

0,8-2,44 EUR/MWh pro Grenzüberschritt; Spanier zahlen zwischen 1-3 EUR/MWh, Belgier 1 EUR/MWh und Dänen zwischen 0,65 bis 1,34 EUR/MWh. Die Schweizer erheben eine Transit Fee zwischen 3,46-4,16 EUR/MWh, während es vergleichbare Gebühren in Italien, den Niederlanden und Portugal gar nicht gibt.

Die Europäische Kommission hat im Dezember 2001 darauf hingewiesen, dass sie in diesem Tarifsysteem eine Reihe von Problemen erkennt⁴⁰. Unternommen hat sie gegen diese Cross-Border-Gebühren bisher nichts.

Das ist erstaunlich, denn die Gebühren fallen auch dann an, wenn in Wahrheit gar kein Strom zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten fließt, weil das Netting (gegenseitiges Verrechnen von Im- und Export) einen realen Im- oder Export überflüssig macht. So gesehen kann die Überlegung, dass die Cross-Border-Gebühren möglicherweise ein leistungsgerechtes Entgelt für das Unterhalten der (zu gering dimensionierten) Kuppelstellen zwischen den Mitgliedstaaten sind, nicht greifen, es spricht vielmehr alles dafür, dass es sich bei diesen Gebühren um verbotene Absprachen zwischen Unternehmen und ihren Verbänden auf der Ebene der Netznutzung und somit um ein verbotenes Kartell nach Art. 81 Abs. 1 EG handelt. Darüber hinaus spricht einiges dafür, dass das Cross-Border-Tariff-System den Grundsatz des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Artt. 28, 49 EG) verletzt, wobei darauf hinzuweisen ist, dass das System nicht nur auf dem Verhalten der ETSO, sondern auch auf einer Duldung der Europäischen Kommission und der Regierungen der Mitgliedstaaten in Europa beruht. Aus diesen Gründen scheint auch eine Verletzung des Verbots, innerhalb Europas Zölle oder andere nichttarifäre Handelshemmnisse zu erheben in Betracht zu kommen (Art. 25 EG).

IX. Wesentliche Ergebnisse

1. Risikomanagementsysteme sind auf Energiemärkten notwendig, weil die Preise in oft sehr kurzen Zeitintervallen stark schwanken. Das gilt sowohl für den Handel an Börsen als auch über die counter (OTC).
2. Rechtlicher Rahmen für das Risikomanagement im Energiehandel sind § 91 Abs. 2 AktG i.V.m. § 317 Abs. 4 HGB.
3. Energiehändler, die außerbörslich tätig sind, bedürfen der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb nach § 32 KWG, wenn sie mit Finanzinstrumenten handeln. Das gilt nicht, wenn sich der Handel auf Geschäfte beschränkt, die *physisch erfüllt* werden sollen.
4. Der Handel am Spotmarkt wird von § 32 KWG nicht erfasst, weil es sich formal nicht um Termingeschäfte handelt. Der Handel am Spotmarkt kann jedoch hochspekulativ und gefährlich sein, so dass sich die Frage stellt, ob das BAFin auch hier auf eine typologische Betrachtung abstellen sollte.
5. Value-at-Risk-Systeme im Energiehandel müssen den Anforderungen der §§ 34-36 Grds. I entsprechen.
6. Methodisch müssen Value-at-Risk-Systeme auf Energiemärkten eine stochastische Simulation im Sinne der Monte-Carlo-Technik leisten.
7. Das Einzelgeschäft in Derivaten darf höchstens 10% des Eigenkapitals ausmachen; das Höchstisiko für tägliche Derivategeschäfte beträgt ein Drittel des Eigenkapitals. Sämtliche Risiken aus Derivaten müssen täglich mit 100% Eigenkapital unterlegt sein.
8. Der VAR ist durch ein Stress Testing zu ergänzen.
9. Bei der Einschätzung des Kreditrisikos kommt es entscheidend darauf an, ob *Netting-Vereinbarungen* getroffen werden. Der Fall Enron zeigt, dass es keine Kontrakte ohne Kreditrisiko gibt.
10. Die *ultra-vires-Doktrin* begrenzt den Handlungsspielraum von Energiehandelsunternehmen nicht.
11. Das Back-Office ist nicht nur personell, sondern auch räumlich vom Front-Office zu trennen. Das Back-Office agiert *weisungsunabhängig*.
12. In Fällen extremer Marktengpass kann eine Preiskorrektur nach den

Grundsätzen des Monopolmissbrauchs und der Kursmanipulation in Betracht kommen.

13. Cross-border-Gebühren, die nach dem ETSO-Tarif-System zur Zeit in Europa erhoben werden, verletzen möglicherweise das Kartellverbot, die Warenverkehrsfreiheit und das Verbot Zölle zu erheben.

40. Eurelectric, Watt's new?, Nr. 12, 2001, S. 6.

Die Strommärkte Deutschlands und Österreichs – eine rechtsvergleichende Studie

von Ines Zenke, Berlin und Reinhard Schanda, Wien*

A) Einleitung

Der durch die EG-Richtlinie betreffend einen gemeinsamen Elektrizitätsbinnenmarkt¹ (nachfolgend: Stromrichtlinie) seitens des europäischen Gesetzgebers initiierte Wettbewerb führt in den europäischen Nachbarländern zu einer zunehmenden Angleichung der gesetzlichen Regelungen für die Strommärkte. Deren Akteure schauen zunehmend auf eine mögliche Erweiterung ihrer Aktivitäten auf dem (u. U. stärker) liberalisierten Nachbarmarkt. Der grenzüberschreitende Handel sowie die Gründung landeseigener Tochtergesellschaften bzw. die Einrichtung von Niederlassungen nehmen erkennbar zu. Von grundlegender Bedeutung werden in diesem Zusammenhang die umfassende Kenntnis des Zielmarktes, insbesondere aber auch die Kenntnis der Rechtsgrundlagen und sonstigen Rahmenbedingungen.

Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Nachbarländer Österreich und Deutschland weisen zahlreiche Parallelen, jedoch auch interessante Unterschiede auf. Während sich der deutsche Gesetzgeber bekanntlich für eine sofortige Voll liberalisierung des Strommarktes entschied², wählte der österreichische Gesetzgeber den in

* Dr. Ines Zenke ist Rechtsanwältin und Partner in der energierechtlich spezialisierten Sozietät Becker Büttner Held, BBH, in Berlin und Mitautorin des im C.H. Beck-Verlag erschienen Buches "Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung", ines.zenke@bbh-berlin.de (www.bbh-berlin.de).

Dr. Reinhard Schanda ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Sattler & Schanda, Wien. Sattler & Schanda führt die Repräsentanz von BBH in Wien (www.bbh-wien.at). Ferner ist er Autor des bei Orac erschienen Praxiskommentars zum Energierecht und Lehrbeauftragter an der Donauuniversität Krems. Kontakt: office@sattler.co.at (vgl. auch www.energierecht.at).

1. Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. Nr. L 27/20 v. 30.01.1997.

2. Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 24.04.1998, dessen Art. 1 das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) enthält, BGBl. I S. 730.

Art. 19 der Stromrichtlinie³ vorgezeichneten Weg der stufenweisen Marktöffnung. Mit dem EIWOG 1998⁴ wurden in Österreich die seitens des europäischen Gesetzgebers vorgegebenen Mindestanforderungen umgesetzt.⁵ Im Laufe des Jahres 2000 wurde das EIWOG grundsätzlich novelliert (EIWOG II).⁶ Normiert wurde darin u. a. eine Voll liberalisierung des Marktes ab dem 01.10.2001 und die Etablierung einer Regulierungsbehörde für den Strombereich.⁷ Der Grad der Marktöffnung in beiden Ländern ist nunmehr mithin gleich. Während allerdings Österreich die durch die Richtlinie eröffnete Möglichkeit des regulierten Netzzugangs wählte⁸, entschied sich der deutsche Gesetzgeber bekanntlich als einziger Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft für das System des verhandelten Netzzugangs.

