

V ZER G 03/12

PA 1348/13

Trans Austria Gasleitung GmbH
Geschäftsführung
Wiedner Hauptstraße 120 - 124
1050 Wien
per RSb

B E S C H E I D

Aufgrund der Anträge der Trans Austria Gasleitung GmbH vom 16. März 2012 und vom 12. Oktober 2012 auf Zertifizierung als Fernleitungsnetzbetreiber im Sinne der §§ 109 bis 111 GWG 2011 (BGBl I Nr 107/2011 idF BGBl II Nr 474/2012) ergeht gemäß § 7 Abs 1 E-ControlG iVm § 119 GWG 2011 nachstehender

I. Spruch

Die Anträge

auf Feststellung, dass die Trans Austria Gasleitung GmbH die Voraussetzungen der §§ 109 bis 111 GWG 2011 erfüllt und als unabhängiger Netzbetreiber (Independent System Operator – ISO) gem § 119 Abs 1 Z 2 GWG 2011 zertifiziert wird
sowie
auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung

werden abgewiesen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Die Trans Austria Gasleitung GmbH (nachfolgend: „TAG“) hat am 16. März 2012 einen Antrag auf Zertifizierung als Fernleitungsnetzbetreiber im Sinne der §§ 109 bis 111 GWG 2011 eingereicht, nachdem die Regulierungsbehörde das Zertifizierungsverfahren gem § 119 Abs 2 Z 2 lit a GWG 2011 mit Schreiben vom 9. März 2012 amtswegig eingeleitet hat. Diesem Antrag sind zahlreiche Gespräche auf Expertenebene vorausgegangen. Nachdem die Antragstellerin der Behörde drei Entwürfe für Änderungen ihres Antrages übermittelt hat (29. Juni 2012, 8. August 2012 und 24. September 2012), hat sie schließlich am 12. Oktober 2012 förmlich einen modifizierten Antrag samt Beilagen eingebracht. Am 26. November 2012 hat die Antragstellerin, nach Aufforderung durch die Regulierungsbehörde vom 12. November 2012 zur Vorlage eines Vertrages zur Wahrnehmung der Stimmrechte durch unabhängige Dritte, einen Geschäftsbesorgungsvertrag, auf dem im Antrag vom 12. Oktober 2012 Bezug genommen wird, übermittelt.



Während des Verfahrens fanden zahlreiche Erörterungen zwischen Vertretern der Antragstellerin und/oder deren Gesellschafterinnen einerseits und der Regulierungsbehörde andererseits statt.

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 gem Art 3 Abs 2 VO (EG) 715/2009 (Entscheidung, § 119 Abs 5 Z 1 GWG 2011) 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). Die Regulierungsbehörde hat einer Entscheidung der Europäischen Kommission nachzukommen (§ 119 Abs 5 GWG 2011).

Der Entscheidungsentwurf wurde am 7. Dezember 2012 an die Europäische Kommission übermittelt. Am 14. Jänner 2013 langte ein Schreiben einer Gesellschafterin der Antragstellerin zum Entscheidungsentwurf ein. Die Europäische Kommission hat am 4. Februar 2013 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 7. Februar 2013 zur Stellungnahme übermittelt. Am 21. Februar 2013, am 1. März 2013 und am 11. März 2013 langten Schreiben beider Gesellschafterinnen der Antragstellerin ein. Am 5. März 2013 nahm die Antragstellerin zu den Anmerkungen der Europäischen Kommission Stellung.

B. Ausführungen der Antragstellerin und rechtliche Beurteilung

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

1. Anträge

Die Antragstellerin stellt (letztlich) einerseits einen Antrag auf Zertifizierung als unabhängiger Fernleitungsnetzbetreiber (Independent System Operator – ISO) ohne Einschränkung der Rechte der Gesellschafter der Antragstellerin iSd Beilage ./B 1 des Antrages (alle in weiterer Folge zitierten Anlagen sind Beilagen zum Antrag) sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Darüber hinaus stellt die Antragstellerin andererseits einen Eventualantrag auf Zertifizierung als ISO, wonach der Gesellschaftsvertrag (Shareholder's Agreement, Articles of Association) binnen 3 Monaten ab Zertifizierung gemäß Beilage ./B 2 anzupassen ist.

2. Fernleitungsnetzbetreiber, Fernleitungsnetzeigentümer, ISO-Modell

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. März 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“*. Weiters regelt § 170 Abs 21 GWG 2011, dass *„Inhaber von Transportleitungen gemäß § 6 Z 20 GWG, BGBl. I Nr. 121/2000, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 45/2009, [...] sinngemäß als Fernleitungsnetzbetreiber gemäß*

§ 7 Abs 1 Z 20 [gelten] und [...] den für Fernleitungsnetzbetreibern vorgesehenen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes [unterliegen]“.

Die Antragstellerin ist daher jedenfalls gem § 7 Abs 1 Z 20 GWG 2011 als Fernleitungsnetzbetreiber zu qualifizieren. Die Antragstellerin war Inhaber von Transportrechten nach altem Regulierungsregime, sie betreibt weiterhin die Trans-Austria-Gasleitung (TAG; vgl Anlage 2 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 („Pflichten der Fernleitungsnetzbetreiber“) aufgestellten Grundsätze einzuhalten.

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

Die Antragstellerin war am 3. September 2009 und ist weiterhin im gesellschaftsrechtlichen Eigentum von vertikal integrierten Unternehmen (VIU), nämlich der OMV-Gruppe, als auch vor dem Zusammenschlussverfahren COMP/B-1/39.315 sowie COMP/M.6307 der ENI-Gruppe. OMV AG bzw OMV Gas & Power GmbH sowie Unternehmen unter deren Kontrolle nehmen sowohl die Funktionen Gewinnung, Lieferung sowie Speicherung und Fernleitung wahr: So sind zB Tochterunternehmen von OMV Gas & Power GmbH auch im Handel bzw in der 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. ENI S.p.A. (nachfolgend: ENI) hat drei Divisionen: Versorgung, Gewinnung, Raffinerie und Vermarktung. ENI ist weiters an SNAM S.p.A (nachfolgend: SNAM) beteiligt.

Deshalb besteht gem § 112 Abs 1 GWG 2011 für die Antragstellerin die Möglichkeit, das Modell der eigentumsrechtlichen Entflechtung iSd § 108 GWG 2011 nicht anzuwenden und stattdessen auf Vorschlag des Eigentümers des Fernleitungsnetzes einen unabhängigen Netzbetreiber (Independent System Operator – ISO) zu benennen.

Die Europäische Kommission stimmt in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2013 damit überein, dass die Wahl des ISO-Modells grundsätzlich legitim ist, da das in Rede stehende Fernleitungsnetz am maßgeblichen Stichtag einem VIU gehörte.

3. Benennung des ISO

Gas Connect Austria GmbH (nachfolgend: „GCA“) als Fernleitungsnetzeigentümer der Trans-Austria-Gasleitung (TAG; vgl Anlage 2 zu § 84 GWG 2011) benennt iSd § 109 Abs 1 GWG 2011 durch Schreiben vom 16. März 2012 die Antragstellerin als ISO (Beilage JA).

4. Beteiligungen, Kontrolle, Stimmrechte

a. Allgemeines

Der ISO muss demnach nach den Grundsätzen der eigentumsrechtlichen Entflechtung aus dem Konzern ausgegliedert werden. Ein Unternehmen in den Bereichen Gewinnung oder Versorgung des VIU darf dabei weder direkte noch indirekte Kontrolle oder Rechte über den ausgegliederten ISO ausüben. Genau so wenig darf ein ISO direkt oder indirekt kontrollierend über ein Unternehmen in den vorgenannten Bereichen tätig sein (§ 109 Abs 2 Z 1 iVm § 108 Abs 2 iVm Abs 3 GWG 2011).

Gesetzwidrig sind daher direkte sowie indirekte Mehrheitsbeteiligungen zB des Gewinnungs- oder Versorgungsunternehmens am ISO (§ 108 Abs 3 Z 3 GWG 2011). Weiters sind die Ausübung von Stimmrechten (Z 1) und die Nominierung von Mitgliedern des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe durch Personen, die zB die Versorgungsgesellschaft kontrolliert (Z 2), unzulässig. Eine Minderheitsbeteiligung ist allerdings weiterhin möglich, sofern damit keine (Stimm-)Rechte verbunden sind; dh reine Finanzbeteiligungen sind zulässig.

