



Brüssel, den 15.2.2013
C(2013) 963 final

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION

vom 15.2.2013

**nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 und Artikel 10 Absatz 6 der
Richtlinie 2009/73/EG – Österreich – Zertifizierung der Baumgarten-Oberkappel
Gasleitungsges. m. b. H**

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION

vom 15.2.2013

nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 und Artikel 10 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG – Österreich – Zertifizierung der Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges. m. b. H

I. VERFAHREN

Am 20. Dezember 2012 erhielt die Kommission gemäß Artikel 10 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG¹ (im Folgenden „Gasrichtlinie“) eine Mitteilung der österreichischen Energieregulierungsbehörde „Energie-Control Austria“ (im Folgenden „E-Control“) über den Entwurf einer Entscheidung über die Zertifizierung des Fernleitungsnetzbetreibers (im Folgenden „FNB“) „Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H“ (im Folgenden „BOG“) auf der Grundlage des Antrags der BOG vom 2. März 2012 in der Antragsfassung vom 12. Oktober 2012.

Nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009² (im Folgenden „Gasverordnung“) muss die Kommission den übermittelten Entwurf der Entscheidung prüfen und der zuständigen nationalen Regulierungsbehörde ihre Stellungnahme bezüglich der Vereinbarkeit mit Artikel 10 Absatz 2 und mit Artikel 9 der Richtlinie 2009/73/EG übermitteln.

II. BESCHREIBUNG DES MITGETEILTEN ENTSCHEIDUNGSENTWURFS

Der Antrag der BOG auf Zertifizierung als FNB betrifft ihren Betrieb der West-Austria-Gasleitung (im Folgenden „WAG“). Die WAG ist eine Gasleitung, die das slowakische Leitungsnetz im Osten mit den Leitungen Penta West und MEGAL im Westen verbindet, zwei große Fernleitungssysteme, die nach Deutschland und nach Frankreich führen. Die Zertifizierung der BOG ist im Kontext der Ausgestaltung des österreichischen Marktgebiets zu sehen, wonach der österreichische FNB Gas Connect Austria GmbH (im Folgenden „GCA“) zum Marktgebietsmanager für das Marktgebiet Ost benannt wurde. Die Ferngasleitungen im Marktgebiet Ost werden von drei verschiedenen FNB betrieben: BOG, Trans Austria Gasleitung GmbH und GCA. Die GCA wird als Anlauf- und Informationsstelle in Bezug auf die einheitliche Kapazitätsplattform fungieren. Sie wird Modelle zur Berechnung der verfügbaren Kapazität erstellen und Nominierungsverfahren sowie den Input für die Gasbilanzierung und die diesbezügliche Rechnungsstellung koordinieren. Schließlich wird die GCA als Marktgebietsmanager mit dem Betreiber des virtuellen Handelspunkts zusammenarbeiten und die Entwicklung des langfristigen Netzentwicklungsplans für Österreich koordinieren.

Die GCA hält 51 % der Anteile am FNB BOG, die verbleibenden Anteile befinden sich im Eigentum der GRTgaz Développement SAS (im Folgenden „GRTgaz“), die ca. 35 % der Anteile hält, und der E.ON Ruhrgas AG (im Folgenden „E.ON“), die ca. 15 % der Anteile

¹ Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 94.

² Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 36.

hält. Die GCA und die GRTgaz wurden bereits nach dem ITO-Modell zertifiziert. Die GCA ist nicht nur Anteilseignerin der BOG, sondern derzeit auch zivilrechtliche Eigentümerin der WAG. Im Hinblick auf die Zertifizierung der BOG als ITO ist die Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums an der WAG von der GCA auf die BOG geplant.

Um den für die Entflechtung der FNBs geltenden Rechtsvorschriften nachzukommen, hat sich die BOG für das Modell des unabhängigen Fernleitungsnetzbetreibers (ITO) nach Artikel 9 Absatz 8 Buchstabe b der Gasrichtlinie entschieden. Diese Wahlmöglichkeit steht der BOG nach den österreichischen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Gasrichtlinie in nationales Recht zu.

