

V MIS G 01/17

PA 44674/18

[REDACTED]

vertreten durch:

[REDACTED]

per RSb

B E S C H E I D

Im von Amts wegen gegen die [REDACTED]
[REDACTED], vertreten durch [REDACTED]
[REDACTED], eingeleiteten Verfahren wegen der Nichtverrechnung der Entnahme von Erdgas durch [REDACTED] ergeht gemäß § 24 Abs. 2 Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl. I Nr. 110/2010, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 108/2017, iVm § 72 und § 73 Abs. 1 und 2 Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011), BGBl. I Nr. 107/2011, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 108/2017, iVm § 10 Gas-Systemnutzungsentgelte-VO 2013 (GSNE-VO 2013), BGBl. II Nr. 309/2012, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 85/2018, nachstehender

I. Spruch

1. Die Netzbetreiberin [REDACTED] hat den rechtmäßigen Zustand herzustellen, in dem sie binnen 14 Tagen der Endverbraucherin [REDACTED] für die Entnahme von Erdgas am Punkt [REDACTED] das Netznutzungsentgelt für die Netzebene 2, Netzbereich Niederösterreich, gemäß § 73 Abs. 2 GWG 2011 iVm § 10 Abs. 8 Z 1 GSNE-VO 2013 idgF die bislang nicht verrechneten und nicht verjährten Netznutzungsentgelte, jedenfalls also die Entgelte für den Zeitraum ab 1. September 2015, nachverrechnet.
2. Die [REDACTED] hat der E-Control binnen vier Wochen die Nachweise über die Verrechnung und Nachverrechnung vorzulegen.

II. Begründung

1. Inhalt des Verfahrens

1.1. Verfahrensverlauf

Im Zuge der Wahrnehmung ihrer Überwachungs- und Aufsichtsfunktion gemäß § 24 E-ControlG erhielt die Regulierungsbehörde Informationen über die Entnahme und Verwendung von sog. „Liftgas“ aus dem Netz der [REDACTED] durch [REDACTED]. Unter „Liftgas“ wird jenes Erdgas verstanden, welches als Druckmedium für die Erdölförderung dient und zusätzlich von außen in Lagerstätten hineingepresst wird, um Erdöl besser fördern zu können (sog. „Gaslift“). Im Gegenstand wurde bzw. wird das für den Gaslift eingesetzte Erdgas aus dem Verteilernetz der [REDACTED] bei [REDACTED] entnommen. Im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens (V KOR 10/16) wurde die Thematik umfangreich erörtert und der Sachverhalt ermittelt, woraufhin am 25. Oktober 2017 von Amts wegen ein Verfahren gemäß § 24 E-ControlG zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes gegen [REDACTED] eingeleitet wurde (V MIS G 01/17). Die Partei erstattete am 4. Dezember 2017 eine Replik auf die Vorhaltungen der Behörde und auf das Schreiben der Behörde vom 16. März 2018, mit welchem die Partei letztmalig zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes (§ 24 Abs. 2 E-ControlG) aufgefordert wurde, am 23. April 2018 eine Reduplik.

Die [REDACTED] wurde als Beteiligte (§ 8 AVG) von der Behörde am 11. April 2018 über den aktuellen Verfahrensstand informiert und um Stellungnahme eingeladen. Diese Stellungnahme wurde am 30. April 2018 erstattet.

1.2. Inhaltliche Positionen

Die Behörde hielt in ihren Schreiben der Partei unter anderem vor, durch die vertragslose Gewährung einer Erdgasentnahme am Punkt [REDACTED] durch ein konzernverbundenes Unternehmen

1. gegen die Verpflichtung zur korrekten Verrechnung der Systemnutzungsentgelte gemäß § 73 Abs. 2 GWG 2011 iVm § 10 Gas-Systemnutzungsentgelte-Verordnung 2013 (GSNE-VO 2013), BGBl. II Nr. 309/2012 idgF, verstoßen zu haben,
2. durch die Nichtverrechnung der korrekten Entgelte erstens gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 9 iVm § 58 Abs. 1 Z 6 GWG 2011 und § 30 der Allgemeinen Bedingungen des Netzzugangs zum Verteilernetz [REDACTED] (AB VN) verstoßen zu haben, da dadurch das Konzernschwesterunternehmen [REDACTED] besser gestellt werde als andere Netzbenutzer, und durch die Nichtverrechnung der korrekten Entgelte zweitens gegen das Verbot der Quersubvention gemäß § 8 Abs. 2 GWG 2011 verstoßen zu haben, da dadurch die im Wettbewerb befindliche [REDACTED] [REDACTED] geringere Kosten habe und die Mindererlöse der Netzbetreiberin [REDACTED] durch höhere Systemnutzungsentgelte von anderen Netzbenutzern kompensiert würden.

Die Partei trat diesen Vorhaltungen der Behörde im Wesentlichen mit folgenden Argumenten entgegen:

- Ad 1.) Es sei kein Netznutzungsentgelt für die Entnahme für Erdgas zu zahlen, weil [REDACTED] [REDACTED] kein Endverbraucher gemäß § 73 Abs. 2 GWG 2011 sei, weil
- a. kein Endverbrauch vorliege, denn die aus Produktion eingespeiste Gasmenge übersteige in jeder einzelnen Stunde die entnommene Erdgasmenge, und hier eine bilanzielle Betrachtung greifen müsse;
 - b. das entnommene Erdgas nicht gekauft werde;
 - c. das entnommene Erdgas und das wiedereingespeiste Gas vergleichbare Qualität haben und somit das Gas keine Substanzveränderung erfahre.
- Ad 2.) Eine Diskriminierung bzw. Quersubventionierung lägen nicht vor, weil eine ökonomische Bevorzugung angesichts der fehlenden Endverbrauchereigenschaft von [REDACTED] eben nicht erfolge.