Unter „Kontrolle“ sind Rechte, Verträge oder andere Mittel zu verstehen, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben (§ 7 Abs 1 Z 30 GWG 2011, vgl auch Art 3 Abs 3 FKVO). Unter Kontrolle ist somit die Möglichkeit zu verstehen, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben. Es ist nicht erforderlich die Kontrolle tatsächlich auszuüben, die bloße Möglichkeit hierzu reicht aus (*Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht¹¹, 1172). Alleinige Kontrolle liegt nicht nur vor, 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). Kontrolle liegt insb dann vor, wenn (auch) gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto eingelegt werden kann. Wesentliche Entscheidungen, von denen die Geschäftspolitik des Unternehmens abhängt, sind zB die Besetzung der Unternehmensleitung, der Erwerb von Anteilen an anderen Unternehmen oder die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen, die Beschlussfassung über Höhe und Verwendung der Dividenden, die Finanzplanung, der Geschäftsplan, Investitionsentscheidungen (Konsolidierte Mitteilung, Rz 67, 69; *Langen/Bunte*, 1172). Nicht sämtliche Vetorechte sind erforderlich, um Kontrolle ausüben zu können. Es genügt, dass nur einige oder nur ein einziges Recht ausgeübt werden kann (Konsolidierte Mitteilung, Rz 68). So sichert zB das Recht, die Zusammensetzung der Unternehmensleitung mitzubestimmen, dessen Inhaber einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik.

b. MEF / CDP / ENI / SNAM

Die Antragstellerin steht zu 89 % im gesellschaftsrechtlichen Eigentum von Cassa Depositi e Prestiti S.p.A (nachfolgend: „CDP“), die ihrerseits zu 70 % im Eigentum des italienischen Ministeriums für Wirtschaft und Finanzen (Ministry of Economy and Finance, nachfolgend: „MEF“) und zu 30 % im Eigentum einer Gruppe von Banken (Stiftung) steht. CDP ist mit 26,37 % an ENI S.p.A. (nachfolgend: „ENI“) beteiligt. MEF hält einen Anteil von 3,93 % an ENI.

Beim Gesellschaftskonstrukt MEF / CDP / ENI / SNAM S.p.A. (nachfolgend: „SNAM“) ist festzuhalten, dass CDP keine Kontrolle, trotz der Beteiligung in der Höhe von 26,37 % an ENI, ausübt, da die Beteiligung von CDP an ENI in die „Sonderverwaltung“ fällt. Tätigkeiten im Rahmen der „Sonderverwaltung“ fallen unter die Leitungsbefugnis des MEF. Nach Art 5 des Gesetzeserlasses 269/2003, ratifiziert durch den Gesetzeserlass 326/2003, hat MEF in der Sonderverwaltung die Befugnis, sowohl generelle Regeln als auch spezielle Bedingungen für die Geschäftsführung aufzustellen (vgl dazu Art 6 der Satzung von CDP, Annex 3, Beilage /D 2). In der Sonderverwaltung werden die Entscheidungen von einem erweiterten Vorstand getroffen, der sich aus Vertretern des Staates und andern öffentlichen Körperschaften zusammensetzt. Nach Art 5 Abs 10 des Gesetzeserlasses 326/2003 ist für die Beschlussfassung durch den erweiterten Vorstand von CDP die Zustimmung von mindestens zwei dieser zusätzlichen Vertreter notwendig (Art 18 der Satzung von CDP, Annex 3, Beilage /D 2). In diesem Zusammenhang ist auch auf das Wettbewerbsverfahren vor der Europäischen Kommission/GD Wettbewerb zu verweisen, (vgl COMP/B-1/39.315 – ENI), wonach CDP unabhängig und als nicht verbunden mit ENI qualifiziert wird, solange die Agenden die Antragstellerin betreffend der „Ordentlichen Verwaltung“ angehören (insb Erwägungsgründe 81 sowie 99 ff) und CDP und OMV die Antragstellerin gemeinsam kontrollieren (Erwägungsgründen 5 sowie 97). Auch die Beteiligung der CDP an SNAM mit 30 % minus 1 Anteil fällt in die „Sonderverwaltung“.

Die Beteiligung von CDP an der Antragstellerin dagegen fällt in die „Ordentliche Verwaltung“, dh dass MEF in diesem Bereich durch die Beteiligung von 70 % an CDP nicht kontrollierend tätig ist, da MEF keinerlei Führungs- und Koordinierungsfunktion ausüben darf (vgl dazu insb Art 19 Abs 6 des Gesetzeserlasses 78/2009 ratifiziert durch Gesetzeserlass 102/2009).

Da CDP trotz der Beteiligung von 26,37 % an ENI keinerlei Kontrolle iSd § 7 Abs 1 Z 30 GWG 2011, Art 3 Abs 3 FKVO über ENI ausüben kann (sondern nur bestimmenden Einfluss auf die Antragstellerin ausübt) und MEF weder auf ENI noch auf CDP direkt oder indirekt kontrollierend tätig ist, handelt es sich nicht um ein VIU und werden die Regeln betreffend ISO gem § 109 Abs 2 Z 1 iVm § 108 Abs 2 und 3 GWG 2011 eingehalten (vgl zu all dem auch Beilage /D 1).

Die Europäische Kommission ist in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2013 ebenso der Auffassung, dass derzeit von einer Einhaltung der Bestimmungen von Art 9 Abs 1 RL 2009/73/EG im Hinblick auf die Ausübung von Kontrolle ausgegangen werden kann – es muss aber sichergestellt werden, dass die Bedingungen für die Unabhängigkeit von CDP in der Praxis eingehalten werden und auch in Zukunft gelten werden. Dies wird eine genaue Überwachung der betreffenden Regelungen erfordern. Die Europäische Kommission weist außerdem darauf hin, dass die Anforderungen von Art 9 Abs 1 RL 2009/73/EG nicht nur die

Ausübung von Kontrolle betreffen, sondern auch die Ausübung von Rechten an Unternehmen in den Bereichen Gewinnung und Versorgung. Die Europäische Kommission weist darauf hin, dass weiters zu prüfen wäre, ob CDP durch seine Beteiligung Rechte an ENI ausübt.

Darüber hinaus stellt die Europäische Kommission fest, dass CDP trotz mangelnder Kontrolle wohl aber finanziell von einer guten Leistung von ENI profitieren könnte. Dabei erinnert die Europäische Kommission daran, dass es das Ziel der Entflechtungsvorschriften der RL 2009/73/EG ist, jeden Anreiz und jeden Interessenkonflikt zu beseitigen, der zur Diskriminierung der Nutzer des Netzes führen könnte. Die Europäische Kommission befürchtet, dass CDP insbesondere in Bezug auf ENI – angesichts ihrer Beteiligung an dem Unternehmen im Umfang von etwa 26 % – ihre Kontrolle über die Antragstellerin so nutzen könnte, dass dadurch ENI zum Nachteil der übrigen Nutzer des Netzes begünstigt wird. Die Europäische Kommission fordert in diesem Zusammenhang auf, zu untersuchen, ob für CDP ein finanzieller Anreiz besteht, der ihre Entscheidungsbefugnisse bei der Antragstellerin beeinflussen könnte, und falls dies zutrifft, dafür zu sorgen, dass Maßnahmen getroffen werden, die diesen Interessenkonflikt effektiv beseitigen.

Mit Schreiben der CDP vom 1. März 2013 bzw der Antragstellerin vom 5. März 2013 wird dazu Stellung genommen: Demnach sei die CDP nicht in einer Position, ihre Kontrolle über die Antragstellerin in einer Weise zu nutzen, um ENI zu bevorzugen und andere Netzbenutzer zu benachteiligen. Dies ergebe sich einerseits aus der organisatorischen Trennung zwischen der „Sonderverwaltung“ und der „Ordentlichen Verwaltung“, der persönlichen Haftung der Vorstände von CDP, der Trennung der Vorstände zwischen CDP und ENI, der vertraulichen Behandlung von wirtschaftlich sensiblen Informationen durch ENI, der Regulierung und Aufsicht über Kapazitätsallokationen und der Verpflichtungserklärung von ENI gegenüber der italienischen Wettbewerbsbehörde langfristige Transportkapazitäten auf der TAG-Pipeline zu versteigern sowie unterbrechbare und day-ahead Transportkapazitäten anzubieten. Darüber hinaus könne die Regulierungsbehörde jederzeit die Einhaltung aller Regeln betreffend der getrennten Struktur überprüfen, insb durch Einblick in Protokolle des Vorstandes der CDP, Jahresberichte der Abschlussprüfer und weiteren Informationen, die veröffentlicht werden. Weiters seien alle Rechte der CDP betreffend die Beteiligung an ENI unter der Leitungsbefugnis des MEF; CDP hat die Anordnungen von MEF zu befolgen.

