



## **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 01/02 betreffend Verweigerung des Netzzuganges gegenüber der E. durch die T. gemäß § 35 Tiroler Elektrizitätsgesetz 2001 (TEG), LGBl. Nr. 76/2001, in der Sitzung am 6.5.2003 einstimmig beschlossen:

### **I. Spruch**

1. Über Antrag der E. vom 27.11.2002 auf Prüfung, ob die Verweigerung des Netzzuganges betreffend die „Brenner-Leitung“ nach Italien für die Jahre 2003 und 2004 durch die T. auf Grund bereits vorliegender Reservierungsansuchen und daraus resultierender Kapazitätsüberschreitungen gerechtfertigt war, stellt die Energie-Control Kommission gemäß § 20 Abs. 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (EIWOG), BGBl. I Nr. 143/1998 i.d.F. BGBl. I Nr. 149/2002, und § 16 Abs. 1 Z 4 Bundesgesetz über die Aufgaben der Regulierungsbehörden im Elektrizitäts- und Erdgasbereich und die Errichtung der Energie-Control GmbH und der Energie-Control Kommission (Energieregulierungsbehördengesetz – E-RBG), BGBl. I Nr. 121/2000 i.d.F. BGBl. I Nr. 148/2002, fest, dass die antragstellende Gesellschaft durch die Verweigerung des Netzzugangs seitens der T. in ihrem gesetzlich gewährleisteten Recht auf Netzzugang verletzt worden ist.
2. Die mit Schriftsatz vom 9.4.2003 eingebrachten Anträge der E. werden wegen Unzuständigkeit gemäß § 20 Abs. 2 EIWOG i.V.m. § 6 AVG zurückgewiesen.

### **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 4 des Bundesgesetzes über die Aufgaben der Regulierungsbehörden im Elektrizitäts- und Erdgasbereich und die Errichtung der Energie-Control GmbH und der Energie-Control Kommission (Energierегulierungsbehördengesetz – E-RBG), BGBl. I Nr. 121/2000 i.d.F. BGBl. I Nr. 148/2002, Entscheidungen über Netzzugangsverweigerung im Verfahren nach § 20 Abs. 2 EIWOG zugewiesen.

### *2. Inhaltliche Beurteilung:*

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

#### *2.1. Anzuwendende Rechtslage:*

Gemäß der Grundsatzbestimmung des § 20 Abs. 3 EIWOG, BGBl. I Nr. 143/1998 i.d.F. BGBl. I Nr. 149/2002, haben die Ausführungsgesetze vorzusehen, dass für die Beurteilung der Netzzugangsberechtigung diejenigen Rechtsvorschriften Anwendung finden, die in jenem Land gelten, in dem derjenige, der einen Antrag gem. § 20 Abs. 2 EIWOG stellt, seinen Sitz (Hauptwohnsitz) hat. Bezüglich der Beurteilung der Netzzugangsverweigerungsgründe haben die Ausführungsgesetze die Anwendung jener Rechtsvorschriften vorzusehen, die am Sitz des Netzbetreibers, der den Netzzugang verweigert hat, gelten.

Da die E. ihren Sitz in Wien hat, finden für die Beurteilung der Netzzugangsberechtigung die Vorschriften des Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetzes 2001 – WEIWG, LGBl. Nr. 72/2001, Anwendung

Da der den Netzzugang verweigernde Netzbetreiber T. seinen Sitz in Tirol hat, gelangt für die Beurteilung der Netzzugangsverweigerungsgründe das Tiroler Elektrizitätsgesetz 2001 – TEG, LGBl. Nr. 76/2001, zur Anwendung.

