

**AGCS Gas Clearing and Settlement AG**Palais Liechtenstein  
Alserbachstraße 14-16  
1090 WienTel: +43 1 907 41 77-0  
Fax: +43 1 319 07 01-311  
Email: office@agcs.at

Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und  
Wirtschaft  
Sektion III – Energie und Bergbau  
Herrn SC Dr. Michael Losch  
Herrn Dr. Benedikt Ennser  
Stubenring 1  
1010 Wien

per E-Mail vorab: [michael.losch@bmwfw.gv.at](mailto:michael.losch@bmwfw.gv.at)  
[benedikt.ennser@bmwfw.gv.at](mailto:benedikt.ennser@bmwfw.gv.at)  
[eli.widecki@bmwfw.gv.at](mailto:eli.widecki@bmwfw.gv.at)  
[harald.kaszanits@bmwfw.gv.at](mailto:harald.kaszanits@bmwfw.gv.at)  
[post.III1@bmwfw.gv.at](mailto:post.III1@bmwfw.gv.at)

Wien, am 07.02.2017

**Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf vom 1.2.2017 zum §§ 85 ff GWG 2011 -  
Abschaffung der bisher ministeriellen Konzession für die unabhängige  
Verrechnungsstelle zugunsten einer Benennung durch zwei Marktteilnehmer**

Sehr geehrte Herren!

Bei Durchsicht des vorliegenden Begutachtungsentwurfes zur Änderung des GWG 2011 musste AGCS feststellen, dass es trotz bereits geführter Gespräche mit dem BMWFW zu einer Abschaffung der ministeriellen Konzession für die unabhängige Verrechnungsstelle kommen soll. Stattdessen soll eine Benennung durch einen bzw. zwei Marktteilnehmer erfolgen. Mit dieser vorgeschlagenen gesetzlichen Maßnahme soll die Neutralität und Unabhängigkeit des Bilanzgruppenkoordinators, der die Daten der österreichischen Gasversorger und Gasnetzbetreiber bilanziert und abrechnet, sowie die Ausgleichsenergiemengen bewirtschaftet, abgeschafft werden.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Novelle des GWG zur Abwendung der von der Europäischen Kommission (EK) eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren dienen soll. Die EK hält fest, dass es gem. Art 41 Abs 6 lit b RL 2009/73/EG notwendig ist, dass die Regulierungsbehörden, zumindest die Methode zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten festlegen oder genehmigen. Wir haben mehrfach darauf hingewiesen, dass der nun vorliegende Vorschlag der Abschaffung der ministeriellen Konzession durch eine Benennung durch zwei Marktteilnehmer das Problem nicht löst und somit im Sinne der Vorhalte der Kommission weiter keine europarechtskonforme Umsetzung vorliegt.

**AGCS Gas Clearing and Settlement AG**Palais Liechtenstein  
Alserbachstraße 14-16  
1090 WienTel: +43 1 907 41 77-0  
Fax: +43 1 319 07 01-311  
Email: office@agcs.at

Deshalb dürfen wir nochmals unseren einfach umzusetzenden Vorschlag zur europarechtskonformen Umsetzung des Vertragsverletzungsverfahrens übermitteln sowie die wesentlichen Hinderungsgründe der im Begutachtungsentwurf vorgeschlagenen Benennung darstellen. Hierzu dürfen wir in der Beilage die rechtliche Einschätzung von Dr. Rabl und Prof. Dr. Raschauer übermitteln, welche auch die konkreten Änderungsvorschläge textlich darstellt. Ein entsprechend einfach umzusetzender und europarechtskonformer Vorschlag, welcher keine Änderung der Konzessionskompetenz benötigt und die Kompetenzen der Regulierungsbehörde gem. Art 41 Abs 6 lit b RL 2009/73/EG definiert, findet sich in der Beilage.

Für den Fall, dass die von den Vertretern des BMWFW behauptete aber rechtlich nicht haltbare und auch in den uns vorliegenden Schreiben der EK nicht sichtbare Notwendigkeit der Änderung der Konzessionserteilungskompetenz weiter verfolgt wird, möchten wir nochmals auf den mehrfach unterbreiteten Vorschlag hinweisen, dass durch eine einfache Verschiebung der Konzessionserteilungskompetenz vom Ministerium auf die E-Control, das dargestellte Problem zu lösen wäre. Dieser Vorschlag würde - wie das BMWFW bestätigt hat – das Problem des Vertragsverletzungsverfahrens lösen und die bestehenden effizienten und unabhängigen Strukturen erhalten.

