jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2004/9/7 2003/05/0094

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 07.09.2004

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E1E;
E3L E12300000;
E3L E13309900;
E3R E08100000;
E6J;
L78007 Elektrizität Tirol;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
58/02 Energierecht;
59/04 EU - EWR;

Norm

11997E081 EG Art81 Abs1;
11997E081 EG Art81 Abs2;
11997E081 EG Art81 Abs3;
11997E081 EG Art81;
11997E082 EG Art82;
11997E086 EG Art86 Abs2;
11997E234 EG Art234;
31996L0092 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL Art17 Abs4;
31996L0092 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL Art7 Abs5;
31996L0092 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL Präambel Abs3;
31996L0092 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL;
31999R2790 GruppenfreistellungsV vertikale Vereinbarungen Art2;
31999R2790 GruppenfreistellungsV vertikale Vereinbarungen Art3 Abs1;
61965CJ0056 Societe Technique Miniere / Maschinenbau Ulm VORAB;
61971CJ0022 Beguelin Import VORAB;
61981CJ0283 CILFIT und Lanificio di Gavardo VORAB;
61989CJ0234 Delimitis VORAB;
AVG §1;
AVG §38;

AVG §56;
ElektrizitätsG Tir 2001 §33;
ElektrizitätsG Tir 2001 §35 Z1;
ElektrizitätsG Tir 2001 §35;
ElektrizitätsG Tir 2001 §36 Abs1 litb;
ElektrizitätsG Tir 2001 §36 Abs2;
ElektrizitätsG Tir 2001 §38 Abs1;
ElektrizitätsG Tir 2001;
ElWOG 1998 §15;
ElWOG 1998 §19 Z1;
ElWOG 1998 §19;
ElWOG 1998 §20 Abs1;
ElWOG 1998 §20 Abs2 idF 2002/I/149;
ElWOG 1998 §22 Abs1;
ElWOG 1998 §22;
ElWOG 1998 idF 2002/I/149;
EURallg;
VwGG §38b idF 2004/I/089;
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident DDr. Jakusch und die Hofräte Dr. Kail, Dr. Pallitsch, Dr. Waldstätten und Dr. Moritz als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. König, über die Beschwerde der Tiroler Regelzone AG in Thaur, vertreten durch Dr. Heinz Knoflach, Dr. Eckart Söllner und Dr. Erik Kroker, Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, Schmerlingstraße 2, gegen den Bescheid der Energie-Control Kommission vom 6. Mai 2003, Zl. K NZV 01/02-38, betreffend Netzzugang (Mitbeteiligte Partei: Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenberg Austria GmbH in Wien, vertreten durch Neudorfer Griensteidl Hahnkamper Stapf & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Esslinggasse 9), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 und der Mitbeteiligten in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Tiroler Wasserkraft AG (TIWAG) hat in Umsetzung des ElWOG und des Tiroler Elektrizitätsgesetzes 2001 (TEG) die Beschwerdeführerin (im Folgenden auch: TIRAG) als 100%-ige Tochter gegründet und per 5. Dezember 2001 mit den Funktionen des Regelzonenführers und Übertragungsnetzbetreibers betraut. Mit Bescheid der Tiroler Landesregierung vom 16. Jänner 2002 wurde die TIRAG als Regelzonenführer für den vom Übertragungsnetz der TIWAG abgedeckten Netzbereich benannt.

Die auf der Nord- und Südtiroler Seite bestehenden Leitungsteilstücke Steinach-Brenner und Brenner-Prati di Vizze waren nicht elektrisch miteinander verbunden. Im Jahr 2000 wurde mit der Reaktivierung der grenzüberschreitenden Leitung begonnen, wobei insbesondere auf die höhere Betriebsspannung auf italienischer Seite (132 kV) Bedacht zu nehmen war. Die Tiroler Landesregierung erteilte mit Bescheid vom 27. Jänner 2003 der TIWAG gemäß § 7 Abs. 1 und 2 Tiroler Starkstromwegegesetz die Bau- und Betriebsbewilligung für den Umbau der bestehenden 110 kV-Leitung Steinach-Brenner auf eine Betriebsspannung von 132 kV und für die Erweiterung des 110/30 kV-Umspannwerkes Steinach auf die Betriebsspannung von 132 kV. Mit Bescheid vom 18. Februar 2003 erteilte die Tiroler Landesregierung eine entsprechende naturschutzrechtliche Bewilligung.

Das hier gegenständliche Feststellungsverfahren nach § 20 Abs. 2 ElWOG wurde durch das Schreiben der mitbeteiligten Partei (auch: EGL) vom 27. November 2002 eingeleitet. Dieses Schreiben lautet:

"Wir haben bei der TIRAG Kapazitätsreservierungen für die projektierte Leitung nach Italien für die Jahre 2003 und 2004 vorgenommen.

Aus dem Antwortschreiben der TIRAG geht hervor, dass auf Grund bereits vorliegender Reservierungsansuchen und daraus resultierender Kapazitätsüberschreitungen, aus momentaner Sicht ein Netzzugang für die EGL nicht gewährt werden kann. Die Verweigerung des Leitungszuganges ist nach unserer Ansicht nicht gerechtfertigt. Wir erwarten eine transparente Vergabe der Kapazitäten und beantragen deshalb eine Prüfung der Verweigerungstatbestände durch die E- Control gemäß ElWOG § 20 (2).

Beiliegend erhalten Sie die Kopien der Kapazitätsreservierungen der EGL und das Antwortschreiben der TIRAG."

Dem waren zwei Schreiben der Mitbeteiligten an die Beschwerdeführerin mit Datum 8. Oktober 2002 (Telefax) angeschlossen. Das eine Schreiben betraf das Kalenderjahr 2003; darin wollte die Mitbeteiligte mit sofortiger Wirkung nach Fertigstellung für den Export nach Italien 100 MW bzw. 50 % des NTCs (= net transfer capacity) reservieren. In dem das Jahr 2004 betreffenden Schreiben wollte die Mitbeteiligte mit sofortiger Wirkung nach Fertigstellung für die Zeit vom 1. Jänner 2004 bis 31. Dezember 2004 200 MW bzw. 50 % des NTCs für den Export nach Italien reservieren.

