistenz und der bzw. die Rechts-/Regulierungs- und Gleichstellungsbeauftragte/r jedenfalls direkt bei der Keep in Balance AG angestellt werden. ***** Die übrigen vorgesehenen Organisationsbereiche ***** Dabei besteht auch die Möglichkeit, den bzw. die Rechts-/Regulierungs- und Gleichstellungsbeauftragte/r als Gleichbehandlungsbeauftragte/n mit entsprechenden Rechten und Pflichten

zu ernennen und ein Gleichbehandlungsprogramm zu erstellen, wenn aus Sicht der Regulierungsbehörde dazu eine Notwendigkeit besteht.

Die Satzung der Keep in Balance AG sieht vor, dass die Vorstandsmitglieder und Mitglieder des Aufsichtsrats die Voraussetzungen im Hinblick auf Neutralität und Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht erfüllen müssen. Die Vorstandsmitglieder können nach der Satzung nur aus wichtigem Grund, namentlich einer groben Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, Entziehung des Vertrauens der Hauptversammlung – es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen wurde – oder der Verletzung der Unabhängigkeits- und/oder Neutralitätsbestimmungen, abberufen werden.

3.5.1.2. AGCS

Die AGCS ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien. Die Aktien der Gesellschaft werden von den folgenden Gesellschaften gehalten:

1. GAS CONNECT AUSTRIA GmbH („GCA“, Anteil: 23,13 %);
2. „smart technologies“ Anteil: 20 %;
3. MS Dr. Markus Singer Beteiligungsgesellschaft mbH (Anteil: 20 %);
4. OeKB (Anteil: 20 %);
5. Energie AG Oberösterreich („Energie AG“, Anteil: 5,63 %);
6. WIENER NETZE GmbH (Anteil: 5,49 %);
7. Energienetze Steiermark GmbH (Anteil: 2,81 %);
8. LINZ STROM GAS WÄRME GmbH für Energiedienstleistungen und Telekommunikation (Anteil: 1 %);
9. Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation („Salzburg AG“, Anteil: 0,69 %);
10. KELAG-Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft („KELAG“, Anteil: 0,45 %);
11. Energie Burgenland AG (Anteil: 0,44 %);
12. eww ag (Anteil: 0,17 %);
13. Energie Graz GmbH & Co KG (Anteil: 0,16 %);
14. Energie Klagenfurt GmbH (Anteil: 0,03 %).

Grafisch sind die Beteiligungsverhältnisse wie folgt dargestellt:

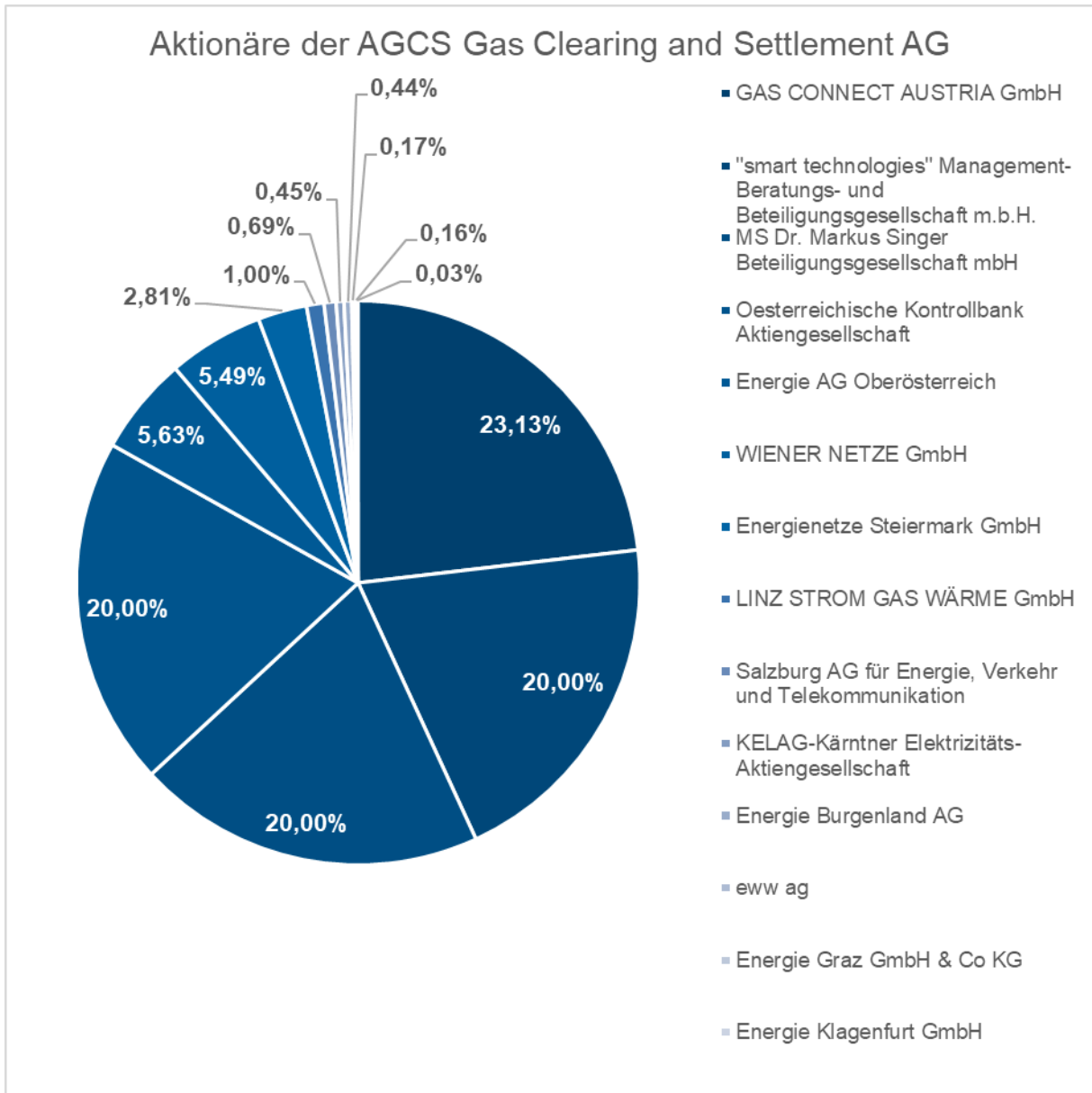


Abbildung 3: Beteiligung an der AGCS Gas Clearing and Settlement AG

Insgesamt 60 % des Grundkapitals (nämlich die Anteile der „smart technologies“, MS Dr. Markus Singer Beteiligungsgesellschaft mbH und der OeKB) wird von Unternehmen gehalten, welche selbst keine Erdgasunternehmen und auch nicht mehrheitliche Anteilseigner eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens sind. Die übrigen 40 % werden von Erdgasunternehmen gehalten. Den davon größten Anteil hält die GCA mit 23,13 % welche als unabhängige Fernleitungsnetz- und Verteilernetzbetreiberin auf der Netzebene 1 im Marktgebiet Ost tätig ist. Weitere 8,57 % werden von vertikal integrierten Erdgasunternehmen gehalten (Z 5 und 8 bis 14), davon 7,21 % von Landesgesellschaften iSd § 3 des 2. Verstaatlichungsgesetzes, BGBl. Nr. 81/1947, gehalten. Die übrigen 8,3 % der Anteile, nämlich jene der WIENER NETZE GmbH und der Energienetze Steiermark GmbH werden

von iSd § 106 GWG 2011 entflochtenen Gasverteiler- und Kombinationsnetzbetreibern im Eigentum der Energie-Landesgesellschaften gehalten.

Die an der AGCS qualifiziert beteiligten Unternehmen haben erklärt, ihre Beteiligung solide und umsichtig und in Kenntnis der gesetzlichen Anforderungen an die Neutralität und Unabhängigkeit unverändert unter Einhaltung der Konzessionsauflagen zu führen.

Für die Beteiligungen sind keine besonderen Rechte in den Gesellschaftsverträgen vorgesehen. Voraussetzung für den Anteilserwerb ist allerdings der Beitritt zum Syndikatsvertrag der AGCS. *****

Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen nach der Satzung der AGCS – soweit im Gesetz oder in der Satzung nicht zwingend anders bestimmt – einer Anwesenheit von 81 % des Grundkapitals und einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen. Im Falle einer Beschlussunfähigkeit wird eine zweite Versammlung einberufen, welche sich auf die Gegenstände der früheren Versammlung beschränkt und zu diesen ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Grundkapitals beschlussfähig ist. (Pkt. 14.3 der Satzung).

Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats ist von einer Mehrheit von mindestens 81 % seiner Mitglieder zu beschließen (Pkt. 11.5 der Satzung). Zu den Geschäften der Gesellschaft, die einer Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen, gehören auch die *„Bewerbung um eine Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer zentralen Verrechnungsstelle für Ausgleichsenergie für den Gasmarkt“* sowie *„Abschluss, Änderung und Beendigung von Systembereithaltungs-, Wartungs- und Dienstleistungsverträgen zur Errichtung und zum Betrieb einer zentralen Verrechnungsstelle für den liberalisierten Gasmarkt“* (Pkte 9.13 und 9.14 der Satzung).

Die Satzung der AGCS schränkt den Unternehmensgegenstand auf *„die Errichtung und [den] Betrieb einer zentralen Verrechnungsstelle für Teilnehmer am österreichischen Gasmarkt zur Ermittlung und Abrechnung der Ausgleichsenergie auf dem Gasmarkt und die Erbringung aller damit im Zusammenhang stehenden Arten von Dienstleistungen“* ein. Dazu wird die Gesellschaft zur Vornahme aller Handlungen und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks mittelbar und unmittelbar erforderlich sind bzw. direkt oder indirekt dienlich sein können.

Die Neutralität und Unabhängigkeit ist auch Bestandteil der gültigen Allgemeinen Bedingungen der AGCS als Bilanzgruppenkoordinator („AB-BKO“), welche in Kap. 1.3 der AB-BKO auch die Datenvertraulichkeit regelt. Punkt 15 der Satzung sieht eine Einschränkung der Berichtspflicht des Vorstandes vor, wonach dieser gegenüber Hauptversammlung und Aufsichtsrat die gesetzlichen Verpflichtungen, welche die Neutralität, Unabhängigkeit und Datenvertraulichkeit gegenüber Marktteilnehmern gewährleisten, einzuhalten hat.