B) Anspruch auf Netzzugang

Gemeinsamer Ausgangspunkt beider Gesetzgeber ist die der Vorgabe der Art. 16 ff. Stromrichtlinie folgendende generelle Öffnung der Netze, dies jedoch mit unterschiedlichen Methoden:

I. Deutschland

Die deutschen Gesetze kennen zwei Anspruchsgrundlagen, geht es um die Durchsetzung eines Netzzugangsanspruchs. Zunächst findet sich im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) selbst der § 6 Abs. 1 S. 1, nach dem die „Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen ... anderen Unternehmen das Versorgungsnetz für Durchleitungen zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen (haben), die nicht ungünstiger sind, als sie von ihnen in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden.“

Neben dem § 6 Abs. 1 EnWG findet § 19 Abs. 4 Ziff. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) kumulativ⁹ Anwendung. Dieser formuliert ein neues Regelbeispiel in den Katalog der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, welche gem. § 19 Abs. 1 GWB verboten sind. Danach liegt dann ein „Missbrauch ... vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ... sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen ... zu gewähren“ und, „wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden“. Wenngleich § 19 Abs. 1 GWB „lediglich“ ein Verbot ausspricht, nach dem der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen verboten ist, folgt aus dem GWB, insbesondere unter Heranziehung des § 33 GWB, ein positiver Zugangsanspruch.¹⁰

Immer noch nicht abschließend geklärt ist die Frage der Rechtsnatur des Anspruchs auf Netznutzung. Gewähren die §§ 6 Abs. 1 EnWG und 19 Abs. 4 Ziff. 4 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB ein unmittelbares Zugangsrecht zum Netz oder ist lediglich ein Anspruch auf Vertragschluss, ein Kontrahierungszwang normiert? Die Rechtsprechung ist insoweit noch immer uneinheitlich: Während zum Beispiel das OLG Dresden¹¹ oder das LG Dortmund¹² aus den vorgenannten Normen einen unmittelbaren Anspruch auf Zugang zum Netz entwickeln¹³, lehnten das LG Leipzig¹⁴ und das LG Berlin einen solchen Anspruch ab¹⁵. Das LG Berlin erließ ein bis zur Rechtskraft vorläufig nicht vollstreckbares Feststellungsurteil sowie, in einem Parallelverfahren, ein ebenso wenig vorläufig vollstreckbares Urteil auf Abgabe einer auf Abschluss des konkret vorzulegenden Netznutzungsvertrages gerichteten Willenserklärung des Netzbetreibers. Das erstgenannte Urteil des Landgerichts stand zur Überprüfung des Kammergerichtes Berlin und wurde zugunsten eines unmittelbaren Zugangsrechtes revidiert¹⁶.

Weitere Vorgaben betreffend die Zugangsbedingungen zum Netz

enthält das Gesetz zunächst nicht. Der § 6 Abs. 2 EnWG enthält allerdings die Möglichkeit des Gesetzgebers, sollte die Selbstregulierung des Netzzugangs im Verhandlungswege nicht mit den Zielen des § 1 EnWG in Einklang stehen, durch Rechtsverordnung die Gestaltung der Verträge zu regeln und auch Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten festzulegen.¹⁷ Bekanntlich haben sich die Verbände im Rahmen verschiedener Vereinbarungen bemüht,¹⁸ eine brancheneinheitliche Kalkulationsmethode für Netzentgelte zu fixieren und so den grundsätzlichen Verhandlungsspielraum der Parteien in angemessene (Die Ermittlung des „angemesse-

3. Art. 19 Stromrichtlinie bestimmt, dass die nationale Marktquote auf der Grundlage der Gemeinschaftsquote des Elektrizitätsverbrauchs von Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von mehr als 40 GWh (je Verbrauchsstätte und einschließlich der Eigenerzeugung) zu berechnen ist. Abs. 2 regelt die stufenweise Erhöhung dieser nationalen Marktquote: „Hierzu wird die Schwelle des Gemeinschaftsverbrauchs gemäss Abs. 1 drei Jahre nach Inkrafttreten dieser Richtlinie auf einen Jahresverbrauchswert von 20 GWh und sechs Jahre nach Inkrafttreten dieser Richtlinie auf einen Jahresverbrauchswert von 9 GWh gesenkt.“

4. Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz, BGBl I 1998/143, kundgemacht am 18.8.1998, Inkrafttreten 1.12.1998/19.2.1999. Vgl. dazu *Schanda*, EIWOG (Orac Wien 1999).

5. Im ersten Schritt waren Großkunden mit mehr als 40 GWh, ab 19.2.2000 Kunden mit mehr als 20 GWh Jahresverbrauch netzzugangsberechtigt.

6. BGBl I 121/2000, kundgemacht am 1.12.2000, Inkrafttreten 2.12.2000/1.10.2001. Vgl. dazu *Schanda*, Energierecht (Orac Wien 2000).

7. Die Gesetzgebungskompetenz im Elektrizitätsbereich ist in Österreich auf den Bundesgesetzgeber und die Landesgesetzgeber aufgeteilt. Der Bund ist für die Grundsatzgesetzgebung zuständig. Die Länder müssen dazu Ausführungsgesetze erlassen. Sämtliche Landesausführungsgesetze zum EIWOG II wurden inzwischen kundgemacht.

8. Ursprünglich favorisiert wurde das Alleinabnehmersystem (Single Buyer) gemäß Art. 18 der Stromrichtlinie.

9. § 6 Abs. 1 S. 4 EnWG formuliert, dass § 19 Abs. 4 und § 20 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt bleiben.

10. LG Berlin, Urt. v. 27.06.2000, Az. 16.O.652/99 Kart., S. 46; Urteil auch abgedr. in NJWE-WettbR 2000, 270 ff.; WuW DE-R 533 ff.

11. OLG Dresden, Urt. v. 08.02.2001, Az. U 2978/00 Kart.

12. LG Dortmund, Urt. v. 01.09.2000, Az. 13 O 134/00 KArt. = teilweise abgedr. in WuW DE-R 565 ff.

13. OLG Dresden, Urt. v. 08.02.2001, Az. U 2978/00 Kart., S. 16 f. der Urteilsbegründung; vgl. auch LG Dresden, Urt. v. 15.12.00, Az. 42-O-0542/00 EV, das seine Auffassung vom unmittelbaren Zugangsanspruch wie folgt begründet (S. 9 f. der Begr.): „Eine auf die Liberalisierung gerichtete gesetzliche Regelung des Durchleitungsanspruchs wäre jedoch sinnlos, wenn er nur nach langwierigen außergerichtlichen oder gerichtlichen Verhandlungen durchzusetzen wäre.“

14. LG Leipzig, Beschl. v. 03.07.2000, Az. 05 O3364/00 Kart.

15. LG Berlin, Urt. v. 25.07.2000, Az. 16.O.749/99 KArt. und 16 O 750/99 Kart.; LG Berlin, Urt. v. 27.06.2000, Az. 16 O 652/99 KArt. = NJWE-WettbR 2000, 270 ff. = WuW DE-R 533 ff.

16. Ausführlich zu den Möglichkeiten des Rechtsschutzes Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung, C.H. Beck-Verlag, München 2001, S. 133 ff., 187 ff.

17. Dabei liegen Vorschläge, wie eine möglichst wettbewerbsgerechte Netzverordnung (NZVO) aussehen könnte, bereits vor, vgl. Klafka/Ritzau/Zander/Held/Riedel/Zenke/Traube, Regelungs- und Tarifierungsvorschläge zur Öffnung des Elektrizitätsmarktes für Wettbewerber unter Sicherung von Umweltschutzstandards (Gutachterliche Äußerung im Auftrag der Bundesländer Schleswig-Holstein, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hessen und Saarland), Aachen, Berlin, Frankfurt, 05.11.1997.

18. Vgl. die Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten für elektrische Energie v. 13. Dezember 1999, geschlossen zwischen dem Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), der Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke (VDEW) und dem Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft (VIK), abgedruckt in *Theobald/Theobald*, Energierecht (Beck-Texte im dtv), München 2001 sowie die Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13. Dezember 2001 (sogenannte VV II plus), welche in Berlin von den Verbänden BDI, VIK, VDEW, dem Verband der Netzbetreiber – VDN –, der Arbeitsgemeinschaft regionaler Energieversorgungs-Unternehmen – ARE – e.V. und dem Verband kommunaler Unternehmen – VKU – e.V., Köln verabschiedet wurde.

nen Entgelts“ dient auch dem § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.) Bahnen zu lenken. Die (insbesondere kartell-) rechtskonforme Bildung von Preisen ist insbesondere nach dem im April 2001 veröffentlichten Bericht¹⁹ der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden derzeit Gegenstand diverser bundes- und landeskartellbehördlicher sowie gerichtlicher Verfahren. Der Eröffnung des Muster-Missbrauchsverfahrens gegen die in Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern tätige e.dis Energie Nord AG²⁰ folgte im September 2001 die Einleitung zahlreicher Untersuchungen wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte und der Behinderung anderer Stromanbieter.²¹ Betroffen sind 22 Netzbetreiber, Stadtwerke, Regionalversorger und Verbundunternehmen mit teilweise länderübergreifenden Netzgebieten. Die „Initiative Pro-Wettbewerb“ hat durch ihre in ihr vertretenen Mitglieder, insbesondere die best energy, zahlreiche Klagen gegen Netzbetreiber wegen angeblich um 50% überhöhter Netzentgelte anhängig gemacht. Die Landeskartellämter werden zunehmend aktiv. Nun liegt es insbesondere an den Gerichten, die Versäumnisse des Gesetzgebers aufzuheben und ein brancheneinheitliches, jedoch die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigendes, Verständnis zu entwickeln. Der in den Verbändevereinbarungen niedergelegte Sachverstand dürfte dabei hilfreich sein.

