



GZ K NZV 01/05

PA 1096/08

1. ANTRAGSTELLERIN
vertreten durch:
*** Rechtsanwälte

2. ANTRAGSGEGNERIN
vertreten durch:
*** Rechtsanwälte

per RSb

B E S C H E I D

Die Energie-Control Kommission hat durch Dr. Wolfgang Schramm als Vorsitzenden sowie durch Mag. DI Georg Donaubaue und Mag. Ditmar Wenty als weitere Mitglieder hinsichtlich des Antrages von der ANTRAGSTELLERIN, Tschechische Republik, vertreten durch *** Rechtsanwälte, in der Sitzung am 31. März 2008 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Aufgrund des Antrages der ANTRAGSTELLERIN vom 25.11.2005, sowie ergänzender Vorbringen vom 5.12.2005 und eines weiteren Antrags vom 10.2.2006, stellt die Energie-Control Kommission gem § 20 Abs 2 EIWOG iVm 16 Abs 1 Z 4 E-RBG fest, dass die ANTRAGSTELLERIN in ihrem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung des Netzzugangs im Ausmaß der beantragten Kapazitäten für die Jahre 2004, 2005 und 2006 nicht verletzt worden ist.

II. Begründung

1. Verfahrensablauf

a. Anträge und Stellungnahmen der Verfahrensparteien

Mit Schreiben vom 25.11.2005 stellte die ANTRAGSTELLERIN gemäß § 20 Abs 2 EIWOG den Antrag,

1. „die Energie-Control Kommission möge feststellen, dass die ausgesprochene Verweigerung auf Netzzugang im Ausmaß der beantragten Kapazitäten für die Jahre 2004 und 2005 rechtswidrig waren und ANTRAGSTELLERIN daher in ihrem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung eines Netzzugangs verletzt wurde“,
2. in eventu, „die Energie-Control Kommission möge gem Art. 9 der VO 1228/2003 in Zusammenarbeit mit der tschechischen Regulierungsbehörde feststellen, dass ANTRAGSTELLERIN in ihrem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung eines Netzzugangs verletzt wurde“.

Die ANTRAGSTELLERIN brachte vor, sie sei Bilanzgruppenverantwortliche (BGV) der gleichnamigen Bilanzgruppe 11X***-** 1 mit Zustelladresse in Wien. Sie habe sowohl für das Jahr 2003 als auch für das Jahr 2004 (*Anm.:* gemeint wohl 2004 und 2005) an den Versteigerungen zur Vergabe von Leitungskapazitäten für das jeweils nächste Kalenderjahr zum Zwecke des Imports von Elektrizität nach Österreich an der Kuppelstelle zwischen der Regelzone der Antragsgegnerin und der Regelzone der *** a.s. teilgenommen.

Für das Jahr 2004 habe sie an das „Auction Office“ ein Angebot auf Ersteigerung von 50 MW base load und 60 MW peak load gelegt. Am 21.11.2003 sei die ANTRAGSTELLERIN vom Auction Office benachrichtigt worden, dass ihr anstelle der beantragten Kapazitäten lediglich Kapazitäten im Ausmaß von 10 MW base load und 20 MW peak load zugeteilt worden sei.

Auch für das Jahr 2005 sei der ANTRAGSTELLERIN durch das Auction Office nur ein Bruchteil der beantragten Kapazitäten zugesprochen worden: Mit Antrag vom 24.11.2004 habe die ANTRAGSTELLERIN 50 MW base load und 150 MW peak load beantragt. Aufgrund der knappen Kapazitäten habe die ANTRAGSTELLERIN wiederum den Zuschlag für nur 10 MW base load und für 20 MW peak load erhalten.

Gemäß der Veröffentlichung des Regelzonenführers als Antragsgegnerin, zum Zeitpunkt der Einbringung des Feststellungsantrages zuletzt geändert am 23.5.2005, betreffend Informationen über voraussichtliche Engpässe und daraus entstehende Restriktionen für die Marktteilnehmer an den Grenzen der Regelzone der Antragsgegnerin, seien auf der Übertragungsleitung zwischen der Tschechischen Republik und Österreich in Richtung Österreich 50 MW base load und 150 MW peak load zur Versteigerung gelangt. In die umgekehrte Richtung von Österreich in die Tschechische Republik könnten 600 MW base load ersteigert werden. Während in den Veröffentlichungen der ANTRAGSGEGNERIN kein Grund für den Kapazitätsengpass in Richtung Österreich angeführt werde, sei bekannt, dass

ein Großteil der Kapazitäten, vermutlich 450 MW, aufgrund von langfristigen Transportverträgen von Polen über das Gebiet der Tschechischen Republik nach Österreich gebunden sind.

Da die ANTRAGSTELLERIN BGV einer in Österreich zugelassenen Bilanzgruppe sei, sei die territoriale Anknüpfung an Österreich gegeben. Da der den Netzzugang verweigernde Netzbetreiber ANTRAGGEGNERIN seinen Sitz in Wien habe, gelange für die Beurteilung des gegenständlichen Falles das Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 2005 zur Anwendung.