In Artikel 9 der Gasrichtlinie sind Regeln für die Entflechtung der Fernleitungsnetze und der Fernleitungsnetzbetreiber festgelegt. In Artikel 9 Absatz 8 Buchstabe b der Gasrichtlinie ist geregelt, dass in den Fällen, in denen das Fernleitungsnetz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Unternehmen gehörte, ein Mitgliedstaat entscheiden kann, Absatz 1 nicht anzuwenden, sofern der betroffene Mitgliedstaat die Bestimmungen des Kapitels IV einhält, in denen Anforderungen an unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber festgelegt sind (Artikel 17 bis 23 der Gasrichtlinie).

E-Control hat geprüft, ob und in welchem Umfang die BOG den Entflechtungsregeln des ITO-Modells gemäß den österreichischen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Gasrichtlinie nachkommt. In ihrer vorläufigen Entscheidung hat die E-Control eine Vielzahl von Maßnahmen identifiziert, die noch getroffen werden müssen, um die vollständige Einhaltung der Entflechtungsvorschriften sicherzustellen. Die vorläufige Entscheidung von E-Control ist daher eine positive Zertifizierungsentscheidung, die von der Einhaltung bestimmter, innerhalb vorgegebener Fristen durchzuführender Maßnahmen abhängt. Die Einhaltung dieser Maßnahmen wurde als Bedingung für eine positive Entscheidung festgeschrieben. Die Nichteinhaltung der in der vorläufigen Entscheidung festgelegten Bedingungen würde daher zur Aufhebung der Zertifizierungsentscheidung führen. Die vorläufige Entscheidung über die Zertifizierung der BOG enthält folgende Bedingungen:

- (a) Die Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H. setzt ein Betriebskonzept, das die Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten in der im Antrag (Anlage ./8) vorgesehenen Weise vollständig der Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges. m.b.H. überträgt, bis 30. Juni 2014 um.
- (b) [BUSINESS SECRET].
- (c) Die Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H. stellt sicher, dass ab 1. Juli 2013 die Unabhängigkeitsbestimmungen des § 114 Abs. 1 GWG 2011 von allen Mitgliedern der Unternehmensleitung eingehalten werden.
- (d) [BUSINESS SECRET].
- (e) Die Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H. verfügt ab 1. Juli 2013 über das zivilrechtliche Eigentum an der West-Austria Gasleitung in dem in Anlage ./2 des Antrags dargestellten Umfang.
- (f) [BUSINESS SECRET].
- (g) [BUSINESS SECRET].
- (h) [BUSINESS SECRET].
- (i) Die Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H. verfügt ab 18. Dezember 2013 über kein Technical Service Agreements mit einem ihrer Gesellschafter.

- (j) Die Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H. verfügt ab 1. Juli 2013 über einen rechtsgültigen Gesellschaftsvertrag, der inhaltlich Anlage ./18 des Antrags vom 12. Oktober 2012 entspricht, und legt die gesamte Vereinbarung der Regulierungsbehörde vor.
- (k) [BUSINESS SECRET].
- (l) Die Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H. verfügt ab 1. Juli 2013 über ein rechtsgültiges Gleichbehandlungsprogramm, das inhaltlich Anlage ./23 des Antrags vom 12. Oktober 2012 entspricht, und legt dieses der Regulierungsbehörde zur Genehmigung gemäß § 116 Abs. 1 GWG 2011 vor.
- (m) Die Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H. verfügt ab 1. Juli 2013 über einen fachlich geeigneten und unabhängigen Gleichbehandlungsbeauftragten, stellt sicher, dass die Bestimmungen des § 116 GWG 2011 eingehalten werden und legt das Mandat, die Beschäftigungsbedingungen, den Nachweis der fachlichen Eignung sowie die Erklärung der Einhaltung der § 116 Abs. 2 iVm § 114 Abs. 1 bis 3 GWG 2011 des Gleichbehandlungsbeauftragten der Regulierungsbehörde zur Genehmigung gemäß § 116 Abs. 2 und 6 GWG 2011 vor.
- (n) Die Baumgarten-Oberkappel Gasleitungsges.m.b.H. stellt sicher, dass ab 1. Juli 2013 die Unabhängigkeitsbestimmungen des § 115 Abs. 2 GWG 2011 von einer ausreichenden Anzahl von Mitgliedern des Aufsichtsrats eingehalten werden.

