



**E-CONTROL**

V ZER G 01/12

PA 2782/12

Gas Connect Austria GmbH  
Floridotower  
Floridsdorfer Hauptstraße 1  
1210 Wien  
per RSb

## **B E S C H E I D**

Aufgrund des Antrages der Gas Connect Austria GmbH vom 9. 2. 2012 auf Zertifizierung als Fernleitungsnetzbetreiber im Sinne der §§ 112 bis 116 Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011), BGBl I Nr 107/2011 idF BGBl 138/2011, ergeht gemäß § 7 Abs 1 E-ControlG iVm § 119 GWG 2011 nachstehender

### **I. Spruch**

- I. Es wird festgestellt, dass die Gas Connect Austria GmbH die Voraussetzungen der §§ 112 bis 116 GWG 2011 unter der Maßgabe der Spruchpunkte II. und III. erfüllt und somit als unabhängiger Fernleitungsnetzbetreiber (Independent Transmissionsystem Operator – ITO) gem § 119 Abs 1 Z 3 GWG 2011 zertifiziert wird.
- II. Die Zertifizierung wird unter nachfolgenden auflösenden Bedingungen erteilt:
  - a. Die Gas Connect Austria GmbH bezieht ab dem 31. 7. 2012 keine Dienstleistungen von der OMV Refining & Marketing GmbH.
  - b. Die Gas Connect Austria GmbH hat spätestens ab 31. 12. 2012 Vertragshoheit über sämtliche sie betreffende Versicherungsverträge und bezieht keine Dienstleistungen betreffend Versicherungen von der OMV Gas & Power GmbH oder von OMV Gas & Power GmbH kontrollierten Unternehmen.

- c. Die Gas Connect Austria GmbH verfügt spätestens ab 31. 7. 2012 über einen rechtsgültigen Gesellschaftsvertrag sowie über rechtsgültige Geschäftsordnungen für die Geschäftsführung und für den Aufsichtsrat, die inhaltlich den Beilagen .11, .12 und .13 des Antrages entsprechen.
  - d. Die Gas Connect Austria GmbH bestellt bis 31. 8. 2012 eine Gleichbehandlungsbeauftragten und stellt durch Vertrag mit diesem sicher, dass die Unabhängigkeitsbestimmungen der §§ 116 Abs 2 iVm 114 Abs 1 bis 3 GWG 2011 eingehalten werden.
  - e. Die in den Spruchpunkten II.a. bis II.d. vorgesehenen Zeitpunkte können in Ausnahmefällen um sechs Monate überschritten werden, wenn die Regulierungsbehörde entscheidet, dass die Verzögerung auf Umstände zurückzuführen ist, auf die die Gas Connect Austria GmbH keinen Einfluss hat.
- III. Der Gas Connect Austria GmbH wird die Auflage erteilt, die Bedingungen spätestens zu den in den Spruchpunkten II.a. bis II.d. festgelegten Zeitpunkten (Kalenderdatum, Eintreten eines Ereignisses) unverzüglich nachzuweisen, es sei denn, die Regulierungsbehörde trifft eine anderslautende Entscheidung gemäß Spruchpunkt II.e.

## II. Begründung

### A. Verfahrensablauf

Die Gas Connect Austria GmbH (nachfolgend: „GCA“) hat am 9. 2. 2012 den Antrag auf Zertifizierung als Fernleitungsnetzbetreiber im Sinne der §§ 112 bis 116 GWG 2011 eingereicht.

Diesem Antrag sind zahlreiche Gesprächstermine auf Expertenebene im Vorfeld zum gemeinsamen Verständnis vorausgegangen.

Die Regulierungsbehörde hat gem § 119 Abs 4 GWG 2011 iVm § 21 Abs 5 E-ControlG binnen vier Monaten einen begründeten Entscheidungsentwurf ab Einleitung des Verfahrens bzw ab Vorliegen der vollständigen Unterlagen an die Europäische Kommission zu übermitteln. Die Europäische Kommission prüft den Entscheidungsentwurf und übermittelt binnen zwei Monaten eine Stellungnahme an die Regulierungsbehörde; wird die Agentur beigezogen, verlängert sich diese Frist um weitere zwei Monate [Art 3 Abs 1 VO (EG) 715/2009].

Erfolgt eine Stellungnahme der Europäischen Kommission, ist diese von der Regulierungsbehörde so weit wie möglich zu berücksichtigen und eine allfällige Abweichung

von der Stellungnahme der Europäischen Kommission zu begründen [Art 3 Abs 2 VO (EG) 715/2009, § 119 Abs 4 GWG 2011].

Der Entscheidungsentwurf wurde am 4. 4. 2012 an die Europäische Kommission übermittelt. Die Europäische Kommission hat am 4. 6. 2012 eine Stellungnahme nach Art 3 Abs 1 VO (EG) 715/2009 und Art 10 Abs 6 RL 2009/73/EG abgegeben. Die Regulierungsbehörde hat der Antragstellerin die Stellungnahme der Europäischen Kommission am 5. 6. 2012 zur Stellungnahme übermittelt. Am 18. 6. 2012 langte ein Schreiben der Antragstellerin ein, in dem auf die vorgebrachten Punkte der Europäischen Kommission ausführlich eingegangen wird um den Bedenken der Europäischen Kommission Rechnung zu tragen.

## **B. Ausführungen der Antragstellerin und rechtliche Beurteilung**

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf dem schriftlichen Vorbringen der Antragstellerin, dem offenen Firmenbuch bzw sind amtsbekannt.

### **1. Übertragungsnetzbetreiber, vertikal integriertes Unternehmen, Entflechtungsmodell ITO**

Gem § 119 Abs 3 Z 1 GWG 2011 ist ein Fernleitungsnetzbetreiber verpflichtet einen Antrag auf Zertifizierung unverzüglich zu stellen, sofern der Fernleitungsnetzbetreiber noch nicht zertifiziert ist. Fernleitungsnetzbetreiber haben den Entflechtungsbestimmungen des von ihnen gewählten Entflechtungsmodells der §§ 108 bis 117 GWG 2011 bis 3. 3. 2012 nachzukommen.

Nach § 7 Abs 1 Z 18 GWG 2011 ist Fernleitung der *„Transport von Erdgas durch ein hauptsächlich Hochdruckfernleitungen umfassendes Netz, mit Ausnahme von vorgelagerten Rohrleitungsnetzen und des in erster Linie im Zusammenhang mit der lokalen Erdgasverteilung benutzten Teils von Hochdruckfernleitungen, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, jedoch nicht die Versorgung der Kunden selbst“*. Eine Fernleitungsanlage ist gem § 7 Abs 1 Z 19 GWG 2011 *„eine Erdgasleitungsanlage zum Zwecke der Fernleitung“*. Nach § 7 Abs 1 Z 20 GWG 2011 ist ein Fernleitungsnetzbetreiber *„eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die die Funktion der Fernleitung wahrnimmt und verantwortlich ist für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Fernleitungsnetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls die Verbindungsleitungen zu anderen Netzen sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, eine angemessene Nachfrage nach Transport von Gas zu befriedigen“*.

Die Antragstellerin ist daher jedenfalls gem § 7 Abs 1 Z 20 GWG 2011 als Fernleitungsnetzbetreiber zu qualifizieren. Die Antragstellerin betreibt die Hungaria-Austria-Gasleitung (HAG), die Süd-Ost-Leitung (SOL), die Penta West (PW), die Kittsee-Petrzalka-Gasleitung (KIP) sowie das Primärverteilersystem I (PVS I; vgl Anlage 2 Z 3 bis 7 zu § 84 GWG 2011) und ist verantwortlich für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, eine angemessene Nachfrage zu befriedigen. Darüber hinaus ist die Antragstellerin als

Fernleitungsnetzbetreiber verpflichtet, die in § 62 GWG 2011 aufgestellten Grundsätze einzuhalten.

Die Antragstellerin steht zu 100 % im gesellschaftsrechtlichen Eigentum eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens. Über die Holding, das ebenfalls vertikal integrierte Erdgasunternehmen OMV Gas & Power GmbH (mit 99,9 % beteiligt an GCA) hält die OMV AG (0,1 % direkte beteiligt an GCA) insgesamt 100 % am Fernleitungsnetzbetreiber GCA. Diese Eigentums- und Beteiligungsverhältnisse sind bis dato unverändert. Tochterunternehmen von OMV Gas & Power GmbH sind auch im Handel bzw Lieferung (EconGas GmbH, OMV Trading GmbH), Speicherung (OMV Gas Storage GmbH, OMV Gas Storage Germany GmbH) und Gewinnung von Erdgas (OMV Austria Exploration & Production GmbH) tätig. Die Antragstellerin ist somit Teil eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens (nachfolgend: VIU) und bleibt dies auch weiterhin in der Eigenschaft als Independent Transmissionsystem Operator (ITO). Ein VIU gem § 7 Abs 1 Z 74 GWG 2011 ist *„ein Unternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen, in der ein und dieselbe(n) Person(en) berechtigt ist (sind), direkt oder indirekt Kontrolle auszuüben, wobei das betreffende Unternehmen bzw. die betreffende Gruppe mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, Verflüssigung/Wiederverdampfung (LNG) oder Speicherung und mindestens eine der Funktionen Gewinnung oder Lieferung von Erdgas wahrnimmt“*. Kontrolle iSd § 7 Abs 1 Z 30 GWG 2011 ist definiert als *„Rechte, Verträge oder andere Mittel, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch; a) Eigentums- und Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens; b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren“* – vgl dazu etwa auch Art 3 Abs 2 VO (EG) 139/2004 (FKVO). Es ist darauf hinzuweisen, dass alleinige Kontrolle nicht nur vorliegt, wenn ein Unternehmen die Stimmrechtsmehrheit an einem anderen Unternehmen hält, sondern auch dann, wenn ein einzelner Gesellschafter Entscheidungen durch ein Veto verhindern kann („negative alleinige Kontrolle“; vgl OGH 21. 1. 2008, 16 Ok 7/07 sowie Konsolidierte Mitteilung der EU-Kommission zu Zuständigkeitsfragen gem VO 139/2004, Rz 54)

Die Antragstellerin als Fernleitungsnetzbetreiber und als Teil eines VIU hat daher einen Antrag auf Zertifizierung iSd § 119 Abs 3 Z 1 GWG 2011 zu stellen.

Die Antragstellerin war am 3. 9. 2009 im gesellschaftsrechtlichen Eigentum eines VIU, nämlich von OMV Gas & Power GmbH, weshalb gem § 112 Abs 1 GWG 2011 für die Antragstellerin die Möglichkeit besteht, das Modell der eigentumsrechtlichen Entflechtung iSd § 108 GWG 2011 nicht anzuwenden und stattdessen einen Unabhängigen Fernleitungsnetzbetreiber (Independent Transmissionsystem Operator – ITO) zu benennen.