Gem § 20 Abs 2 EIWOG sei die Energie-Control Kommission berufen, über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzugangs zu entscheiden. Diese Entscheidungskompetenz sei auch im gegenständlichen Fall, wo es um die Verweigerung des Netzzugangs für den Import von Elektrizität in das Netz der ANTRAGGEGNERIN gehe, gegeben. Gemäß Kapitel 3, Punkt 4 der geltenden Fassung der „Sonstigen Marktregeln“ sei das darin angeführte Verfahren zur Reservierung von Kapazitäten an den Kuppelstellen zur angrenzenden ausländischen Regelzone (für Import und/oder Export) anzuwenden, sofern zwischen dem jeweiligen österreichischen Regelzonenführer („RZF“) und dem RZF der angrenzenden ausländischen Regelzone keine anders lautende Vereinbarung abgeschlossen wurde, die diesem Verfahren entgegenstehe. Danach wäre die ANTRAGGEGNERIN als Regelzonenführer auch für Anträge auf Import von Elektrizität aus der tschechischen Regelzone zuständig. Gemeinsam mit dem tschechischen RZF *** a.s. sei vereinbart worden, die Leitungskapazitäten an der österreichisch-tschechischen Grenze im Rahmen eines gemeinsamen Versteigerungsverfahrens zuzuteilen. Diese Aufgabe sei an das Auction Office übertragen worden, welches nunmehr dafür verantwortlich sei, die „Available Transfer Capacity“ (ATC) auf der gegenständlichen Leitung (die vorab durch *** a.s. und der ANTRAGGEGNERIN bekannt gegeben worden sei) in einem Versteigerungsverfahren an den Bestbieter zu vergeben.

Da der „Großteil der für die österreichische Seite der Leitungen insgesamt zur Verfügung stehenden Kapazitäten“ („Net Transfer Capacities“ — NTC) unter anderem durch die ANTRAGGEGNERIN bereits vorab vergeben worden sei, wäre dieser Teil überhaupt nicht zur Versteigerung gelangt. Das Auction Office habe in Richtung Österreich daher nur mehr geringe Restkapazitäten von 50 MW base load und 150 MW peak load vergeben können und die ANTRAGSTELLERIN nur einen geringen Anteil der beantragten Kapazitäten im Netz der ANTRAGGEGNERIN erhalten.

Die Verweigerung des Netzzugangs betreffe ausschließlich das Netz der ANTRAGGEGNERIN, da die ANTRAGSTELLERIN für dieses Netz nur zu einem Bruchteil der beantragten Kapazitäten erhalten habe. Daher sei die Energie-Control Kommission für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzugangs durch die ANTRAGGEGNERIN gem § 32 Abs 1 WEIWG vorliegen, sachlich zuständig.

Die langfristige Vergabe von einem Großteil der Kapazitäten widerspreche sowohl den Bestimmungen der Art 81 und 82 EGV sowie — wie vom Europäischen Gerichtshof (EuGH)

in einem vergleichbaren Fall am 7.6.2003, Rs C-17/03, entschieden worden sei — den Bestimmungen der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie 2003/54/EG, insbesondere deren Art 9 lit e und Art 14 Abs 2. Die Ausnahmebestimmungen des Art 26 dieser Richtlinie seien im gegenständlichen Fall nicht erfüllt.

Weiters brachte die ANTRAGSTELLERIN vor, dass die Festlegung gerechter Regeln für den grenzüberschreitenden Stromhandel und somit die Verbesserung des Wettbewerbs für den Elektrizitätsbinnenmarkt unter Berücksichtigung der Besonderheiten nationaler und regionaler Märkte Gegenstand der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (StromhandelsVO) sei. Art 6 Abs 1 der StromhandelsVO normiere die Verpflichtung für Netzbetreiber, nicht diskriminierende, marktorientierte Lösungen für die Bewältigung von Netzengpässen anzubieten. Die bevorzugte Vergabe von einem Großteil der zur Verfügung stehenden Kapazitäten auf der hier gegenständlichen Übertragungsleitung von der Tschechischen Republik nach Österreich widerspreche dieser Verpflichtung und daher der Intention der StromhandelsVO.

Gemäß Art 9 der StromhandelsVO seien die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet, untereinander und mit der Europäischen Kommission zusammenzuarbeiten, soweit dies zur Verwirklichung der Ziele dieser Verordnung angebracht ist. Im Hinblick auf eine rasche Entscheidung in dieser Angelegenheit wäre es daher sachgerecht, wenn die Energie-Control Kommission - selbst dann, wenn sie sich entgegen der Rechtsauffassung der ANTRAGSTELLERIN für sachlich unzuständig erachte - im Hinblick auf die in Art 9 der StromhandelsVO normierte Zusammenarbeit gemeinsam mit ERB (*Anm.:* gemeint die tschechischen Regulierungsbehörde Energetický Regulační Úřad, im Folgenden ERU) eine Entscheidung in dieser Angelegenheit treffe.