Der Aufsichtsrat der AGCS besteht aus elf Mitgliedern, von welchen fünf aus dem Bereich der Erdgaswirtschaft stammen: S***** W***** (ARVors) ist Geschäftsführer der GCA und

Aufsichtsrat bei der Trans Austria Gasleitung GmbH; M***** S***** ist Geschäftsführerin der Energie AG Oberösterreich Trading GmbH, dem Energiehandelsunternehmen der Energie-AG-Gruppe; H***** N***** ist Geschäftsführer der Wiener Netze; T***** H***** ist Head of System Management sowie Prokurist bei der GCA. Das letzte Mandat (mit Stichtag 25. Mai 2021 besetzt von M***** P***** , Geschäftsführer der Energienetze Steiermark GmbH) wird auf Basis ***** besetzt.

Das Personal der AGCS wird – mit Ausnahme zweier direkt bei der AGCS angestellter Personen – von der CISMO bezogen. Eine gemeinsame Nutzung von IT-Systemen oder -Ausrüstung, Büroräumlichkeiten und Zugangskontrollsystemen von qualifiziert beteiligten Erdgasunternehmen liegt nicht vor. Ebenso wenig arbeitet die AGCS diesbezüglich mit denselben Beratern wie qualifiziert beteiligten Erdgasunternehmen zusammen. Ein Gleichbehandlungsprogramm und die Funktion des bzw. der Gleichbehandlungsbeauftragten besteht für die AGCS aktuell nicht, könnte allerdings in Abstimmung mit der Behörde in Kraft gesetzt werden.

Die Satzung, oder Vorstandsverträge der AGCS sehen keine spezielle Einschränkung der Abberufungsgründe der Vorstandsmitglieder vor. *****

Ohne ausdrückliche Bewilligung des Präsidiums des Aufsichtsrates ist es den Vorständen nach den Vorstandsverträgen nicht gestattet, eine Erwerbstätigkeit zu entfalten, die geeignet ist einen Interessenskonflikt zu bewirken oder sonst neben ihrer Tätigkeit für die AGCS ein Mandat in einem Aufsichtsrat, Vorstand, Geschäftsführung oder in ein sonstiges Organ einer Handelsgesellschaft oder einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft einzutreten. Für die Mitglieder des Vorstandes gilt im Fall des Ausscheidens auch keine „cooling-off“-Frist. Im Falle des Ausscheidens als Vorstandsmitglied haben die Mitglieder des Vorstandes in Abstimmung mit dem Aufsichtsrat alle Mandate in Aufsichtsräten, Vorständen und Organen in anderen Gesellschaften zurückzulegen, in welche sie aufgrund der Funktion als AGCS-Vorstand berufen wurden.

Neben den bereits oben unter 3.4.1 genannten Funktionen bei APCS, CISMO und A&B üben die Mitglieder des Vorstandes der AGCS noch weitere Funktionen aus: Herr A***** ist seit Jänner 2018 außerdem Geschäftsführer der C***** GmbH, deren Anteilshaber zu jeweils 50 % die OeKB und die W***** AG ist. Herr H***** ist Angestellter der „smart technologies“ und für seine Tätigkeit als Vorstand im Sinne der gesetzlichen Anforderungen der Dienstgeberin gegenüber weisungsfrei gestellt. Beide Mitglieder des Vorstandes erhalten aufgrund der hier genannten Funktionen für die Tätigkeit als AGCS-Vorstand kein gesondertes Entgelt. Alle Vorstandsmitglieder halten selbst weder direkt noch indirekt Beteiligungen an Erdgasunternehmen.

Als Mitglieder des Aufsichtsrats der AGCS werden nur Personen vorgeschlagen, die sich zur Einhaltung des Syndikatsvertrages im gesetzlichen und satzungsmäßigen Rahmen verpflichtet haben und die Anteilseigner üben ihren Einfluss auf die Aufsichtsratsmitglieder aus,

damit diese sich im Rahmen des Syndikatsvertrages verhalten und die Beschlüsse des Syndikats umsetzen (Pkt. 9 der Satzung).

3.5.2. Beweiswürdigung

Die Sachverhaltsfeststellung bezüglich der Neutralität und Unabhängigkeit gründet sich auf das öffentlichen Firmenbuch sowie die Angaben der Antragstellerinnen bzw. den vorgelegten Unterlagen (Satzungen, Syndikatsvertrag, Erklärungen, Verträge, Vertragsentwürfe, Lebensläufe) sowie deren Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Festgehalten wird, dass die Inhalte des Vorstandsvertrages der AGCS mit Herrn K**** gegenüber der Behörde nicht zur Gänze offengelegt wurden, weshalb für die Behörde dahingehend auch keine Möglichkeit bestand, von einer, vom oben festgestellten Sachverhalt abweichenden Tatsache Kenntnis zu nehmen. Im Übrigen besteht für die Behörde bis auf im obigen Sachverhalt korrigierte, offensichtliche Versehen in den Unterlagen kein Indiz an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben der Antragstellerinnen zu zweifeln.

3.5.3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 86 Z 1 GWG 2011 haben BKO ihre Aufgaben unter anderem neutral gegenüber Marktteilnehmern zu erfüllen. Nach § 86 Z 2 GWG 2011 muss der Bilanzgruppenkoordinator bzw. Betreiber der Bilanzierungsstelle hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt **unabhängig von vertikal integrierten Erdgasunternehmen** – und zwar nicht nur von den Tätigkeitsbereichen Lieferung, Verkauf, Versorgung mit und Gewinnung von Erdgas – sein. Gemäß § 86 Z 1 GWG 2011 muss ein Bewerber für die Bilanzierungsstelle seine Aufgaben als BKO **neutral gegenüber den Marktteilnehmern** erfüllen. Als Marktteilnehmer sind dabei gemäß § 7 Abs. 1 Z 38 GWG 2011 sämtliche Formen der Dienstleistungserbringung für und der Nutzung sowie des Transportes von Gas in Netzen umfasst. Diese Neutralität geht über das gesetzliche Mindestmaß des Diskriminierungsverbotes (vgl. § 9 GWG 2011), welches auch gemäß § 159 Abs. 2 Z 1 und § 164 Abs. 1 Z 1 GWG 2011 im Übertretungsfall sanktioniert ist, hinaus. Daneben bestehen wechselseitige Informationspflichten zwischen der Bilanzierungsstelle und den Netzbetreibern, sowie die Verpflichtung zur Aufbringung physikalischer Ausgleichsenergie (§ 87 Abs. 3 GWG 2011) und Abrechnung gegenüber den Netzbetreibern. Daher hat sich die Neutralität und Unabhängigkeit **auch auf österreichische Netzbetreiber** zu beziehen.

Grundsätzlich wird von der Behörde zwischen Neutralität und Unabhängigkeit in organisatorischer Hinsicht und in funktioneller Hinsicht unterschieden.

3.5.3.1. Neutralität und Unabhängigkeit in organisatorischer Hinsicht

3.5.3.1.1. Mindestanforderungen

Obwohl § 86 Z 2 GWG 2011 keine inhaltliche Entsprechung in § 86 GWG 2011 idF BGBl. I Nr. 107/2011 hatte und daher die Unabhängigkeit der Organisation oder Entscheidungsgewalt von vertikal integrierten Erdgasunternehmen keine Konzessionsvoraussetzung war, legen

weder der Normtext noch die Gesetzesmaterialien (ErlRV 1519 BlgNR XXV. GP, 15) dar, welche konkreten Anforderungen damit für die Bilanzierungsstelle einhergehen. In systematischer Auslegung zog die Behörde mit der AU daher die Anforderungen nach § 106 GWG 2011 heran, dessen Abs. 1 der Wortlaut von § 86 Z 2 GWG 2011 offensichtlich nachgebildet ist. Dies hatte jedoch mit der Spezialität zu erfolgen, dass in § 86 Z 1 GWG 2011 auch die Neutralität gegenüber Marktteilnehmern gefordert wird.

Darüber hinaus kann die Bilanzierungsstelle aber auch eigentumsrechtlich entflochten sein. Die Voraussetzung für die eigentumsrechtliche Entflechtung sind im GWG 2011 nur für Fernleitungsnetzbetreiber in § 108 dargelegt, bei welchen diese Form der Entflechtung im Vergleich mit den übrigen Möglichkeiten in den § 109 ff GWG 2011, das höchste Maß an Unabhängigkeit bietet. In Kapitel 4.5.1 der AU hat die Behörde daher dazu dargelegt, dass eine Bilanzierungsstelle für die Zwecke des Ernennungsverfahrens als eigentumsrechtlich entflochten gilt, wenn § 108 Abs. 2, 3 und 5 bis 7 GWG 2011 mit der Maßgabe erfüllt ist, dass der Fernleitungsnetzbetreiber durch die Bilanzierungsstelle ersetzt wird. Eine Person darf damit nicht berechtigt sein

1. direkt oder indirekt die Kontrolle über ein Elektrizitätsunternehmen oder ein Unternehmen auszuüben, das eine der Funktionen der Gewinnung oder der Versorgung wahrnimmt, und direkt oder indirekt die Kontrolle über die Bilanzierungsstelle auszuüben oder Rechte an der Bilanzierungsstelle auszuüben;
2. direkt oder indirekt die Kontrolle über die Bilanzierungsstelle auszuüben und direkt oder indirekt die Kontrolle über Elektrizitätsunternehmen oder ein Unternehmen auszuüben, das eine der Funktionen Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, oder Rechte an einem Elektrizitätsunternehmen oder einem Unternehmen, das eine dieser Funktionen wahrnimmt, auszuüben;
3. Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe der Bilanzierungsstelle zu bestellen und direkt oder indirekt die Kontrolle über ein Unternehmen auszuüben, das eine der Funktionen Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, oder Rechte an einem Unternehmen, das eine dieser Funktionen wahrnimmt, auszuüben; oder
4. Mitglied des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe sowohl eines Unternehmens, das eine der Funktionen Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, als auch der Bilanzierungsstelle zu sein.