Die vom BMWFW nun vorgeschlagene Benennungslösung beseitigt die Unabhängigkeit der Verrechnungsstelle vom größten österreichischen Marktteilnehmer. Warum eine so weitreichende Änderung ohne Konsultation aller Marktteilnehmer – quasi durch die Hintertür – durchgeführt wird, ist vollkommen unverständlich. Während bei Änderungen der kleinsten Marktregel monatelange Konsultationsverfahren mit allen Beteiligten durchgeführt werden, wurde die AGCS von dieser gesetzlichen Änderung erst im Herbst informiert und die betroffenen Netzbetreiber, Versorger und Biomethananbieter überhaupt nicht. Es wurde keine Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben. Die vorgeschlagene Benennung würde bedeuten, dass eine bisher staatliche Konzession mit strengen Unabhängigkeitsauflagen (kein Erdgasunternehmen mehr als 25%; alle Erdgasunternehmen gemeinsam nicht mehr als 40%) und klarem Rechtsschutz durch eine beliebige Benennung durch ein oder zwei private Unternehmen, welche noch direkt oder indirekt mehrheitlich im Besitz des größten österreichischen Marktteilnehmers stehen, ersetzt werden würde. Diesen Rückschritt im Sinne der Unabhängigkeit und Neutralität zeigt auch die Verringerung der 15 Ausübungsvoraussetzungen des § 85 GWG in der geltenden Form auf nur mehr 4 im vorliegenden Begutachtungsentwurf. Wobei vor allem die Ausübungsvoraussetzung des § 85 (1) 15 GWG:

*„die Neutralität, Unabhängigkeit und die Datenvertraulichkeit gegenüber Marktteilnehmern gewährleistet ist.“*

im vorliegenden Entwurf nicht mehr enthalten ist. Die bisherige Praxis bei den Benennungen zeigt, dass die Unternehmen sich selbst oder Unternehmen mit mehrheitlicher Beteiligung des größten österreichischen Marktteilnehmers benannt haben.

**AGCS Gas Clearing and Settlement AG**

Palais Liechtenstein  
Alserbachstraße 14-16  
1090 Wien

Tel: +43 1 907 41 77-0  
Fax: +43 1 319 07 01-311  
Email: office@agcs.at

Wir haben bereits mit einigen Marktteilnehmern Kontakt aufgenommen und auch diese sehen durch den vorliegenden Vorschlag die Unabhängigkeit der Abwicklung der Verrechnungsstelle gefährdet.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Benennung wie in der beiliegenden rechtlichen Stellungnahme klar ersichtlich auch verwaltungs- und verfassungsrechtlich höchst problematisch ist und entsprechend langwierige Verfahren nach sich ziehen könnte.

Die vorgeschlagene Benennung nach Bestbieterprinzip widerspricht dem von der E-Control auf die Verrechnungsstelle angewandten Tarifprüfungsverfahren für Netzbetreiber, welches eine Effizienzsteigerungsverpflichtung von 3,5% beinhaltet. Die derzeitige Abwicklung ist von E-Control geregelt und kostengeprüft.

Daher wäre eine Übertragung der Kompetenzen gemäß §§ 85ff GWG 2011 vom BMFW zur E-Control mit entsprechenden Begleitregelungen in den Übergangsvorschriften aus derzeitiger Sicht wohl der einfachste und auch pragmatische Weg.

Wir ersuchen höflich um Berücksichtigung unserer Stellungnahme im laufenden Begutachtungsverfahren und stehen Ihnen für diesbezügliche Erörterungen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

**AGCS Gas Clearing and Settlement AG**

MMag. Josef Holzer  
Mitglied des Vorstandes

Wolfgang Aubrunner  
Mitglied des Vorstandes

**Beilage:**

./1 rechtliche Stellungnahme KWR

Kopie an:

Dipl.-Ing. Andreas Eigenbauer (E-Control)

Dr. Wolfgang Urbantschitsch, LL.M (E-Control)

**e-mail**

AN: AGCS Gas Clearing and Settlement AG

ZU HANDEN: Herrn Vorstand MMag. Josef Holzer

E-MAIL: [josef.holzer@agcs.at](mailto:josef.holzer@agcs.at)