## 2. Rechtsform und Konzernstruktur

Für einen ITO gelten die in Art 1 RL 68/151/EWG idF RL 2006/99/EG genannten Rechtsformen (§ 112 Abs 9 GWG 2011), somit auch die von der Antragstellerin gewählte Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Eine Beteiligung des ITO am VIU in den Bereichen Gewinnung oder Versorgung ist unzulässig. Aber auch Gewinnungs- oder Versorgungsunternehmen des VIU dürfen keine Anteile am ITO halten (§ 112 Abs 3 GWG 2011). Weder die Gewinnungsunternehmen noch Versorger bzw Lieferanten halten Anteile an der Antragstellerin, noch hält die Antragstellerin Anteile an diesen soeben erwähnten Unternehmen, vielmehr erfüllt die Antragstellerin die gesetzlichen Vorgaben durch Positionierung unter der gemeinsamen Holding OMV Gas & Power GmbH (Anlage ./1, offenes Firmenbuch; alle in weiterer Folge zitierten Anlagen sind Anlagen zum Antrag).

## 3. Corporate Identity

Die Unternehmensidentität sowie der gesamte Außenauftritt – also die Corporate Identity – müssen sich gem § 112 Abs 4 GWG 2011 erkennbar und hinreichend vom VIU unterscheiden, sodass eine Verwechslung in Bezug auf das VIU oder irgendeinen Teil davon ausgeschlossen ist (dies im Unterschied zum Verteilernetzbetreiber, bei dem bloß auf die Versorgungssparte des VIU abgestellt wird, sodass sich der Verteilernetzbetreiber nur hinreichend und erkennbar – allerdings nach den gleichen nachfolgenden Grundsätzen wie der ITO – vom Vertrieb unterscheiden muss; vgl dazu § 106 Abs 3 GWG 2011).

Die Corporate Identity ist die Gesamtheit der kennzeichnenden und als Organisation von anderen Unternehmen unterscheidenden Merkmale. § 112 Abs 4 Satz 2 GWG 2011 normiert, dass der ITO *„daher nur Zeichen, Abbildungen, Namen, Buchstaben, Zahlen, Formen und Aufmachungen verwenden [darf], die geeignet sind, die Tätigkeit oder Dienstleistungen des Übertragungsnetzbetreibers von denjenigen des vertikal integrierten [Unternehmens] zu unterscheiden“*. Hinsichtlich Unterscheidungskraft sind laut Erläuternden Bemerkungen zu § 112 Abs 4 Satz 2 GWG 2011 *„kennzeichenrechtliche- und markenschutzrechtliche Grundsätze (§ 9 UWG, § 1 MarkenschutzG 1970) anzuwenden. Verwechslungsgefahr liegt somit insbesondere dann vor, wenn der Gebrauch von Zeichen, Abbildungen, Namen, Buchstaben, Zahlen, Formen und Aufmachungen geeignet ist, einen Irrtum über die Zuordnung zu einem bestimmten Unternehmen hervorzurufen, also die Öffentlichkeit glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen stammen. Entscheidend ist die Eignung zur Verwechslung – ob schon Verwechslungen unterlaufen sind, ist irrelevant. Maßgeblich ist dabei die Verkehrsauffassung, dabei ist auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittskunden abzustellen. Das Gesetz stellt somit auf ‚Verwechslungen im weiteren Sinn‘ ab“*. Zum Außenauftritt bzw zur Corporate Identity zählen insbesondere der Unternehmens- bzw Firmenname, das Unternehmens- bzw Firmenlogo, eingetragene Marken, die Werbelinie und Slogans, der Internetauftritt, elektronische Post, die Kundenzeitschrift, die Rechnung und das Briefpapier, die Visitenkarte (vgl Erläuternde Bemerkungen zu § 112 Abs 4 Satz 2 GWG 2011). Bei Prüfung nach kennzeichenrechtlichen-

und markenschutzrechtlichen Grundsätze bei Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist somit Folgendes zu berücksichtigen: der Grad der Zeichenähnlichkeit bzw allenfalls die Zeichenidentität, der Grad der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen oder der Grad der Branchenverschiedenheit oder -nähe, die Kennzeichnungskraft (originäre Unterscheidungskraft) des Zeichens sowie ein allfällig gesteigerter Schutzzumfang durch Bekanntheit des Zeichens. Die Erläuternden Bemerkungen zu 112 Abs 4 Satz 2 GWG 2011 gestehen dem ITO aber zu, sich einer Unternehmensgruppe – etwa durch Hinweis auf den Konzern – zuzuordnen. Insgesamt ist immer auf den Gesamteindruck (Marke, Firmenname, Kennzeichen, Farbe, Bedeutung, Größe der Schrift, etc.) abzustellen.

Keinesfalls zulässig ist somit ein sog „Dachmarken-Modell“, wonach die zum VIU gehörenden Unternehmen eine einheitliche Dachmarke führen, da der Durchschnittsverbraucher Zusätze zum Firmennamen oder zur Marke (wie „Versorgung“ oder „Netz“) kaum wahrnimmt. Man nimmt nur ein einziges Unternehmen wahr (nämlich die Dachmarke). Jedenfalls zulässig ist das „Trennungs-Modell“: Eine komplette kennzeichen- und markenrechtliche Trennung ist in einem derartigen Modell erforderlich. Bei diesem Modell ist jede Verwechslung ausgeschlossen, da der Übertragungsnetzbetreiber eine Corporate Identity wählt, die nicht verwechslungsfähig ist zur Unternehmensidentität des VIU. Das „Gruppenmodell“ setzt auf dem „Trennungs-Modell“ auf. Es gelten prinzipiell die gleichen Grundsätze, jedoch wird auf die Zugehörigkeit zu demselben VIU – wie es die Erläuternden Bemerkungen zu § 112 Abs 4 Satz 2 GWG 2011 zugestehen – hingewiesen. Der Fernleitungsnetzbetreiber darf sich also einer Unternehmensgruppe zuordnen.

Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin das „Trennungsmodell“ gewählt: Der Fernleitungsnetzbetreiber „OMV Gas GmbH“ wurde am 4. 1. 2012 auf „Gas Connect Austria GmbH“ umfirmiert und es wurde auch ein anderes Markenlogo gewählt (vgl Anlage /19). Es sind sowohl die Zeichen bzw Buchstaben der Firma der Antragstellerin (Gas Connect Austria GmbH) von jenen des VIU gänzlich unterschiedlich (zB OMV Gas & Power GmbH, EconGas GmbH, etc.). Auch die Farbwahl des Logos der Antragstellerin (grün, schwarz) ist anders gestaltet als jene des VIU (zB OMV: blau, grün). Sowohl der Internetauftritt ([www.gasconnect.at](http://www.gasconnect.at), [www.omv.at](http://www.omv.at)) als auch die E-Mails ([max.mustermann@gasconnect.at](mailto:max.mustermann@gasconnect.at), [max.mustermann@omv.at](mailto:max.mustermann@omv.at)) unterscheiden sich voneinander. Die Antragstellerin verfügt weiters über eine eigene Telefonnummer. Auch Visitenkarten und das Briefpapier folgen dem Muster dieser Corporate Identity. Auch die Leuchtreklame mit dem Logo „OMV“ wird entfernt. Die Antragstellerin hat das rechtlich zulässige „Gruppenmodell“ gewählt und bei ihrer Marke bzw bei der Firma am Briefpapier, auf der Visitenkarte, bei der E-Mail-Signatur, auf ihrer Website, etc. in Kleindruck den Hinweis „Ein OMV Unternehmen“ aufgenommen. Darüberhinaus übernimmt eine eigene Kommunikationsabteilung vollinhaltlich jene Aufgaben, die bisher teilweise oder ausschließlich von der OMV-Konzernkommunikation wahrgenommen wurden, wie insbesondere Media Relations, Betreuung von Online Medien, Design, Advertising und Sponsoring, interne Kommunikation, Events sowie die Abstimmung des Kontakts zu nationalen und internationalen Fachgremien. In einer eigenen Richtlinie der Kommunikationsabteilung der Antragstellerin werden die Bereiche Presseanfragen und

Medienkontakte, Presseaussendungen, Pressekonferenzen etc. geregelt werden, wobei eine Abstimmung mit anderen Teilen des VIU nicht vorgesehen ist.

Die Europäische Kommission ist in ihrer Stellungnahme vom 4. 6. 2012 der Ansicht, dass die Hinzufügung des Begriffs „Ein OMV Unternehmen“ in der offiziellen Kommunikation und dem Erscheinungsbild der GCA zu unterlassen sei, da dies zur Verwirrung in Bezug auf die Unabhängigkeit vom VIU führe und nicht im Einklang mit der RL 2009/73/EG stehe. Ungeachtet dessen, dass die Erläuternden Bemerkungen zu § 112 Abs. 4 GWG 2011 explizit davon sprechen, dass Fernleitungsnetzbetreiber sich einer Unternehmensgruppe zuordnen dürfen, indem in Kleindruck auf die Konzernmutter verwiesen wird, erscheint die gewählte Interpretation aus dem Blickwinkel des ITO-Modells als gerechtfertigt. Sowohl der Text des § 112 Abs. 4 GWG 2011 als auch Artikel 17 Abs. 4 RL 2009/73/EG sehen vor, dass „eine Verwechslung mit der eigenen Identität des vertikal integrierten Erdgasunternehmens oder irgendeinen Teils davon ausgeschlossen“ werden muss. Diesbezüglich scheinen die oben beschriebenen Änderungen des Logos sowie der Kommunikationsaktivitäten ausreichend um eine Verwechslung mit anderen Unternehmen des OMV-Konzerns auszuschließen. Der Zusatz „Ein OMV Unternehmen“, der in den Buchstaben der neuen Corporate Identity der GCA gehalten ist, kann daher zu keiner Verwirrung in Bezug auf die Unabhängigkeit vom VIU führen sondern kommuniziert gerade durch die Kombination einer unverwechselbaren Marken- und Kommunikationspolitik mit dem Verweis auf den OMV-Konzern, dass zwischen diesen Unternehmen eine besondere Beziehung besteht.

Eine Verwechslung zwischen der Antragstellerin und dem VIU oder irgendeinem Teil davon ist somit ausgeschlossen, weshalb die Vorgaben des § 112 Abs 4 GWG 2011 erfüllt sind.

#### **4. Technische sowie materielle Ressourcen und zivilrechtliches Eigentum**

Der ITO muss über alle technischen und materiellen Ressourcen verfügen, er muss Eigentümer des Fernleitungsnetzes sowie der Vermögenswerte sein, der Betrieb fremder vorgelagerter Rohrleitungsnetze ist zulässig (§ 112 Abs 2 Satz 1 iVm Abs 2 Z 1 GWG 2011). Darunter ist das zivilrechtliche Eigentum zu verstehen (vgl Erläuternde Bemerkungen zu § 12 Abs 2 GWG 2011).