II. Österreich

Auch nach dem österreichischen EIWOG haben die Netzbetreiber ihre Netze den Netzzugangsberechtigten zu nicht diskriminierenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Die programmatische Grundsatzbestimmung des § 15 EIWOG normiert dabei, dass den Netzzugangsberechtigten der Netzzugang zu genehmigten Allgemeinen Bedingungen und bestimmten Systemnutzungstarifen zu gewährt ist.²²

Anspruch auf Netzzugang haben gem. §§ 15, 17, 43 EIWOG u. a. die Kunden, d. h. die Endverbraucher, die Stromhändler sowie die Elektrizitätsunternehmen, die elektrische Energie kaufen.²³ Endverbraucher haben damit einen Anspruch darauf, das Netz zur „Durchleitung“ von Elektrizität zu beanspruchen. Es handelt sich um einen gesetzlich angeordneten Kontrahierungszwang.²⁴ Elektrizitätsunternehmen können den Netzzugang im Namen ihrer Kunden begehren. Die §§ 15 und 17 EIWOG gewähren den Netzzugang darüber hinaus auch den Erzeugern.²⁵

Etwas konkreter normiert auch § 29 EIWOG, dass Verteilernetzbetreiber verpflichtet sind, Allgemeine Bedingungen zu veröffentlichen und zu diesen Bedingungen mit Endverbrauchern (und Erzeugern) privatrechtliche Verträge über den Anschluss abzuschließen²⁶ und Kunden (sowie Erzeugern) zu den genehmigten Allgemeinen Bedingungen den Zugang zu ihrem System zu gewähren.²⁷ Das EIWOG sieht auch vor, dass die Netzbetreiber einer Regelzone ihre Allgemeinen Bedingungen aufeinander abzustimmen haben.²⁸

Die meisten Normen des EIWOG, darunter auch die Regelungen zum Anspruch auf Netzzugang in den §§ 15, 17, 29 und 43 sind Grundsatzbestimmungen i. S. d. Art. 12 Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG). Sie bedürfen der Ausführung durch die Landesgesetzgeber.²⁹ Diese Landesausführungsgesetze wurden im Laufe des Sommers 2001 von den einzelnen Landtagen beschlossen. Sie setzen die Vorgaben des EIWOG zum Anspruch auf Netzzugang um.

Als Entgelt für die Netznutzung sind die Systemnutzungstarife zu zahlen. Rechtsgrundlage dafür ist § 25 EIWOG, der eine Verordnungsermächtigung zur Festsetzung der Systemnutzungstarife enthält. Die einschlägigen Verordnungen des BMWA wurden bereits mehrfach novelliert.³⁰ Der Letztstand der Verordnungen ergibt sich nunmehr aus der neuen *SystemnutzungstarifVO* (über Netznutzungstarife und Netzverlusttarife, nicht jedoch Systemdienstleistungstarif) des BMWA vom 29./30.12.2000³¹ i.d.F. der VO vom 30./31.03.2001³² und der VO vom 07.09.2001.³³ Die Netzbereitstellungstarife wurden zuletzt mit VO des BMWA vom 29./30.12.2000³⁴ festgelegt. Seit dem 01.10.2001 ist die Zuständigkeit zur Er-

lassung von Systemnutzungstarifverordnungen auf die E-Control Komm übergegangen, die derzeit neue Systemnutzungstarife vorbereitet.

C) Verweigerungsgründe

Ausgehend von der generellen Verpflichtung der Netzbetreiber, ihre Stromnetze gegenüber Dritten bzw. Berechtigten zu öffnen, sehen sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber Ausnahmefälle vor, in denen das Netz nicht geöffnet werden muss. In jedem Fall der Ablehnung der Netzöffnung ist diese zu begründen.³⁵

I. Deutschland

§ 6 Abs. 1 S. 2 EnWG formuliert, nachdem der Grundsatz der Bereitstellung von Stromnetzen gegenüber Unternehmen in S. 1 fixiert wurde, dass dieser (ausnahmsweise!) nicht gelten soll „soweit der Betreiber nachweist, dass ihm die Durchleitung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG nicht möglich oder nicht zumutbar ist.“ Dem § 19 Abs. 4 GWB ist der Ausnahmecharakter einer Netzzugangsverweigerung noch klarer zu entnehmen: „Dies³⁶ gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist“. Beide Gesetze, das EnWG als auch das GWB, beschränken eine Verweigerung auf das Vorliegen betriebsbedingter oder sonstiger Gründe, die zur Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Umsetzung des seitens des potentiellen Netznutzers geäußerten Begehrens führen.

Während das EnWG anschließend beispielhaft, d. h. nicht abschließend, Verweigerungsgründe benennt (nämlich in § 6 Abs. 3 die sog. KWK-Klausel, in Art. 4 § 2 Neuregelungsgesetz die sog.

19. Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder über 1. die Reichweite der kartellrechtlichen Eingriffsnormen für die Überprüfung der Höhe der Entgelte für die Nutzung der Stromnetze und 2. die kartellrechtliche Relevanz von den Netzzugang behindernden Verhaltensweisen der Stromnetzbetreiber vom 19. April 2001 (nunmehr Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 19.04.2001).

20. *Bundeskartellamt*, Missbrauchsverfahren gegen e.dis Nord AG wegen überhöhter Netznutzungsentgelte eingeleitet, Pressemeldung vom 08.02.2001; Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 19.04.2001, S. 71 f.

21. *Bundeskartellamt*, Untersuchung gegen 22 Netzbetreiber wegen überhöhter Netznutzungsentgelte eingeleitet, Pressemeldung vom 27.09.2001.

22. Netzbetreiber sind durch die Ausführungsgesetze zu verpflichten, Netzzugangsberechtigten den Netzzugang zu den genehmigten Allgemeinen Bedingungen und bestimmten Systemnutzungstarifen zu gewähren. Für die Genehmigung dieser Allgemeinen Bedingungen ist die E-Control Komm zuständig (§ 31 Abs. 1 EIWOG), vgl. hierzu noch Punkt IV dieses Aufsatzes.

23. So die Begriffsdefinition der Kunden in § 7 Ziff. 21 EIWOG.

24. Vgl. dazu näher Schanda, *Energierrecht*, EIWOG § 15 Rn. 2 ff.

25. § 7 Ziff. 31 EIWOG.

26. § 29 Ziff. 2 – Allgemeine Anschlusspflicht.

27. § 29 Ziff. 3 EIWOG.

28. § 18 Abs. 2 EIWOG.

29. Vgl. dazu näher Schanda, *Energierrecht*, EIWOG § 1 Rn. 2 ff.

30. Detailliert dazu Schanda, *Stromeinkauf im liberalisierten Markt aus Kundensicht*, ÖZW 2002, 8.

31. Zl. 551.360/26-VIII/1/00 verlaubar im Amtsblatt zur Wiener Zeitung Nr. 248.

32. Zl. 551.360/2-VIII/1/01, verlaubar im Amtsblatt zur Wiener Zeitung Nr. 064.

33. Zl. 551.360/22-VIII/1/01, Wiener Zeitung vom 7.9.2001.

34. Zl. 551.360/26-VIII/1/00 verlaubar im Amtsblatt zur Wiener Zeitung Nr. 248.

35. § 6 Abs. 1 S. 3 EnWG, § 20 Abs. 1 S. 2 EIWOG, beide zurückgehend auf Art. 17 Abs. 5 Stromrichtlinie.

36. Gemeint ist das Gewähren des Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen.

Reziprozitätsklausel und (derzeit noch) in Art. 4 Abs. 3 Neuregelungsgesetz die sog. Braunkohleklausel), überlässt es das GWB der Rechtsprechung, im Einzelfall abschließend über Recht und Unrecht einer Verweigerung zu entscheiden. Hingewiesen werden soll, insbesondere vor dem sogleich folgenden Vergleich mit dem österreichischen EIWOG, auf folgende Verweigerungsgründe:

Nach der auf Art. 8 Abs. 3 der Stromrichtlinie basierenden KWK-Klausel des § 6 Abs. 3 EnWG ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Netznutzung „besonders zu berücksichtigen, inwieweit dadurch Elektrizität aus fernwärmeorientierten, umwelt- und ressourcenschonenden sowie technisch-wirtschaftlich sinnvollen Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (KWK-Anlagen) oder aus Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energie verdrängt und ein wirtschaftlicher Betrieb einer solchen Anlage verhindert würde, wobei Möglichkeiten zum Verkauf dieser Elektrizität an Dritte zu nutzen sind.“ Bemerkenswert sind an dieser Klausel zwei Tatbestandsvoraussetzungen, die ihren Anwendungsbereich auf fast theoretisch anmutende Sachverhalte beschränken: 1) Die konkret begehrte Netznutzung müsste den wirtschaftlichen Betrieb einer solchen privilegierten Anlage verhindern, 2) die Möglichkeiten zum Verkauf dieser privilegierten Elektrizität an Dritte müssen ausgeschöpft worden sein.³⁷

Nach der sog. Reziprozitätsklausel des Art. 4 § 2 Neuregelungsgesetz können Elektrizitätsversorger den Netzzugang für Strom, der aus dem Ausland geliefert werden soll, ablehnen, soweit der zu beliefernde Abnehmer dort nicht ebenfalls durch Dritte beliefert werden könnte. Die Anwendbarkeit dieser Klausel ist begrenzt bis zum 31.12.2006. Hintergrund dieses Verweigerungsgrundes war u. a. das bereits dargestellte „Vorpreschen“ des deutschen Gesetzgebers, der eine Vollliberalisierung des Marktes wählte. Um nun nicht die eigenen Versorgungsunternehmen, der insbesondere befürchteten Flut von billigem Atomstrom aus Frankreich auszusetzen und angesichts der eher schleppenden Öffnung des französischen Marktes zu benachteiligen, schaffte man ein insgesamt schwer handhabbares, weil Detailkenntnis des fremden Marktes voraussetzendes, Korrektiv.