#### *2.2. Inhaltliche Beurteilung in der Sache selbst:*

### Netzzugangsberechtigung

In Ausführung des § 15 EIWOG bestimmen § 29 Abs. 1 und 2 WEIWG:

*„§ 29. (1) Netzbetreiber sind verpflichtet, den Netzzugangsberechtigten den Netzzugang zu den jeweils genehmigten Allgemeinen Netzbedingungen und den jeweils bestimmten Systemnutzungstarifen ... auf Grund privatrechtlicher Verträge (Netzzugangsvertrag) zu gewähren.*

*(2) Die Netzzugangsberechtigten haben einen Rechtsanspruch, auf Grundlage der jeweils genehmigten Allgemeinen Netzbedingungen und der jeweils bestimmten Systemnutzungstarife ... die Nutzung der Netze zu begehren.“*

In Ausführung des § 19 EIWOG legt § 35 TEG fest:

#### **„Netzzugang bei nicht ausreichenden Kapazitäten**

*§ 35. Reichen die vorhandenen Leitungskapazitäten für regelzonenüberschreitende Lieferungen nicht aus, um allen Anträgen auf Nutzung eines Systems zu entsprechen, so ist der Netzzugang unter Einhaltung nachstehender Grundsätze (Reihung nach Prioritäten) zu gewähren, sofern bei grenzüberschreitenden Lieferungen keine mit ausländischen Netzbetreibern abgestimmten, entgegenstehenden Regelungen getroffen worden sind:*

- 1. Vorrang haben Transporte aufgrund bestehender und an deren Stelle tretender vertraglicher Verpflichtungen,*
- 2. der Z. 1 nachgeordnet sind Transporte zur Belieferung von Kunden mit Strom aus Wasserkraftwerken,*
- 3. den in der Z. 2 genannten Transporten nachgeordnet sind Elektrizitätstransite im Sinne der Elektrizitätstransitrichtlinie und*
- 4. die danach verbleibenden Kapazitäten sind zwischen den übrigen Berechtigten im Verhältnis der angemeldeten Leistungen aufzuteilen.“*

In Ausführung des § 20 Abs. 1 EIWOG bestimmen schließlich § 36 Abs. 1 und 2 TEG:

#### **„Verweigerung des Netzzugangs**

*§ 36. (1) Netzzugangsberechtigten kann der Netzzugang aus folgenden Gründen ganz oder teilweise verweigert werden:*

- a) bei einem außergewöhnlichen Netzzustand (Störfall),*
- b) bei mangelnder Netzkapazität,*
- c) wenn der Netzzugang für Stromlieferungen für einen Kunden abgelehnt wird, der in dem System, aus dem die Lieferung erfolgt oder erfolgen soll, nicht als netzzugangsberechtigter Kunde gilt, oder*
- d) wenn ansonsten Elektrizität aus fernwärmeorientierten, umwelt- und ressourcenschonenden sowie technisch-wirtschaftlich sinnvollen KWK-Anlagen oder aus Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien trotz Eingehens auf die aktuellen Marktpreise verdrängt würde, wobei Möglichkeiten zum Verkauf dieser elektrischen Energie an Dritte zu nutzen sind.*

*(2) Der Netzbetreiber hat dem Netzzugangsberechtigten die Verweigerung des Netzzugangs schriftlich zu begründen.“*

Gem. § 19 EIWOG bzw. der im Wesentlichen gleichlautenden Ausführungsbestimmung des § 35 TEG hat der Netzbetreiber bei knappen Kapazitäten eine Reihung der Anträge auf Netzzugang gemäß der Prioritätenliste der Z 1 bis 4 vorzunehmen. Diese Prioritätenliste kommt jedoch hinsichtlich grenzüberschreitender Lieferungen von vornherein nur zur Anwendung, insofern keine mit ausländischen Netzbetreibern abgestimmten, entgegenstehenden Regelungen getroffen worden sind (dies ist hier nicht der Fall).

Gemäß § 35 Z 1 TEG haben Transporte auf Grund bestehender und an deren Stelle tretender vertraglicher Verpflichtungen Vorrang vor Transporten zur Belieferung von Kunden aus Wasserkraft (Z 2) und Transiten im Sinne der Elektrizitätstransitrichtlinie (Z 3). Die danach verbleibenden Kapazitäten sind vom Netzbetreiber zwischen den übrigen Berechtigten im Verhältnis der angemeldeten Leistung aufzuteilen (Z 4). Wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 35 TEG ergibt, sind Transporte gem. Z 2 solchen nach Z 1 nachgeordnet, Transporte nach Z 3 solchen nach Z 2 usw.