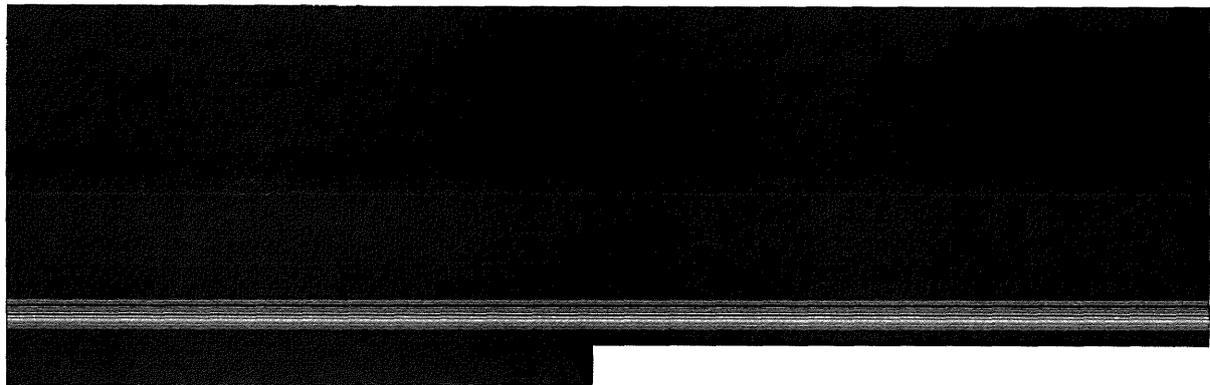
Weitere – über die Stellungnahme der Antragstellerin hinausgehende – Prüfungsschritte im Hinblick auf die Ausübung von Rechten und des potentiellen Profits einer guten Leistung von ENI können aufgrund des insgesamt negativen Feststellungsbescheides unterbleiben (dazu unten Punkt 7.), wobei in einem weiteren Verfahren zu beachten ist, dass die von der Europäischen Kommission aufgeworfenen Fragen hinsichtlich der Rechte der CDP an ENI bzw eines potentiellen Interessenkonflikts im Detail zu prüfen sein werden.

c. OMV / GCA

Die Antragstellerin steht weiters zu 11 % im gesellschaftsrechtlichen Eigentum des Fernleitungsnetzbetreibers GCA, die ihrerseits im gesellschaftsrechtlichen Eigentum der

OMV Gas & Power GmbH (mit einem Anteil von 99,9992 %) und der OMV AG (mit einem Anteil von 0,0008 %) steht. Über die OMV Gas & Power GmbH hält somit die OMV AG insgesamt 100 % am Fernleitungsnetzbetreiber GCA. Tochterunternehmen, die von OMV AG bzw OMV Gas & Power GmbH kontrolliert werden, sind – wie bereits erwähnt – auch im Handel bzw in der Lieferung, Speicherung und Gewinnung von Erdgas tätig (vgl dazu COMP/B-1/39.315 – ENI, Erwägungsgründe 5 sowie 97, wonach CDP und OMV die Antragstellerin – über GCA – gemeinsam kontrollieren).

Bei der OMV-Gruppe wird somit ein Minderheitsanteil an der Antragstellerin verbleiben, wobei mit diesem Minderheitsanteil keine Rechte iSd § 109 Abs 2 Z 1 iVm § 108 Abs 2 und 3 GWG 2011 ausgeübt werden dürfen. Insbesondere darf – wie bereits oben erwähnt – mit diesem Minderheitsanteil nicht die Befugnis verbunden sein, Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe von der Antragstellerin zu bestellen oder anderweitig kontrollierend tätig zu sein. Eine Minderheitsbeteiligung ist nur insofern möglich, sofern damit keinerlei (Stimm-)Rechte verbunden sind; dh nur reine Finanzbeteiligungen sind zulässig.



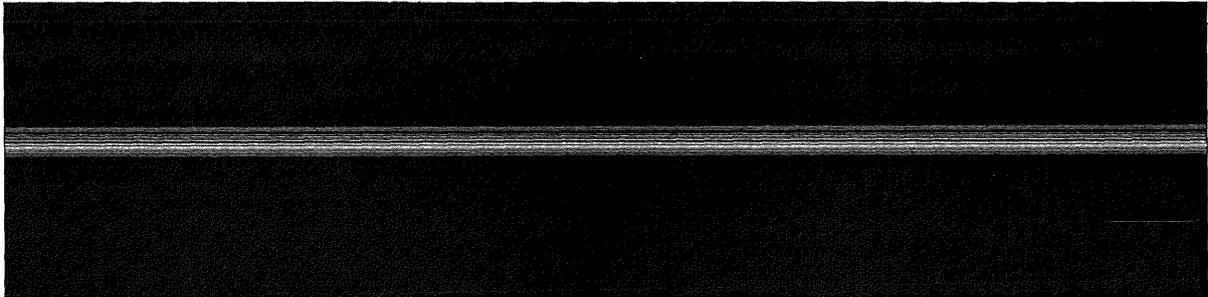
Entgegen der Auffassung der Antragstellerin (vgl dazu Beilage ./C) ist die Antragstellerin selbst, aber auch GCA (als Independent Transmission Operator – ITO), als Teil eines VIU iSd § 7 Abs 1 Z 74 GWG 2011 zu qualifizieren. So bleiben etwa Kontrollmöglichkeiten bei einem ITO für den Aufsichtsrat im Anwendungsbereich des § 115 Abs 1 GWG 2011 jedenfalls bestehen: etwa Entscheidungen von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte, Entscheidungen den jährlichen und langfristigen Finanzplan betreffend, Entscheidungen zur Höhe der Verschuldung und zur Auszahlung von Dividenden, die Bestellung der Unternehmensleitung, etc. Der bestimmende Einfluss ergibt sich insb auch aus § 115 Abs 2 GWG 2011, wonach „lediglich“ die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates abzüglich ein Mitglied die Unabhängigkeitsvorschriften des § 114 Abs 1 bis 3 GWG 2011 einhalten müssen, sodass im Ergebnis jedenfalls der Eigentümereinfluss der OMV Gas & Power GmbH (über das Aufsichtsorgan) auf die GCA sogar durch Mehrheit jener Aufsichtsratsmitglieder, die nicht die Unabhängigkeitsvorschriften des § 114 Abs 1 bis 3 GWG 2011 einhalten müssen, erhalten bleibt (insb bei Entscheidungen, mit erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte, Genehmigung der jährlichen und der langfristigen Finanzpläne, Höhe der Verschuldung des ITO, Höhe der auszuzahlenden Dividende). Weiters ist es selbstverständlich im ITO-Modell, dass auch die Unternehmensleitung (durch das Aufsichtsorgan) bestellt werden kann – Einschränkungen erfährt dies nur durch die Unvereinbarkeitsregelungen des § 114 GWG 2011. Es kann somit

jedenfalls weiterhin (direkt) bestimmender Einfluss iSd § 7 Abs 1 Z 30 GWG 2011 bzw Art 3 Abs 2 FKVO durch die OMV-Gruppe auf GCA und indirekt auf die Antragstellerin ausgeübt werden. Kontrolle iSd § 7 Abs 1 Z 30 GWG 2011, Art 3 Abs 2 VO FKVO wird somit seitens OMV Gas & Power GmbH auf deren Tochterunternehmen in den erwähnten Sparten als auch auf GCA und (indirekt) auf die Antragstellerin ausgeübt. Entgegen der rechtlichen Analyse (Beilage ./C) ist daher die Antragstellerin selbst, aber auch GCA als ITO, Teil eines VIU iSd § 7 Abs 1 Z 74 GWG 2011 (vgl dazu V ZER G 01/12, Seite 4 zu Zertifizierung der GCA als ITO: „Die Antragstellerin ist somit Teil eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens (nachfolgend: VIU) und bleibt dies auch in der Eigenschaft als Independent Transmission Operator (ITO)“; V ZER G 01a/12; weiters Cabau in Jones, EU Energy Law, Volume I – The Internal Energy Market, The Third Liberalisation Package, 4.122: „ITO legally distinct but part of the VIU group with strong set of rules on independence and investments“; weiters 4.201: „Under the ITO model, the TSO may remain part of an integrated undertaking.“; weiters 6.77 und 6.78 „The fine imposed on the vertically integrated undertaking (which includes the TSO as well as the supply branch) [...]“; Commission Staff Working Paper, Interpretative Note – The Unbundling Regime, 14; ErwGr 13 und 14 der RL 2009/73/EG; Erläuternde Bemerkungen zu § 112 Abs 2 GWG 2011; sowie die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 15. Februar 2013 zu Baumgarten Oberkappel GasleitungsgmbH (C(2013) 963), Punkt III.2.: „... die GCA gesellschaftsrechtlich weiterhin Teil des VIU ist.“). Handelt es sich bei den Entflechtungsmodellen zwar an sich um vom Netzbetreiber frei wählbare Optionen, so unterscheidet sich ein ITO gem § 112 GWG 2011 von der eigentumsrechtlichen Entflechtung oder dem ISO-Modell dadurch, dass die gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen dem VIU und dem Netzbetreiber eben nicht gekappt wird, vielmehr verbleibt der ITO im Konzernverbund mit der Gewinnung und Versorgung. Vom Gesetz werden nur weitere organisatorische Maßnahmen (Aktienhalteverbot, Beschäftigungsverbot, etc.) auferlegt (Stellungnahme der Europäischen Kommission C(2013) 963, Punkt III.2.: „... GCA als zertifizierter ITO nicht als gewöhnlicher Teil des VIU ...“) – Kontrolle iSd § 7 Abs 1 Z 30 GWG 2011, Art 3 Abs 2 VO FKVO ist dabei aber (wie bereits oben begründet) keineswegs ausgeschlossen. Obwohl zwar durchaus davon ausgegangen werden kann, dass aufgrund der organisatorischen Maßnahmen bei einem ITO die „Wahrscheinlichkeit, dass ein Interessenkonflikt entsteht, geringer [ist]“ (so die Stellungnahme der Europäischen Kommission C(2013) 963, Punkt III.2.), darf nicht vergessen werden, dass die bloße Möglichkeit zur Kontrolle ausreicht – es ist nicht erforderlich die Kontrolle tatsächlich auszuüben (*Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht¹¹, 1172).