Außerhalb des eigentlichen EnWG findet sich (noch) die als Übergangsvorschrift ausgestaltete Braunkohleklausel des Art. 4 § 3 Neuregelungsgesetz, nach der „bei der Beurteilung, ob die Ablehnung des Netzzugangs zur Belieferung von Abnehmern in den neuen Bundesländern missbräuchlich, diskriminierend oder unbillig hindernd ist, die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Verstromung von Braunkohle aus diesen Ländern besonders“ berücksichtigt werden muss. Die Streitigkeiten um die Braunkohleklausel³⁸ haben ihren Ursprung regelmäßig in der Bestimmung, was als ausreichend hohe Verstromung zu begreifen ist. Klare Aussagen hierzu hat die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 08.07.1999³⁹ gemacht: „Die Ablehnung des Netzzugangs darf nur von Fall zu Fall erfolgen, es darf also keine grundsätzliche oder systematische Ablehnung geben, und die VEAG muss bei jeder Ablehnung ausführlich begründen, warum die Durchleitungsverweigerung notwendig war, um eine ausreichend hohe Verstromung von Braunkohle zu gewährleisten.“⁴⁰

Im Gesetz ist ferner vorgesehen, dass Netzbetreiber den Zugang aufgrund betriebsbedingter Unmöglichkeit verweigern können. Unter den Oberbegriff betriebsbedingte Unmöglichkeiten fallen auch Netzengpässe.⁴¹ Im Falle des Auftretens eines Netzengpasses ist der Netzbetreiber gesetzlich verpflichtet, die freie Kapazität diskriminierungsfrei an die den Netzzugang Begehrenden zu verteilen. In der Praxis werden hierzu verschiedene Verfahren diskutiert.⁴² Das Bundeskartellamt hatte sich mit diesem Verweigerungsgrund, insbesondere⁴³ im Zusammenhang mit dem Begehren, das Netz der Bewag (es ging um die 380-kV-Verbundnetzanbindung) zu nutzen, auseinander zu setzen. Das Amt entschied⁴⁴ – ausgehend von dem Grundsatz, dass Stromnetze allen Unternehmen für Durchleitungen diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen sollen –, dass ein Netzhaber keinen Vorrang bezüglich der Nutzung von unstreitig verfügbaren, wenn auch knappen Kapazitäten genießt. Vielmehr werde das Eigentumsrecht des Netzbetreibers, das ihm unstreitig aus Art.

14 Grundgesetz zustehe, durch den gesetzlich normierten Anspruch auf Netznutzung begrenzt. Dies bedeutete, dass Bewag bis zum mittlerweile beendeten Ausbau der knappen Ressource wenigstens 20,3% ihrer Netzkapazität Dritten zur Verfügung stellen musste. Dabei dürfen mit dem Netzbetreiber verbundene bzw. assoziierte Stromhändler nicht bevorzugt werden. Ebenso scheidet eine vorrangige Nutzung durch den Netzbetreiber zur Erfüllung eigener Lieferverträge aus.⁴⁵

Als weiterer Grund zulässiger Netznutzungsverweigerung wird häufig der noch bestehende Liefervertrag des Abnehmers mit der eigenen Vertriebsabteilung/dem assoziierten oder verbundenen Unternehmen benannt. Diese Verträge seien, so die Idee, zunächst einzuhalten, bevor überhaupt an eine Vergabe des Netzes an den Nachfrager gedacht werden könnte; schließlich wolle man sich auch nicht selbst schädigen bzw. sich gegenüber anderen Unternehmen schadenersatzpflichtig machen. Diese Argumentation fällt in die Kategorie der Verweigerung wegen Unzumutbarkeit. Die Geltendmachung dieses Verweigerungsgrundes trifft regelmäßig mit dem zwischen dem Abnehmer und dem netzbetreibenden Altlieferanten schwelenden Streit um die Wirksamkeit des „alten“ / „ersten“ Stromliefervertrages zusammen. Der Abnehmer meint, er habe wirksam gekündigt, der Altlieferant ist der Auffassung, hier fehle es, (z. B.), an der erforderlichen Form. Noch umstrittener sind die Fälle, in denen der Abnehmer die kartellrechtliche Nichtigkeit des alten Stromliefervertrages geltend macht.⁴⁶ Solche Streitigkeiten schlagen regelmäßig auf die Rechtsbeziehung Netzzugangspetent/Netzbetreiber durch. Die Berücksichtigung dieser Streitigkeiten im Rahmen einer Netznutzungsanfrage ist unzulässig. Es bedarf der strengen Trennung zwischen den Belangen von Netz und Vertrieb. Nicht der Netzbetreiber hat darüber zu entscheiden, ob trotz Altver-

37. Schon der erste Nachweis ist schwierig zu erbringen, gibt es doch keinen unbefristeten, sicher fixierbaren Schutz durch § 6 Abs. 3 EnWG. Das BVerfG, Urt. v. 27.04.2000, Az: 2 BvR 801/99 = BVerfG, NVwZ 2000, 789, 792, lässt einen Rückgriff auf den Verweigerungsgrund der KWK-Klausel erst dann zu, „wenn in der Summe so viele Kunden verloren gingen, dass das erste Kraftwerk aus wirtschaftlichen Gründen abgeschaltet werden müsste“. Nicht die Vollkostenbetrachtung ist relevant, abzustellen ist vielmehr auf die Grenzkosten. In der Praxis wird es künftig immer schwerer, sich erfolgreich auf den § 6 Abs. 3 EnWG zurückzuziehen.

38. vertieft Zenke/Theobald, ME 3/2000, 36 ff.; Theobald/Zenke, ET 2000, S. 530 ff.

39. ABI. L 319/18 v. 11.12.1999, S. 25.

40. Ausführlich hierzu mit Prüfdogmatik Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung, C.H. Beck-Verlag, München 2001, S. 95 ff.

41. Diese treten auf, wenn sich der Energiefluss im Netz aufgrund der getätigten Handelsgeschäfte so gestaltet, dass Überlastungen von einzelnen oder mehreren Netzteilen drohen (Nachfrageüberhang). Netzengpässe treten derzeit vorwiegend an grenzüberschreitenden Stromleitungen auf, z. B. zwischen den Niederlanden und Deutschland sowie Dänemark und Deutschland, seltener innerhalb des deutschen Stromnetzes. Anders als im Strombereich werden im Bereich Gas Netzengpässe häufig als Netzzugangsverweigerungsgrund benannt. Die Vergabe von Kapazitäten war einer der Hauptstreitpunkte im Rahmen der Verbändevereinbarung Gas, vgl. hierzu Perner und Zander/Möller in Praxishandbuch Energiebeschaffung, Lose-Blatt-Werk, Kapitel III.1.3 (Perner) und III.XX (Zander/Möller), 2001.

42. So werden die Kapazitäten an den Grenzkuppelstellen seit einiger Zeit von E.ON regelmäßig versteigert. In anderen Fällen haben Stromnetzbetreiber den Netzzugang Dritter unter Verweis auf den Netzengpass komplett verweigert und auf den angeblichen Vorrang vorhandener Verpflichtungen verwiesen, insbesondere wenn es sich hierbei um Netznutzungsansprüche der Handelssparten des eigenen Unternehmens handelte; vgl. auch Zenke in Praxishandbuch Energiebeschaffung, Lose-Blatt-Werk, Kapitel 2.4.1, 2001.

43. Vgl. Abmahnschreiben v. 22.12.1998, Az. B8-40100-T-248/98 – Elektromark; vgl. auch Zenke in Praxishandbuch Energiebeschaffung, Lose-Blatt-Werk, Kapitel 2.4.1, 2001.