Die E. gab in ihren Netzzugangsanträgen vom 8.11.2002 zunächst keine Priorität bekannt, was vom Netzbetreiber jedoch nicht bemängelt wurde. Die T. stützte sich bei Verweigerung des Netzzuganges auf § 35 Z 1 TEG und machte das Vorliegen einer „bestehenden Vereinbarung“ geltend, durch die die gesamte technische Leitungskapazität für die Jahre 2003 und 2004 ausgelastet sei. Wie die erkennende Behörde (damals noch „Elektrizitäts-Control Kommission“) in der auf der Homepage ihrer Geschäftsstelle, [www.e-control.at](http://www.e-control.at), veröffentlichten Entscheidung vom 13.2.2002, K NZV 21/01-46, ausgeführt hat, bezieht sich die Wortfolge „bestehende und an deren Stelle tretende vertragliche Verpflichtungen“ auf den zwischen Netzbetreiber und Netzbenutzer durch Genehmigung der beantragten Transportdienstleistung geschlossenen Transportvertrag (Durchleitungsvertrag, Netznutzungsvertrag) und ist § 19 EIWOG – und die dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen – mangels gegenteiliger gesetzlicher Anhaltspunkte grundsätzlich so zu interpretieren, dass Anträge in der Reihenfolge ihres Einlangens zu behandeln sind („first come – first served“-Prinzip). Eine gewisse Lockerung des „first come – first served“-Prinzips erfolgte durch die „Sonstigen Marktregeln 2.0“, die gemäß § 9 Abs. 1 Z 1 E-RBG von der Energie-Control GmbH gemeinsam mit den Marktteilnehmern ausgearbeitet und veröffentlicht wurden:

Die mit 1.1.2003 in Kraft getretenen Marktregeln, die die Version 1.0 aus dem Jahr 2001 ersetzen, sehen in Kapitel 3 Pkt. 6.3. betreffend die Vornahme von Jahresreservierungen vor, dass Anträge auf Reservierung eines Querschnittes an einer Kuppelstelle einer österreichischen Regelzone zu einer anderen, ausländischen Regelzone für das jeweils

folgende Kalenderjahr am ersten Donnerstag im Dezember des jeweils laufenden Kalenderjahres vom jeweiligen Regelzonenführer behandelt werden. Alle bis zu diesem Tag bis 12 Uhr eingelangten Anträge auf Reservierung für das jeweils folgende Kalenderjahr werden vom Regelzonenführer als gleichzeitig eingetroffen betrachtet. Reichen die vorhandenen, in der Disposition des Regelzonenführers stehenden Leitungskapazitäten nicht aus, um allen Anträgen auf Nutzung der Kuppelstellen zu entsprechen, so hat der Regelzonenführer unter Beachtung der Prioritätenreihung gemäß § 19 EIWOG die verfügbare Kapazität zwischen den Antragstellern im Verhältnis der angemeldeten Leistung aufzuteilen. Die Sonstigen Marktregeln 2.0 sehen in Kapitel 3 Pkt. 6.1. weiters vor, dass eine Bilanzgruppe an einer Kuppelstelle zu einer anderen ausländischen Regelzone die Reservierung einer Kapazität von maximal 50% des zur Verfügung stehenden NTC (Net Transfer Capacity), jedoch nicht mehr als 200 MW, beantragen kann. Der Regelzonenführer darf den Querschnitt für den Zeitraum von höchstens einem Jahr reservieren. Hinsichtlich bestehender Verträge sehen die Marktregeln vor, dass Ansprüche auf Transportquerschnitte an internationalen Kuppelstellen, die auf Verträge zurückzuführen sind, die vor dem 19.2.1999 geschlossen wurden, von dieser Regelung unberührt bleiben. Ansprüche auf Transportquerschnitte an internationalen Kuppelstellen, die vom Regelzonenführer T. in der Zeit zwischen dem 19.2.1999 und dem 31.12.2002 genehmigt wurden, bleiben grundsätzlich aufrecht. Dies gilt freilich nur für rechtmäßig entstandene Ansprüche. Zu prüfen ist daher, ob die zwischen dem Unternehmen A und der T. geschlossene Reservierungsvereinbarung eine rechtsgültige „bestehende Vereinbarung“ ist:

#### Art. 81 EGV

Gemäß Art. 81 Abs. 1 EGV sind mit dem Gemeinsamen Markt Vereinbarungen zwischen Unternehmen unvereinbar und verboten, welche geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Gemäß Art. 81 Abs. 2 sind die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen nichtig. Die Bestimmungen der Art. 81 Abs. 1 und 2 EGV sind von den nationalen Behörden unmittelbar anzuwenden.

Bei der zwischen dem integrierten Elektrizitätsunternehmen A (Handel, Erzeugung, Verteilnetzbetrieb) und deren verbundenem Unternehmen T. (Übertragungsnetzbetrieb, Regelzonenführer) geschlossenen Reservierungsvereinbarung handelt es sich um eine vertikale Vereinbarung, durch die Dritte langfristig – zumindest bis Ende des Jahres 2007 – von der Lieferung elektrischer Energie aus der Regelzone Tirol nach Italien ausgeschlossen sind. Zur Beurteilung, ob die Reservierungsvereinbarung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, ist eine Abgrenzung des sachlich und

räumlich relevanten Marktes vorzunehmen. Bei der Übertragung von elektrischer Energie über Hochspannungsnetze handelt es sich um einen eigenen Produktmarkt (vgl etwa EG-Kommission, Entsch. v. 17.3.1998 – M.1107 – Fusionsfall EDFI/ESTAG; dt. Bundeskartellamt, Entsch. v. 17.1.2002 – Fusionsfall EON/Gelsenberg). Der räumlich relevante Markt beschränkt sich mangels vorhandener Ausweichrouten – die angrenzenden österreichischen Regelzonen weisen entweder keine Verbindung nach Italien auf (Vorarlberg) bzw. ist die dort bestehende einzige Verbindungsleitung ebenfalls langfristig ausreserviert (Regelzone APG) – auf die Brennerleitung selbst, maximal aber auf die Regelzone Tirol. Innerhalb dieses Marktes hat die T. als Betreiber der einzigen grenzüberschreitenden Leitung nach Italien eine Monopolstellung. Durch die Vereinbarung mit dem Unternehmen A wird Mitbewerbern dieses Unternehmens der Zugang zur Leitung und damit in der Folge auch zum benachbarten sachlichen Markt der Belieferung von Weiterverteilern in Italien zumindest für den Zeitraum Jahresende 2003/Jahresbeginn 2004 (Beginn des Probetriebes) bis Ende 2007 versperrt, wobei die T. offenbar von einer rechtsverbindlichen Reservierung bis Jahresende 2033 ausging (vgl. Schreiben an die Energie-Control GmbH vom 7.12.2002). Für das Vorliegen einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten Österreich und Italien erscheint jedoch bereits die Ausreservierung der Leitung bis Ende des Jahres 2007 maßgeblich.

Eine Freistellung i.S.d. Art. 81 Abs. 3 EGV auf Grund der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen EG 2790/1999 kommt nicht in Frage, da die in der Verordnung festgelegten Marktanteilsschwellen (30 %) überschritten werden. Eine Einzelfreistellung durch die EG-Kommission wurde offensichtlich nicht beantragt, sie erscheint aber ebenfalls unwahrscheinlich: In der Vergangenheit hat die EG-Kommission in Einzelfällen zwar z.B. ausschließliche Liefervereinbarungen mit bis zu 15-jähriger Vertragsdauer genehmigt, diese standen jedoch jeweils im Zusammenhang mit getätigten Investitionen erheblichen Ausmaßes, wie z.B. in den Bau von Kraftwerken (vgl. etwa Entsch. v. 30.4.1991 –Scottish Nuclear, ABL 1991 L 178 S 31). Die im Zusammenhang mit der Errichtung der Brennergetätigten Investitionen sind dagegen bereits vollständig abgeschrieben, die langfristige Ausreservierung der Leitungskapazität zu Gunsten des Unternehmens A ist auch mit einer allfälligen Tragung der Umbaukosten durch dieses Unternehmen nicht zu rechtfertigen. Die erkennende Behörde geht daher davon aus, dass die zwischen T. und A geschlossene Reservierungsvereinbarung im Lichte des Art. 81 Abs. 1 EGV nichtig ist.