[REDACTED] teilte in ihrer Stellungnahme als Beteiligte im Wesentlichen die Argumentation der Partei und führte erweiternd Folgendes aus: Im Begutachtungsentwurf zur GSNE-VO Novelle 2018 wurde in § 10 Abs. 10 eine „Anlassfallregelung“ für Liftgas versucht, jedoch nicht beschlossen. Damit sei implizit anerkannt worden, dass die Entnahme von Liftgas nicht tarifiert werden dürfe. Durch die Belastung von [REDACTED] bei der Entnahme von Liftgas gemäß § 73 Abs. 2 GWG 2011 und bei Produktion von Gas gemäß § 73 Abs. 6 leg. cit. käme es zu einer doppelten Tarifierung, gegen die sich der Gesetzgeber bewusst entschieden habe. Es sei unzutreffend, dass im GWG 2011 jede Form des Endverbrauchs mit der Pflicht zur Entrichtung des Netznutzungsentgelts belastet sei, sondern es sei durch den Gesetzgeber eben nur der Tatbestand des Kaufs erfasst.

Sowohl die Verfahrenspartei als auch die Beteiligte stellten gegenüber der Behörde außer Streit, dass das entnommene Erdgas und das produzierte Gas (rein) sachenrechtlich unterschiedliche Dinge darstellen.

2. Sachverhalt

2.1. Die Behörde stellt folgenden Sachverhalt als unstrittig fest:

Vom Verteilernetz der [REDACTED] im [REDACTED] wird von [REDACTED] Erdgas („Liftgas“) bei [REDACTED] entnommen und in ihre Erdöllagerstätten eingepresst, um als Druckmedium für die Ölförderung zu dienen. In der Station [REDACTED] wird das bei der Förderung von Erdöl mitgeführte Gas ebenso wie das aus dem Verteilernetz entnommene Erdgas aufbereitet, getrocknet, gemessen und in das Verteilernetz der [REDACTED] eingespeist. Die Netzanschlusspunkte [REDACTED] und [REDACTED] sind durch die Verteilerleitung der [REDACTED] miteinander verbunden und voneinander ca. zwölf Kilometer entfernt. Diese Leitungsverbindung in den Norden transportiert relativ große Gasmengen, die Liftgasmenge stellt dabei nur einen verhältnismäßig kleinen Teil dar. Das in [REDACTED] entnommene Erdgas aus der Leitung [REDACTED] erfährt durch seine Verwendung als Liftgas im Zuge der Ölförderung eine stoffliche Veränderung und es findet eine Vermengung mit aus den Lagerstätten neu gefördertem Gas statt. Im Bilanzgruppensystem sind die Mengen an in [REDACTED] entnommenem Erdgas und die korrespondierende Menge an eingespeistem Gas in [REDACTED] nicht abgebildet. Ein schriftlicher Netzzugangsvertrag zwischen [REDACTED] und [REDACTED] besteht nicht bzw. wurde der Behörde nicht vorgelegt. Rechnungen über die Verrechnung der Gas-Systemnutzungsentgelte für die Entnahme von Erdgas wurden ebenfalls nicht vorgelegt. Die [REDACTED] steht mehrheitlich im gesellschaftsrechtlichen Eigentum der [REDACTED], die wiederum ein Tochterunternehmen der [REDACTED], eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens, ist. Auch die [REDACTED] ist ein Tochterunternehmen der [REDACTED].

2.2. Beweiswürdigung

In Bezug auf die – im Übrigen für die Beurteilung der Hauptfrage bloß nebensächliche - Tatsachenfrage, ob der Netzzugang der [REDACTED] am Punkt [REDACTED] auf Grundlage eines mündlich bzw konkludent abgeschlossenen Vertrages oder vertragslos erfolgt ist, waren die Behauptungen der Partei widersprüchlich. Einerseits verwies sie in ihrer Stellungnahme vom 4. Dezember 2017, Rz 27, auf die Üblichkeit von mündlich abgeschlossenen Verträgen im Konzernverband vor der Entflechtung, andererseits betonte sie mit gleichem Schreiben, Rz 35, dass keine Vereinbarung der Partei mit [REDACTED] abgeschlossen worden sei, die der Anzeigepflicht nach § 113 Abs. 3 GWG 2011 unterliege. Da jedoch sämtliche Vereinbarungen zwischen ITO und Konzern anzuzeigen sind und sich diese Anzeigepflicht auch auf jene Vereinbarungen erstreckt, die vor der ITO-Zertifizierung abgeschlossen und daher in der Praxis von der Behörde mit dem Zertifizierungsbescheid „mitgenehmigt“ wurden, stehen diese beiden Behauptungen zueinander in logischem Widerspruch.

Die Behörde geht daher aufgrund des von der Partei gesetzten Verhaltens davon aus, dass ein mündlicher bzw. konkludent geschlossener Vertrag zwischen [REDACTED] und [REDACTED] vorliegt: da die jahrelange Entnahme von Liftgas durch [REDACTED] der Partei zweifellos bekannt gewesen war und keine nachweislichen Schritte von der Partei gesetzt wurden, die Entnahme von Erdgas durch [REDACTED] zu unterbinden, liegt zumindest eine konkludente Einwilligung der Verfahrenspartei auf der Hand. Die fehlende Verrechnung der Gas-Systemnutzungsentgelte für die entnommenen Erdgasmengen ist offenkundig dem Umstand geschuldet, dass eine gemeinsame Rechtsauffassung der Partei und [REDACTED] bestand,

dass letztere keine Endverbraucherin von dem entnommenen Erdgas sei und daher auch keine Schuld zur Entrichtung der Gas-Netznutzungsentgelte bestehe.

Die Entnahme von Erdgas durch [REDACTED] findet daher auf Grundlage eines nicht verschriftlichten Netzzugangsvertrages statt.

III. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 27 GWG 2011 ist ein Verteilernetzbetreiber verpflichtet, dem Netzzugangsberechtigten Netzzugang zu den allgemeinen Bedingungen und dem mit Verordnung festgelegten Systemnutzungsentgelt zu gewähren. Diese Verpflichtung des Verteilernetzbetreibers ist weiters in § 58 Abs. 1 Z 7 GWG 2011 normiert. Verteilernetzbetreiber dürfen nur die von der Behörde verordneten Entgelte verrechnen und sind bei der Verrechnung an die Bestimmungen des GWG 2011 sowie der Gas-Systemnutzungsentgelte-Verordnung in der jeweils geltenden Fassung gebunden.

