

An die
Ö**

Linke Wienzeile 4/1/6, 1060 Wien
T: +43 1 5050707
F: +43 1 5050707 180
office@schienencontrol.gv.at
DVR-Nr: 1060163

GZ: SCK-WA-12-006

3. TEILBESCHIED

Die Schienen-Control Kommission hat durch Dr. Robert Streller als Vorsitzenden sowie Mag. Norbert Fürst und Mag. Mario Matzer als weitere Mitglieder im gemäß § 74 EisbG von Amts wegen eingeleiteten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren betreffend Bahnstromverträge zu Recht erkannt:

Spruch:

I.

1. In den im Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 enthaltenen Verträgen werden die folgenden Bestimmungen für unwirksam erklärt und der Ö** in weiterer Folge die Berufung auf diese Bestimmungen untersagt:

Die unter Punkt 5.2 lit a und b, Anlage 1 des Bahnstromnetznutzungsvertrags sowie unter Punkt 8.4 lit a und b des Durchleitungsvertrags enthaltenen Bestimmungen, die der Ö** eine Vertragsauflösung aus wichtigem Grund aus den dort genannten Gründen ermöglichen

2. Die Ö** hat die in den im Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 enthaltenen Verträgen geregelten Vertragsbestimmungen im Umfang von Punkt II.1. dieses Bescheids unverzüglich ab Zustellung dieses Bescheides aus dem auf ihrer Internetseite abrufbaren Anhang „Durchleitung Bahnstrom“ zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 zu entfernen.

II.

1. Die Anträge der W**, die Schienen-Control Kommission als zuständige Behörde möge der Ö** auftragen, sämtliche technischen Bedingungen, welche der Hauptleistung „Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems“ zur Herbeiführung einer zumindest bestimmbar Leistung zu Grunde zu legen sind, vollständig, transparent und nicht-diskriminierend offenzulegen
2. Die Anträge der W**, die Schienen-Control Kommission als zuständige Behörde möge der Ö** auftragen, sämtliche Vertragsgegenstände, und zwar des Bahnstromnetznutzungsvertrages, des Durchleitungsvertrages und des Energieliefervertrages, aufeinander abzustimmen, so dass keine Zweifel über deren Inhalt und Zusammenwirken bestehen und eine lückenlose und rechtssichere Abwicklung der Energielieferung durch dritte Energielieferanten gewährleistet werden kann
3. Die Anträge der W**, die Schienen-Control Kommission als zuständige Behörde möge sämtliche rechtswidrige Bedingungen in den durch die Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, in dem in den Stellungnahmen vom 03.06.2015, 23.11.2015 und 24.11.2017 jeweils aufgezeigten Ausmaß für unwirksam erklären und/oder hinsichtlich sämtlicher rechtswidriger Bedingungen in den durch die Ö** erstellten Urkunden ein rechtskonformes, nichtdiskriminierendes Verhalten auferlegen
4. Die Anträge der W**, die Schienen-Control Kommission als zuständige Behörde möge der Ö** die Ergänzung sämtlicher rechtswidriger Bedingungen in den durch Ö**

erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und den Energieliefervertrag, jeweils samt Anlagen, in dem in den Stellungnahmen vom 03.06.2015, 23.11.2015 und 24.11.2017 aufgezeigten Ausmaß und den dort gemachten konkreten Ergänzungsvorschlägen auftragen, die in diesen entgegen den Bestimmungen des 6. Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften entweder nicht enthalten sind, oder aufgrund einer Unwirksamklärung unwirksam sind

5. Die Anträge der W**, die Schienen-Control Kommission als zuständige Behörde möge Maßnahmen gegenüber der Ö** anordnen, so dass sichergestellt wird, dass die Ö**, wenn sie EVUs als Energielieferant mit Bahnstrom beliefert, die Ö** einen Durchleitungsvertrag als rechtlich entflochtenes Unternehmen – nämlich als rechtlich eigenständiger Netzbetreiber und als rechtlich eigenständiger Energielieferant – zwischen diesen Unternehmen abschließen kann

werden im übrigen geltend gemachten Umfang **abgewiesen**.

Rechtsgrundlagen:

§§ 37 ff, 56 ff Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) 1991,
§§ 54, 58b, 62a Abs 1, 69b, 74 Abs 1 Z 4, Z 5 bis Z 7 Eisenbahngesetz (EisbG) 1957.

Begründung:

Zum Gang des Verfahrens:

Die Schienen-Control Kommission hat am 29.06.2012 ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren betreffend die Bahnstromverträge der Ö** zur GZ SCK-WA-12-006 eingeleitet.

Mit dem 1. Teilbescheid vom 10.06.2016 hat die Behörde über die Netzentgelte im Anhang „Durchleitung Bahnstrom“ zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 abgesprochen. Für den bis dahin gehenden Verfahrensablauf wird daher auf die entsprechenden Ausführungen im Bescheid der Schienen-Control Kommission zur GZ SCK-WA-12-006 vom 10.06.2016 verwiesen.

Die nicht behandelten Anträge wurden in Spruchpunkt III. des 1. Teilbescheids zur GZ SCK-WA-12-006 vom 10.06.2016 der gesonderten Entscheidung der Schienen-Control Kommission vorbehalten.

Mit 13.06.2017 hatte die Behörde mittels 2. Teilbescheids über die in der Anlage 2 Punkt 6 des Bahnstromnetznutzungsvertrags sowie unter Punkt 6 des Anhangs „Durchleitung von Bahnstrom für das Kalenderjahr 2016“ zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen seit 2016 veröffentlichte Beschreibung des rechnerischen Verfahrens zur Bestimmung der bezogenen elektrischen Energie, die netzbezogenen Abgeltung von rückgespeicherter Bremsenergie durch die Bahnstromnetznutzungstarife seit 2016 und den in Anlage 2 Punkt 4 des Bahnstromnetznutzungsvertrags sowie in Punkt 4 Anhang „Durchleitung Bahnstrom“ der Schienennetz-Nutzungsbedingungen seit 2016 geregelten Tarif „Versorger Rückfallebene“ abgesprochen. Für den bis dahin gehenden Verfahrensablauf wird auf die entsprechenden Ausführungen im Bescheid der Schienen-Control Kommission zur GZ SCK-WA-12-006 vom 13.06.2017 verwiesen.

Die Entscheidung über die Anträge der W**, die Schienen-Control Kommission als zuständige Behörde möge sämtliche rechtswidrige Bedingungen in den durch die Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, im unter Pkt. 2 der Stellungnahme der W** vom 23.11.2015 jeweils aufgezeigten Ausmaß für unwirksam erklären und/oder hinsichtlich sämtlicher rechtswidriger Bedingungen in den durch Ö** erstellten Urkunden ein rechtskonformes, nichtdiskriminierendes Verhalten auferlegen, blieben gemäß Spruchpunkt II.b. des 2. Teilbescheids vom 13.06.2017 hinsichtlich der übrigen geltend gemachten Punkte einer gesonderten Entscheidung der Schienen-Control Kommission vorbehalten.

Die W** hat als von der Behörde beigezogene Verfahrenspartei mit 23.11.2015 insgesamt 7 Anträge gestellt, über welche nur zum Teil im Bescheid vom 10.06.2016 abgesprochen worden war. Die nicht behandelten Anträge wurden in Spruchpunkt III. des 1. Teilbescheids der gesonderten Entscheidung der Schienen-Control Kommission vorbehalten. Diese Anträge gemäß Spruchpunkt III. des Teilbescheids vom 10.06.2016 bildeten den Gegenstand des nachfolgenden, mit 13.06.2017 erlassenen 2. Teilbescheids.

