



## **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 01/04 betreffend den Antrag der R. GmbH vom 18.5.2004 auf Feststellung, „dass die von der V. AG geltend gemachten Gründe für die Verweigerung des Netzzuganges nicht vorliegen und wir aufgrund der ausgesprochenen Verweigerung in unserem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung eines Netzzuganges verletzt worden sind“, gemäß § 31 Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 2001 (WEIWG 2001), LGBl. Nr. 72/2001, in der Sitzung am 10.11.2004 einstimmig beschlossen:

### **I. Spruch**

Über Antrag der R. GmbH vom 18.5.2004 stellt die Energie-Control Kommission gemäß § 20 Abs. 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (EIWOG), BGBl. I Nr. 143/1998 i.d.F. BGBl. I Nr. 63/2004, 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. 148/2002, fest, dass die Voraussetzungen für die Verweigerung des Netzzugangs gegenüber der antragstellenden Gesellschaft durch die V. AG nicht vorliegen.

### **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 (Energieregulierungsbehördengesetz – 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. 63/2004, 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.

Im vorliegenden Fall hat die R. GmbH eine Niederlassung in Wien, was für eine territoriale Anknüpfung iSd § 20 Abs. 3 EIWOG ausreicht. Für die Beurteilung der Netzzugangsberechtigung finden daher die Vorschriften des Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetzes 2001 – WEIWG, LGBl. Nr. 72/2001, Anwendung

Da der den Netzzugang verweigernde Netzbetreiber V. AG seinen Sitz in Wien hat, gelangt für die Beurteilung der Netzzugangsverweigerungsgründe das Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 2001 – WEIWG 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 § 30 WELWG 2001 fest:

**„Netzzugang bei nicht ausreichenden Kapazitäten**

**§ 30.** *Reichen die vorhandenen Leitungskapazitäten für Regelzonen überschreitende Lieferungen nicht aus, um allen Anträgen auf Nutzung eines Systems zu entsprechen, 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 oder Regelungen der Gemeinschaft dem nicht entgegenstehen:*

1. *Transporte auf Grund bestehender und an deren Stelle tretender vertraglicher Verpflichtungen,*
2. *Transporte zur Belieferung von Kunden aus Wasserkraftwerken,*
3. *Transporten im Sinne der Elektrizitätsrichtlinie,*
4. *Transporte der übrigen Berechtigten durch Aufteilung im Verhältnis der angemeldeten Leistungen.“*

In Ausführung des § 20 Abs. 1 EIWOG bestimmen schließlich § 31 Abs. 1 und 2 WELWG 2001:

**„Verweigerung des Netzzugangs**

**§ 31.** *(1) Ein Netzbetreiber kann den Netzzugang aus nachstehenden Gründen ganz oder teilweise verweigern:*

1. *bei außergewöhnlichen Netzzuständen (Störfälle),*
  2. *bei mangelnden Netzkapazitäten,*
  3. *wenn der Netzzugangsberechtigte aus einem System beliefert werden soll, in dem er nicht als solcher genannt ist, oder*
  - d) *wenn ansonsten elektrische Energie aus fernwärmeorientierten, umwelt- und ressourcenschonenden sowie technisch-wirtschaftlich sinnvollen Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen 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 die Verweigerung dem Netzzugangsberechtigten unter Berücksichtigung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen schriftlich zu begründen.“*

Die Netzzugangsberechtigung der Antragstellerin steht außer Zweifel: Das rechtliche Vorbringen der V. AG in ihrer Stellungnahme vom 17.9.2004 bezieht sich auf die Prioritätenreihung gemäß § 19 EIWOG und nicht auf das Recht auf Netzzugang an sich. Die Antragstellerin hätte auch nach der Priorität des § 19 Z 4 EIWOG das Recht auf Netzzugang, allerdings würde ihr Antrag diesfalls vorgereichten Reservierungen gemäß § 19 Z 1 und 2 EIWOG nachgehen. Die Antragstellerin hat in ihrer Stellungnahme vom 7.9.2004 jedoch nicht, wie von der Antragsgegnerin vorgebracht, behauptet, dass sie Elektrizität in Österreich erworben habe, sondern im Zuge ihres Vorbringens betreffend die Abgrenzung des

räumlichen Marktes allgemein ausgeführt, dass ein Transport von in Österreich erworbener Elektrizität über Kroatien faktisch unmöglich bzw. wirtschaftlich nicht sinnvoll sei.