Nach § 108 Abs. 3 GWG 2011 schließen diese genannten Rechte insbesondere die Befugnis zur Ausübung von Stimmrechten; die Befugnis, Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe zu bestellen bzw. das Halten einer Mehrheitsbeteiligung ein. Kontrolle ist demnach dann gegeben, wenn eine Person bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann. Dazu kann eine direkte oder

indirekte Mehrheitsbeteiligung vorliegen oder eine Minderheitsbeteiligung, welche mit besonderen Rechten in der Bestellung des Aufsichtsrats ausgestattet ist.

Personal und wirtschaftlich sensible Informationen, über die der BKO verfügt, der Teil eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens war, dürfen weiters nicht an Unternehmen weitergegeben werden, die eine der Funktionen Gewinnung oder Versorgung wahrnehmen.

Erfüllt der BKO diese Voraussetzungen, so ist ein Heranziehen der Anforderungen für Verteilernetzbetreiber in § 106 Abs. 2 GWG 2011, wie zB die Pflicht zur Erstellung eines Gleichbehandlungsprogramms oder die Ernennung eines bzw. einer Gleichbehandlungsbeauftragten nicht länger erforderlich. Gleiches gilt für eigentumsrechtlich entflochtene Fernleitungsnetzbetreiber, wonach die eigentumsrechtliche Entflechtung nach § 108 GWG 2011 bereits eine ausreichende Absicherung der Unabhängigkeit des Netzbetreibers nach sich zieht.

Beide Anträge erfüllen die Vorgaben der eigentumsrechtlichen Entflechtung.

Die Anteile der **Keep in Balance AG** sollen zu 100 % von der THE gehalten werden, welche als Marktgebietsmanagerin weder die Funktion der Gewinnung noch der Versorgung mit Erdgas wahrnimmt. Die Anteilsinhaber der THE können mit der Beteiligung von jeweils 9,09 % (bzw. 18,18 5 bei Zusammenrechnung der Anteile von ONTRAS Gastransport GmbH und terranets bw GmbH) entsprechend der Vorgaben des Gesellschaftsvertrags keine Kontrolle über das Unternehmen ausüben und üben als unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber ebenso keine Kontrolle über ein Elektrizitätsunternehmen aus oder nehmen die Funktionen der Gewinnung oder Versorgung mit Erdgas war. Auch ist die THE selbst ist kein Erdgasunternehmen iSd § 7 Abs. 1 Z 16 GWG 2011. Zwar kauft bzw. verkauft die Gaspool bzw. THE als Marktgebietsverantwortliche Erdgas um den Regelenergiebedarf in ihrem Marktgebiet zu decken; allerdings erfolgt dies nicht mit der Absicht, dadurch Gewinne zu erzielen, sondern in Erlös- und Kostenneutralität entsprechend der deutschen Marktregeln.

Damit, und aufgrund der Bestimmungen zur Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats und Vorstandsmitglieder, hat auch keine Person die Möglichkeit, Mitglieder des Aufsichtsrats oder Vorstände der Keep in Balance AG zu bestellen und gleichzeitig die Kontrolle über ein Unternehmen auszuüben, das die Funktionen Gewinnung oder Versorgung mit Erdgas wahrnimmt. Ebenso wenig besteht für eine Person die Möglichkeit, gleichzeitig Mitglied des Aufsichtsrats oder Vorstandsmitglied der Keep in Balance AG und eines Unternehmens zu sein, dass die Funktionen Gewinnung und Versorgung wahrnimmt.

Die Anteile der **AGCS** stehen lediglich zu 40 % im Eigentum von Erdgasunternehmen. Dabei sticht insbesondere die GCA mit einem Anteil von 23,13 % hervor, allerdings vermag dies noch keine Kontrollmöglichkeit oder Ausübung von Rechten an der AGCS zu begründen. Durch die Syndizierung der Anteile und der Anforderungen der Satzung besteht für die GCA als größter einzelner Anteilseignerin nur im Falle eines unterbleibenden Mitwirkens der übrigen, alleine die Möglichkeit, einen Mehrheitsbeschluss zu fassen. Und obwohl ***** hat die GCA (bzw.

deren Mehrheitseigentümer) damit noch keine Möglichkeit (alleine) Mitglieder des Aufsichtsrates oder Vorstandsmitglieder zu bestellen. Gleiches gilt für die Bestimmungsmöglichkeiten der übrigen Erdgasunternehmen. Da die Erdgasunternehmen, deren Geschäftsführer bzw. Geschäftsführerinnen Mandate im Aufsichtsrat stellen, selbst weiters nicht die Funktionen Gewinnung oder Versorgung von Erdgas wahrnehmen, ist auch dieses Kriterium für die eigentumsrechtliche Entflechtung erfüllt. Bei den Anteilseignern der übrigen 60 % ist ebenso kein Umstand ersichtlich, der gegen eine eigentumsrechtliche Entflechtung sprechen würde.

Gemäß § 86 Z 4 GWG 2011 haben Personen, die eine qualifizierte Beteiligung am ernannten Unternehmen halten, den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Unternehmens zu stellenden Ansprüchen zu genügen. Die Behörde dazu in der AU entsprechende Erklärungen der Personen gefordert, welche abgegeben wurden. In Abwesenheit von sonstigen Gründen, die ein Interesse an einer soliden und umsichtigen Führung des ernannten Unternehmens in Zweifel ziehen würden, erfüllen die Anträge auch die Vorgabe des § 86 Z 4 GWG 2011.

3.5.3.1.2. Auswahlbewertung

Da mehrere Anträge die Mindestanforderungen erfüllen, stellt eine **weitergehende organisatorisch-eigentumsrechtliche Entflechtung**, wie in Kapitel 4.5.1 der AU festgelegt, ein **Auswahlkriterium** dar. Dabei hat die Behörde in der AU ihr diesbezügliches Ermessen konkretisiert und dazu vorgesehen, dass dies als Produkt des abstrakten Grades der organisatorischen und eigentumsrechtlichen Unabhängigkeit und des Marktbeherrschungsgrades der Einfluss habenden Eigentümer gewertet wird, sodass ein Bewerber bzw. Unternehmen, das den organisatorischen Mindestanforderungen gerade genügt und von einem wesentlichen Marktteilnehmer kontrolliert wird, mit null und der Bewerber bzw. Unternehmen mit dem höchsten Grad der organisatorisch-eigentumsrechtlichen Entflechtung (bis zur vollständigen Entflechtung von **allen** Marktteilnehmern), mit der maximalen Punktzahl in diesem Kriterium bewertet wird (Rz 164 AU).

Die Bewertung erfolgt demnach einerseits anhand des **abstrakten Grads der organisatorischen und eigentumsrechtlichen Unabhängigkeit (Faktor A)** und andererseits anhand des **abstrakten Grades der Marktbeherrschung** (also der potentiell möglichen Einflussnahme auf den Markt) **(Faktor B)** der Einfluss habenden Eigentümer. Dabei wird auf das **Ausmaß der Beteiligung am Unternehmen** abgestellt **(Faktor C)**. Die Zwischenbewertung erfolgt daher über das Produkt dieser drei Faktoren (A*B*C).

Um dieses Produkt zu bilden, wird dem Grad der organisatorischen und eigentumsrechtlichen Unabhängigkeit ein Zahlenwert von 1 (sehr niedriger Grad an Unabhängigkeit) bis 5 (sehr hoher Grad an Unabhängigkeit) zugewiesen, welcher mit dem Grad an Marktbeherrschung von 1 (sehr hoher Grad an Marktbeherrschung) bis 5 (sehr niedriger Grad an Marktbeherrschung) und der prozentuellen Beteiligung des jeweiligen Eigentümers multipliziert wird, soweit dieser Einflussmöglichkeiten hat.

3.5.3.1.2.1. Abstrakter Grad der organisatorischen Unabhängigkeit (Faktor A)

Unter dem abstrakten Grad der **organisatorisch-eigentumsrechtlichen Unabhängigkeit** wird der Grad der Einflussmöglichkeit der Anteilseigner bzw. Aktionäre in Bezug auf das Handeln der Bilanzierungsstelle verstanden.

Mit dem niedrigsten Wert von 1 ist die Bilanzierungsstelle zu bewerten, wenn diese die Mindestanforderungen an die organisatorische Unabhängigkeit nicht übertrifft und etwa eine kontrollierende Beteiligung eines Marktteilnehmers vorliegt. Demgegenüber erhält die höchste Bewertung von 5 ein Unternehmen, welches von allen Marktteilnehmern vollständig entflochten ist und deren organisatorische Vorgaben den Eigeninteressen der Eigentümer keinen besonderen Einfluss auf die Bilanzierungsstelle zulassen. Die zwischen den Werten 5 und 1 vorgesehenen Abstufungen richten sich danach, wie sehr der Einfluss der Eigentümer auf die Bilanzierungsstelle gegeben ist.

Wie im vorgehenden Abschnitt 3.5.3.1.1 dargelegt, erfüllen die Antragstellerinnen nicht nur die Mindestanforderungen, sondern verfolgen beide den Ansatz einer eigentumsrechtlichen Entflechtung. Darüber hinausgehend wurden beide Antragstellerinnen – wenngleich in unterschiedlicher Form und Reichweite – dergestalt eingerichtet, dass der Grad der Einflussmöglichkeit der jeweiligen Anteilseigner gegenüber den formalen Anforderungen der eigentumsrechtlichen Entflechtung reduziert wird:

Die an der **Keep in Balance AG** zu 100 % beteiligte THE ist selbst kein Erdgasunternehmen und ebenso von vertikal integrierten Erdgasunternehmen entflochten. Ihre Anteile werden allerdings zur Gänze von Erdgasunternehmen (Fernleitungsnetzbetreibern) gehalten. Eine vollständige Entflechtung von **allen** Marktteilnehmern ist damit nicht gegeben. Allerdings haben diese Marktteilnehmer mit einer Beteiligung von jeweils nur zu weniger als 10 % bzw. – bei Zusammenrechnung der Anteile jener Unternehmen, die vom EnBW-Konzern gehalten werden – weniger als 20 % und ohne darüber hinausgehende Rechte keine besonderen Einflussmöglichkeiten auf die Muttergesellschaft bzw. die Keep in Balance AG selbst. Daneben haben die Mitglieder des Aufsichtsrats der Keep in Balance AG vollständig von Erdgasunternehmen unabhängig zu sein. Damit ist das Unternehmen aus Sicht der Behörde anhand der dargelegten Abstufung gesamthaft mit **4 Punkten** in diesem Faktor zu bewerten.

