



GZ K STR 02/09

PA 1198/09

Antragsteller:

(...)

Antragsgegner:

(...)

per RSb

B E S C H E I D

Die Energie-Control Kommission hat durch Dr. Schramm als Vorsitzenden sowie durch Mag. DI. Donaubauer und Mag. Wenty als weitere Mitglieder über den Antrag

der Antragstellerin (...)

wider die Antragsgegnerin (...)

wegen Feststellung, in der Sitzung am 20. April 2009 gemäß § 16 Abs 1 E-RBG iVm § 21 Abs 2 EIWOG idgF einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Die Anträge der (...), die Energie-Control Kommission möge feststellen, dass die Antragstellerin

1. nicht verpflichtet sei, der Antragsgegnerin ein Systemdienstleistungsentgelt gemäß § 25 Abs 1 Z 4 EIWOG in Höhe von €(...) zu bezahlen,
2. ferner auch künftig nicht verpflichtet sei, der Antragsgegnerin ein Systemdienstleistungsentgelt gemäß § 25 Abs 1 Z 4 EIWOG zu bezahlen,

werden wegen Unzuständigkeit der Energie-Control Kommission zur Entscheidung gemäß § 16 Abs 1 E-RBG, BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl. I Nr. 106/2006, iVm § 21 Abs 2 EIWOG, BGBl. I Nr. 143/1998 idF BGBl. I Nr. 106/2006, zurückgewiesen.

II. Begründung

In Ihrem Antrag vom 5.3.2009 bringt die Antragstellerin auszugsweise Folgendes vor:

„Die (...) (die „Antragstellerin“) betreibt im vom Übertragungsnetz der Antragsgegnerin abgedeckten Netzbereich mehrere Windenergieprojekte und ist demnach ein „Erzeuger“ im Sinne von § 7 Z 11 EIWOG, BGBl. I Nr. 143/1998 idgF sowie § 2 Abs 1 Z 16 NÖ EIWG 2005, LGBl 7800-1 idgF.

Die (...) (die „Antragsgegnerin“) ist Regelzonenführer im Sinne des § 2 Abs 1 Z 54 NÖ EIWG 2005. Gemäß § 43 Abs 1 NÖ EIWG 2005 ist der vom Übertragungsnetz der (...) in NÖ abgedeckte Netzbereich Bestandteil eines Regelzonenbereiches. Der Betreiber dieses Übertragungsnetzes ist auch Regelzonenführer (wird als Regelzonenführer benannt).

§ 25 Abs 14 EIWOG sieht vor, dass für die Bereitstellung der Systemdienstleistung (§ 22 Abs 2 Z 1) dem Regelzonenführer gegenüber Erzeugern ein Anspruch auf Abgeltung der damit verbundenen Aufwendungen zusteht. Gemäß § 22 Abs 2 Z 1 EIWOG (Grundsatzbestimmung) ist der Regelzonenführer zur Bereitstellung der Systemdienstleistung (Frequenz-/Leistungsregelung) entsprechend den technischen Regeln, wie etwa der UCTE verpflichtet, wobei diese Systemdienstleistung von einem dritten Unternehmen erbracht werden kann. Der NÖ Landesgesetzgeber hat diese Verpflichtung in § 43 Abs 2 Z 1 NÖ EIWG 2005 umgesetzt.

Aufgrund von § 25 Abs 2, 4 und 14 EIWOG hat die Energie-Control Kommission das von den Erzeugern an den jeweiligen Regelzonenführer zu entrichtende Systemdienstleistungsentgelt mit Verordnung festgesetzt. Derzeit ist die Systemnutzungstarife-Verordnung 2006 in der Fassung der Novelle 2009 in Kraft.

Aufgrund von § 8 dieser Verordnung fordert die Antragsgegnerin die Antragstellerin regelmäßig dazu auf, die für die Abrechnung der erbrachten Systemdienstleistungen erforderlichen Daten bekannt zu geben und das aufgrund der erhobenen Daten errechnete Systemdienstleistungsentgelt an die Antragsgegnerin zu bezahlen.

Mit Rechnung (...) vom 05.02.2009 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin nun ein Systemdienstleistungsentgelt in Höhe von € (...) verrechnet.

(...)

3. Gesetzwidrigkeit des Systemdienstleistungsentgelts

Die Vorschreibung des Systemdienstleistungsentgelts durch die Antragsgegnerin ist jedoch aus mehreren Gründen gesetzwidrig:

Das gemäß § 21 lit. a) SNT-VO 2006 idF SNT-VO 2008 festgesetzte Systemdienstleistungsentgelt entspricht nicht den gesetzlichen Grundlagen. Es orientiert sich dieses der Höhe nach am Marktpreis für Strom. Tatsächlich dürfte das Systemdienstleistungsentgelt jedoch von Gesetz wegen nur kostenorientiert bestimmt werden und somit dürften nur die tatsächlich durch die Bereitstellung der Systemdienstleistung entstandenen Aufwendungen bei der Festsetzung zugrunde gelegt werden.