Das Netznutzungsentgelt ist eine Komponente des Systemnutzungsentgeltes und ist gemäß § 73 Abs. 2 GWG 2011 von Endverbrauchern pro Zählpunkt zu entrichten. Gemäß § 7 Abs. 1 Z 11 GWG 2011 ist ein Endverbraucher definiert als eine natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die Erdgas für den Eigenbedarf kauft. Die Höhe des Gas-Netznutzungsentgeltes für Endverbraucher ist in § 10 Abs. 8 GSNE-VO 2013 festgelegt.

I. Grundsätzlich rechtliche Feststellungen

1. Zur rechtlichen Qualifikation der Entnahme von Liftgas

[REDACTED] argumentiert mit dem Wortlaut der Begriffsbestimmung, dass von [REDACTED] keine Netznutzungsentgelte für die Entnahme von Erdgas entrichtet werden müssten.

Diese Argumentation ist aus Sicht der Behörde im mehrfachen Hinsicht verfehlt.

a) „Kauf“

[REDACTED] argumentiert mit dem Wortlaut der Begriffsbestimmung, dass kein „Kauf“ durch [REDACTED] vorliege, weshalb keine Endverbrauchereigenschaft bestehe und im Umkehrschluss keine Netznutzungsentgelte für die Entnahme von Erdgas entrichtet werden müssten.

Aus Sicht der Behörde ist zwar gemäß § 73 Abs. 2 iVm § 7 Abs. 1 Z 11 GWG 2011 dem Wortlaut nach vom „Kauf“ die Rede, damit aber jede Form der Entnahme von Erdgas aus dem Netz gemeint. Bereits bei diversen Begriffsbestimmungen des § 7 GWG 2011 findet sich zahlreich die Bezugnahme auf einen „Kauf“ (vgl. Z 16, Z 23, Z 32, Z 69 leg. cit. et. al.); die Definitionen können sich jedoch denkunmöglich ausschließlich auf „Käufe“ beziehen, da es unverständlich scheint, wieso etwa ein Unternehmen, das Erdgas tauscht, kein Erdgasunternehmen (§ 7 Abs. 1 Z 16 GWG 2011) sein soll.

Das begriffliche Abstellen auf einen „Kauf“ beruht auf den Begriffsbestimmungen des Art. 2 der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie, welche ebenfalls zahlreiche Bezugnahmen auf einen Kaufvorgang kennen. Diese Bestimmungen wurden aus Gründen der Richtlinienumsetzung wortwörtlich in die nationalen Begrifflichkeiten übernommen, ohne eine bewusste Begrenzung auf bestimmte schuldrechtliche Geschäftsformen zu intendieren. Auch gibt es weder nach den Zielen und der Systematik des GWG 2011 einen Grund anzunehmen, der Gesetzgeber hätte andere schuldrechtliche Vertragsbeziehungen (zB ein Tausch von Erdgas in Form eines „Erdgas-Swap“) oder Diebstahl gegenüber dem Kauf privilegieren wollen. Vielmehr geht aus zahlreichen Gesetzesstellen hervor, dass der Netzbetreiber zur „*Gleichbehandlung aller Kunden eines Netzes bei gleicher Charakteristik der Transportleistung*“ (§ 5 GWG 2011) verpflichtet ist bzw. „*das Systemnutzungsentgelt ... dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Systembenutzer*“ (§ 72 Abs. 1 GWG 2011) zu entsprechen hat.

Die von der Partei eingenommene Sichtweise nur bei Kauf von der Endverbrauchereigenschaft und somit der Zahlungspflicht gemäß § 73 GWG 2011 auszugehen, würde Umgehungsmöglichkeiten hinsichtlich der Verrechnung von Entgelten eröffnen, die dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden können: Diese Sichtweise würde andere schuldrechtliche Vereinbarungen (zB Tausch, Schenkung von konzernzugehörigen Einkaufstochterunternehmen) sowie sogar selbst Diebstahl von der Pflicht zur Leistung von Systemnutzungsentgelten ausnehmen, da dann keine Endverbrauchereigenschaft und in weiterer Folge Zahlungspflicht vorliegen würde. Vielmehr muss jede Entnahme von Erdgas aus dem Verteilernetz die Entgeltspflicht für die Netznutzung gem. § 73 GWG 2011 zur Folge haben. Andernfalls müssten andere Netzbenutzer die Mindereinnahmen der Netzbetreiber in Form von höheren Entgelten ausgleichen und würden geschädigt. Die Sichtweise der [REDACTED] würde eine unsachliche Ungleichbehandlung der Netzbenutzer bewirken, die alle in der gleichen Weise das Netz benutzen. Diese stünde in klarem Widerspruch zur im Gesetz an mehreren Stellen (vgl. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 2, § 9, § 28 Abs. 2, § 58 Abs. 1 Z 6 und Z 7, § 72 Abs. 1, § 116 Abs. 1 GWG 2011 et al.) vorgesehenen Pflicht zur Gleichbehandlung aller Netzbenutzer.

Hätte der Gesetzgeber sachlich gerechtfertigte Ausnahmen von der Entgeltspflicht normieren wollen, ist davon auszugehen, dass er diese ausreichend klar formuliert hätte. Hätte der Gesetzgeber mit der Anknüpfung an den „Endverbraucher“ in § 73 Abs. 2 GWG 2011 Energiebezüge, die auf Schenkungen, Diebstahl oder etwa Tausch beruhen, ausschließen wollen, so hätte er dem Netzbetreiber auch die Möglichkeit zur Prüfung der Rechtsgrundlage des Energieliefergeschäftes einräumen müssen, andernfalls der Netzbetreiber das Bestehen der Entgeltspflicht nicht beurteilen kann.

Im Übrigen widerspräche ein ausschließliches Abstellen auf den „Kauf“ der Zielbestimmung des § 4 Abs. 3 GWG 2011, wonach „*durch die Einführung der Berechnung des Systemnutzungsentgelts und eines Kostenwälzungsverfahrens eine angemessene Aufteilung der Netzkosten auf die Netzbenutzer*“ bewirkt werden soll.