III. ANMERKUNGEN

Ausgehend von der vorliegenden Mitteilung hat die Kommission die folgenden Anmerkungen zum Entscheidungsentwurf.

1. Wahl des ITO-Modells

Nach Artikel 9 Absatz 8 Buchstabe b der Gasrichtlinie kann das ITO-Modell in Fällen angewandt werden, in denen das Fernleitungsnetz am 3. September 2009 einem vertikal integrierten Unternehmen (im Folgenden „VIU“) gehörte. Die Kommission stimmt im vorliegenden Fall mit der E-Control überein, dass die Wahl des ITO-Modells legitim ist, da das in Rede stehende Fernleitungsnetz am maßgeblichen Stichtag einem VIU gehörte.

2. Gestaltung des ITO-Modells für die BOG

Nach Artikel 17 Absatz 1 der Gasrichtlinie muss der ITO über alle personellen, technischen, materiellen und finanziellen Ressourcen verfügen, die zur Erfüllung seiner Pflichten im Rahmen dieser Richtlinie erforderlich sind. Der ITO muss die Geschäftstätigkeit der Gasfernleitung, einschließlich aller Aufgaben eines Fernleitungsnetzbetreibers nach Artikel 13, sowie zusätzliche, in Artikel 17 Absatz 2 der Gasrichtlinie aufgeführte Aufgaben wahrnehmen. Das Grundkonzept beim ITO-Modell besteht darin, dass der ITO das Netz auf unabhängige Weise betreibt, indem er die in Artikel 17 Absatz 1 der Gasrichtlinie genannten Tätigkeiten wahrnimmt und für alle in Artikel 17 Absatz 2 der Gasrichtlinie genannten Aufgaben vollständig verantwortlich ist.

Im vorliegenden Fall bestehen zwischen der BOG und der GCA Dienstleistungsverträge für bestimmte Aufgaben, die an die GCA ausgelagert sind und von dieser im Auftrag der BOG ausgeführt werden. Die Dienstleistungsverträge umfassen das Dispatching (einschließlich der entsprechenden IT-Systeme) sowie Betriebs- und Wartungstätigkeiten. Nach dem „Operation

and Maintenance Contract“ müssen alle Entscheidungen zu Betrieb und Wartung des Pipeline-Systems von der BOG getroffen werden. Die Umsetzung dieser Entscheidungen, d. h. alle konkreten, für den Betrieb und die Wartung des Pipeline-Systems erforderlichen Maßnahmen, hat durch die GCA unter der Aufsicht der BOG zu erfolgen. Außerdem ist die GCA in ihrer Rolle als Marktgebietsmanager für die Koordinierung der Entwicklung des langfristigen Netzentwicklungsplans für Österreich, einschließlich der WAG, verantwortlich.

Die Kommission stellt fest, dass die Auslagerung von Tätigkeiten an die GCA durch die BOG mit dem ITO-Modell an sich nicht unvereinbar ist. Die Kommission teilt die Auffassung der E-Control, dass die GCA gesellschaftsrechtlich weiterhin Teil des VIU ist. Allerdings muss bei der Prüfung des Verhältnisses zwischen der GCA und der BOG in Bezug auf die Einhaltung des Artikels 17 Absatz 1 Buchstabe c der Gasrichtlinie der besondere Umstand berücksichtigt werden, dass es sich bei der GCA um einen zertifizierten ITO handelt, bei dem demzufolge anerkannt wurde, dass strukturell Vorkehrungen im Hinblick auf einen Interessenkonflikt in Bezug auf die Versorgungsaktivitäten der OMV getroffen wurden. In dem Maße, indem alle Rechte, die die OMV-Gruppe an der BOG hält, von einem ITO (d. h. von der GCA) ausgeübt werden, der von dem restlichen VIU ordnungsgemäß getrennt ist, sollte die GCA als zertifizierter ITO nicht als gewöhnlicher „anderer Teil“ des VIU gemäß Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe c der Gasrichtlinie angesehen werden. Wenn es sich bei dem Dienstleistungserbringer selbst um einen zertifizierten ITO handelt, ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Interessenkonflikt entsteht, geringer. Um sicherzustellen, dass die Transaktionen zu marktbasierenden Bedingungen erfolgen und um zu gewährleisten, dass die Vergütung angemessen ist und die tatsächlichen Kosten widerspiegelt, wird jedoch nach wie vor eine Prüfung erforderlich sein.