Aufgrund dessen, dass die ANTRAGSTELLERIN für die Jahre 2004 und 2005 nur einen Bruchteil der von ihr beantragten Kapazitäten auf der Leitung der ANTRAGGEGNERIN erhalten haben, sei sie in ihrem gesetzlich vorgesehenen Recht auf Netzzugang verletzt worden.

In Ergänzung zu ihrem Feststellungsantrag vom 25.11.2005 teilte die ANTRAGSTELLERIN am 5.12.2005 der Behörde mit, dass sie derzeit einen an den tschechischen Regulator ERU gerichteten Antrag auf Feststellung, dass der Netzzugang verweigert werde, vorbereite. Dieser Antrag werde in den nächsten Tagen eingebracht. Es sei allerdings zweifelhaft, ob sich ERU zur Entscheidung in dieser Angelegenheit zuständig erachten werde. Im Hinblick darauf, dass die Verweigerung des Netzzugangs unmittelbare Auswirkungen auf Österreich habe, sei die ANTRAGSTELLERIN der Auffassung, dass die Energie-Control Kommission für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzugangs durch die ANTRAGGEGNERIN gem § 32 Abs 1 WEIWG vorliegen, sachlich zuständig sei. Der Feststellungsantrag werde daher aufrecht erhalten.

Die ANTRAGGEGNERIN gab mit Schriftsatz vom 10.1.2006 bekannt, dass sie die *** Rechtsanwälte mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und Vollmacht erteilt habe und bestritt das Vorbringen der ANTRAGSTELLERIN zur Gänze dem Grunde und der Höhe nach. Insbesondere wurde die Unzuständigkeit der erkennenden Behörde eingewendet und die Antragslegitimation der ANTRAGSTELLERIN in Frage gestellt. Die ANTRAGGEGNERIN beantragte:

1. Die Energie-Control Kommission möge das gegenständliche Verfahren bis zum Abschluss des Verfahrens K SON 03/05 vor der Energie-Control GmbH unterbrechen.
2. Die Energie-Control Kommission möge der ANTRAGSTELLERIN auftragen, sämtliche Unterlagen bezüglich des von ihr eingeleiteten Netzzugangsverweigerungsverfahrens vor der tschechischen Regulierungsbehörde in beglaubigter Übersetzung vorlegen.
3. Die Energie-Control Kommission möge ein Ermittlungsverfahren bezüglich der „Ausweichmöglichkeiten“ und einer allfälligen Stromhändlerstätigkeit der ANTRAGSTELLERIN im verfahrensgegenständlichen Zeitraum abführen, eine mündliche Verhandlung durchführen und die beantragten Beweise aufnehmen.
4. Die Energie-Control Kommission möge die Anträge vom 25.11.2005 und vom 5.12.2005 zur Gänze zurück-, in eventu abweisen.

In der Folge wurden zwischen den Parteien mehrere Stellungnahmen ausgetauscht, die zum Teil eine Wiederholung des bisherigen Vorbringens enthielten. Die ANTRAGSTELLERIN weitete das Feststellungsbegehren auf das Jahr 2006 aus. Die ANTRAGGEGNERIN stellte umfangreiche Beweisangebote und beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Die Antragsgegnerin beantragte weiters, das gegenständliche Verfahren „in jedem Fall bis zum Abschluss des von der tschechischen Regulierungsbehörde geführten Verwaltungsverfahrens – auch im Licht der einschlägigen Bestimmungen der EU-Stromhandels-VO“ zu unterbrechen.

Die Energie-Control Kommission beschloss, für den 19.4.2006 eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und lud in der Folge die Parteien ANTRAGSTELLERIN und ANTRAGGEGNERIN im Wege ihrer anwaltlichen Vertreter, die von der ANTRAGGEGNERIN namhaft gemachten Zeugen ***, p.A. ANTRAGGEGNERIN und ***, p.A. *** AG (***) sowie die von der ANTRAGSTELLERIN benannten Zeugen ***, Leiter des Front Office der ANTRAGSTELLERIN und DI ***, p.A. *** GmbH, zur mündlichen Verhandlung.