Auch die **AGCS** ist von vertikal integrierten Erdgasunternehmen entflochten, allerdings halten solche Unternehmen auch direkt Anteile an der Gesellschaft. Zwar umfassen die Anteile dieser Unternehmen insgesamt gerade 8,57 % des Kapitals, dennoch *****. Einem beteiligten Erdgasunternehmen kommt damit zwar kein individuelles und unmittelbares Recht zu, Mitglieder des Aufsichtsrats zu ernennen. ***** hat in der Praxis dazu geführt, dass auch die mit weniger als 10 % der Aktien beteiligten Erdgasunternehmen Personen aus ihren Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen im Aufsichtsrat der Gesellschaft (zum Teil in Rotation mit Vertretern anderer Aktionäre) platzieren konnten. Der Aufsichtsrat der AGCS hat weiters besondere Möglichkeiten, auf die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen. So hat der Vorstand insbesondere für den *„Abschluss, Änderung und Beendigung von*

*Systembereithaltungs-, Wartungs- und Dienstleistungsverträgen zur Errichtung und zum Betrieb einer zentralen Verrechnungsstelle für den liberalisierten Gasmarkt“ die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen (Pkt. 9.14 der Satzung). Die Aufsichtsratsmitglieder haben weiters den Syndikatsvertrag einzuhalten, soweit es Gesetz und Satzung zulassen und sollen dazu von den jeweiligen Syndikatspartnern im Rahmen ihrer eigenen Möglichkeiten angehalten werden. Außerdem enthalten weder Satzung noch Syndikatsvertrag Anforderungen an eine Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Vor diesem Hintergrund erachtet die Behörde es als angemessen, die Zweit Antragstellerin im Faktor Unabhängigkeit bzw. eigentumsrechtlicher Entflechtung gesamthaft mit **3 Punkten** zu bewerten.*

3.5.3.1.2.2. Grad der Marktbeherrschung – Einflussnahmemöglichkeit auf den Markt (Faktor B)

An dieser Stelle werden die externen Einflussmöglichkeiten der Anteilseigner auf dem Markt geprüft: Der Grad der Marktbeherrschung beschreibt, wie oben dargestellt, die potentiellen Einflussmöglichkeiten der Anteilseigner auf den Wettbewerb im relevanten Marktgebiet. Bei dieser Betrachtung der Gestaltungsfreiheit des jeweiligen Anteilseigners ist zunächst zu erwägen, ob der Anteilseigner selbst als Teilnehmer auf dem Markt auftritt. Ist dies der Fall, so ist weiters zu untersuchen, ob der Anteilseigner besonderen regulatorischen Vorschriften unterliegt, die ihn zur Neutralität oder Nichtdiskriminierung verpflichten. Ist dies nicht der Fall, so ist schließlich zu prüfen, welche Größe das Unternehmen am österreichischen Gasmarkt aufweist und damit eine substantielle Einflussnahmemöglichkeit hat. Je nachdem ist ein höherer bzw. niedriger Grad der Marktbeherrschung anzusetzen. Dabei ist ein Anteilseigner, welcher bei abstrakter Betrachtung grds. frei im Wettbewerb agieren kann, keinen gesetzlichen Vorschriften unterliegt, die ihn zur Neutralität oder Nichtdiskriminierung verpflichten und zu den größten Marktteilnehmern am Marktgebiet zählt, in diesem Faktor mit dem niedrigsten Wert von 1 zu bewerten. Demgegenüber werden in diesem Faktor Anteilseigner mit 5 bewertet, die entweder grds. frei im Wettbewerb agieren können, aber eine gänzlich vernachlässigbare Marktgröße aufweisen bzw. am Markt gar nicht tätig sind oder zu den kleineren Marktteilnehmern gehören aber gänzlich gesetzlichen Vorschriften unterliegen, die sie zur Neutralität oder Nichtdiskriminierung verpflichten.

Beide Antragstellerinnen haben Anträge für die Ernennung in allen drei Marktgebieten gelegt. Relevant sind daher alle Marktgebiete Ost, Tirol und Vorarlberg.

In Bezug auf die **Erstantragstellerin** ist auszuführen, dass diese als Marktgebietsverantwortliche am deutschen Gasmarkt tätig und daher mit ihren eigenen Aktivitäten nicht für die relevanten Marktgebiete in Österreich von Bedeutung ist. Gleiches gilt für die Anteilseignerinnen der THE, den Fernleitungsnetzbetreibern im deutschen Marktgebiet, welche als zertifizierte Fernleitungsnetzbetreiber zur Nichtdiskriminierung verpflichtet sind und keine Aktivitäten an den österreichischen Marktgebieten ausüben. Vor diesem Hintergrund erachtet die Behörde es als angemessen, den Antrag der Erstantragstellerin im Faktor Marktbeherrschung mit dem Wert von 5 zu versehen.

Hinsichtlich der Beteiligungen an der **Zweitrantragstellerin** ist zu differenzieren: Die GCA sowie die beteiligten Verteilernetzbetreiber-Gesellschaften gehören zu den größten Marktteilnehmern am Marktgebiet Ost, unterliegen mit ihren Tätigkeiten allerdings dem Gebot der Nichtdiskriminierung – zum einen als ITO-zertifizierter Fernleitungsnetzbetreiber, zum anderen als Verteilernetzbetreiber. Dabei ist die GCA als einer von zwei Fernleitungsnetzbetreibern und daneben mit ihrer Tätigkeit als Verteilernetzbetreiber auf der Netzebene 1 größer als die beiden Verteilernetzbetreiber, unterliegt allerdings auch umfassenderen regulatorischen Vorgaben. Aus diesem Grund sind sowohl die GCA als auch die beteiligten Verteilernetzbetreiber beim Faktor Marktbeherrschung mit 4 zu beurteilen. Die Nicht-Erdgasunternehmen sind in diesem Faktor mit dem Wert von 5 zu bewerten, da sie keine wahrnehmbaren Tätigkeiten auf dem Gasmarkt ausüben. Die unter den Anteilseignern vertretenen Landesgesellschaften agieren im Rahmen ihrer Unternehmensgruppe grds. frei am österreichischen Gasmarkt und weisen eine beträchtliche Größe am österreichischen Gasmarkt auf. Im Rahmen des Faktors B sind diese Anteilseigner daher mit dem Wert von 2 zu versehen. Die verbleibende Gruppe an Erdgasunternehmen erfasst die vertikal integrierten Energieunternehmen in Linz, Wels, Graz und Klagenfurt. Im Rahmen ihrer Tätigkeiten als Händler und Versorger können diese Anteilseigner grds. frei im Wettbewerb agieren, aufgrund ihrer geringeren Größe kann davon ausgegangen werden, dass ihnen keine substantielle Möglichkeit zukommt, den Markt zu beeinflussen, wenngleich sie zweifelsohne nicht zu vernachlässigen sind, sodass für diese ein Wert von 4 angemessen erscheint.

3.5.3.1.2.3. Bewertung

Durch Multiplikation der beiden Faktoren und der jeweils gehaltenen Beteiligung ergibt sich folgendes Bild:

Die Erstantragstellerin erreicht im Zwischenergebnis 20 (von 25 möglichen) Punkten für die Bewertung der Neutralität und Unabhängigkeit in organisatorischer Hinsicht:

Anteilhaber	Faktor Unabhängigkeit bzw. eigentumsrechtliche Entflechtung der Bilanzierungsstelle (A)	Faktor Marktbeherrschungsgrad der Anteilhaber (B)	Anteil (C)	Zwischenergebnis (A*B*C)	Maximal mögliche Punkte
THE	4	5	100%	20	25

Die Zweitrantragstellerin erreicht im Zwischenergebnis 13,3674 (von 25 möglichen) Punkten für die Bewertung der Neutralität und Unabhängigkeit in organisatorischer Hinsicht:

Anteilhaber	Faktor Unabhängigkeit bzw. eigentumsrechtliche Entflechtung der	Faktor Marktbeherrschungsgrad der Anteilhaber (B)	Anteil (C)	Zwischenergebnis (A*B*C)	Maximal mögliche Punkte

	Bilanzierungsstelle (A)				
GCA	3 ¹⁾	4	23,13%	2,7756	
so. Netzbetreiber	3 ¹⁾	4	8,30 %	0,9960	
Landesgesellschaften	3 ¹⁾	2	7,21 %	0,4326	
so. Integrierte EVUs	3 ¹⁾	4	1,36 %	0,1632	
Nicht- Erdgasunternehmen	3 ¹⁾	5	60,00 %	9,0000	
Gesamt			100,00%	13,3674	25

¹⁾ gesamthafte Bewertung.

In der AU wurde von der Behörde nicht festgelegt, zu welchem Ausmaß die Neutralität und Unabhängigkeit in organisatorischer Hinsicht neben der Neutralität und Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht in das Auswahlkriterium der Neutralität und Unabhängigkeit (Kapitel 5 der AU) mit insgesamt 15 Punkten einfließt. Um eine wettbewerbsverzerrende Verschiebung möglichst auszuschließen, nimmt die Behörde keine Gewichtung zwischen organisatorischer und funktioneller Unabhängigkeit vor und lässt beide Teile daher gleichermaßen, d.h. mit je maximal 7,5 Punkten, in die Auswahl einfließen.

Wie in Kapitel 5 der AU festgelegt, ist der beste Antrag im jeweiligen Kriterium mit der **Höchstpunktzahl** zu bewerten. Die Bestwertung hat in diesem Kriterium der **Erstantrag**, welcher somit mit der Höchstpunktzahl von **7,5 Punkten** bewertet wird.

Der relative Anteil der Zweitantragstellerin beträgt $13,3674 / 20$, somit 66,84 % des bestbewerteten Antrags. Damit erhält die **Zweitantragstellerin** entsprechend Kapitel 5 der AU bei der organisatorischen Unabhängigkeit **gerundet 5 Punkte** zugeordnet.