VON: Dr. Thomas Rabl

Wien, am 6.2.2017

7/dv/2016-612/k/agcs 170206mail

Ansprechpartner: Dr. Thomas Rabl

T: +43 1 24500-3175

F: +43 1 24500-63179

thomas.rabl@kwr.at

MAG. CLEMENS M. BERLAKOVITS  
 ING. MAG. WOLFGANG BRENNER  
 MAG. ARNO CICHOCKI  
 DR. ELISABETH MARIA FISCHER  
 DR. THOMAS FRAD  
 PRIV.-DOZ. MMAG. DR. THOMAS HABERER  
 DR. GEORG KARASEK  
 DR. KONSTANTIN KÖCK LL.M. MBA (DUK)  
 MAG. BARBARA KUCHAR  
 DR. ANDREAS MÄTZLER  
 DR. ANNA MERTINZ  
 DR. THOMAS RABL  
 DR. PAUL SCHMIDINGER  
 DR. ALFRED STROMMER EM.  
 DR. KATHARINA TRETNAK-HAHL  
 MMAG. DR. GEROLD WIETRZYK  
 AUCH ALS STEUERBERATER ZUGELASSEN  
 HON.-PROF. DR. DR. JÖRG ZEHETNER

IN KOOPERATION MIT  
 EM. O. UNIV.- PROF. DR. BERNHARD RASCHAUER

## **Verrechnungsstelle; Erbringung von Ausgleichsleistungen im Erdgasbereich Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2015/2075; Novellierung des GWG 2011**

Sehr geehrter Herr MMag. Holzer!

In obiger Angelegenheit beziehen wir uns auf die Vorkorrespondenzen und auf die mittlerweile – auch mit Vertretern des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (BMWFW) – erfolgten Abstimmungen.

Wir wurden ersucht, im Zusammenhang mit dem laufenden Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2015/2075 und der vom BMWFW beabsichtigten Novellierung des GWG 2011 zur Beendigung des Vertragsverletzungsverfahrens, eine Einschätzung zu erstatten, ob die vom BMWFW beabsichtigten Schritte tatsächlich juristisch zwingend geboten sind oder ob hier auch rechtliche Alternativen bestünden.

Zusätzlich zu den uns mündlich erteilten Informationen liegen uns hierzu folgende Urkunden vor:

- Aufforderungsschreiben – Vertragsverletzung Nr. 2015/2075 der Europäischen Kommission vom 18.6.2015 (im Folgenden kurz „Aufforderungsschreiben“);

- Auszüge von relevanten Passagen der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 25.2.2016 (im Folgenden kurz „Stellungnahme“);
- Begutachtungsentwurf des BMWFW eines Bundesgesetzes, mit dem das Ökostromgesetz 2012 (ÖSG 2012), das Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), das Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011) und das Energie-Control-Gesetz (E-ControlG) geändert werden, das KWK Punkte Gesetz (KPG) neu erlassen wird und das Bundesgesetz, mit dem die Technologieabfindung für Biogasanlagen (Biogas-Technologieabfindungsgesetz 2017 – BTAG 2017) geregelt wird, sowie das Bundesgesetz, mit dem zusätzliche Mittel aus von der Energie-Control Austria verwalteten Sondervermögen bereit gestellt werden, erlassen werden (im Folgenden kurz „ME“).

Wir teilen Ihnen hierzu Folgendes mit:

## 1. Zu den Kritikpunkten der Europäischen Kommission

- 1.1 Wir wurden – auch von Vertretern des BMWFW – informiert, dass die Europäische Kommission im Rahmen des erwähnten Vertragsverletzungsverfahrens an die Republik Österreich insbesondere auch den Vorwurf gerichtet hat, dass ein **Verstoß gegen Art 41 Abs 6 lit b RL 2009/73/EG** vorliege. Demnach obliege es den Regulierungsbehörden, zumindest die Methode zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen.

Der Vorwurf der Europäischen Kommission laute, dass die bestehenden Bestimmungen des GWG 2011, insbesondere die **Vorschriften über die Konzessionserteilung durch den BMWFW in § 85 GWG 2011**, diesen Richtlinienvorgaben widersprächen.

- 1.2 Im **Aufforderungsschreiben** wird auf den **Seiten 7 f** ausgeführt, dass in den §§ 69 bis 84 GWG 2011<sup>1</sup> ein detaillierter Rahmen festgelegt werde, der von der nationalen Regulierungsbehörde hinsichtlich der Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen zu beachten sei.

Diese Bestimmungen würden nun im Detail die Aufgaben und Verantwortlichkeiten für die Erbringung von Ausgleichsleistungen in Gasnetzen festlegen (zB Betrieb einer Clearing- und Abrechnungsstelle für Transaktionen und die Preisbildung für Ausgleichsenergie im Verteilernetz, Festlegung ihrer Aufgabe und der Bedingungen für den Erhalt einer Konzession des Wirtschaftsministeriums, Regeln für die Zu-

<sup>1</sup> Es handelt sich hier offensichtlich um ein Fehlzitat der Europäischen Kommission. Es können aber nur die §§ 85 ff GWG 2011 gemeint sein.

sammenfassung von Systemnutzung zu Bilanzgruppen sowie Aufgaben und Pflichten von Bilanzgruppenverantwortlichen, Festlegung von Elementen, die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen von Bilanzgruppenverantwortlichen enthalten sein müssen, usw.).