Im Jahresabschluss ist auf der Aktivseite das Anlagevermögen der Antragstellerin abgebildet. Aus den Erläuterungen zum Jahresabschluss (insb Anhang und Lagebericht, vgl dazu offenes Firnebuch) ist kein gegenteiliger Hinweis ersichtlich (vgl dazu insb §§ 222, 236 UGB, wonach ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmen zu vermitteln ist), aus dem hervorginge, dass die Antragstellerin nicht zivilrechtliche Eigentümerin des Fernleitungsnetzes wäre. Dieser Anlagenbestand wird auch von Deloitte Audit Wirtschaftsprüfungs GmbH bestätigt, wonach HAG, SOL, PW, KIP sowie PVS I im Anlagenbestand der Antragstellerin per 31. 12. 2010 aktiviert sind (vgl dazu Anlage ./4; zum Netzplan und zur Anlagenbeschreibung vgl Anlage ./5 und ./6). Die Antragstellerin verfügt daher über die vom Gesetz geforderten technischen und materiellen Ressourcen.

## **5. Personelle Ressourcen und Kernaufgaben**

### **a. Allgemeines**

Gem § 112 Abs 2 Z 2 GWG 2011 muss das Personal beim ITO angestellt sein. Die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich Personalleasing, durch das VIU ist untersagt (§ 112 Abs 2 Z 3 GWG 2011).

Der Mitarbeiterstand der Gas Connect Austria GmbH beträgt mit Jänner 2012 insgesamt 367 Mitarbeiter, davon sind inklusive Lehrlingen etwa 200 Mitarbeiter für die Wartung und Instandhaltung des Fernleitungsnetzes im Bereich Operations & Maintenance tätig. Diese Personen sind alle direkt bei der Gas Connect Austria GmbH angestellt.

### **b. Eigene Rechtsabteilung und Buchhaltung**

§ 112 Abs 2 Z 2 GWG 2011 verlangt vom ITO, dass er über eine eigene Rechtsabteilung und Buchhaltung verfügt.

Die Antragstellerin verfügt sowohl über eine Finanz- (Buchhaltung) als auch eine Rechtsabteilung. Personal,- Finanz- und Rechtsagenden werden von der Antragstellerin selbstständig wahrgenommen oder an Dritte ausgelagert, die nicht dem VIU angehören (vgl dazu das Organigramm der Organisation Anlage ./2 sowie die Organigramme der Abteilungen Finanz und Recht Anlage ./3).

### **c. IT-Systeme und -Ausrüstung**

Der ITO muss über eigene IT-Dienste verfügen (§ 112 Abs 1 Z 2 GWG 2011) und unterlässt die gemeinsame Nutzung von IT-Systemen oder -ausrüstung (§ 112 Abs 5 GWG 2011).

Die Antragstellerin verfügt über eine eigene IT-Abteilung mit 11 Mitarbeitern (vgl dazu das Organigramm der Organisation Anlage ./2 sowie die Organigramme der Abteilungen Finanz und Recht Anlage ./3).

Sämtliche IT-Aufgaben, welche bisher für den OMV-Konzern bei OMV Global Solutions GmbH angesiedelt waren, wurden an die Antragstellerin übertragen. Die Antragstellerin verfügt nunmehr über eigene Server in zwei Rechenzentren innerhalb von 10 km (siehe Grafiken Anlagen ./21 und ./21a). Durch zwei unterschiedliche Leitungswege zwischen den beiden Rechenzentren ist eine Disaster-Redundanz gewährleistet. Die Infrastruktur der Antragstellerin in den beiden Rechenzentren wurde mit non-shared-Komponenten umgesetzt und sie ist jeweils durch einen eigenen „Cage“ mit Videoüberwachung gesichert. Der Zutritt zu den „Cages“ ist durch Zutrittsregelung nur von der Antragstellerin autorisiertem Personal gestattet. Darüber hinaus hat die Antragstellerin ein eigenes vom VIU völlig getrenntes internes Netzwerk über eigene Fasern der mit den Pipelines verlegten Lichtwellenleiterkabel und eigene aktive Komponenten. Das Netzwerk ist intern in ein eigenes Officenetzwerk (vgl insb Grafik Anlage ./21) und zusätzlich getrennt davon in ein eigenes Gasnetzwerk (vgl insb Grafik Anlage ./21a) geteilt. Die Antragstellerin hat im Zuge der IT-Migration eigene neue Desktops, Laptops, Drucker, Mobiltelefone und Arbeitsplatzsoftware beschafft. Weiters wurden durchgängig eigene IT-Lizenzen durch Übertragung des Bestandes von den

betreffenden OMV-Gesellschaften auf die Antragstellerin oder durch Neukauf beschafft, insbesondere um Vertragshoheit und eigenes Lizenzmanagement zu gewährleisten. „Shared used Systems“ (z.B. SAP, Datenbanken) mit dem VIU wurden vollständig aufgetrennt.

In zwei regulierungsfernen Bereichen ist geplant, dass sowohl Teile des VIU als auch die Antragstellerin IT-Systeme benutzen.

- Arbeitssicherheitstool

Zur Erhöhung des Arbeitssicherheitsstandards der Antragstellerin wird über das Internet auf ein Sicherheitsmelde- und Statistiktool der OMV zugegriffen [REDACTED]. Es werden dabei Zahlen zu Arbeitsunfällen, Unfallursache und Sicherheitsverbesserungsvorschläge eingegeben. Sicherheitserkenntnisse, Gefahrenwarnungen und Statistiken können zum Nutzen aller Mitarbeiter/Nutzer gesehen werden. [REDACTED]

[REDACTED] wurde genau an die spezifischen Bedingungen der OMV-Gruppe angepasst. Dabei wurden die besonderen Sicherheitsanforderungen der Antragstellerin und ihrer Anlagen berücksichtigt.

Für ein Unternehmen der Größe der Antragstellerin alleine könnte ein solches Tool weder wirtschaftlich betrieben noch auf die individuellen Bedürfnisse angepasst werden. Es sind keine gaswirtschaftlichen oder sonstigen regulatorisch relevante Informationen betroffen, da nur Sicherheitsdaten (Arbeitsunfälle, Ausfallzeiten, Unfallsituation, Kontraktorstatistiken, etc.) erfasst werden. Es werden keine geschäftsbezogenen Daten erfasst und daher sind keine Rückschlüsse auf das Geschäftsverhalten möglich. Die Nutzung des Webtools ist für die Antragstellerin kostenfrei.

- Einkaufstool

Zum wirtschaftlichen Vorteil der Antragstellerin können einzelne Einkaufsmitarbeiter auf strukturierte Markt- und Lieferanteninformationen der OMV-Gruppe via Internet zugreifen. Das Tool (IPA International Procurement Application – Lieferanteninformationen, Datenbank, Lieferantenbewertung, etc.) wird auch von anderen externen Unternehmen (z.B. Borealis) genutzt und beinhaltet keine gaswirtschaftlichen oder sonstige regulatorisch relevanten Informationen. Die Nutzung des Webtools ist kostenfrei. IPA ist eine Anwendung der international anerkannten Firma Synertrade und basiert auf deren namensgleichem Produkt. IPA, wurde über Jahre hinweg an die spezifischen Bedingungen der OMV angepasst. Es wurden z.B. Lieferantenbewertungen entwickelt, Vertragsmuster, Lieferantenauditbögen, Spendanalysen, und andere Einkaufshandwerkzeuge erstellt. Das Ziel dabei ist, schneller an einkaufsrelevante Informationen zu kommen, Einkaufstools zur Vorbereitung von Verhandlungen nutzen zu können, sichere Beschaffungsketten durch dokumentierte Auditergebnisse zu garantieren um letztendlich für die Antragstellerin ein besseres Einkaufsergebnis zu erzielen. Der Antragstellerin bleibt davon unbenommen immer die Vertragshoheit und Entscheidungsfreiheit mit welchem Lieferanten sie kontrahiert.

Für ein Unternehmen der Größe der Antragstellerin alleine könnte ein solches Tool weder wirtschaftlich betrieben noch auf die individuellen Bedürfnisse angepasst werden. Es sind keine gaswirtschaftlichen oder sonstige regulatorisch relevanten Informationen betroffen, da nur lieferantenbezogene Daten und Einkaufsverträge von Categories

(Commodities/Services) betroffen sind (nicht Erdgas, Erdöl). Es werden keine geschäftsbezogenen Daten der Antragstellerin erfasst, die Rückschlüsse auf das Geschäftsverhalten ermöglichen.

Aus rechtlicher Sicht spricht nichts gegen diese Vorgehensweise.

#### **d. Büroräumlichkeiten und Zutrittssystem**

Nach § 112 Abs 5 GWG 2011 hat der ITO eigene Büroräumlichkeiten und Zugangskontrollsysteme zu nutzen.

Die Büroräumlichkeiten der Antragstellerin befinden sich an der Adresse 1210 Wien, Floridsdorfer Hauptstraße 1, die Büroräumlichkeiten der OMV AG und der OMV Gas & Power GmbH in 1020 Wien, Trabrennstraße 6-8, und die Büroräumlichkeiten der EconGas GmbH, in 1220 Wien, Donau-City-Straße 11.

Es bestehen auch getrennte Zutrittssysteme. Ausschließlich Mitarbeitern der Antragstellerin ist es möglich, mit ihrer Zutrittskarte die Büroräumlichkeiten zu betreten.

Die Vorgaben des § 112 Abs 5 GWG 2011 sind somit erfüllt.

#### **e. IT-Berater und -Auftragnehmer**

Der ITO hat zu gewährleisten, dass er betreffend IT-Systeme oder -Ausrüstung nicht mit denselben Beratern oder externen Auftragnehmern wie das VIU zusammenarbeitet (§ 112 Abs 6 GWG 2011).

Grundsätzlich werden andere IT-Berater und -Auftragnehmer ausgewählt, die nicht mit dem VIU zusammenarbeiten. Jedoch gibt es in einigen Marktsegmenten kaum in Frage kommende IT-Dienstleistungsunternehmen, die nicht schon mit dem VIU in Vertragsbeziehung stehen. Die IT-Dienstleistungsunternehmen, die nicht mit dem VIU in Vertragsbeziehung stehen, wollen und können dies nicht von vornherein ausschließen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass OMV AG das größte börsennotierte Unternehmen Österreichs ist. Die meisten von der Antragstellerin benötigten IT-Dienste, gerade im Hinblick auf speziell für die Antragstellerin entwickelte und ausschließlich von der Antragstellerin verwendete Individualsoftware, werden darüber hinaus auch schon jahrelang von bestehenden IT-Dienstleistungsunternehmen erbracht.