3.5.3.2. Neutralität und Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht

3.5.3.2.1. Mindestanforderungen

Gemäß § 86 Z 7 GWG 2011 darf eine Ernennung nur erfolgen, wenn bei keinem der Vorstandsmitglieder ein Ausschließungsgrund im Sinne des § 13 Abs. 1 bis 6 GewO 1994 vorliegt. Kein Vorstandsmitglied darf einen anderen Hauptberuf außerhalb des ernannten Unternehmens ausüben, der geeignet ist, Interessenkonflikte hervorzurufen oder bei anderen Unternehmensteilen eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens oder bei dessen Mehrheitsanteilseignern direkt oder indirekt berufliche Positionen bekleiden oder berufliche Aufgaben wahrnehmen oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten (§ 86 Z 8 f GWG 2011).

Daneben gilt auch für die funktionelle Unabhängigkeit unverändert die Anforderung an die Neutralität in § 86 Z 1 GWG 2011. Als **Mindestanforderung** für die Neutralität und Unab-

hängigkeit in funktioneller Hinsicht hat die Behörde die **kumulative** Erfüllung nachfolgender Kriterien in der AU vorgesehen:

1. Die für die Leitung der Bilanzierungsstelle verantwortlichen Vorstandsmitglieder dürfen **nicht Teil betrieblicher Einrichtungen** sein, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen Netzbetrieb, Erdgasgewinnung, Kauf oder Lieferung zuständig sind. Ihre Vergütung darf nicht an die Tätigkeiten oder Betriebsergebnisse von beteiligten Erdgasunternehmen, soweit sie nicht die Tätigkeit der Bilanzierungsstelle betreffen, gebunden sein (vgl. § 106 Abs. 2 Z 1 GWG 2011).
2. Kein Vorstandsmitglied der Bilanzierungsstelle darf einen **anderen Hauptberuf** außerhalb des Unternehmens ausüben, der **geeignet ist, Interessenkonflikte** hervorzurufen (§ 86 Z 6 GWG 2011).
3. Kein Vorstandsmitglied der Bilanzierungsstelle darf bei anderen Unternehmensteilen eines **vertikal integrierten Erdgasunternehmens** oder bei dessen Mehrheitsanteilseignern direkt oder indirekt **berufliche Positionen bekleiden oder berufliche Aufgaben wahrnehmen** oder **Interessens- oder Geschäftsbeziehungen** zu ihnen unterhalten (§ 86 Z 9 GWG 2011, ein einfacher Gasversorgungsvertrag gilt dabei nicht als schädliche Interessens- oder Geschäftsbeziehung).
4. Die **Handlungsunabhängigkeit** der, für die Leitung der Bilanzierungsstelle verantwortlichen Vorstandsmitglieder muss gegeben sein, wobei insbesondere die **Gründe für die Abberufung** eines Vorstandsmitglieds in der Gesellschaftssatzung klar und taxativ zu umschreiben sind (vgl. § 106 Abs. 2 Z 2 GWG 2011).
5. Dem **Aufsichtsrat** der Bilanzierungsstelle haben (unabhängig von der Entsendung von Betriebsratsmitgliedern gemäß § 110 ArbVG) mindestens **zwei Mitglieder** anzugehören, die von an der Bilanzierungsstelle beteiligten, vertikal integrierte Erdgasunternehmen **unabhängig** sind (vgl. § 106 Abs. 2 Z 3 GWG 2011).
6. Die Vorstandsmitglieder **halten selbst** weder direkt noch indirekt **qualifizierte Beteiligungen an Erdgasunternehmen** (vgl. § 86 Z 9 GWG 2011).

Die von der **Erstantragstellerin** vorgesehene Keep in Balance AG erfüllt diese Mindestkriterien. Es ist kein Ausschlussgrund iSd § 86 Z 7 GWG 2011 erfüllt; die Vorstandsmitglieder sollen lediglich für die Bilanzierungsstelle tätig werden und verfolgen auch keine Interessensbeziehungen mit vertikal integrierten Erdgasunternehmen oder halten Anteile an Erdgasunternehmen. Die Handlungsunabhängigkeit der Vorstandsmitglieder ist aufgrund ihrer Bestellung gegeben und die Gründe für die Abberufung der Vorstandsmitglieder in der Gesellschaftssatzung klar und taxativ umschrieben. Die Aufsichtsräte der Keep in Balance AG sind die Geschäftsführer der Marktgebietsverantwortlichen und damit von Erdgasunternehmen unabhängig (siehe bereits 3.5.3.1.1).

Auch die Mitglieder des Vorstands der **Zweit-antragstellerin** sind neben ihrer Tätigkeit für die AGCS nicht für Erdgasunternehmen tätig, unterhalten keine Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu solchen Unternehmen und halten selbst weder direkt noch indirekt qualifizierte Beteiligungen an Erdgasunternehmen. Dem Aufsichtsrat der Bilanzierungsstelle gehören zumindest sechs Mitglieder an, die von vertikal integrierten Erdgasunternehmen unabhängig sind.

Die Handlungsunabhängigkeit der Mitglieder des Vorstands der Zweit-antragstellerin erscheint aufgrund ihrer weisungsfreien Stellung grundsätzlich dargelegt. Allerdings sieht deren Satzung keine expliziten Abberufungsgründe der Vorstandsmitglieder vor. ***** Die in der AU geforderte Bestimmung der Abberufungsgründe ist darin nicht dargelegt und die konkreten Gründe für die Abberufung offensichtlich nicht eingeschränkt. *****

Die Anforderung zur Umschreibung der **Abberufungsgründe in der Satzung** hat die Behörde – wie bereits einleitend unter 3.5.3.1.1 dargelegt – aus § 106 Abs. 2 Z 3 GWG 2011 entnommen, welcher dies für die Verteilernetzbetreiber vorsieht. Dazu hat die Zweit-antragstellerin vorgebracht, dass aus ihrer Sicht die Übertragung der Anforderung des § 106 GWG 2011 auf die Ernennung der Bilanzierungsstelle nicht zulässig ist.

Dieser Rechtsansicht ist entgegenzuhalten, dass eine Unabhängigkeit in der Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt ohne entsprechende Absicherung stark gemindert ist und ohne weitere Maßnahmen nicht dauerhaft bestehen kann. Der Antragstellerin ist allerdings zuzugestehen, dass die Vorgaben des § 106 Abs. 2 GWG 2011 zur Absicherung der Unabhängigkeit gegenüber einem vertikal integrierten Unternehmen konzipiert ist. Die Aufstellung eines Gleichbehandlungsprogramms und Bestellung eines Gleichbehandlungsbeauftragten nach § 106 Abs. 2 Z 4 GWG 2011 wurde aus diesem Grund von der Behörde in der überarbeiteten AU demnach auch nicht als erforderlich dargelegt, wenn die Gesellschaft von vertikal integrierten Erdgasunternehmen ohnehin eigentumsrechtlich entflochten ist.

Die Einschränkung, dass die Abberufungsgründe der Vorstandsmitglieder in der Satzung taxativ festzuschreiben sind, stellt für eigentumsrechtlich entflochtene Fernleitungsnetzbetreiber nach § 108 GWG 2011 wie die Aufstellung eines Gleichbehandlungsprogramms oder die Bestellung eines Gleichbehandlungsbeauftragten keine Anforderung dar. Da die Zweit-antragstellerin eigentumsrechtlich entflochten ist, ist die taxative Festlegung der Abberufungsgründe in der Satzung daher zur Erfüllung der Mindestanforderungen nicht erforderlich. Nichtsdestotrotz geht damit dennoch eine geminderte Unabhängigkeit der Vorstandsmitglieder relativ zu einem eigentumsrechtlich entflochtenen Unternehmen einher, welches diese Einschränkung für die Abberufung der Vorstandsmitglieder vorsieht. Dieser Umstand ist daher bei Auswahl der qualifizierten Antragstellerinnen zu berücksichtigen.

Neben ihrer Tätigkeit für die Zweit-antragstellerin sind die Herren A***** und H***** noch für weitere Unternehmen tätig. Die C*****, deren Geschäftsführung u.a. Herr A***** angehört, wird von der OeKB, welche gleichzeitig Anteilseignerin und Dienstleisterin der AGCS ist,

gemeinsam mit der W***** AG kontrolliert. Herr H***** ist Angestellter der „smart technologies“, einem wesentlichen Dienstleister der AGCS. *****

Hinzu kommt, dass die Dienstverträge der Vorstandsmitglieder die „*Entfaltung einer Erwerbstätigkeit selbstständiger oder nichtselbstständiger Art, welche geeignet ist, einen Interessenkonflikt zu bewirken*“, lediglich unter den Genehmigungsvorbehalt des Präsidiums des Aufsichtsrates stellen. Eine solche Genehmigung stünde damit § 86 Z 6 GWG 2011 entgegen, wenn diese einen weiteren Hauptberuf betrifft und dürfte damit nicht erteilt werden. Die Erteilung einer solchen Genehmigung wird nach dem Wortlaut der vertraglichen Regelung aber nicht ausgeschlossen.

Nach der – für die Zweittragstellerin günstigsten Auslegung – von § 86 Z 6 GWG 2011 können hauptberufliche Tätigkeiten im Rahmen der Bewertung der Mindestanforderungen jedoch nur dann zu einem Interessenkonflikt führen, wenn diese die Neutralität gegenüber Marktteilnehmern gefährden. Nachdem weder die C***** noch die „smart technologies“ Erdgasunternehmen sind oder mehrheitlich Anteile von vertikal integrierten Erdgasunternehmen halten ist durch die Tätigkeit der Mitglieder des Vorstands keine Gefährdung der Neutralität gegenüber Marktteilnehmern anzunehmen und daher auch dieses Kriterium im Mindestmaß erfüllt.

Beide Antragstellerinnen erfüllen demnach die Mindestanforderungen nach § 86 Z 7 bis 9 GWG 2011 sowie die Anforderungen zur Neutralität in § 86 Z 1 GWG 2011 in funktioneller Hinsicht.