Weiters vorgelegt wurde das Antwortschreiben der Beschwerdeführerin vom 14. November 2002, welches lautet:

"Wir beziehen uns auf Ihr Telefax vom 08.11.2002 sowie Ihre Urgenz vom 13.11.2002, mit denen Sie eine Reservierung für die Jahre 2003 und 2004 über 50% der Kapazität der projektierten Leitung nach Italien beantragen Wir dürfen Ihnen dazu mitteilen, dass mit einem gesicherten Betrieb der Leitungsverbindung jedenfalls erst im Jahr 2004 zu rechnen sein wird. Die Kapazitätsvergabe auf der gegenständlichen Leitung wird nach den Bestimmungen des § 19 ElWOG 2001 bzw. den jeweils gültigen Marktregeln erfolgen. § 19 (1) sieht für eingehende Reservierungsanmeldungen das 'first come, first serve'-Prinzip vor. Da bereits Reservierungsansuchen für diese Leitungsverbindung vorliegen, die die von uns zu vergebende Kapazität deutlich überschreiten, werden wir Ihre Anmeldung entsprechend dem zeitlichen Einlangen vormerken und dann berücksichtigen, wenn zeitlich vor Ihnen liegende Reservierungsansuchen entfallen."

Die belangte Behörde führte darauf ein Ermittlungsverfahren durch, wobei sie Stellungnahmen der Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerin einholte; beide Parteien legten Urkunden vor. Hervorzuheben ist das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 13. Jänner 2003, in welchem die Beschwerdeführerin erklärte, dass durch den Reservierungsvertrag mit dem Erstanmelder (TIWAG) bereits die volle zu vergebende Kapazität auf der neuen Leitungsverbindung vergeben war, weshalb die zeitlich nachgereihten Reservierungsansuchen gem. § 19 ElWOG abzulehnen waren. Im Zuge dieses Verfahrens wurde von der Beschwerdeführerin auch mangelnde Reziprozität bezüglich der Mitbeteiligten eingewendet. Am 9. April 2003 fand mit beiden Parteien eine mündliche Verhandlung statt, danach wurden weitere Urkunden vorgelegt.

Mit dem angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde fest (Spruchpunkt 1), dass die Mitbeteiligte durch die Verweigerung des Netzzuganges seitens der Beschwerdeführerin in ihrem gesetzlich gewährleisteten Recht auf Netzzugang verletzt worden ist. Andere Anträge der Mitbeteiligten wies sie wegen Unzuständigkeit gemäß § 20 Abs. 2 ElWOG in Verbindung mit § 6 AVG zurück (Spruchpunkt 2). Abgesehen vom eingangs wiedergegebenen Sachverhalt traf die belangte Behörde folgende, auszugsweise wiedergegebene Feststellungen:

"Die Reaktivierung der Leitung erfolgt durch die TIWAG im Auftrag der TIRAG als Übertragungsnetzbetreiber. Es erfolgte seitens TIRAG weder eine öffentliche Bekanntgabe der geplanten Inbetriebnahme der Leitung noch eine öffentliche Bekanntgabe der freien Leitungskapazitäten. Die Aufnahme des Probebetriebes der Leitung erfolgt - nach Vorliegen der entsprechenden Genehmigungen auf italienischer Seite - mit Jahresende 2003 bzw. Jahresbeginn 2004.

Reservierung von Kapazitäten auf der 'Brennerleitung':

1. Unternehmen A (= TIWAG):

Am 7.6.2002 suchte das mit der TIRAG verbundene Unternehmen A bei der TIRAG um Reservierung von Kapazitäten im Ausmaß von '200 bis 1.000 MW' für die Jahre 2003 bis 2033 an. A war der geplante Umbau der Leitung sowie das Vorhandensein freier Kapazitäten aus dem Umstand bekannt, dass dieses Unternehmen die Reaktivierung der Leitung im Auftrag der TIRAG vornimmt. Mit Schreiben vom 31.10.2002 wurde dem Unternehmen A seitens TIRAG ein entsprechender Vertrag über die Kapazitätsreservierung übermittelt, der von A angenommen wurde. Der Vertrag sieht vor, dass die gesamte technische Kapazität der Leitung bis zum Ende des Jahres 2007 für das Unternehmen A reserviert wird und die über diesen Zeitraum hinausgehenden Reservierungsanträge in Evidenz genommen werden

und 'entsprechend den gesetzlichen Vorgaben' behandelt werden. Der wirtschaftliche Vorteil des Probebetriebes, d. h. die Ausnutzung des Preisgefälles zwischen Österreich und Italien, kommt dem Unternehmen A zugute.

2. EGL Austria GmbH

Die EGL Austria GmbH schloss am 5.11.2002 mit dem größten österreichischen Produzenten von Wasserkraft zwei 'Optionsvereinbarungen über den Kauf von TÜV-zertifizierter elektrischer Energie' betreffend das Jahr 2003 sowie eine weitere Vereinbarung betreffend das Jahr 2004. Die Vereinbarungen haben die Belieferung der Bilanzgruppen der Antragstellerin in den Regelzonen APG und TIRAG mit elektrischer Energie ausschließlich aus Wasserkraftwerken des Vertragspartners für die Zeiträume 1.1.2003 bis 31.12.2003 bzw. 1.1.2004 bis 31.12.2004 zum Gegenstand. Am 8.11.2002 beantragte die EGL Austria GmbH jeweils mit Fax bei der TIRAG die Reservierung von Kapazität für einen Export nach Italien bis zur Übergabestelle TIRAG/GRTN ...."

In ihrer rechtlichen Beurteilung verwies die belangte Behörde zunächst darauf, dass sie bezüglich der Frage der Netzzugangsberechtigung der Mitbeteiligten, die ihren Sitz in Wien hat, die Vorschriften des Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetztes 2001 - WElWG, LGBl. Nr. 72/2001, hinsichtlich der Beurteilung der Netzzugangsverweigerungsgründe wegen des Sitzes der TIRAG (der Beschwerdeführerin) in Tirol das Tiroler Elektrizitätsgesetz 2001 - TEG, LGBl. Nr. 76/2001, anzuwenden habe.