Zu prüfen ist daher, ob die Voraussetzungen gemäß § 31 Abs. 1 Z 2 WEIWG für die (teilweise) Verweigerung des von der R. GmbH beantragten Netzzuganges vorliegen:

Gem. § 19 EIWOG bzw. der im Wesentlichen gleichlautenden Ausführungsbestimmung des § 30 WELWG 2001 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) oder „Regelungen der Gemeinschaft dem nicht entgegenstehen“. Die zuletzt angeführte Formulierung hat lediglich deklarative Bedeutung, da sich der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts unmittelbar aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ergibt (vgl etwa *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht [1998] 82ff mwN), die wiederum Bestandteil des von Österreich anlässlich des EU-Beitritts übernommenen Gemeinschaftsrechtsbestandes („*acquis communautaire*“) ist (vgl. etwa *Griller*, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt, JRP 2000, 273, FN 36 mwN).

Gemäß § 30 Z 1 WELWG 2001 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 (durch die Richtlinie 2003/54/EG mittlerweile aufgehobenen) 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 WELWG 2001 ergibt, sind Transporte gem. Z 2 solchen nach Z 1 nachgeordnet, Transporte nach Z 3 solchen nach Z 2 usw. Ob Z 3 überhaupt noch einen Anwendungsbereich hat, kann im gegenständlichen Fall außer Betracht bleiben, da lediglich die Z 1 und 2 von Relevanz sind. Der Antragstellerin wurde von der V. AG die Priorität gemäß Z 2 zugeordnet, da es sich um eine Lieferung aus Wasserkraft handelte.

§ 19 EIWOG – und die dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen – sind mangels gegenteiliger gesetzlicher Anhaltspunkte grundsätzlich so zu interpretieren, dass Anträge in der Reihenfolge ihres Einlangens zu behandeln sind („*first come – first serve*“-Prinzip). Eine gewisse Lockerung des „*first come – first serve*“-Prinzips erfolgte durch die „Sonstigen Marktregeln 3.0“, die gemäß § 9 Abs. 1 Z 1 E-RBG von der Energie-Control GmbH gemeinsam mit den Marktteilnehmern ausgearbeitet und veröffentlicht wurden:

Die mit 1.7.2003 in Kraft getretenen Sonstigen Marktregeln 3.0, sehen in Kapitel 3 Pkt. 4.3. 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 sehen in Kapitel 3 Pkt. 4.1. weiters vor, dass eine Bilanzgruppe an einer Kuppelstelle zu einer anderen ausländischen Regelzone die Reservierung einer Kapazität von maximal 50% der zur Verfügung stehenden NTC, 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 V. AG in der Zeit zwischen dem 19.2.1999 und dem 31.12.2002 genehmigt wurden, bleiben grundsätzlich aufrecht.

Für diese Verträge gilt freilich die Einschränkung, dass diese Ansprüche nur aufrecht bleiben, als die Reservierungen nicht gegen das vorrangig zur Anwendung kommende Gemeinschaftsrecht verstoßen. Dieser Grundsatz kommt nicht nur im hier anzuwendenden § 30 WEIWG, sondern zB auch in der – allerdings erst mit 1.7.2004 in Kraft getretenen und hier nicht anzuwendenden – EG-Verordnung 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel zum Ausdruck, wonach „im Rahmen von Verträgen, die gegen die Artikel 81 und 82 des Vertrages verstoßen, [...] keine vorrangigen Zugangsrechte zu Verbindungskapazitäten eingeräumt“ werden.