**Ohne jedoch auf die Konzessionierung bzw. die Konzessionserteilung des BMWFW im Detail einzugehen**, hält die Europäische Kommission dann allgemein fest, dass diese detaillierten Vorschriften wesentliche Aspekte der Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen betreffen, darunter auch die zugrundeliegenden Methoden. Dadurch würden die österreichischen Rechtsvorschriften die Ermessensfreiheit und den Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörde unvereinbar mit Art 41 Abs 6 lit b RL 2009/73/EG festlegen.

- 1.3 Entsprechendes wie im Aufforderungsschreiben hält die Europäische Kommission – ebenfalls bloß allgemein – in **Rz 41 ff der Stellungnahme** fest. Sie führt allerdings dann insbesondere noch in Rz 46 aus, dass die von der österreichischen Bundesregierung bisher erstatteten Stellungnahmen noch nicht ausreichen würden, die Probleme der Einschränkung der erforderlichen Ermessungs- und Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörde zu beseitigen. Auch aus der Antwort auf das Aufforderungsschreiben der österreichischen Bundesregierung<sup>2</sup> gehe nicht hervor, dass die unabhängige Entscheidungsfindung der nationalen Regulierungsbehörde durch diesen detaillierten Regelungsrahmen nicht (unzulässig) beschränkt werde.
- 1.4 Nun ist zunächst zu betonen, dass weder wir noch andere Vertreter der AGCS im Rahmen dieses Vertragsverletzungsverfahrens in die Abstimmungen mit der Europäische Kommission eingebunden waren und wir daher den tatsächlichen Verlauf der Verhandlungen und insbesondere die an die Europäische Kommission erteilten Informationen nicht kennen.

Aus den uns vorliegenden zwei schriftlichen Äußerungen der Europäische Kommission lässt sich allerdings – anders das BMWFW – **kaum der Schluss ziehen, dass gerade die Konzessionserteilung durch den BMWFW problematisch ist**. Auch besteht hier an sich kein europarechtliches Verbot. Vielmehr zielt – wie erwähnt – die Europäische Kommission auf das Gesamtkonzept der Regelungen der §§ 85 ff GWG 2011 ab.

Soweit ersichtlich, geht es vielmehr darum, dass wohl die §§ 87 f GWG 2011 sehr detaillierte Vorgaben für die Verrechnungsstelle vorsehen. Man könnte daher der Auffassung sein, dass diese Bestimmungen tatsächlich zu detailliert regeln, was eigentlich die nationale Regulierungsbehörde regeln sollte.

---

<sup>2</sup> Dieses liegt uns nicht vor.

Aus der RL 2009/73/EG selbst ist aber nicht ableitbar, dass eine Konzessionserteilung an eine (europarechtlich gar nicht geforderte) Verrechnungsstelle durch den BMFWF europarechtswidrig wäre. Vielmehr geht es ganz evidentermaßen darum, dass hier insgesamt Eingriffe in das „operative Geschäft“ der nationalen Regulierungsbehörde vorliegen könnten.

Daher erscheint es zur Erfüllung der Vorgaben der Europäische Kommission eher geboten, die **Kompetenzen der Regulierungsbehörde vor allem in § 41 GWG 2011 in den Vordergrund** zu stellen und in §§ 85 ff GWG 2011 entsprechende Einschränkungen vorzusehen, weil ja gerade durch die Konzessionierung nicht in die Rechte der nationalen Regulierungsbehörde eingegriffen werden soll.

- 1.5 Ein der Europäischen Kommission zu kommunizierender **Vorschlag zur Erledigung des Vertragsverletzungsverfahrens** im Zuge einer geringfügigen Novellierung des GWG 2011, die das bisherige System nicht grundsätzlich in Frage stellt, könnte daher wie folgt lauten:

#### „Verfahren zur Festlegung durch Verordnung

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

(2) Ausschließlich die Regulierungsbehörde kann nach Maßgabe des Abs. 1 Festlegungen treffen

