

2R STR 14/21/6

B E S C H E I D

Die Regulierungskommission hat über den Antrag

der Antragstellerin
vertreten durch

wider die Antragsgegnerin
vertreten durch

in der Sitzung am 22. Dezember 2021 beschlossen:

I. Spruch

Die Anträge

1. festzustellen, dass die Antragsgegnerin nicht berechtigt sei, der Antragstellerin den Zugang zu ihrem Verteilernetz für nachstehende Photovoltaik-Erzeugungsanlagen

Standort	Grundstücke	Leistung in MVA
		12
		17,6
		30
		56

zu verweigern, sowie

2. die Antragsgegnerin schuldig zu erkennen, der Antragstellerin für nachstehende Photovoltaik-Erzeugungsanlagen

Standort	Grundstücke	Leistung in MVA
		12
		17,6
		30
		56

Netzzugang zu ihrem Verteilernetz zu gewähren, werden zurückgewiesen.

II. Begründung

II.1 Vorbringen und Verfahrensablauf

Mit Antrag vom 4.8.2021 beantragte die Antragstellerin die Antragsgegnerin schuldig zu erkennen, für näher bezeichnete Photovoltaik-Erzeugungsanlagen Netzzugang zu ihrem Verteilernetz zu gewähren. Sie brachte dazu vor, dass sie für diese Photovoltaikanlagen Anträge auf Netzzutritt und Netzzugang gestellt habe. Die Antragsgegnerin habe sowohl den begehrten Netzzutritt als auch den begehrten Netzzugang abgelehnt, mit der Begründung, dass der beantragte Netzzugang voraussichtlich frühestens nach erfolgtem Netzausbau zur Verfügung gestellt werden könne. Mit ergänzendem Schreiben von 1.6.2021 habe die Antragsgegnerin ergänzend mitgeteilt, dass die Allgemeine Anschlusspflicht gemäß § 34 Bgld. EIWG 2006 nicht bestehe, soweit der Anschluss dem Verteilernetzbetreiber unter Beachtung der im Interesse der Gesamtheit der Netzbenutzer im Einzelfall technisch oder wirtschaftlich nicht zumutbar wäre.

Die Antragstellerin teilte weiters mit, dass für die Entscheidung betreffend den Netzzutritt die burgenländische Landesregierung zuständig sei, und der Anspruch auf Netzzutritt dort geltend gemacht werde. Hinsichtlich des Anspruchs auf Netzzugang stützte sich die Antragstellerin auf § 22 Abs. 2 EIWOG 2010.

Die Antragsgegnerin beantragte mit Schriftsatz vom 6.9.2021 die Zurückweisung des Antrags wegen Unzuständigkeit und in eventu die Abweisung und führte dazu aus: Für die Entscheidung über den Netzzutritt sei die burgenländische Landesregierung zuständig. Gemäß § 34 Abs. 3 Bgld. EIWG 2006 habe die Behörde mit Bescheid festzustellen, ob die Allgemeine Anschlusspflicht bestehe. Gerade die Allgemeine Anschlusspflicht verpflichtet den Verteilernetzbetreiber, privatrechtliche Netzanschlussverträge abzuschließen. Es sei daher zunächst die Allgemeine Anschlusspflicht von der Landesregierung zu beurteilen. Ziel dieses Verfahrens sei die Herstellung des technischen Anschlusses. Eben so ein Anschluss werde von der Antragstellerin im Verfahren vor der Regulierungskommission beantragt, indem sie

den Antrag auf Gewährung von Netzzugang zum Verteilnetz im Ausmaß von 115,6 MVA stelle. Dafür sei die Regulierungskommission unzuständig.

Weiters sehe § 21 Abs. 2 EIWOG 2010 bei Netzzugangsverweigerung nur die Erlassung eines Feststellungsbescheides vor, nicht hingegen einen Leistungsbescheid. Auch für die Streitschlichtung gemäß § 22 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010 bestehe kein Anwendungsfall.

Die Antragstellerin änderte mit Schriftsatz vom 30.9.2021 ihr Begehren auf die aus dem Spruch ersichtlichen Anträge. Der bloße physische Anschluss an das Verteilernetz würde noch keinen Netzzugang (Netznutzung) bewirken. Zur Durchsetzung einer Netzeinlieferung müsse sowohl ein Netzanschluss hergestellt, als auch der Netzzugang gewährt werden. Beide Verfahren könnten parallel geführt werden. Ein Streitschlichtungsverfahren gemäß § 22 Abs. 2 EIWOG 2010 setze nicht voraus, dass bereits ein Netzzugangsvertrag abgeschlossen wäre oder ein Netzzutritt bereits hergestellt sei. Auch das Leistungsbegehren sei zulässig. § 22 Abs. 2 EIWOG 2010 sehe ein Streitschlichtungsverfahren zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreiber über „die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen“ vor. Damit sei auch die Gewährung des Netzzuganges umfasst. Das Verfahren gemäß § 22 Abs. 2 EIWOG 2010 sei nicht auf Feststellungsbegehren beschränkt. Es bestehe auch keine Verpflichtung, zuerst ein Verfahren gemäß § 22 Abs. 1 und erst danach ein Verfahren gemäß § 22 Abs. 2 EIWOG 2010 zu führen.