Schließlich wurden die Beteiligten *** S.A. und *** S.A. (***) im Wege ihres anwaltlichen Vertreters zur Verhandlung geladen. Weiters wurde *** als Beteiligte geladen.

b. Bescheid der Energie-Control Kommission vom 28.6.2006

Aufgrund der mündlichen Verhandlung am 19.4.2006 erließ die Energie-Control Kommission einen Bescheid am 28.6.2006 mit folgendem Spruch (vgl dazu K NZV 01/05 ON 73):

„Über Antrag der ANTRAGSTELLERIN vom 25.11.2005, erweitert durch Antrag vom 10.2.2006, stellt die Energie-Control Kommission gemäß § 20 Abs. 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (EIWOG), BGBl. I Nr. 143/1998 i.d.F. BGBl. I Nr. 106/2006, 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 (Energierегulierungsbehördengesetz – E-RBG), BGBl. I Nr. 121/2000 i.d.F. BGBl. I Nr. 106/2006, fest, dass die Voraussetzungen für die Verweigerung des Netzzugangs gegenüber der antragstellenden Gesellschaft durch die Antragsgegnerin für die Jahre 2004, 2005 und 2006 nicht vorgelegen haben.“

Gegen diesen Bescheid der Energie-Control Kommission vom 28. 6. 2006 wurde von der ANTRAGSGEGNERIN sowohl beim Verwaltungs- als auch beim Verfassungsgerichtshof am 14. 8. 2006 Beschwerde eingebracht:

c. Beschluss des VfGH vom 26.2.2007

Der Verfassungsgerichtshof hat die Behandlung der Beschwerde mit Beschluss am 26.2.2007 abgelehnt (vgl dazu B1484/06-24).

d. Erkenntnis des VwGH vom 20.11.2007

Der Verwaltungsgerichtshof hat den in Rede stehenden, angefochtenen Bescheid der Energie-Control Kommission wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes mit Erkenntnis vom 20. 11. 2007 aufgehoben (vgl dazu ZI. 2006/05/0216-22).

2. Sachverhalt

a. Allgemeines

Die ANTRAGSGEGNERIN mit Sitz in Wien ist Regelzonenführer und Übertragungsnetzbetreiber in der Regelzone Ost. Die *** AG (***) ist die Stromhandels- und Vertriebsgesellschaft des Verbundkonzerns. Beide Unternehmen sind Tochtergesellschaften der ***-Aktiengesellschaft (***) (amtsbekannt).

Die ANTRAGSTELLERIN mit Sitz in ***, Tschechische Republik, ist in Österreich auf Grund eines Zulassungsbescheids der Energie-Control GmbH vom 14. 6. 2004 als

Bilanzgruppenverantwortlicher (BGV) tätig. Die ANTRAGSTELLERIN hat einen Zustellungsbevollmächtigten in Wien (amtsbekannt).

Die *** GmbH mit Sitz in Wien ist eine Tochtergesellschaft der *** a.s. mit Sitz in ***, welche zur ***-Gruppe gehört.

b. Übertragungsleitung Tschechien - Österreich

Zwischen der Tschechischen Republik und Österreich besteht ein Übertragungsleitungssystem für den Transport elektrischer Energie, das auf österreichischer Seite von der ANTRAGGEGNERIN, auf tschechischer Seite von der *** a.s. mit Sitz in *** betrieben wird. Das Leitungssystem besteht aus einer einsystemigen 380 kV-Leitung und einer zweystemigen 220 kV-Leitung. In den peak-Zeiten (Produkte für den Zeitraum 8 – 20 Uhr) beträgt die gesamt verfügbare Kapazität (Available Transfer Capacity – ATC) Richtung Österreich 600 MW. In den base-Zeiten (Grundlast, Produkte für den Zeitraum 0 – 24 Uhr) beträgt die gesamt verfügbare Kapazität 450 MW. Unter Berücksichtigung des Ausfalls der 380 kV-Leitung beträgt die technische Übertragungsleistung der verbleibenden 220 kV-Doppelleitung 490 MW. Die Verbindungsleitung von Tschechien nach Österreich weist einen technischen Engpass auf, der zum Teil auf den im Übertragungsnetz der ANTRAGGEGNERIN in der Regelzone Ost bestehenden Engpass zurückzuführen ist.

Die Kapazitäten des Übertragungsleitungssystems an der Kuppelstelle Tschechien-Österreich werden von den Übertragungsnetzbetreibern *** a.s. und der ANTRAGGEGNERIN gemeinsam versteigert, wobei sich die Unternehmen auf Grund einer Vereinbarung des so genannten „Auction Office“, mit Sitz nunmehr in Wien, bedienen. Das Auction Office hat für die verfahrensgegenständlichen Zeiträume 2004, 2005 und 2006 jeweils im November des Vorjahres Auktionen durchgeführt. Bei diesen Auktionen wurde jedoch nicht die gesamte ATC von 600 MW, sondern lediglich 50 MW base load und 150 MW peak load zur Versteigerung angeboten.

c. Stromlieferungen von Polen nach Österreich

Die weiteren 400 MW ATC wurden zur Erfüllung eines langfristigen Stromlieferungsvertrages über die Lieferung von elektrischer Energie von Polen nach Österreich unter Inanspruchnahme des tschechischen Übertragungssystems („Stromlieferaltvertrag“) vorgehalten. Dieser Stromlieferaltvertrag wurde ursprünglich am 23. 5. 1975 zwischen dem polnischen Unternehmen *** und der ***-AG geschlossen und steht derzeit in Fassung vom 19. 4. 1993, inklusive der späteren Annexe. Rechtsnachfolger der *** als Vertragspartner auf Lieferantenseite sind die polnischen Unternehmen *** S.A. und *** S.A.