1. zum Inhalt und zur Durchführung der gemeinsamen Prognose der Fernleitungsnetzbetreiber für den Bedarf an Kapazitäten und die Belastung der österreichischen Fernleitungsnetze für die nächsten zehn Jahre und der Kapazitätsermittlung gemäß § 34;
2. zu Maßnahmen zur Erhöhung der ausweisbaren Kapazität gemäß § 35, dabei kann auch die Möglichkeit der Vereinbarung von Zuordnungsaufgaben begrenzt oder aufgehoben werden, wenn diese einer wettbewerblichen Entwicklung des Marktes entgegenstehen;
3. zu den Verfahren zur Ausschreibung von physikalischer Ausgleichsenergie und Ermittlung des Preises gemäß § 87, sowie zur Festlegung von Mindestangebotsgrößen, sowie die für die Berechnung und Zuweisung der Ausgleichsenergie von den Marktteilnehmern, Verteilernetzbetreibern und Bilanzgruppenverantwortlichen bereitzustellenden Daten;
4. zur Ausgestaltung und Anwendung von Standardlastprofilen und zur Anpassung der Grenzen für die Anwendung von Standardlastprofilen;
5. zur diskriminierungsfreien Errichtung und zum diskriminierungsfreien Betrieb der Online-Plattform gemäß § 39 und zu den Verfahren des Angebots von Kapazitäten auf dieser Plattform;
6. zu den Voraussetzungen und der Anwendung des Anspruches zur Übertragung von Kapazität gemäß § 40;

(3) Ausschließlich die Regulierungsbehörde kann Festlegungen treffen, sofern für die unten genannten Sachverhalte keine Regelungen durch Leitlinien des ENTSO (Gas) erfolgen oder die Fernleitungsunternehmen diese Leitlinien entsprechend ihrer zeitlichen Vorgabe nicht oder unterschiedlich umsetzen:

1. zum Angebot von Kapazitäten gemäß § 36; dabei können insbesondere das Kapazitätsangebot weiter ausdifferenziert werden und Festlegungen zum Anteil der verfügbaren Kapazität, der den jeweiligen Angeboten von Verträgen unterschiedlicher Laufzeit zugewiesen wird und zu abweichenden Laufzeiten getroffen werden;
2. zu unterbrechbaren Kapazitäten gemäß § 37; dabei kann insbesondere festgelegt werden, nach welchen Verfahren erforderliche Unterbrechungen auf die Nominierungen auf Basis unterbrechbarer Kapazitäten aufgeteilt werden;
3. zu den Zeitpunkten für die Kapazitätszuweisung der Kapazitäten unterschiedlicher Laufzeiten gemäß § 36 Abs. 2;
4. zu den Zeitpunkten der Nominierung;
5. zur Renominierung; dabei kann insbesondere ein Entgelt vorgesehen, eine abweichende Frist zwischen Renominierung und Erfüllung festgelegt und die Möglichkeit zur Renominierung eingeschränkt oder aufgehoben werden;
6. zu den Inhalten der Netzkopplungsverträge und der Netzzugangsverträge;
7. zu den Nachweisen und Sicherheitsleistungen, an die die Registrierung eines Netzbetreibers geknüpft werden kann;
8. zu den Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen im Fernleitungsnetz unter vorrangiger Inanspruchnahme des Virtuellen Handlungspunktes.

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

(...)

## 6. Teil

### Bilanzgruppensystem

#### 1. Hauptstück

#### Verrechnungsstelle für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie (Bilanzgruppenkoordinator)

##### Konzession

§ 85. (1) Unbeschadet der ausschließlichen Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde zur Festlegung der Methoden und Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen (§ 41, § § 88 f) bedarf der Betrieb einer Verrechnungsstelle für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie im Verteilernetz (Bilanzgruppenkoordinator) einer Konzession des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend. Eine Konzession wird in der Regel für ein Marktgebiet erteilt. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis ist jedoch die Erteilung der Konzession für mehrere Marktgebiete zulässig.

(2) Die Konzession ist schriftlich zu erteilen und kann mit den zur Sicherstellung der Aufgaben erforderlichen Bedingungen und Auflagen unter Berücksichtigung des Abs. 5 versehen werden, wobei hierdurch keinerlei Einschränkungen der Rechte der Regulierungsbehörde im Sinn des Art 41 Abs 6 lit b der Richtlinie 2009/73/EG erfolgen darf.

(...“

(Änderungsvorschläge zur bestehenden Fassung des GWG 2011 sind hervorgehoben)

Zusätzlich könnte die Europäische Kommission noch auf die bereits bestehenden **Befugnisse der Regulierungsbehörde in den §§ 88, 89 GWG 2011** hingewiesen werden, die **die Genehmigungserfordernisse durch die Regulierungsbehörde für die Berechnung und Festlegung der Bedingungen** für die Erbringung von Ausgleichsleistungen iSd Art 41 Abs 6 lit b RL 2009/73/EG vorsehen.