Die Antragstellerin hat daher einen Vertragsstandard eingeführt, der die geforderte Trennung der Zusammenarbeit mit Betreuern und externen Auftragnehmern gewährleisten soll:

Die Antragstellerin schließt ausschließlich eigene Verträge mit IT-Dienstleistungsunternehmen ab. Dadurch bewahrt die Antragstellerin die alleinige Vertragshoheit (z.B. hinsichtlich Kündigungsmöglichkeit und Entscheidungshoheit über Investitionen etc.). Die Vertragsstandards enthalten strenge Vorschriften zur Einhaltung der energierechtlichen Besonderheiten eines Netzbetreibers (insbesondere Geheimhaltung und Trennung der Zusammenarbeit mit Beratern und externen Auftragnehmern und Pönalen bei Verstößen).

Bisher von OMV Global Solutions GmbH erbrachte Basisservices wurden über Outsourcing an Kapsch BusinessCom AG als Generalunternehmer übertragen. Dabei wurde darauf geachtet, dass das Knowhow für businesskritische Applikationen bei der Antragstellerin selbst erhalten oder aufgebaut wird. Kapsch BusinessCom AG erhielt den Zuschlag als Bestbieterin nach einem mehrphasigen detaillierten Ausschreibungsprozess. Der zugrunde liegende Generalvertrag wurde bereits im November 2010 abgeschlossen. Vertragstechnisch ist die Einhaltung der gaswirtschaftlichen Bestimmungen durch die Einarbeitung der entsprechenden Passagen, insbesondere betreffend die pönalisierte Geheimhaltung wirtschaftlich sensibler Informationen (bei Verstoß [REDACTED] verschuldensunabhängiger Schadenersatz) und das Verbot der Zusammenarbeit mit denselben Mitarbeitern, die auch andere OMV Konzerngesellschaften betreuen, sichergestellt. Etwaige Schadenersatzansprüche bleiben von diesen vertraglichen Regelungen unberührt und stehen der Antragstellerin im Falle eines Verstoßes daher zusätzlich zu (vgl dazu den Outsourcing-Vertrag mit Kapsch BusinessCom AG, Anlage /23).

Bezüglich weiterer benötigter IT-Dienstleistungsunternehmen (der sogenannten „Direktkontraktoren“ [REDACTED] [REDACTED], nutzt die Antragstellerin keine Applikationen gemeinsam mit dem VIU. Die Antragstellerin kontrahiert im Sinne völlig eigener Vertragshoheit eigenständig. Daher werden bestehende Verträge von OMV Global Solutions GmbH auf die Antragstellerin übertragen bzw. neu abgeschlossen. In den zu Grunde liegenden Vertragsdokumenten sind hinsichtlich der energierechtlichen Erfordernisse, strenge Vorgaben vorgesehen: Vor allem werden alle diese IT-Dienstleistungsunternehmen ausnahmslos dazu verpflichtet, eine pönalisierte Geheimhaltungsverpflichtung (vorgesehener Vertragsstandard ist ein Pönale in der Höhe von [REDACTED] pro Verletzung, zusätzlich zu Schadenersatzansprüchen) bezüglich marktsensibler Daten einzugehen, ihre Mitarbeiter mit Geheimhaltungsverpflichtungen zu versehen und es dürfen nicht dieselben Betreuer mit dem VIU und der Antragstellerin zusammenarbeiten (siehe Vertragspassagen „Direktkontraktoren“, Anlage /24).

Somit ist die vertrauliche Behandlung von wirtschaftlich sensiblen Informationen iSd § 11 GWG 2011 durch Geheimhaltungsvereinbarungen sowohl beim Generalunternehmer als auch bei „Direktkontraktoren“ sichergestellt. Weiters ist vertragsrechtlich sichergestellt, dass nicht dieselben IT-Berater ad personam gleichzeitig mit der Antragstellerin als auch mit anderen Teilen des VIU zusammenarbeiten.

#### **f. Kernaufgaben**

Darüber hinaus normiert das GWG 2011, dass die Geschäftstätigkeit des ITO neben den in § 62 GWG 2011 aufgeführten Pflichten und Aufgaben mindestens die in § 112 Abs 8 GWG 2011 aufgezählten Tätigkeiten beinhalten muss.

- Vertretung der Antragstellerin (Z 1 und Z 2)

Die Antragstellerin ist Ansprechpartner für Geschäftspartner, für Behörden und Dritte. Sie schließt Verträge im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ab und reicht sämtliche die Gesellschaft betreffenden Unterlagen an Verwaltungs- und Regulierungsbehörden selbstständig ein. Die Antragstellerin ist Gründungsmitglied der ENTSOG. Dr. Harald Stindl, (Geschäftsführer der Antragstellerin) ist Board Member im Executive Bord der ENTSOG (vgl dazu Anlage .126).

- Gewährung und Regelung des Zugangs Dritter (Z 3)

Die Antragstellerin gewährt auf Basis der von der Regulierungsbehörde genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Fernleitungsnetzbetreiber Netzzugang zu nichtdiskriminierenden Bedingungen. In Zukunft wird die Antragstellerin im Rahmen der Netzkodizes und der daraus unmittelbar resultierenden rechtlichen Vorgaben den Zugang Dritter zu ihren Erdgasfernleitungsnetzen gewähren und regeln.

- Einhebung von Entgelten (Z 4)

Die Antragstellerin hebt alle fernleitungsnetzbezogenen Entgelte selbst ein.

- Betrieb, Wartung und Ausbau des Fernleitungsnetzes (Z 5)

Sowohl der Betrieb, die Wartung als auch der Ausbau des Netzes werden durch die Antragstellerin wahrgenommen und sind durch interne, unabhängige Prozesse unterstützt. (vgl dazu das Projekthandbuch, Anlage .127).

- Investitionsplanung und Versorgungssicherheit (Z 6)

Die Investitionsplanung ist integraler Bestandteil des Mittelfristplanungsprozesses. Soweit Projekte der Langfristplanung bzw. des von der Regulierungsbehörde genehmigten nationalen 10-Jahresplanes für Netzausbauten wirtschaftlich darstellbar sind, fließen solche in die Investitionsplanung der Antragstellerin ein. Einerseits stellt die Projektabteilung durch ihre Planungsprozesse und –aktivitäten sicher, dass die für eine angemessene Nachfrage zusätzlich notwendigen Kapazitäten durch Neuinvestitionen zur Verfügung gestellt werden, andererseits werden Ersatz- und Erhaltungsinvestitionen, die die Versorgungssicherheit von bestehenden Netzen und Kapazitäten gewährleisten sollen, durch die Abteilung Operations & Maintenance in die Investitionsplanung eingebracht. Die Antragstellerin ist Mitglied zweier TSO- Arbeitsgruppen, die die sog. GRIP (= Gas Regional Investment Plans) erstellen und wirkt aktiv an der Erstellung des TYNDP (= Ten Year Network Development Plan) mit.

## **6. Ausnahmen betreffend personelle Ressourcen und Dienstleistungen**

Das VIU erbringt grundsätzlich keine Dienstleistungen für die Antragstellerin, zahlreiche sogenannte Service Level Agreements wurden mit Stichtag 31. 12. 2011 gekündigt bzw. einvernehmlich aufgelöst, andere traten bereits zu einem früheren Zeitpunkt außer Kraft, sodass die Vorgaben des § 112 Abs 2 Z 3 GWG 2011 erfüllt sind.

Vom Grundsatz, dass Dienstleistungen vom VIU an den ITO nicht erbracht werden dürfen (§ 112 Abs 2 Z 3 GWG 2011), gibt es einige wenige begründete Ausnahmen, auf die in den Punkten 6.a. bis 6.d. eingegangen wird.

Diese Ausnahmen sind gerechtfertigt, weil sie entweder bis zum 31. 7. 2012 oder 31. 12. 2012 zeitlich befristet gewährt werden (Punkten 6.c. und 6.d.) oder aber weil sie – jedenfalls gegenwärtig – aufgrund der Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit unabdingbar sind (vgl. die Punkte 6.b.). Schließlich erscheint die Erbringung der unter Punkt 6.a. angeführten und aus dem Blickwinkel der Entflechtung unproblematischen Dienstleistungen durch das VIU als gerechtfertigt, weil effektive Maßnahmen zur vertraulichen Behandlung der Daten ergriffen werden und gleichzeitig Synergieeffekte erzielt werden können.

Generell gilt jedoch auch für all die vorgenannten Bereiche, dass alle Änderungen oder geplanten Änderungen, die eine Neubewertung der Zertifizierung erforderlich machen unverzüglich anzuzeigen sind (§ 119 Abs 3 Z 2 GWG 2011) bzw. seitens der Regulierungsbehörde von Amts wegen ein Verfahren einzuleiten ist, wenn Änderungen oder geplante Änderungen, zu einem Verstoß gegen die Entflechtungsvorschriften führen können oder bereits geführt haben (§ 119 Abs 2 Z 2 GWG 2011). Schließlich ist die Regulierungsbehörde jederzeit berechtigt, im Rahmen ihrer Überwachungs- und Aufsichtsfunktionen ein Marktmissbrauchsverfahren einzuleiten (§ 24 Abs 1 Z 1 bis 3 E-ControlG; vgl insb Z 3 „Überwachung der Entflechtung“), dabei Auskunftsverlangen zu stellen (§ 10 GWG 2011, § 34 E-ControlG) sowie in begründeten Fällen Anträge auf Hausdurchsuchung an das Kartellgericht zu richten (§ 25 Abs 2 bis 6 E-ControlG).

#### **a. Kontroll- und Instandhaltungstätigkeiten Gasstation Auersthal**

OMV Austria Exploration & Production GmbH ist mit einem Anteil von 60 %, die Antragstellerin mit einem Anteil von 40 % Miteigentümerin einer Liegenschaft der Gasstation Auersthal.

Auf dem Grundstück befinden sich Anlagen beider Vertragsparteien, welche zum Teil gemeinsam genutzt werden. Hauptvertragsgegenstand ist die Einräumung wechselseitiger Zugangs- und Nutzungsrechte. OMV Austria Exploration & Production GmbH führt Kontrolltätigkeiten und kleinere Instandhaltungsarbeiten (Generatorgebäude, Feuerwehrdepot, Kondensat-Anschluss; Treppenübergänge, Fackelsystem) auf ihren Anlagen durch, welche von der Antragstellerin mitbenützt werden dürfen. Für das Nutzungsrecht sowie die Hilfsdienstleistungen wird eine Monatspauschale von [REDACTED] verrechnet. OMV Austria Exploration & Production GmbH erhält durch diese regulierungsfernen Hilfstätigkeiten keinen Zugang zu wirtschaftlich sensiblen Informationen. Diese vertragliche Situation soll beibehalten werden, unter anderem um zu vermeiden, dass die Antragstellerin permanent Personal in der Station Auersthal bereitstellen muss.