Die W** stellte die Anträge, die Schienen-Control-Kommission als zuständige Behörde möge
(i) über den gegenständlichen Sachverhalt eine mündliche Verhandlung durchführen; und

(ii) feststellen, dass sämtliche vorgelegten Urkunden, nämlich der Bahnstromnetznutzungsvertrag, der Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, Gegenstand des anhängigen wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahrens zu GZ. SCK-WA-12-006 sind; und

(iii) sämtliche durch Ö** erstellte Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, auf deren Rechtmäßigkeit prüfen; und

(iv) die Vertragsgegenstände sämtlicher Verträge des Bahnstrommarktzugangsmodells dahingehend auf deren rechtliche Vereinbarkeit mit dem Infrastrukturnutzungsvertrag zwischen Ö** und W** prüfen, ob durch das Nebeneinander sämtlicher dieser Verträge eine Doppelverrechnung der Nutzung der Oberleitung durch W** erfolgt; und

(v) sämtliche rechtswidrige Bedingungen in den durch Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, im unter Punkt 2. jeweils aufgezeigten Ausmaß für unwirksam erklären und/oder Ö** hinsichtlich sämtlicher rechtswidriger Bedingungen in den durch Ö** erstellten Urkunden ein rechtskonformes, nichtdiskriminierendes Verhalten auferlegen; und

(vi) Ö** insbesondere auftragen, die Traktionsgruppenverantwortung für sämtliche Eisenbahnverkehrsunternehmen – auch bei Bezug über dritte Energielieferanten – zu übernehmen, um sicherzustellen, dass das Ausgleichsenergieisiko solidarisiert wird; und

(vii) Maßnahmen gegenüber Ö** anordnen, sodass sichergestellt wird, dass Ö**, wenn sie EVUs als Energielieferant mit Bahnstrom beliefert, einen Durchleitungsvertrag als rechtlich entflochtenes Unternehmen – nämlich als rechtlich eigenständiger Netzbetreiber und als rechtlich eigenständiger Energielieferant – zwischen diesen Unternehmen abschließen kann.

In Spruchpunkt II. des 1. Teilbescheids der Schienen-Control Kommission vom 10.06.2016 wurde über die Anträge (i), (ii), (iv), (vi) und (vii) entschieden, Gegenstand des 2. Teilbescheids vom 13.06.2017 waren die Anträge der W**, die Schienen-Control Kommission als zuständige Behörde möge sämtliche rechtswidrige Bedingungen in den durch die Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, im unter Pkt. 2 der Stellungnahme der W** vom 23.11.2015 jeweils aufgezeigten Ausmaß für unwirksam erklären und/oder hinsichtlich sämtlicher rechtswidriger Bedingungen in den durch Ö** erstellten Urkunden ein rechtskonformes, nichtdiskriminierendes Verhalten auferlegen, und zwar hinsichtlich der Punkte der in der Anlage 2 Punkt 6 des Bahnstromnetznutzungsvertrags sowie unter Punkt 6 des Anhangs „Durchleitung von Bahnstrom für das Kalenderjahr 2016“ zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen seit 2016 veröffentlichten Beschreibung des rechnerischen Verfahrens zur Bestimmung der bezogenen elektrischen Energie, der netzbezogenen Abgeltung von rückgespeister Bremsenergie durch die Bahnstromnetznutzungstarife seit 2016 und den in Anlage 2 Punkt 4 des Bahnstromnetznutzungsvertrags sowie des in Punkt 4 Anhang „Durchleitung Bahnstrom“ der Schienennetz-Nutzungsbedingungen seit 2016 geregelten Tarifs „Versorger Rückfallebene“.

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung sind daher nun noch die Anträge (iii) und (v) der W** vom 23.11.2015 im verbliebenen Umfang,

- sämtliche durch die Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, auf deren Rechtmäßigkeit zu prüfen; und

- sämtliche rechtswidrige Bedingungen in den durch Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, im unter Punkt 2. jeweils aufgezeigten Ausmaß für unwirksam zu erklären und/oder der Ö** hinsichtlich sämtlicher rechtswidriger Bedingungen in den durch die Ö** erstellten Urkunden ein rechtskonformes, nichtdiskriminierendes Verhalten auferlegen. Soweit die Anträge sich nicht auf die bereits mit dem 1. Teilbescheid vom 10.06.2016 bzw dem 2. Teilbescheid vom 13.06.2017 abgesprochenen Punkte bezieht, bilden diese gemäß Spruchpunkt II.b. des 2. Teilbescheids vom 13.06.2017 im nachstehend angeführten Umfang den Gegenstand des vorliegenden Bescheids.

In Ihrer Stellungnahme vom 23.11.2015 nimmt die W** unter Punkt 2. auf das „Bahnstrommarktzugangsmodell der Ö** 2016“ Bezug und zeigt auf, in welchem Umfang nach Ansicht der W** rechtswidrige Bedingungen in den durch die Ö** erstellten Urkunden vorliegen.

Allgemein führt die W** zum seit 2016 bestehenden Bahnstrommarktzugangsmodell der Ö** aus, das (zum Zeitpunkt der hier wiedergegebenen Stellungnahme noch nicht in Wirksamkeit getretene und daher) angedachte neue Bahnstrommarktzugangsmodell sei unzureichend und lückenhaft und würde zu massiven Rechtsunsicherheiten vor allem in Bezug auf Definition und Abgrenzung der wesentlichen Vertragsgegenstände des Durchleitungsvertrages sowie des Energieliefervertrages und den Rechtsfolgen daraus führen.

Mit dem Modell würde nach Ansicht der W** „sowohl der Durchleitungsvertrag als auch die Energielieferverträge mit Dritten aus dem Regulierungsbereich des EisbG 1957 fallen“. Angesichts der Tatsache, dass das EisbG 1957 in § 58 Abs 3 Z 2 zum Schutz von neu in den Markt tretenden EVUs ausdrücklich rechtlich durchsetzbare Zugangsansprüche in Bezug auf die Lieferung von Bahnstrom normiert würde dieser Zugangsanspruch nunmehr, je nachdem ob das EVU mit der Ö** als Eisenbahninfrastrukturunternehmen oder einem Nicht-Eisenbahninfrastrukturunternehmen kontrahiert, einmal dem EisbG 1957 und der Aufsicht der Regulierungsbehörde unterfallen (gemeint ist offenbar bei Strombezug durch die Ö**) und einmal nicht, weshalb dieses Ergebnis weder dem Unionsgesetzgeber noch dem nationalen Gesetzgeber zugesonnen werden könne.

Zudem macht die W** geltend, da gerade wegen der Diskriminierungsfreiheit alle Lieferanten von Strom für den Zweck der Zurverfügungstellung von Bahnstrom gleich zu behandeln sind, müsste die Bereitstellung von Bahnstrom seitens der Ö** ebenfalls als Durchleitung betrachtet werden. Folgerichtig dürften dann aber nach Meinung der W** die „Ö** Töchter“ keinen Bahnstrom von der Ö** als Lieferanten beziehen. Bei einer erforderlichen Gleichstellung aller Energielieferanten, wäre daher ein Bezug von Bahnstrom als Durchleitung zu betrachten, auch wenn der Lieferant die Ö** ist. In diesem Sinne sei Gleichbehandlung herzustellen.

In ihren weiteren Ausführungen geht die W** auf die einzelnen Verträge ein und nimmt dazu jeweils getrennt Stellung.

Unter Punkt 2.3.1. der Stellungnahme vom 23.11.2015 geht die W** zunächst auf die Bestimmungen des Bahnstromnetznutzungsvertrages und insbesondere auf die in Anlage 1

zum Bahnstromnetznutzungsvertrag enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ein.

