



**B E S C H E I D**

Die Energie-Control Kommission hat durch Dr. Schramm als Vorsitzenden und Mag. DI Donaubauer sowie Mag. Wenty als weitere Mitglieder in der Rechtssache

der Antragstellerin XX  
vertreten durch XX,  
wider die Antragsgegnerin XX  
vertreten durch XX  
wegen € 20,251.512,11 samt Anhang

in der Sitzung am 16. April 2003 gem § 16 Abs 1 E-RBG iVm § 21 Abs 2 EIWOG idgF einstimmig beschlossen:

**I. Spruch**

1. Die Antragsgegnerin ist schuldig, der Antragstellerin € 18,539.023,89 an Kapital und € 1,712.488,22 an kapitalisierten Verzugszinsen seit 15.07.1999, sohin insgesamt € 20,251.512,11, sowie hieraus 4 % Zinseszinsen ab Behändigung des Antrages, binnen 4 Wochen zu bezahlen.
  
2. Der Antrag der Antragstellerin, dass für die Abgeltung der Leistungen der Antragstellerin
  - gemäß dem Energietransportvertrag Abtransport XXXXXX aus dem Donaukraftwerk XXXXXX vom 21./22.12.1973,
  - gemäß dem Energietransportvertrag Abtransport XXXXXX aus dem Donaukraftwerk XXXXXX vom 30.11.1976,
  - sowie gemäß dem Energietransportvertrag Abtransport XXXXXX aus dem Donaukraftwerk XXXXXX vom 28.02.1979,nicht die behördlich festgesetzten Tarife gemäß der Systemnutzungstarife-Verordnungen des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten und/oder der Energie-Control Kommission, sondern seit dem 19.2.1999 auch weiterhin die in diesen Abtransportverträgen enthaltenen Entgeltsregelungen zur Anwendung kommen, wird zurückgewiesen.

## II. Begründung

### II.1. Verfahrensablauf

Mit Schlichtungsantrag vom 17.09.2002, bei der Behörde eingelangt am 19.09.2002, brachte die Antragstellerin vor, dass zwischen der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin, der XXXXXX und der Antragsgegnerin in den 70er Jahren im Zusammenhang mit den Donaukraftwerken XXXXXX, XXXXXX und XXXXXX Energielieferverträge und – damit verbunden – Vereinbarungen über den Abtransport der Energie aus den genannten Donaukraftwerken (im folgenden kurz Abtransportverträge) abgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin führt weiter aus, dass zwischen ihr und der Antragsgegnerin Meinungsverschiedenheiten, bezüglich der Bezahlung aushaftender Entgelte für den Abtransport von elektrischer Energie auf Grundlage dieser Verträge, bestehen würden. Die Antragstellerin trägt hierzu die Auffassung, dass es sich bei diesen Abtransportverträgen um Altverträge im Sinne des § 70 Abs 2 handle, die durch die Regelungen und das Inkrafttreten des EIWOG (BGBl I Nr 143/1998 idF BGBl I Nr 149/2002) unberührt bleiben. Die Antragstellerin führt weiters aus, dass bei der Festsetzung der Systemnutzungstarife die Erlöse der Antragstellerin aus „alten Peage-/Abtransportverträgen“ gem § 23 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Festlegung der Grundsätze, die bei der Bestimmung des Systemnutzungstarifes angewandt werden, Bundesgesetzblatt II Nr 51/1999, berücksichtigt worden seien und daher nicht in die Kalkulation des Systemnutzungstarifs eingeflossen sind. Es sei daher nach wie vor die Entgeltsregelung aus den Abtransportverträgen anzuwenden. Die Antragsgegnerin habe ab Juni 1999 die Rechnungen über die fällig gestellten Entgelte für die durchgeführten Abtransporte nur mehr teilweise bezahlt und seit März 2000 ihre Zahlungen zur Gänze eingestellt.

In ihrem Antrag beantragte die Antragstellerin die Energie-Control Kommission möge mit Wirkung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin bescheidmässig feststellen, dass für die Abgeltung der Leistungen der Antragstellerin gemäß des Energietransportvertrages Abtransport XXXXXX aus dem Kraftwerk XXXXXX vom 30.11.1976, gemäß des Energietransportvertrages Abtransport XXXXXX aus dem Kraftwerk XXXXXX vom 21.12.1973, sowie gemäß des Energieabtransportvertrages Abtransport XXXXXXXX – Energie aus dem Kraftwerk XXXXXX vom 28.02.1979, nicht die behördlich festgesetzten Tarife gemäß der Systemnutzungstarifverordnungen des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten und/oder der Energie-Control Kommission, sondern seit dem 19.02.1999 auch weiterhin die in diesen Abtransportverträgen enthaltene Entgeltregelungen zur Anwendung kommen. Weiters beantragte die Antragstellerin die Energie-Control möge bescheidmässig erkennen, dass die Antragsgegnerin schuldig ist, der Antragstellerin € 15.863.217,41 samt 5,75 % Zinsen seit 15.07.1999 sowie hieraus 5,75 % Zinseszinsen ab

Behandigung des Antrages, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gem § 19 a RAO zu Händen des ausgewiesenen Rechtsvertreters der Antragstellerin zu bezahlen.