#### **b. Inspektions- und Wartungsarbeiten Übergabemessstationen Schönkirchen-Reyersdorf und Thann**

Die Übergabemessstation Schönkirchen-Reyersdorf sowie Thann erfassen und registrieren die Gasmengen und Gasqualität für Gas zum Einspeichern bzw. Entnehmen in/aus den Erdgasspeichern für die Speicherstation der OMV Gas Storage GmbH sowie Brenngas für die Speicherstation der OMV Austria Exploration & Production GmbH von/zu den PVS Leitungen G00-023/2, G00-030/3 und G00-035/2 bzw. OÖF Kronstorf I. Die

Übergabestationen befinden sich örtlich innerhalb des Areals der Speicherstationen und sind steuerungstechnisch und in Bezug auf Infrastrukturversorgung voll in die Speicherstationen integriert, zum Beispiel was Stromanspeisung, unterbrechungsfreie Stromversorgung, Instrumenten-Luft, Emergency Shut Down System, Fernübertragung, Blitzschutzanlagen, Gaswarnanlagen sowie Brandschutzeinrichtungen betrifft. Durch die Verflechtung der Infrastruktur und Steuerung der Speicher- und Messstationen sind Störungssuche und die o.g. anlagenbezogenen Arbeiten nicht ohne das Personal von OMV Austria Exploration & Production GmbH durchzuführen. Im Zusammenhang mit den erwähnten Hilfsdienstleistungen wird in Thann eine Monatspauschale von [REDACTED], sowie übliche Stundensätze verrechnet (z.B. für den Wechsel der Filtereinsätze für Filterseparatoren, welcher alle drei Jahre vorgenommen wird, kommen Stundensätze zwischen [REDACTED] und [REDACTED] zur Anwendung). Zumal wirtschaftlich sensible Daten nicht in die Hände von OMV Austria Exploration & Production GmbH gelangen - sämtliche Messungen erfolgen ausschließlich durch die Antragstellerin - und der Leistungsaustausch auch aus wirtschaftlicher Sicht nicht bedeutsam ist, kann die bisherige Konstellation aus den erwähnten Gründen beibehalten werden. Da es sich um Infrastrukturdienstleistungen zwischen Netz und Speicher handelt und dies für die Versorgungssicherheit unerlässlich ist.

#### **c. Wartung von Rohrleitungen auf dem Betriebsgelände Schwechat**

Der Vertrag mit OMV Refining & Marketing GmbH soll erst dann gekündigt werden wenn die infrastrukturellen Umbauten in der Raffinerie Schwechat abgeschlossen sind. Derzeit werden die Leitungen der Antragstellerin, welche durch die Raffinerie führen durch eine Rohrleitung G00/122 ersetzt. In weiterer Folge wird die Antragstellerin die Leitungen, welche zurzeit noch von OMV Refining & Marketing GmbH erbracht werden, selbst durchführen. Voraussichtlicher Endtermin der Arbeiten ist der 31. 7. 2012, ab diesem Zeitpunkt wird die Wartung der eigenen Rohrleitung G00/122 durch die Antragstellerin selbst vorgenommen.

Diesbezüglich war die Vorschreibung einer Bedingung notwendig (vgl Spruchpunkt 2.a. und Kapitel 12.).

#### **d. Versicherungen**

Aufgrund unterschiedlicher Versicherungslaufzeiten von ungefähr 20 verschiedenen Versicherungsverträgen (teilweise Konzernrahmenverträge, teilweise Einzelpolizzen, mit unterschiedlichen Versicherungsgesellschaften, Sparten und in- und ausländischen Märkten), sowie interner Umstrukturierungsmaßnahmen kann die Antragstellerin diese Aufgaben erst mit Ende des Jahres 2012 selbst vollinhaltlich wahrnehmen. Die Antragstellerin ist jedoch bereits zu diesem Zeitpunkt nicht durch das Verhalten einer anderen OMV-Konzerngesellschaft determiniert. Bis spätestens 31. 12. 2012 wird die Antragstellerin die Vertragshoheit über sämtliche sie betreffende Versicherungsverträge erwirken.

Diesbezüglich war die Vorschreibung einer Bedingung notwendig (vgl Spruchpunkt 2.b. und Kapitel 12.).

## **7. Dienstleistungen des unabhängigen Fernleitungsnetzbetreibers an das vertikal integrierte Unternehmen**

Bei Dienstleistungen der Antragstellerin an das VIU wird nicht zwischen Nutzern diskriminiert (§ 112 Abs 2 Z 3 GWG 2011). Dienstleistungen sind allen Nutzern unter gleichen Vertragsbedingungen zugänglich und der Wettbewerb bei der Gewinnung und Versorgung wird dadurch nicht eingeschränkt. Exemplarisch ist in diesem Zusammenhang die Reporting-Dienstleistung an [REDACTED] anzuführen: Diese Mengenreports, welche über die standardmäßigen, im Zusammenhang mit Transportverträgen angebotenen Reports (Mengen am Intake- und Offtakepoint, Brenngasverbrauch, Linepackbewegung und Linepackstand) hinausgehen (Qualität; Einkaufsmenge, Minderlieferung, Minderabnahme, Off-spec Mengen), wurden auch mit [REDACTED] zu den gleichen Bedingungen kontrahiert (vgl dazu insb Anlage .10).

## **8. Unabhängigkeit des ITO und finanzielle Ressourcen**

### **a. Allgemeines zur Unabhängigkeit und Entscheidungsbefugnis**

Der ITO muss über wirksame Entscheidungsbefugnisse verfügen. Das VIU hat jede Handlung zu unterlassen, die die Erfüllung der Verpflichtungen des ITO gefährden würde. Keinesfalls darf das VIU vom ITO verlangen, bei Erfüllung dieser Verpflichtungen die Zustimmung bei ihm einzuholen (§ 113 Abs 1 und 5 GWG 2011). Es besteht weiters die Pflicht in der Unternehmenssatzung die Unabhängigkeit gem § 112 Abs 3 Satz 3 GWG 2011 festzuschreiben.

Diese tatsächliche Unabhängigkeit iSd § 112 Abs 3 Satz 3 GWG 2011 wird im Entwurf eines Gesellschaftsvertrages der Antragstellerin an mehreren Stellen festgeschrieben (vgl etwa Punkt II.3. VI.5., VI.6., VIII.5., XI. des Gesellschaftsvertrages, Anlage .11). Weiters sieht auch die Verwaltungsstruktur, insb durch die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung und jene für den Aufsichtsrat (ebenfalls in Entwürfen), diese tatsächliche Unabhängigkeit vor (vgl etwa § 1 Abs 2, § 1 Abs 7, § 4, § 8 der Geschäftsordnung der Geschäftsführung Anlage .12, sowie Punkt 1.1., 3.9. bis 3.12., 4.1. der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates Anlage .13).

Darüber hinaus hat der Vorstand der OMV AG am 7. 11. 2011 beschlossen, dass die Geschäftsführung der Antragstellerin berechtigt ist, Konzernrichtlinien außer Kraft zu setzen und diese durch eigene Richtlinien zu ersetzen (vgl dazu Anlage .15 und 16).

Da der Gesellschaftsvertrag sowie die Geschäftsordnungen für die Geschäftsführung und für den Aufsichtsrat im Entwurfsstadium vorliegen und demnach noch nicht rechtsgültig sind, war diesbezüglich die Vorschreibung einer Bedingung notwendig (vgl Spruchpunkt 2.c. und Kapitel 12.)

### **b. Finanzielle Ressourcen und Finanzierung**

Die Antragstellerin führt dazu aus: Eines, wenn nicht das wichtigste Ziel des Mittelfristplanungsprozesses (MTP) der Antragstellerin ist, durch einen integrierten Investitions-, Ergebnis- und Finanzplanungsprozess die jederzeitige Zahlungsfähigkeit der

Gesellschaft zu gewährleisten. Durch die iterative Natur des Planungsprozesses, verschiedenster Abstimmungszyklen und die zeitliche Abfolge wird die Erreichung dieses Zieles auch dahingehend sichergestellt, dass dem VIU ausreichend Zeit eingeräumt wird, die notwendigen finanziellen Ressourcen rechtzeitig zur Verfügung zu stellen.

Sämtliche Maßnahmen des VIU zur Finanzierung der Antragstellerin sowie andere finanzielle Transaktionen orientieren sich in Art und Umfang, Fristigkeit und Währung am operativen Bedarf der Antragstellerin. Die Finanzierungserfordernisse der Antragstellerin werden durch diese ermittelt und umgehend an das VIU kommuniziert.

Langfristiger Finanzbedarf der Antragstellerin wird in der Regel durch den Abschluss von Gesellschafterdarlehen bzw. sog. Intercompany Loans zwischen VIU und der Antragstellerin bzw. durch die Zufuhr von Eigenmitteln gedeckt. Die zur Verfügung gestellten Geldmittel [REDACTED] sind durch die Intercompany Loan Urkunde selbst nicht widmungsgebunden, sodass die Summe generell für die Finanzierung der Gesellschaft verwendet werden kann. Intendiert ist freilich den langfristigen Finanzbedarf abzudecken. Bei Gewährung von Gesellschafterdarlehen bzw. Intercompany Loans trägt das VIU das Risiko der Refinanzierung am Kapitalmarkt, vor allem das Risiko unterschiedlicher Laufzeiten und Zinsbindungen, wovon die Antragstellerin profitiert (Anlage ./7).

Rechtlich folgt daraus: Der ITO muss auch hinsichtlich der Vermögenswerte wirksame Entscheidungsbefugnisse und darüber hinaus das Recht haben, Geld auf dem Kapitalmarkt, insb durch Aufnahme von Darlehen oder Kapitalerhöhung, zu beschaffen (§ 113 Abs 1 GWG 2011). Der ITO muss jederzeit über die Mittel verfügen, die er benötigt, um das Fernleitungsnetz ordnungsgemäß und effizient zu führen und um ein leistungsfähiges, sicheres und wirtschaftliches Netz aufzubauen und aufrechtzuerhalten (§ 113 Abs 2 GWG 2011). Gem Punkt II.3. (vgl auch Punkt II.2. der Satzung; Anlage ./11) steht der Antragstellerin die Befugnis zu, selbständig Geld auf dem Kapitalmarkt zu beschaffen. Darüber hinaus steht der Antragstellerin das Recht zu, sich aufgrund des Intercompany Loan mit günstigen Geldmittel einzudecken (Anlage ./7). Laut § 4.a. des Entwurfs der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung (Anlage ./12) ist die Höhe der Verschuldung der Antragstellerin aufsichtsratspflichtig – dies im Einklang mit § 115 Abs 1 GWG 2011. Es wird auch hier darauf hingewiesen, dass die Unabhängigkeit der Antragstellerin iSd §§ 62, 113 Abs 1 und 2 sowie 115 Abs 1 GWG 2011 jedenfalls zu beachten ist. Insgesamt ist daher die volle finanzielle Handlungsfähigkeit für die Antragstellerin gegeben, im zulässigen Ausmaß des § 115 Abs 1 GWG 2011 werden Entscheidungen von erheblichen Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte des Anteilseigners OMV Gas & Power GmbH (zB Höhe der Verschuldung, etc.) aufsichtsratspflichtig gestellt. Auch die alleinige Entscheidungsbefugnis der Antragstellerin in Bezug auf die laufenden Geschäfte der Antragstellerin sowie insbesondere in Bezug auf die Aufstellung des Netzentwicklungsplanes werden durch § 4 des Entwurfs der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung (Anlage ./12) sichergestellt. Der Regulierungsbehörde bleibt es darüber hinaus bei der Überwachung des Netzentwicklungsplans auch immer unbenommen, die Antragstellerin mit Bescheid zu

verpflichten, Investition durch die in § 65 Abs 2 Z 1 bis Z 3 GWG 2011 näher beschriebenen Verfahren durchzuführen.