#### Art. 82 EGV

Gemäß Art. 82 EGV ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit dadurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten

beeinträchtigt werden kann. Die T. hat als Betreiber der einzigen grenzüberschreitenden Leitung nach Italien in der Regelzone Tirol eine marktbeherrschende Stellung (zur Marktabgrenzung siehe oben). Zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels wird ebenfalls auf die vorherstehenden Ausführungen verwiesen. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die T. liegt darin, dass diese sämtliche Leitungskapazitäten an das mit ihr verbundene Unternehmen A zumindest bis Jahresende 2007 vergeben hat, ohne dass Mitbewerber von A vom Vorhandensein freier Leitungskapazitäten Kenntnis erlangen konnten und somit für diesen Zeitraum von einem Zugang zur Leitung ausgeschlossen werden. Die Reservierungsvereinbarung ist daher auch im Lichte des unmittelbar anwendbaren Art. 82 EGV als nichtig anzusehen.

#### Art. 86 Abs. 2 EGV

Fraglich erscheint zunächst, ob eine Verletzung der Art. 81 Abs. 1 und Art. 82 EGV durch die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV im konkreten Fall ausgeschlossen ist. Gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV finden insbesondere die Wettbewerbsregeln des EGV auf Unternehmen Anwendung, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind (dazu können nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auch Stromversorgungsunternehmen zählen, vgl. z.B. Entsch. v. 27.4.1994 Rs *Almelo*, C-393/92, Slg. I-01477, bzw. die Entscheidungen vom 23.10.1997 betreffend Stromimport/exportmonopole, Rs *Kommission/Niederlande*, C-157/94, Slg. I-05699; *Kommission/Italien*, C-158/94, Slg. I-05789; *Kommission/Frankreich*, C159/94, Slg. I-05815) soweit deren Anwendung nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Da der Elektrizitätsmarkt in Österreich hinsichtlich der Belieferung mit Strom und der freien Wahl des Lieferanten seit dem 1.10.2001 vollständig liberalisiert ist und keine regionalen Versorgungsgebiete mit Gebietsschutz mehr bestehen, käme als ausschließliches Recht i.S.d. Art. 86 EGV nur der Betrieb von Übertragungs- bzw. Verteilungen in Frage, der ein natürliches Monopol darstellt. Art. 86 Abs. 2 EGV ist jedoch als Ausnahmeregel – nicht nur zu den Wettbewerbsregeln, sondern auch den Grundfreiheiten des EGV – eng auszulegen. Eine Argumentation, dass das Quasi-Kapazitätsmonopol bis Ende 2007 zu Gunsten des Unternehmens A zur Erfüllung der Aufgaben des Übertragungsnetzbetreibers T. erforderlich wäre, erscheint nicht vertretbar.

Da die die mit dem erstgereihten Unternehmen geschlossene Reservierungsvereinbarung als nichtig anzusehen ist, wurde die Antragstellerin durch die mit mangelnden freien Leitungskapazitäten begründete Verweigerung des Netzzuganges durch die T. in ihrem gesetzlichen Recht auf Netzzugang verletzt.

Die mit Schriftsatz der E. vom 9.4.2003 eingebrachten, mit 2.a, 2.b. und 2.c. bezeichneten Anträge waren zurückzuweisen, da sich die Energie-Control Kommission gemäß § 20 Abs. 2 EIWOG auf eine Feststellungsentscheidung, ob das Recht auf Netzzugang verletzt wurde oder nicht, zu beschränken hat. Eine darüber hinausgehende Zuständigkeit der Energie-Control Kommission zur Erzwingung eines Verhaltens durch Verfahrensordnung besteht nicht.