Dessen ungeachtet ist Voraussetzung für eine Zertifizierung als ITO, dass die BOG über alle notwendigen Ressourcen verfügt, damit sie ihre Aufgaben als ITO adäquat und auf unabhängige Weise erfüllen kann. Im vorliegenden Fall stellt die Kommission fest, dass Kernaufgaben von der BOG nicht wahrgenommen werden. Der Betrieb der WAG ist de facto zwischen der BOG und der GCA aufgeteilt. Der Einfluss der GCA über die WAG wird dadurch verstärkt, dass die GCA als Marktgebietsmanager eine Schlüsselrolle bei der Planung neuer Investitionen spielt, die die WAG betreffen. Außerdem stellt die Kommission fest, dass die BOG derzeit nur eine sehr geringe Anzahl von Mitarbeitern beschäftigt [BUSINESS SECRET]. Überdies könnte eine Duplizierung der Mitarbeiterfunktionen zwischen der BOG und der GCA zu ineffizienten Kosten führen, die aus Regulierungsperspektive unerwünscht sind.

Die Kommission gelangt auf dieser Grundlage zu dem Schluss, dass die BOG unter den jetzigen Voraussetzungen nicht als ITO für den Betrieb der WAG zertifiziert werden kann. Die Kommission ist nicht davon überzeugt, dass es angebracht ist, der BOG eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2015 zu gewähren, um Betrieb und Wartung sowie das Dispatching selbst wahrzunehmen.

3. Unabhängigkeit der Unternehmensleitung

Nach Artikel 19 Absatz 1 der Gasrichtlinie müssen Entscheidungen, die Ernennungen, Wiederernennungen, Beschäftigungsbedingungen einschließlich Vergütung und Vertragsbeendigung für Personen der Unternehmensleitung des FNB betreffen, von dem gemäß Artikel 20 der Gasrichtlinie ernannten Aufsichtsorgan des FNB getroffen werden. Die E-Control führt in ihrer vorläufigen Stellungnahme aus, dass die beiden entsandten Geschäftsführer der GTGgaz und der E.ON von der GRTgaz und der E.ON ernannt wurden. Die Kommission stellt fest, dass eine solche Abordnung in die Unternehmensleitung der BOG

anstelle einer Ernennung durch ihr Aufsichtsorgan mit der Gasrichtlinie nicht in Einklang steht.

Nach Artikel 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie darf die Mehrheit der Mitglieder der Unternehmensleitung in den letzten drei Jahren vor ihrer Ernennung bei einem Unternehmensteil des VIU oder bei dessen Mehrheitsanteilseignern weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleidet oder berufliche Aufgaben wahrgenommen noch Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten haben. Die Unternehmensleitung der BOG setzt sich aus drei Mitgliedern zusammen. Die Kommission konnte nicht überprüfen, ob die vorgeschlagenen unabhängigen Mitglieder in den vergangenen drei Jahren bei dem VIU oder dessen Mehrheitsanteilseignern beschäftigt waren oder nicht. Der Entscheidungsentwurf der E-Control enthält zu diesem Punkt keine ausreichend detaillierten Informationen, da nach § 114 Absatz 1 Nr. 2 des österreichischen Gaswirtschaftsgesetzes die Unabhängigkeitsbestimmungen des Artikels 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie nur für Bestellungen gelten, die nach dem 3. März 2012 erfolgen. Nach Auffassung der Kommission steht eine Beschränkung der Anwendung der Anforderungen des Artikels 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie auf nach dem 3. März 2012 erfolgte Ernennungen nicht mit der Richtlinie in Einklang, und sie macht es der E-Control unmöglich, im Rahmen der Zertifizierung zu prüfen, ob die Bedingungen des Artikels 19 Absatz 3 tatsächlich erfüllt sind. Die Kommission fordert die E-Control daher auf, in ihrer endgültigen Zertifizierungsentscheidung die Unabhängigkeit der Mitglieder der Unternehmensleitung im Hinblick auf Artikel 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zu prüfen.