44. Beschl. v. 30.08.1999, Az. B8-40100-T-99/99.

45. Beschl. v. 30.08.1999, Az. B8-40100-T-99/99 = WuW DE-V 149 ff. – VEAG.

46. Vgl. nur LG Mannheim, Urt. v. 16.04.1999 = WuW DE-R 301 f. – Walshut-Tiengen; LG Köln, Urt. v. 07.06.2000, Az. 28 O 559/99 (Kart.) = ZNER 2000, 133 ff – STAWAG.

trag eine Durchleitung zumutbar ist, sondern falls nötig ein insoweit regelmäßig kompetenteres Gericht.⁴⁷ Insbesondere soll das netzbetreibende Versorgungsunternehmen seine Stellung als Inhaber des Netzes nicht dazu nutzen können, „einem Kunden, der sich nicht für vertraglich gebunden hält, von vornherein einen Drittbezug zu versagen“⁴⁸, wenn gerade die vertraglichen Bindungen streitig sind. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof⁴⁹ bereits vor der Liberalisierung festgehalten, dass das Interesse des Netzbetreibers, einen Wettbewerb Dritter gegen sich selbst nicht zu fördern, nicht berücksichtigt werden kann.⁵⁰

II. Österreich

Der österreichische Gesetzgeber normiert in § 20 Abs. 1 ElWOG (als Grundsatzbestimmung),⁵¹ dass der Netzzugang aus folgenden Gründen verweigert werden kann:⁵²

1. außergewöhnliche Netzzustände (Störfälle),
2. mangelnde Netzkapazitäten,
3. wenn der Netzzugang für Stromlieferungen für einen Kunden abgelehnt wird, der in dem System, aus dem die Belieferung erfolgt oder erfolgen soll, nicht als zugelassener Kunde gilt,
4. wenn ansonsten Elektrizität aus fernwärmeorientierten, umwelt- und ressourcenschonenden sowie technisch-wirtschaftlich sinnvollen Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen oder aus Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien trotz Eingehens auf die aktuellen Marktpreise verdrängt würde, wobei Möglichkeiten zum Verkauf dieser elektrischen Energie an Dritte zu nutzen sind.⁵³

Ferner enthält das österreichische Recht in § 19 ElWOG eine sog. Prioritätenregelung. Diese Regelung, wiederum eine Grundsatzbestimmung, normiert Prioritäten für den Netzzugang bei nicht ausreichenden Kapazitäten. Reichen die vorhandenen Leitungskapazitäten für regelzonenüberschreitende Lieferungen nicht aus, um allen Anträgen auf Nutzung eines Systems zu entsprechen, so haben die Ausführungsgesetze vorzusehen, dass der Netzzugang unter Einhaltung nachstehender Grundsätze (Reihung nach Prioritäten) zu gewähren ist:

1. Vorrang haben Transporte auf Grund bestehender und an deren Stelle tretender vertraglicher Verpflichtungen,⁵⁴
2. der vorhergehenden Ziffer nachgeordnet sind Transporte zur Belieferung von Kunden aus Wasserkraftwerken,⁵⁵
3. den unter Ziff. 2 bezeichneten Transporten nachgeordnet sind Elektrizitätstransite im Sinne der Elektrizitätstransitrichtlinie,⁵⁶
4. die danach verbleibenden Kapazitäten sind zwischen den übrigen Berechtigten im Verhältnis der angemeldeten Leistung aufzuteilen.

D) Inhalt der der Netznutzung zugrunde liegenden Verträge

Wie erwähnt, unterscheidet sich das im Strommarkt relevante System in Österreich und Deutschland insbesondere durch die unterschiedliche Entscheidung der Staaten für den geregelten bzw. verhandelten Netzzugang.

I. Deutschland

Das Bekenntnis zum verhandelten Netzzugang führt in praxi zu einer sehr unterschiedlichen Vertragslandschaft und damit zu einer für den deutschlandweit tätigen Lieferanten kaum zu bewältigenden und zudem kostenintensiven Vielfalt. Das (!) Vertragsmuster schlechthin gibt es nicht, wenngleich sich nunmehr die weit überwiegende Anzahl der Netzbetreiber für die Umsetzung der Vorgaben der Verbändevereinbarung II entschieden hat und eine Trennung zwischen Netzanschluss-, Netznutzungs- und Händlerrahmenverträgen vorsieht. Zudem sind die Bilanzkreisverträge zu

schließen.⁵⁷

Insbesondere in dem bereits erwähnten Bereich der Entgeltfindung, aber auch z. B. hinsichtlich der Fragen der Kosten verursachenden Sicherheitsleistungen oder Wechselentgelte⁵⁸, sind zahlreiche, teilweise bereits gerichtlich ausgetragene Streitigkeiten offen.

47. Beschl. v. 28.02.2000 und Urt. v. 10.07.2000 – 11 HK O 16/00 KArt. – KEVAG.

48. Abmahnschreiben des BKartA gegen die Elektromark AG vom 22.12.1998, Az. B8-40100-T-248/98.

49. BGH WuW/E 2953 ff, 2964.

50. Vgl. auch LG Berlin, Urt. v. 27.06.2000, Az. 16.O.652/99 Kart., S. 26 f. der Urteilsbegründung.

51. Nach § 29 Abs. 3 haben die Ausführungsgesetze vorzusehen, dass für die Beurteilung der Netzzugangsberechtigung diejenigen Rechtsvorschriften Anwendung zu finden haben, die in jenem Land gelten, in dem derjenige, der einen Antrag gemäß Abs. 2 stellt, seinen Sitz (Hauptwohnsitz) hat. Bezüglich der Beurteilung der Netzzugangsverweigerungsgründe haben die Ausführungsgesetze die Anwendung jener Rechtsvorschriften vorzusehen, die am Sitz des Netzbetreibers, der den Netzzugang verweigert hat, gelten.

52. Bei den Verweigerungstatbeständen handelt es sich um eine „Kann-Bestimmung“. Pauger/Pichler weisen zu Recht darauf hin, dass Netzbetreiber bei konsequentem Unbundling der Herkunft des durchzuleitenden Stroms neutral gegenüberstehen. Der Gesetzgeber sei bei dieser Norm noch vom Bild und der Interessenlage integrierter Unternehmen ausgegangen (demnach ein Netzbetreiber motiviert sein könnte, die Durchleitung zugunsten des Absatzes eigener Stromerzeugung zu verweigern). Einem (entflochtenen) Netzbetreiber die Entscheidung über die Verweigerung des Netzzugangs gem. § 20 Abs. 1 Ziff. 4 aufzutragen, und das diskriminierungsfrei, hieße ihn überfordern (Pauger/Pichler, ElWOG, 67 f.).

53. Diesem Verweigerungsgrund liegt wie der deutschen KWK-Klausel die Ermächtigung der Art. 8 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 3 Stromrichtlinie zugrunde.

54. Pauger/Pichler lesen § 19 Ziff. 1 offenbar so, dass Anträge auf Netznutzung in der Reihenfolge der Antragstellung zu genehmigen sind, bis die Netzkapazität erschöpft ist. Die Prioritätenreihung könne sich nur auf gleichzeitig gestellte Anträge beziehen (da ältere Netznutzungsgenehmigungen nicht widerrufen werden könnten, auch wenn sie sonst nachrangig wären; Pauger/Pichler, ElWOG, 65). Ebenso auch der AB zu § 19 in der Stammfassung). Diese Anwendung des Prinzips „prior tempore, potior iure“ erklärt jedoch nur die erste Variante der Ziff. 1. Die Bevorzugung auch von „an die Stelle bestehender Verpflichtungen tretender vertraglicher Verpflichtungen“ ist ebenso auslegungsbedürftig (vgl. dazu Thurnher, ElWOG, § 19 Rn. 4) wie deren inhaltliche Berechtigung fraglich ist. Eine ausdrückliche europarechtliche Grundlage dafür ist nicht ersichtlich. Der AB des Wirtschaftsausschusses zu § 19 in der Stammfassung ging davon aus, dass „Transporte im Ausmaß bisheriger Kapazität auch bei Wechsel des Stromlieferanten unter Ziff. 1 zu subsumieren“ seien. Für das Prioritätsprinzip (Genehmigung von Anträgen in der Reihenfolge des Einlangens) verbliebe diesfalls jedoch kaum ein Anwendungsbereich (ebenso Pauger/Pichler, ElWOG, 65).

55. Die Bevorzugung der Wasserkraft in Ziff. 2 erscheint – jedenfalls i. S. des Gleichheitsgrundsatzes – aus umweltpolitischen Gründen berechtigt. Sie dürfte auch europarechtlich zulässig sein. Zwar erwähnt Erwägungsgrund 28 Stromrichtlinie nur, dass der Elektrizitätserzeugung auf der Grundlage erneuerbarer Energien aus Gründen des Umweltschutzes Vorrang eingeräumt werden kann, was nicht notwendigerweise bedeutet, dass solchermaßen erzeugter Strom auch Vorrang beim Netzzugang genießt. Ausdrücklich gestattet jedoch Art. 8 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 3 Stromrichtlinie, dass den Netzbetreibern die bevorzugte Einspeisung von erneuerbaren Energieträgern aufgetragen werden darf. Damit ist wohl – zumindest auch – eine bevorzugte Genehmigung von Anträgen auf Durchleitung gemeint (kritisch auch Pauger/Pichler, ElWOG, 64).

56. Ziff. 3 bezieht sich auf die Stromrichtlinie vom 29.10.1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze (90/547/EWG).

57. de Wyl, Vertragliche Gestaltung des Netzzugangs, in: Praxishandbuch Energiebeschaffung, Lose-Blatt-Werk, Kapitel Strombeschaffung, 2001. Theobald/de Wyl/Deschler, Der Netznutzungsvertrag, ZNER 2001, S. 235 ff.