Dass dieses formale Argument der Partei, ohne Kauf des Gases liege kein Endverbrauch vor und müsse kein Netznutzungsentgelt gezahlt werden, bloß vorgeschoben ist, lässt sich auch daraus ableiten, dass eine Prüfung des Gasliefervertrages zwischen Netzbenutzer und Versorger durch den Netzbetreiber weder rechtlich vorgesehen ist, noch in der Praxis erfolgt.

Mangels einer fortlaufenden Prüfung kann daher der Netzbetreiber in Fällen einer Entnahme von Erdgas aus dem Netz gar nicht beurteilen, ob und wann ein Kauf stattfindet und ob und wann sodann konsequenterweise Netzentgelte zu entrichten sind. Dieses Szenario deckt sich jedoch weder mit der derzeit geltenden Rechtslage, noch mit der gängigen Praxis.

b) „Endverbrauch“

■■■■ argumentiert, dass das von ■■■■ entnommene Erdgas nicht dem „Endverbrauch“ diene, denn es werde ja über die mit der Erdölförderung mitgeförderte Gasmenge wiederaufbereitet „rückerstattet“, weshalb ■■■■ kein Endverbraucher sei und daher gemäß § 73 GWG 2011 auch kein Netznutzungsentgelt zu zahlen habe.

Dieser Argumentation kann die Behörde nicht folgen: Der Gesetzgeber verwendet die Begriffe „Entnehmer“, „Endverbraucher“ und „Endkunde“, wie auch andere Begriffe im GWG 2011, nicht einheitlich, weshalb diesen auch keine scharfe Abgrenzungsfunktion zukommt. Beispielsweise kommt der Wortstamm „Kunde“, vereinzelt auch der Wortstamm „Endkunde“, in rund 35 verschiedenen Gesetzesstellen des GWG 2011 vor, und bezeichnet damit in vielen Fällen den Endverbraucher selbst [siehe zB § 7 Abs. 1 Z 21 „Hausanschluss“; § 7 Abs. 1 Z 32 „Kunde“; in § 7 Abs. 1 Z 38 („Marktteilnehmer“) sind über die Begriffe „Kunde“ iVm „Produzenten“ und „Endverbraucher“ die beiden letzteren doppelt aufgezählt (dh. Produzenten und Endverbraucher sind in Z 38 leg. cit. einmal gesondert aufgelistet und einmal über den Sammelbegriff „Kunde“), die „Erdgasunternehmen“ werden jedoch nicht erwähnt; § 61; § 73 Abs. 1; § 121 Abs. 5; § 122; § 123 Abs. 2; § 124 Abs. 2; § 124 a Abs. 5; § 127; § 131 Abs. 1 Z 3, § 131 Abs. 2 Z 4 uvm]. Der Begriff „Endverbraucher“ bzw. „Verbraucher“ findet sich in ähnlicher Häufigkeit. Wesentlich seltener ist der Begriff „Entnehmer“ (siehe § 7 Abs. 1 Z 12; § § 7 Abs. 1 Z 61; § 27 Abs. 3; § 31 Abs. 5; § 73 Abs. 4; § 74), der teilweise nur die Verbraucher, teilweise Verbraucher und nachgelagerte Netzbetreiber umfasst und nach der Begriffsbestimmung keinen „Kauf“ voraussetzt.

Es besteht daher aufgrund der Unschärfe der vom Gesetzgeber verwendeten Begrifflichkeiten und der Unmöglichkeit, daraus eine klare Abgrenzung von Tatbeständen abzuleiten, kein sachlich nachvollziehbarer Grund, warum eine strenge Wortinterpretation des Begriffes „Endverbraucher“ im Umkehrschluss dazu führen soll, dass ■■■■ kein Netznutzungsentgelt gemäß § 73 GWG 2011 für die Entnahme von Erdgas entrichten soll.

Dass das entscheidende Kriterium für die Verrechnung des Netznutzungsentgelts gemäß § 73 Abs. 2 GWG 2011 im Übrigen nicht der „Endverbrauch“ sondern die Netznutzung sein muss, ergibt sich nicht nur durch eine historische Interpretation (siehe unten) sondern auch – sollte wie oben ausgeführt ein Vertragsverhältnis vorliegen – aus den Allgemeinen Bedingungen des Netzzugangs zum Verteilernetz der ■■■■ (AB VN), genehmigt durch Bescheid der Regulierungsbehörde vom 29. Juni 2015, deren § 14 Abs. 4 und § 23 ausschließlich vom Netzbenuer spricht.

Der VfGH sprach sich in einem vergleichbaren Fall im Bereich Strom für das Vorliegen einer Endverbrauchereigenschaft bei der Entnahme von Elektrizität zum Betrieb eines Pumpspeicherkraftwerkes aus (VfSlg. 19.740/2013, Rz 2.3.2):

„Das antragstellende Gericht vermeint, dass es sich bei Pumpspeicherkraftwerken deswegen nicht um Entnehmer im Sinne der genannten gesetzlichen Bestimmungen handelt, weil sie zwar — was für §7 Abs1 Z14 EIWOG 2010 relevant ist — elektrische Energie aus einem Übertragungs- oder Verteilernetz entnehmen, dies allerdings nicht für den "Eigenverbrauch". Es handle sich daher bei Pumpspeicherkraftwerken um keine "Endverbraucher" im Sinne des §7 Abs1 Z12 EIWOG 2010, weil sie den entnommenen Strom nur zur "Speicherung" und damit Erzeugung verwenden und so auch wieder in das Netz zurückleiten würden. Die Regulierungsbehörde verweist demgegenüber auf die genannten Legaldefinitionen und den Umstand, dass nach dem Regelungszusammenhang der §§51 ff. EIWOG 2010 die Entnahme und die Einspeisung von Strom getrennt zu behandeln seien.