## 2. Zu den bisher kommunizierten Lösungsansätzen des BMWFW (auch im ME)

- 2.1 Bislang wurde vom BMWFW bloß kommuniziert, dass zwei alternative Lösungsansätze für die Erledigung des Vertragsverletzungsverfahrens angedacht sind:
- (a) Zum einen könnte vorgesehen werden, dass die Konzessionserteilung **nicht mehr vom BMWFW sondern von der nationalen Regulierungsbehörde, dh von der Energie-Control Austria, wahrgenommen wird.**
  - (b) Alternativ könnte vorgesehen werden, dass eine „**Benennung**“ der **Verrechnungsstelle durch den Verteilgebietsmanager und den Marktgebietsmanager (einvernehmlich) erfolgt**, welcher dann eine Genehmigung der Regulierungsbehörde folgt. Letzteres entspräche nach Auffassung des BMWFW Lösungen im Elektrizitätsrecht und auch bestehenden vergleichbaren Ansätzen im Gaswirtschaftsrecht.
- 2.2 Der unter Punkt 2.1 lit b) **zweiterwähnte Lösungsansatz wurde in den ME** aufgenommen. Die einschlägigen Bestimmungen sollen lauten:

### 6. Teil

#### Bilanzgruppensystem

##### 1. Hauptstück

#### Verrechnungsstelle für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie (Bilanzgruppenkoordinator)

##### *Benennung*

**§ 85.** (1) Die Verrechnungsstellen für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie im Verteilernetz (Bilanzgruppenkoordinator) sind je Marktgebiet im Einvernehmen vom Marktgebietsmanager und Verteilergebietsmanager bzw. in Marktgebieten ohne Fernleitungen vom jeweiligen Verteilergebietsmanager nach Durchführung eines transparenten Ausschreibungsverfahrens zu benennen. Die Benennung bedarf der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde.

(2) Die Genehmigung ist schriftlich zu erteilen und kann mit den zur Sicherstellung der Aufgaben erforderlichen Bedingungen, Befristungen und Auflagen unter Berücksichtigung des Abs. 5 versehen werden. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn zu erwarten ist, dass das benannte Unternehmen in der Lage ist, die Aufgaben gemäß § 87 effizient, sicher und zuverlässig zu erfüllen. Dabei ist zu beachten, dass durch die Auswahl des benannten Unternehmens der Registrierungs Aufwand für Marktteilnehmer auf ein Minimum reduziert wird und die Harmonisierung der Ausgleichsregeln in Fernleitungs- und Verteilernetz gemäß § 41 Abs. 4 befördert wird.

(3) bis (5) ...

##### *Ausübungsvoraussetzungen*

**§ 86.** Eine Genehmigung gemäß § 85 kann nur erteilt werden, wenn,

1. das benannte Unternehmen die Aufgaben des Bilanzgruppenkoordinators kostengünstig und sicher zu erfüllen vermag; eine kostengünstige Besorgung der Aufgaben ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn bei der Ermittlung der Kostenbasis für die Verrechnungsstelle die für die Bestimmung der Systemnutzungsentgelte anzuwendenden Verfahren und Grundsätze zu Grunde gelegt werden;

2. der Bilanzgruppenkoordinator hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig, insbesondere von vertikal integrierten Erdgasunternehmen, ist;

- 3. in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft eingerichtet und mit einem Grundkapital von mindestens 3 Millionen Euro ausgestattet ist;
- 4. Personen der Unternehmensleitung bei anderen Unternehmensteilen eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens oder bei dessen Mehrheitsanteilseignern weder direkt noch indirekt berufliche Positionen bekleiden oder berufliche Aufgaben wahrnehmen oder Interessens- oder Geschäftsbeziehungen zu ihnen unterhalten.

Dazu tritt im ME eine „**Übergangsbestimmung**“, wonach Konzessionen der Bilanzgruppenkoordinatoren gemäß § 85 GWG 2011 idF BGBl I Nr. 107/2011 mit der Übernahme der Aufgaben durch das gemäß § 85\_neu benannte Unternehmen, frühestens jedoch am 1. Oktober 2018, erlöschen.

2.3 Der ME leidet allerdings an einem inhärenten Zielkonflikt, der im Zug der Rechtsanwendung nicht auflösbar ist.

- **Zum Ersten soll das „Einvernehmen“ zwischen Verteilgebietsmanager und Marktgebietsmanager maßgeblich sein.** Es soll also derjenige benannt werden, auf den sich die Beteiligten einigen können.
- **Zum Zweiten soll der Herstellung des Einvernehmens ein Ausschreibungsverfahren vorangehen.** Es soll also der „Bestbieter“ benannt werden.

Ein solches vergaberechtliches Modell ist dort sinnvoll und angebracht, wo es „einen“ öffentlichen Auftraggeber gibt; **es wird aber dann versagen, wenn sich die zur Benennung Berechtigten nicht darauf einigen können, wer von zwei konkurrierenden Bewerbern der Bestbieter ist.**

Darüber hinaus stünde ein solches Vergabeverfahren auch in Widerspruch zur Kostenregulierung der Verrechnungsstelle (Stichwort: Clearinggebühr).