Die belangte Behörde setzte sich in der weiteren Bescheidbegründung mit dem Netzzugangsverweigerungsgrund des § 36 Abs. 1 lit. b TEG (mangelnde Netzkapazität) auseinander. Bei knappen Kapazitäten müsse der Netzbetreiber eine Reihung der Anträge gemäß der Prioritätenliste im § 35 Z. 1 bis 4 TEG (§ 19 ElWOG) vornehmen. Die Beschwerdeführerin habe sich bei der Verweigerung des Netzzuganges auf § 35 Z. 1 TEG gestützt und das Vorliegen einer bestehenden Vereinbarung geltend gemacht, wodurch die gesamte technische Leitungskapazität für die Jahre 2003 bis 2004 ausgelastet sei. Wohl habe die belangte Behörde in einer veröffentlichten Entscheidung vom 13. Februar 2002, K NZV 21/01- 46, ausgeführt, dass es sich bei den "vertraglichen Verpflichtungen" um den zwischen Netzbetreiber und Netzbenutzer geschlossenen Transportvertrag handle und dass § 19 ElWOG mangels gegenteiliger gesetzlicher Anhaltspunkte grundsätzlich so zu interpretieren sei, dass Anträge in der Reihenfolge ihres Einlangens zu behandeln seien ("first come - first served"- Prinzip). Eine gewisse Lockerung dieses Prinzips sei allerdings durch die Sonstigen Marktregeln 2.0 eingetreten, die gemäß § 9 Abs. 1 Z. 1 Energie-Regulierungsbehördengesetz (E-RBG) von der Energie-Control GmbH gemeinsam mit den Marktteilnehmern ausgearbeitet und veröffentlicht worden seien. Diese am 1. Jänner 2003 in Kraft getretenen Marktregeln würden vorsehen, 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 würden; alle bis zu diesem Tag bis 12 Uhr eingelangten Anträge auf Reservierung für das jeweils folgende Kalenderjahr würden vom Regelzonenführer als gleichzeitig eingetroffen betrachtet. Reichten die vorhandenen, in der Disposition des Regelzonenführers stehenden Leitungskapazitäten nicht aus, um allen Anträgen auf Nutzung der Kuppelstellen zu entsprechen, habe der Regelzonenführer unter Beachtung der Prioritätenreihung gemäß § 19 ElWOG die verfügbare Kapazität zwischen den Antragstellern im Verhältnis der angemeldeten Leistung aufzuteilen. Der Regelzonenführer dürfe den Querschnitt für den Zeitraum von höchstens einem Jahr reservieren; hinsichtlich bestehender Verträge würden die Marktregeln vorsehen, dass Ansprüche auf Transportquerschnitte an internationalen Kuppelstellen, die vom Regelzonenführer TIRAG in der Zeit zwischen 19. Februar 1999 und dem 31. Dezember 2002 genehmigt wurden, grundsätzlich aufrecht blieben. Dies gelte allerdings nur für rechtmäßig entstandene Ansprüche. Die belangte Behörde prüfte daher, ob die zwischen der TIWAG und der Beschwerdeführerin geschlossene Reservierungsvereinbarung eine rechtsgültig bestehende Vereinbarung sei.

Die belangte Behörde nahm eine Nichtigkeit dieser Reservierungsvereinbarung im Lichte des Art. 81 Abs. 1 und 2 EGV an. Bei der zwischen den integrierten Elektrizitätsunternehmen TIWAG (Handel, Erzeugung, Verteilernetzbetrieb) und deren verbundenem Unternehmen TIRAG (Übertragungsnetzbetrieb, Regelzonenführer) geschlossenen Reservierungsvereinbarung handle es sich um eine vertikale Vereinbarung, durch die Dritte langfristig, zumindest bis Ende des Jahres 2007 von der Lieferung elektrischer Energie aus der Regelzone Tirol nach Italien ausgeschlossen seien. Innerhalb Tirols habe die Beschwerdeführerin als Betreiber der einzigen grenzüberschreitenden Leitung nach Italien eine Monopolstellung. Durch die Vereinbarung mit der TIWAG würde Mitbewerbern der Zugang zur Leitung und damit in der Folge auch zum benachbarten sachlichen Markt der Belieferung von Weiterverteilern in Italien zumindest für

den Zeitraum bis 2007 versperrt. Eine Einzelfreistellung durch die EG-Kommission sei offenbar nicht beantragt worden, erscheine aber auch unwahrscheinlich. Die Kommission habe zwar auch längere Liefervereinbarungen genehmigt, diese seien aber jeweils im Zusammenhang mit getätigten Investitionen erheblichen Ausmaßes gestanden. Die im Zusammenhang mit der Errichtung der Brennerleitung getätigten Investitionen seien dagegen bereits vollständig abgeschrieben, die Ausreservierung der Leitungskapazität zu Gunsten der TIWAG sei auch mit einer allfälligen Tragung der Umbaukosten nicht zu rechtfertigen.

Die Reservierungsvereinbarung wurde von der belangten Behörde auch im Sinne des Art. 82 EGV als nichtig angesehen. Der Beschwerdeführerin als Betreiberin der einzigen grenzüberschreitenden Leitung nach Italien in der Regelzone Tirol komme eine marktbeherrschende Stellung zu. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die TIRAG liege darin, dass diese sämtliche Leitungskapazitäten an das mit ihr verbundene Unternehmen TIWAG zumindest bis Jahresende 2007 vergeben habe, ohne dass Mitbewerber vom Vorhandensein freier Leitungskapazitäten Kenntnis erlangen konnten, womit sie für diesen Zeitraum von einem Zugang zur Leitung ausgeschlossen wurden.

Ein Ausschluss der beiden Nichtigkeitsgründe durch Art. 86 Abs. 2 EGV komme nicht in Betracht. Da der Elektrizitätsmarkt in Österreich hinsichtlich der Belieferung mit Strom und der freien Wahl des Lieferanten seit dem 1. Oktober 2001 vollständig liberalisiert sei und keine regionalen Versorgungsgebiete mit Gebietsschutz bestünden, käme als ausschließliches Recht im Sinne des Art. 86 EGV nur der Betrieb von Übertragungs- und Verteilerleitungen in Frage, der ein natürliches Monopol darstelle. Art. 86 Abs. 2 EGV sei jedoch als Ausnahmeregelung nicht nur zu den Wettbewerbsregeln, sondern auch zu den Grundfreiheiten eng auszulegen. Eine Argumentation, dass das Quasi-Kapazitätsmonopol bis Ende 2007 zu Gunsten der TIWAG zur Erfüllung der Aufgaben des Übertragungsnetzbetreibers TIRAG erforderlich wäre, sei nicht vertretbar.