Die Bereitstellung ausreichend liquider Mittel zur Deckung des Finanzbedarfes ist somit jedenfalls über die Konzernfinanzierung (Cash Pooling – dazu sogleich, Intercompany Loans) sichergestellt. Um die jederzeitige Zahlungsfähigkeit sowie die finanzielle Flexibilität des OMV Konzerns sicherzustellen, wird vom vertikal integrierten Unternehmen eine Liquiditätsreserve in Form von verbindlich zugesagten Kreditlinien („committed credit facilities“) gehalten. Die Antragstellerin ist Nutznießer dieser Strategie, da diese Reserve durch Teilnahme am Cash Pooling genützt werden kann (dazu sogleich).

### c. Cash Pooling

Kurzfristiger Liquiditätsbedarf wird durch die Bereitstellung von Mitteln im Rahmen des Cash Pooling des VIU abgedeckt. Dabei strebt das VIU die optimale Anlage/Aufnahme der Liquidität am Geldmarkt für den gesamten Konzern an und erzielt durch Nachfragebündelung Größenvorteile, die den einzelnen Konzernunternehmen direkt zu Gute kommen. Die Tätigkeit des VIU umfasst insbesondere die Auswahl der Abwicklungsbank und die Disposition des täglichen Konzern-Poolingsaldos. Die Antragstellerin ist für die Konzentration der Zahlungsströme auf die Bankkonten der Abwicklungsbank sowie für die tägliche Ermittlung und Bereitstellung ihres Poolingsaldos verantwortlich. Das VIU kann zu keiner Zeit in die Bankkonten der Antragstellerin einsehen oder direkt über diese disponieren. Dies ist alleinige Befugnis von der Antragstellerin. Die Antragstellerin profitiert von der Teilnahme am Cash Pooling des VIU vor allem deshalb, weil davon auszugehen ist, dass höhere Basisreferenzzinssätze zur Anwendung kämen, da der Bankensektor für Unternehmen von der Größenordnung der Antragstellerin nicht wie beim VIU den EONIA (Euro OverNight Index Average) heranziehen würde. Der EONIA ist jener Interbankenzinssatz, der für kurzfristige unbesicherte Ausleihungen in EUR von einem Tag auf den darauffolgenden zur Anwendung kommt. Bei Kreditaufnahme am Bankensektor müsste die Antragstellerin zusätzlich laufend, d.h. täglich, monitoren, ob die Höhe der Credit Facility noch ausreichend ist und allenfalls zeitgerecht Maßnahmen in die Wege leiten (Erhöhung des Kreditrahmens). Dies ist beim Cash Pooling nicht erforderlich, da Sollsalden am Bankkonto der Antragstellerin automatisch abgedeckt werden (tägliche Nullstellung der Salden). Daraus folgend wäre die aktuelle bzw. vorgesehene Personalausstattung im Treasury-Bereich der Antragstellerin (derzeit eine Back Office-Position) nicht ausreichend und zusätzlicher Personalaufwand für Experten mit internationaler Finanzierungserfahrung würde entstehen. Aus Sicht des VIU entsteht demgegenüber durch die Teilnahme der Antragstellerin am Cash Pooling kein Mehraufwand, sodass zusammenfassend davon auszugehen ist, dass bei einer Nichtteilnahme am Cash Pooling mit mehr Personal ein schlechteres Ergebnis erzielt würde (vgl dazu den Cash Pooling Prozesses Anlage .18; sowie eine Kopie des Clearing Auftrages an die Abwicklungsbank Anlage .19).

Rechtlich folgt daraus: Das GWG 2011 steht einem sog. Cash-Pooling – also einem konzerninternen Liquiditätsausgleich durch die Konzernmutter, wonach den Konzerntöchtern überschüssige Liquidität entzogen oder Liquiditätsengpässe durch Kredite ausgeglichen

werden – nicht entgegen, sofern der ITO weiterhin volle finanzielle Handlungsfähigkeit iSd § 113 Abs 1 und Abs 2 GWG 2011 besitzt und gewährleistet ist, dass das VIU in wirtschaftlich sensible Informationen des ITO keinen Einblick hat. Das Cash-Pooling ist keine gesonderte Dienstleistung, sondern dient dazu, die Kosten für die Finanzierung einzelner Unternehmen zu optimieren; gleichzeitig soll die Liquidität ohne Mehrkosten gesichert werden. Es erfolgt kein Eingriff in die Mittelverwendung oder Mittelbereitstellung der Antragstellerin seitens des OMV-Konzerns, da dieser durch das Cash-Pooling in der vorgesehenen Form keinerlei Einfluss auf die finanzielle Steuerung des Fernleitungsnetzbetreibers hat. Vielmehr bleibt die finanzielle Gebarung des Fernleitungsnetzbetreibers zu jedem Zeitpunkt unabhängig. Es werden lediglich die Kostenvorteile einer gemeinsamen Verwaltung der Cashbestände genutzt.

#### **d. Innenrevision und internes Kontrollsystem**

Die Antragstellerin führt in ihrem Antrag aus, dass das Audit Department der OMV AG nicht berechtigt ist, bei der Antragstellerin eine interne Revision vorzunehmen bzw. zu auditieren. Die Überprüfung der Antragstellerin erfolgt durch vom VIU unabhängige Personen, deren Bestellung durch die Geschäftsführung der Antragstellerin erfolgt. Dem VIU steht es frei, die Antragstellerin aufzufordern ein spezielles Thema zum Gegenstand der Revision zu machen. Das Endergebnis der Revision ist der Geschäftsführung und/oder dem Aufsichtsrat der Antragstellerin mitzuteilen. Das VIU erhält lediglich zusammenfassende Ergebnisse der Revision, jedoch keine Detailergebnisse, welche wirtschaftlich sensible Informationen enthalten könnten.

Die Geschäftsführung der Antragstellerin sorgt dafür, dass ein internes Kontrollsystem geführt wird, das den Anforderungen des Unternehmens entspricht. Das interne Kontrollsystem wird als wesentlicher Teil des Führungs- und Sicherheitssystems von der Antragstellerin selbst wahrgenommen.

Rechtlich folgt daraus, dass die volle Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit der Antragstellerin iSd § 113 Abs 1 und 2 GWG 2011 auch bei der Revision und beim internen Kontrollsystem gegeben ist. Die Antragstellerin lässt die Revision von unabhängigen Dritten vornehmen bzw wird ein eigenes internes Kontrollsystem iSd § 22 GmbHG eingerichtet. Zur Wahrung der Eigentümerinteressen iSd § 115 Abs 1 GWG 2011 bleibt es dem Konzernvorstand der OMV unbenommen die Antragstellerin aufzufordern spezielle Themen zum Gegenstand der Revision zu machen. Das Endergebnis der Revision ist der Geschäftsführung und/oder dem Aufsichtsrat der Antragstellerin mitzuteilen, wobei das VIU nur aggregierte Ergebnisse der Revision, erhält.

#### **e. Risikomanagement**

Die Antragstellerin führt aus, dass es für ein Unternehmen wichtig ist, risikoreiche Entwicklungen frühzeitig zu erkennen, um rechtzeitig Gegenmaßnahmen zur Minimierung des erwarteten Schadens im Eintrittsfall (Verringerung von Eintrittswahrscheinlichkeiten und/oder Schadenhöhe) einleiten zu können. Zu diesem Zweck erfasst und bewertet die Antragstellerin im Rahmen eines unternehmensweit koordinierten Risikomanagements

(EWRM) ihre Risiken sowie die entsprechenden Gegenmaßnahmen selbst (vgl das „Risk Reporting“ in Anlage ./17)

Das Ergebnis dieses Prozesses sind halbjährliche Risikoberichte, in denen die wesentlichsten Risiken aufgelistet und Informationen zur Entwicklung und Änderung gegenüber der Vorperiode gegeben werden. Abhängig von Wesentlichkeits-Größenkriterien erhalten die einzelnen Risiken das Merkmal rot, gelb oder grün entsprechend einer Ampelfunktion. Risiken die auf einer Likelyhood/Impact Achse einen Wert bis zu [REDACTED] erreichen sind grün, jene die einen Wert bis [REDACTED] erreichen, sind gelb und alle über [REDACTED] hinaus rot dargestellt. Im 2. Halbjahr 2011 wurde kein Risikobericht an das VIU übermittelt, da die entsprechenden Wesentlichkeitskriterien nicht erreicht wurden. Ab 2012 werden für Risikoberichte an das VIU zum EWRM die Risiken darüber hinaus anonymisiert und in Risikoklassen aggregiert bzw. Risikokategorien zugeordnet werden (vgl dazu Anlage ./18).

Als Folge der Finanzkrise(n) kommt der zentralen Auswertung der Limitausnutzung von Kontrahenten und Überwachung der Gesamtrisikoposition eines Unternehmens ein immer größer werdender Stellenwert zu. Diesem wird durch ein entsprechendes Credit Risk Management im VIU und der Antragstellerin Rechnung getragen. Ausgehend von einem im Konzern einheitlichen Risikomanagement-Ansatz bewertet die Antragstellerin ihre Kunden und Lieferanten, vergibt diesen entsprechende Limits und überwacht laufend die Ausnutzung der Limits ihrer einzelnen Kontrahenten. An das VIU wird über die Limitausnutzung allerdings nur in aggregierter Form, d.h. mittels einer Aufstellung nach Risiko-/Counterpartyklassen berichtet; Informationen zu den einzelnen Kunden/Lieferanten werden nicht weitergegeben.

Rechtlich folgt daraus: Es ist die volle Entscheidungsfähigkeit der Antragstellerin iSd § 113 Abs 1 und 2 GWG 2011 einerseits durch Selbstvornahme des Risiko-Managements gewährleistet und andererseits dadurch, dass alle Daten und Informationen in aggregierter Form an das VIU übermittelt werden.