Mit Schriftsatz vom 16.10.2002, eingelangt bei der Behörde am 18.10.2002, beantragt die Antragsgegnerin, sämtliche Anträge der Antragstellerin mangels Antragslegitimation der Antragstellerin und mangels Kompetenz der Energie-Control Kommission als unzulässig zurück zuweisen und in eventu bescheidmässig festzustellen,

- a) dass für die Abgeltung der Leistungen der Antragstellerin die behördlichen Festlegungen gemäß den Systemnutzungstarifverordnungen zur Anwendung kommen und
- b) dass für die Abgeltung der Leistungen der Antragstellerin nicht die in den zwischen der Antragstellerin abgeschlossenen Transportverträge enthaltenen Entgeltregelungen seit dem 19.02.1999 zur Anwendung kommen.

Die Antragsgegnerin führte zur Begründung aus, dass die verfahrensgegenständlichen Transportverträge von Seiten der Antragsgegnerin mit der XXXXXX und nicht mit der Antragstellerin abgeschlossen worden seien. Die Antragstellerin sei daher verpflichtet gewesen, entsprechende Nachweise vorzulegen, wonach sie tatsächlich als Vertragspartnerin der Antragsgegnerin anzusehen sei. Weiters führt die Antragsgegnerin aus, dass die Energie-Control Kommission lediglich die Kompetenz zur Streitschlichtung und nicht zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten habe. Die Kompetenz der Energie-Control Kommission sei vielmehr auf die bloße Feststellung beschränkt, ob und gegebenenfalls in welcher Weise ein gütliche Einigung zwischen den Streitparteien erzielt werden könne. Eine rechtsgestaltende Erledigung oder gar die Erlassung eines Leistungsbescheides komme für die Energie-Control Kommission nicht in Betracht.

Zum inhaltlichen führt die Antragsgegnerin aus, dass die zwingenden Regelungen des EIWOG und die auf deren Grundlage erlassenen Systemnutzungstarifverordnungen zwingendes Recht seien. Entsprechend den klaren Zielsetzungen der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes durch das EIWOG in Verbindung mit der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie seien diese zwingenden Regelungen nicht bloß auf künftig abgeschlossene, sondern auch auf bereits abgeschlossene Verträge anwendbar. Bei jeder anderen Interpretation würden das zwingende System des Elektrizitätsrechts konterkariert und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben verletzt. Diese Auslegung entspräche im übrigen auch den praktischen Gegebenheiten in der Vergangenheit: Auch im „alten System“ (dh vor dem Inkrafttreten des EIWOG) sei es selbstverständlich gewesen, dass bei Erlassung eines neuen Preisbescheides „automatisch“ diese Preisregelung auch auf jegliche bereits angeschlossene Vereinbarung durchschlug. Die im jeweils neuen Preisbescheid festgelegten Preisregelungen hätten sohin selbstverständlich auch in die in bereits abgeschlossenen Verträgen (Altverträgen) festgelegten Preise eingegriffen.

Mit Stellungnahme vom 15. November 2002, eingelangt bei der Behörde am 19.11.2002, reagierte die Antragstellerin auf die Ausführungen der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin führt darin aus, dass sämtliche Rechte und Ansprüche aus den verfahrensgegenständlichen

Transportverträgen von der XXXXXX im Zuge der Sacheinlage „Teilbetriebsübertragung“ an die Antragstellerin übertragen und abgetreten worden seien. Zu dem enthielten die verfahrensgegenständlichen Abtransportverträge eine Rechtsnachfolgeklausel, aus der sich die Zustimmung der Antragsgegnerin zur Rechtsnachfolge bzw zur Vertragübernahme unstrittig ergäbe. Ebenso sei die Annahme, dass die Kompetenz der Energie-Control Kommission im Rahmen der Streitschlichtung nicht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten ausreiche, verfehlt. Die Energie-Control Kommission gehe in ihrer Entscheidungspraxis nämlich völlig zutreffend davon aus, dass die Erlassung von Leistungsbescheiden (und daher freilich auch die Erlassung von Feststellungsbescheiden) im Rahmen des Verfahrens gem § 21 Abs 2 EIWOG zulässig sei. Zur Wirksamkeit des § 70 Abs 1 EIWOG auf bestehende Verträge wird ausgeführt, dass neu erlassene gesetzliche Bestimmungen nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht zurückwirkten und auf vorhergehende Handlungen und vorhererworbene Rechte grundsätzlich keinen Einfluss hätten. Bei den gegenständlichen Transportverträgen handle es sich zweifellos um Dauerschuldverhältnisse. Ob aber eine Rückwirkung greifen kann, müsse durch eine einzelfallsbezogene Untersuchung unter Abwägung aller Umstände und unter Berücksichtigung der diesbezüglichen von der Judikatur entwickelten Grundsätze geklärt werden. Es sei davon auszugehen, dass die Anordnung eines Eingriffs in bestehende privatrechtliche Verträge grundsätzlich einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzgebers bedürfe. Eine solche Anordnung enthalte das EIWOG nicht. Ganz im Gegenteil – der Gesetzgeber habe § 70 Abs 1 EIWOG erlassen, der eine ausdrückliche Ausnahme eines Eingriffs für bestehende Verträge vorsehe. § 70 Abs 1 EIWOG komme durchaus normative Bedeutung zu, nämlich jene, dass durch die Bestimmung des EIWOG nicht in die Hauptleistungspflichten von Altverträgen (Alttransportverträgen) eingegriffen werde. Zu dem wird von der Antragstellerin darauf hingewiesen, dass in Schreiben der Energie-Control GmbH bzw des BMWA festgehalten wurde, dass bei der Festsetzung der Systemnutzungstarife die Erlöse der XXXXXX aus den Peage-Verträgen berücksichtigt wurden. Daraus folge auch, dass auch diese Verträge nicht die neuen Entgeltbestimmungen der Tarifverordnungen Anwendung finden können.

