

### **Bescheid**

Die Elektrizitäts-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 04/01 betreffend Verweigerung des Netzzuganges gegenüber der Ö. durch die W. gemäß § 20 Abs. 2 ElWOG in der Sitzung am 21. November 2001 einstimmig beschlossen:

### **I. Spruch**

Über den Antrag der Ö. an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vom 27. November 2000, BMWA Z ####, erkennt die Elektrizitäts-Control Kommission als nunmehr zuständige Behörde gemäß § 20 Abs. 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (ElWOG), BGBl. I Nr. 143/1998, und § 16 Abs. 1 Z 4 Bundesgesetz über die Aufgaben der Regulierungsbehörden im Elektrizitätsbereich und die Errichtung der Elektrizitäts-Control GmbH und der Elektrizitäts-Control Kommission, in der Fassung des Energieliberalisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 121/2000, wie folgt:

1. Insoweit sich das Antragsbegehren auf die bescheidmäßige Feststellung richtet, die Antragstellerin sei durch die W. hinsichtlich Anträgen auf Netzzugang und Anmeldung von Transportdienstleistungen zur Belieferung von Betriebsstätten der H. in Wien und Niederösterreich in ihrem gesetzlich gewährten Recht auf Netzzugang verletzt worden, wird der Antrag zurückgewiesen.
2. Die antragstellende Gesellschaft wurde durch die Verweigerung des zur Belieferung der Kundin F. gemäß § 47 Abs. 1 Z 1 Oberösterreichisches Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (im Folgenden: „Oö. ElWOG“), LGBl. Nr. 20/1999, beantragten Netzzugangs seitens der W. nicht in einem gesetzlich gewährleisteten Recht auf Netzzugang verletzt.

## **II: Begründung**

*[Von der Wiedergabe des Ablaufes des Verfahrens, des Sachverhaltes sowie der Beweiswürdigung wurde abgesehen.]*

### II.5. Rechtliche Beurteilung:

#### *1. Zuständigkeit*

Der Elektrizitäts-Control Kommission sind gemäß § 16 Abs. 1 Z 4 des Bundesgesetzes über die Aufgaben der Regulierungsbehörden im Elektrizitätsbereich und die Errichtung der Elektrizitäts-Control GmbH und der Elektrizitäts-Control Kommission – ECGG, BGBl. I Nr. 121/2000, Entscheidungen über Netzzugangsverweigerung im Verfahren nach § 20 Abs. 2 EIWOG ab dem 1. März 2001 zugewiesen.

#### *2. Inhaltliche Beurteilung:*

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

##### *2.1. Anzuwendende Rechtslage:*

Die Verfassungsbestimmung des § 20 Abs. 2 EIWOG, BGBl. I Nr. 143/1998, stellt in ihrer Anwendungsvoraussetzung auf die Behauptung eines Normunterworfenen ab, in seinem gesetzlich eingeräumten Recht auf Netzzugang verletzt worden zu sein. Im Hinblick darauf, dass § 20 Abs. 2 EIWOG auf den Anspruch des Netzzugangsberechtigten abstellt und nicht auf die Verpflichtung des Netzbetreibers, ist davon auszugehen, dass die Elektrizitäts-Control Kommission bei ihrer Entscheidung jene Rechtsnormen anzuwenden hat, die einen Rechtsanspruch des Netzzugangsberechtigten begründen. In diesem Umfang ist jedenfalls auch eine Rechtspflicht des Netzbetreibers anzunehmen. Ob bzw. in welchem Umfang einem Unternehmen ein Recht auf Netzzugang eingeräumt ist, richtet sich nach der Ausführungsgesetzgebung jenes Landes, in dem dieses Unternehmen seinen Sitz hat. Ob daher ein Landesausführungsgesetz für ein individuell bestimmtes Unternehmen bestimmte Rechtswirkungen zu erzeugen vermag, richtet sich danach, ob dieses Unternehmen zu diesem

Landesausführungsgesetz als Normadressat in einem persönlichen Naheverhältnis steht. § 3 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51, behandelt dagegen die Frage, welche von mehreren sachlich zuständigen Verwaltungsbehörden örtlich zuständig ist und ist in diesem Zusammenhang nicht maßgeblich.

Die für die Beurteilung der Hauptfrage maßgebliche Vorfrage ist, ob der Ö. die Stellung eines unabhängigen Erzeugers zukommt.

Da die Ö. im Land Oberösterreich ihren Sitz hat, ist für die Beurteilung der Netzzugangsberechtigung im gegenständlichen Fall der in Ausführung der §§ 39 ff. ElWOG ergangene § 47 Abs. 1 Z 1 des Oö. ElWOG, LGBl. Nr. 20/1999, maßgeblich.