#### **f. Abschlussprüfer**

Die Antragstellerin führt aus, dass die Rechnungslegung der Antragstellerin von Deloitte Audit Wirtschaftsprüfungs GmbH geprüft wird, während die Wirtschaftsprüfung des VIU oder dessen Unternehmensteilen von Ernst & Young Wirtschaftsprüfungsgesellschaft m.b.H. durchgeführt wird. Das Reporting Package zur Erstellung des Konzernabschlusses der OMV-Gruppe wird von der Antragstellerin erstellt. Die Prüfung dieses Reporting Packages erfolgt durch Deloitte Audit Wirtschaftsprüfungs GmbH. Die Berichterstattung zu dem genannten Reporting Package wird von Deloitte Audit Wirtschaftsprüfungs GmbH ausschließlich an den Konzernprüfer Ernst & Young Wirtschaftsprüfungsgesellschaft m.b.H. übermittelt. Dies ist im Prüfungsvertrag mit Deloitte Audit Wirtschaftsprüfungs GmbH explizit festgehalten. Der Umfang der Datenübermittlung orientiert sich strikt an den gesetzlichen Vorgaben zur Konzernkonsolidierung, die Übermittlung von wirtschaftlich sensiblen Daten ist ebenso wenig vorgesehen wie die direkte Einsichtnahme des Konzernwirtschaftsprüfers in die Bücher des Fernleitungsnetzbetreibers. Durch die Trennung der beiden Wirtschaftsprüfer

und die ausschließliche konsolidierte Berichterstattung von einem Wirtschaftsprüfer zum anderen, kann es sohin nur in begründeten Ausnahmesituationen zu einer Einsichtnahme des Wirtschaftsprüfers des VIU in die Bücher des Kombinationsnetzbetreibers der Antragstellerin kommen. In diesem Fall würde die Regulierungsbehörde entsprechend den gesetzlichen Vorgaben kontaktiert werden.

Rechtlich folgt daraus: Die Rechnungslegung vom ITO ist von anderen Wirtschaftsprüfern als denen, die die Rechnungsprüfung beim VIU vornehmen zu prüfen. Sofern zur Erteilung des Konzernbestätigungsvermerks im Rahmen der Vollkonsolidierung des VIU oder sonstigen wichtigen Gründen erforderlich, kann der Wirtschaftsprüfer des VIU Einsicht in Teile der Bücher des ITO nehmen. Der Wirtschaftsprüfer hat wirtschaftlich sensible Informationen vertraulich zu behandeln und insb dem VIU nicht mitzuteilen (§ 112 Abs 7 GWG 2011).

Mit dem GWG 2011 vereinbar ist weiterhin, dass sich auch die Konzernmutter ein Bild über die wirtschaftlichen Verhältnisse durch Übergabe des Jahresabschlusses, des Lagebericht, etc der Antragstellerin macht. Es muss dabei sichergestellt sein, dass der Wirtschaftsprüfer der Antragstellerin und der Konzernabschlussprüfer der OMV wirtschaftlich sensible Informationen iSd § 11 GWG 2011 vertraulich behandelt.

#### **9. Zur Unabhängigkeit der Unternehmensleitung und der ihnen direkt unterstellten Personen sowie Mitarbeitern**

Personen der Unternehmensleitung dürfen nicht gleichzeitig im VIU beschäftigt sein oder Interessenbeziehungen unterhalten (§ 114 Abs 1 Z 1 GWG 2011). Die Mehrheit der Unternehmensleitung darf in den letzten drei Jahren nicht im Konzernverbund angestellt gewesen sein, für die anderen Personen (also die Minderheit) gilt diesbezüglich eine Frist von sechs Monaten – hierfür sieht das Gesetz eine Übergangsfrist vor: die Frist gilt für Bestellungen nach dem 3. 3. 2012 (§ 114 Abs 1 Z 2 und Abs 4 GWG 2011). Personen der Unternehmensleitung dürfen auch danach für vier Jahre nicht in Konzernunternehmen beschäftigt sein (§ 114 Abs 1 Z 3 GWG 2011). Weiters dürfen die Personen der Unternehmensleitung keine Aktien des VIU halten oder finanzielle Zuwendungen von diesem erhalten (§ 114 Abs 1 Z 4 GWG 2011).

Für die der Unternehmensleitung direkt unterstellten Personen in den Bereichen Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes gilt – mit Ausnahme des § 114 Abs 1 Z 2 GWG 2011 – das Gleiche (§ 114 Abs 6 GWG 2011).

Für alle anderen Beschäftigten gilt, dass sie weder berufliche Positionen bei anderen Unternehmensteilen des VIU bekleiden oder Interessen- bzw Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten dürfen (§ 114 Abs 5 GWG 2011). Auch diese Vorgabe erfüllt die Antragstellerin. Es gibt keine Mitarbeiter der Antragstellerin, die Doppelfunktionen bei der Antragstellerin und im OMV-Konzern inne haben.

Die Antragstellerin führt in ihrem Antrag aus, dass in der Geschäftsführung die Herren Mag. Dr. Harald Stindl und Mag. Ing. Stefan Wagenhofer bestellt sind. Die relevanten Personen,

die direkt der Unternehmensleitung in den Bereichen Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes unterstellt sind, sind die Abteilungsleiter der Abteilungen Systemmanagement [REDACTED], Sales Transmission [REDACTED], O&M [REDACTED] und Technology Office [REDACTED], sowie Sales Distribution [REDACTED].

Die beiden Geschäftsführer, sowie die ihnen direkt unterstellten Personen in den relevanten Bereichen sowie sämtliche Mitarbeiter der Antragstellerin sind direkt bei der Antragstellerin angestellt und bekleiden bei keinem anderen Unternehmensteil des VIU berufliche Positionen, sie unterhalten keine Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu anderen Unternehmensteilen des VIU. Beide Geschäftsführer sowie sämtliche Prokuristen und Abteilungsleiter, sohin auch alle der Unternehmensleitung direkt unterstellten Personen in den Bereichen Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes, sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt bei der Antragstellerin beschäftigt. Die Vergütung ab dem Geschäftsjahr 2012 gebührt ausschließlich für Tätigkeiten oder Betriebsergebnisse des Fernleitungsnetzbetreibers, Boni stehen allein mit der Performance der Gesellschaft der Antragstellerin im Zusammenhang. Bis spätestens 3. März 2012 werden sämtliche Halter von Aktien, welche der Geschäftsführung angehören sowie der Unternehmensleitung direkt unterstellten Personen in den Bereichen Betrieb, Wartung und Entwicklung des Netzes ihre Aktien veräußert haben oder, falls diese Personen keine OMV-Aktien halten, ein Bestätigungsschreiben unterfertigt haben, in welchem sie bestätigen, dass sie keine Aktien besitzen (vgl dazu den Entwurf des Bestätigungsschreibens Anlage ./28). Sowohl die Gesellschafter der OMV Gas & Power GmbH und OMV AG, als auch die Antragstellerin erklären, dass die Vergütung der genannten Personen spätestens bis 3. März 2012 nicht an die Tätigkeiten oder Betriebsergebnisse des VIU, soweit sie nicht den unabhängigen Fernleitungsnetzbetreiber betreffen, gebunden sein werden (vgl dazu die Entwürfe Anlage ./29)

In ihrer Stellungnahme vom 4. 6. 2012 weist die Europäische Kommission darauf hin, dass die Beschränkung der Anwendung der in Artikel 19 Abs. 3 RL 2009/73/EG aufgestellten Unabhängigkeitserfordernisse durch die Übergangsfrist des § 114 Abs. 1 Z 2 GWG 2011 die E-Control der Möglichkeit beraube im Rahmen der Zertifizierung zu bewerten ob die Voraussetzungen nach Artikel 19 Abs. 3 RL 2009/73/EG erfüllt seien. Deshalb fordert die Europäische Kommission, dass die Unabhängigkeit der Mitglieder der Unternehmensleitung unter Berücksichtigung dieser Feststellungen im Hinblick auf Artikel 19 Abs. 3 RL 2009/73/EG zu bewerten sei. Ungeachtet dessen, dass § 114 Abs. 1 Z 2 GWG 2011 eine gesetzliche Übergangsfrist festlegt, kann in Bezug auf die beiden Geschäftsführer der GCA von einer beruflichen Unabhängigkeit im Sinne des Artikel 19 Abs. 3 RL 2009/73/EG auf Grund folgender Sachlage ausgegangen werden: Mag. Dr. Harald Stindl steht der GCA seit 1. 1. 2006 vor, Mag. Ing. Stefan Wagenhofer wurde am 1. 1. 2011 zum Geschäftsführer der GCA bestellt. Herr Wagenhofer war davor bei der Refining & Marketing GmbH angestellt und für den Einkauf verantwortlich. In dieser Position war er – laut Auskunft der Antragstellerin – nicht mit Erdgasagenden betraut, weder was die Gewinnung von noch was die Versorgung mit Erdgas betrifft.

Die Vorgaben des § 114 GWG 2011 werden somit erfüllt.

#### **10. Unabhängigkeit des Aufsichtsrates**

Die Antragstellerin führt im Antrag aus, dass von derzeit sechs Aufsichtsratsmitgliedern zwei Arbeitnehmervertreter sind, die anderen Aufsichtsratsmitglieder sind Vertreter der Holding OMV Gas & Power GmbH und der OMV AG. Die Arbeitnehmervertreter sind auch Mitglieder des Aufsichtsrates der Gas Storage GmbH, ansonsten nehmen sie keine Funktion in anderen Aufsichtsräten der OMV-Gruppe wahr. Betreffend Befugnisse des Aufsichtsrates verweist die Antragstellerin auf die Statuten der Gesellschaft (Anlagen .11 und .12).

Rechtlich folgt daraus: Der Aufsichtsrat unterliegt ebenfalls der Unabhängigkeit und darf keine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die laufenden Geschäfte des ITO, die Netzverwaltung und in Bezug auf die notwendigen Tätigkeiten zur Aufstellung des Netzentwicklungsplans haben. Das Aufsichtsorgan hat allerdings dort Entscheidungen zu treffen, wo diese von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte der Anteilseigner des ITO sind (zB Genehmigung des jährlichen und der langfristigen Finanzpläne, der Höhe der Verschuldung des ITO und der Höhe der an die Anteilseigner auszahlenden Dividende, etc. – § 115 Abs 1 GWG 2011).

Im Einklang mit § 115 Abs 1 GWG 2011 steht gem Punkt II.3. der Satzung (vgl auch Punkt II.2. der Satzung; Anlage .11) der Antragstellerin die Befugnis zu, selbständig Geld auf dem Kapitalmarkt zu beschaffen. Darüber hinaus steht der Antragstellerin das Recht zu, sich aufgrund des Intercompany Loan sich mit günstigen Geldmittel einzudecken (Anlage .7). Laut § 4.a. der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung (Anlage .12) ist die Höhe der Verschuldung der Antragstellerin aufsichtsratspflichtig – dies im Einklang mit § 115 Abs 1 GWG 2011. Es wird auch hier darauf hingewiesen, dass die Unabhängigkeit der Antragstellerin iSd §§ 62, 113 Abs 1 und 2 sowie 115 Abs 1 GWG jedenfalls zu beachten ist. Insgesamt ist daher die volle finanzielle Handlungsfähigkeit für die Antragstellerin gegeben, im zulässigen Ausmaß des § 115 Abs 1 GWG 2011 werden Entscheidungen von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte des Anteilseigners OMV Gas & Power GmbH (zB Höhe der Verschuldung, etc.) aufsichtsratspflichtig gestellt.