Da somit die mit der TIWAG geschlossene Reservierungsvereinbarung als nichtig anzusehen sei, sei die Mitbeteiligte durch die mit mangelnden freien Leitungskapazitäten begründete Verweigerung des Netzzuganges durch die Beschwerdeführerin in ihrem gesetzlichen Recht auf Netzzugang verletzt.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der die Unzuständigkeit der belangten Behörde sowie Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird. Die Beschwerdeführerin erachtet sich in ihrem Recht darauf verletzt, dass Kapazitätsreservierungen bei mangelnder Kapazität und mangels Reziprozität abgelehnt werden können, dass Kapazitätsreservierungen für regelzonenüberschreitende Lieferungen in der im Gesetz festgelegten Reihenfolge vorzunehmen seien sowie im Recht darauf, dass das EU-Wettbewerbsrecht auf den nicht liberalisierten Bereich des Stromwesens, sohin auf Übertragungsnetzbetreiber und den vorrangigen Reservierungsvertrag TIRAG-TIWAG, nicht Anwendung finde.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete, ebenso wie die Mitbeteiligte, eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Mitbeteiligte stützte ihren Antrag auf § 20 Abs 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz - ElWOG idF BGBl. I Nr. 149/2002; diese Verfassungsbestimmung lautet:

"Die Energie-Control Kommission hat über Antrag desjenigen, der behauptet, durch die Verweigerung des Netzzugangs in seinem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung des Netzzugangs verletzt worden zu sein, innerhalb eines Monats festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzugangs gemäß Abs. 1 vorliegen. Der Netzbetreiber hat das Vorliegen der Verweigerungstatbestände (Abs. 1) nachzuweisen. Die Energie-Control Kommission hat in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung zwischen Netzzugangsberechtigtem und Netzbetreiber hinzuwirken."

Die belangte Behörde muss somit auf Grund eines derartigen Antrages feststellen, ob Verweigerungsgründe gemäß § 20 Abs. 1 ElWOG vorliegen; dabei musste sie gemäß der Grundsatzbestimmung des§ 20 Abs. 3 ElWOG das am Sitz des verweigernden Netzbetreibers geltende Recht anwenden. Die Grundsatzbestimmung des § 20 Abs. 1 ElWOG wird durch § 36 des hier noch anzuwendenden Tiroler Elektrizitätsgesetzes 2001, LGBl. Nr. 76, ausgeführt. Diese Bestimmung lautet:

"Verweigerung des Netzzugangs

§ 36. (1) Netzzugangsberechtigten kann der Netzzugang aus folgenden Gründen ganz oder teilweise verweigert werden:

a)

bei einem außergewöhnlichen Netzzustand (Störfall),

b)

bei mangelnder Netzkapazität,

c)

wenn der Netzzugang für Stromlieferungen für einen Kunden abgelehnt wird, der in dem System, aus dem die Lieferung erfolgt oder erfolgen soll, nicht als netzzugangsberechtigter Kunde gilt, oder

d) wenn ansonsten Elektrizität aus fernwärmeorientierten, umwelt- und ressourcenschonenden sowie technisch-wirtschaftlich sinnvollen KWK-Anlagen 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 dem Netzzugangsberechtigten die Verweigerung des Netzzugangs schriftlich zu begründen.

(3) Für die Beurteilung der Netzzugangsberechtigung sind diejenigen Rechtsvorschriften anzuwenden, die in jenem Land gelten, in dem derjenige, der einen Antrag nach § 20 Abs. 2 ElWOG stellt, seinen Sitz (Hauptwohnsitz) hat. Für die Beurteilung der Gründe über die Verweigerung des Netzzugangs sind jene Rechtsvorschriften anzuwenden, die am Sitz des Netzbetreibers, der den Netzzugang verweigert hat, gelten."

In seinem Erkenntnis vom 24. Februar 2004, Zl. 2002/05/0010, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass es sich beim Anspruch auf Feststellung nach § 20 Abs. 2 ElWOG um einen zeitbezogenen Anspruch handle; es werde festgestellt, ob die Verweigerung durch den Netzbetreiber auf Netzzugang am Tag der Verweigerung zu Recht erfolgte. Daran anknüpfend ergibt sich, dass die Verweigerungserklärung des Netzbetreibers inhaltlich den Gegenstand des Feststellungsverfahrens begrenzt. Damit können auch nur die Gründe, die der Netzbetreiber für seine Verweigerung herangezogen hat, Gegenstand des Feststellungsverfahrens sein; ein "Nachschieben" von Verweigerungsgründen während des Feststellungsverfahrens kommt nicht in Betracht. Dafür spricht auch § 36 Abs. 2 TEG, wonach der Netzbetreiber den Netzzugangsberechtigten die Verweigerung des Netzzuganges schriftlich zu begründen hat.

Auf den Beschwerdefall bezogen bedeutet dies, dass die belangte Behörde nur festzustellen hatte, ob die Voraussetzungen der im Schreiben der Beschwerdeführerin vom 14. November 2002 geltend gemachten Verweigerungsgründe vorlagen. In diesem Schreiben wurde der Netzzugang aber ausschließlich mangels Kapazität verweigert, weil die Kapazität bereits anderweitig reserviert worden sei. Die belangte Behörde hatte daher nur zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin zu Recht auf § 36 Abs. 1 lit. b berufen hat; ob die Verweigerung auch auf § 36 Abs. 1 lit. c (Reziprozität) hätte gestützt werden können, war nicht Gegenstand des Feststellungsverfahrens. Zu Recht ist daher die belangte Behörde in ihrer rechtlichen Beurteilung auf diesen Verweigerungstatbestand nicht eingegangen, obschon sie Feststellungen getroffen hat, die auch diesbezüglich eine rechtliche Beurteilung ermöglichten.

Den Netzzugang bei nicht ausreichenden Kapazitäten regelt der in Ausführung des§ 19 ElWOG ergangene § 35 TEG. Diese Bestimmung lautet:

"§ 35. Reichen die vorhandenen Leitungskapazitäten für regelzonenüberschreitende Lieferungen nicht aus, um allen Anträgen auf Nutzung eines Systems zu entsprechen, so 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:

1. Vorrang haben Transporte auf Grund bestehender und an deren Stelle tretender vertraglicher Verpflichtungen,

2. der Z. 1 nachgeordnet sind Transporte zur Belieferung von Kunden mit Strom aus Wasserkraftwerken,

3. den in der Z. 2 genannten Transporten nachgeordnet sind Elektrizitätstransite im Sinne der Elektrizitätstransitrichtlinie und

4. die danach verbleibenden Kapazitäten sind zwischen den übrigen Berechtigten im Verhältnis der angemeldeten Leistungen aufzuteilen."