Die Beurteilung der Frage, ob ein Netzverweigerungstatbestand vorliegt, richtet sich nach den Vorschriften jenes Landes, in dem der den Netzzugang verweigernde Netzbetreiber seinen Sitz hat (in diesem Sinne auch der mit 1.10.2001 in Kraft getretene § 20 Abs. 2 ElWOG idF BGBl. I Nr. 121/2000). Im gegenständlichen Verfahren sind demnach zur Beurteilung dieser Frage die Vorschriften des Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetzes 1999 (WEIWG), LGBl. 37/1999, anzuwenden.

## *2.2. Zur mangelnden Antragslegitimation der Ö. (Spruchpunkt 1)*

Gemäß § 20 Abs. 2 ElWOG hat die Behörde über Antrag desjenigen, der behauptet, durch die Verweigerung des Netzzuganges in seinem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung des Netzzuganges verletzt worden zu sein, festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung des Netzzuganges vorliegen. Antragsvoraussetzung ist daher, dass der Netzzugang dem Antragsteller durch den Netzbetreiber verweigert wurde. Die Verweigerung des Netzzuganges setzt einen entsprechenden Antrag auf Gewährung des Netzzuganges voraus.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die W. gegenüber der Ö. den Netzzugang für die Belieferung der Betriebsstätten der H. mit Reserveenergie nicht verweigert hat, auch wurde weder von der Ö. noch in deren Vollmachtsnamen ein entsprechender Antrag auf Netzzugang bei der W. gestellt. Eine Antragslegitimation der Ö. für das Feststellungsverfahren kann sich auch nicht auf die Beschränkung der Transportdienstleistungen – gegenüber der nicht im

Vollmachtsnamen der Ö. auftretenden E. – auf die Eigenbelieferung der H. gründen. Der Antrag war daher insoweit zurückzuweisen.

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

#### Zur mangelnden Netzzugangsberechtigung der Ö. (Spruchpunkt 2):

Gemäß § 22 Abs. 1 Oö. ElWOG sind Netzbetreiber verpflichtet, den Netzzugangsberechtigten den Zugang zu ihren Systemen und die Durchleitung zu den genehmigten Allgemeinen Netzbedingungen und zu den jeweils geltenden Systemnutzungstarifen inklusive eines allfälligen Zuschlages einer gemäß § 47 Abs. 4 ElWOG, BGBl. I Nr. 143/1998, erlassenen Verordnung, auf Grund privatrechtlicher Verträge zu gewähren.

§ 22 Abs. 2 Oö. ElWOG räumt den Netzzugangsberechtigten einen Rechtsanspruch ein, auf Grundlage der genehmigten Allgemeinen Netzbedingungen und der bestimmten Systemnutzungstarife inklusive eines allfälligen Zuschlages einer gemäß § 47 Abs. 4 ElWOG erlassenen Verordnung die Nutzung der Netze zu verlangen.

Die für die Beurteilung der Netzzugangsberechtigung maßgebliche Bestimmung des § 2 Z 32 Oö. ElWOG definiert den Begriff „Netzzugangsberechtigter“ mit zugelassenen Kunden, unabhängigen Erzeugern und Eigenerzeugern sowie Betreibern von Verteilernetzen im Sinn des § 22 Abs. 3 und 4 Oö. ElWOG.

Gemäß § 47 Abs. 1 Z 1 Oö. ElWOG sind unabhängige Erzeuger und Eigenerzeuger berechtigt, in jenem Ausmaß, in dem sie elektrische Energie aus Anlagen abgeben, die mit fester oder flüssiger heimischer Biomasse, Biogas (z. B. Deponie- und Klärgas), geothermischer Energie, Wind- oder Sonnenenergie betrieben werden, mit allen Kunden Verträge über die Lieferung von Elektrizität abzuschließen und diese Kunden mit dieser Elektrizität zu beliefern.

Die Vorfrage, ob die Anlage S. auf Basis erneuerbarer Energieträger iSd § 47 Abs. 1 Z 1 Oö. ElWOG betrieben wird und die Ö. als Pächterin der Anlage unabhängiger Erzeuger ist, darf die Elektrizitäts-Control Kommission selbst beurteilen und die Beurteilung diesem Bescheid zu Grund legen (§ 38 AVG). Die Elektrizitäts-Control Kommission entschied sich in ihrer konstituierenden Sitzung am 6. Juni 2001 für die Aussetzung des Verfahrens nach § 38 AVG, da nach damaliger Aktenlage mit einer abschließenden Entscheidung in dem die Vorfrage betreffenden Verfahren #### der Oö. Landesregierung, das auf Grund eines entsprechenden Antrages der E. vom 5. Februar 2001 eingeleitet worden war, in Kürze zu

rechnen war. Da nach Aussetzung des Verfahrens durch die Elektrizitäts-Control Kommission ein Ergänzungsgutachten im Verfahren ### in Auftrag gegeben wurde, sich dessen Fertigstellung erheblich verzögerte und darüber hinaus nach Ablauf der Entscheidungsfrist gem. § 73 Abs. 1 AVG für die Oö. Landesregierung eine Sachentscheidung innerhalb eines vertretbaren Zeitraumes nicht mehr zu erwarten war, entschloss sich die Elektrizitäts-Control Kommission zur Fortführung des Verfahrens, das auch die Vorfrage der Netzzugangsberechtigung zum Gegenstand hat:

Gemäß § 7 Z 4 EIWOG bzw. § 2 Z 4 Oö. EIWOG ist „unabhängiger Erzeuger“ ein Erzeuger, der weder Elektrizitätsübertragungs- noch -verteilungsfunktionen in dem Gebiet des Netzes ausübt, in dem er eingerichtet ist. Da die Ö. keine Netzbetreiberfunktionen wahrnimmt, ist die maßgebliche Frage, ob sie „Erzeuger“ ist. „Erzeuger“ ist gem. § 7 Z 2 EIWOG bzw. § 2 Z 2 u.a. eine juristische oder natürliche Person, die Strom erzeugt. Den Erläuterungen zur Stammfassung des EIWOG ist zu entnehmen, dass die Definitionen des § 7 Z 2 und 4 im Wesentlichen den Begriffsbestimmungen der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie 96/92/EG entsprechen. Weitere Hinweise enthalten die Erläuterungen nicht.

Zum Begriff des Erzeugers ist anzunehmen, dass das Gesetz nicht einschränkend auf das Eigentum an der Erzeugungsanlage, sondern im Sinne eines weiteren Verständnisses auf die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Anlage abstellt. So sieht § 39 Abs. 1 Z 1 EIWOG vor, dass unabhängige Erzeuger in jenem Ausmaß netzzugangsberechtigt sind, in dem sie (selbst) Strom aus Anlagen, die auf Basis erneuerbarer Energieträger betrieben werden, (tatsächlich) abgeben. Die Erzeugereigenschaft könnte daher auch dem Pächter einer Erzeugungsanlage zukommen, insofern er nicht nur die vertraglich eingeräumte, sondern auch die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Anlage hat und diese betreibt.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Ö. die im Eigentum der E. stehende Wirbelschichtkesselanlage in S. samt angeschlossener Dampfturbine und Generatoranlage zum ausschließlichen Zweck in Pacht genommen hat, um elektrische Energie zu erzeugen (Pkt. II des Vertrages) und die Stellung als unabhängiger Erzeuger für die Dauer des Pachtverhältnisses zu erlangen (Pkt. I). Betrieben wird die Anlage entgegen Pkt. VII des Pachtvertrages (der eine Betriebspflicht der Pächterin festlegt) jedoch nicht von der Ö. selbst,

vielmehr ist die Betriebsführung der Anlage – und damit auch die tatsächliche Erzeugung elektrischer Energie aus der Anlage – auf Grund eines entsprechenden Vertrages der E. übertragen. Als Folge eines Betriebsführungsvertrages wird der Betrieb von seinem Eigentümer, aber für Rechnung (auf Risiko) eines anderen Unternehmens weitergeführt (vgl. *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., § 13 Rz 30). Die Erzeugung auf Rechnung eines mit der Betriebsführung nicht befassten Dritten kann aber nicht bewirken, dass dieser tatsächlich die Erzeugung vornimmt, da diese vom Betriebsführer vorgenommen wird.

Darüber hinaus kommt der Pächterin gemäß Pkt. 2.3. des Betriebsführungsvertrages lediglich die Genehmigung des Betriebsfahrplans in Form einer Jahresvorschau zu und sind allfällige wesentliche Änderungen des Fahrplans im Einvernehmen mit der Ö. vorzunehmen. Ferner besteht gemäß Pkt. 3.4. des Betriebsführungsvertrages eine Informationspflicht des Bedienungspersonals gegenüber der Ö. (nur), wenn der störungsfreie Betrieb der Kraftwerksanlage nicht mehr gewährleistet werden kann. Auf Grund dieser lediglich allgemein gehaltenen, auf Ausnahmesituationen abstellenden Zustimmungs- und Informationsrechte ist auch eine Einflussnahmemöglichkeit der Pächterin auf den täglichen Betrieb der Anlage, etwa durch Weisungsrechte, nicht gewährleistet.

Gemäß Pkt. 4.3. des Betriebsführungsvertrages steht die sich nach Abzug des Eigenverbrauchs der Anlage ergebende Nettoerzeugungsmenge im Eigentum der Pächterin und „wird von dieser“ in das Netz der En. abgegeben. Tatsächlich kann die erzeugte elektrische Energie jedoch nur von demjenigen, der die Anlage betreibt, abgegeben werden. Inhalt der Vertragsklausel kann daher nur sein, dass die elektrische Energie von der E. auf Rechnung und Risiko der Ö. abgegeben wird. Auch dadurch erlangt die Ö. nicht den Status eines unabhängigen Erzeugers,

Da der Ö. somit nicht der Status eines unabhängigen Erzeugers zukommt und kein Recht auf Netzzugang besteht, wurde der Netzzugang seitens der W. zu Recht verweigert. Auf das Vorbringen betreffend die Eigenschaft der in der Anlage S. verfeuerten Brennstoffe war daher nicht näher einzugehen.