Die Antragsgegnerin äußerte sich mit Schriftsatz vom 14.10.2021 und führte dazu aus, dass die Erlassung eines Leistungsbescheides ausgeschlossen sei, da das Verfahren gemäß § 22 Abs. 2 EIWOG 2010 die falsche Verfahrensart und die unrichtige Rechtsgrundlage seien. Auch gemäß § 12 Abs. 1 E-ControlG sei die Regulierungskommission zu Entscheidungen über Netzzugangsverweigerung im Verfahren gemäß §§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010 zuständig. Diese Norm sei die speziellere Norm gegenüber den „sonstigen“ Streitigkeiten gemäß § 22 Abs. 2 EIWOG 2010.

II.2. Unstrittiger Sachverhalt

Die nachstehenden Photovoltaik-Erzeugungsanlagen sind nicht an das Verteilernetz der Antragsgegnerin angeschlossen.

Standort	Grundstücke	Leistung in MVA
		12
		17,6
		30
		56

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem insoweit unstrittigen Vorbringen der beiden Streitparteien.

II.3. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich

Gemäß §§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010 entscheidet die Regulierungskommission in Streitigkeiten zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzugangs mit Feststellungsbescheid. In allen „übrigen Streitigkeiten“ zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen sieht § 22 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010 ein Streitschlichtungsverfahren vor der Regulierungskommission vor.

Wie sich aus der Darlegung des Verfahrensgangs ergibt, beantragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin sowohl Netzzutritt als auch Netzzugang. Die Antragsgegnerin teilte mit, dass es ihr nicht möglich sei, die Antragstellerin an ihr Verteilernetz anzuschließen und verweigerte somit den Netzzutritt. Wie festgestellt, sind die Photovoltaik-Erzeugungsanlagen der Antragstellerin nach wie vor nicht an das Verteilernetz angeschlossen. Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ergibt sich, dass sie immer noch an das Netz der Antragsgegnerin angeschlossen werden möchte. Im vorliegenden Verfahren betont sie jedoch mehrfach, dass Netzzutritt und Netzzugang zu unterscheiden seien und sie vor der Regulierungskommission keinen Antrag auf Feststellung, ob eine allgemeine Anschlusspflicht der Antragsgegnerin (iSd Netzzutritts) besteht, stellen wolle. Vielmehr wolle sie im vorliegenden Verfahren ihren Anspruch auf Netzzugang geltend machen. Sie beantragt hierzu, die Regulierungsbehörde möge feststellen, dass die Antragsgegnerin nicht berechtigt sei, der Antragstellerin den Netzzugang zu verweigern und die Antragsgegnerin schuldig erkennen, der Antragstellerin Netzzugang zu gewähren.

1. Zum Feststellungsbegehren (§§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010)

Zutreffend führt die Antragstellerin aus, dass Netzzutritt und Netzzugang zu unterscheiden sind. Unter „Netzzutritt“ gemäß § 7 Abs. 1 Z 56 EIWOG 2010 ist die erstmalige Herstellung eines Netzanschlusses oder die Erhöhung der Anschlussleistung eines bestehenden Netzanschlusses zu verstehen. § 7 Abs. 1 Z 48 EIWOG 2010 definiert den Netzanschluss als die physische Verbindung der Anlage eines Kunden oder Erzeugers von elektrischer Energie mit dem Netzsystem. Unter dem Begriff des „Netzzugangs“ wird gemäß § 7 Abs. 1 Z 53 EIWOG 2010 ganz allgemein die Nutzung eines Netzes verstanden.