Demgemäß ist eine Festlegung des Systemdienstleistungsentgelts, das sich am Marktpreis orientiert (der stets eine Gewinnspanne beinhaltet und nicht den tatsächlichen Kosten entspricht) gesetzwidrig. Aus diesem Grund ist die Belastung der Antragstellerin mit dem Systemdienstleistungsentgelt in der konkreten Form somit unzulässig.

Schließlich ist auch die Zusammenfassung mehrerer Kraftwerke zu einem Kraftwerkspark, wie dies § 6 Abs 1 SNT-VO 2009 vorsieht, unzulässig.

Weiters ist § 25 Abs 14 EIWOG, der die rechtliche Grundlage für die behördliche Festsetzung des Systemdienstleistungsentgelts bildet, mangels ausreichender Determinierung, welche Leistungen durch das Systemdienstleistungsentgelt abgedeckt werden (Sekundär- und/oder Tertiärregelung) aufgrund Verstoßes gegen Artikel 18 B-VG verfassungswidrig (siehe etwa Klaus Oberndorfer in Hauer/Oberndorfer, EIWOG, Rz 15 zu § 25). Das verordnete Systemdienstleistungsentgelt beruht somit auf einem verfassungswidrigen Gesetz und ist auch aus diesem Grund gesetzwidrig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verrechnung des Systemdienstleistungsentgelts durch die Antragsgegnerin an die Antragstellerin gesetz- bzw. verfassungswidrig ist. Aus all diesen Gründen ist die Antragstellerin nicht dazu verpflichtet, das Systemdienstleistungsentgelt an die Antragsgegnerin zu entrichten.

4. Zuständigkeit der Energie-Control Kommission

Gemäß § 21 Abs 2 EIWOG entscheidet – mit Ausnahme von Netzzugangsstreitigkeiten, die in Abs 1 geregelt sind – in allen übrigen Streitigkeiten zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen, insbesondere die anzuwendenden Bedingungen und Systemnutzungstarife, die Gerichte.

Eine Klage eines Netzzugangsberechtigten kann erst nach Zustellung des Bescheides der Energie-Control Kommission im Streitschlichtungsverfahren gemäß § 16 Abs 1 Z 5 E-RBG oder innerhalb der in § 16 Abs 3a E-RBG vorgesehenen Frist eingebracht werden.

Gemäß § 16 Abs 3a E-RBG kann die Partei, die sich mit einer Entscheidung gemäß § 16 Abs 1 Z 5, 6 und 20 nicht zufrieden gibt, die Sache innerhalb von 4 Wochen nach Zustellung des Bescheides bei Gericht anhängig machen. § 16 Abs 1 Z 5 regelt die Schlichtung von Streitigkeiten gemäß § 21 EIWOG.

Die Antragstellerin ist als Erzeuger gemäß § 7 Z 31 EIWOG ein Netzzugangsberechtigter. Die Antragsgegnerin ist Netzbetreiberin im Sinne von § 7 Z 28 EIWOG. Demgemäß ist eine Zuständigkeit der Energie-Control Kommission im vorliegenden Fall gegeben.

Der Ordnung halber sei darauf hingewiesen, dass die von der Energie-Control Kommission seinerzeit in der Rechtssache GZ K STR 01/01-59 sowie zuletzt in der Rechtssache GZ K STR 07/08 vertretene Ansicht, dass aufgrund der Tatsache, dass zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin kein vertragliches Netzzugangsverhältnis besteht, da die Antragstellerin nicht in das von der Antragsgegnerin betriebene Übertragungsnetz sondern in ein Verteilnetz elektrische Energie einspeist keine Zuständigkeit der Energie-Control Kommission gegeben sei, angesichts der mittlerweile von den ordentlichen Gerichten zu dieser Frage ergangenen Judikatur nicht mehr aufrecht erhalten werden kann.

Vielmehr sind von § 21 Abs 2 EIWOG Streitigkeiten über sämtliche wechselseitige Leistungen und Verpflichtungen zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern betroffen, unabhängig davon, ob sie sich direkt aus dem Netzzugangsvertrag ableiten lassen, aus dem Gesetz oder anderen generellen Normen abgeleitet werden oder nur mittelbar mit der Netznutzung im Zusammenhang stehen (Siehe Klaus Oberndorfer in Hauer/Oberndorfer, EIWOG, RZ 3 zu § 21 mit Verweis auf OGH vom 14.03.2005, 4 Ob 287/04s). § 21 Abs 2 EIWOG ist somit jedenfalls weit auszulegen, in der Vergangenheit hat dies auch Streitigkeiten über „neben“ den Systemnutzungstarifen vom Netzbetreiber verrechnete Beträge, den Förderbeiträgen gemäß § 22 Abs 1 Ökostromgesetz sowie die „Stranded-Costs-Zuschläge“ betroffen (Klaus Oberndorfer, aaO, mit Verweis auf OGH vom 14.03.2005, 4 Ob 287/04s, OGH vom 03.11.2005, 6 Ob 100/05g und OGH vom 28.11.2008, 7 Ob 181/04z).