Mit der Stellungnahme zur Äußerung der Antragstellerin vom 15.11.2002, welche bei der Behörde am 13.12.2002 einlangte, wiederholt die Antragsgegnerin zum Teil die bereits in ihrer ersten Stellungnahme gemachten Ausführungen. Die Antragsgegnerin führt darin aus, dass die Antragstellerin nicht in der Lage sei Nachweise vorzulegen, wonach sie tatsächlich Vertragspartnerin der XXXXXX geworden sei. Die Antragstellerin sei demnach gar nicht legitimiert, allfällige Ansprüche aus den genannten Transportverträgen im gegenständliche Verfahren geltend zu machen. Die Antragsgegnerin führt weiters aus, dass § 70 Abs 1 EIWOG bloß deklarativen Charakter habe. Auch § 82 des Entwurfs zum Gaswirtschaftsgesetz enthielt ebenfalls eine derartige deklarative Bestimmung, wonach privatrechtliche Vereinbarungen, die den Bezug, die Lieferung und den Austausch oder den Transport von Erdgasregeln durch die Regeln des Gaswirtschaftsgesetzes unberührt bleiben. Diese Bestimmungen seien allerdings nicht in die Endfassung des GWG aufgenommen werden. Nach den Erläuterungen zu dieser

Regelung sollte damit jedoch nur klargestellt werden, dass mit diesem Bundesgesetz kein Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse erfolgte. § 70 Abs 1 EIWOG stelle somit lediglich klar, dass die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze für die Wirksamkeit, Anpassung oder Beendigung von Verträgen durch das Inkrafttreten des EIWOG nicht geändert werden sollten. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen sei aus diesem Grund, abgesehen von der Preisregelung, von einer grundsätzlichen Weitergeltung der hier relevanten Altverträge auszugehen. Die Antragsgegnerin führt weiter aus, dass keine Rede davon sein könne, dass es zu einer rückwirkenden Anwendung des EIWOG bzw seiner Durchführungsbestimmungen kommen. Die durch das EIWOG 1998 und die Systemnutzungstarifverordnungen hervorgerufenen Änderungen der Rechtslage wirkten lediglich pro futuro. Die Hinweise auf die Schreiben des BMWA und der Energie-Control GmbH gingen ins Leere. Beide Schreiben hätten ausschließlich die betriebswirtschaftliche Kalkulation der Systemnutzungstarife zum Inhalt und es ginge nicht um hier interessierende Rechtsfragen der Auswirkungen des EIWOG auf Preisbestimmungen in sogenannten Altverträgen. Der Gesetzgeber habe mit der Einführung des EIWOG ein neues, vom bisherigen Preisbestimmungsgesetz des Preisgesetzes 1992 abweichendes System der amtlichen Preisfestsetzung einführen wollen. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber des EIWOG die langfristigen Transportverträge vom Anwendungsbereich des neuen Rechts ausnehmen wollte, um dadurch de facto dessen Wirkung auf lange Zeit zu suspendieren. Die „alten Transportverträge“ sehen einen entfernungsabhängigen Tarif vor, welcher die Antragsgegnerin, auf Grund ihrer geografischen Lage, gegenüber anderen Landesgesellschaften benachteiligen würde. Dadurch würde der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt, der in § 25 Abs 3 EIWOG verankert ist. Die Regelungen des § 25 EIWOG seien daher im vorliegenden Zusammenhang sehr wohl relevant.

In ihrer Sitzung vom 10. Februar 2003 beraumte die Energie-Control Kommission eine mündliche Verhandlung an. Ziel der Verhandlung war insbesondere die endgültige Klärung der Zusammenhänge von Abtransportverträgen und vereinbarten Übergabestellen, wie sie in den Abtransportverträgen genannt werden, sowie die Abrechnung von Energielieferungen und Netzdienstleistungen zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vor der Strommarktliberalisierung.

Von Seiten der Antragstellerin langte am 18. Februar 2003 ein weiterer Schriftsatz ein. Die Antragstellerin modifiziert dabei ihren ursprünglichen Antrag und dehnt ihn auf weitere Rechnungsbeträge für die Monate August bis Dezember 2002 aus. Begründet wurde dies damit, dass die Antragsgegnerin auch weiterhin die seit August in Rechnung gestellten Beträge auf Abgeltung der Leistungen der Antragstellerin gemäß der verfahrensgegenständlichen Abtransportverträge nicht bezahlen würde. Die Antragstellerin beantragte daher in diesem Punkt, die Energie-Control Kommission möge bescheidmäßig erkennen, dass die Antragsgegnerin schuldig ist, € 18,539.023,89 an Kapital und € 1,712.488,22 an kapitalisierten Verzugszinsen seit 15.07.1999, sohin insgesamt

€ 20,251.512,11, sowie hieraus 4 % Zinseszinsen ab Behändigung des Antrages, an die Antragstellerin zu bezahlen.