Punkt 5.2. der AGB zum Bahnstromnetznutzungsvertrag beinhaltet die Regelung einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit des Netzbetreibers bei Gefährdung des Bahnstromsystems durch den Kunden. Nach Ansicht der W** wäre unabhängig davon, dass ein plausibler praktischer Anwendungsfall einer solchen Gefährdung des Bahnstromsystems durch den Kunden gar nicht denkbar ist, die Formulierung einer bloßen Gefährdung völlig unbestimmt und würde „der Ö** Tür und Tor für eine nicht näher zu begründende ao Kündigung“ öffnen. Der betreffende Kündigungsgrund sollte daher nach Rechtsansicht der W** auf die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten mit entsprechenden Mahnungen und Nachfristsetzungen eingeschränkt werden, gleichzeitig sollte der Kündigungsgrund billigerweise auch vice versa zu Gunsten des Kunden und zu Lasten der Ö** gelten. In Pkt. 5.2. würde zwar grundsätzlich ein außerordentliches Kündigungsrecht für beide Vertragspartner vorgesehen, die im Weiteren bezeichneten Kündigungsgründe berechtigten aber ausschließlich die Ö**.

Zu Punkt 7 der AGB zum Bahnstromnetznutzungsvertrag führt die W** aus, es würde ein äußerst großzügiges Zugangs- und Betretungsrecht der Ö** in Bezug auf die Triebfahrzeuge bzw sonstige Abnahmestellen des Kunden geregelt, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung bestünde. Ein Zugang bzw eine Betretung durch Mitarbeiter der Ö** sollte nach Ansicht der W** nur ausnahmsweise und aus spezifischen von der Ö** als Netzbetreiber nachzuweisenden und zu dokumentierenden Gründen erlaubt sein. Die Ö** hätte darüber hinaus diesbezüglich zu erklären, wann ein solcher Fall bzw Grund eines zulässigen Zugangs- und Betretungsrecht vorliegen kann, und die Regelung entsprechend zu adaptieren. Gleiches gelte für die Ausnahme einer Ankündigung einer Betretung im Voraus im Falle von „Störungen“. Eine derartige Ausnahme einer Störung ohne nähere Definition oder Einschränkung sei nach den Ausführungen der W** uferlos und würde die Ö** „praktisch von jeglicher Ankündigungspflicht“ entbinden. Eine solche Regelung wäre jedoch aus Perspektive der W** unbillig und inakzeptabel.

Punkt 8.1. der AGB zum Bahnstromnetznutzungsvertrag regelt einen Haftungsausschluss zugunsten der Ö** für leichte Fahrlässigkeit. Eine diesbezügliche Haftungsfreistellung der Ö** bei gleichzeitiger Vereinbarung voller Haftung des Kunden (arg „Im Übrigen gelten die gesetzlichen Haftungsbestimmungen.“) – also auch für den Verschuldensgrad der leichten Fahrlässigkeit– sei nach Ansicht der W** jedoch unbillig und wird von dieser als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung „entschieden“ abgelehnt.

Des Weiteren bemängelt die W** das Fehlen von Bestimmungen zu den technischen Bedingungen des Netzanschlusses und der Netznutzung. Netzanschluss und Netznutzung bilden nach Ansicht der W** aber den Vertragsgegenstand des Bahnstromnetznutzungsvertrags, ohne dass diese Leistungen irgendwo im Vertrag näher konkretisiert würden. Pkt. 1. des Hauptvertrages enthielte lediglich eine programmatische Formulierung, dass Gegenstand des Vertrages die „Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems durch Ö**“ ist. Das „Bahnstromsystem“ wird in Anlage 1 definiert, eine nähere Ausgestaltung dieser „Zurverfügungstellung“ unterbleibt aber in den Augen der W**. Im Sinne der Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit der gegenseitigen Hauptleistungspflichten zur Herbeiführung eines gültigen Vertragsabschlusses wäre es nach

Ansicht der W** aber unbedingt erforderlich, dass die Ö** die näheren technischen Bedingungen dieser Zurverfügungstellung konkretisiert und dem Vertrag zugrunde legt.

Die wesentlichen technischen Vertragsbedingungen bedürften dringend einer transparenten und nicht-diskriminierenden Klärung, insbesondere die Fragen zu welchen Betriebsbedingungen (ÖNORMEN etc) die Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems erfolgt, welche technischen Anschlussbedingungen für die Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems gelten würden und wo die Übergabestelle für die Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems läge.

Ohne Festlegung und Offenlegung von technischen Bedingungen zu den dargestellten Fragen sei der Vertragsgegenstand aus Sicht der W** nicht bestimmbar. Weiters, so führt die W** aus, hätte dies zur Folge, dass nicht beurteilt werden könne, ob die Ö** die Bedingungen des Netzbetriebs einhalte, ob eine Verletzung von Netzbetriebsbedingungen vorliege und weiters keine Möglichkeit bestünde sich hinsichtlich des Netzanschlusses rechtskonform zu verhalten, so lange die W** nicht wisse, „wie und wo der Netzanschluss erfolgt und zu welchen Bedingungen“. Mangels Vorliegens wesentlicher technischer Parameter für Netzanschluss und Netznutzung sei eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen Ö** als Netzbetreiber und Eisenbahnverkehrsunternehmen als Netznutzern im Hinblick auf allfällige Vertragsverletzungen nicht möglich.

Unter Punkt 2.3.2. der Stellungnahme vom 23.11.2015 geht die W** auf die Bestimmungen des Durchleitungsvertrags ein.

In Bezug auf Punkt 8.4. des Durchleitungsvertrags, der analog zu Punkt 5.2 der AGB zum Bahnstromnetznutzungsvertrag die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung des Bahnstromnetzbetreibers bei Gefährdung des Bahnstromsystems vorsieht, wiederholt die W** ihre zu den AGB zum Bahnstromnetznutzungsvertrag vorgebrachten Bedenken und beantragt in Ergänzung dazu, „vice versa“ sollte insbesondere auch der ao Kündigungsgrund in Pkt. 8.4. lit. d. zu Gunsten des Energielieferanten und zu Lasten der Ö** gelten. Zudem fehle die Einräumung eines Kündigungsrechts an den Energielieferanten für den Fall, dass er über keine Bahnstromkunden mehr verfügt.

Schließlich beantragt die W** in Bezug auf Punkt 8.4. des Durchleitungsvertrags, die SCK möge der Ö** auftragen, Pkt. 8.4. im Sinne der W** zu adaptieren und folgenden Kündigungsgrund zu Gunsten des Energielieferanten ausdrücklich vorzusehen:

- „sofern Ö** wesentliche Verpflichtungen aus diesem Vertrag, insbesondere gem. Pkt. 3 des Durchleitungsvertrages, nicht nachkommt“;
- „sofern trotz Vorliegens der Voraussetzungen des Pkt. 13.1. keine Vertragsanpassung erfolgt“; und
- „sofern der Energielieferant keine Bahnstromkunden mehr gemäß Anlage 3 beliefert“.

Punkt 10.1. des Durchleitungsvertrags enthält analog zu Punkt 8.1. der AGB zum Bahnstromnetznutzungsvertrag eine Bestimmung, welche die Haftung der Ö** für leichte Fahrlässigkeit ausschließt. Die W** wiederholt zu diesem Punkt ihre zu den AGB zum Bahnstromnetznutzungsvertrag vorgebrachten Bedenken.

Des Weiteren bemängelt die W**, der Inhalt des Vertragsgegenstandes der „Abwicklung“ der Bahnstromlieferung sei höchst unklar, eine präzise Definition dieses Begriffs aber gleichzeitig notwendige Bedingung für die Ausgestaltung der Energielieferverträge.