Beantragt ein Endverbraucher oder Erzeuger einen Netzanschluss bei einem Verteilernetzbetreiber, so ist dieser gemäß der in § 46 Abs. 1 EIWOG 2010 normierten „allgemeinen Anschlusspflicht“ in der Regel verpflichtet, mit dem Endverbraucher oder Erzeuger zu den jeweils genehmigten Allgemeinen Netzbedingungen privatrechtliche Verträge

über den Anschluss an sein Netz abzuschließen, sofern keine Ausnahme iSd Abs. 2 leg.cit. vorliegt. Die Formulierung des § 34 Abs. 1 Bgld. EIWG 2006 als diesbezüglicher Ausführungsbestimmung weicht von der Grundsatzbestimmung des § 46 Abs. 1 EIWOG 2010 dahingehend ab, als sie den Begriff „Netzzugangsberechtigte“ anstelle von „Endverbraucher und Erzeuger“ verwendet. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Netzzugangsberechtigte bis zum In-Kraft-Treten des EIWOG 2010 als „Kunden und Erzeuger“ definiert waren. § 34 Abs. 1 Bgld. EIWG 2006 ist grundsatzgesetzkonform dahingehend auszulegen, dass sich die allgemeine Anschlusspflicht auf Endverbraucher und Erzeuger bezieht. Bis auf die Landesvorschriften des Burgenlands, Niederösterreichs und Wiens entsprechen die Landesvorschriften dem Grundsatzgesetz, was die grundsatzgesetzkonforme Auslegung stützt. Insbesondere bei der Novellierung des Salzburger Landeselektrizitätsgesetz 1999 durch das Salzburger LGBl 39/2018 wurde der Begriff des „Netzzugangsberechtigten“ im Hinblick das Recht zum Netzanschluss durch „Endverbraucher und Erzeuger“ ersetzt und in den Materialien explizit auf ein entsprechendes Redaktionsversehen hingewiesen (vgl. ErläutRV 173 Blg Sbg LT 15. GP 7 zu § 20 Sbg LEG, sowie *Poltschak/Oberndorfer*, Die Ausnahme bestehender Netzanschlussverhältnisse vom Anschlussrecht des Netzbetreibers, RdU-UT 2021/26, 114). Gegenstand eines Netzanschlussvertrags werden regelmäßig technische Fragen, wie etwa hinsichtlich der Festlegung des Netzanschlusspunktes, der Anschlussleistung, der Übergabestelle oder des Zählpunktes sein. Essenziellen Bestandteil der Vertragserfüllung stellt dabei die faktisch-technische Erstellung einer Netzanschlussanlage dar.

Beantragt eine Person hingegen Netzzugang bei einem Netzbetreiber, ist dieser gemäß § 24 Abs. 1 Bgld. EIWG 2006 als Ausführungsbestimmung zu § 15 EIWOG 2010 verpflichtet, ihr, nachdem sie an das Netz angeschlossen wurde, auch den Netzzugang – somit die Benutzung des Netzes – zu den jeweils genehmigten Allgemeinen Netzbedingungen zu gewähren, sofern keine Ausnahme iSd § 26 Abs. 1 Bgld. EIWG 2006 vorliegt. Dem Netzzugangsvertrag im engeren Sinn sind nähere Modalitäten der Benutzung des Netzes, wie beispielsweise die Nennung einer Bilanzgruppe, die Dauer allfälliger Reservierungen von Kapazitäten oder Gewährleistungsfragen zuzuordnen (vgl. *Oberndorfer* in Hauer/Oberndorfer, EIWOG-Kommentar (2007), § 15 Rn 3, mwN).

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen besteht eine denklogische und eindeutige Reihenfolge für die Herstellung des Netzzutritts und die Herstellung des Netzzugangs:

1. Zunächst erfolgt die Herstellung des Netzzutritts iSd Herstellung eines Netzanschlusses. Dies ist die physische Verbindung der Anlage eines Kunden oder Erzeugers von elektrischer Energie mit dem Netzsystem (§ 7 Abs. 1 Z 48 EIWOG 2010).
2. Anschließend wird Netzzugang gewährt.

Die Herstellung eines Netzanschlusses (Netzzutritt nach der Definition des § 7 Abs. 1 Z 56 EIWOG 2010) ist faktische Voraussetzung für die Benutzung des Netzes (Netzzugang nach der Definition des § 7 Abs. 1 Z 53 EIWOG 2010) und dieser somit zwingend vorgelagert. Diese

Ansicht vertrat die Regulierungskommission bereits in ihrem Bescheid vom 14.2.2018, GZ: R NZV G 01/17, (<https://www.e-control.at/recht/entscheidungen/regulierungskommission-zu-gas>).

