

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

Die Energie-Control Kommission hat durch Dr. Wolfgang Schramm als Vorsitzenden sowie durch Mag. DI Georg Donaubauer und Mag. Ditmar Wenty als weitere Mitglieder im Verfahren K NZV G 02/02 betreffend Verweigerung des Netzzuganges gegenüber der S. GmbH durch die T. GmbH als Rechtsnachfolgerin der T. F. gemäß § 19 Abs. 4 Gaswirtschaftsgesetz –GWG, BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. I Nr. 148/2002, in der Sitzung am 3.3.2003 einstimmig beschlossen:

### **I. Spruch**

Der Antrag der S. GmbH vom 1.3.2001, geändert durch Antrag vom 3.12.2002, auf Feststellung, dass die S. GmbH durch die Verweigerung des Netzzuganges durch die T. F. bzw. ihre Rechtsnachfolgerin T. GmbH als Netzbetreiberin des TAG-Pipeline-Systems im Zeitraum vom 19.7.2000 bis Ende September 2001 in ihrem gesetzlichen Recht auf Netzzugang verletzt worden sei, wird gemäß § 19 Abs. 4 Gaswirtschaftsgesetz –GWG, BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. I Nr. 148/2002 abgewiesen.

### **II. Begründung**

*[Von der Wiedergabe des Ablaufes des Verfahrens, des Sachverhaltes sowie der Beweiswürdigung wurde abgesehen.]*

#### **II.5. Rechtliche Beurteilung**

##### *1. Zuständigkeit*

Der Energie-Control Kommission sind gemäß § 16 Abs. 1 Z 15 iVm § 29a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Aufgaben der Regulierungsbehörden im Elektrizitäts- und

Erdgasbereich und die Errichtung der Energie-Control GmbH und der Energie-Control Kommission (Energie-Regulierungsbehördengesetz – E-RBG), BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. I Nr. 148/2002, Entscheidungen über Netzzugangsverweigerung im Verfahren nach § 19 Abs. 4 GWG ab dem 24.8.2002 zugewiesen.

## *2. Inhaltliche Beurteilung*

Zu den Vorbringen der Parteien hat die Energie-Control Kommission erwogen:

### *2.1. Anzuwendende Rechtslage*

§ 76a Abs. 1 GWG, BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. I Nr. 148/2002, lautet:

*“§ 76a. (1) Unbeschadet der Bestimmung des Abs. 2 gehen Verfahren, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des GWG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 148/2002 anhängig sind, auf die Behörde über, die nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 148/2002 zuständig ist. Die gemäß erster Satz zuständige Behörde hat auf die zu diesem Zeitpunkt anhängigen Verfahren jene Vorschriften anzuwenden, die sich aus der Fassung des GWG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 148/2002, sowie des E-RBG ergeben.”*

Das GWG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 148/2002 schreibt somit die Anwendung der neuen Rechtslage auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle (das ist zum überwiegenden Teil der 24.8.2002 bzw. der 1.10.2002) anhängige Verfahren vor. Eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung dieser Anordnung ist jedoch insoweit geboten, als sich diese nur auf die verfahrensrechtlichen Bestimmungen beziehen kann: Eine rückwirkende Anwendung der geänderten materiellen Rechtslage auf ein in der Vergangenheit gesetztes haftungsbegründendes Verhalten würde dem aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot des Art. 7 B-VG erfließenden Vertrauensschutz und wohl auch dem verfassungsrechtlichen Verbot rückwirkender Strafgesetze (Art. 7 Abs. 1 MRK) zuwiderlaufen. Die inhaltliche Beurteilung von haftungsbegründendem Verhalten, das Gegenstand eines Feststellungsbegehrens ist, kann daher nur an Hand jener Rechtslage erfolgen, die zum Zeitpunkt, in dem das Verhalten gesetzt wurde, ordnungsgemäß kundgemacht war und bereits in Geltung stand.

### *2.2. Zur Zulässigkeit des Antrages*

Der Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 1.3.2001, abgeändert durch Antrag vom 3.12.2002, bezieht sich auf Transportanfragen an die T. F. vom 28.7.2000/31.7.2000 bzw. vom 24.10.2000 für einen Transport von Erdgas in der TAG-Leitung ab dem 10.8.2000.