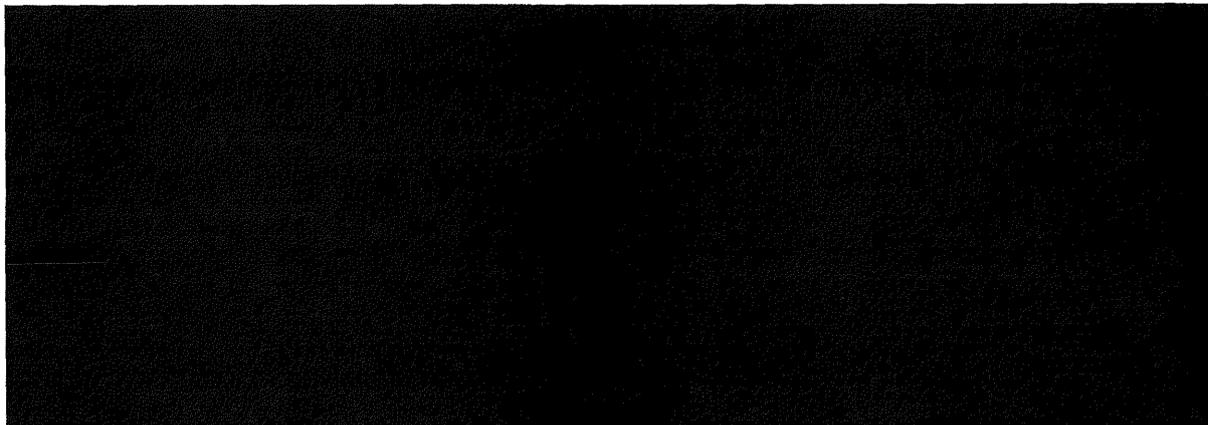
Der Wortlaut der Entflechtungsbestimmungen ließe zwar auf den ersten Blick (auch) eine gegenteilige Interpretation zu, nach einer systematischen Interpretation und der Definition von Kontrolle (§ 7 Abs 1 Z 30 GWG 2011, Art 3 Abs 2 VO FKVO) und von VIU (§ 7 Abs 1 Z 74 GWG 2011) als auch der Bestimmung über den Aufsichtsrat (§ 115 GWG 2011) ergibt sich aber eindeutig, dass weiterhin bestimmender Einfluss ausgeübt werden kann (der gleiche Wortlaut findet sich bei der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung von Verteilernetzbetreibern gem § 106 GWG 2011 – zweifelsohne sind Verteilernetzbetreiber aber Teil des VIU).

Aber auch das im Antrag (Beilage ./C, Seite 11) vorgebrachte Argument, wonach „*keine zusätzlichen Maßnahmen*“ notwendig wären, wenn GCA als ITO selbst die Fernleitung der Antragstellerin betreibt, ist führt zu keinem anderen Ergebnis. Nicht berücksichtigt wird dabei, dass die TAG derzeit zwei Gesellschafter hat: nicht nur die GCA, sondern auch die CDP. Würde also GCA die Tätigkeiten der Antragstellerin übernehmen, wäre einerseits ein neues Zertifizierungsverfahren zu durchlaufen, da sich die Zertifizierung der GCA nur auf die derzeit von ihr betriebenen Anlagen bezieht und nicht auf jene der Antragstellerin. Andererseits müsste sich GCA insb mit CDP einigen, wie CDP in einem derartigen Gedankenmodell integriert oder getrennt wird. GCA und CDP könnten für die Anlagen der Antragstellerin nicht gemeinsam einen ITO beantragen, weil Voraussetzung für dieses Modell eine juristische Person ist – eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts iSd § 1175 ff ABGB, bestehend aus GCA und CDP, wäre nicht ausreichend (vgl § 112 Abs 8 GWG 2011).

Aus diesem Grund darf GCA, als Teil eines VIU, im ISO-Modell zwar eine Minderheitsbeteiligung (11 %) iSd § 108 Abs 3 Z 3 GWG 2011 weiterhin behalten, allerdings keine Stimmrechte ausüben (§ 108 Abs 3 Z 1 GWG 2011) und keine Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ bestellen (§ 108 Abs 3 Z 3 GWG 2011) noch anderweitig Kontrolle ausüben (§ 108 Abs 2 GWG 2011). Sowohl der Entwurf des Shareholders' Agreement als auch der Entwurf der Articles of Association (iSd des Antrages und der Beilage ./B 1) sehen aber genau diese (Stimm-)Rechte vor.



Am 12. November 2012 hat die Regulierungsbehörde die Antragstellerin aufgefordert, einen Vertrag zur Wahrnehmung der Stimmrechte durch unabhängige Dritte vorzulegen und darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung des Dritten, im wirtschaftlichen Interesse der GCA zu handeln, in einem Spannungsverhältnis zu § 109 Abs 2 Z 1 IVm § 108 Abs 2 und 3 GWG 2011 steht. Die Antragstellerin hat am 26. November 2012 einen Entwurf eines Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen GCA und dem zu bestellenden Geschäftsbesorger übermittelt.



[REDACTED]

Auf Grundlage dieses Geschäftsbesorgungsvertrages bliebe freilich Kontrolle aber auch das Recht ein zur gesetzlichen Vertretung berufenes Organ und ein Mitglied des Aufsichtsrates (nämlich den Geschäftsbesorger selbst gem Punkt 2.1.3. des Geschäftsbesorgungsvertrages) zu bestellen, somit weiterhin in Widerspruch zu § 109 Abs 2 Z 1 iVm § 108 Abs 2 und 3 GWG 2011.

Die Europäische Kommission ist in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2013 ebenso der Ansicht, dass es unvereinbar mit Art 14 Abs 2 lit a iVm Art 9 Abs 1 lit b i) RL 2009/73/EG ist, dass OMV direkt oder indirekt Rechte über die Antragstellerin ausübt und gleichzeitig Funktionen in den Bereichen Gewinnung und Versorgung wahrnimmt. Die Europäische Kommission stimmt dabei überein, dass OMV nicht direkt oder indirekt (über GCA) Rechte an der Antragstellerin ausüben darf. Die Stimmrechte von GCA an der Antragstellerin müssen daher rein passiv sein.

Aus den soeben erwähnten Gründen stellte die Antragstellerin auch eine weitere Alternative durch einen weiteren Entwurf des Shareholders' Agreement und einen weiteren Entwurf der Articles of Association (Beilage /B 2) im Antrag (als „Eventualantrag“ bezeichnet) dar, wonach GCA ihre Anteile an der Antragstellerin nur als Finanzbeteiligung behalten wird.

[REDACTED]

Damit hat GCA mit der einen Stimme auch kein „Veto-Recht“. Dies ist zulässig, da gem § 39 Abs 2 GmbHG jedem Gesellschafter zumindest eine Stimme zustehen muss. GCA kann daher als Minderheitsgesellschafter über eine einzelne Stimme verfügen, CDP verfügt dagegen über 64.678 Stimmen bei der Antragstellerin. Allerdings darf GCA mit dieser einen Stimme kein Stimmrecht iSd § 108 Abs 3 Z 1 GWG 2011 ausüben.