Zur Durchführung des Stromlieferaltvertrages wurde zwischen *** S.A. bzw. *** S.A. und *** a.s. ein Vertrag über die Durchleitung von elektrischer Energie von Polen nach Österreich durch das tschechische Übertragungssystem, ursprünglich abgeschlossen am 18. 4. 1977, derzeit in Fassung vom 24. 3. 1993, inklusive der späteren Annexe (Übertragungsvertrag) abgeschlossen. Sowohl der Stromlieferungsvertrag als auch der Übertragungsvertrag

wurden von *** in eigenem Namen mit Schreiben vom 30. 4. 2004 bei der Europäischen Kommission gem der Transitrichtlinie 90/547/EWG (TRL) gemeldet. Eine inhaltliche Beurteilung durch die Kommission erfolgte nicht.

Auf österreichischer Seite liegt kein entsprechender Reservierungs- oder Übertragungsvertrag vor. Die ANTRAGGEGNERIN hat zuletzt am 15. 4. 2004 in einem mit „Reservation of capacity“ betitelten Schreiben an *** a.s. 400 MW an der Kuppelstelle Tschechien-Österreich zur Erfüllung des Stromlieferaltvertrages bis zum Ablauf des Vertrages (31. 8. 2010) reserviert. Der Reservierung ging ein Schreiben der *** a.s. an die ANTRAGGEGNERIN vom 14. 7. 2003 voraus, in dem die ANTRAGGEGNERIN um Abgabe einer entsprechenden Erklärung betreffend die Reservierung der 400 MW ersucht wurde.

Die technische Abwicklung der Stromlieferungen aus Polen erfolgt in Österreich durch Fahrplananmeldungen der *** im Auftrag der ***-AG bei der ANTRAGGEGNERIN.

Eine zwischen der österreichischen Bundesregierung und der Regierung der (damaligen) Volksrepublik Polen am 2. 10. 1974 geschlossene Vereinbarung über „Energielieferungen aus Polen nach Österreich, sowie des Exportes von österreichischen Investitionsgütern und Anlagen auf Kreditbasis nach Polen und damit zusammenhängende Fragen“ („Regierungsübereinkommen 1974 – RÜ 1974“) nahm Bezug auf den Stromlieferaltvertrag. Art 1 lit b des RÜ 1974 sah vor, dass die *„zuständigen österreichischen Behörden [...] gegebenenfalls notwendige Einfuhrgenehmigungen für diese Energiemengen erteilen und im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften um deren Abnahme bemüht sein“* werden.

Das RÜ 1974 ist gemäß Art 17 des Abkommens zwischen der österreichischen Bundesregierung und der Regierung der Republik Polen über wirtschaftliche, technische und technologische Zusammenarbeit, BGBl. Nr. 475/1996 („Abkommen BGBl Nr. 475/1996“) mit 1. 8. 1996 außer Kraft getreten. Art 4 des Abkommens BGBl. Nr. 475/1996 sieht vor, dass die Vertragsparteien der *„Zusammenarbeit bei der Entwicklung ökologisch vertretbarer Infrastruktursysteme“* u.a. im Bereich Energie *„höchstes Interesse widmen“* werden. Art 3 des Abkommens sieht vor, dass die Vertragsparteien *„unter Bedachtnahme auf die langjährigen Außenwirtschaftsbeziehungen und den Stand der wirtschaftlichen, technischen und technologischen Zusammenarbeit“* übereinstimmen, dass *„günstige Möglichkeiten für eine langfristige Zusammenarbeit“* u.a. im Bereich der *„Energiewirtschaft, darunter energiesparende Technologien, Ausbau und Revitalisierung der Kraftwerke sowie des Hochspannungsleitungsnetzes“* gegeben seien. Konkretisierende bzw. weiterführende Regelungen betreffend die Vergabe von Übertragungskapazitäten enthält das Abkommen nicht.

d. Jahresauktionen 2004, 2005 und 2006

ANTRAGSTELLERIN hat sich in den Jahren 2003, 2004 und 2005 an den jeweils für das Folgejahr durchgeführten Jahres-Auktionen von Übertragungskapazität der Kuppelstelle Tschechien-Österreich beteiligt. Unterlagen wurden auch zum Jahr 2003 vorgelegt, jedoch kein entsprechendes Vorbringen erstattet und insbesondere kein entsprechendes Feststellungsbegehren erhoben.

In den Jahren 2004 und 2005 ersteigerte die ANTRAGSTELLERIN jeweils 10 MW base load und 20 MW peak load, im Jahr 2006 40 MW peak load, jeweils für Transporte Richtung Österreich. ANTRAGSTELLERIN gab für die Jahre 2004, 2005 und 2006 jeweils Gebote für die gesamte zur Versteigerung gelangende Kapazität Richtung Österreich ab. Ein darüber hinaus gehendes Begehren gibt es seitens ANTRAGSTELLERIN nicht.