58. Vgl. z. B. den vor dem LG Düsseldorf entschiedenen Fall Yello Strom GmbH, Urt. v. 16.05.2001, Az. 12 O 395/00 oder die sich widersprechenden Urteile des LG Hamburg, Urt. v. 06.10.2000, Az. 406 O 44/00 (rechtskräftig) = RdE 2001, 31 ff. und das Urt. v. 02.02.2001 = ZNER 2001, 59 f. = RdE 2001, 157 ff.

II. Österreich

Der Inhalt des Anschluss- und Netzzugangsvertrages zwischen Endverbraucher und Verteilernetzbetreiber wird durch die Allgemeinen Bedingungen des Netzbetreibers determiniert, die von der E-Control Komm zu genehmigen sind.⁵⁹ Die E-Control GmbH erarbeitete dazu gemeinsam mit den Marktteilnehmern eine Vorlage als empfohlene Fassung E-Control Kommission. Die überwiegende Anzahl der AB der Netzbetreiber orientiert sich an dieser Vorgabe und wurde bereits genehmigt. Die AB enthalten u. a. Regelungen zu *Netzanschluss*,⁶⁰ *Netznutzung*,⁶¹ *Messung und Lastprofile und Datenmanagement*.⁶²

E) Zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs auf Netzzugang

I. Deutschland

Im deutschen Recht wird unterschieden zwischen dem Verfahren vor den Kartellbehörden (Bundes- und Landeskartellamt), dem Verfahren vor der Europäischen Kommission sowie den gerichtlichen Verfahren, dort zwischen dem Hauptsacheverfahren und dem – wesentlich schnelleren – Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz (einstweilige Verfügung).

1. Kartellverfahren

Gemäß § 32 GWB kann die Kartellbehörde „Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen ein Verhalten untersagen, das nach diesem Gesetz verboten ist“. Dazu gehört auch das Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung durch Verweigerung des Netzzugangs ohne rechtfertigenden Verweigerungsgrund. Gemäß § 54 GWB kann das Kartellamt von Amts wegen oder auf Antrag einschreiten, wobei das Tätigwerden jeweils im Ermessen der Kartellbehörde steht.⁶³ In der Praxis griff das Kartellamt angesichts der Unterbesetzung der zuständigen 8. Beschlussabteilung eher selten ein und hatte sich zunehmend auf das Aufgreifen diverser gleichgerichteter (Sammel-)Beschwerden oder auf das Verfassen richtungsweisender Berichte fokussiert.⁶⁴ Mit der zum 1. August 2001 eingerichteten 11., mit sechs Personen besetzten, Beschlussabteilung – ausschließlich zuständig für die Durchsetzung des Missbrauchs- und Diskriminierungsverbotes, die Gewährleistung des Netzzugangs und Überprüfung der Angemessenheit von Netznutzungsentgelten in der Elektrizitätswirtschaft – wächst die Zuversicht in ein schnelleres Reagieren der Behörde. Der Vorteil eines Kartellverfahrens ist die Einschlägigkeit des Untersuchungsgrundsatzes, nach dem die Kartellbehörde zur umfassenden und sorgfältigen Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes von Amts wegen verpflichtet ist (§ 57 Abs. 1 GWB).⁶⁵

2. Europäische Kommission

Ferner denkbar ist der Weg zur Europäischen Kommission. Im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens kann nach der sog. Kartellverordnung die Verletzung des Art. 82 EGV festgestellt und untersagt werden. Art. 82 EGV verbietet Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung in einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes die missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung, soweit dies den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen kann. Damit sich die ebenso wie das Bundeskartellamt personell zu knapp besetzte Wettbewerbskommission mit der Netzzugangsverweigerung überhaupt beschäftigt, bedarf es einerseits der Eignung der Verweigerungshaltung, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Hier genügt die hinreichende Wahrscheinlichkeit der unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potentiellen Eignung, den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern. Andererseits aber muss die Beeinträchtigung des innerstaatlichen Handels spürbar sein. Hiermit sollen wirtschaftlich unbedeutende Störungen ausselektiert werden.⁶⁶ Spürbar dürfte auf jeden Fall eine nicht realisierbare Lieferung in der Größenordnung

des seitens der Stromrichtlinie fixierten Mindestöffnungsfensters (Jahresverbrauch von mehr als 100 GWh) sowie die flächendeckende Abschottung von Märkten wie etwa Ostdeutschlands sein.

3. Zivilgerichte

Möglich ist ferner der - u. U. mühsam anmutende - Weg zu den Gerichten. Ein Verfahren in der Hauptsache eignet sich nicht für das schnelllebige Geschäft der Branche, kann es doch u. U. mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Wesentlich effektiver, jedoch nicht immer erfolgreich, ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, der schnellen Zugang zum Netz beschleunigen kann. Nicht alle

59. Ebenfalls anders als in Deutschland normiert das EIWOG übrigens auch Allgemeine Bedingungen für Bilanzgruppenverantwortliche (§ 47 Abs. 4 EIWOG). Diese müssen nach dem Gesetz nicht auf einander abgestimmt werden, unterliegen jedoch ebenfalls der Genehmigungspflicht (vgl auch § 71 Abs. 6 EIWOG).

60. Die Frage der Netzanschlussebene ist für die Berechnung der Systemnutzungstarife von Bedeutung. Gemäß Pkt IV. der AB ist *die Anlage des Netzbenutzers mit dem System des Netzbetreibers an dem technisch geeigneten und für den Netzbenutzer wirtschaftlich günstigsten Punkt zu verbinden. Bei der Ausarbeitung des Anschlusskonzeptes hat der Netzbetreiber die berechtigten Interessen des Netzbenutzers sowie möglicher weiterer Netzbenutzer angemessen zu berücksichtigen. Darüber hinaus sind die gesetzlichen Anforderungen an den Netzbetreiber hinsichtlich Ausbau und Betrieb seines Netzes zu berücksichtigen. Es besteht somit kein Rechtsanspruch des Netzbenutzers auf den ausschließlich für ihn wirtschaftlich günstigsten Netzanschlusspunkt.* Zu beachten ist dabei, dass die AB zunächst nicht vom technisch geeignetsten Punkt, sondern vom für den Netzbenutzer wirtschaftlich günstigsten Punkt (der lediglich auch technisch geeignet sein muss) sprechen. Der ausdrückliche Auftrag zur Berücksichtigung berechtigter Interessen des Netzbenutzers lässt sich wohl nur so verstehen, als dass der Netzbenutzer die Netzanschlussebene grundsätzlich selbst bestimmen kann, soweit sich der daraus ergebende Netzanschlusspunkt nur technisch geeignet ist (und der Netzbenutzer für die Aufwendungen für die Herstellung des Anschlusses an die höhere Netzebene abgilt). Zu beachten ist dabei, dass die AB zunächst nicht vom *technisch geeignetsten Punkt*, sondern vom *für den Netzbenutzer wirtschaftlich günstigsten Punkt* (der lediglich auch *technisch geeignet* sein muss) sprechen. Überdies haben nach der Grundsatzbestimmung des § 6 EIWOG alle Elektrizitätsunternehmen als „kundenorientierte“ Anbieter von Energiedienstleistungen zu agieren. Da auch Verteilernetzbetreiber Elektrizitätsunternehmen sind (§ 7 Z 8), haben sich auch diese nach den Vorgaben des EIWOG an den Wünschen der Kunden zu orientieren.

61. Die AB sprechen von Netzbetreibern und *Netzbenutzern*. Netzbenutzer sind Personen, die Elektrizität in ein Netz einspeisen oder entnehmen (§ 7 Z 26). Dieser Begriff ist aber mit dem des *Kunden* nicht deckungsgleich. So ist etwa ein *Stromhändler* (in seiner Eigenschaft als Käufer) zwar *Kunde*, nicht aber *Einspeiser* (§ 7 Z 7) oder *Entnehmer* (§ 7 Z 10), und daher kein *Netzbenutzer*.

62. Beachtlich erscheint, dass in Pkt. VII. der AB auch eine Pflicht für die Netzbetreiber normiert wird, das Netz nach dem Stand der Technik zu erhalten „und auszubauen“. *Ergeben sich im aktuellen Netzbetrieb Engpässe, so hat der Netzbetreiber gemäß den geltenden technischen Regeln geeignete Maßnahmen zu deren Behebung zu setzen.* § 29 Z 6 EIWOG verpflichtet die Verteilernetzbetreiber lediglich zum *Betrieb und der Instandhaltung des Netzes*, nicht auch zum Ausbau des Netzes. Allerdings verpflichtet § 4 Abs. 1 Z 3 die Netzbetreiber zur *Errichtung und Erhaltung einer für die inländische Elektrizitätsversorgung (oder für die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen) ausreichenden Netzinfrastruktur*. Am Maßstab dieser *ausreichenden Netzinfrastruktur* wird wohl auch die Verpflichtung der AB zum Netzausbau zu interpretieren sein.