3.5.3.2.2. Auswahlbewertung

Erfüllen mehrere Bewerber die Mindestanforderungen, stellt eine weitergehende Neutralität und Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht ein **Auswahlkriterium** dar. Dazu hat die Behörde in der AU festgelegt, dass ihres Erachtens eine weitergehende Neutralität und Unabhängigkeit **insbesondere** bei der Erfüllung der folgenden Kriterien vorliegt:

1. Die Bilanzierungsstelle unterlässt die **gemeinsame Nutzung von IT-Systemen oder -ausrüstung, Büroräumlichkeiten und Zugangskontrollsystemen** von qualifiziert beteiligten Erdgasunternehmen (vgl. § 112 Abs. 5 GWG 2011).
2. Die Bilanzierungsstelle gewährleistet, dass sie in Bezug auf IT-Systeme oder -Ausrüstung und Zugangskontrollsysteme **nicht mit denselben Beratern und externen Auftragnehmern** wie qualifiziert beteiligte Erdgasunternehmen zusammenarbeitet (vgl. § 112 Abs. 6 GWG 2011).
3. Kein Vorstandsmitglied der Bilanzierungsstelle hat einen **weiteren Haupt- oder Nebenberuf** bei einem Unternehmen, das keine Bilanzierungsstelle ist, **oder eine bezahlte Funktion** bei einer unternehmensfremden Organisation, wie bspw. einer Interessenvertretung (aufbauend auf § 86 Z 8 GWG 2011).

4. Kein Vorstandsmitglied der Bilanzierungsstelle unterhält **außerberufliche Interessens- oder Geschäftsbeziehungen** zu einem an der Bilanzierungsstelle beteiligten Erdgasunternehmen (ein einfacher Gasversorgungsvertrag gilt dabei nicht als schädliche Interessens- oder Geschäftsbeziehung, aufbauend auf § 86 Z 9 GWG 2011).
5. Die Vorstandsmitglieder der Bilanzierungsstelle beachten eine „**cooling off**“-Frist (Unzulässigkeit des beruflichen Wechsels zu einem beteiligten Erdgasunternehmen) von einem Jahr nach Beendigung ihrer Tätigkeit für die Bilanzierungsstelle. Für den Fall, dass ihr Vorstandsvertrag vorzeitig beendet wird, gilt diese „**cooling off**“-Frist auch für den Wechsel zu einem nicht-beteiligten Erdgasunternehmen.
6. Dem **Aufsichtsrat** der Bilanzierungsstelle gehören nur Mitglieder an, die von Erdgasunternehmen unabhängig sind.

Beide Antragstellerinnen haben die Möglichkeit genutzt, die Neutralität und Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht bei ihrer Antragstellung und im Rahmen des Verfahrens darzulegen. Die Auflistung der Behörde in der AU hatte dabei demonstrativen Charakter („insbesondere“), es wurden jedoch von beiden Antragstellerinnen ausschließlich auf die Erfüllung der genannten Mindest- und Auswahlkriterien referenziert (soweit diese für sie zutreffend waren).

Im Folgenden werden die beiden Antragstellerinnen anhand der oben dargestellten Kriterien, mit Ausnahme des Punktes 6, geprüft. Das Kriterium, wonach dem Aufsichtsrat der Bilanzierungsstelle nur Mitglieder anzugehören haben, die von Erdgasunternehmen unabhängig sind, wird an dieser Stelle nicht mehr bewertet, weil es bereits bei der Auswahlbewertung zur Unabhängigkeit in organisatorischer Hinsicht erwogen wurde.

Die **Keep in Balance AG** unterlässt die gemeinsame Nutzung von IT-Systemen oder -ausrüstung, Büroräumlichkeiten und Zugangskontrollsystemen von qualifiziert beteiligten Erdgasunternehmen und arbeitet diesbezüglich nicht mit denselben Beratern oder externen Auftragnehmern wie qualifiziert beteiligte Erdgasunternehmen zusammen (s.o. Kriterien 1 und 2). Außerdem unterhalten die Vorstandsmitglieder keine außerberuflichen Interessensbeziehungen zu Erdgasunternehmen (s.o. Kriterium 4). Die Mitglieder des Vorstands der Keep in Balance AG sollen darüber hinaus neben ihrer Tätigkeit für die Bilanzierungsstelle keine weiteren Haupt- und Nebenberufe ausüben (s.o. Kriterium 3). Daneben gilt für die Mitglieder des Vorstands eine „cooling off“-Frist von einem Jahr nach Beendigung ihrer Tätigkeit. (s.o. Kriterium 5). Weiters ist festzuhalten, dass die Abberufungsgründe des Vorstands in der Satzung der Keep in Balance AG verankert sind. Dies stellt, wie oben bereits ausgeführt, kein Mindestanforderung für die Ernennung eines eigentumsrechtlich entflochtenen Unternehmens dar (s.o. Abschnitt 3.5.3.2.1). Somit wird dadurch die Unabhängigkeit der Bilanzierungsstelle bzw. des Vorstands der Bilanzierungsstelle in funktioneller Hinsicht weiter gestärkt.

Weiters ist festzuhalten, dass die Abberufungsgründe des Vorstands in der Satzung der Keep in Balance AG verankert sind. Dies stellt, wie oben bereits ausgeführt, kein Mindestanfordernis für die Ernennung eines eigentumsrechtlich entflochtenen Unternehmens dar. Somit wird dadurch die Unabhängigkeit der Bilanzierungsstelle bzw. des Vorstands der Bilanzierungsstelle in funktioneller Hinsicht weiter gestärkt.

Auch für die **AGCS** ist festzuhalten, dass sie die gemeinsame Nutzung von IT-Systemen oder -ausrüstung, Büroräumlichkeiten und Zugangskontrollsystemen von qualifiziert beteiligten Erdgasunternehmen unterlässt und diesbezüglich nicht mit denselben Beratern oder externen Auftragnehmern wie qualifiziert beteiligte Erdgasunternehmen zusammenarbeitet (s.o. Kriterien 1 und 2). Außerdem unterhalten die Vorstandsmitglieder keine außerberuflichen Interessensbeziehungen zu Erdgasunternehmen (s.o. Kriterium 4). Die Verträge der Mitglieder des Vorstands der Zweitantragstellerin enthalten jedoch keine Bestimmung über ein „cooling off“ (s.o. Kriterium 5). Die Mitglieder des Vorstands der AGCS üben neben ihrer Tätigkeit für die AGCS noch weitere Funktionen hauptberuflich aus. Alle drei Vorstandsmitglieder sind auch als Vorstände der APCS und Geschäftsführer der CISMO berufen worden. Erstere ist jedoch lediglich als Verrechnungsstelle iSd Verrechnungsstellengesetzes für den Elektrizitätsmarkt tätig und letztere wurde gegründet, um die Sektorkopplung von APCS und AGCS und die damit einhergehende Zuteilung von Ressourcen effizient zu ermöglichen. Für die Auswahl näher zu würdigen sind die (bereits oben erwähnten) Anstellungen der Mitglieder des Vorstands bei C***** und „smart technologies“. Diese Unternehmen sind keine Bilanzierungsstellen und wurden auch nicht alleine zum Zweck gegründet, die Tätigkeit der Bilanzierungsstelle zu ermöglichen. Nachdem die OeKB als 50 %-Anteilseignerin der C***** und die „smart technologies“ als Dienstleister für die AGCS tätig sind, besteht auch ein wirtschaftliches Interesse der Gesellschaften, das Handeln der Vorstände in ihrem Sinn auszugestalten, was die funktionelle Unabhängigkeit letzterer mindert, auch wenn aus diesen Tätigkeiten keine Weisungsbefugnis für ihr Handeln bei der AGCS folgt (s.o. Kriterium 3). Schließlich enthält die Satzung der AGCS, wie oben dargelegt, auch keine Einschränkung der Gründe für die Abberufung eines Vorstandsmitglieds (s.o. Abschnitt 3.5.3.2.1).

Der **Erstantrag** erfüllt daher sämtliche fünf aus der AU heranzuziehenden Auswahlkriterien für die Neutralität und Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht und geht mit der Einschränkung der Abberufungsgründe in der Satzung noch weiter über die Mindestkriterien für ein eigentumsrechtlich entflochtenes Unternehmen hinaus, wofür ein Zusatzpunkt zu gewähren ist. Damit erhält die Erstantragstellerin in diesem Kriterium für die Zwischenbewertung insgesamt **6 Punkte**.

Wie in Kapitel 5 der AU festgelegt, ist der beste Antrag im jeweiligen Kriterium mit der Höchstpunktzahl zu bewerten. Damit erhält der Erstantrag als bestgereihter Antrag in diesem Kriterium die **Höchstpunktzahl von 7,5 Punkten**.

Die Zweitantragstellerin erfüllt drei der Auswahlkriterien und erhält damit **3 Punkte** für die Zwischenbewertung. Wie in Kapitel 5 der AU festgelegt sind die weiteren Anträge hinter dem

besten Antrag im jeweiligen Kriterium relativ zu diesem hier mit sechs Punkten beurteilten Antrag zu bewerten. Mit einer erreichten Punkteanzahl von 3 / 6, d.h. 50 % des bestgereihten Antrags führt dies zu einer Bewertung der Zweitantragstellerin in Höhe von (gerundet) **3,8 Punkten** für die Auswahl bei der Neutralität und Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht.

3.5.3.3. Zusammenfassung

Die für die Neutralität und Unabhängigkeit sowohl in organisatorischer als auch in funktioneller Hinsicht jeweils vergebenen Punkte sind zu addieren, um die Gesamtbewertung der Antragstellerinnen in diesem Auswahlkriterium zu ermitteln.

Damit erhält die Erstantragstellerin hierfür **15 Punkte (7,5 + 7,5)** zugeordnet. Die Zweitantragstellerin erhält demgegenüber **8,8 Punkte (5,0 + 3,8)** für die Auswahlbewertung.