Die Beschwerdeführerin bekämpft die im angefochtenen Bescheid getroffene Feststellung, die Mitbeteiligte sei im Recht auf Netzzugang verletzt worden, zunächst mit dem Argument, nach § 20 Abs. 2 ElWOG hätte die belangte Behörde nur feststellen dürfen, ob "die Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzuganges" vorliegen. Daran knüpft sie die Forderung, dass die Prüfungsbefugnis bei Beurteilung der Gründe des § 20 Abs. 1 (wohl doch auch § 36 TEG) ende und darüber hinaus insbesondere die Prioritätenregelung im § 19 ElWOG bzw. § 35 TEG von der Prüfungsbefugnis nicht mehr umfasst sei.

Diese Argumentation ist nicht nachvollziehbar, zumal sich die Beschwerdeführerin selbst in ihrem Verweigerungsschreiben vom 14. November 2002 auf § 19 Z. 1 ElWOG berufen hat. Schon daraus, dass der Netzbetreiber die Verweigerung begründen muss (§ 36 Abs. 2 TEG) und für das Vorliegen der Verweigerungstatbestände beweispflichtig ist (§ 20 Abs. 2 ElWOG), erhellt, dass sich die Prüfung nicht allein darauf beschränken kann, ob die Kapazität für abgewiesene Bewerber nicht ausreicht (§ 36 Abs 1 lit b TEG), sondern auch die Gründe der Kapazitätsverknappung erfassen muss.

Dieser Verweigerungstatbestand wird durch § 35 TEG (§ 19 ElWOG) konkretisiert, der eine Rangfolge des Netzzuganges bei mangelnder Netzkapazität festlegt; reichen die vorhanden Kapazitäten nicht aus, um allen Anträgen auf Netzzugang zu entsprechen, so haben gemäß § 19 ElWOG die Ausführungsgesetze den Netzzugang nach Maßgabe der im Gesetz genannten Prioritäten zu gewährleisten (Potacs, Netzzugang und Netzzugangsverweigerung, in: Pauger, Ein Jahr ElWOG, 109). Hier geht es aber nicht etwa um eine fehlerhafte Anwendung der Prioritätenregelung und auch nicht darum, ob der Grundsatz "first come, first served" Anwendung findet, weil die belangte Behörde keine vertragliche Verpflichtung und daher auch eine dadurch nicht beeinträchtigte Netzkapazität angenommen hat.

Nicht unerwähnt soll allerdings in Bezug auf das Ablehnungsschreiben der Beschwerdeführerin vom 14. November 2002 bleiben, dass der Grundsatz "first come, first served" im Wortlaut des § 19 Z. 1 ElWOG, soweit er bloß auf Anträge, aber nicht auf abgeschlossene Verträge angewendet werden soll, wohl keine Deckung findet (so auch Parschalk/ Zitter, Netzzugang im liberalisierten Strommarkt, wbl 2001, 512).

Die Beschwerdeführerin vermeint, eine Beschränkung der Prüfungsbefugnis der belangten Behörde auch aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Oktober 2000, Zl. 2000/05/0080, ableiten zu können. Dort wurde aber nur das Verhältnis der §§ 20 Abs. 1 zu 21 Abs. 1 ElWOG behandelt und ausgesprochen, dass der Bundesminister (nunmehr: die belangte Behörde) keine Zuständigkeit hinsichtlich der Entscheidung über die damals behauptete Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes habe. Dies wurde im Erkenntnis vom 6. März 2001, Zl. 2000/05/0200, wiederholt und ergänzt, dass der Bundesminister als zur Entscheidung über die Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzuganges zuständige Behörde gemäß § 38 AVG die im Verfahren auftauchenden Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, zu beurteilen und diese Beurteilung seinem Bescheid zu Grunde zu legen habe.

Unter einer "Vorfrage" ist eine für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde präjudizielle Rechtsfrage zu verstehen, über die als Hauptfrage von derselben Behörde in einem anderen Verfahren, von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden ist. Präjudiziell ist nur eine Entscheidung, die eine Rechtsfrage betrifft, deren Beantwortung für die Hauptfragenentscheidung unabdingbar ist und die diese in einer die Verwaltungsbehörde bindenden Weise regelt (Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht7, RZ 306). Hier hat sich die Beschwerdeführerin in ihrem Verweigerungsschreiben ausdrücklich auf § 19 Z. 1 ElWOG (§ 35 Z. 1 TEG) gestützt, wonach Transporte auf Grund bestehender vertraglicher Verpflichtungen Vorrang haben. Die belangte Behörde hat sich daher zu Recht mit der Frage befasst, ob eine vertragliche Verpflichtung bestand. Von der in diesem Zusammenhang geltend gemachten Unzuständigkeit der belangten Behörde kann somit keine Rede sein.

Der aktenkundige Inhalt jenes von der Beschwerdeführerin mit der TIWAG durch Brief und Gegenbrief abgeschlossenen Vertrages, der das Datum 31. Oktober 2002 trägt, lautet:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir (= TIRAG) nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 28.10.2002, bei uns eingelangt am 29.10.2002, mit dem Sie die Bestätigung ihres Reservierungsantrages vom 07.06.2002 unter Hinweis auf die zwischenzeitlich erfolgten Arbeiten zur Reaktivierung der 110/132kV-Leitung Steinach-Prati di Vizze urgieren.

Zur rechtlichen Beurteilung der Situation haben wir den Bescheid der Elektrizitäts-Control Kommission (ECK) vom

13.02.2002, GZ. K NZV 21/01-46 (veröffentlicht auf der Homepage der Elektrizitäts-Control GmbH) herangezogen, mit dem die ECK über die von Ihnen seinerzeit eingebrachte Beschwerde hinsichtlich einer Netzzugangsverweigerung auf der Leitung Lienz-Soverzene entschieden hat.

In der Begründung zu ihrer Entscheidung führt die ECK darin u. a. aus:

-

Auch für neu zu errichtende Leitungen gilt hinsichtlich der Behandlung von Reservierungsansuchen § 19 ElWOG 2000.

-

Reservierungsansuchen sind nach dem Zeitpunkt ihres Einlangens zu behandeln und bei der Kapazitätsvergabe zu berücksichtigen.

Nachdem bis dato keine weiteren Reservierungsansuchen vorliegen und Ihr Reservierungsansuchen die Transportkapazität der Leitung voll ausnützt, ist unter dem Gesichtspunkt des von der ECK vertretenen 'first come - first served - Prinzips' ein weiteres Zuwarten bei der Kapazitätsvergabe nicht erforderlich.