63. Es wird mit guten Argumenten vertreten, dass sich das Einschreitermessen der Kartellbehörde auf „Null“ verdichtet und ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Aufgreifen des Falles besteht, vgl. etwa Britz, in: Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal (Hrsg.), *Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung*, Mai 2000, § 6 Rn. 102 – 104; Theobald/Zenke, *Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung*, C.H. Beck-Verlag, München 2001, S. 151; Ungemach/Weber, RdE 1999, 13 ff. (14).

64. Vgl. Bericht der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 19.04.2001.

65. Im zivilgerichtlichen Verfahren gilt demgegenüber der Beibringungsgrundsatz. Das Gericht wertet nur, was die Parteien vorbringen. Unerwähntes, auch Wahres, bleibt unberücksichtigt.

66. EuGH Slg. 1971, 949, Bégeluin; EuGH Rs. T-7/93, Slg. 1995 II, 1533, Langnese/Iglo = EuZW 1996, 49 ff. (56).

Gerichte halten jedoch das einstweilige Verfügungsverfahren für ein geeignetes Mittel, ein Durchleitungsbegehren, schlicht gerichtet auf Inanspruchnahme des Netzes, durchzusetzen. Vgl. hierzu bereits Punkt B I dieses Aufsatzes. Unbeschadet der Frage, ob ein Leistungsbegehren, das zur Bereitstellung des Netzes zwingt, im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes zugelassen wird, muss die Frage der Netznutzung der anschließenden vertraglichen Regelung zugeführt werden.

II. Österreich

1. Feststellungsverfahren nach § 20 EIWOG und Verhältnis zu § 21 EIWOG

Nach der Verfassungsbestimmung des § 20 Abs. 2 hat die E-Control Komm „über Antrag desjenigen, der behauptet, durch die Verweigerung des Netzzuganges in seinem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung des Netzzuganges verletzt worden zu sein, innerhalb eines Monats festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzuganges gemäß Abs. 1 vorliegen“. ⁶⁷ Zusätzlich normiert auch § 21 Abs. 1 (als unmittelbar anwendbares Bundesrecht), dass „in Streitigkeiten zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzuganges – sofern keine Zuständigkeit des Kartellgerichtes vorliegt – die E-Control Komm entscheidet.“ Das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen zueinander erscheint unklar. ⁶⁸ Der VwGH hat dazu judiziert, ⁶⁹ dass § 21 Abs. 1 nur insofern eine Ausweitung der sachlichen Zuständigkeit ⁷⁰ beinhalte, „als der Landesgesetzgeber weitere Netzzugangsverweigerungstatbestände als in § 20 Abs. 1 EIWOG bestimmt vorsehen könnte, über deren Rechtmäßigkeit einzig und allein“ die in § 21 Abs. 1 genannte Behörde ⁷¹ entscheiden soll. Allerdings enthält keines der Landesausführungsgesetze über § 20 Abs. 1 EIWOG hinausgehende Netzzugangsverweigerungstatbestände. ⁷²

Ergebnis dieser Verfahren vor der E-Control Komm ist aber immer nur die Feststellung, ob der Netzzugang zu Recht oder zu Unrecht verweigert wird. Hat die E-Control einmal die Unrechtmäßigkeit der Netzzugangsverweigerung festgestellt und verweigert der Netzbetreiber weiterhin den Netzzugang, ist der Antragsteller gezwungen, beim zuständigen ordentlichen Gericht bzw. beim Kartellgericht eine Duldungsklage oder einen Antrag nach § 35 KartG einzubringen ⁷³.

2. Kartellgericht

Auch die Zuständigkeitsverteilung zwischen E-Control Komm und Kartellgericht erscheint auslegungsbedürftig. Wie oben erwähnt, entscheidet die E-Control Komm über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzuganges nach § 21 Abs. 1 EIWOG, sofern keine Zuständigkeit des Kartellgerichtes vorliegt.

Da ein Netzbetreiber gegenüber den an sein Netz angeschlossenen Kunden immer eine Monopolstellung innehat, ist jeder Netzbetreiber im Verhältnis zu den Netznutzern stets auch marktbeherrschend i. S. d. § 34 Abs. 1 KartG. Die Verweigerung des Netzzuganges ist immer missbräuchlich, wenn dafür kein sachlicher Grund vorliegt. ⁷⁴ Das Kartellgericht ist daher grundsätzlich bei jeder Verweigerung des Netzzuganges dafür zuständig, bzw. zu überprüfen berechtigt, ob damit der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch den zugangsverweigernden Netzbetreiber gemäß § 35 KartG verwirklicht wird. ⁷⁵

Nach dem Wortlaut der Bestimmung im EIWOG wäre damit die E-Control Komm nie zur Entscheidung über Netzzugangsverweigerungen zuständig, da auch das Kartellgericht (unter dem Aspekt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) ebenfalls dafür zumindest immer zuständig wäre. Es ist allerdings sehr fraglich, ob der Gesetzgeber dabei beim Wort genommen werden soll ⁷⁶. Nach überzeugender Ansicht ⁷⁷ gilt die Zuständigkeit der E-Control Komm unbeschadet der (d. h. zusätzlich zur) Zuständigkeit des Kar-

tellgerichts. Eine Netzzugangsverweigerung kann daher grundsätzlich vor der E-Control Komm und dem Kartellgericht bekämpft werden.

Vor dem Kartellgericht kann dabei gemäß § 37 KartG die Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung beantragt werden. ⁷⁸ Das Kartellgericht kann den Netzzugang im Rahmen eines solchen Verfahrens unmittelbar anordnen. ⁷⁹ Ein solcher Beschluss bildet einen gemäß § 126 KartG nach den Vorschriften der Exekutionsordnung (EO) zu vollstreckenden Exekutionstitel. ⁸⁰

Daneben steht selbstverständlich auch in Österreich ebenso wie in Deutschland der Weg zur Europäischen Kommission offen.

3. Ordentliche Gerichte

§ 21 Abs. 2 EIWOG normiert schließlich, dass in allen übrigen Streitigkeiten zwischen Netzzugangsberechtigten und Netzbetreibern über die aus diesem Verhältnis entspringenden Verpflichtungen, insbesondere die anzuwendenden Bedingungen und Systemnutzungstarife, die (ordentlichen) Gerichte entscheiden. Neben der Frage einer Verweigerung des Netzzuganges ⁸¹ kann im Vertragsverhältnis zwischen Netzzugangsberechtigtem und Netzbetreiber etwa die Höhe und allfällige Rückforderung überhöhter Systemnutzungstarife oder die Auslegung der Allgemeinen Bedingungen für Verteilernetzbetreiber streitig sein. ⁸² Über solche Fragen entscheiden dann die Zivilgerichte. Der Weg zu den ordentlichen Gerichten ist auch erforderlich, wenn ein Netzzugang vom Netzbetreiber weiter verweigert wird, obwohl die E-Control Komm im Feststellungsverfahren ausgesprochen hat, dass der Netzzugang zu Unrecht verweigert wird. ⁸³ Ein vor den Zivilgerichten erreichtes stattgebendes Urteil kann sodann als Exekutionstitel (auf Leistung einer unvertretbaren Sache) mit den Mitteln der Exekutionsordnung durchgesetzt werden.

67. Der Netzbetreiber hat das Vorliegen der Verweigerungstatbestände (Abs. 1) nachzuweisen. Die Elektrizitäts-Control Kommission hat in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung zwischen Netzzugangsberechtigtem und Netzbetreiber hinzuwirken.

68. Vgl. dazu bereits Schanda, *Energierecht*, EIWOG § 21 Rn. 3 f.

69. VwGH 24.10.2000 GZ 2000/05/0080.

70. Damals des BMWA, nunmehr der E-Control Komm.

71. Damals des BMWA, nunmehr der E-Control Komm.

72. § 29 Abs. 1 Ziff. 4 Slzb LEG enthält allerdings gegenüber der Vorgabe des EIWOG eine kleine Ergänzung.

73. So richtig Pauger/Pichler, *EIWOG* 70 und Th. Rabl/Thurnher, *Energielieferverträge*, 71.

74. So richtig Th. Rabl/Thurnher, *Energielieferverträge*, 71.

75. So richtig Stockenhuber, *Wer entscheidet über den Netzzugang*, *ÖZW* 2001, 37, 41.

76. Vgl. Stockenhuber, *Wer entscheidet über den Netzzugang*, *ÖZW* 2001, 37, 40 f.

77. Stockenhuber, *Wer entscheidet über den Netzzugang*, *ÖZW* 2001, 37, 41 f.; Schanda, *Volliberalisierung des Elektrizitätsmarktes ab 1. Oktober 2001*, *wbl* 2001, 60.