Für die Feststellung, ob die Voraussetzungen für die (teilweise) Verweigerung des Netzzuganges vorliegen, ist daher als Vorfrage iSd § 38 AVG zu prüfen, ob eine gültige vorrangige Reservierung iSd § 19 Z 1 EIWOG vorliegt (vgl. auch VwGH 7.9.2004, Zl. 2003/05/0094-15). Als einschlägige heranzuziehende Rechtsnorm kommt Art. 81 EGV in Betracht.

Zur Anwendbarkeit der Art. 81 EGV durch die erkennende Behörde

Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 EGV durch nationale „Gerichte“ ist auf Grund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes seit langem anerkannt (vgl. zB EuGH Rs. 127/73, BRT/SABAM, Slg. 1974, 62). „Gerichte“ im oben erwähnten Sinn sind Behörden innerhalb eines EU-Mitgliedstaates, die Art. 81 und 82 EGV anwenden können und nach Art. 234 EGV zur Stellung von Vorabentscheidungsanträgen befugt sind (vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABI C 101/04, 54).

Zu den Kriterien für die Beantwortung der Frage, welche Einrichtungen als Gericht iSd Art. 234 EGV anzusehen sind, stellt der EuGH in ständiger Rechtsprechung (vgl. EuGH 30.5.2002, *Schmid*, Rs. C-516/99, Slg. 2002, I-4573; Rs. C-54/96, *Dorsch Consult*, Slg. 1997, I-4961) auf die Kriterien gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, Streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie Unabhängigkeit der Einrichtung ab.

Die Energie-Control Kommission wurde auf Grund des Energie-Regulierungsbehördengesetzes (E-RBG), BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. I Nr. 148/2002, als zur Regulierung des Elektrizitäts- und Erdgasmarktes zuständige Behörde auf Dauer eingerichtet. Ihre Zuständigkeiten sind „obligatorisch“ im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, dh die Parteien müssen sich einerseits zur Beilegung ihrer Streitigkeiten an die Energie-Control Kommission wenden (vgl. § 20 Abs. 2 bzw. § 21 Abs. 2 und 3 EIWOG); andererseits sind die Entscheidungen der Energie-Control Kommission zwingend zu beachten. Die Energie-Control Kommission hat in ihren Verfahren Rechtsnormen formeller und materieller Art anzuwenden und ist auf Grund der Verfassungsbestimmung des Art. 20 B-VG iVm § 19 E-RBG als weisungsunabhängige Behörde eingerichtet. Die Energie-Control Kommission erfüllt somit den Begriff des „Gerichts“ iSd Art. 234 EGV (vgl. auch das Urteil EuGH 18.3.2004 (Rs. C-314/01, *Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner gegen Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, in dem das Bundesvergabeamt als „Gericht“ im Sinne des Art. 234 EGV anerkannt wurde).

Eines der gesetzlichen Ziele des EIWOG ist gem § 3 Z 2 die Schaffung einer Marktorganisation für die Elektrizitätswirtschaft gemäß dem EU-Primärrecht und den Grundsätzen des Elektrizitätsbinnenmarktes gemäß der Richtlinie 96/92/EG (ersetzt durch die Richtlinie 2003/54/EG). Art. 81 und 82 EGV sind „insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich“ (vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABI C 101/04, 54). Für einen funktionierenden Wettbewerb ist ferner ein nichtdiskriminierender und transparenter Netzzugang zu angemessenen Preisen eine wesentliche Voraussetzung (vgl. RL 2003/54/EG, Erwägungsgrund 6).