Nach Ansicht der W** ergäben sich durch diese Unklarheit insbesondere Folgen für die Gefahrtragung im Rahmen des Durchleitungsvertrags:

Die W** versteht danach den Durchleitungsvertrag als **Netzzugangsvertrag zwischen Energielieferanten und Netzbetreiber**. Dieser „Netzzugang“ im Rahmen des Durchleitungsvertrags wird von der W** dabei offenbar als Netzzugang zum Bahnstromnetz, in dem Sinne, dass eine technisch-physikalische Verbindung zwischen Energielieferant und EVU hergestellt wird, verstanden. So sei nach der Beurteilung der W** „neben den Modalitäten über die Abrechnung der Ausgleichsenergie und der zeitgerechten Lieferung von Fahrplänen der Netzzugang zum Bahnstromnetz ein wesentliches Element dieses Vertrages“.

Die Formulierung „Durchleitung“ wäre dabei nur eine gedankliche Krücke, weil physikalisch-technisch betrachtet, in einem Stromverbundnetz ein zielgerichteter Transport von elektrischer Energie nicht möglich ist. Dennoch sei es nach Ansicht der W** wichtig abzugrenzen, ob Vertragsgegenstand des Durchleitungsvertrages lediglich die Einspeisung von elektrischer Energie an einem näher bezeichneten Punkt oder mehreren näher bezeichneten Punkten ist oder neben der Einspeisung auch die Netznutzung, um die elektrische Energie an einer bestimmten Übergabestelle zB an den Stromabnehmer der Triebfahrzeuge zu „übergeben“. Diese Problematik stelle sich rein rechtlich und sei für die Gefahrtragsregeln zwischen Energielieferanten und EVU von maßgeblicher Bedeutung. Nachdem es physikalisch-technisch keine Durchleitung bis zu einer bestimmten Übergabestelle in dem Sinn gäbe, sei aus Sicht der W** lediglich wichtig, dass jene Strommenge, die der Abnehmer an einer bestimmten Stelle entnimmt, vom Lieferanten an einer bestimmten anderen Stelle im gleichen Ausmaß ins Netz eingespeist wird.

Wenn nun zwischen Energielieferanten und Abnehmer (Triebfahrzeug) die Lieferung von elektrischer Energie bis zu einer bestimmten Übergabestelle vereinbart werden soll (am Beispiel der W** die Stromabnehmer der Triebfahrzeuge), so geht die W** davon aus, dass der Vertrag erst dann erfüllt ist, wenn der Strom durch die Messgeräte des Abnehmers (Triebfahrzeug) am Ort der Übergabestelle registriert wurde (Messgerät im Triebfahrzeug). In diesem Fall aber wäre der Netzbetreiber nach Auffassung der W** der „Erfüllungsgehilfe des Energielieferanten gemäß § 1313a ABGB“ und hätte somit der Energielieferant auch für Fehlleistungen des Netzbetreibers (zB Netzausfall oder -störung) einzustehen und würde dadurch insbesondere von seiner Lieferpflicht nicht befreit. Könnte zB aufgrund eines Netzausfalls der Energielieferant nicht in das Bahnstromnetz einspeisen, änderte dies nach Ansicht der W** nichts daran, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen über das Triebfahrzeug Strom bezieht. Nach Auffassung der W** würde dies jedoch bewirken, dass die Einspeisemenge nicht mehr der Entnahmemenge entspräche. Somit würde Ausgleichsenergie im Ausmaß der zu wenig eingespeisten Energie benötigt.

Nachdem solcherart bezogene Ausgleichsenergie somit teurer wäre, würde sich nach Ansicht der W** die Frage stellen, wer für den durch die Mehrkosten entstandenen Schaden des Eisenbahnverkehrsunternehmens für Ausgleichsenergie aufkommen müsste.

Des Weiteren, so führt die W** aus, würde in einem Fall, in dem die Erfüllung der Lieferpflicht erst durch Registrierung im Messgerät des Abnehmers erfolgen würde, die Leistungs- und Preisgefahr zu Lasten des Energielieferanten gehen.

Nach Ansicht der W** müsste im Rahmen der solcherart dargestellten Gefahrtragung zudem je nach Eigenschaft des jeweiligen Energielieferanten differenziert werden. Hauptgeschäft und damit Einnahmequelle eines „externen Energielieferanten“ bestünden in der Energielieferung,

weshalb diese das Netzrisiko zur Gänze trügen als wäre es durch sie verursacht. Ein „externer Energielieferant“ könnte sich im Beispiel der W** nur dann gegenüber dem Netzbetreiber „regressieren“, wenn er ihm vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten nachweisen könnte, da, so betont die W**, der Verschuldensgrad der leichten Fahrlässigkeit im Durchleitungsvertrag ausgeschlossen sei. Demgegenüber seien aber im Falle der Ö**, die gleichzeitig sowohl die Rolle eines Energielieferanten als auch eines Netzbetreibers vereine, „Regressansprüche jedoch ohne Belang“. Dies, da die Ö** als Netzbetreiber kein eigenes Risiko an Netzausfällen oder -störungen träge. Dies stelle nach Auffassung der W** eine gravierende Diskriminierung von externen Energielieferanten gegenüber der Ö** dar.

Nach Verständnis der W** könnte eine andere vertragliche Gestaltung eine Erfüllung der Lieferpflicht durch die Einspeisung von elektrischer Energie an bestimmten, näher definierten Einspeisepunkten oder außerhalb des Bahnstromnetzes an die Ö** regeln. Nach dem weiteren Vorbringen der W** würde bei der Annahme von Einspeisepunkten in Form der Frequenzumformer der Ö** oder einer „Übergabe“ des Stroms im 50 Hz-Netz“ das Eisenbahnverkehrsunternehmen die Gefahr für den ordnungsgemäßen Betrieb des Bahnstromnetzes tragen. Nach dieser Ansicht läge der Erfüllungsort für die Stromlieferung am Einspeisepunkt oder „an einer näher spezifizierten Übergabestelle außerhalb des Bahnstromnetzes“ und wäre mit der dortigen Registrierung (nach Auffassung der W** zB durch Messgeräte des Netzbetreibers) erfüllt. Demgemäß würde für Ausfälle oder Störungen des Netzbetriebs, welche hinter diesen „Einspeisepunkten oder einer sonstigen Übergabestelle“ liegen, das Eisenbahnverkehrsunternehmen die Preis- und Leistungsgefahr tragen. Dies würde bedeuten, so führt die W** aus, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen in jedem Fall die „bezogene“ Energie, die der Energielieferant an einem bestimmten Punkt eingespeist oder übergeben hat, bezahlen müsste, und zwar unabhängig davon, ob die eingespeiste oder übergebene Energie „auch tatsächlich beim EVU ankommt“. Dazu bemerkt die W** aber, dass technisch-physikalisch ein „Ankommen“ „mangels Direktleitung“ nicht möglich wäre. „Ankommen“ sei daher damit gleichzusetzen „dass genauso viel Energie in das Netz eingespeist worden ist wie ihm entnommen wird“.

Zusätzlich, so die W**, hätte ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auch „allfällige“ Ausgleichsenergiekosten zu tragen, wenn, nach den Ausführungen der W**, zB „der Energiefluss nach Einspeisung bzw Übergabe durch den Netzbetreiber aus „irgendwelchen Gründen blockiert worden ist und sich deshalb zu wenig Energie im Bahnstromnetz befindet“. Diese Ausgleichsenergiekosten würden sodann Mehrkosten und damit einen Schaden bei einem Eisenbahnverkehrsunternehmen darstellen. Ein solches Eisenbahnverkehrsunternehmen könnte sich nach Auffassung der W** „lediglich auf Basis des Bahnstromnetznutzungsvertrages beim Netzbetreiber regressieren“, sofern er diesem ein Verschulden nachweisen könne.