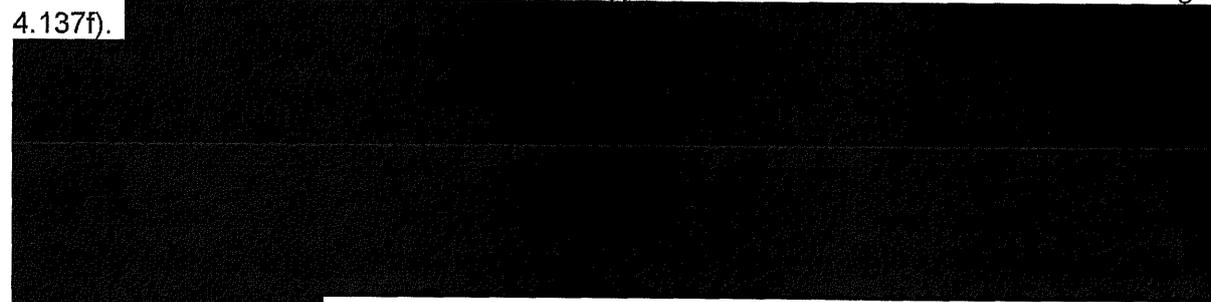
[REDACTED]

GCA hat somit in Übereinstimmung mit § 108 Abs 3 Z 2 GWG 2011 keine Befugnis, Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe zu bestellen.

[REDACTED]

Mit diesen „Protective Rights“ sind aber kein „Veto-Recht“ bzw negative Kontrolle, eine sonstige bestimmende Einflussmöglichkeit iSd iSd § 7 Abs 1 Z 30 GWG 2011, Art 3 Abs 3 FKVO oder ein Stimmrecht iSd § 108 Abs 3 Z 1 GWG 2011 verbunden. Denn selbst die üblichen (Stimm-)Rechte eines Minderheitsgesellschafters, also

all jene Entscheidungen, die die Substanz des Unternehmens betreffen, wie zB Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen und Auflösung der Gesellschaft, sind im ISO-Modell nach § 109 Abs 2 iVm § 108 Abs 3 Z 1 GWG 2011 unzulässig, nur eine reine Finanzbeteiligung ist gesetzeskonform (vgl dazu Commission Staff Working Paper, Interpretative Note – The Unbundling Regime, 9; *Cabau in Jones*, EU Energy Law, Volume I – The Internal Energy Market, The Third Liberalisation Package, 4.137f).



diese Änderung müsste aber ohnehin der Regulierungsbehörde nach § 119 Abs 3 Z 2 GWG 2011 angezeigt werden. Gelangt die Regulierungsbehörde zur Auffassung, dass ein neuer Gesellschaftervertrag eine Neubewertung der Zertifizierung erforderlich macht oder zu einem Verstoß gegen die Entflechtungsvorschriften führen kann, so ist ein neuerliches Zertifizierungsverfahren durchzuführen (§ 119 Abs 2 Z 2 lit b GWG 2011).

Zusammenfassend ist anzumerken, dass in dieser Variante des Entwurfs des Shareholders' Agreements und der Articles of Association (Beilage ./B 2) die OMV weder direkt noch indirekt (über GCA) Rechte an der Antragstellerin ausübt. Die Stimmrechte von GCA an der Antragstellerin sind rein passiv. Im ISO-Modell ist zwar eine Minderheitsbeteiligung iSd § 108 Abs 3 Z 3 GWG 2011 möglich, allerdings dürfen keine Stimmrechte ausgeübt (§ 108 Abs 3 Z 1 GWG 2011) und keine Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ bestellt (§ 108 Abs 3 Z 3 GWG 2011) noch anderweitig Kontrolle ausgeübt werden (§ 108 Abs 2 GWG 2011). Eine Minderheitsbeteiligung ist im vorliegenden Fall also möglich, weil damit keine (Stimm-)Rechte verbunden sind; dh die reine Finanzbeteiligung ist in der Variante des Entwurfs des Shareholders' Agreements und der Articles of Association (Beilage ./B 2) zulässig.

5. Pflichten des ISO

a. Allgemeines

Nach § 109 Abs 2 GWG 2011 muss der ISO über die erforderlichen finanziellen, technischen, personellen und materiellen Ressourcen verfügen (Z 2), er muss den zehnjährigen Netzentwicklungsplan umsetzen (Z 3) und er muss seinen Verpflichtungen nach der VO (EG) 715/2009 nachkommen. Nach § 110 Abs 1 GWG 2011 ist jeder ISO verantwortlich für die Gewährung und Regelung des Zugangs Dritter, einschließlich der Erhebung von Zugangsentgelten sowie der Einnahme von Engpasserlösen, für Betrieb, Wartung und Ausbau des Fernleitungsnetzes sowie für die Gewährleistung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, im Wege einer Investitionsplanung eine angemessene Nachfrage zu

befriedigen. Beim Ausbau des Fernleitungsnetzes ist der ISO für Planung (einschließlich Genehmigungsverfahren), Bau und Inbetriebnahme der neuen Infrastruktur verantwortlich.

Die „Verantwortlichkeit für den Netzbetrieb“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der ISO Tätigkeiten durchaus an einen dritten Sub-Auftragnehmer auslagern darf. Nur im ITO-Modell gem §§ 112 ff GWG 2011 wird normiert, dass die Geschäftstätigkeit des ITO neben den in § 62 GWG 2011 aufgeführten Pflichten und Aufgaben mindestens auch die in § 112 Abs 8 GWG 2011 beschriebenen Tätigkeiten beinhaltet – darunter fällt auch Betrieb und Wartung. Diese Kernaufgaben hat der ITO somit selbst wahrzunehmen (vgl etwa V ZER 01/11, V ZER G 01/12). Somit können im ISO-Modell Betrieb und Wartung ausgelagert werden (vgl dazu etwa auch V ZER 02/11 bei einem eigentumsrechtlich entflochtenen Übertragungsnetzbetreiber), vorausgesetzt die Auslagerung erfolgt an einen Sub-Auftragnehmer, der vom VIU unabhängig ist.

Laut Antrag wird die Antragstellerin alle Voraussetzungen betreffend Transport, Beschaffung, Bau, Erweiterung und Betrieb des Netzes erfüllen und dabei das Kapazitätsmanagement, die Transportdienstleistungen und die Einhebung der Netztarife durchführen.

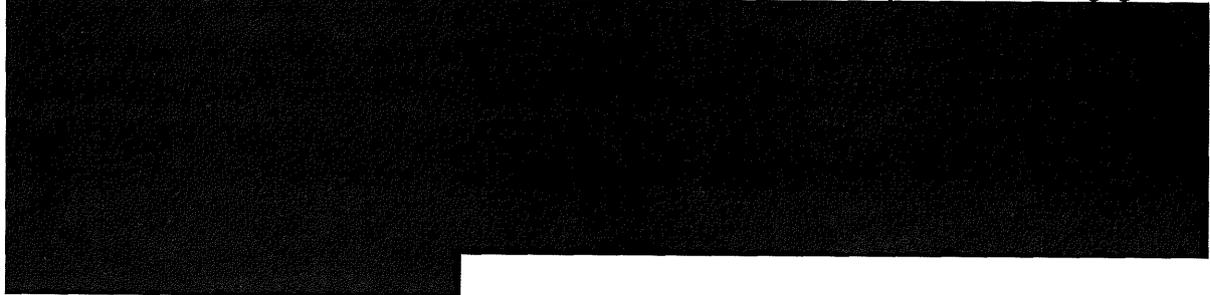
Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2013 Zweifel, ob die Antragstellerin in der Lage sein wird, das Fernleitungsnetz unabhängig vom Netzeigentümer zu betreiben, da eine Reihe von Kernaufgaben des Fernleitungsnetzbetriebes vom Netzeigentümer GCA kontrahiert und von diesem durchgeführt werden. Die Europäische Kommission stellt fest, dass die Antragstellerin die Absicht hat, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben als Fernleitungsnetzbetreiber in erheblichem Umfang auf Leistungen zurückzugreifen, die von GCA erbracht werden. Im Hinblick auf die ausgelagerten Aufgaben muss nach Auffassung der Europäischen Kommission sichergestellt werden, dass diese Transaktionen zu Marktbedingungen erfolgen, um zu gewährleisten, dass die Entgelte angemessen sind und den tatsächlichen Kosten entsprechen. Die Regulierungsbehörde müsse prüfen, ob dies zutrifft.