Auch im Hinblick auf die Verfahren zur Durchsetzung des potenziellen Rechts auf Netzzutritt einerseits und Netzzugang andererseits ist angesichts dieser Erwägungen von dieser Reihenfolge auszugehen. Über Streitigkeiten betreffend die Frage, ob entgegen der in Abs. 1 des § 34 Bgld. EIWG 2006 als Ausführungsbestimmung zu § 46 EIWOG 2010 normierten „allgemeinen Anschlusspflicht“ des Verteilernetzbetreibers Netzanschluss gemäß Abs. 2 leg. cit. verweigert werden darf, entscheidet gemäß §§ 34 Abs. 3 iVm 61 Abs. 1 Bgld. EIWG 2006 die Landesregierung, welche diese anhand der technischen und wirtschaftlichen Zumutbarkeit beurteilt und mit Bescheid feststellt. Nachfolgende Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzugangs fallen hingegen gemäß §§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010 in die Zuständigkeit der Regulierungskommission. Diese hat über Antrag festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzugangs vorliegen.

Die Antragstellerin betonte in ihrem Vorbringen wiederholt, dass ihr der Unterschied zwischen dem Netzzutritt und Netzzugang bewusst sei, sie aber dennoch parallel ihre potenziellen Rechte auf Netzzutritt bei der Landesregierung einerseits und auf Netzzugang bei der Regulierungskommission andererseits geltend machen wolle. Ihr Anspruch auf Netzzugang stehe nicht unter dem Vorbehalt, dass ein Netzzutritt bereits hergestellt wurde.

Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzugangs betreffen jedoch Personen, die in technischer Hinsicht bereits an ein (Verteiler)Netz angeschlossen sind, denen jedoch eine bestimmte Netzbenutzung oder eine Änderung einer einmal vereinbarten Netzbenutzung verwehrt werden soll (*Raschauer*, Handbuch Energierecht (2006), 87). Verweigert ein Netzbetreiber den Netzanschluss (Netzzutritt), so verweigert er implizit auch die Benutzung des Netzes iSd Begriffsdefinition des Netzzugangs. In einem solchen Fall sind Streitigkeiten nach dem Verfahren gemäß § 34 Abs. 3 Bgld. EIWG 2006 über die Verweigerung des Netzzutritts allfälligen Streitigkeit über die Verweigerung des Netzzugangs vorgelagert, weil ein Netzzugangsrecht ohne Netzzutritt nicht durchsetzbar wäre (vgl. wiederum den Bescheid der Regulierungskommission von 14.2.2018, GZ: R NZV G 01/17, (<https://www.e-control.at/recht/entscheidungen/regulierungskommission-zu-gas>)).

Angewendet auf den vorliegenden Fall bedeutet dies:

Wenngleich die Regulierungskommission nicht in Zweifel stellt, dass die Antragstellerin das Verteilernetz der Antragsgegnerin benutzen möchte, so hat deren eigentliches – und vorgelagertes – Begehren dennoch zwingend ihren Anschluss an das Verteilernetz der Antragsgegnerin zu betreffen, weil ihr die Netznutzung andernfalls schlichtweg unmöglich ist. Zur Durchsetzung dieses potenziellen Rechts ist jedoch das Verfahren gemäß § 34 Abs. 3 Bgld. EIWG 2006 vor der burgenländischen Landesregierung vorgesehen, welches die

Antragstellerin auch parallel zum vorliegenden Verfahren bei der zuständigen Behörde anhängig machte. Vor Herstellung eines Netzanschlusses kann die Antragstellerin das Netz faktisch nicht benutzen, weshalb vor Herstellung eines Netzanschlusses die Voraussetzungen für einen Feststellungsantrag, ob die Verweigerung des (ihr aktuell unmöglichen) Netzzuganges unrechtmäßig ist, nicht vorliegen.

Der Antrag auf Feststellung, dass die Antragsgegnerin nicht berechtigt ist, der Antragstellerin den Zugang zu ihrem Verteilernetz zu verweigern, war mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen als unzulässig zurückzuweisen.

2. Zum Leistungsbegehren (§ 22 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010)

Insoweit die Antragstellerin zugleich mit ihrem Feststellungsbegehren beantragt, die Regulierungskommission möge die Antragsgegnerin schuldig erkennen, der Antragstellerin Netzzugang für näher genannte Photovoltaik-Erzeugungsanlagen zu gewähren, argumentiert sie wie folgt: Der Verfahrensgegenstand einer „übrigen Streitigkeit“ iSd § 22 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010 könne sich mittelbar auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzugangs erstrecken. Als „übrige Streitigkeiten“ iSd § 22 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010 nenne die Judikatur des Obersten Gerichtshofes beispielhaft Streitigkeiten, die daraus resultieren, dass ein Netzbetreiber den Netzzugang „weiter verweigert“, obwohl die Regulierungskommission im Feststellungsverfahren bereits ausgesprochen hat, dass der Netzzugang zu Unrecht verweigert wird (OGH 15.12.2004, 9 Ob 58/09h mit Verweis auf OGH 14.3.2005, 4 Ob 287/04s). Da die Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren erklärt habe, der Anschluss der Erzeugungsanlage der Antragstellerin sei „völlig ausgeschlossen“, qualifiziere die Antragstellerin diese Aussage als fortgesetztes weiteres Verweigern der Gewährung des Netzzugangs, weshalb es verfahrensökonomisch ineffizient sei, zunächst ein Feststellungsverfahren nach § 22 Abs. 1 EIWOG 2010 zu führen.