Die Auktionen wurden unter Anwendung so genannter „Auction Rules“ durchgeführt, denen sich alle Bieter zu unterwerfen hatten. Die – mit den Bedingungen für die Jahres-Auktionen 2004 und 2005 im Wesentlichen übereinstimmenden – Auction Rules für die Jahres-Auktion 2006 sehen vor, dass Gegenstand der Auktion Reservierungen von Kapazität (ATC) sind. Die zur Versteigerung gelangende ATC wird von *** a.s. und der ANTRAGGEGNERIN gemeinsam festgelegt und vor Beginn der Auktion im Internet veröffentlicht. Die Versteigerungsbedingungen enthalten keinen ausdrücklichen Hinweis, dass Gebote nur bis zur Höhe der veröffentlichten ATC zulässig sind.

Teilnehmer an einer Auktion müssen – auf die Regelzone der ANTRAGGEGNERIN bezogen – entweder BGV oder Mitglied einer Bilanzgruppe sein. Ersteigerte Jahres- bzw. Monats-Reservierungen von Kapazität können an Dritte, die zur Teilnahme an der Auktion berechtigt sind, übertragen werden. Gebote für Kapazitätsreservierungen müssen den Umfang der beantragten Kapazität, dargestellt in 10 MW-Blöcken, sowie den Wert des Gebots pro Block, enthalten. Für jede Auktion können mehrere Gebote abgegeben werden.

Gebote werden nach der Höhe des pro MW gebotenen Preises gereiht; gleich hohe Gebote werden nach der zeitlichen Reihenfolge des Einlangens gereiht. Übersteigt das Ausmaß der nachgefragten Kapazitäten die angebotene ATC, so bestimmt sich der Preis für die Reservierung von Kapazitäten nach dem niedrigsten gültigen Gebot.

Unter dem Titel „Use of reserved capacity“ wird in den Auction Rules ausgeführt, dass Netzzugang zum Zweck des Gebrauchs reservierter Kapazität nicht vom Anwendungsbereich der Auction Rules erfasst ist, soweit diese nicht anderes festlegen:

“General grid access for the use of reserved (purchased) capacity is not covered by the scope of the Auction Rules unless otherwise stipulated in the following provisions.”

ANTRAGGEGNERIN wird den Auction Rules zu Folge die Übertragungsdienstleistungen entsprechend dem Auktionsergebnis in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Erfordernissen für Netzzugang in der Regelzone, allfälligen Importverboten und den anwendbaren Marktregeln ausführen. Der Gebrauch reservierter Kapazität erfolgt über Fahrplananmeldungen bei ANTRAGGEGNERIN:

*“ANTRAGGEGNERIN and *** will carry out the transmission services according to the respective auction results in compliance with the legal requirements of grid access in each control area, possible electricity import bans and applicable market rules of ANTRAGGEGNERIN and ***.”*

Die Auction Rules halten auch fest, dass die Bedingungen für den Netzzugang für den Gebrauch der reservierten Kapazitäten in beiden Regelzonen auch durch zwei Teilnehmer an der Auktion bzw. Inhaber von reservierter Kapazität erfüllt werden können:

*“The conditions for the general grid access for the use of reserved (purchased) capacity in both control areas of ANTRAGGEGNERIN and *** can be fulfilled also by two Auction Participants and/or holders of reserved capacity, each of both is correctly registered/identified only at one side of the Interconnection in compliance with the legal*

*requirements of grid access in each control area, possible electricity import bans and applicable market rules of ANTRAGGEGNERIN and ***, if they establish an exclusive partnership for the exchange of schedules (trading) for a minimum of one calendar month. ...”*

e. Tätigkeit der ANTRAGSTELLERIN in Österreich

ANTRAGSTELLERIN hat in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen 2004 bis 2006 aus tschechischer Erzeugung stammende elektrische Energie durchgehend über das Übertragungsnetz der ANTRAGGEGNERIN nach Deutschland transitiert. In zwei Fällen gab es Direktlieferungen an *** GmbH in der Regelzone der ANTRAGGEGNERIN; diese erfolgten im Jahr 2003 bzw. im Dezember 2005. ANTRAGSTELLERIN hat die erforderlichen Kapazitäten für die Belieferung der *** GmbH in Auktionen für letztere erworben.

f. Tätigkeit der * in Österreich**

*** verkauft seit 1. 1. 2004 Strom in Österreich an österreichische Abnehmer. Über 80 % der Mengen wurden durch die ANTRAGSTELLERIN über die Grenze Tschechien-Österreich oder über Deutschland geliefert, der Rest durch die Muttergesellschaft *** a.s. über die Grenze Tschechien-Österreich.