Dies zeige eindrucklich, so die W** weiter, dass eine losgelöste Gestaltung von Durchleitungsvertrag und Energieliefervertrag aufgrund des dreipersonalen Verhältnisses dieses Vertragskonstrukts und der unmittelbaren Wechselwirkungen zwischen den Verträgen nicht möglich sei.

Nach Auffassung der W** ergäbe sich aus diesem Vorbringen weiter, dass es auch für den Energieliefervertrag eine allgemeine Vertragschablone geben müsse, welche einen einheitlichen Vertragsgegenstand und zumindest gewisse Mindestinhalte für sämtliche Energielieferanten (Ö** und externe) enthalten müsse. Dies sei bisher verabsäumt worden.

Nach Ansicht der W** veranschaulichten die von ihr dargestellten Beispiele und Szenarien „das herrschende unterschiedliche Verständnis der Vertragsgegenstände des Durchleitungsvertrages und des Energieliefervertrages von Ö** und verschiedenen externen Energielieferanten“ und zeigten eindrücklich die Unvollständigkeit und Unausgewogenheit des gesamten Durchleitungsmodells, die für die Antragstellerin einen unzumutbaren rechtsunsicheren Zustand erzeuge.

Unter Punkt 2.3.3. der Stellungnahme vom 23.11.2015 geht die W** auf die Bestimmungen des Energieliefervertrages ein.

Dazu führt die W** insbesondere aus, dass je nachdem, ob ein Marktteilnehmer mit der Ö** als Energielieferanten oder mit einem dritten Unternehmen, welches nicht gleichzeitig Zuweisungsstelle oder Eisenbahninfrastrukturunternehmen iSd EisbG 1957 sei, kontrahiere, unterliege es entweder der Regulierung des EISbG 1957 oder nicht.

Die Lieferung von Bahnstrom wäre nach Ansicht der W** eine sonstige Leistung gemäß § 58 Abs 3 Z 2 EISbG 1957. Biete ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen diese Leistung an, so bestehe ein durchsetzbarer Zugangsanspruch des nachfragenden Marktteilnehmers gegenüber dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf Basis dieser Bestimmung. Weiters sei über den Zugang zu dieser sonstigen Leistung gemäß § 70a EISbG ein schriftlicher Vertrag abzuschließen und dieser gemäß § 73a EISbG der Schienen-Control Kommission vorzulegen. Aus regulatorischer Sicht könne der Inhalt eines solchen Vertrages zudem bei Scheitern von Verhandlungen zwischen Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Marktteilnehmer durch vertragsersetzenden Bescheid der Schienen-Control Kommission substituiert werden („ex ante“-Regulierung gemäß § 72 EISbG 1957) sowie dessen Inhalt durch die Schienen-Control Kommission nachprüfend im Wege einer von der W** als „ex post“-Regulierung gemäß § 74 EISbG bezeichneten Kontrolle für unwirksam erklärt werden.

Ein vergleichbarer durchsetzbarer Zugangsanspruch oder die von der W** so angeführten „Rechtsbehelfe der „ex ante“- und „ex-post“-Regulierung“ durch die Schienen-Control Kommission stünden dem nachfragenden Eisenbahnverkehrsunternehmen bei Abschluss eines Energieliefervertrages mit einem dritten Energielieferanten, welcher nicht zugleich Eisenbahninfrastrukturunternehmen oder Zuweisungsstelle iSd EISbG sei und sich damit außerhalb des Anwendungsbereichs des EISbG befinde, nicht zur Verfügung. Auch würden diese Leistungen, wie die W** weiter ausführt, keiner Regulierung auf Basis der Bestimmungen des EIWOG 2010 unterliegen.

Somit würden sich Marktteilnehmer, welche einen Energieliefervertrag mit einem dritten Energielieferanten abschließen, welcher nicht zugleich Eisenbahninfrastrukturunternehmen oder Zuweisungsstelle nach dem EISbG sei, nach Ansicht der W** in einem „rechtlichen und regulatorischen Vakuum“ befinden, in dem weder verwaltungsrechtliche Zugangsansprüche noch eine verwaltungsrechtliche Wettbewerbsaufsicht nach den Bestimmungen des EISbG oder nach den Bestimmungen des EIWOG 2010 geltend gemacht werden könnten.

Im Übrigen ergäben sich nach Ansicht der W** die folgenden Unklarheiten in Hinblick auf Energielieferverträge, die mit der Ö** oder mit dritten Lieferanten abgeschlossen würden:

So würden die Verträge keine Festlegung zur Übergabestelle bzw zum Erfüllungsort des Energieliefervertrages enthalten. Es könne daher aus Sicht eines Marktteilnehmers nicht beurteilt werden, ob die Ö** die geschuldete Strommenge tatsächlich geliefert hat oder nicht. Mangels Festlegung eines solchen konkreten Erfüllungsortes könne daher auch nicht beurteilt

werden ob der Netzbetreiber (am Beispiel der W** die Ö**) als Erfüllungsgehilfe des Energielieferanten (am Beispiel der W** ebenfalls die Ö**) oder der Energielieferant allein für allfällige Störungen des Netzbetriebes hafte.

Aus Sicht der W** würde dies für die Ö** nur eine untergeordnete Rolle spielen, da „mangels Entflechtung“ in Bezug auf den Bahnstromsystembetrieb einerseits und die Bahnstromlieferung andererseits, immer die Ö** AG für derartige Fehlleistungen einzustehen hätte.

Gleichzeitig würde jedoch durch diese Darstellung der W** das grundlegende Problem des Bahnstrommarktzugangsmodells deutlich. Die Ö** würde immer in einer privilegierten Position gegenüber dritten Energielieferanten sein, da sie allfällige Haftungsrisiken im Unternehmensverbund verteilen könne ohne sich um die genaue vertragliche Ausgestaltung bzw eine genaue vertragliche Abgrenzung der Vertragsgegenstände des Bahnstromnetznutzungsvertrages, des Durchleitungsvertrages und des Energieliefervertrages sorgen zu müssen. Genau diese vertragliche Abgrenzung sei aber nach Ansicht der W** aus Sicht dritter Energielieferanten und der Marktteilnehmer „unbedingt notwendig“ um ein Modell zu etablieren, das für alle beteiligten Unternehmen transparent und alle Unternehmen in ihren jeweiligen Rollen (insbesondere als Energielieferant) gleich behandeln würde.

Nach Angaben der W** hätte sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen zum aktuellen Bahnstrommarktmodell mit dritten Energielieferanten herausgestellt, dass ein unterschiedliches Verständnis über den Vertragsgegenstand der Energielieferung bestehe. Dieses Verständnis würde nach Meinung der W** nun zu Regelungslücken in der gesamthaften Betrachtung der Regelungsgegenstände des Bahnstromnetznutzungsvertrages, des Durchleitungsvertrages und des jeweiligen Energieliefervertrages führen.