In der mündlichen Verhandlung vom 25.02.2003 führen die Antragstellerin und die Antragsgegnerin auf die Frage, wer die Vertragspartner in den Verträgen über die Bezugsrechte der Antragsgegnerin aus den Donaukraftwerken waren übereinstimmend aus, dass es sich dabei um die XXXXXXXX und die XXXXXXXX Kraftwerke AG handelte. Auf die Frage der Energie-Control Kommission, wofür die elektrische Energie, welche die Antragsgegnerin aus den gegenständlichen Kraftwerken bezieht, verwendet wird, gibt die Antragsgegnerin zur Auskunft, dass diese Bezugsmengen Teil des Gesamtaufkommens der Antragsgegnerin seien und keine konkrete Zuordnung zu einer bestimmten Kundengruppe erfolge. Von Seiten der Antragstellerin wird auf die Frage, wie die Höhe der Benützungsgebühr, welche nunmehr von der Antragstellerin in Rechnung gestellt wird, zustande komme, ausgeführt, dass die Höhe dieses Tarifes mit Auslaufen des Verbundtarifes im Jahre 1999 fixiert wurde. Seit dem sei es zu keinen Tarifierhöhungen gekommen.

Mit Stellungnahme vom 14.03.2003, eingelangt bei der Behörde am 14.03.2003 bringt die Antragsgegnerin weitere Ausführungen vor. Sie führt dabei im wesentlichen aus, dass für die Antragsgegnerin keine vertragliche Verpflichtung bestehe, den Energieanteil aus den Donaukraftwerken von der Antragstellerin transportieren zu lassen. Auch die Antragsgegnerin müsse berechtigt sein, ihren Energieanteil aus den Donaukraftwerken selbstständig – ohne ihn von der Antragstellerin transportieren zu lassen – vor Ort oder auf andere Weise zu verwerten. Eine Übergabepflicht des Energieanteils der Antragsgegnerin aus den Donaukraftwerken an die Antragstellerin bestehe jedenfalls nicht. Anderes gelte für die Antragstellerin, sofern die Antragsgegnerin ihren Energieanteil aus den Donaukraftwerken der Antragstellerin übergeben wolle, so sei die Antragstellerin zum Transport dieses Energieanteils verpflichtet. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin bestehe nur insoweit, als diese den transportierten Energieanteil an genau bezeichneten Übergabestellen beziehen müsse. Weiters vertritt die Antragsgegnerin die Rechtsmeinung, die verfahrensgegenständlichen Transportverträge verstoßen gegen das Kartellrecht und seien somit nichtig. Schließlich bringt die XXXXXXXX vor, dass nach dem Ergebnis des Schiedsverfahrens zwischen der XXXXXXXX und der Antragsgegnerin betreffend die Strombezugsverträge aus den gegenständlichen Donaukraftwerken die Antragsgegnerin ab sofort verpflichtet sei, zum einen ihren Energieanteil an den genannten Donaukraftwerken zeitgleich und zum anderen in der XXXXXXXX Regelzone zu übernehmen. Es stelle sich für die Antragsgegnerin daher die Frage, welche Bedeutung diese Transportverträge im heutigen Umfeld überhaupt noch haben können. Zu den von der Antragstellerin geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüchen führt die Antragsgegnerin aus, dass für den Fall, dass die Auffassungen der Antragsgegnerin zutreffen, diese – bis auf geringfügige Abweichungen – als richtig erscheinen.

Von Seiten der Antragstellerin wurden zwei weitere Stellungnahmen eingebracht. In der Stellungnahme vom 14. März 2003 legt die Antragstellerin zum Nachweis dafür, dass sie im

verfahrensgegenständlichen Zeitraum ihre Transportverpflichtungen aus gegenständlichen Abtransportverträgen auch tatsächlich nachgekommen ist, ein Konvolut von Auszügen aus dem SAP – System der XXXXXXX vor. Sie sei weiters bereit, der Behörde bei Bedarf auch einschlägige Programmanmeldungen bzw Fahrpläne bezüglich der vorgenommenen Regelzone überschreitenden Transporte der „Donauenergie“ vorzulegen.