Dass §§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010 für Streitigkeiten betreffend die Verweigerung des Netzzugangs ein eigenes, spezielles Feststellungsverfahren vorsieht, bestreitet die Antragstellerin nicht. Von Streitigkeiten über die Verweigerung des Netzzugangs an sich stets zu unterscheiden sind „übrige Streitigkeiten“ zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen iSd § 22 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010. Für allfällige Leistungsbegehren, die Streitigkeiten über die Verweigerung des Netzzugangs betreffen, bietet § 22 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010 keinen Raum, weil es sich dabei gerade nicht um eine „übrige Streitigkeit“ handeln würde. Dies ergibt sich bereits aus dem Begriff der „übrigen“ – und sich somit von Streitigkeiten, die die Verweigerung des Netzzugangs an sich betreffen, unterscheidenden – Streitigkeiten. Streitigkeiten, welche die Netzzugangsverweigerung an sich betreffen, sind somit ausschließlich im Rahmen eines Feststellungsverfahrens iSd §§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010 anhängig zu machen. (vgl. zur Abgrenzung zwischen §§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010 und § 22 Abs. 2 Z 1

EIWOG 2010 etwa VwGH 23.8.2012, 2010/05/0121, sowie *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften, Band I (2013) 602).

Insoweit die Antragstellerin auf den Sonderfall abstellt, dass ein Netzbetreiber den Netzzugang „weiter verweigert“, obwohl die Regulierungskommission im Feststellungsverfahren nach § 21 Abs. 2 EIWOG 2010 bereits ausgesprochen hat, dass der Netzzugang zu Unrecht verweigert wird, übersieht sie, dass eine derartige Fallkonstellation ein Feststellungsverfahren nach §§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010 voraussetzt, in dem die Regulierungskommission zudem zu der Feststellung gelangt sein muss, dass der Netzzugang zu Unrecht verweigert wurde (vgl. etwa OGH 15.12.2009, 9 Ob 58/09h, mwN). Eine „weitere Weigerung“ der Antragsgegnerin, der Antragstellerin Netzzugang zu gewähren, iSd zitierten Judikatur liegt im vorliegenden Fall somit nicht vor.

Ein strittiges Recht auf Netzzugang an sich kann somit nicht mit einem Leistungsanspruch geltend gemacht werden. § 22 Abs. 2 Z 1 EIWOG 2010, der sich auf übrige, nicht die Verweigerung des Netzzugangs an sich betreffende Streitigkeiten bezieht, bildet dafür keine geeignete gesetzliche Grundlage, weil es sich gerade nicht um eine „übrige Streitigkeit“ handelt.

Aus diesem Grund ist auch der auf die Erlassung eines Leistungsbescheids gerichtete Antrag als unzulässig zurückzuweisen, weil die Antragstellerin ausschließlich im Rahmen des gesetzlich vorgesehenen Feststellungsverfahrens gemäß §§ 21 Abs. 2 iVm 22 Abs. 1 EIWOG 2010 eine Streitigkeit über den Netzzugang an sich geltend machen kann (zur Zulässigkeit eines Feststellungsantrags im vorliegenden Fall vgl. die Erwägungen unter 1.).

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann gemäß § 7 VwGVG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach erfolgter Zustellung dieses Bescheides bei der E-Control einzubringen und hat die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, die belangte Behörde, die Gründe auf die sich die behauptete Rechtswidrigkeit stützt sowie das Begehren zu enthalten.

Im Falle einer Beschwerde wird ersucht, die Eingabegebühr von EUR 30,- gemäß § 14 TP 6 Abs 5 Z 1 lit b Gebührengesetz (GebG) 1957, BGBl 267/1957 idgF iVm § 2 BuLVwG-EGebV, BGBl II 387/2014 idgF, unter Angabe des Verwendungszwecks durch Überweisung auf das entsprechende Konto des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel gem § 1 Abs 3 BuLVwG-EGebV zu entrichten.

Energie-Control Austria
für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control)

Wien, am 22. Dezember 2021