Die Antragstellerin wurde von der Behörde mehrfach aufgefordert, die Entgelte offen zu legen: Einerseits wurden mit Schreiben vom 17. April 2012 die relevanten Verträge angefordert, die im ursprünglichen Antrag vom 16. März 2012 von der Antragstellerin nicht beigelegt wurden (Lease-Agreement, nunmehr Beilage ./H; O&M-Vertrag, nunmehr Beilage ./I). Andererseits wurde mit Schreiben vom 29. Mai 2012 – als diese Verträge dann zwar vorgelegt wurden, aber Teile (wie zB die Entgelte) noch nicht ausverhandelt waren – seitens der Behörde darauf explizit hingewiesen, dass auch die Entgelte geprüft werden müssen („Für unsere Beurteilung ist es neben der Prüfung der Entwürfe der vertraglichen Grundlagen für dieses Betriebskonzept auch notwendig, die vorgesehenen Vergütung im Vertrag vorzufinden“). Schließlich hat die Regulierungsbehörde die Antragstellerin am 23. August 2012 aufgefordert, unter anderem das Lease-Agreement (nunmehr Beilage ./H) und den O&M-Vertrag, (nunmehr Beilage ./I) bis 24. September 2012 zu übermitteln. Diese Aufforderung wurde am 4. Oktober 2012 wiederholt. Dennoch wurden die Entgelte der Regulierungsbehörde nicht offengelegt, weshalb im an die Europäische Kommission

übermittelten Entscheidungsentwurf vom 7. Dezember 2012 als Bedingung vorgesehen war, dass sämtliche Verträge (insb Lease-Agreement und O&M-Vertrag), welche die Erbringung von Dienstleistungen durch die GCA zum Gegenstand haben – der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen sind. Damit hätte die Regulierungsbehörde in weiterer Folge die Möglichkeit gehabt, die Entgelte auf Angemessenheit zu überprüfen (§ 25 Abs 1 Z 1 lit b E-ControlG).

b. Gewährung und Regelung des Zugangs Dritter

Die Antragstellerin gewährt Dritten Netzzugang gem Art 14 VO (EG) Nr. 715/2009, sie gewährleistet und regelt den Netzzugang für Dritte (dh Abschluss von Kapazitätsverträgen) und hebt Entgelte selbst ein. Die Antragstellerin hat dabei die alleinige Entscheidungsgewalt.



Die Antragstellerin hat das exklusive Recht über das „TAG-Pipeline-System“ zu verfügen. Nach Punkt 4.3. des Entwurfs des Lease Agreements verzichtet GCA als Netzeigentümer bis [redacted] auf das Recht, den Vertrag zu kündigen.

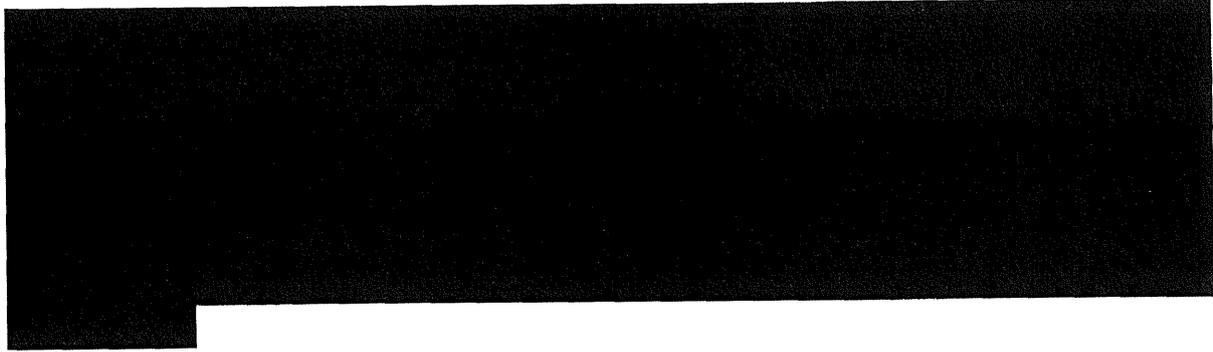
c. Betrieb, Wartung, Ausbau des Fernleitungsnetzes

Die Antragstellerin führt neue Projekte, Großinvestitionen und Reinvestitionen betreffend alle Tätigkeiten aus und fasst selbst alle Entscheidungen zur Planung und Genehmigung

Die Antragstellerin hat einzelne Tätigkeiten ausgelagert, die sich auf kleine Investitionen, Reinvestitionen, geplante und ungeplante Instandhaltungen beziehen, wobei die betreffenden Verantwortlichkeiten und Entscheidungskompetenzen zwischen der Antragstellerin und der GCA als Dienstleister nach dem Entwurf des Operation and Maintenance Contracts (nachfolgend: O&M-Vertrag; Beilage ./I) im Detail beschrieben ist.

Kapazitätsvermarktung und kommerzielles Dispatching: Die Antragstellerin führt alle wesentlichen Tätigkeiten aus und fasst die Entscheidungen, die als Ziel die Kapazitätsvermarktung und das Management des Zuganges Dritter haben. Einige operative Abläufe des kommerziellen Dispatchings werden von der GCA gem den Bestimmungen des O&M-Vertrages vorgenommen.

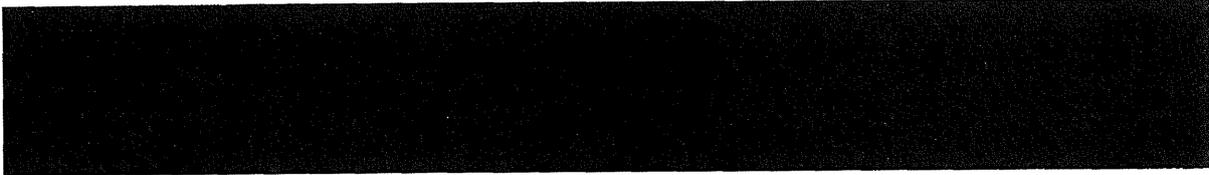
Finanzierung und Buchhaltung: Die Antragstellerin führt alle Tätigkeiten aus und fasst die Entscheidungen, um die bestmögliche Finanzlage der Gesellschaft zusammen mit einer effektiven, effizienten und sorgfältigen Buchhaltung und satzungsmäßigen Berichterstattung zu gewährleisten.