In einer Replik vom 24. März 2003 nimmt die Antragstellerin zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 14. März 2003 Stellung. Die Antragstellerin führt darin zu den inhaltlichen Vorbringen der Antragsgegnerin aus, dass die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Themen (Übergabestelle bei den Transportverträgen; Verhältnis der Strombezugsverträge zu den Abtransportverträgen; vertragliche Verpflichtung der XXXXXXX, den Energieanteil aus den Donaukraftwerken von der Antragstellerin transportieren zu lassen) seien nicht Verfahrensgegenstand und daher von der angerufenen Behörde auch nicht zu berücksichtigen. Es wird weiter festgehalten, dass der verfahrensgegenständliche Zeitraum für die Leistungsbegehren Juli 1999 bis Dezember 2002 sei, dass es also um die Abgeltung von Leistungen der Antragstellerin aus der Vergangenheit gehe, die diese gegenüber der Antragsgegnerin auch nachweislich erbracht habe. Weiters führt die Antragstellerin aus, dass weder die wettbewerbsrechtlichen Argumente der Antragsgegnerin verfahrensgegenständig bzw entscheidungsrelevant seien und dass auch nicht das Schiedsverfahren hinsichtlich der Strombezugsverträge zwischen der Antragsgegnerin und der XXXXXXX für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum zu berücksichtigen seien.

Im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 9.4.2003, eingelangt bei der Behörde am 10.04.2003, repliziert die Antragsgegnerin auf die Replik der Antragstellerin vom 24.03.2003. Die Antragstellerin wiederholt darin im wesentlichen ihre bereits vorgebrachten Ausführungen und vertritt die Ansicht, dass die, in ihrer Stellungnahme vom 14.03.2003 vorgebrachten Inhalte sehr wohl verfahrensrelevant seien und daher mit zu berücksichtigen seien. Inhaltlich erneuert die Antragstellerin ihre bereits vorgebrachten Hinweise, dass es keine Verpflichtung für sie gäbe, ihren Energieanteil aus den Donaukraftwerken der Antragstellerin zu übergeben. Schließlich wiederholt die Antragstellerin im wesentlichen ihre bereits gemachten wettbewerbsrechtlichen Vorbringen.

## II.2. Sachverhalt

Zwischen der XXXXXXX Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft (XXXXXXX) und der XXXXXXX Kraftwerke Aktiengesellschaft (XXXXXXX) wurden folgende Verträge abgeschlossen:

1. Vertrag über den Abtransport der XXXXXXX-Energie aus dem Donaukraftwerk XXXXXXX vom 30.11.1976,

2. Vertrag über den Abtransport der XXXXXXXX-Energie aus dem Donaukraftwerk XXXXXXXX vom 21.12.1973 und
3. Vertrag über den Abtransport der XXXXXXXX-Energie aus dem Donaukraftwerk XXXXXXXX vom 28.2.1979.

Der Inhalt dieser Verträge ist im Wesentlichen gleichlautend. Er hat den Abtransport des XXXXXXXX-Energieanteils aus den jeweiligen Donaukraftwerken zum Gegenstand. Die XXXXXXXX verpflichtete sich dabei, den XXXXXXXX-Anteil an den in den jeweiligen Donaukraftwerken erzeugten elektrischen Energiemengen über ihre Anlagen bis zu einer Übergabestelle, welche im Energielieferungsvertrag zwischen der XXXXXXXX und der XXXXXXXX festgelegt wurde, gegen Bezahlung einer Benützungsgebühr zu transportieren. Die Rechte und Pflichten aus diesen Verträgen gingen auf Seiten der XXXXXXXX auf die VERBUND-Austrian Power Grid AG (Antragstellerin) über. Dies geschah mit Stichtag vom 24.7.1999. Es wurde dabei der gesamte für die Einrichtung und den Betrieb des österreichischen Hoch- und Höchstspannungsnetzes verantwortliche Teilbetrieb „Geschäftsfeldübertragung“ der XXXXXXXX samt aller bezüglich des Teilbetriebs „Geschäftsfeldübertragung“ bestehenden Verträge, Rechte und Pflichten von der XXXXXXXX in die Antragstellerin eingebracht. Die Antragsgegnerin hat ab Juni 1999 die Rechnungen über die fällig gestellten Entgelte über die durchgeführten Abtransporte nur mehr teilweise bezahlt und seit März 2000 ihre Zahlungen zur Gänze eingestellt. Im Zeitraum von April 1999 bis einschließlich Dezember 2002 blieben daher Forderungen in der Höhe von EUR 18,539.023,89 von der Antragstellerin an die Antragsgegnerin offen. Während dieses Zeitraums wurden die Energieanteile aus den Donaukraftwerken von der Antragstellerin für die XXXXXXXX gemäß den vertraglichen Vorgaben abtransportiert. Von Seiten der Antragstellerin wurde der in den jeweiligen Verträgen dafür vorgesehene Tarif in Rechnung gestellt.

### **II.3. Beweiswürdigung**

Beweis wurde erhoben durch das Vorbringen der Streitparteien, Einsicht in die folgenden Verträge: Energieabtransportvertrag Abtransport XXXXXXXX-Energie aus dem Kraftwerk Altenwörth vom 21.12.1973, Energieabtransportvertrag Abtransport XXXXXXXX-Energie aus dem Kraftwerk Abbinden-Asten vom 30.11.1976 und Energieabtransportvertrag Abtransport XXXXXXXX-Energie aus dem Kraftwerk Melk vom 28.2.1979.

Die Antragslegitimation ergibt sich aus den vorgelegten Schreiben der Antragstellerin an die Antragsgegnerin vom August 1999 (Beilage./A der Stellungnahme der Antragstellerin vom 15. 11. 2002), der Kopie des Protokolls der ao Generalsversammlung der XXXXXXXX GmbH vom 25.05.1999 und der Kopie des Sacheinlagevertrages vom 25.05.1999 (Beilage./B und Beilage ./C der Stellungnahme der Antragstellerin vom 15. 11. 2002).