Der Zuständigkeit der Energie-Control Kommission in Verfahren gem § 20 Abs. 2 EIWOG kommt daher eine für das Funktionieren des Wettbewerbs wesentliche Rolle zu: Die gesetzliche Zuständigkeit zur Feststellung, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung des Netzzuganges vorgelegen haben, kann daher nicht bedeuten, dass ein vom Netzbetreiber behaupteter Kapazitätsengpass keiner inhaltlichen rechtlichen Überprüfung unterzogen werden kann. Die Energie-Control Kommission hat vielmehr als Vorfrage zu prüfen, ob Vereinbarungen, die einen Kapazitätsengpass bewirken oder verstärken, rechtliche Gültigkeit besitzen (vgl. VwGH 7.9.2004, Zl. 2003/05/0094-15). Bei dieser Überprüfung sind die „Regelungen der Gemeinschaft“ (vgl § 30 WEIWG), wie insbesondere der unmittelbar anwendbare Art. 81 EGV sowie die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie heranzuziehen (dies ist durch das oben erwähnte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes

auch für den Zeitraum vor Inkrafttreten der EG-Verfahrensverordnung 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln anerkannt).

Zum Anwendungsbereich des 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. 1 Abs. 1 der ab 1.5.2004 anzuwendenden VO 1/2003/EG sind Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV, die nicht die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen, verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf. Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV, die die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen, sind gemäß Art. 1 Abs. 2 der VO 1/2003/EG nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

Das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten (sog. „Zwischenstaatlichkeitsklausel“) ist nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes auch dann erfüllt, wenn Vereinbarungen zwischen Unternehmen aus bloß einem Mitgliedstaat vorliegen (vgl. etwa EuGH Rs. 43/69, *Brauerei Bilger*, Slg. 1970, 127). Auch unternehmerische Maßnahmen, die den Export in außerhalb der Europäischen Gemeinschaften gelegene Märkte betreffen, können geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (vgl. etwa *Stockenhuber* in *Grabitz/Hilf* EGV Art. 81 Rdnr. 214 mwN, EG-Kommission, Entsch. v. 1.4.1992, IV/32.450 – Reederausschüsse in der Frankreich–Westafrika-Fahrt, Abl 1992 L 134, 1, Rdn 39 ff). Der Zwischenstaatlichkeitsbezug ist insoweit schon gegeben, als die Antragstellerin mit Sitz in Deutschland Elektrizität über einen weiteren Mitgliedstaat nach Slowenien transportieren wollte.

Zur inhaltlichen Beurteilung anhand des Art. 81 EGV

Bei der zwischen der V. AG und deren verbundenem Unternehmen A. AG geschlossenen Reservierungsvereinbarung handelt es sich um eine vertikale Vereinbarung, durch die Dritte zumindest bis Ende des Jahres 2006 – mit Ausnahme verbleibender Restkapazität in untergeordnetem Ausmaß – von der Lieferung elektrischer Energie aus der Regelzone V. AG (vgl. § 22 Abs. 1 EIWOG) nach Slowenien 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 – IV/M.1107 – Fusionsfall EDFI/ESTAG; dt. Bundeskartellamt, Entsch. v. 17.1.2002 – Fusionsfall EON/Gelsenberg).

Der Markt für die Übertragung von Strom in Österreich beschränkt sich auf Grund bestehender Leitungsmonopole auf die „Slowenien-Leitung“ selbst (vgl. Fall IV/M.1107 –