Unter Berücksichtigung der o.a. Entscheidung der ECK und der diesbezüglichen Ausführungen der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx in Abstimmung mit ihrem Rechtsberater bestätigen wir Ihren Reservierungsantrag für den Zeitraum ab Inbetriebnahme der Leitung bis 31.12.2007 unter den nachstehend angeführten Einschränkungen und unter der auflösenden Bedingung, dass die Leitung tatsächlich in Betrieb genommen werden kann und zwischen den beteiligten Regelzonenführern keine anderweitigen Vereinbarungen getroffen werden. Ihre über diesen Zeitraum hinausgehenden Reservierungsanträge behalten wir in Evidenz und werden wir diese entsprechend den gesetzlichen Vorgaben behandeln.

Die Reservierungsbestätigung wird mit folgenden Einschränkungen erteilt:

-

Auf Grund der auf der gegenständlichen Leitung zur Verfügung stehenden Kapazität wird die Reservierungsbestätigung auf max. 50 MW jahresdurchgängige Bandlieferung beschränkt. Der endgültige Wert wird nach einvernehmlicher Festlegung des NTC mit GRTN und der Aufteilung der Kapazitäten zwischen GRTN und der Tiroler Regelzone AG (TIRAG) bekannt gegeben und kann auch unter 50 MW liegen.

-

Ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme bis zum Ende des Testbetriebs der Leitung kann ein gesicherter Transport nicht garantiert werden. Für Lieferausfälle während der Testphase übernimmt TIRAG keinerlei wie auch immer geartete Haftung. xxxxxxxxxx verzichtet diesbezüglich auf jegliche Geltendmachung eines Schadenersatzes.

-

Das Entgelt für die Nutzung der Leitung wird sich während des Testbetriebs der Leitung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Kosten der Leitungsverbindung an den jeweils gültigen internationalen Preisansätzen für grenzüberschreitende Lieferungen orientieren, wenn nicht eine anderweitige Regelung zwischen TIRAG und GRTN vereinbart wird. Ab dem Zeitpunkt, ab dem die Leitung in Abstimmung mit GRTN für den uneingeschränkten Betrieb freigegeben wird, gelangen die dann gültigen internationalen Preisansätze für grenzüberschreitende Lieferungen zur Anwendung oder eine anderweitig zwischen TIRAG und GRTN vereinbarte Regelung. Sollten derartige Preisansätze nicht mehr vorliegen, so ist TIRAG berechtigt, die nachgewiesenen Kosten anteilig zu verrechnen.

Wir ersuchen Sie zum Zeichen Ihres Einverständnisses den beiliegenden Gegenbrief firmenmäßig zu unterfertigen und an uns zu retournieren.

....., mit dem wir uns vollinhaltlich einverstanden erklären"

Zu prüfen ist, ob durch diese Vereinbarung der Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EGV und/oder des Art. 82 EGV erfüllt und, bejahendenfalls, eine Verletzung nicht durch die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV ausgeschlossen ist. Dazu ist zunächst grundsätzlich anzumerken, dass auch Vereinbarungen, an denen nur Unternehmen aus einem einzigen Mitgliedstaat beteiligt sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen, wenn sie sich - und sei es auch nur teilweise - auf Exporte aus anderen Mitgliedstaaten oder den Export in andere Mitgliedstaaten auswirken (Grill in Lenz, EG-Vertrag2, 678). Dies ist hier unzweifelhaft zu bejahen, weil es um eine Stromleitung nach Italien geht.

Die Beschwerdeführerin bringt dazu vor, sowohl nationales als auch gemeinschaftsrechtliches Wettbewerbsrecht komme auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht zur Anwendung. Der österreichische Strommarkt sei nur teilweise liberalisiert, liberalisiert seien die Bereiche Stromerzeugung und Stromlieferung, aber nicht der Bereich der Übertragungsnetze. Dieser Bereich sei einem besonders strengen Zwangsregime unterworfen worden, es bestehe weder Wettbewerb noch ein Markt, vielmehr seien die Übertragungsnetzbetreiber bei der Kapazitätsvergabe an die gesetzlichen Vorgaben gebunden. EU-Kartellrecht sei nicht anwendbar, wenn durch staatliche Eingriffe der Spielraum für Marktteilnehmer soweit eingeengt werde, dass eine von den Unternehmern getroffene Kartellvereinbarung ins Leere gehe, weil es einen in spürbarer Weise beschränkten Wettbewerb nicht mehr gäbe.

Die Beschwerdeführerin weist dazu auf die Darlegungen vonSchröter in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, wo unter Rz 146 zu Art. 81 EGV ausgeführt wird, dass dann, wenn einem Unternehmen ein bestimmtes Marktverhalten hoheitlich auferlegt werde, insoweit die freie Willensentscheidung der Beteiligten ausgeschlossen sei; dann liege keine Vereinbarung, kein Beschluss und kein aufeinander abgestimmtes Verhalten vor. Es komme vor, dass durch staatliche Eingriffe der Spielraum für die Marktteilnehmer ins Leere gehe, weil es einen in spürbarer Weise beschränkbaren Wettbewerb nicht mehr gäbe. Andererseits betont der Autor unter Rz 147, dass bei Prüfung der Frage, ob eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf eine staatliche Maßnahme statt auf eine private Vereinbarung zurückgehe, ein strenger Maßstab anzulegen sei. Ein Zusammenwirken privater mit hoheitlicher Marktintervention stehe der Anwendung des Art. 81 EGV nicht entgegen.

Das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin ist aber schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil sie nicht darlegt, durch welche staatliche Maßnahme sie genötigt war, die gesamte technische Kapazität der Leitung bis zum Ende des Jahres 2007 exklusiv für die TIWAG zu reservieren.

Nicht erklärbar ist auch, warum gerade im Bereich der Übertragungsnetze Wettbewerbsrecht nicht Anwendung finden soll. Die allgemeinen Bestimmungen über den Netzzugang (§ 33 ff TEG bzw. § 15 ff ElWOG) unterscheiden nicht zwischen Übertragungs- und Verteilernetzen. Auch der Umstand, dass sich Österreich dem Konzept des "geregelten Netzzuganges" im Sinne des Art. 17 Abs. 4 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie (hier noch: 96/92/EG; RL) angeschlossen hat, schließt die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen nicht aus, zumal nach Abs 3 der Präambel zur RL die uneingeschränkte Anwendung der Bestimmungen des Vertrags, insbesondere der Bestimmungen über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, durch diese Richtlinie nicht berührt wird.