4. Unabhängigkeit des Aufsichtsorgans

Nach Artikel 20 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 3 der Gasrichtlinie dürfen die unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsorgans in den letzten drei Jahren vor ihrer Ernennung bei einem Unternehmensteil des VIU oder bei dessen Mehrheitsanteilseignern weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleidet oder berufliche Aufgaben wahrgenommen noch Interessens- oder Geschäftsbedingungen zu ihnen unterhalten haben. Nach Artikel 20 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 4 der Gasrichtlinie dürfen die unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsorgans des ITO bei anderen Unternehmensteilen des vertikal integrierten Unternehmens weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleiden oder berufliche Aufgaben wahrnehmen oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten. Außerdem dürfen nach Artikel 20 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 5 der Gasrichtlinie die unabhängigen Mitglieder des Aufsichtsorgans des ITO mit Ausnahme des ITO weder direkt noch indirekt Beteiligungen an Unternehmensteilen des VIU halten noch finanzielle Zuwendungen von diesen erhalten.

Das Aufsichtsorgan der BOG setzt sich aus acht Mitgliedern zusammen. Mindestens drei dieser Mitglieder müssen die strikten Unabhängigkeitsvorschriften erfüllen. In ihrer vorläufigen Entscheidung kommt die E-Control zu dem Schluss, dass die E.ON Kontrolle an der BOG hat und daher Teil des VIU ist, da sie das Recht hat, einen der drei Geschäftsführer der BOG zu bestellen.

Zunächst stellt die Kommission, wie bereits oben ausgeführt, fest, dass das Recht der E.ON, einen Geschäftsführer der BOG zu ernennen, mit Artikel 19 Absatz 1 der Gasrichtlinie nicht in Einklang steht.

Des Weiteren stellt die Kommission fest, dass aus dem Entscheidungsentwurf der E-Control nicht klar hervorgeht, ob die drei betroffenen Mitglieder des Aufsichtsorgans die oben genannten Anforderungen an die Unabhängigkeit in vollem Umfang erfüllen. Dies liegt daran,

dass zwei Mitglieder des Aufsichtsorgans der BOG Arbeitnehmervertreter sind, die nach § 115 Absatz 2 des österreichischen Gaswirtschaftsgesetzes kraft Gesetzes als unabhängige Mitglieder des Aufsichtsorgans anzusehen sind. Nach Auffassung der Kommission steht die Tatsache, dass ein Mitglied des Aufsichtsorgans kraft Gesetzes als ein Mitglied angesehen wird, das die Unabhängigkeitsvorgaben des Artikels 20 Absatz 3 der Gasrichtlinie erfüllt, mit der Gasrichtlinie nicht in Einklang und hindert diese Betrachtungsweise die E-Control daran, im Rahmen der Zertifizierung zu prüfen, ob den Anforderungen des Artikels 20 Absatz 3 tatsächlich nachgekommen wird. Die Kommission fordert die E-Control daher auf, in ihrer endgültigen Zertifizierungsentscheidung die Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsorgans im Hinblick auf Artikel 20 Absatz 3 der Gasrichtlinie zu prüfen.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

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

Die Stellungnahme der Kommission zu der vorliegenden Mitteilung berührt nicht etwaige Stellungnahmen, die sie gegenüber nationalen Regulierungsbehörden zu anderen mitgeteilten Maßnahmenentwürfen in Bezug auf die Zertifizierung oder gegenüber für die Umsetzung der EU-Rechtsvorschriften zuständigen nationalen Behörden in Bezug auf die Vereinbarkeit nationaler Umsetzungsmaßnahmen mit dem EU-Recht abgibt.

Die Kommission wird diese Unterlage auf ihrer Website veröffentlichen. Sie betrachtet die hierin enthaltenen Informationen nicht als vertraulich. Wenn die E-Control der Ansicht ist, dass dieses Dokument nach EU- und nationalen Rechtsvorschriften über das Geschäftsgeheimnis vertrauliche Informationen enthält, die vor der Veröffentlichung gestrichen werden sollten, sollte sie dies der Kommission innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Eingang dieser Unterlage unter Angabe von Gründen mitteilen.

Brüssel, den 15.2.2013

*Für die Kommission
Günther OETTINGER
Mitglied der Kommission*