3.6. Organisatorische Anforderungen der Bilanzierungsstelle

3.6.1. Sachverhalt

Die Beurteilung der Sicherheit in der Verrichtung der Aufgaben gründet sich auf folgenden Sachverhalt:

Die Keep in Balance AG ist eine Vorgesellschaft zu einer Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht. Ihr Grundkapital beträgt 3 Mio. EUR. Sollte die Gesellschaft gemäß § 85 GWG 2011 ernannt werden, wird diese unverzüglich mit Eintragung im Firmenbuch gegründet und übt mit Wirksamwerden der Ernennung ausschließlich die Tätigkeit der Bilanzierungsstelle für alle Marktgebiete aus. Der Sitz der Gesellschaft ist Wien; in Innsbruck und Bregenz sollen im Fall der Ernennung regionale Zweigniederlassungen der Gesellschaft eingerichtet werden.

Die Satzung der Keep in Balance AG sieht vor, dass zumindest zwei und höchstens vier Mitglieder des Vorstands zu bestimmen sind. Die Gesellschaft wird durch zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam oder ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen bzw. einer Prokuristin vertreten. Die Einzelvertretungsmacht, Einzelprokura oder Einzelhandlungsvollmacht für den gesamten Geschäftsbetrieb ist ausgeschlossen.

Die AGCS ist eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht. Die Gesellschaft ist mit Eigenkapital iHv 4,092 Mio. EUR ausgestattet. Davon sind 1,64 Mio. EUR das Grundkapital der Gesellschaft, wobei dieses im Fall der Ernennung durch Umwandlung der vorhandenen Gesellschaftsmittel (Gewinnrücklagen) auf den Betrag von 3 Mio. erhöht werden kann.

Die AGCS ist zurzeit ausschließlich als gemäß § 85 GWG 2011 idF BGBl. I Nr. 107/2011 konzessionierter Bilanzgruppenkoordinator für das Marktgebiet Ost tätig. Mit Wirksamwerden der Ernennung gemäß § 85 GWG 2011 würde sich die Tätigkeit des Unternehmens zusätzlich auf alle Marktgebiete erstrecken. Der Sitz der Gesellschaft ist und bleibt Wien, in Innsbruck

kann mit Ernennung eine weitere Niederlassung betrieben werden, wie aktuell die A&B ihren Sitz in Innsbruck hat.

Die Satzung der AGCS sieht vor, dass der Vorstand aus zumindest zwei und höchstens fünf Mitgliedern zu bestehen hat. Die Gesellschaft wird durch zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam oder ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen bzw. einer Prokuristin vertreten. Die Einzelvertretungsmacht, Einzelprokura oder Einzelhandlungsvollmacht für den gesamten Geschäftsbetrieb ist ausgeschlossen.

3.6.2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich maßgeblich auf die von den Antragstellerinnen übermittelten Unterlagen und im Übrigen auf amtsbekannte Tatsachen.

Nachdem die Keep in Balance AG zum gegebenen Zeitpunkt bereits den Notariatsakt zur Gründung der Gesellschaft gefasst, sowie auch die konstituierende Sitzung des Aufsichtsrats durchgeführt hat, liegen aus Sicht der Behörde keine Gründe vor, die eine unverzügliche Anmeldung zur Gründung nach Ernennung – entsprechend der Angaben der Antragstellerin im Verfahren – verhindern würden. Es ist daher von einer Erfüllung der Voraussetzung mit Wirksamwerden der Ernennung auszugehen.

Die AGCS konnte die Bestätigung des Abschlussprüfers sowie der Vorstände über die Umwandlungsfähigkeit und eigentliche Umwandlung des Kapitals auf Verlangen der E-Control hinreichend darlegen. Zwar ist das dafür auf Basis des Jahresabschlusses 2019 relevante Fristende mit 30. September 2020 mittlerweile verstrichen, es sind den Unterlagen jedoch keine Einschränkungen zu entnehmen, noch Umstände hervorgekommen, die die Erfüllung dieser Anforderung auf Basis des Jahresabschlusses 2020 unwahrscheinlich machen lassen.

3.6.3. Rechtliche Beurteilung

In Kapitel 4.6 der AU hat die Regulierungsbehörde aufgezeigt, dass folgende organisatorische **Mindestanforderungen** im Zeitpunkt der Ernennung zu erfüllen sind:

1. Das Unternehmen ist in der Rechtsform einer österreichischen **Aktiengesellschaft** oder einer anderen, dieser Gesellschaftsform **gleichwertigen Kapitalgesellschaft** auf Basis des Unionsrechts oder des Rechts eines EWR-Vertragsstaats eingerichtet und mit einem **Grundkapital** von **mindestens 3 Millionen Euro** ausgestattet (vgl. § 86 Z 3 GWG 2011).
2. Der **Sitz und die Hauptverwaltung** müssen **in einem Marktgebiet** liegen, für welches die Tätigkeit als Bilanzierungsstelle ausgeübt werden soll (vgl. § 86 Z 5 GWG 2011), wobei in jenen Marktgebieten, in denen die Gesellschaft nicht ihren Sitz hat, eine regionale Niederlassung eingerichtet werden kann. Eine demnach notwendige regionale Niederlassung hat spätestens im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Ernennung zu bestehen.

3. Das Unternehmen hat **mindestens zwei Vorstandsmitglieder**, wobei in der Satzung die Einzelvertretungsmacht, eine Einzelprokura oder eine Einzelhandlungsvollmacht für den gesamten Geschäftsbetrieb ausgeschlossen ist (vgl. § 86 Z 6 GWG 2011).
4. Für die Tätigkeit als Bilanzierungsstelle sind, sofern das Unternehmen weitere Tätigkeiten erbringt, eigene Konten und ein **getrennter Rechnungskreis** zu führen und die gemäß § 8 Abs. 2 und 3 GWG 2011 vorzusehenden Bilanzierungsregeln und Informationen im Jahresabschluss zu berücksichtigen und zu publizieren (§ 8 GWG 2011, vgl. auch Art. 31 Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. Nr. L 211 vom 14.08.2009 S. 94 idF ABl. Nr. L 328 vom 21.12.2018 S. 1).

Die rechtliche Beurteilung stützt sich damit in diesem Punkt auf § 86 Z 3, 5 und 6 GWG 2011 bzw. § 8 GWG 2011.

Die Keep in Balance AG wird als Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht mit einem Grundkapital mit Sitz im Marktgebiet Ost (Wien) und Grundkapital von 3 Mio. EUR eingerichtet. Die AGCS ist bereits als Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht eingerichtet, hat ihren Sitz im Marktgebiet Ost (Wien) und kann ihr Grundkapital auf den notwendigen Mindestbetrag erhöhen.

Beide Antragstellerinnen sehen die Einrichtung von einer bzw. zwei regionalen Zweigniederlassungen vor. Im Fall der Erstantragstellerin ist dies für die Marktgebiete Vorarlberg (Bregenz) und Tirol (Innsbruck) vorgesehen. Im Fall der Zweitantragstellerin ist dies für das Marktgebiet Tirol (Innsbruck) vorgesehen.

Der Wortlaut von § 86 Z 5 GWG 2011 spricht in diesem Zusammenhang nicht von einer Pflicht („kann“), Zweigniederlassungen in allen übrigen Marktgebieten einzurichten. Angesichts der historisch vorgefundenen Situation, der gemäß die A&B seit 2003 als BKO für Tirol und Vorarlberg mit Sitz in Innsbruck tätig war, erscheint dies aus Sicht der Behörde auch nicht erforderlich.

Folglich wird auch Anforderung der Niederlassungen von beiden Anträgen erfüllt. Dies gilt gleichermaßen für die Vorgaben zur Vertretungsbefugnis und zur Anzahl der Vorstandsmitglieder (§ 86 Z 6 GWG 2011).

Die Anforderung zur Führung getrennter Konten ist beiden Antragstellerinnen in Ermangelung weiterer Geschäftsbereiche nicht von Relevanz.

Auch die organisatorischen Mindestanforderungen werden daher von beiden Anträgen gesamthaft erfüllt. Eine Auswahlbewertung wurde für dieses Kriterium nicht vorgesehen.

3.7. Zusammenfassung

Beide Antragstellerinnen haben die Ernennung als Bilanzierungsstelle für alle Marktgebiete beantragt und im Zuge des Verfahrens die entsprechenden Nachweise für die Ernennung beigebracht. Bei der Behörde keine Anträge auf Ernennung für nur einen Teil der Marktgebiete eingebracht. Dies zeigt, wie auch die Zweit Antragstellerin ausführt, dass der Betrieb einer Bilanzierungsstelle für alle Marktgebiete eine zweckmäßige und kostengünstige Lösung darstellt.

Wie oben dargelegt, konnte sich die Behörde überzeugen, dass beide Antragsteller die notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, den Aufgaben der Bilanzierungsstelle nachzukommen. Zur Ermöglichung einer transparenten, wettbewerblichen und nicht-diskriminierenden Auswahl der befähigten Antragsteller, hat die Behörde die Auswahlkriterien in der AU festgelegt und im Zuge ihrer Entscheidung geprüft (siehe die übrigen Abschnitte dieses Kapitels).

Mit ihrer Äußerung vom 25. März 2021 wandte die Zweit Antragstellerin diesbezüglich ein, dass der Preis für die Bilanzierungsaufgaben mit 45 % gegenüber der Qualität des Kerns der Leistungserbringung mit gerade 3 % in einem schwerwiegenden Missverhältnis stehe, welche überdies mit dem „Paretoprinzip“ (d.h. dem differenzierten Ansatz der Sachverständigen) abgewertet würde. Dies könne keinesfalls eine faire Ausschreibung darstellen, ohne wettbewerbsverfälschende Wirkung zu erzeugen. Unabhängig davon würden die unterschiedlichen Umstellungskosten des Marktes nicht berücksichtigt.

Diesem Einwand ist zu entgegnen, dass die AU, wie oben dargelegt, in der Erstversion bereits am 4. Februar 2020 veröffentlicht und u.a. aufgrund der Rückmeldungen der Interessenten am 27. März 2020 in aktualisierter Fassung auf der Website der E-Control kundgemacht wurde. Die Zweit Antragstellerin wurde darüber jeweils taggleich informiert und hatte damit in weiterer Folge hinreichend Gelegenheit gehabt, ihre Bedenken gegen die Ausgestaltung der AU im Rahmen ihrer Pflicht zur Verfahrensförderung darzulegen (wie im Übrigen auch in Punkt 1.6 der AU gefordert). Nicht zuletzt hat die Zweit Antragstellerin auch keinen Grund genannt, der sie vor und im Zuge ihrer Antragstellung sowie bei ihren nachfolgenden Einreichungen und bei der mündlichen Verhandlung am Vorbringen dieses Einwands gehindert hätte. Insoweit die Zweit Antragstellerin daher eine wettbewerbsverfälschende Wirkung der Ausschreibung erblickt, wäre es ihr daher möglich gewesen, diese Wirkung dazulegen und bereits frühzeitig abzuwenden.