Das Datum 10.8.2000 bezieht sich auf die bis zu diesem Zeitpunkt zu erfolgende Umsetzung der Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABI Nr. L 204 vom 21.7.1998. Die Richtlinie sieht in Art. 18 Abs. 2 vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen haben, um gewisse Kundenkategorien als „zugelassene Kunden“ zu benennen, denen das Recht auf Netzzugang gemäß Art. 15 (verhandelter Netzzugang) bzw. Art. 16 (regulierter Netzzugang) zusteht. In Umsetzung der Richtlinie sah § 80 Abs. 2 GWG, Art. I des Energieliberalisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 121/2000, vor, dass der stufenweise Übergang zu der durch das GWG vorgesehenen Marktorganisation, insbesondere die stufenweise Umschreibung des Kreises von Endverbrauchern, denen erst zu einem späteren Zeitpunkt das Recht auf Netzzugang gewährt wird, einem eigenen Bundesgesetz vorbehalten werde. § 1 Abs. 1 Z 2 dieses „Übergangsgesetzes“ (Art. II Energieliberalisierungsgesetz BGBl. I Nr. 121/2000) sah vor, dass Endverbrauchern, deren Erdgasverbrauch 25 Mio. m<sup>3</sup> im vergangenen Abrechnungsjahr überschritten hatte, ab 10.8.2000 das Recht auf Netzzugang zum Transport von Erdgas zur Deckung ihres Eigenbedarfs gewährt werde. Das Energieliberalisierungsgesetz wurde am 1.12.2000 im Bundesgesetzblatt kundgemacht, die Art. I (GWG) und II („Übergangsgesetz“) traten mit 10.8.2000 rückwirkend in Kraft.

Zum Zeitpunkt, zu dem die Antragstellerin ihre Transportanfragen an T. F. richtete, also Ende Juli bzw. Ende Oktober 2000, war das GWG somit noch nicht kundgemacht. Dies bedeutet, dass eine Netzzugangsberechtigung der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Transportanfragen noch nicht vorlag und die T. F. in ihrer Funktion als Fernleitungsunternehmen nicht zur Gewährung des Netzzuganges gegenüber der Antragstellerin verpflichtet war. An dieser Beurteilung vermag nichts zu ändern, dass die Netzzugangsberechtigung der Antragstellerin einige Monate später durch das rückwirkende Inkrafttreten des GWG entstanden ist, da die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Netzbetreibers in verfassungskonformer Weise nur an Hand jener Rechtslage erfolgen kann, die zum Zeitpunkt, in dem das Verhalten gesetzt wurde, bereits für den Normunterworfenen erkennbar in Geltung stand: Wenn gleich es kein schützenswertes Vertrauen auf eine Nichtumsetzung einer – im konkreten Fall seit Juli 1998 bekannten – Richtlinie, mit der Privaten Verpflichtungen auferlegt werden, geben dürfte, so ist ein Verbot rückwirkender Umsetzung von Gemeinschaftsrecht insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 7 Abs. 1 MRK in jenen Fällen geboten, in denen die durch das Gemeinschaftsrecht festgelegte Verpflichtung Privater (hier: die Gewährung des Netzzuganges) mit (Verwaltungs-)Strafe bedroht ist (vgl. § 74 Abs. 1 Z 7 GWG).

Die Erdgasbinnenmarktrichtlinie war auch nicht wegen Verzuges mit der Umsetzung ab dem 10.8.2000 unmittelbar anzuwenden, da in umsetzungsbedürftigen Gemeinschaftsrechtsakten enthaltene Verpflichtungen Privater nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und einhelliger Lehre keine unmittelbare Wirkung zu entfalten vermögen. Die

„Durchgriffswirkung“ nicht umgesetzter Richtlinien gilt somit nicht unter Privaten, sondern richtet sich ausschließlich gegen den säumigen Staat.

Einer richtlinienkonformen Interpretation der vor Erlassung des GWG in Geltung stehenden Rechtslage, insbesondere des Energiewirtschaftsgesetzes, dRGI. I S 1451/1935, steht entgegen, dass die richtlinienkonforme Interpretation den normativen Gehalt der nationalen Regelung nicht grundlegend neu bestimmen darf und mit Hilfe der richtlinienkonformen Interpretation im nationalen Recht daher keine neuen Institute geschaffen werden können (vgl. VwGH 23.10.1995, ZI. 95/10/0108, mwN). Die vor Erlassung des GWG in Geltung stehende Rechtslage sah nun eine allgemeine Anschluss- und Versorgungspflicht der Energieversorgungsunternehmen innerhalb ihres – im Wesentlichen durch ihr Netz bestimmten – Versorgungsgebietes vor. Aus dieser Verpflichtung lässt sich innerhalb der oben angegebenen Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung keine Verpflichtung des dem Versorgungsnetzbetreiber vorgelagerten Fernleitungsunternehmens zur Gewährung des Netzzuganges „zugelassener Kunden“ ableiten.

Da die Netzzugangsberechtigung der Antragstellerin im Zeitpunkt der Transportanfragen vom Juli bzw. Oktober 2000 somit nicht vorlag, war der Feststellungsantrag abzuweisen.