So hat etwa das Landesgericht Linz im Verfahren 1 Cg 215/07v auch eine Klage einer Energielieferantin gegen eine Netzbetreiberin unabhängig davon, ob der geltend gemachte Anspruch direkt aus dem Netzzugangsverhältnis zwischen der Netzzugangsberechtigten und

der Netzbetreiberin besteht, zurückgewiesen, weil vor Anrufung des ordentlichen Gerichts das Streitschlichtungsverfahren gemäß § 21 Abs 2 EIWOG nicht durchgeführt worden ist (Entscheidung nicht rechtskräftig). Das Landesgericht Linz weist darauf hin, dass der OGH im Widerspruch zur Spruchpraxis der Energie-Control GmbH (gemeint Energie-Control Kommission) die sich bislang nur für rein vertragsrechtliche Streitungen aus dem Netzzugangsvertrag zuständig gesehen hat, beinahe zu allen zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen Netzbetreibern und Netzbenuzter die Vorschaltung der Energie-Control Kommission verlangt.

Die Zuständigkeit der Energie-Control Kommission ist somit auch im vorliegenden Fall gegeben.“

Die Antragsgegnerin nahm mit Schreiben vom 20.3.2009 zu dem Antrag Stellung und wendet ua die Unzuständigkeit der Energie-Control Kommission sowie mangelndes Feststellungsinteresse ein.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich:

Zuständigkeit:

§ 16 Abs 1 Z 5 E-RBG, BGBl. I Nr. 121/2000 idF BGBl I Nr. 106/2006 lautet (Hervorhebungen nicht im Originaltext):

Aufgaben der Energie-Control Kommission

§ 16. (1) (Verfassungsbestimmung) *Der Energie-Control Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:*

1. *Genehmigung der allgemeinen Bedingungen der Netzbetreiber für Inanspruchnahme der Übertragungs- und Verteilernetze (§§ 24 und 31 EIWOG);*
2. *die Bestimmung der Systemnutzungstarife und sonstiger Tarife gemäß § 25 EIWOG sowie die Bestimmung von Tarifen und Verrechnungsgrundsätzen bei Regelzonen überschreitenden Lieferungen von elektrischer Energie;*
3. *die Untersagung der Anwendung von Bedingungen, die auf Endverbraucher Anwendung finden und die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen;*
4. *die Entscheidungen über Netzzugangsverweigerung im Verfahren gemäß § 20 Abs. 2 EIWOG;*
5. *die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Marktteilnehmern (§ 21 EIWOG);*

[..]

(3) Die Energie-Control Kommission hat in den Fällen des Abs. 1 Z 1 sowie 3 bis 6, 8 bis 12, 14 bis 17, 19 und 21 und des Abs. 2 bescheidmäßig zu entscheiden. Die Partei, die sich mit Entscheidungen gemäß Abs. 1 Z 3, 5, 6 und 9 nicht zufrieden gibt, kann die Sache in-

nerhalb von vier Wochen nach Zustellung des Bescheides bei Gericht anhängig machen. Durch die Anrufung des Gerichts tritt die Entscheidung der Energie-Control Kommission außer Kraft. Sie tritt jedoch wieder in Kraft, wenn der Antrag auf Entscheidung des Gerichts zurückgezogen wird. Die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Anrufungsfrist obliegt dem Gericht; der Wiedereinsetzungsantrag ist unmittelbar bei Gericht einzubringen.

§ 16 Abs 1 Z 5 E-RBG ist aufgrund ausdrücklichen Verweises iVm § 21 EIWOG, BGBl. I Nr. 143/1998 idF BGBl. I Nr. 106/2006, zu lesen:

Streitbeilegungsverfahren

§ 21. (unmittelbar anwendbares Bundesrecht) (1) In Streitigkeiten zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzuganges entscheidet – sofern keine Zuständigkeit des Kartellgerichtes (§ 38 Kartellgesetz 2005, BGBl I Nr 61/2005) vorliegt – die Energie-Control Kommission.

(2) In allen übrigen Streitigkeiten zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen, insbesondere die anzuwendenden Bedingungen und Systemnutzungstarife, entscheiden die Gerichte. Eine Klage eines Netzzugangsberechtigten kann erst nach Zustellung des Bescheides der Energie-Control Kommission im Streitschlichtungsverfahren gemäß § 16 Abs 1 Z 5 E-RBG oder innerhalb der in § 16 Abs 3a E-RBG vorgesehenen Frist eingebracht werden.