Die Feststellung betreffend die geleisteten Abtransporte und die Höhe der dafür in Rechnung gestellten Entgelte ergeben sich aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Konvolut an Monatsrechnungen sowie aus einem Konvolut von Auszügen aus dem SAP-System der



Antragstellerin in dem Zeitraum ab Februar 1999. Die Richtigkeit der Berechnung der Höhe der in Rechnung gestellten Transportleistungen wurde auch von der Antragsgegnerin bestätigt. Die Feststellung, dass die verfahrensgegenständlichen Rechnungen nur teilweise bzw zur Gänze nicht bezahlt wurden, ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin, deren Richtigkeit von der Antragsgegnerin auch nicht bestritten worden ist.

Alle entscheidungsrelevanten Tatsachen konnten somit eindeutig ermittelt werden, es erübrigt sich daher eine weitere Anhörung der Parteien.

## II.4. Rechtliche Würdigung

### Zulässigkeit:

§ 16 Abs 1 Z 5 E-RBG überträgt der Energie-Control Kommission „die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Marktteilnehmern“, verweist jedoch gleichzeitig im Klammerausdruck auf § 21 EIWOG. Die Kompetenz ist daher einschränkend dahingehend auszulegen, dass nur Streitigkeiten gemäß § 21 EIWOG davon umfasst sind.

Die hier interessierende Zuständigkeit gemäß § 21 Abs 2 („in allen übrigen Streitigkeiten zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreiber über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen, insbesondere die anzuwendenden Bedingungen und Systemnutzungstarife“) ist grundsätzlich den Gerichten zugewiesen. Die „Klage kann jedoch erst nach Zustellung des Bescheides der Elektrizitäts-Control Kommission im Streitschlichtungsverfahren gemäß Art 8 § 7 Abs 2 oder nach Verstreichen der im Art 8 § 7 Abs 3 vorgesehenen Frist eingebracht werden“.

Der Querverweis auf Art 8 § 7 Abs 2 geht ins Leere, da in Art 8 (=Regulierungsbehördengesetz) § 7 die Aufgaben der (nunmehr) Energie-Control GmbH geregelt sind, und nicht die Aufgaben der (nunmehr) Energie-Control Kommission. Auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes erscheint dies verständlich. In der Änderung der Regierungsvorlage zum Energieliberalisierungsgesetz (Zu 66 der BeilNr XXI. GP) war der Kompetenzumfang der (damals) Elektrizitäts-Control GmbH im Vergleich zur Kommission noch wesentlich umfangreicher. Unter anderem fielen auch die Streitigkeiten gemäß § 21 EIWOG in die Kompetenz der Elektrizitäts-Control GmbH, und war in § 7 Regulierungsbehördengesetz die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Marktteilnehmern ausdrücklich der Elektrizitäts-Control GmbH zugewiesen. In diesem Paragraphen war weiters die sukzessive Kompetenz von der Elektrizitäts-Control GmbH an die Gerichte (in diesem Fall Handelsgerichtsbarkeit gemäß § 51 JN) vorgesehen.

Durch die nachfolgenden Änderungen der Regierungsvorlage im Nationalrat wurde die Kompetenz zur Elektrizitäts-Control Kommission verschoben, wodurch die sukzessive Kompetenz in der Folge im § 16 Regulierungsbehördengesetz geregelt wurde: Gemäß § 16 Abs 3 1. Satz leg cit haben Erledigungen bescheidmässig zu ergehen. Die Partei, die sich mit

dem Bescheid, der im Schlichtungsverfahren abspricht, nicht zufrieden gibt, kann innerhalb von vier Wochen nach Zustellung des Bescheides die Sache bei Gericht anhängig gemacht werden, wodurch der Bescheid der Energie-Control Kommission außer Kraft tritt.

Offenbar wurde in diesem Zuge vergessen, den im § 21 EIWOG enthaltenen Querverweis zu aktualisieren.

Aus der Entwicklungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich sohin, dass für die Streitigkeiten gemäß § 21 Abs 2 EIWOG eine sukzessive Zuständigkeit der Gerichte (in diesem Sinne auch *Schanda*, *Energierrecht*<sup>2</sup> Randziffer 8 und 9 zu § 21 EIWOG; *Mayer* u.a, EIWOG 2000 Anm 5 zu § 21) besteht.

Auf Grund der Einrichtung einer Behörde gemäß Art 133 Z 4 B-VG in Verbindung mit der angeordneten sukzessiven Kompetenz und dem ausdrücklichen Hinweis darauf, dass Erledigungen bescheidmäßig zu ergeben haben, ergibt sich der Wille des Gesetzgebers, dass die Energie-Control Kommission in der Sache selbst entscheidet. Die Energie-Control Kommission hat daher etwa in Stattgebung eines Zahlungsbegehrens einen Leistungsbescheid zu erlassen (vgl. dazu auch den Bescheid der Elektrizitäts-Control Kommission vom 13.2.2002, K STR 01/01-59, sowie den Bescheid der Elektrizitäts-Control Kommission vom 22.3.2002, K AUS 01/02, veröffentlicht auf der Homepage der Energie-Control GmbH, [www.e-control.at](http://www.e-control.at)).