Nach den Ausführungen der W** sei in einer der diskutierten Varianten davon ausgegangen worden, dass ein dritter Energielieferant keinen Bahnstrom (mit 16,7 Hz) sondern nur 50 Hz-Strom liefere, welcher außerhalb des Bahnstromnetzes an die Ö** übergeben werde. Eine derartige Übergabe sei nach Ansicht der W** in keinem Vertragsverhältnis zwischen der Ö** und dritten Energielieferanten vorgesehen. Der Durchleitungsvertrag zwischen der Ö** und dem Energielieferanten sehe keine derartige Regelung vor. Gleichzeitig könne eine Übergabe an die Ö** im Rahmen des Energieliefervertrages zwischen einem Marktteilnehmer und dem dritten Energielieferanten nicht abgebildet werden, weil die Ö** in diesem Vertragsverhältnis nicht Vertragspartner sei. Auch sehe der Bahnstromnetznutzungsvertrag zwischen der Ö** und dem Marktteilnehmer dafür keine Regelung vor, die es nach Ansicht der W** dem betroffenen Marktteilnehmer ermöglichen würde nachzuvollziehen, ob der Strom vom Energielieferanten an Ö** übergeben worden sei. Auch alle anderen Verträge sähen ein derartiges notwendiges Kontrollrecht des Marktteilnehmers nicht vor.

Weiter führt die W** aus, dass folgende Regelungslücken bestünden:

Keiner der Verträge im dem Bahnstrommarktmodell zugrundeliegenden Vertragsmodell sehe eine Übergabe von 50 Hz-Strom zwischen Ö** und dritten Energielieferanten außerhalb des Bahnstromnetzes vor, zudem sei in keinem Vertrag geregelt, was nach dieser Übergabe „mit der Energielieferung geschehen solle“. Auch sei nicht sichergestellt, dass ein Marktteilnehmer, welcher Strom von dritten Energielieferanten bezieht, auch tatsächlich mit Bahnstrom zum Betrieb seiner Triebfahrzeuge im Oberleitungsnetz der Ö** versorgt wird. Dazu fehle in den vorliegenden Verträgen insbesondere eine Regelung der Belieferung ab der Übergabe vom Energielieferanten an die Ö**. Im Bahnstromnetznutzungsvertrag zwischen Ö** und EVU sei

eine Übernahme durch Ö** und Lieferung von Bahnstrom nicht geschuldet. Somit bestehe mangels Konsistenz sämtlicher Verträge des geltenden Vertragsmodells kein vertraglicher Anspruch des EVUs auf Lieferung von Bahnstrom.

Nach einer weiteren von der W** vorgebrachten Ansicht würde ein dritter Energielieferant 16,7 Hz-Strom „frei Oberleitung“ an einen Marktteilnehmer liefern. In diesem Fall würde nach Ansicht der W** der Liefer- bzw Erfüllungsort im Oberleitungsnetz der Ö** liegen, genauer gesagt beim Stromabnehmer der Triebfahrzeuge des Marktteilnehmers. Damit benötige der Energielieferant notwendiger Weise auch einen Zugang zum Bahnstromnetz der Ö** bzw bestünde diesbezüglich eine Netznutzung des Lieferanten. Der Durchleitungsvertrag zwischen Ö** und Energielieferant sehe jedoch keinerlei Regelungen über den Netzzugang bzw die Netznutzung zum bzw des Bahnstromnetzes durch den Energielieferanten vor. Diese Variante führe nach Meinung der W** auch dazu, dass die Energielieferung weder der Regulierung des EisbG 1957 noch jener des EIWOG 2010 unterliegt.

Weiters weist die W** darauf hin, dass bei Zugrundelegung der von Ihr vorgebrachten Ansicht einer Energielieferung „frei Oberleitung“ notwendiger Weise auch das Oberleitungsnetz der Ö** genutzt werde, die Nutzung der Oberleitung aber gleichzeitig Teil des Infrastrukturnutzungsvertrages über die Nutzung der Schieneninfrastruktur der Ö** sei und mit dem Infrastrukturbenutzungsentgelt abgegolten werde. Für die W** sei daher gänzlich unklar, wie sich die Nutzung des Oberleitungsnetzes im Rahmen der Bahnstromversorgung auf die Nutzung der Schieneninfrastruktur im Rahmen des Infrastrukturnutzungsvertrages auswirke. Die Abgrenzung der Vertragsgegenstände des Infrastrukturnutzungsvertrages einerseits und der Verträge des Bahnstrommarktzugangsmodells andererseits sei nach der so geäußerten Ansicht der W** völlig unklar. Damit ergäben sich auch Fragen über eine mögliche doppelte Abgeltung der Nutzung des Oberleitungsnetzes durch die AST, einmal im Rahmen des IBE und einmal im Rahmen der Energiepreise oder im Rahmen der Netznutzungsentgelte.

Die Energielieferverträge der Ö** könnten nach dem Vorbringen der W** keiner der vorgebrachten Deutungen zugeordnet werden, bilden aber auch keine eigene Kategorie, weil, nach Ansicht der W** „der Vertragsgegenstand völlig unbestimmt“ sei und sich in der Formulierung „Lieferung von Bahnstrom“ erschöpfe, ohne dass Regelungen über den Liefer- bzw Erfüllungsort oder die Gefahrtragung im Falle von Störungen des Netzbetriebs vorgesehen wären. Die W** betont zudem nochmals, dass derartige Regelungen aber „unbedingt erforderlich“ wären, um den Vertragsgegenstand des Bahnstromlieferungsvertrags von jenen des Durchleitungsvertrages und des Bahnstromnetznutzungsvertrages abzugrenzen. Dass dies auch für Ö** von grundlegender Bedeutung sei ergebe sich bereits daraus, dass die Ö** als Energielieferant, um ein diskriminierungsfreies und transparentes Bahnstrommarktzugangsmodell zu gewährleisten, ebenfalls gehalten sei, einen Durchleitungsvertrag abzuschließen. In Hinblick auf die rechtliche Problematik eines diesfalls nach Ansicht der W** vorliegenden In-sich-Geschäfts verweist diese auf Punkt Pkt 2.1 der gegenständlichen Stellungnahme.

Die vorgebrachten Umstände würden nach Ansicht der W** dazu führen, dass massive Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Vertragsinhalte sämtlicher das Bahnstrommarktzugangsmodell konstituierenden Verträge bestehen. Es sei daher dringend geboten, der Ö** aufzutragen, sämtliche Vertragsgegenstände des Bahnstromnetznutzungsvertrags, des Durchleitungsvertrags und des Energielieferungsvertrags aufeinander abzustimmen und ein konsistentes Vertragsmuster über bestimmte

Mindestbedingungen, welche jeder Energielieferant sowohl Ö** als auch Dritte, seinem Energieliefervertrag zu Grunde zu legen hat, zu erarbeiten.

Mit 08.09.2017 richtete die Schienen-Control Kommission ein Schreiben mit weiteren Fragen an die Ö**. Gegenstand der Fragen war dabei insbesondere die Klärung der technischen Voraussetzungen zur Klärung der von der W** in ihrem Antrag vom 23.11.2015 aufgeworfenen Rechtsfragen.

Insbesondere stellte die Schienen-Control Kommission der Ö** Fragen bezüglich der technischen Bedingungen zum Netzanschluss im Rahmen des Bahnstromnetznutzungsvertrages sowie in Hinblick auf den Durchleitungsvertrag Fragen zur Klärung der technischen Voraussetzungen der Durchleitung zwecks Beurteilung der rechtlichen Zuordnung der verschiedenen Leistungspflichten im Verhältnis zwischen Durchleitung und Bahnstromnetznutzung.

Mit Schreiben vom 22.09.2017 nahm die Ö** zu den Fragen der Schienen-Control Kommission vom 08.09.2017 Stellung. Insbesondere nimmt die Ö** dabei vorweg, dass sich die Beantwortung der Fragen bezüglich der netztechnischen Eigenschaften der Umformerwerke, insbesondere ob diese im 50 Hz-Verteiler- und Übertragungsnetz einen oder mehrere Zählpunkte darstellen, erübrigen würde, da der Energielieferant das Eisenbahnverkehrsunternehmen direkt mit 16,7 Hz-Strom beliefern würde. Aus Sicht der Ö** würde Ort der Übergabe und damit Vertragserfüllung im Durchleitungsmodell mit der Oberleitung bzw dem Stromabnehmer des Eisenbahnverkehrsunternehmens zusammenfallen und sei somit ausreichend und konkret festgelegt.