Es ist nun nicht bestritten, dass Pumpspeicherkraftwerken — wie Kraftwerken als solchen — die Stellung eines Erzeugers und damit eines Einspeisers im Sinne des §7 Abs1 Z10 EIWOG 2010 zukommt. Das schließt aber nicht aus, dass Pumpspeicherkraftwerke (auch) als Endverbraucher und damit Entnehmer im Sinne des §4 Abs1 Z12 iVm 14 EIWOG 2010 einzuordnen sind. Auf den Verwendungszweck, wofür also der "Endverbraucher" die Elektrizität bezieht, kommt es nach den Regelungen des EIWOG 2010 nicht an. Dass Pumpspeicherkraftwerke Elektrizität beziehen, um diese für die Erzeugung von Elektrizität zu nutzen (also für einen Produktions- oder Umwandlungsprozess zu verwenden), ändert also nichts an dem Umstand, dass sie Elektrizität für ihren Eigenverbrauch im Sinne des §7 Abs1 Z12 EIWOG 2010 beziehen.“

Die Definitionen für den Endverbraucher in GWG 2011 und EIWOG 2010 decken sich, und wie bei einem Pumpspeicherkraftwerk erfolgt die Entnahme im vorliegenden Fall zur Produktion. Im Gegensatz zu § 52 Abs. 1 EIWOG 2010 („Das Netznutzungsentgelt ist von Entnehmern pro Zählpunkt zu entrichten“) knüpft § 73 Abs. 2 GWG 2011 die Entgeltspflicht – ohne ersichtlichen Grund - sondern vielmehr aufgrund der bereits dargestellten uneinheitlichen Begriffsverwendung – an den Endverbraucher. Der VfGH stellte aber nicht nur die Entnehmereigenschaft des Pumpspeicherkraftwerks sondern auch die für den vorliegenden Fall relevante Endverbrauchereigenschaft fest. Dabei prüfte er das Vorliegen eines Kaufs nicht und ging von dessen Vorliegen aus.

Es ist allerdings kein Grund ersichtlich, warum nach der Argumentation des VfGH für das Bestehen einer Entgeltspflicht bei Pumpspeicherkraftwerken, davon auszugehen wäre, dass nur das Vorliegen eines Kaufes die Entgeltspflicht auslösen würde.

Dass das von ████████ in ████████ entnommene Erdgas nicht chemisch ident mit jenem in ████████ geförderten Gas (oder einem Teil dessen) ist, wurde sowohl von ████████ (23.4.2018, Rz 7) als auch von ████████ (Stellungnahme vom 30.4.2018, Rz 29) zugestanden. Sachenrechtlich liegt somit nach der Entnahme und Verwendung von Erdgas für die Ölförderung und nach der Produktion von Gas und Einspeisung ins Netz eine sachenrechtlich unterschiedliche Sache (Gasmenge in unterschiedlicher stofflicher Zusammensetzung) vor.

Diesen Umstand vermochte die Partei nicht durch den Hinweis zu entkräften, dass durch die Qualitätskriterien, die produziertes Gas ████████ haben müsse, eine vergleichbare Qualität mit dem entnommenen Erdgas in ████████ habe und somit das Gas keine Substanzveränderung erfahre. Die Gasqualitätskriterien geben nämlich lediglich eine bestimmte Bandbreite vor, innerhalb der sich das geförderte und in das Gasnetz eingespeiste Gas befinden müsse, dadurch wird jedoch keine qualitative Identität geschaffen. Die stoffliche

Zusammensetzung und der Energiegehalt jeder Produktionssonde wird durch gaschromatographische Nachweise belegt, somit sind auch Unterschiede bspw. zwischen Gas aus heimischer Produktion und dem sich hauptsächlich in den österreichischen Erdgasnetzen befindlichen Erdgas russischer Provenienz belegbar. Die bestehenden ÖNormen zur Gasqualität führen daher weder zu sachenrechtlicher Identität von entnommenem Erdgas aus dem Netz und produziertem Gas, noch zu kompletter energetischer Vergleichbarkeit.

c) „Eigenbedarf“

Aus dem mehrfachen Hinweis von [REDACTED] (etwa in der Stellungnahme vom 23.4.2018, Rz 7), dass „in jedem erfassten Zeitabschnitt [...] mehr Gas in [REDACTED] eingespeist als in [REDACTED] ausgespeist wird“, leitet [REDACTED] implizit ab, dass die für Liftgaszwecke aus dem Netz entnommenen Mengen durch [REDACTED] letztendlich nicht dem Eigenbedarf diene, da der Vorgang bilanziell betrachtet werden müsse (so auch [REDACTED] in der Stellungnahme vom 30.4.2018, Rz 28ff, Rz 38ff).

In seinem zitierten Erkenntnis ging der VfGH zur Endverbrauchereigenschaft von Pumpspeicherkraftwerken brachte das antragstellende Gericht vergleichbar der Argumentation der [REDACTED] vor, „dass es sich bei Pumpspeicherkraftwerken deswegen nicht um Entnehmer im Sinne der genannten gesetzlichen Bestimmungen handelt, weil sie zwar — was für § 7 Abs1 Z14 EIWOG 2010 relevant ist — elektrische Energie aus einem Übertragungs- oder Verteilernetz entnehmen, dies allerdings nicht für den "Eigenverbrauch". Es handle sich daher bei Pumpspeicherkraftwerken um keine "Endverbraucher" im Sinne des § 7 Abs1 Z12 EIWOG 2010, weil sie den entnommenen Strom nur zur "Speicherung" und damit Erzeugung verwenden und so auch wieder in das Netz zurückleiten würden.“

Der VfGH stellte vielmehr fest, „dass „Pumpspeicherkraftwerke Elektrizität beziehen, um diese für die Erzeugung von Elektrizität zu nutzen (also für einen Produktions- oder Umwandlungsprozess zu verwenden), ändert also nichts an dem Umstand, dass sie Elektrizität für ihren Eigenverbrauch im Sinne des § 7 Abs1 Z12 EIWOG 2010 beziehen.“ Der Gerichtshof geht von einer klaren Unterscheidung von Ein- und Ausspeisevorgang aus, der gerade gegen eine Saldierung der Entnahme und Einspeisemengen zum Zweck der Entgeltverrechnung spricht.