78. Vgl. auch dazu Stockenhuber, *Wer entscheidet über den Netzzugang*, *ÖZW* 2001, 37, 42.

79. Th. Rabl/Thurnher, *Energielieferverträge*, 71 m. w. N.

80. Die missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung kann allerdings nach der Praxis des OGH auch schon vor der kartellgerichtlichen Untersagungsverfügung vor den Zivilgerichten über die Fallgruppe des Vorsprungs durch Rechtsbruch als sittenwidrige Wettbewerbsbehandlung gem. österreichischem § 1 UWG aufgegriffen werden (auch dazu Stockenhuber, *Wer entscheidet über den Netzzugang*, *ÖZW* 2001, 37, 42 m. w. N.).

81. Nach § 21 Abs. 3 kann eine Klage von sich auf eine Verweigerung des Netzzuganges gründenden Ansprüchen, unbeschadet der Bestimmung des Abs. 2 erst nach Rechtskraft der Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzuganges eingebracht werden; bildet eine solche Entscheidung eine Vorfrage für das gerichtliche Verfahren, so ist dieses bis zur Rechtskraft der Entscheidung der Regulierungsbehörde zu unterbrechen.

82. So richtig Stockenhuber, *Wer entscheidet über den Netzzugang*, *ÖZW* 2001, 37, 42.

83. Siehe oben.

Vor den Zivilgerichten ist auch ein allfälliger Schadenersatzanspruch wegen einer unrechtmäßigen Verweigerung des Netzzugangs durchzusetzen. Stellt sich im Verfahren (über den Hauptanspruch auf Leistung des Netzzugangs) heraus, dass der Netzzugang zu Unrecht verweigert wurde, und konnte der Netzbutzer etwa für die Zeit während des anhängigen Verfahrens infolge der Netzzugangsverweigerung kein günstigeres Alternativangebot nutzen, so können die Mehrkosten (im Falle eines Verschuldens) als Schadenersatz ebenfalls vor dem Zivilgericht geltend gemacht werden.

Eine Klage vor den Zivilgerichten kann allerdings gem. § 21 Abs. 2 S. 2 ElWOG erst nach Zustellung des Bescheides der E-Control Komm im Streitschlichtungsverfahren gemäß Art. 8 § 7 Abs. 2 ElWOG oder nach Verstreichen der im Art. 8 § 7 Abs. 3 ElWOG vorgesehenen Frist eingebracht werden. Es handelt sich hierbei allerdings um einen Fehlverweis. Gemeint ist hier das Streitschlichtungsverfahren nach § 16 Abs. 1 Ziff. 5 BG Regulierungsbehörden⁸⁴ und die (vierwöchige) Frist des § 16 Abs. 3 BG Regulierungsbehörden⁸⁵. Unabhängig von der Kompetenz zur feststellenden Entscheidung über Netzzugangsverweigerungen besteht also auch eine Kompetenz der E-Control Komm zur Führung eines obligatorischen Streitschlichtungsverfahrens, bevor eine Klage vor den ordentlichen Gerichten eingebracht werden kann⁸⁶. Die E-Control Komm hat in solchen Streitschlichtungsverfahren nach § 16 Abs. 1 Ziff. 5 i. V. m. § 16 Abs. 3 BG Regulierungsbehörden per Bescheid zu entscheiden. Die Partei, die sich mit der 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 E-Control Komm außer Kraft.⁸⁷

F) Resümee

Ein Vergleich der dargestellten Regelungen in den beiden Ländern ergibt somit folgendes Bild:

I. Anspruch auf Netzzugang

In beiden Ländern besteht – richtlinienkonform – ein Anspruch der Netzzugangsberechtigten auf diskriminierungsfreien Zugang zu den Netzen der Netzbetreiber. In Deutschland sind die Netzentgelte – dem gewählten Ansatz des deutschen Gesetzgebers entsprechend – zu verhandeln. Deren Bildung orientiert sich jedoch weitgehend an den Vorgaben von Verbändevereinbarung II und II plus. In Österreich ergibt sich das Entgelt für die Netznutzung aus Verordnungen, die eine exakte Kalkulation der Durchleitungskosten erlauben.

II. Verweigerungsgründe

Beide Rechtssysteme sehen – als Ausnahmetatbestand ausgestaltet – verschiedene Netzzugangsverweigerungstatbestände vor. Während das deutsche Energiewirtschaftsgesetz die Verweigerungsgründe nur beispielhaft benennt, enthält das österreichische ElWOG eine abschließende Aufzählung der Verweigerungsgründe und bietet den Marktteilnehmern vom Ansatz her mehr Rechtssicherheit.

Anders als das deutsche Recht, kennt das österreichische Recht den (noch bestehenden) Netznutzungsverweigerungstatbestand der Braunkohleklausele nicht. Braunkohleförderung erfolgt in Österreich durch Betriebsbeihilfe an ein betroffenes Unternehmen unter dem Titel stranded costs.

Die Gesetzgeber beider Länder haben sich jedoch für die Förderung von Umweltaspekten entschieden und normieren eine, fast wort-, jedenfalls aber inhaltsgleiche, KWK- bzw. Erneuerbare Energien-Klausele.

Beide Rechtssysteme beinhalten – zum Schutz der eigenen Marktteilnehmer – den Verweigerungsgrund wegen mangelnder

Reziprozität der Systeme.

Das österreichische Gesetz benennt als weitere Verweigerungsgründe „Störfälle“ und die „mangelnde Kapazität“. Auch wird eine Prioritätenregelung für den Netzzugang bei nicht ausreichenden Kapazitäten normiert, deren genaue Auslegung jedoch umstritten ist. Bemerkenswert ist jedenfalls, dass „Transporte auf Grund bestehender und an deren Stelle tretender vertraglicher Verpflichtungen“ Vorrang haben. Anders als im deutschen Recht ist auch explizit erwähnt, dass – nach Berücksichtigung von insoweit vorrangigem Strom aus Wasserkraft und Transiten – die danach verbleibenden Kapazitäten zwischen den übrigen Berechtigten im Verhältnis der angemeldeten Leistung aufzuteilen sind.

Die deutsche Rechtsprechung subsumiert die Verweigerungsgründe „Störfälle“ und „mangelnde Kapazität“ unter die Klausel der „betriebsbedingten Unmöglichkeit“. Wie eine Übernachfrage seitens der Netzbetreiber zu befriedigen ist, regelt das Gesetz nicht. Insbesondere kennt das Gesetz keine Besserstellung von Wasserkraftstrom. Ausgehend von der Verpflichtung des Netzinhabers, die freie Kapazität diskriminierungsfrei an die den Netzzugang Begehrenden zu verteilen, empfiehlt sich eine Repartierung der Kapazitäten bei gleichzeitiger Forderung einer Mindestöffnung der Netze zumindest während der Phase des tatsächlichen und nicht nur gesetzlichen Übergangs von Monopol zum Wettbewerb. Eine Selbstbevorzugung der netzbetreibenden EVU ist ausgeschlossen.

III. Inhalt des Netznutzungsvertrags

In Deutschland sind die Bedingungen des Netzzuganges – dem gewählten Ansatz des deutschen Gesetzgebers entsprechend – zu verhandeln. Letztendlich führt dies zu einer Vielzahl von mehr oder weniger umfangreichen Vertragsgestaltungen, die insbesondere für einen bundesweit tätigen Lieferanten operational schwer zu handhaben sind. Zahlreiche Regelungen werden seitens der Lieferanten als unbillig empfunden und zum Gegenstand von (z. T. sehr kostenintensiven) Kartell- und Gerichtsverfahren gegen die regelmäßig Monopolstellung besitzenden Netzbetreiber gemacht. Immer wieder lassen sich angesichts der aufwändigen Detailverhandlungen seitens der Newcomer Resignation und Rückzugsgedanken vernehmen.

In Österreich ist der Inhalt des Netznutzungsvertrages durch die Vorgaben der Regulierungsbehörde bei Genehmigung der Allgemeinen Bedingungen der Netzbetreiber weitgehend determiniert.

IV. Zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs auf Netzzugang

Die zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs auf Netzzugang ist in beiden Ländern vor der Kartellbehörde bzw. dem Kartellgericht möglich. Daneben steht in Deutschland der unmittelbare Weg zu den Zivilgerichten offen. In Österreich gibt es für die Frage nach der Berechtigung einer Netzzugangsverweigerung ein eigenes Feststellungsverfahren vor der E-Control Komm. Für alle anderen Fragen sind auch in Österreich die Zivilgerichte zuständig. Diese können jedoch erst nach einem obligatorischen Streitschlichtungsverfahren vor der E-Control Komm angerufen werden.

84. Abgedruckt bei Schanda, Energierecht, 136 ff.

85. Vgl. dazu Schanda, Energierecht, ElWOG, § 21 Rn. 8 f.

86. Für Klagen auf Durchsetzung des Netzzugangs, bei denen E-Control Komm bereits am Feststellungsverfahren mitgewirkt hat, ist wohl vor der Zivilklage nicht noch einmal die E-Control Komm im Rahmen des Streitschlichtungsverfahrens zu befassen. Das Feststellungsverfahren inkludiert wohl das Streitschlichtungsverfahren.

87. Es liegt also eine sukzessive Kompetenz der ordentlichen Gerichte vor.