(3) Unbeschadet der Bestimmung des Abs. 2 kann eine Klage wegen Ansprüchen, die sich auf eine Verweigerung des Netzzuganges gründen, erst nach Rechtskraft der Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzuganges eingebracht werden; bildet eine solche Entscheidung eine Vorfrage für das gerichtliche Verfahren, so ist dieses bis zur Rechtskraft der Entscheidung der Regulierungsbehörde zu unterbrechen.

Aus den angeführten Bestimmungen ergibt sich, dass das gem § 21 Abs 2 EIWOG obligatorische Streitschlichtungsverfahren vor der Energie-Control Kommission „in allen übrigen (gemeint: von der Verweigerung des Netzzuganges verschiedenen, vgl § 21 Abs 1 EIWOG) Streitigkeiten zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen“ stattzufinden hat.

§ 21 Abs 2 EIWOG verwendet nicht das Wort „Vertragsverhältnis“, sodass auch Ansprüche im Rahmen des obligatorischen Streitschlichtungsverfahrens erörtert werden müssen, die ihre Wurzel nicht unmittelbar in einem Vertrag zwischen Netzbetreiber und Netzzugangsberechtigtem haben (vgl OGH 14.2.2005, 4 Ob 287/04s, und 28.11.2005, 7 Ob 181/04z). Es wird jedoch in § 21 Abs 2 EIWOG eindeutig hervorgehoben, dass das Verfahren doch eine Frage aus dem Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Netzzugangsberechtigtem zueinander (arg „aus diesem Verhältnis“), also eine Frage des Netzzuganges, zu betreffen hat. Es ist amtsbekannt, dass in das Übertragungsnetz der Antragsgegnerin österreichweit keine Einspeisung aus der Technologie Windkraft erfolgt. Da also die Antragstellerin in ein anderes Netz einspeist, als die Antragsgegnerin betreibt, liegt eine solche Frage gerade nicht vor. Dieses Verständnis des § 21 Abs 2 EIWOG ist auch

aufgrund des klaren Zwecks und der Systematik der Bestimmung begründet. Der Energie-Control Kommission kommt aufgrund ihrer Zuständigkeiten eine Expertise in Angelegenheiten des Netzzuganges zu, worin auch der Grund einer Vorschaltung des Streitschlichtungsverfahrens in Netzzugangsstreitigkeiten liegt. Gleiches indiziert die Systematik der Bestimmung, die in einem Abschnitt (4. Teil, 1. Hauptstück, 1. Abschnitt) eingebettet ist, der ausschließlich Netzzugangsfragen behandelt.

Auch die von der Antragstellerin selbst zitierten höchstgerichtlichen Urteile untermauern die Notwendigkeit des Bestehens eines Verhältnisses zwischen Netzbetreiber und Netzzugangsberechtigtem zueinander. So lautet etwa das Urteil der OGH in 4 Ob 287/04s vom 14.03.2005 auszugsweise (Unterstreichung nicht im Original):

„Das Argument der Klägerin, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts der Beklagten zur Weiterverrechnung der Gebrauchsabgabe an Endverbraucher ergebe sich nicht aus der Auslegung irgendeines Vertrags, insbesondere nicht des Netzzugangsvertrags, der geltend gemachte Anspruch sei somit kein vertraglicher und es liege daher keine Streitigkeit zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen vor, geht fehl. Geltend gemacht wird nämlich ein Anspruch auf Rückforderung eines Betrags, den die Beklagte als Netzbetreiberin ihrem Vertragspartner als Netzzugangsberechtigtem vorgeschrieben und von diesem offensichtlich auch eingehoben hat. Die unterschiedlichen Auffassungen darüber, ob sie dazu berechtigt gewesen ist oder nicht, bilden eine Streitigkeit über die aus ihrem Verhältnis zueinander entspringenden Verpflichtungen.“

Zur Entscheidung über die Anträge der Antragstellerin ist die Energie-Control Kommission daher nicht berufen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Die Partei, die sich mit dieser Entscheidung nicht zufrieden gibt, kann die Sache innerhalb von vier Wochen nach Zustellung des Bescheides bei Gericht anhängig machen. Gemäß § 16 Abs 3a Energie-Regulierungsbehördengesetz BGBl I 121/2000 in der Fassung BGBl I 106/2006 bleibt die Entscheidung der Energie-Control Kommission vorläufig in Kraft und tritt erst mit der rechtskräftigen Entscheidung des Gerichtes außer Kraft.

Energie-Control Kommission
Wien, am 20. April 2009

Der Vorsitzende
Dr. Wolfgang Schramm

(...)