Vor Eingehen auf das Kartellverbot des Art. 81 EGV und die Frage des Missbrauches der marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EGV) sei neuerlich darauf hingewiesen, dass diese Fragen im Rahmen der Beurteilung des Netzzugangsverweigerungsgrundes des § 36 Abs. 1 lit. b TEG in Verbindung mit § 35 Z. 1 TEG zu behandeln sind, sodass die Bedeutung des Zuständigkeitsvorbehalts für das Kartellgericht in § 21 Abs. 1 ElWOG nicht untersucht werden muss (siehe dazu Stockenhuber, Wer entscheidet über den Netzzugang?, ÖZW 2001, 37).

Art. 81 EGV lautet (samt Überschriften):

"Kapitel 1 Wettbewerbsregeln

Abschnitt 1 Vorschriften für Unternehmen

Artikel 81 (ex-Artikel 85)

(1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;

b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;

c)

die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

d)

die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch

diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

-

Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,

-

Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,

-

aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder - verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten."

Nach dieser Bestimmung sind somit Vereinbarungen zwischen Unternehmen mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Dies nahm die belangte Behörde als gegeben an, weil durch die gegenständliche vertikale Vereinbarung Dritte langfristig, zumindest bis Ende des Jahres 2007, von der Lieferung elektrischer Energie aus der Regelzone Tirol nach Italien ausgeschlossen wurden. Der räumlich relevante Markt beschränke sich mangels vorhandener Ausweichrouten auf die Brenner Leitung selbst, maximal auf die Regelzone Tirol, wo die Beschwerdeführerin als Betreiber der einzigen grenzüberschreitenden Leitung nach Italien eine Monopolstellung inne habe. Für das Vorliegen einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten Österreich und Italien erscheine die Ausreservierung der Leitung bis Ende des Jahres 2007 maßgeblich.

Dagegen führt die Beschwerdeführerin zunächst ins Treffen, dass dann, wenn man, wie die belangte Behörde, die Vertragspartner als konzernmäßig verbundene Unternehmen sehe, Wettbewerbsbeschränkungen zwischen solchen Unternehmen mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit per se keine Kartelle darstellten könnten.

Ohne näher auf die umstrittene Frage einer allfälligen Kartellrechtsimmunität von Absprachen zwischen Konzerngesellschaften einzugehen (Schröter a.a.O., Rz 123 ff zu Art. 81 EGV), ist darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde über die Feststellung der Tochtereigenschaft der Beschwerdeführerin hinaus eine relevante Unselbständigkeit nicht festgestellt hat. Insbesondere wurde das in § 38 Abs. 1 TEG (§ 22 Abs. 1 ElWOG) normierte Erfordernis der Unabhängigkeit des Regelzonenführers nie in Zweifel gezogen. Gerade auf den Fall der in einer solchen Weise verbundenen, aber rechtlich selbständigen Unternehmen nimmt Art. 7 Abs 5 RL Bedacht, der fordert, dass sich Übertragungsnetzbetreiber jeglicher Diskriminierung gegenüber den Netzbenutzern enthalten, insbesondere zugunsten ihrer Tochterunternehmen oder Aktionäre.

Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer eingeschränkt wird oder wenn auf Grund der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen die Verhaltensmöglichkeiten Dritter beschränkt werden (Herbst in Pauger, Ein Jahr ElWOG, 46 f). Dies muss hier ohne Weiteres bejaht werden, weil durch die getroffene Vereinbarung Dritte, wie beispielsweise die Mitbeteiligte, an einer Teilnahme gehindert werden.

Wettbewerbsbeschränkungen müssen weiters spürbar sein, damit sie von Art. 81 Abs. 1 EGV erfasst werden (Herbst aaO, 47 f). Kriterien für die Bemessung der Spürbarkeit sind vor allem die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie die bestehende Marktstruktur; zur Bestimmung der Marktanteile der an einer wettbewerbsbeschränkenden

Maßnahme beteiligten Unternehmen muss der von einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung betroffene relevante Markt festgestellt werden (Rabl-Thurnher, Energielieferverträge, 41 f).

Zu dieser Frage hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid festgestellt, der räumlich relevante Markt beschränke sich mangels vorhandener Ausweichrouten auf die Brennerleitung selbst, zumal die einzige andere Verbindungsleitung (Lienz-Soverzene) langfristig ausreserviert sei. Maximal beschränke sich der relevante Markt auf Tirol.

Diese Tatsachenfeststellung bekämpft die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Verfahrensrüge, weil die Feststellung ohne Beweisverfahren erfolgt sei. Sie führt dazu aus, dass die gegenständliche Leitung eine vernachlässigbare Dimension aufweise, während Leitungsverbindungen mit einer vielfachen Kapazität über Slowenien, die Regelzone Österreich-Ost (Lienz-Soverzene), über die Schweiz und über Frankreich nach Italien führten. Auch zur Behauptung, dass die Leitungsverbindungen der Regelzone Ost langfristig ausreserviert seien, fehlten Feststellungen; konsequenterweise hätte auch hier überprüft werden müssen, ob nicht langfristige Reservierungsverträge nichtig nach Art. 81 und 82 EGV sein könnten.

Soweit die Beschwerdeführerin auf ausländische Alternativrouten verweist, ist ihr entgegen zu halten, dass der räumlich relevante Markt jedenfalls nicht über das Staatsgebiet hinausreicht (siehe die Nachweise bei Rabl-Thurnher a. a.O., 44); für Österreich bildet aber schon auf Grund der rechtlichen Rahmenbedingungen (§ 22 ElWOG) die Regelzone den räumlich relevanten Markt (so auch Rabl-Thurnher a. a.O., 48).

Bewirkt wird die Beschränkung des Wettbewerbs ohne jeden Zweifel dadurch, dass die vorhandene Kapazität einerseits an einen einzigen Anbieter, andererseits diesem Anbieter auch für mehrere Jahre, effektiv jedenfalls für 2004, 2005, 2006, 2007, exklusiv zur Verfügung gestellt wird. Durch den abgeschlossenen Vertrag wurde für diese Folgejahre erreicht, dass jedem Bewerber mangelnde Kapazität deshalb entgegen gehalten werden kann, weil gemäß § 19 Abs. 1 ElWOG auf bestehende vertragliche Verpflichtungen Bedacht zu nehmen ist. Hier geht es allein um den zwischen der Beschwerdeführerin und der TIWAG abgeschlossenen Vertrag, sodass in diesem Zusammenhang auch keine Rede davon sein kann, dass nur eine Reservierung für das Jahr 2004 (wenn, wie behauptet, die Anlage 2003 noch nicht in Betrieb war) "zur Diskussion stehe", wie die Beschwerdeführerin meint. Dieser Vertrag enthält eine Reservierung bis 31. Dezember 2007 und führt somit für die Jahre ab 2004 die Wirkung des § 19 Z. 1 ElWOG herbei, schließt damit alle anderen vom Markt aus und beinhaltet eine Abschottungswirkung (vgl. das Urteil des EuGH vom 28. Februar 1991, DELIMITIS, Rechtssache C-234/89).