- **Zum Dritten bedarf die Benennung der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde.** Diese kann **allerdings ganz andere Vorstellungen** davon verfolgen, wer am besten zur Verwaltung der Ausgleichsenergie geeignet ist.
- **Zum Vierten darf die Regulierungsbehörde die Genehmigung unter Auflagen, Befristungen und Bedingungen erteilen;** sie darf also die Rechtslage gestalten. Dies steht allerdings in **Widerspruch zu den Intentionen eines Ausschreibungsverfahrens**, zumal hervorkommen kann, dass der Bestbieter zu diesen Konditionen gar nicht angeboten hätte.

2.4 Weiters geht der ME von überaus harmonischen und damit unrealistischen Vorstellungen aus:

Er verabsäumt es, das zu regeln, was ein gutes Gesetz jedenfalls zu regeln hat, **nämlich was geschehen soll, wenn die mehrschichtigen Abläufe nicht reibungslos funktionieren**<sup>3</sup>, sei es,

- dass es zu **keiner Einigung** zwischen den Benennungsberechtigten kommt,
- dass die Regulierungsbehörde dem benannten Unternehmen **nicht die Genehmigung erteilt**,
- dass ein benanntes **Unternehmen von sich aus seinen Rücktritt** erklärt, oder
- dass ein **anderer Interessent** die Genehmigung **erfolgreich bekämpft**.

In allen diesen Fällen kann man sich auf dem Boden des ME nur darauf zurückziehen, dass es dann eben **keine Verrechnungsstelle** für Ausgleichsenergie gibt. Bei der Verwaltung der Ausgleichsenergie handelt es sich aber um ein wesentliches Element für das Funktionieren des liberalisierten Erdgasmarktes.

Es ist daher auch deshalb geboten, **ein einfacheres Modell zu wählen** und dieses mit subsidiären Regeln für den Fall von Konflikten oder Verfahrensmängeln zu ergänzen.

## 2.5 Schließlich sollte ein gutes Gesetz auch den Zeitabläufen Rechnung tragen.

**Auf der einen Seite** gibt es ein bestehendes Unternehmen, das als Verrechnungsstelle für Ausgleichsenergie konzessioniert ist **und zwar ohne zeitliche Beschränkung**. Der ME wird wohl nicht dahin zu verstehen sein, dass das bestehende Unternehmen kommentarlos seinen Betrieb einstellen soll und die beträchtlichen Investitionen als verlorener Aufwand abschreiben soll. Auf VfSlg 11402/1987 (zehnjährige Übergangsfrist beim Auslaufen von Realapotheken) sei bloß hingewiesen.

**Auf der anderen Seite** ist nicht zu erkennen, wie die Rechtslage zu sehen ist, wenn es künftig zu Änderungen zwischen den Beteiligten kommen sollte, sei es, dass die Benennungsberechtigten jemand anderen benennen wollen, sei es, dass das benannte Unternehmen die Einstellung seines Betriebes erklärt. Die Benennung soll offenbar zeitlich unbefristet erfolgen, ebenso die regulierungsbehördliche Genehmigung. Wollte die Regulierungsbehörde im Genehmigungsverfahren eine Befristung verfügen, **würden sich die der Ausschreibung zugrundeliegenden Bewerbungsbedingungen, die jedenfalls auch die Amortisationszeit für die nicht unerheblichen Investitionen umfassen, wesentlich ändern**.

<sup>3</sup> Vgl zu diesen Problemen (für den Elektrizitätsbereich) zB ausführlich *Metzler*, Ausgleichsenergie im Elektrizitätsrecht (2016) 95 ff mwN.

**Auch aus diesen Gründen wird ein einfacheres Modell, insbesondere ein regulierungsbehördliches Genehmigungsverfahren, empfohlen.**

- 2.6 Weiters ist nochmals hervorzuheben, dass bereits nach **den derzeitigen Konzepten von „Benennungen“ im GWG 2011** (vgl etwa § 13 Abs 1 GWG 2011 zum Marktgebietsmanager) immer auch eine **Genehmigung der Regulierungsbehörde** vorgesehen ist. Daher sind Benennungen von Marktfunktionen im Erdgasmarkt **bereits jetzt von einer Intervention der Regulierungsbehörde abhängig**. Demgemäß wäre bei einer Umstellung auf eine Benennung durch Marktteilnehmer nichts gewonnen, weil die Regulierungsbehörde immer tätig werden müsste.