Der Begriff „Eigenbedarf“ selbst ist aus dem Unionsrecht (Erdgasbinnenmarkttrichtlinie) im Zuge einer wortwörtlichen Umsetzung entnommen und findet im GWG 2011 sonst keine Verwendung.

Unzweifelhaft ist in diesem Zusammenhang, dass nicht nur jene Gasproduktionsanlagen, die Erdgas für die Gasproduktion benötigen und verbrauchen, für diesen Mengenteil Endverbraucher im Sinne des GWG 2011 sein können. Jedenfalls ist aber auch damit klar, dass bei der Strom- und auch bei der Gaserzeugung, Anlagen, die für die Energieerzeugung Energie beziehen, zu diesem (An-)Teil auch Verbraucher sind. Aus diesem Grund wird bei Zählpunkten von Stromerzeugungsanlagen der aus dem Netz entnommene Strom mit den Strom-Netznutzungsentgelten gemäß SNE-V 2018 verrechnet.

d) Historische und systematische Interpretation

Zum gleichen Ergebnis kommt man auch über eine historische Betrachtung: § 23a Abs. 6 des GWG (alt), BGBl. I Nr. 121/2000, idF vor dem Inkrafttreten des GWG 2011 am 22. November 2011, sah ebenfalls eine Zahlungsverpflichtung für „Entnehmer und Einspeiser“ für die Netznutzung vor, Netzbetreiber galten (Anm. und gelten auch im EIWOG 2010 und gemäß § 7 Abs. 1 Z 12 GWG 2011 noch) als Entnehmer. Die leichte Änderung der Terminologie war dabei v.a. der Anlehnung an die Definitionen der Binnenmarkttrichtlinie geschuldet (siehe dazu die Definition in Art. 2 Abs. 1 Z 27 der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie), wobei der Terminus „Endkunde“ durch den im österreichischen Recht üblicheren Begriff „Endverbraucher“ ersetzt wurde.

Eine Änderung in der Gruppe der zahlungspflichtigen Entnehmer/Endverbraucher wurde damit nicht bezweckt, wie sich aus dem Fehlen von diesbezüglichen Erläuterungen in den sonst sehr ausführlichen Gesetzesmaterialien schließen lässt.

Im Übrigen war bereits in den Materialien zur GWG-Novelle 2002, BlgNR 1116 XXI. GP, mit welcher die Vorgängerbestimmung zum Netznutzungsentgelt des GWG 2011 geschaffen wurde und welche im Gesetzestext die Zahlungspflicht der „Entnehmer“ normiert, vom „Netztarif für Endverbraucher“ die Rede. Eine Austauschbarkeit dieser Begriffe war daher schon dem damaligen Gesetzgeber nicht fremd, weshalb über eine Wortinterpretation auch nicht der Umkehrschluss gezogen werden darf, dass jene Entnehmer, die dem Wortlaut nach nicht Endverbraucher sind, zB weil sie das Erdgas nicht „kaufen“, keine Netznutzungsentgelte für die Benutzung des Gasnetzes entrichten müssen.

Auch in Zusammenschau mit den Systemnutzungsentgeltbestimmungen des EIWOG 2010 ergibt sich unzweifelhaft, dass in § 73 GWG 2011 ebenso wie in § 52 EIWOG 2010 alle Entnehmer das Netznutzungsentgelt zahlen müssen, unabhängig davon, ob sie „Endverbraucher“ sind oder nicht. Wie auch in den Erläuterungen zum § 23a GWG, BlgNR 1116 XXI. GP, und zu § 73 GWG 2011, BlgNR 1081 XXIV. GP, ist auch in den Erläuterungen zu § 52 EIWOG 2010, BlgNR 994 XXI. GP, klar beschrieben, dass das Netznutzungsentgelt für die *Benutzung* des Netzes zu entrichten ist. Für eine Differenzierung zwischen den Zahlergruppen beim Netznutzungsentgelt für Strom und Gas ist daher auch semantisch kein Raum.

Als Ergebnis der Auslegung ergibt sich daher der zweifelsfreie Wille des Gesetzgebers, über die von ihm verwendeten Begrifflichkeiten keine Befreiungen vom Netznutzungsentgelt für einzelne Entnehmer von Erdgas aus dem Gasnetz zugestehen zu wollen.

2. Verbot von Diskriminierung und Quersubvention

Das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot und das einfachgesetzliche Diskriminierungsverbot gebieten, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Aus Sicht der Behörde besteht kein überzeugendes Argument, warum eine Ausnahme der Erdgasentnahme aus dem Gasnetz für die Ölförderung von der Verpflichtung, hierfür Netznutzungsentgelte zu entrichten, sachgerecht und dem Grundsatz der Gleichbehandlung konform sein sollte. Es findet nicht nur durch die Vorgänge der Vermengung und stofflichen Veränderung des Gases

im Zuge der Ölförderung eine sachenrechtliche Zäsur – also ein Verbrauch - statt (Untergang der Sache „Erdgas aus dem Netz“, Entstehen der Sache „gefördertes, getrocknetes und aufbereitetes Gas aus Produktion“), sondern es wird im Zuge dieses Verbrauchsprozesses auch das Gasnetz benutzt und damit eine Dienstleistung in Anspruch genommen, die mit dem Netznutzungsentgelt abgegolten wird. Selbst unter der fiktiven Annahme, dass genau jene Gasmoleküle, die im Zuge der Produktion in [REDACTED] eingespeist werden, im rund zwölf Kilometer entfernten [REDACTED] als Erdgas für die Ölförderung entnommen werden, also gleichsam das Gas endlos „im Kreis geschickt wird“, findet eine Benutzung des Netzes der [REDACTED] statt. Das Netznutzungsentgelt jedoch ist von Endverbrauchern entfernungsunabhängig für die Benutzung des Netzes zu leisten.

Dass die Art und die Entgeltlichkeit des Synallagmas von Entnehmer und Versorger nicht maßgeblich für die Endverbrahereigenschaft und für die Verpflichtung sein kann, Netznutzungsentgelte zu entrichten, wurde bereits oben dargelegt.