Zum Umfang der „übrigen Streitigkeiten ... über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen“ gemäß § 21 Abs. 2: Aus dem Zusammenhang ergibt sich, dass mit „diesem Verhältnis“ das im vorhergehenden Absatz 1 genannte Verhältnis zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern gemeint ist. Dieses Verhältnis wird in der Regel der Netzzugangs- bzw. Netznutzungsvertrag sein. Es ist sohin davon auszugehen, dass sämtliche zivilrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere solche auf Bezahlung des Entgeltes, in die Zuständigkeit gemäß der Gesetzesstelle fallen. Vor allem aus dem Ausdruck „insbesondere die anzuwendenden Bedingungen und Systemnutzungstarife“ ergibt sich, dass tatsächlich Bezug auf die Systemnutzungstarife genommen wird, und zwar auch auf die Bezahlung derselben.

#### In der Sache selbst ergibt sich:

Für das gegenständliche Verfahren ist die Klärung der Frage, welche rechtlichen Auswirkungen § 70 Abs 1 EIWOG auf die bestehenden Abtransportverträge zwischen der Antragsstellerin und der Antragsgegnerin hat, von entscheidender Bedeutung. § 70 Abs 1 EIWOG normiert, dass privatrechtliche Vereinbarungen durch das Inkrafttreten des EIWOG unberührt bleiben. Diese Vorgabe wiederholt allerdings nur die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze, wonach beispielsweise für die vorzeitige Auflösung von Dauerschuldverhältnissen, wichtige Gründe vorliegen müssen, die eine Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung erkennen lassen. Eine automatische Ungültigkeit bzw

Kündigungsmöglichkeit ist jedoch keinesfalls damit verbunden (vgl. *Thurnher*, EIWOG, 236; *Pauger/Pichler*, Elektrizitätsrecht<sup>2</sup>, 217; *Schanda*, Energierecht<sup>3</sup>, 120). Es ist daher zu prüfen, inwieweit zwingende Vorgaben des EIWOG in bestehende Verträge eingreifen und eine Änderung bzw. Auflösung erzwingen. Im Gegensatz zu bestehenden „All-inclusive-Stromlieferverträgen“, die sowohl die Lieferung von Energie als auch die Benutzung des Leitungsnetzes zum Inhalt haben, ist in den verfahrensgegenständlichen Abtransportverträgen nur die Benützung der Leitung Vertragsgegenstand. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Anwendung der EIWOG-Vorschriften auf diese Verträge sind somit nicht mit herkömmlichen Stromlieferverträgen vergleichbar. Für die sogenannten „All-inclusive-Verträge“ war vor der Liberalisierung bereits eine amtliche Preisregelung und ein Kontrahierungszwang vorgesehen. Die Einführung des Systems des regulierten Netzzuganges zu amtlichen Tarifen beeinträchtigt diese Verträge nur insoweit, als für die Nutzung des Netzes nunmehr behördliche Festpreise bestimmt werden. Eine derartige Preisfestlegung für den Energieanteil ist gesetzlich jedoch nicht mehr vorgesehen. Es besteht daher für den Netzbetreiber nunmehr die Pflicht, für die Inanspruchnahme seines Leitungsnetzes ausschließlich den behördlich vorgegebenen Festpreis zu verlangen. Der Preis für Energielieferung und Netznutzung, den der Netzbetreiber auf Grund des bereits vor Liberalisierung bestehenden Vertrages (gemeinsam) in Rechnung stellt, bleibt aufrecht. Er hat aber dem Kunden den (Fest-)Tarif für die Netznutzung gesondert auszuweisen und zu verrechnen (§ 25 Abs 10 EIWOG). Am wirtschaftlichen Ergebnis ändert sich für die beiden Vertragspartner durch die neuen preisrechtlichen Vorgaben nichts. Ein Weiterbestand des Vertrages wird beiden Vertragsparteien in der Regel wohl auch wirtschaftlich zumutbar sein. Ordentliche Kündigungsmöglichkeiten werden von der Gesetzesänderung ohnehin nicht berührt.

Anders verhält es sich jedoch bei den verfahrensgegenständlichen Abtransportverträgen. Für diese Art von Verträgen bestand vor Erlass des EIWOG keine amtliche Preisregelung und auch kein Kontrahierungszwang. Sie hatten also schon zum Zeitpunkt ihres Abschlusses eine Sonderstellung. Der Abtransportvertrag war gewissermaßen nur ein dem Hauptvertrag (Strombezugsrecht er Antragsgegnerin aus Donaukraftwerken) „nachgelagerter“ Vertrag. Nach der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Rechtslage wurden die Kraftwerke von eigenen juristischen Personen, den sogenannten Sondergesellschaften betrieben. Die Leitungen, welche zum Abtransport notwendig sind, wurden jedoch von der XXXXXXX errichtet und betrieben. Hier lässt sich deutlich erkennen, dass die geschilderte Situation nicht mit herkömmlichen „All-inclusive-Verträgen“ vergleichbar ist. Während bei diesen Verträgen die Änderung der Rechtslage durch das EIWOG im Allgemeinen zu keiner wirtschaftlichen Änderung führt, hätte die Anwendung der einschlägigen Vorgaben des EIWOG und der dazu ergangenen Systemnutzungstarife-Verordnungen auf die Abtransportverträge zur Folge, dass sie für den Vertragspartner XXXXXXX (nunmehr XXXXXXX) zum völligen Verlust der Einnahmen aus diesen Verträgen führen würde. Der Strombezieher (Antragsgegnerin) wäre allerdings in der Position, dass er sich für seinen Strombezug den zu entrichtenden Anteil an Leitungskosten ersparen würde. Bei den Abtransportverträgen stand offensichtlich im Vordergrund, eine verursachungsgerechte Finanzierung durch die Netznutzer (die