Unklar ist bei diesem Konzept freilich auch, ob die „benennenden Unternehmen“ etwa selbst beliehen sind oder ob diese nur ein „Antragsrecht“ innehaben. All dies könnte – hier nicht näher zu vertiefende – (verfassungs-)rechtliche Probleme aufwerfen.

- 2.7 Bemerkenswert ist außerdem, dass der **ME im vorgeschlagenen § 86 davon abgeht**, die an sich nicht nur zweckmäßigen, sondern angesichts der sensiblen Tätigkeit der Verrechnungsstellen auch durchaus gebotenen und **derzeit in § 86 GWG 2011 enthaltenen Anforderungen an Neutralität, Unabhängigkeit und Datenvertraulichkeit zu stellen**. Diese Streichungen sind schlicht nicht nachvollziehbar.
- 2.8 Sollte also der Lösungsansatz, wie oben unter Punkt 1. skizziert ist, nicht näher verfolgt werden, wäre es der einfachste Weg, die Konzessionierung vom BMWFW **auf die nationale Regulierungsbehörde, dh die Energie-Control Austria, zu übertragen**. Eine allfällige Novellierung des GWG 2011 könnte sich daher an folgenden Text orientieren:

## „6. Teil

### Bilanzgruppensystem

#### 1. Hauptstück

#### Verrechnungsstelle für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie (Bilanzgruppenkoordinator)

##### Konzession

§ 85. (1) Der Betrieb einer Verrechnungsstelle für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie im Verteilernetz (Bilanzgruppenkoordinator) bedarf einer Konzession der Regulierungsbehörde. Eine Konzession wird in der Regel für ein Marktgebiet erteilt. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis ist jedoch die Erteilung der Konzession für mehrere Marktgebiete zulässig.

(...)

§ 170a. (1) Bestehende Konzessionen der Bilanzgruppenkoordinatoren (Verrechnungsstellen) auf Basis der §§ 33 ff GWG, BGBl. I Nr. 121/2000 i.V.m. § 85, § 170 Abs 8 GWG, BGBl. I Nr. 107/2011, bleiben bis zu einer allfälligen neuen Konzessionserteilung aufrecht. Konzessionierte Bilanzgruppenkoordinatoren (Verrechnungsstellen) wie die AGCS Gas

Clearing and Settlement AG bedürfen daher für die Ausübung ihrer Tätigkeiten keiner neuen Genehmigung. Die Rechte und Pflichten der Bilanzgruppenkoordinatoren (Verrechnungsstellen) bestimmen sich jedoch ausschließlich nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes.“

(Änderungsvorschläge zur bestehenden Fassung des GWG 2011 sind hervorgehoben)

Damit wäre nicht nur eine einfache Lösung gefunden, sondern es würde **auch in das bestehende System am Geringfügigsten eingegriffen.**

### 3. Fazit

- 3.1 Soweit es uns ersichtlich ist, beziehen sich die Vorwürfe der Europäische Kommission nicht in erster Linie auf die Konzessionserteilung durch den BMWFW, sondern auf das Gesamtkonzept der Detailregelungen im GWG 2011, welche eben den notwendig einzuräumenden Befugnissen an die nationale Regulierungsbehörde iSd Art 41 Abs 6 lit b RL 2009/73/EG zuwiderlaufen könnten.

Daher könnte eine Lösung der Probleme darin liegen, dass die **Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörde, insbesondere in § 41 GWG 2011, in den Vordergrund gestellt werden** und gleichzeitig dargetan wird, dass Konzessionen nicht in diese Rechte eingreifen. Die beabsichtigten Schritte zur Novellierung des GWG 2011 sind aus unserer Sicht daher nicht juristisch zwingend geboten.

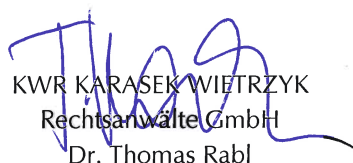
- 3.2 Sollte diese Lösungsmöglichkeit nicht bestehen, wäre eine gangbare Alternative und auch aus verwaltungstechnischer Sicht **die einfachste Lösung, die Konzessionserteilung statt durch den BMWFW durch die nationale Regulierungsbehörde, dh die Energie-Control Austria, vorzusehen.** Der im ME enthaltene Ansatz der „eilvernehmlichen Benennung“ ist abzulehnen.

---

Wir hoffen, Ihnen mit dieser kurzen Einschätzung dienlich zu sein.

Für Rückfragen und allfällige ergänzende Erörterungen stehen wir selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

  
 KWR KARASEK WIETRZYK  
 Rechtsanwälte GmbH  
 Dr. Thomas Rabl