Der den Lieferungen zu Grunde liegende Primärenergieträger wird in den Lieferverträgen nicht spezifiziert. *** wurde gegründet, um überschüssigen Strom aus tschechischer Produktion, hauptsächlich aus dem Energieträger Kohle, zu fördern.

Die verkauften Strommengen betragen zwischen 1 und 2,5 Terawattstunden (TWh) pro Jahr, wovon der Großteil in Österreich verkauft wurde. Der Anteil der in Österreich verkauften Energie betrug 2004 und 2005 über 95 %. Für 2006 liegen noch keine Zahlen vor, der Anteil in Österreich wird aber geringer sein.

Kunden der *** waren ursprünglich die ***, dann die *** (das Handelsunternehmen der ***) und andere in Österreich zugelassene Marktteilnehmer.

g. Antrag der ANTRAGSTELLERIN gem § 20 Abs 2 EIWOG

Die ANTRAGSTELLERIN hat am 25. 11. 2005 einen Feststellungsantrag gemäß § 20 Abs 2 EIWOG bei der erkennenden Behörde eingebracht und diesen Antrag am 10. 2. 2006 ergänzt. Das Feststellungsbegehren bezieht sich nunmehr auf den Umstand, dass die ANTRAGGEGNERIN bei den Jahres-Auktionen 2004, 2005 und 2006 nur einen Bruchteil der insgesamt zur Verfügung stehenden Kapazitäten ihrer Leitungen zur Versteigerung gebracht hat, worin die ANTRAGSTELLERIN eine Verweigerung des Netzzugangs hinsichtlich der übrigen, nicht der Versteigerung zugeführten Kapazitäten erblickt.

3. Beweiswürdigung

Beweis wurde erhoben durch das im Tatsächlichen gelegene schriftliche Vorbringen der Parteien ANTRAGSTELLERIN und ANTRAGGEGNERIN, sowie die von den Parteien vorgelegten Urkunden. Die Beteiligten ***, ***, *** und die ***-AG haben an der Feststellung des Sachverhalts im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 19. 4. 2006 mitgewirkt.

Die Feststellungen betreffend die technischen Daten des Übertragungsleitungssystems an der Kuppelstelle Tschechien-Österreich beruhen auf dem übereinstimmenden schriftlichen Vorbringen der Antragsgegnerin sowie der Aussage des Zeugen Ing. ***.

Die Feststellungen betreffend die Existenz, Laufzeit und Anmeldung des Stromlieferaltvertrages und des Transportvertrages beruhen auf dem unbestrittenen Vorbringen der Antragsgegnerin sowie der Beteiligten *** und ***.

Die Feststellungen betreffend die Durchführung der Jahresauktionen 2004, 2005 und 2006 beruhen auf dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, insbesondere den von der Antragsgegnerin vorgelegten Auction Rules. Die Feststellungen betreffend die Teilnahme der ANTRAGSTELLERIN an den Jahresauktionen, deren Bieterverhalten und die Zuteilung von Kapazität beruhen auf deren Vorbringen, zu dem insoweit kein Gegenvorbringen der Antragsgegnerin vorliegt.

Die Feststellungen betreffend die Vorhaltung von 400 MW Übertragungskapazität für den Stromlieferaltvertrag beruhen auf dem von ERU vorgelegten Schreiben der ANTRAGGEGNERIN vom 15. 4. 2004, das der Antragsgegnerin vorgehalten und für echt befunden wurde, sowie auf der von der Antragsgegnerin vorgelegten Urkunde Beilage ./20.

Die Feststellungen betreffend die Durchlieferung von elektrischer Energie seitens ANTRAGSTELLERIN durch Österreich nach Deutschland (Transit) beruhen auf der Aussage des Zeugen ***. Die Behauptung des Zeugen ***, dass gleichzeitig eine Belieferung der *** in ungefähr gleichem Ausmaß der Lieferungen erfolge, steht mit seiner eigenen Aussage in Widerspruch und konnte durch die ANTRAGSTELLERIN nicht aufgeklärt werden. Wie die rechtliche Beurteilung ergibt, ist dieser Widerspruch für die Entscheidung jedoch nicht von Relevanz.

Die Feststellungen betreffend die Tätigkeit der *** in Österreich beruht auf der Aussage des Zeugen DI ***, zu der insoweit kein Gegenvorbringen der Antragsgegnerin vorliegt.

4. Rechtliche Beurteilung

Gem § 63 Abs 1 VwGG ist die Energie-Control Kommission verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der

Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofs entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Betreffend Zuständigkeit der Energie-Control Kommission und der Antragslegitimation sowie der Netzzugangsberechtigung der ANTRAGSTELLERIN sei auf das den Bescheid K NZV 01/05 ON 73 aufhebende Erkenntnis des VwGH Zl. 2006/05/0216 hingewiesen.