Eine Befreiung der Liftgasentnahme von der Verpflichtung, Netznutzungsentgelte zu entrichten, wäre darüber hinaus eine unzulässige Bevorzugung eines konzernverbundenen Unternehmens und damit unsachlich und diskriminierend (vgl. § 8 Abs. 2 und § 9 GWG 2011): Einen Netzbetreiber trifft nämlich gemäß § 9 GWG 2011 die besondere Verpflichtung, ihre Netzbenutzer (dh. „*jene Personen, die ihre Anlagen nutzen oder zu nutzen beabsichtigen*“), gleich zu behandeln und ihm sind Diskriminierungen, „*insbesondere zugunsten vertikal integrierter Unternehmen*“, untersagt. Mangels eines rechtlich relevanten Unterschieds zwischen der Entnahme von Erdgas aus dem Netz der [REDACTED] für Zwecke der Gaslift durch das Konzernschwesterunternehmen [REDACTED] und einer Entnahme von Erdgas aus dem Netz der [REDACTED] durch einen sonstigen Endverbraucher sind beide Sachverhalte gleich zu behandeln und [REDACTED] die Gas-Netznutzungsentgelte vorzuschreiben.

Der Schutzzweck des Verbots der Quersubvention gemäß § 8 Abs. 2 GWG 2011 beinhaltet die Wahrung eines fairen Wettbewerbs zwischen Unternehmen. Sollte die im Wettbewerb befindliche [REDACTED] Liftgas durch den Nachlass von Gas-Netznutzungsentgelten durch die Konzernschwestergesellschaft [REDACTED] gratis entnehmen können, fallen bei [REDACTED] geringere Erdölförderkosten an, wodurch sie einen wettbewerblichen Vorteil gegenüber anderen Ölförderunternehmen hat. Im Übrigen erleidet die [REDACTED] als Netzbetreiberin dadurch keine wirtschaftlichen Nachteile, da entgangene Erlöse aus der Verrechnung der Netznutzungsentgelte durch höhere Systemnutzungsentgelte von anderen Netzbenutzern kompensiert würden.

Eine Nicht- oder Falschverrechnung von Systemnutzungsentgelten seitens des Netzbetreibers ist weiters verwaltungsstrafbewährt (Preistreiberei gemäß § 162 GWG 2011). Diskriminierung gemäß § 9 und Quersubventionierung gemäß § 8 Abs. 2 GWG 2011 können gemäß § 159 Abs. 2 Z 1 oder gemäß § 164 Abs. 1 Z 1 GWG 2011 pönalisiert werden.

3. Zur „Bilanziellen Betrachtung“ und „doppelten Tarifierung“

Die ■■■■■ bringt vor, dass dem GWG 2011 eine „bilanzielle Betrachtung“ zugrunde liege (Rz 8 der Stellungnahme vom 23.4.2018). Diese Behauptung ist in Bezug auf die Systemnutzungsentgelte rechtlich unzutreffend. ■■■■■ ist unzweifelhaft Entnehmerin des Erdgases am Entnahmepunkt ■■■■■ und Einspeiserin von Gas am Einspeisepunkt ■■■■■. Diese beiden Punkte sind rund zwölf Kilometer voneinander entfernt. Eine „bilanzielle Betrachtung“ in Form einer Saldierung von einzelgemessenen Entnahme- und Einspeisemengen ist, anders als von ■■■■■ angedeutet, nicht mit den Rechtsvorschriften über die Systemnutzungsentgelte vereinbar.

Gemäß § 7 Abs. 1 Z 78 GWG 2011 ist ein Zählpunkt die „Einspeise- und Entnahmestelle, an der eine Erdgasmenge messtechnisch erfasst und registriert wird. Eine Zusammenfassung mehrerer Zählpunkte ist nicht zulässig.“ Die Entnahme von Erdgas durch ■■■■■ als auch deren Einspeisepunkt aus der Produktion von Gas finden voneinander geographisch weit entfernt statt und können nicht saldiert werden. Die Verrechnung des Netznutzungsentgelts hat – das wurde im GWG 2011 klargestellt - *pro Zählpunkt* zu erfolgen (§ 73 Abs. 2 GWG 2011, siehe auch dazu die Erl. BgNR 1081 XXIV. GP). Für eine bilanzielle Betrachtung ist interpretativ keinerlei Raum.

In extremis würde eine „bilanzielle Betrachtung“ dazu führen, dass jegliche Gasproduktion eines Konzerns an einem Zählpunkt mit jeglichem Verbrauch des Konzerns an einem anderen Zählpunkt aufgerechnet und saldiert würden. Damit würde letztlich jedes Energieversorgungsunternehmen von Strom und Gas zu einem reinen, zählpunktübergreifenden „Überschusseinspeiser“ mutieren – ein an der Rechtslage und Praxis vollkommen vorbeigehendes Szenario.

Von der Beteiligten ■■■■■, nicht jedoch von der Partei selbst, wurde im Zuge ihrer Stellungnahme als Kehrseite einer „bilanziellen Betrachtung“ eine unzulässige „doppelte Tarifierung“ für den Fall moniert, dass ■■■■■ sowohl für die Entnahme von Erdgas als auch für die Produktion von Gas ein Netznutzungsentgelt entrichten müsste.

Aus Sicht der Behörde kann eine doppelte Tarifierung deshalb nicht vorliegen, weil es sich bei der Produktion von Gas einerseits und der Entnahme von Erdgas andererseits durch ■■■■■ um zwei voneinander getrennte Sachverhalte handelt, die an unterschiedlichen Orten mit unterschiedlichen Sachen (das entnommene Erdgas und das geförderte Gas sind, wie oben dargestellt, mengenmäßig, stofflich und sachenrechtlich voneinander verschieden) zu unterschiedlichen Zeitpunkten (es kann nicht das gleiche Molekül aus dem Gasnetz entnommen und zeitgleich wieder aufbereitet und getrocknet ins Gasnetz rückeringespeist werden) stattfinden. Insofern findet auch keine „doppelte Tarifierung“ eines Sachverhaltes, sondern eine je gesonderte Tarifierung zweier verschiedener Sachverhalte statt. Weiters übersieht die Beteiligte, dass die Entnahme von Erdgas gemäß § 73 Abs. 2 GWG 2011 iVm § 10 Abs. 8 Z 1 GSNE-VO 2013 arbeits- und leistungsbezogen, die Einspeisung von Gas aus Produktion gemäß § 73 Abs. 6 GWG 2011 iVm § 13 Abs. 2 GSNE-VO 2013 jedoch nur leistungsbezogen zu verrechnen ist.