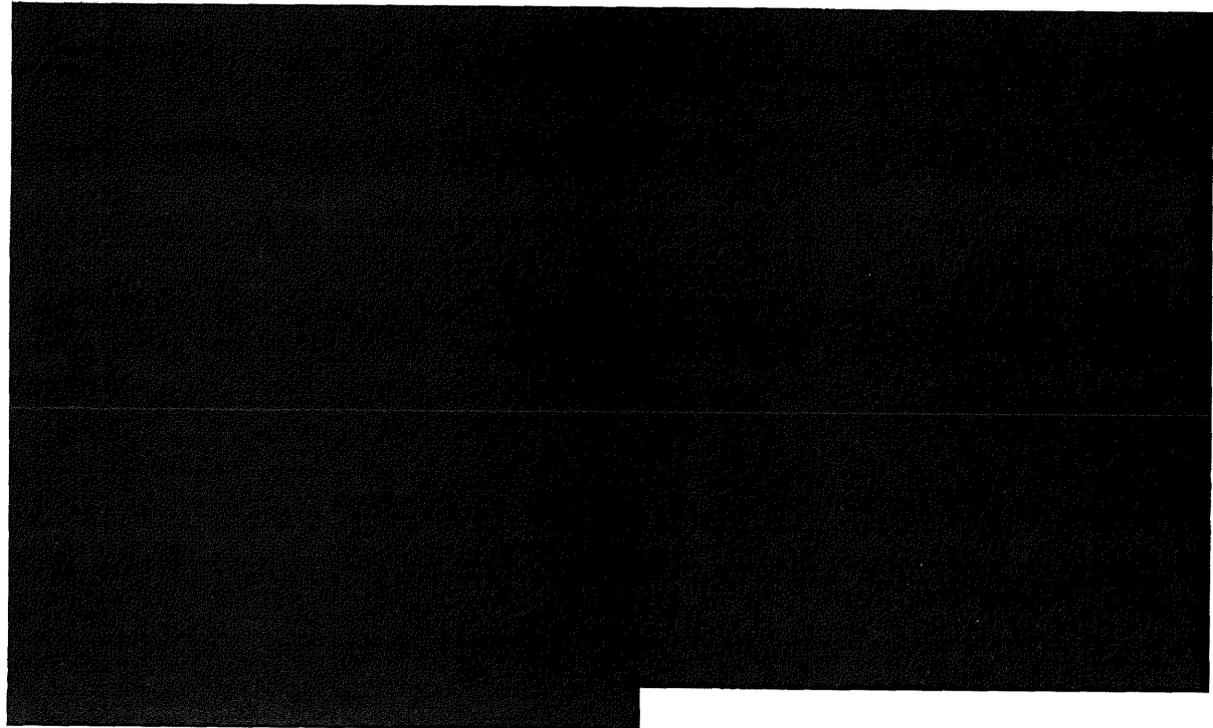


Nach Art 2 Abs 1 des Entwurfs des O&M-Vertrages (Beilage .I/1) weist die Antragstellerin GCA an und GCA verpflichtet sich, die O&M-Services im Einklang mit den Bestimmungen dieses Vertrages und den Anweisungen der Antragstellerin durchzuführen. Gem Art 2 Abs 6 muss sich GCA an allen Anweisungen der Antragstellerin in Übereinstimmung mit diesem Vertrag halten. Der Betriebsleiter der Antragstellerin ist befugt, Weisungen an GCA zu geben. Weiters ist der Betriebsleiter berechtigt, jeden Arbeitsprozess der GCA im Rahmen dieses Vertrages zu beenden. Nach Art 11 Abs 1 vereinbaren die Parteien, dass außerordentliche Wartungen durch GCA nach vorrangiger schriftlicher Anweisung der Antragstellerin durchgeführt werden. Unbeschadet der vorstehenden Bestimmungen, muss jede sonstige Ausgabe im Zusammenhang mit der außerordentlichen Wartung, Inspektion und Betrieb des Pipeline Systems, die nicht im jährlichen Wartungsplan enthalten sind, von der Antragstellerin genehmigt werden (Art 11 Abs 3).

Die Europäische Kommission stellt in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2013 fest, dass Betrieb, Wartung und Ausbau des Netzes vor dem Hintergrund des Art 13 Abs 1 lit a sowie Art 14 Abs 4 RL 2009/73/EG zu den Kernaufgaben eines Fernleitungsnetzbetreibers gehören und daher vom Fernleitungsnetzbetreiber selbst wahrgenommen werden müssen.

Die Europäische Kommission räumt zwar ein, dass ein ISO grundsätzlich Aufgaben an einen Sub-Auftragnehmer auslagern kann, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der ISO entsprechend ausgerüstet und in der Lage ist, die Ausführung dieser Aufgaben zu beaufsichtigen und zu überwachen, und dass der Sub-Auftragnehmer *unabhängig vom VIU ist und* [in der englischen Fassung: „... is independent from the VIU and ...“] keine Beteiligungen in den Bereichen Gewinnung oder Versorgung hält. Nach Auffassung der Europäischen Kommission ist es jedoch mit dem ISO-Modell unvereinbar, dass der ISO wesentliche Aufgaben des Netzbetriebs an den Netzeigentümer in solchem Umfang auslagert, dass dieser Eigentümer de facto die Kernaufgaben des Netzbetreibers wahrnimmt. Die Europäische Kommission erinnert daran, dass der wichtigste Aspekt beim ISO-Modell darin besteht, dass der ISO das Netz unabhängig von seinem Eigentümer betreibt und selbst für Betrieb, Wartung und Ausbau des Netzes verantwortlich ist.





Der Stellungnahme der Europäischen Kommission folgend ist festzuhalten, dass der ISO Tätigkeiten nur an einen dritten Sub-Auftragnehmer – „also eine vom VIU unabhängige Rechtsperson“ auslagern darf.

Nur im ITO-Modell gem §§ 112 ff GWG 2011 wird normiert, dass die Geschäftstätigkeit des ITO neben den in § 62 GWG 2011 aufgeführten Pflichten und Aufgaben mindestens auch die in § 112 Abs 8 GWG 2011 beschriebenen Kernaufgaben (wie Betrieb und Wartung) beinhaltet, die der ITO selbst wahrzunehmen hat (vgl etwa V ZER 01/11, V ZER G 01/12 sowie die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 15. Februar 2013 zu (einem beantragten ITO) Baumgarten Oberkappel GasleitungsgmbH (C(2013) 963), Punkt III.2.: „[...] dass Kernaufgaben [...] nicht wahrgenommen werden. Der Betrieb [...] ist de facto [...] aufgeteilt“). Auch in der [REDACTED] Stellungnahme der Europäischen Kommission zu Thyssengas (C(2013) 570) wird festgehalten, dass im ITO-Modell die „Dienstleistungen vom [Fernleitungsnetzbetreiber] selbst zu erbringen sind, da die Bewertung von Investitionen und Infrastrukturprojekten und die diesbezüglichen Entscheidungen zu den Kernaufgaben eines [Fernleitungsnetzbetreibers] gehören und daher ohne eine mögliche Beeinflussung durch Unternehmen mit Beteiligungen in den Bereichen Vertrieb oder Gewinnung erfolgen sollten“. Auch in der [REDACTED] Stellungnahme der Europäischen Kommission zu Jordgas (C(2012) 6255) wird für die Kernaufgaben beim ITO „ausreichendes Personal“ verlangt.

In der [REDACTED] zitierten Stellungnahme zu AST (C(2012)9108) führt die Europäische Kommission aus, dass Art 14 RL 2009/73/EG eine strikte Trennung der Aufgaben zwischen dem Netzeigentümer einerseits und dem ISO andererseits enthält. Wenn man die Aufgaben näher betrachtet, ist der ISO als Fernleitungsnetzbetreiber zu qualifizieren und hat alle Pflichten einzuhalten. Das folgt aus Artikel 14 Absatz 4 RL 2009/73/EG, die

normiert, dass „... der unabhängige Netzbetreiber als Fernleitungsnetzbetreiber [handelt] ...“. Art 13 RL 2009/73/EG beschreibt die Aufgaben eines Fernleitungsnetzbetreibers. Nach Art 14 RL 2009/73/EG ist jeder ISO verantwortlich für die Gewährung und Regelung des Zugangs Dritter, einschließlich der Erhebung von Zugangsentgelten sowie der Einnahme von Engpasserlösen, für Betrieb, Wartung und Ausbau des Fernleitungsnetzes sowie für die Gewährleistung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, im Wege einer Investitionsplanung eine angemessene Nachfrage zu befriedigen. Beim Ausbau des Fernleitungsnetzes ist der unabhängige Netzbetreiber für Planung, Bau und Inbetriebnahme der neuen Infrastruktur verantwortlich. Der Netzeigentümer darf weder für die Gewährung und Regelung des Zugangs Dritter noch für die Investitionsplanung verantwortlich sein.

Wenn nun an einen dritten Sub-Auftragnehmer ausgelagert werden darf, ist damit eine Person gemeint, die nicht nur vom ISO in Bezug auf das VIU unabhängig ist, sondern – laut Europäischer Kommission – insb auch in Bezug auf den Netzeigentümer. Unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Europäischen Kommission, wonach der Sub-Auftragnehmer vom VIU unabhängig sein muss und keine Beteiligungen in den Bereichen Gewinnung oder Versorgung halten darf, ist eine Auslagerung von Betrieb, Wartung und Ausbau des Netzes an GCA somit nicht möglich.

d. Planung, Bau und Inbetriebnahme der neuen Infrastruktur

Die Antragstellerin führt alle Tätigkeiten aus und trifft die Entscheidungen zu Investitionen und Kapazitätsplanung inklusive Budget und Kontrolle (vgl dazu insb Art 14 Abs 1 und 3 des Entwurfs des O&M-Vertrages, Beilage .I/).

6. Pflichten des Fernleitungsnetzeigentümers

Der Eigentümer des Fernleitungsnetzes unterliegt den Regeln der §§ 110 Abs 1 letzter Satz, Abs 2 und 111 GWG 2011.

Die Europäische Kommission ist in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2013 der Ansicht, dass der Netzeigentümer GCA in seiner Rolle als Marktgebietsmanager (Koordinierung der Entwicklung des langfristigen Investitionsplans für Österreich) gem Art 14 Abs 4 RL 2009/73/EG im ISO-Modell nicht zugleich für die Investitionsplanung der Antragstellerin verantwortlich sein darf. Neben der Zuständigkeit für den laufenden Betrieb des Netzes hat GCA somit auch eine Schlüsselfunktion bei der Investitionsplanung, einschließlich der TAG-Pipeline.