EDFI/ESTAG). Die Antragsgegnerin hat als technisch mögliche Ausweichrouten zu der von der Antragstellerin beabsichtigten Lieferung von Österreich nach Slowenien Verbindungsleitungen von Italien nach Slowenien bzw. von Kroatien nach Slowenien, sowie in der Folge auch von Frankreich bzw. der Schweiz nach Italien namhaft gemacht. Die Transportroute (via Ungarn) über Kroatien ist allerdings nicht in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen, da der kroatische Elektrizitätsmarkt nicht vollständig liberalisiert ist und Kroatien auch nicht Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften ist. Die Transportroute von Österreich via Italien nach Slowenien ist ebenfalls nicht in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen, da die einzige Übertragungsleitung in der Regelzone V. AG nach Italien jedenfalls für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum ausreserviert ist (vgl. auch Entscheidung der Energie-Control Kommission vom 6.5.2003, K NZV 01/02-38). Soweit die Antragsgegnerin auf außerhalb von Österreich liegende Transportrouten verweist, ist ihr entgegenzuhalten, dass der räumlich relevante Markt jedenfalls nicht über das Staatsgebiet hinausreicht (vgl. VwGH 7.9.2004, ZI. 2003/05/0094-15). Dass sich der räumlich relevante Markt seit Inkrafttreten des CBT-Vertrages, wie von der Antragsgegnerin vorgebracht, auch auf Italien, Schweiz und Frankreich bezieht, ist für die erkennende Behörde nicht ersichtlich.

Innerhalb des derart sachlich und räumlich abgegrenzten Marktes hat die V. AG als Betreiber der einzigen grenzüberschreitenden Leitung von Österreich nach Slowenien eine Monopolstellung. Durch die Vereinbarung zwischen V. AG und A. AG, mit der der wesentliche Teil der der österreichischen Seite zur Verfügung stehenden Leitungskapazität einem einzigen Anbieter für mehrere Jahre zur Verfügung gestellt wird, wird der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes wenn vielleicht auch nicht bezweckt, so zumindest bewirkt. Die Vereinbarung hat somit Abschottungswirkung.

Eine Freistellung der Vereinbarung zwischen V. AG und A. AG i.S.d. Art. 81 Abs. 3 EGV auf Grund der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen EG 2790/1999 vor dem 1.5.2004 kam offensichtlich nicht in Frage, da die in der Verordnung festgelegten Marktanteilsschwellen (30 %) überschritten werden. Das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass es am Spürbarkeitskriterium des Art. 81 EGV mangle, kann daher nicht nachvollzogen werden. Eine Einzelfreistellung durch die EG-Kommission wurde offensichtlich ebenfalls nicht beantragt (hierzu liegt auch kein gegenteiliges Vorbringen der Antragsgegnerin vor).

Die erkennende Behörde geht daher davon aus, dass die zwischen V. AG und A. AG geschlossene Reservierungsvereinbarung im Lichte des Art. 81 Abs. 1 EGV nichtig ist. Eine allfällige geltungserhaltende Reduktion der Vereinbarung auf Teile, die nicht vom gesetzlichen Kartellverbot erfasst sein könnten, kommt insofern nicht in Frage, als der Wortlaut der Reservierungsvereinbarung (Anmeldung der A. AG vom 20.8.2001 sowie die entsprechende Bestätigung durch V. AG vom selben Tag, UBH 33006/2001) – die sich zivilrechtlich zwar als Aneinanderreihung von Reservierungsverträgen für die Jahre 2002, 2003, 2004, 2005 und 2006 darstellt – zum Ausdruck bringt, dass exakt für den Zeitraum 1.1.2002 bis 31.12.2006 eine vertragliche Bindung bewirkt werden sollte.

Da die Vorfagenbeurteilung ergeben hat, dass die mit der V. AG geschlossene Reservierungsvereinbarung als nichtig anzusehen ist, lagen die Voraussetzungen für die Verweigerung des Netzzuganges im Zeitpunkt des Antrages der R. GmbH nicht vor. Dies war über ihren Antrag gemäß § 20 Abs 2 EIWOG festzustellen. Die Antragstellerin wurde durch die mit mangelnden freien Leitungskapazitäten begründete Einschränkung ihres Antrages auf Zuerkennung von Kapazitäten, die eine Verweigerung des Netzzuganges darstellt, seitens V. AG in ihrem gesetzlichen Recht auf Netzzugang verletzt.

Ergeht an:

R. GmbH

V. AG

Europäische Kommission  
Generaldirektion Wettbewerb  
Rue de la Loi, Wetstraat 200  
B-1049 Brussels.