Mit Schreiben vom 24.11.2017 nahm die W** zum Antwortschreiben der Ö** vom 22.09.2017 Stellung. Unter Aufrechterhaltung ihres bisherigen Vorbringens bringt die W** insbesondere vor, durch die Ausführungen der Ö**, dass der Netzanschluss und die Netznutzung im Rahmen des Bahnstromnetznutzungsvertrages zusammenfallen und mit dem Auflegen des Stromabnehmers der Triebfahrzeuge an der Oberleitung erfolgt, würde der Verdacht bestehen, dass die Ö** die Kosten für die Nutzung der Oberleitung doppelt, dh sowohl im Rahmen des Bahnstromnetznutzungsvertrages als auch im Rahmen des Infrastrukturnutzungsvertrages als Teil des IBE verrechnen würde.

Weiters würde aufgrund der Tatsache, dass externe Energielieferanten, um ein EVU mit 16,7 Hz-Bahnstrom beliefern zu können, den Strom zur Gänze aus dem 50 Hz-Netz in das Bahnstromnetz einspeisen müssen, und somit 100% des über externe Energielieferanten bezogenen Stroms einer Einspeisung und Umformung bedürfen, einen massive Diskriminierung dritter Bahnstromlieferanten zugunsten der Ö** vorliegen. Auch sei dritten Bahnstromlieferanten einen Belieferung mit 16,7 Hz-Strom mangels dementsprechender, in deren Verfügung stehender, Kraftwerke nicht möglich.

Die W** wiederholt zudem ihr Vorbringen, die Ö** würde durch das Zusammenfallen von Netzbetrieb und Energielieferung iSe vertikalen Integration den klaren Vorteil haben, dass Haftungsrisiken im Rahmen des Unternehmens oder Unternehmensverbundes ausgeglichen bzw abgedeckt werden könnten

Schließlich verweist die W** auf ihre Beschwerde vom 25.07.2017 gegen den 2. Teilbescheid der SCK vom 13.06.2017 und ihr dort geltend gemachtes Vorbringen zum zwischen der Ö**, der Ö** und der R** abgeschlossenen Energieliefervertrag.

Die W** stellt daher entsprechend ihrer Ausführungen in der Stellungnahme vom 24.11.2017 die Anträge,

- die SCK möge sämtliche rechtswidrige Bedingungen in den durch Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und den Energieliefervertrag, jeweils samt Anlagen, in dem in den Stellungnahmen vom 03.06.2015, 23.11.2015 und 24.11.2017 aufgezeigten Ausmaß für unwirksam erklären und/oder Ö** hinsichtlich sämtlicher rechtswidriger Bedingungen in den durch Ö** erstellten Urkunden ein rechtskonformes, nichtdiskriminierendes Verhalten auferlegen
- die SCK möge der Ö** die Ergänzung sämtlicher rechtswidriger Bedingungen in den durch Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und den Energieliefervertrag, jeweils samt Anlagen, in dem in den Stellungnahmen vom 03.06.2015, 23.11.2015 und 24.11.2017 aufgezeigten Ausmaß und den dort gemachten konkreten Ergänzungsvorschlägen auftragen, die in diesen entgegen den Bestimmungen des 6. Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften entweder nicht enthalten sind, oder aufgrund einer Unwirksamklärung unwirksam sind
- die SCK möge die Vertragsgegenstände sämtlicher Verträge des Bahnstrommarktzugangsmodells dahingehend auf deren rechtliche Vereinbarkeit mit dem Infrastrukturnutzungsvertrag zwischen Ö** und W** prüfen, ob durch das Nebeneinander sämtlicher dieser Verträge eine Mehrfachverrechnung der Nutzung der Oberleitung durch W** erfolgt, und
- die SCK möge Maßnahmen gegenüber der Ö** anordnen, so dass sichergestellt wird, dass Ö**, wenn sie EVUs als Energielieferant mit Bahnstrom beliefert, die Ö** einen Durchleitungsvertrag als rechtlich entflochtenes Unternehmen – nämlich als rechtlich eigenständiger Netzbetreiber und als rechtlich eigenständiger Energielieferant – zwischen diesen Unternehmen abschließen kann.

Die Schienen-Control Kommission hat in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erwogen:

Die Schienen-Control Kommission stellt folgenden Sachverhalt fest:

Mit 01.01.2016 hat die Ö** den Bahnstrommarkt für Drittlieferanten geöffnet. Eisenbahnverkehrsunternehmen können seit dem 01.01.2016 den von Ihnen benötigten Bahnstrom auch von alternativen Lieferanten, die ansonsten nur auf dem 50-Hz-Strommarkt als Lieferanten tätig sind, beziehen.

Der Betrieb des Bahnstromnetzes erfolgt durch Einphasenwechselstrom mit einer Frequenz von 16,7 Hz, gegenüber den mit 50 Hz betriebenen öffentlichen Übertragungs- und Verteilernetzen.

Um eine Bahnstromversorgung durch Energielieferanten zu ermöglichen, die ansonsten im 50 Hz Netzbereich als Lieferanten tätig sind, bedarf es daher eines Marktmodells, welches in der Lage ist, die benötigten Strommengen dritter Lieferanten im Wege einer entsprechende Umformung und unter Nutzung des Bahnstromverteilersnetzes in Form der 110-kV-Leitungen den abnehmenden Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellen.

Dieses als „Durchleitungsmodell“ bezeichnete Marktmodell wird durch ein Vertragsmodell dreier sich ergänzender Verträge, deren Hauptleistungspflichten jedoch voneinander unabhängig sind, verwirklicht.

Dem Vertragsmodell liegen zugrunde

1. Der zwischen dem Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem Drittlieferanten abgeschlossenen **Energieliefervertrag**
2. Der zwischen dem Eisenbahnverkehrsunternehmen als Bahnstromnetznutzer und der Ö** als Bahnstromnetzbetreiber abgeschlossene **Bahnstromnetznutzungsvertrag**
3. Der zwischen der Ö** als Bahnstromnetzbetreiber und dem Drittlieferanten abgeschlossene **Durchleitungsvertrag**

Gegenstand des Bahnstromnetznutzungsvertrags ist die Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems durch die Ö**, damit der Kunde dieses nutzen und von einem Energielieferanten mit Bahnstrom beliefert werden kann.

Gegenstand des Durchleitungsvertrags ist die als „Durchleitung“ bezeichnete Abwicklung, Bilanzierung und Abrechnung der Bahnstromlieferung des Energielieferanten an ein EVU im Bahnstromsystem.

Gegenstand der (der Schienen-Control Kommission nicht vorliegenden) Energielieferverträge ist nach herkömmlichen Verständnis der Lieferung von elektrischer Energie in liberalisierten Energiemärkten die Einspeisung einer bedungenen Menge elektrischer Energie in Höhe der korrespondierenden Abnahme dieser Strommengen durch den Stromkunden.

In den durch die Ö** veröffentlichten Musterverträgen zu Bahnstromnetznutzungsvertrag und Durchleitungsvertrag sind die folgenden, verfahrensgegenständlichen Vertragsbestimmungen enthalten:

Die Regelung des Punktes 8.1., Anlage 1 des Bahnstromnetznutzungsvertrags bestimmt:

8.1. Die Ö** haftet für Personenschäden, welche sich aus dem Betrieb des Bahnstromsystems ergeben und von der Ö** in rechtswidriger Weise und schuldhaft verursacht wurden, für sonstige Schäden und Nachteile nur dann, wenn diese grob fahrlässig oder vorsätzlich verschuldet wurden. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Haftungsbestimmungen.