Mit Schreiben vom 21. Februar 2013 der GCA und vom 5. März 2013 der Antragstellerin wird dazu Stellung genommen: Die Regulierungsbehörde habe die GCA als Marktgebietsmanager genehmigt und auch die Unabhängigkeit des Marktgebietsmanagers geprüft. Die GCA als Marktgebietsmanager berechne keine verfügbaren Kapazitäten der Fernleitungen (mit Verweis auf § 14 Abs 4 GWG 2011), noch habe sie eine Schlüsselfunktion bei der Investitionsplanung (mit Verweis auf Art 16 Abs 5 VO (EG) 715/2009) der TAG Pipeline inne. Vielmehr beschränke sich die Koordinierungsfunktion der

GCA als Marktgebietsmanager auf eine Zusammenführung der einzelnen Netzentwicklungspläne, da die Fernleitungsnetzbetreiber und nicht der Marktgebietsmanager den koordinierten Netzentwicklungsplan gemeinsam der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorlegen (§ 63 Abs 2 GWG 2011). Sowohl die Investitionsplanungen gem Art 16 Abs 5 VO (EG) 715/2009, als auch die Erstellung von Netzentwicklungsplänen gem Art 8 Abs 3 lit b VO (EG) 715/2009 fielen in den Zuständigkeitsbereich von Fernleitungsnetzbetreibern.

Der Fernleitungsnetzeigentümer GCA darf nicht für die Regelung des Zugangs Dritter noch für die Investitionsplanung verantwortlich sein – wie oben bereits beschrieben, ergibt sich schon aus dem Entwurf des Lease Agreements (Beilage .H) und des O&M-Vertrages (Beilage .I), dass GCA für diese Tätigkeiten nicht zuständig und verantwortlich ist. GCA wurde zwar mit Bescheid vom 30. April 2012 gem § 13 Abs 3 GWG 2011 als Marktgebietsmanager des Marktgebiets Ost befristet bis zum 30. Juni 2014 benannt (V MGM G 01/12). In diesem Verfahren konnte jedoch die Unabhängigkeit lediglich aus dem Blickwinkel des § 15 GWG 2011 geprüft werden, also ob GCA nach dem damals vorliegenden Sachverhalt über eine ausreichende Unabhängigkeit für die Aufgabenerfüllung des Marktgebietsmanagers verfügt, nicht jedoch, ob die Erfüllung der Rolle des Marktgebietsmanagers durch GCA mit unterschiedlichen Entflechtungsmodellen vereinbar ist. Auch wenn allfällige Zusammenhänge mit dieser Thematik nicht ausgeschlossen werden können, kann aus dieser Entscheidung kein abschließender Rückschluss auf die Unabhängigkeitsvoraussetzungen der §§ 109 ff GWG 2011 gezogen werden.

Die bloße Koordinierung des Netzentwicklungsplanes durch den Marktgebietsmanager iSd § 14 Abs 1 Z 7 GWG 2011 ist der Investitionsplanung iSd § 110 Abs 1 letzter Satz GWG 2011 nicht völlig gleichzuhalten und damit kommt der GCA aus der Rolle des Marktgebietsmanagers wohl keine Schlüsselfunktion bei der Investitionsplanung iSd § 110 Abs 1 letzter Satz GWG 2011 für die Antragstellerin zu, wobei die möglichen Auswirkungen der Aufgabenerfüllung des Marktgebietsmanagers in einem weiteren Verfahren zu berücksichtigen sein werden.

Darüber hinaus ist der Marktgebietsmanager für die Organisation der Errichtung und des Betriebes der Online-Plattform für das Angebot von Kapazitäten iSd § 14 Abs 1 Z 5 GWG 2011 verantwortlich. Diese Aufgabe hat jedoch primär organisatorischen Charakter und betrifft nicht die Vermarktung und das Angebot der Kapazitäten selbst, dies ist eine wesentliche Aufgabe der Fernleitungsnetzbetreiber und wird auch von ihnen wahrgenommen. Die österreichischen Fernleitungsnetzbetreiber haben gemeinsam mit dem Marktgebietsmanager beschlossen, diese Online-Plattform nicht selbst zu entwickeln, sondern der Europäischen Kapazitätsvermarktungsplattform "PRISMA" beizutreten, welche ab April 2013 genutzt werden wird.

Die Europäische Kommission stellt in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2013 fest, dass nicht geprüft wurde, ob GCA in der Lage ist, ihren Verpflichtungen nach Art 14 Abs 5 RL 2009/73/EG nachzukommen.

Die Behörde geht davon aus, dass sämtliche Pflichten (Zusammenarbeit mit ISO, Finanzierung der genehmigten Investitionen, Sicherung der Haftungsrisiken, Garantien zur Erleichterung der Finanzierung eines etwaigen Netzausbaus), die in § 110 Abs 2 GWG 2011 in Umsetzung des Art 14 Abs 5 RL 2009/73/EG normiert werden, erst bei Tätigwerden des Netzeigentümers im ISO-Modell festgestellt und geprüft werden können. Die Kompetenz der Regulierungsbehörde zur Überprüfung reicht aus, da ihr durch § 24 Abs 1 Z 3 sowie Z 2 und § 25 Abs 1 E-ControlG Überwachungsaufgaben zukommen und darüber hinaus Verwaltungsstrafen mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 100.000,-- bei Verletzung dieser Pflichten bestehen (§ 159 Abs 3 Z 5 GWG 2011).

Der Fernleitungsnetzeigentümer muss sich insb gesellschaftsrechtlich und organisatorisch entflechten und ein Gleichbehandlungsprogramm aufstellen. Da GCA bereits als ITO zertifiziert ist, steht die gesellschaftsrechtliche und organisatorische Entflechtung fest. GCA verfügt auch über ein Gleichbehandlungsprogramm (vgl V ZER G 01/12).

7. Zusammenfassung

Die Europäische Kommission gelangt in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2013 zum Schluss, dass die Antragstellerin unter den jetzigen Voraussetzungen nicht als ISO für den Betrieb der Antragstellerin zertifiziert werden kann. Die derzeitige Situation, in der die meisten Kernaufgaben des Fernleitungsnetzbetriebs an den Netzeigentümer GCA ausgelagert sind und in der der Netzeigentümer für die Koordinierung der langfristigen Investitionsplanung zuständig ist, ist nicht mit dem ISO-Modell vereinbar. Damit die Antragstellerin als ISO angesehen werden kann, welcher das Netz unabhängig von GCA betreibt, muss nach Auffassung der Europäischen Kommission dafür gesorgt werden, dass die Antragstellerin zumindest den Betrieb und die Wartung des Fernleitungsnetzes und die Investitionsplanung unabhängig vom Netzeigentümer durchführt.

Die Regulierungsbehörde hat sich mit der Stellungnahme der Europäischen Kommission sowie der darauf bezugnehmenden Stellungnahmen der Antragstellerin und ihrer Gesellschafterinnen inhaltlich auseinandergesetzt. Insbesondere weder von Seiten der Antragstellerin noch ihrer Gesellschafterinnen wurden weitere Dokumente vorgelegt, die Anlass geben von den Anmerkungen der Europäischen Kommission abzugehen. Aufgrund der strikten Trennung der Aufgaben zwischen Netzeigentümer und ISO gem § 110 GWG 2011 ist eine Auslagerung von Kernaufgaben der Antragstellerin an GCA nicht möglich. Weitere Bedingungen wurden nicht vorgesehen, da unter den derzeitigen Voraussetzungen die Antragstellerin keinesfalls als ISO zertifiziert werden kann. Die Regulierungsbehörde vermag keine weiteren Gründe zu erkennen, weshalb der Rechtsansicht der Europäischen Kommission im Ergebnis nicht zu folgen wäre. Der Antrag auf Feststellung, dass die TAG die Voraussetzungen der §§ 109 bis 111 GWG 2011 erfüllt und als ISO gem § 119 Abs 1 Z 2 GWG 2011 zertifiziert wird, ist daher abzuweisen.

Von einer mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, weil der Sachverhalt durch Aktenstudium festgestellt werden konnte und das Parteiengehör durch zahlreiche

Möglichkeit zur Stellungnahme, Übermittlung von weiteren Unterlagen unter Hinweis auf mögliche Problemfelder (etwa Schreiben der Regulierungsbehörde vom 29. Mai 2012, 23. August 2012, 12. November 2012, 22. Jänner 2013) sowie mündliche Erörterung gewahrt wurde.

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 488,60** 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:

Eingabevergebührung § 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 474,30
Insgesamt	EUR 488,60

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

Wien, am 15.3.2013
Der Vorstand

DI Walter Boltz
Vorstandsmitglied

Mag.(FH) Martin Graf, MBA
Vorstandsmitglied

Für die Richtigkeit der Ausfertigung:

Ergeht als Bescheid an:

Trans Austria Gasleitung GmbH
Geschäftsführung
Wiedner Hauptstraße 120 - 124
1050 Wien

per RSb

Ergeht zur Kenntnis an:

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

per RSb.