Gesellschaften, welche Bezugsrechte an den angeschlossenen Kraftwerken haben), für welche die Leitungen letztendlich errichtet wurden, sicherzustellen. Nachdem die in den Verträgen vorgesehene Berechnung des Entgelts für die Inanspruchnahme der Leitungen im klaren Widerspruch zu den nunmehr geltenden Vorgaben des EIWOG steht, würde der Zwang zur Anwendung dieser Vorgaben dazu führen, dass die Antragstellerin auf die Einnahmen aus diesen Verträgen völlig verzichten müsste. Von behördlicher Seite ist jedoch die kostenmindernde Berücksichtigung sonstiger Erträge von Netzbetreibern bei der Festsetzung der Systemnutzungstarife vorgesehen. Diese Vorgangsweise der Behörde findet ihren Ursprung in § 23 Abs 3 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Festlegung der Grundsätze, die bei der Bestimmung des Systemnutzungstarifes angewendet werden, BGBl II 51/1999, wonach Kostenminderungen aus sonstigen Erträgen, soweit diese das Netz betreffen, den jeweiligen Netzebenen gutzuschreiben sind. Bei den Einkünften aus den Abtransportverträgen handelt es sich genau um solche „sonstige Erträge“. Es darf diese Vorgabe gemeinsam mit der Bestimmung des § 70 Abs 1 EIWOG als Beleg dafür gelten, dass der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber sehr wohl von Einkünften des Netzbetreibers ausgegangen ist, welche nicht aus den Einnahmen der verordneten bzw. gesetzlich normierten Systemnutzungstarife stammen. Eine Aufhebung bzw. Unanwendbarkeit der Abtransportverträge würde dazu führen, dass sich die Einkünfte der Antragstellerin aus diesen Verträgen praktisch auf null reduzieren. Dies ist ein Ergebnis, das weder der Gesetzgeber noch die beiden Vertragsparteien beabsichtigt haben können. Anders als bei „All-inclusive-Verträgen“ würden sich die Bezugskosten der Antragsgegnerin durch die Nichtanwendung der gegenständlichen Verträge drastisch senken. Dies ist sicherlich nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen. Eine Weitergeltung dieser Verträge beeinträchtigt die Hauptziele des EIWOG (Beseitigung von Ausschließlichkeitsrechten, Schaffung der Möglichkeit zum Lieferantenwechsel) nur marginal. Zudem haben diese Verträge auch schon zum Zeitpunkt ihres Abschlusses eine Sonderstellung eingenommen. Die Abtransportverträge vermögen auf lange Sicht sicherlich nicht die Wirkung des Gesetzes zu suspendieren. Sie sind allenfalls als notwendige „Übergangserscheinungen“ zu akzeptieren, welche auf Grund ihrer – im Vergleich zum gesamten Strommarkt – marginalen Bedeutung keine wesentlichen Auswirkungen auf die Liberalisierung des Strommarktes haben. Kartellrechtliche Überlegungen und schiedsgerichtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit den Strombezugsverträgen aus den Donaukraftwerken haben keine Bedeutung für die von der Antragstellerin tatsächlich erbrachten Leistungen aus den Abtransportverträgen.

Es war daher der geltend gemachte Kapitalbetrag zuzusprechen. Da gemäß den verfahrensgegenständlichen Verträgen als Verzugszinssatz ein Zinssatz von 3 % über der jeweiligen Bankrate, also derzeit 5,75 % p.a., vereinbart wurde, war wie beantragt diese Verzinsung zuzusprechen.

Zu Spruchpunkt 2:

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH ist ein Feststellungsbescheid unzulässig, wenn auf Grund der anzuwendenden Rechtslage bereits ein Leistungsbescheid möglich ist. (vgl. *Walter/Thiener*, *Verwaltungsverfahren*<sup>2</sup> (1998) 913). Dies trifft auf das gegenständliche Verfahren zu. Der Feststellungsantrag war daher zurückzuweisen.

### **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. Durch die Anrufung des Gerichtes tritt die Entscheidung der Energie-Control Kommission außer Kraft. Sie tritt jedoch wieder in Kraft, wenn der Antrag auf Entscheidung des Gerichtes zurückgezogen wird (§ 16 Abs 3 E-RBG, BGBl I Nr 121/2000 idF BGBl I Nr 148/2002).

Energie-Control Kommission

Wien, am 16. April 2003

Der Vorsitzende  
Dr. Wolfgang Schramm