Weiters müssen im Aufsichtsrat die Hälfte der Mitglieder abzüglich eines Mitgliedes die Unabhängigkeitsbestimmungen des § 114 Abs 1 bis 3 GWG 2011 einhalten. Ein Betriebsratsmitglied ist jedenfalls laut § 114 Abs 2 GWG 2011 als unabhängiges Mitglied im Aufsichtsrat des ITO zu qualifizieren, auch wenn der Arbeitnehmervertreter in der Konzernvertretung sitzt. Das heißt, dass § 114 Abs 2 GWG 2011 auch einen derartigen Arbeitnehmervertreter von der Regel, dass er keine Interessenbeziehungen zum VIU unterhalten darf, immunisiert und er somit jedenfalls als „unabhängiges Mitglied“ zu qualifizieren ist. Diese Regelung erscheint aus dem Blickwinkel der Entflechtung als gerechtfertigt, da die Arbeitnehmervertreter generell ja die Interessen der Belegschaft wahrzunehmen haben und ihnen dabei die in §§ 89 ff Arbeitsverfassungsg (ArbVG) umschriebenen Aufgaben übertragen sind. Die Arbeitnehmervertreter haben nach diesen zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des ArbVG) die Interessen der Arbeitnehmer zu

vertreten und sind dabei unabhängig von den Interessen der Kapitalvertreter und des Anteilseigentümers. In Entsprechung dieser gesetzlichen Bestimmungen normiert dies auch das GWG 2011.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 4. 6. 2012 die Ansicht vertreten, dass die Tatsache, dass ein Mitglied des Aufsichtsorgans von Gesetzes wegen die Unabhängigkeitsanforderungen nach Artikel 20 Abs. 3 RL 2009/73/EG erfülle, im Widerspruch zur Richtlinie stehe. Deshalb solle die Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsorgans im Hinblick auf Artikel 20 Abs. 3 RL 2009/73/EG geprüft werden und zwar insbesondere darauf ob die Zugehörigkeit der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsorgan der Gas Storage GmbH, die Teil der OMV-Gruppe ist, negative Auswirkungen auf die Unabhängigkeit haben könnte. Ungeachtet dessen, dass gem § 115 Abs 2 GWG 2011 ein Betriebsratsmitglied ex lege jedenfalls als unabhängiges Mitglied qualifiziert wird, erscheint diese Regelung aus dem Blickwinkel der Entflechtung als gerechtfertigt, da die beiden Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsratsrat der GCA Mitarbeiter der GCA sind und weder bei anderen Unternehmensteilen des VIU direkt oder indirekt berufliche Positionen bekleiden, noch berufliche Aufgaben wahrnehmen, oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten. Auch die Tätigkeit im Aufsichtsrat der Gas Storage GmbH erfolgt auf Grund der Zugehörigkeit zur Arbeitnehmervertretung. Ihre Vergütung ist ausschließlich an ihre Tätigkeit bei der GCA geknüpft, wodurch auch insofern ihre Unabhängigkeit gewahrt ist.

#### **11. Gleichbehandlungsbeauftragter und Gleichbehandlungsprogramm**

Die Antragstellerin führt aus, dass der Prozess der Ernennung des Gleichbehandlungsbeauftragten durch das Aufsichtsorgan nicht nur direkt im GWG 2011 sondern auch in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates der Antragstellerin festgelegt wird (Anlage ./13, „Entwurf Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat“). Derzeit ist Mag. Marcus Willmann, der Leiter der Rechtsabteilung der Antragstellerin, mit dieser Aufgabe betraut. Es ist geplant, einen externen Gleichbehandlungsbeauftragten zu bestellen.

Das Recht des Gleichbehandlungsbeauftragten dem Aufsichtsrat Bericht zu erstatten ist in Art 3 des Entwurfs der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat angeführt (vgl Anlage ./13). Die Regelungen zum Mandat des Gleichbehandlungsbeauftragten werden den gesetzlichen Vorgaben entsprechen und Rechte und Pflichten des Gleichbehandlungsbeauftragten festlegen, sowie die Unabhängigkeit des Gleichbehandlungsbeauftragten gewährleisten und die zur Verfügung stehenden Ressourcen regeln um die Genehmigung der Regulierungsbehörde zu erhalten. Dies wird zweckmäßigerweise dann erfolgen, wenn Vertragsverhandlungen mit dem externen Gleichbehandlungskandidaten aufgenommen werden (vgl Anlage ./31).

Rechtlich folgt daraus: Der ITO muss ein Gleichbehandlungsprogramm aufstellen, aus dem hervorgeht, welche Maßnahmen zum Ausschluss diskriminierendes Verhaltens getroffen werden. Es ist in diesem Programm festzulegen, welche besonderen Pflichten die Mitarbeiter im Hinblick auf die Erreichung dieser Ziele haben (§ 116 Abs 1 GWG 2011). Der Gleichbehandlungsbeauftragte muss fachlich geeignet und unabhängig sein. Der

Gleichbehandlungsbeauftragte unterliegt ebenso den Unabhängigkeitsbestimmungen des § 114 Abs 1 bis 3 GWG 2011 (§ 116 Abs 2 GWG 2011).

Da der noch neu zu bestellende Gleichbehandlungsbeauftragte seine fachliche Eignung und seine Unabhängigkeit noch nicht nachweisen konnte, war die Vorschreibung einer Bedingung notwendig (vgl dazu Spruchpunkt 2.d. und Kapitel 12.). Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 4. 6. 2012 dazu aufgefordert in der endgültigen Entscheidung die Unabhängigkeit eines bereits bestellten Gleichbehandlungsbeauftragten zu prüfen bzw. in Spruchpunkt II. d. ein Datum einzufügen bis zu dem die Bedingung zu erfüllen ist. Dieser Aufforderung folgend wurde der 31. 8. 2012 als Frist in Spruchpunkt II. d. aufgenommen.

## **12. Bedingungen und Auflagen**

### **a. Bedingungen (Spruchpunkt II.)**

Die §§ 112 bis 116 GWG 2011 sehen konkrete Voraussetzungen vor, um als ITO gem § 119 Abs 1 Z 3 GWG 2011 zertifiziert werden zu können. Die Antragstellerin führt im Antrag aus, dass gewisse Voraussetzungen für einen ITO zum Zeitpunkt der Antragstellung am 9. 2. 2012 noch nicht vorliegen.

Gem § 119 Abs 4 letzter Satz GWG 2011 kann die Zertifizierung „unter Vorschreibung von Auflagen und Bedingungen erteilt werden, soweit diese zur Erfüllung der Zielsetzung dieses Gesetzes erforderlich sind“. Im vorliegenden Fall werden auflösende Bedingungen vorgesehen. Bei Nichteintritt der in den Spruchpunkten II.a. bis II.e. formulierten Nebenbestimmungen fällt die Zertifizierung als ITO – also die Feststellung, dass die Voraussetzungen gem §§ 112 bis 116 GWG 2011 erfüllt sind – weg; dies mit allen Konsequenzen (etwa § 119 Abs 2 Z 2 GWG 2011, § 161 GWG 2011). Eine Auflage wäre diesfalls nicht verhältnismäßig, da die Antragstellerin als Fernleitungsnetzbetreiber sich nicht zwingend als ITO zertifizieren lassen muss, sondern ihr drei weitere Entflechtungsalternativen zur Verfügung stehen (§§ 108, 109 bis 111, 117 GWG 2011). An diese Entflechtungsmodelle sind allerdings andere Voraussetzungen geknüpft, sodass eine Auflage, die auf den ITO zugeschnitten ist (zB Corporate Identity), zB nicht für die eigentumsrechtliche Entflechtung passt. Mit einer Auflage, die bei Rechtskraft auch vollstreckbar wäre, würde man der Antragstellerin das ITO-Modell auf Ewigkeit aufkrotzieren. Um die Verhältnismäßigkeit zu wahren und auf unvorhersehbare Ereignisse reagieren zu können, ist in Spruchpunkt II.f. vorgesehen, dass die Erfüllung der in den Spruchpunkten II.a. bis II.e. erteilten Bedingungen in Ausnahmefällen sechs Monate später erfolgen kann. Dies dann, wenn die Regulierungsbehörde entscheidet, dass die Verzögerung auf Umstände zurückzuführen ist, auf die die Antragstellerin keinen Einfluss hat.

### **b. Auflage (Spruchpunkt III.)**

Um feststellen zu können, ob die Antragstellerin schlussendlich alle Voraussetzungen der §§ 112 bis 116 GWG 2011 erfüllt, ist die Vorschreibung einer Auflage notwendig.

### III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein Rechtsmittel zulässig.

### IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Eine Beschwerde bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit **EUR 220,-** zu vergebühren.

### V. Gebühren

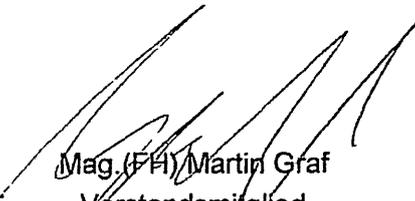
Es wird ersucht, die anfallenden Gebühren von **EUR 237,30** gemäß folgender Aufstellung gem. § 3 Abs. 2 Gebührengesetz 1957 (GebG), BGBl. Nr. 267/1957 idgF, auf das Gebührenkonto der Energie-Control Austria, Subbezeichnung: Gebührenkonto, BIC OPSKATWW, IBAN AT95600000090022201, zu überweisen:

Eingabengebühr § 14 TP 6 Abs 1 GebG	EUR 14,30
Beilagen (gem § 14 TP 5 Abs 1 GebG von jedem Bogen (= 4 Seiten Format A 4) € 3,90, maximal jedoch € 21,80 je Beilage	EUR 223,00
<b>Insgesamt</b>	<b>EUR 237,30</b>

Energie-Control Austria  
für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft

Wien, am 6.7.2012  
Der Vorstand

  
DI Walter Boltz  
Vorstandsmitglied

  
Mag. (FH) Martin Graf  
Vorstandsmitglied

Für die Richtigkeit der Ausfertigung:

Ergeht als Bescheid an:

1. Gas Connect Austria GmbH  
Floridotower  
Floridsdorfer Hauptstraße 1  
1210 Wien

Ergeht zur Kenntnis an:

2. Europäische Kommission  
DG Energie (ENER)  
Unit B2 Elektrizität & Gas  
Herrn Nicolaas Bel  
Rue de Mot 24 – 28  
1040 Brüssel  
BELGIEN
3. Bundesministerium für Wirtschaft,  
Familie und Jugend  
Sektion IV - Energie/Bergbau  
Herrn Sektionschef DI Christian Schönbauer  
Stubenring 1  
1010 Wien

per RSb.