Zu prüfen ist weiters, ob sich die Beschwerdeführerin gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV auf eine Ausnahme vom Kartellverbot auf Grund einer Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) stützen kann. Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und auf einander abgestimmte Verhaltensweisen zählt solche Freistellungen auf; nach Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung gilt die Freistellung nach Art. 2 nur, wenn der Anteil des Lieferanten an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen verkauft, 30 % nicht überschreitet.

Dazu wurde im angefochtenen Bescheid festgestellt, dass eine solche Freistellung nicht in Frage komme, da die in der Verordnung festgelegte Marktanteilsschwelle überschritten werde.

Wohl wurde dieser Umstand im Verfahren mit den Parteien nicht erörtert; allerdings lässt sich den Beschwerdeausführungen keine ausdrückliche Bestreitung dieser Feststellung und insbesondere keine gegenteilige Behauptung entnehmen, wenn bloß ausgeführt wird, "dazu wären weitere Feststellungen vonnöten, ob der Marktanteil der TIRAG bei Stromtransportkapazitäten nach Italien unter 30 % des räumlich relevanten Marktes liegt". Da aber, wie oben ausgeführt, die Regelzone Tirol den räumlich relevanten Markt darstellt, bedurfte es bei der einzigen dortigen Leitung nach Italien nicht der als fehlend gerügten Feststellungen. Die GVO fand daher zu Recht keine Anwendung. Auf eine Einzelfreistellung hat sich die Beschwerdeführerin nicht berufen.

Weiters ist zu prüfen, ob ein Bereichsausschluss nach Art. 86 Abs. 2 EGV greift. Diese Bestimmung lautet:

"2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen

Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft."

Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin dazu nichts vorgebracht hat, ist auch nicht erkennbar, inwieweit die Beschwerdeführerin durch Beachtung der Wettbewerbsregeln an der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgabe verhindert wäre. Herbst (a.a.O., 70) verweist auf die Tatsache, dass die RL und in deren Umsetzung das ElWOG nur bestimmte, genau festgelegte Ausnahmen vom Wettbewerb vorsehen, sodass seit der Marktöffnung die Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV nur mehr in besonderen Fällen zum Tragen komme.

Rechtsfolge der hier somit gegebenen Verletzung des Art. 81 Abs. 1 EGV durch den gegenständlichen Vertrag ist nach Abs. 2 dieser Bestimmung die Nichtigkeit des Vertrages. Da die Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 2 EGV absolut ist, erzeugt eine nach dieser Vorschrift nichtige Vereinbarung in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen und kann Dritten nicht entgegen gehalten werden (siehe das Urteil des EuGH vom 25. November 1971 BEGUELIN, Rechtssache 22-71). Allerdings lässt sich, wie der EuGH in seinem Urteil vom 30. Juni 1966, MASCHINENBAU ULM, Rechtssache 56-65, ausgesprochen hat, diese Bestimmung nur anhand ihrer gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung auslegen und ist auf diesen Rahmen zu beschränken. Ohne Weiteres nichtig sind nur diejenigen Teile der Vereinbarung, die unter das Verbot fallen; die gesamte Vereinbarung ist es nur dann, wenn sich diese Teile nicht von den anderen Teilen der Vereinbarung trennen lassen.

Die Beschwerdeführerin fordert unter Hinweis auf das Urteil des OGH vom 22. Februar 2001,6 Ob 322/00x, welchem gleichfalls eine Nichtigkeit nach Art. 81 Abs. 2 EGV zu Grunde lag, eine geltungserhaltende Reduktion. Der vorliegende Reservierungsvertrag stelle sich zivilrechtlich als eine Aneinanderreihung von Reservierungsverträgen für die Jahre 2003, 2004, 2005, 2006 und 2007 dar. Im Falle angenommener zu langer Vertragsdauer wäre der Vertrag daher zu reduzieren auf eine kürzere Dauer, das Jahr 2004 wäre davon jedenfalls nicht umfasst.

Eine solche Aufteilung erlaubt der zwischen den Vertragspartnern vereinbarte Vertragstext aber keineswegs: Mit dem

Wortlaut "... bestätigen wir ihren Reservierungsantrag für den

Zeitraum ab Inbetriebnahme der Leitung bis 31. Dezember 2007" und dem Hinweis "ihre über diesen Zeitraum hinausgehenden Reservierungsanträge behalten wir in Evidenz ..." wird klar zum Ausdruck gebracht, dass exakt für diesen Zeitraum eine Bindung und damit ein Ausschluss anderer Marktteilnehmer erreicht werden soll. Da jedenfalls dieser mehrjährige Ausschluss anderer Marktteilnehmer unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV fällt, kommt eine Trennung in verbotswidrige und damit nichtige Bestandteile und wettbewerbsneutrale Bestandteile nicht in Betracht.

Da die belangte Behörde somit zu Recht die getroffene Vereinbarung als dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV widersprechend beurteilt hat, bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob auch eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EGV vorliegt. Die geschlossene Vereinbarung kann wegen ihrer absoluten Nichtigkeit Dritten nicht entgegen gehalten werden, sodass auf Grund dieser Vereinbarung eine mangelnde Netzkapazität im Sinne des § 36 Abs. 1 TEG nicht anzunehmen war. Die Verweigerung erfolgte daher zu Unrecht, was die belangte Behörde frei von Rechtsirrtum im angefochtenen Bescheid festgestellt hat.

Als Verfahrensmangel wirft die Beschwerdeführerin der belangte Behörde schließlich vor, die belangte Behörde hätte keinen Versuch einer gütlichen Einigung (§ 20 Abs 2 letzter Satz ElWOG) unternommen; "vermutlich" wäre es dann zu einer Einigung gekommen. Allerdings ist weder der Korrespondenz noch dem Verhandlungsprotokoll der geringste Hinweis zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin zu einem Nachgeben bereit gewesen wäre, zumal sie ja ihrerseits durch den abgeschlossenen Vertrag gebunden war. Jedenfalls kann durch die nunmehr aufgestellte Vermutung die Relevanz dieses Verfahrensmangels (§ 42 Abs 2 Zi. 3 lit. c VwGG) nicht dargetan werden

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at