Bezüglich der Beurteilung der Netzzugangsverweigerungsgründe haben die Ausführungsgesetze die Anwendung jener Rechtsvorschriften vorzusehen, die am Sitz des Netzbetreibers, der den Netzzugang verweigert hat, gelten. ANTRAGGEGNERIN hat seinen Sitz in Wien, weshalb für die Beurteilung der Netzzugangsverweigerungsgründe das Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 2001 – WEIWG 2001 bzw das Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 2005 – WEIWG 2005 zur Anwendung gelangen. Das Ausführungsgesetz wiederholt im Wesentlichen die Grundsatzbestimmungen des EIWOG; die Bestimmungen des WEIWG 2001 bzw WEIWG 2005 sind grundsätzlich gleichlautend.

Nach § 20 Abs 2 EIWOG wird festgestellt, ob der Netzbetreiber denjenigen, der durch die Verweigerung des Netzzuganges eine Rechtsverletzung behauptet, zu Recht auf die genannten Gründe gem § 20 Abs 1 EIWOG iVm § 32 Abs 1 WEIWG 2005 bzw § 31 Abs 1 WEIWG 2001 verweisen kann. Bevor allerdings diese Verweigerungsgründe gem § 20 Abs 1 EIWOG iVm § 32 Abs 1 WEIWG 2005 bzw § 31 Abs 1 WEIWG 2001 zu prüfen sind, muss zu allererst geklärt werden, ob gegen den Zugangsberechtigten überhaupt der Netzzugang verweigert wurde.

Eine Verweigerung besteht jedenfalls nicht darin, dass der ANTRAGSTELLERIN im Zuge der Jahres-Auktionen 2004, 2005 und 2006 weniger Kapazitäten (nämlich bei einem Gebot statt 50 MW bloß 10 MW) zugeteilt wurden, als diese durch Abgabe von Geboten beantragt hatte. Die ANTRAGSTELLERIN hatte es insoweit durch Abgabe entsprechend hoher Gebote selbst in der Hand, das Ausmaß der zugeteilten Kapazitäten zu beeinflussen, da die Gebote primär der Höhe nach gereiht wurden. Diese „Verweigerung“ war sachlich durch die Höhe des Gebotes begründet und frei von jeglicher Diskriminierung.

Der Netzzugang wird aber auch dann nicht verweigert, wenn bei einem Gebot seitens der ANTRAGSTELLERIN nur 50 MW nachgefragt werden, weitere 400 MW bei der Auktion aber gar nicht angeboten und somit nicht versteigert werden. Netzzugang kann nur verweigert werden, wenn es davor ein konkretes Verlangen danach gegeben hat. Im vorliegenden Fall wurden 50 MW seitens der ANTRAGSTELLERIN nachgefragt, wovon 10 MW zugeteilt wurden (siehe oben). Es gab aber weder gegenüber der Antragsgegnerin, noch während der Versteigerung eine diesbezügliche Nachfrage nach mehr Kapazität (nämlich den weiteren 400 MW) als die in der Versteigerung angebotenen Kapazitäten (50 MW).

Dieser Sachverhalt unterscheidet sich daher erheblich von jenen Fällen, in denen mehr Kapazität nachgefragt und anschließend vom Netzbetreiber abgelehnt wird (vgl VwGH, 7. 9. 2004. ZI 2003/05/0094; VwGH 28. 4. 2006, ZI 2004/05/0322).

Alleine eine Teilnahme an einer Auktion, bei der weitere Kapazität (hier: 400 MW) gar nicht angeboten wurde, erfüllt nicht den Tatbestand der Verweigerung auf Netzzugang iSd § 20 Abs 2 EIWOG. Würde man dies nämlich unter § 20 Abs 2 EIWOG und somit als Netzzugangsverweigerung subsumieren, würde auch die Nichtteilnahme an einer derartigen Auktion eine Netzzugangsverweigerung bedeuten. Es wäre dann von vornherein jeder Netzzugangsberechtigte zur Antragstellung nach § 20 Abs 2 EIWOG legitimiert, sobald ein Netzbetreiber eine bestimmte Kapazität einer Auktion und somit dem allgemeinen Verkehr entzieht.

Nur eine vorherige Nachfrage nach einer bestimmten Kapazität und die darauffolgende anschließende Ablehnung durch den Netzbetreiber kann den Tatbestand der Verweigerung auf Netzzugang begründen. Im vorliegenden Fall liegt allerdings keine Verweigerung des Netzzuganges iSd § 20 Abs 2 EIWOG vor, weshalb auch nicht die Verweigerungsgründe des § 20 Abs 1 EIWOG iVm § 32 Abs 1 WEIWG 2005 bzw § 31 Abs 1 WEIWG 2001 zu prüfen waren.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit € 180,-- zu vergebühren.

Energie-Control Kommission
Wien, am 31.3.2008

Der Vorsitzende
Dr. Wolfgang Schramm

Ergeht an:

1. ANTRAGSTELLERIN
vertreten durch:
*** Rechtsanwälte
per RSb;
2. ANTRAGSGEGNERIN
vertreten durch:
*** Rechtsanwälte
per RSb.