Die Geltendmachung von vermeintlichen Mängeln der Ausschreibungsbedingungen nach erstmaligem Schluss des Ermittlungsverfahrens bedeutet, dass die Bieter ihre Angebote und Umsetzungskonzepte bereits in Kenntnis und Hinblick auf die bereitgestellte AU ausgestalten mussten. Gerade eine Änderung der Auswahlkriterien zu diesem Zeitpunkt hätte daher typischerweise eine Begünstigung eines Wettbewerbers zur Folge und ist daher grundsätzlich unter den geforderten Verfahrensgrundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung abzulehnen.

Weiters überzeugt der Einwand des Missverhältnisses auch in der Sache nicht. Das von der Zweitantragstellerin mit ihrem Verweis auf „3 %“ vermeintlich referenzierte Subkriterium der „Effizienz des gewählten Ansatzes und dessen Umsetzung“ ist Teil des umfassenderen Auswahlkriteriums „Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben“, welcher mit maximal 15 Punkten bei der Auswahlbewertung deutlich ins Gewicht fällt. Die (theoretische) Effizienz und Umsetzung des Ansatzes stellt dabei nicht den alleinigen Maßstab für die Qualität der Leistungserbringung dar. Für die Darlegung der Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben war daher die Erfüllung der Aufgaben und die Systemarchitektur auch nachvollziehbar zu beschreiben und deren Zuverlässigkeit sowie der angedachte Umsetzungszeitplan darzulegen. (Dazu und zum Einwand der wettbewerbsverfälschenden Wirkung vgl. bereits Punkt 3.3.1.3 dieser Begründung.) Daneben wirken sich auch die Auswahlkriterien der Sicherheit, fachlichen Eignung der Führungskräfte sowie der Neutralität und Unabhängigkeit der Bilanzierungsstelle unmittelbar oder mittelbar auf die Qualität der Bilanzierungsaufgaben aus und fließt weiters die Qualität der Leistungserbringung auch durch die Bewertung der Effizienz und Zuverlässigkeit bei der Verrichtung der Aufgaben der Wechselpattform in die Bewertung mit ein.

Daneben führt auch die Anwendung des differenzierten Ansatzes der Sachverständigen bei der Auswahlbewertung entgegen der Ansicht der Zweitantragstellerin zu keiner „Abwertung“. Wie in Kapitel 5 der AU und bei der jeweiligen Bewertung dargelegt, erhält der im jeweiligen Kriterium bestbewertete Bewerber stets die volle Punkteanzahl. Die nachgereihten Bewerber erhalten Punkte relativ zum Erfüllungsgrad des in diesem Auswahlkriterium bestbewerteten Bewerbers. Damit wird gerade die von der Zweitantragstellerin kritisierte Verschiebung der Auswahlbewertung von Qualität hin zum Preis hintangehalten.

Die vorgebrachten Einwände zur Auswahl überzeugen daher nicht. Zusammengefasst mündet dies in folgender Auswahlbewertung:

	Punkte Erstantragstellerin	Punkte Zweitantragstellerin	Höchstpunktzahl
Kostengünstige Verrichtung der Aufgaben	45	37,3	45
Sicherheit in der Verrichtung der Aufgaben	6	10	10
Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Bilanzierungsaufgaben	15	14,6	15
Effizienz und Zuverlässigkeit in der Verrichtung der Aufgaben der Wechselplattform und Kosten-Nutzen-Analyse	3	5	5
Fachliche Eignung, Zuverlässigkeit und Erfahrung der Vorstandsmitglieder	10	10	10
Neutralität und Unabhängigkeit der Bilanzierungsstelle	15	8,8	15
Gesamt	94	85,7	100

4. Ernennung, Befristung, Bedingungen und Auflagen

Damit war die Keep in Balance AG gemäß § 85 GWG 2011 als BKO für alle Marktgebiete zu ernennen (Spruchpunkt I.) und der Antrag auf Ernennung der AGCS abzuweisen (Spruchpunkt VII.).

Wie bereits im Abschnitt 3.3.1.3.1 dargestellt, ist gemäß § 85 Abs. 2 GWG 2011 im Zuge der gegenständlichen Ernennung auch die Beförderung der Harmonisierung der Ausgleichsregeln in Fernleitungs- und Verteilernetz gemäß § 41 Abs. 4 GWG 2011 zu beachten. Diese Harmonisierung wird dadurch umgesetzt, dass mit Inkrafttreten der GMMO-VO 2020 ein im Vergleich zum Status Quo wesentlich weiterentwickeltes Marktmodell für den österreichischen Gasmarkt in Kraft treten wird. Die daraus resultierenden inhaltlichen Anforderungen sind elementarer Bestandteil der inhaltlichen Tätigkeitsanforderungen an die Bilanzierungsstelle gemäß Kapitel 3 der AU.

Vor diesem Hintergrund ist in der AU auch die grundsätzliche Absicht der Behörde festgehalten, die gegenständliche Ernennung ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen integrierten Bilanzierungsmodells gemäß GMMO-VO 2020 vorzunehmen. § 47 Abs. 1 GMMO-VO 2020 sieht vor, dass diese mit Beginn des Gastages 1. Oktober 2021 in Kraft tritt. Im Zusammenhang mit der Ausbreitung von COVID-19 in Österreich hat die Behörde jedoch per Aussendung und Veröffentlichung auf der Webseite informiert, dass sich daraus zeitliche Implikationen für das gegenständliche Ernennungsverfahren der Bilanzierungsstelle ergeben.

Des Weiteren wurde dabei in Aussicht gestellt, dass sich analog dazu das Inkrafttreten der GMMO-VO 2020 um einige Monate verzögern wird. Als indikativer Zieltermin wurde ursprünglich der 1. April 2022 genannt, wobei dies nicht das tatsächlich festgelegte Datum des In-Kraft-Tretens sein muss. Das neue Datum ist erst durch Novelle der GMMO-VO 2020 festzulegen, welche sich aktuell in Begutachtung befindet. Darin ist nunmehr der 1. Oktober 2022 als relevanter Tag vorgesehen, wobei der tatsächliche Tag des In-Kraft-Tretens der GMMO-VO 2020 hier nicht vorweggenommen werden kann. Angesichts der vorhandenen Flexibilität für das Wirksamwerden der Ernennung war somit hier ein passender Stichtag mit einer zumindest zehnmonatigen Vorbereitungsdauer gerechnet ab formeller Rechtskraft des Bescheids vorzusehen (Spruchpunkt II.).

Gemäß § 170a Abs. 1 GWG 2011 erlöschen Konzessionen der Bilanzgruppenkoordinatoren gemäß § 85 GWG 2011 idF BGBl. I Nr. 107/2011, mit der Übernahme der Aufgaben durch das ernannte Unternehmen. Gemäß § 46 Abs. 1 GMMO-VO 2020 hat das erste und zweite Clearing von Bilanzgruppen und besonderen Bilanzgruppen für Zeiträume vor dem Inkrafttreten des neuen Marktmodells nach der bis dahin gültigen Systematik der GMMO-VO 2012 zu erfolgen. Dieser Aufgabe können nur die bis zum Ernennungszeitpunkt bestehenden Bilanzgruppenkoordinatoren nachkommen. Auch nach Inkrafttreten des neuen Marktmodells können diese diesen Aufgaben anhand der bei ihnen vorliegenden Daten jedenfalls effizienter nachkommen. Es war daher vorzusehen, dass die bestehenden Konzessionen für die Abwicklung des Clearings bis zum Zeitpunkt der Ernennung aufrecht bleiben und es hier somit zu keiner Übernahme der Aufgaben durch das ernannte Unternehmen kommt (Spruchpunkt III.).

Wie in Abschnitt 1.1 der AU festgelegt, erfolgt die Ernennung auf eine Dauer von fünf Jahren. Damit nach Ablauf dieser Zeit kein Zustand eintreten kann, in dem keine Bilanzierungsstelle für die Marktgebiete vorhanden ist, ist die Befristung um jeweils ein Jahr zu erstrecken, bis eine Neuernennung vorgenommen wurde (Spruchpunkt IV.).

Weiters sind entsprechende Bedingungen und Auflagen vorgesehen, um die Einhaltung der Ernennungsvoraussetzungen und Grundlagen für die Auswahlbewertung abzusichern (Spruchpunkte V. bis VI.).

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann gemäß § 7 VwGVG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach erfolgter Zustellung dieses Bescheides bei der E-Control einzubringen und hat die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, die belangte Behörde, die Gründe auf die sich die behauptete Rechtswidrigkeit stützt sowie das Begehren zu enthalten.

Mit Einbringung der Beschwerde ist Eingabegebühr von **EUR 30,00** gemäß § 14 TP 6 Abs. 5 Z 1 lit. b Gebührengesetz (GebG) 1957, BGBl. 267/1957 idGF iVm § 2 BuLVwG-EGebV,

BGBI. II 387/2014 idgF, fällig. Es wird ersucht, die Gebühr unter Angabe des Verwendungszwecks durch Überweisung auf das entsprechende Konto des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel gem § 1 Abs. 3 BuLVwG-EGebV, IBAN: AT83 0100 0000 0550 4109, BIC: BUNDATWW, zu entrichten. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen; dieser Beleg ist der Eingabe anzuschließen. Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer können die Entrichtung der Gebühr auch durch einen schriftlichen Beleg des spätestens zugleich mit der Eingabe weiterzuleitenden Überweisungsauftrages nachweisen, wenn sie darauf mit Datum und Unterschrift bestätigen, dass der Überweisungsauftrag unter einem unwiderruflich erteilt wird.

IV. Gebührenhinweis

Energie-Control Austria
für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control)

Wien, am 20.07.2021

***** (Beilagen nicht Teil der Veröffentlichung)