4. Zu „Festlegungen durch die Regulierungskommission“

Von der Beteiligten [REDACTED], nicht jedoch durch die Partei selbst, wurde im Zuge ihrer Stellungnahme vorgebracht, dass der Begutachtungsentwurf zur Novelle 2018 der GSNE-VO ein gesondertes Entgelt für Liftgas vorgesehen habe, die Vorschrift jedoch vom Verordnungsgeber nicht erlassen worden sei; der Grund hierfür sei darin zu verorten, dass dadurch eine – bislang nicht bestehende - Rechtsgrundlage für die Tarifierung von Liftgasentnahmen geschaffen werden sollte.

Dazu hält die Behörde fest, dass der Begutachtungsentwurf für die Erlassung der GSNE-VO zuständigen Regulierungskommission eine Begünstigung für Liftgasentnahmen aufgrund der kürzeren Länge der effektiv genutzten Verteilerleitungen mit 50% des Netznutzungsentgelts vorsah. Unzweifelhaft war - und ist nach wie vor - eine Entgeltspflicht für das Entnehmen von Liftgas vorgesehen, diese sollte aber privilegiert werden. In der finalen Fassung wurde von einer solchen Regelung allerdings abgesehen, weshalb die Entgeltspflicht in voller Höhe vorliegt.

II. Zusammenfassung

Da, wie oben dargelegt, [REDACTED] Endverbraucherin des von ihr entnommenen Erdgases ist, hat sie auch gemäß § 73 Abs. 2 GWG 2011 iVm § 10 Abs. 8 Z 1 GSNE-VO 2013 idgF das Gas-Netznutzungsentgelt für die in der Vergangenheit verwirklichten Sachverhalte sowie für die zukünftigen Entnahmen von Erdgas zu entrichten. Diese Verpflichtung ist – sollte ein Vertragsverhältnis vorliegen - auch vertraglich in §§ 14 Abs. 4 und § 23 AB VN normiert. Die Partei hat, um keinen Diskriminierungstatbestand gemäß § 9 GWG 2011 bzw. keinen Tatbestand der Quersubventionierung gemäß § 8 Abs. 2 GWG 2011 zu verwirklichen, die nicht entrichteten Beträge vorzuschreiben und allenfalls gerichtlich einzutreiben.

Die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes gemäß § 24 Abs. 2 E-Control-Gesetz kann sich auch auf vergangene Perioden beziehen; dies stellt insoweit keine Rückwirkung dar, solange sich die zu befolgende Rechtsvorschrift – anders als bei einer Rückwirkung – tatbestandsmäßig nicht auf Sachverhalte bezieht, die vor dem Beginn des zeitlichen Geltungsbereichs der Rechtsvorschrift liegen, wobei zivilrechtliche Verjährungsbestimmungen zu beachten sind. Nach der Judikatur des OGH sind Forderungen auf Entrichtung des Netznutzungsentgelts ebenso wie Forderungen aufgrund von Lieferungen von Energie (OGH 7Ob 269/08x; vgl. auch RS0122723, 9 Ob 2/15g.) unter § 1486 Z 1 ABGB zu subsumieren und unterliegen damit der kurzen Verjährungsfrist von drei Jahren (das monatliche Entgelt für die Netznutzung ist eine Forderung für eine Leistung im geschäftlichen Betrieb). Soweit also ein Netzzugangsvertrag zwischen der Partei und [REDACTED] vorliegt, unterliegen die darauf basierenden Forderungen einer Verjährungsfrist von drei Jahren. Gemäß § 24 Abs. 2 AB VN hat die Verteilernetzbetreiberin [REDACTED] das Netznutzungsentgelt und das Entgelt für Messleistungen auf Basis von Monatsrechnungen abzurechnen. Die Schuld zur Leistung des Netznutzungsentgelts entsteht gemäß § 24 Abs. 3 AB VN durch Legen der Rechnung

innerhalb von fünfzehn Arbeitstagen nach erfolgter Ablesung. Es hat daher die Partei jedenfalls für die vergangenen drei Jahre ab Entstehen der Schuld (somit seit 1. September 2015) die nicht entrichteten Beträge vorzuschreiben und allenfalls gerichtlich einzutreiben. Sofern eine Schuld der [REDACTED] für auch weiter zurückliegende Zeiträume noch nicht verjährt sein sollte, hat die Partei auch diese Leistungen einzutreiben.

IV. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann gemäß § 7 VwGVG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach erfolgter Zustellung dieses Bescheides bei der Energie-Control Austria einzubringen und hat die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, die belangte Behörde und die Gründe auf die sich die behauptete Rechtswidrigkeit stützt, sowie das Begehren zu enthalten.

Im Falle einer Beschwerde wird ersucht, die Eingabegebühr von EUR 30,- gemäß § 14 TP 6 Abs. 5 Z 1 lit. b Gebührengesetz (GebG) 1957, BGBl. Nr. 267/1957 idGF, iVm § 2 BuLVwG-EGebV, BGBl. II Nr. 387/2014, unter Angabe des Verwendungszwecks durch Überweisung auf das entsprechende Konto des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel gemäß § 1 Abs. 3 BuLVwG-EGebV zu entrichten.

Energie-Control Austria
für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control)

Wien, am 18.9.2018

Der Vorstand

Dr. Wolfgang Urbantschitsch, LL.M.
Vorstandsmitglied

DI Andreas Eigenbauer
Vorstandsmitglied

Ergeht als Bescheid an:

[REDACTED]
vertreten durch:

[REDACTED]
per RSb.