Die Regelung des Punktes 10.1. des Durchleitungsvertrags bestimmt:

10.1. Die Ö** haftet nur für Schäden und Nachteile, welche sich aus dem Betrieb des Bahnstromsystems ergeben und von ihr grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht wurden. Für alle Nachteile und Schäden, welche mit dem Betrieb oder der Lieferung der/aus der Regelzone im Zusammenhang steht, haftet die Ö** jedenfalls nicht. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Haftungsbestimmungen.

Die Regelung des Punktes 5.2 lit a und b, Anlage 1 des Bahnstromnetznutzungsvertrags bestimmt:

5.2. Beide Vertragspartner haben zudem das Recht zur Kündigung dieses Vertrags mit sofortiger Wirkung, insbesondere,

a. sofern der Kunde seiner Zahlung trotz Mahnung nicht binnen der in dieser Mahnung gesetzten 15-tägigen Nachfrist zur Gänze nachkommt;

b. sofern der Kunde wesentlichen Verpflichtungen aus dem BNNV, insbesondere gem. Pkt. 2 des BNNV, nicht nachkommt oder das Bahnstromsystem trotz erfolgter Mahnung gefährdet.

Die Regelung des Punktes 8.4. lit a und b, Anlage 1 des Durchleitungsvertrags bestimmt:

8.4. Ein wichtiger Grund, der die Ö** zur Kündigung berechtigt, liegt insbesondere vor,

a. sofern der Energielieferant seiner Zahlung trotz Mahnung nicht binnen der in dieser Mahnung gesetzten 15-tägigen Nachfrist zur Gänze nachkommt oder eine Sicherheit gem. Pkt. 5 in dieser Nachfrist legt;

b. sofern der Energielieferant wesentlichen Verpflichtungen aus diesem Vertrag, insbesondere gem. Pkt. 2, nicht nachkommt oder durch wiederholtes Fehlverhalten das Bahnstromsystem stört bzw gefährdet;

Diese Feststellungen beruhen auf folgender Beweiswürdigung:

Die Feststellung, dass die Ö** mit 01.01.2016 mit ihrem als „Durchleitungsmodell“ bezeichneten Marktmodell die Lieferung von Traktionsstrom durch Stromlieferanten frequenzübergreifend aus dem 50 Hz-Stromnetz ermöglicht, ist unbestritten und wird sowohl von der W**, als auch der Ö** als Tatsache vorgebracht, ergibt sich aus den dazu auf der Website der Ö** veröffentlichten Unterlagen, den bisherigen Ermittlungsergebnissen im Verfahren SCK-WA-12-006 sowie der von der Ö** betriebenen entsprechenden Bekanntmachung des Modells in Vorbereitung der Bahnstrommarktöffnung und kann somit als allgemein bekannte Tatsache gewertet werden.

Die Feststellung, dass das Bahnstromsystem mit 16,7Hz-Strom betrieben wird, kann ebenfalls als allgemeine bekannt vorausgesetzt werden.

Die Feststellung, dass dem aktuellen Bahnstrommarktmodell zu dessen Verwirklichung die jeweils zwischen den Vertragsparteien abzuschließenden Energielieferverträge, Bahnstromnetznutzungsvertrag und Durchleitungsvertrag zugrunde liegen, ist unbestritten und wird sowohl von der W**, als auch der Ö** als Tatsache vorgebracht, ergibt sich aus den dazu auf der Website der Ö** veröffentlichten Unterlagen, den bisherigen Ermittlungsergebnissen im Verfahren SCK-WA-12-006 sowie der von der Ö** betriebenen entsprechenden Bekanntmachung des Modells in Vorbereitung der Bahnstrommarktöffnung und kann somit als allgemein bekannte Tatsache gewertet werden.

Die Feststellung, dass Gegenstand des Bahnstromnetznutzungsvertrags die Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems durch die Ö**, damit der Kunde dieses nutzen und von einem Energielieferanten mit Bahnstrom beliefert werden kann, ist, beruht auf Einsicht in den Muster-Bahnstromnetznutzungsvertrag, der auf der Website der Ö** abrufbar ist.

Die Feststellung, dass Gegenstand des Durchleitungsvertrags die als „Durchleitung“ bezeichnete Abwicklung, Bilanzierung und Abrechnung der Bahnstromlieferung des Energielieferanten an ein EVU im Bahnstromsystem, ist, ergibt sich aus der Einsicht in den Muster-Bahnstromnetznutzungsvertrag, der auf der Website der Ö** abrufbar ist.

Die Feststellung, dass Gegenstand der (der Schienen-Control Kommission nicht vorliegenden) Energielieferverträge nach herkömmlichen Verständnis der Lieferung von elektrischer Energie in liberalisierten Energiemärkten die Einspeisung einer bedungenen Menge elektrischer Energie in Höhe der korrespondierenden Abnahme dieser Strommengen durch den Stromkunden ist, wird als allgemeine, grundlegende Aussage als allgemein bekannte Tatsache gewertet, deren weitergehende Begründung Gegenstand der rechtlichen Beurteilung durch die Schienen-Control Kommission ist.

Rechtlich folgt:

Zur Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission:

Gemäß § 82 Abs 2 Eisenbahngesetz 1957, BGBl I Nr 60/1957 idF BGBl I 137/2015 (in der Folge EisbG), obliegen der Schienen-Control Kommission die ihr im 2., 3., 5. bis 6b. sowie im 9. Teil dieses Bundesgesetzes zugewiesenen Zuständigkeiten.

Gemäß § 74 Abs 1 Z 4 EisbG hat die Schienen-Control Kommission auf Beschwerde von Fahrwegkapazitätsberechtigten oder Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie von Amts wegen einem Betreiber von Serviceeinrichtungen hinsichtlich der Gewährung des Zuganges zu Serviceeinrichtungen, einschließlich des Schienenzuganges, und der Gewährung von Serviceleistungen im Falle des Zuwiderhandelns ein den Bestimmungen des 6. Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften entsprechendes Verhalten aufzuerlegen oder nicht entsprechendes Verhalten zu untersagen.

Gemäß § 74 Abs 1 Z 5 EisbG hat die Schienen-Control Kommission auf Beschwerde von Fahrwegkapazitätsberechtigten oder Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie von Amts wegen den Bestimmungen des 6. Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften nicht entsprechende Schienennetz-Nutzungsbedingungen, Verträge oder Urkunden ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären.

Gemäß § 74 Abs 1 Z 6 EisbG hat die Schienen-Control Kommission auf Beschwerde von Fahrwegkapazitätsberechtigten oder Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie von Amts wegen die Berufung auf Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die zur Gänze für unwirksam erklärt sind oder die Berufung auf diejenigen Teile der Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die für unwirksam erklärt sind, zu untersagen.

Mit der Novelle BGBl I 137/2015 wurde der Maßstab für die Wettbewerbsüberwachung durch die Schienen-Control Kommission neu formuliert. Nunmehr wird nicht nur auf das diskriminierende Verhalten abgestellt, sondern allgemeiner auf Verstöße gegen Rechtsvorschriften (und zwar auf Verstöße gegen Bestimmungen des EisbG, unions- und sonstiges völkerrechtswidriges Verhalten). Damit wird nach dem Wortlaut des § 74 EisbG idF BGBl I 137/2015 nicht nur die Diskriminierung im engeren Sinn erfasst, sondern allgemeiner auch sonstige Zuwiderhandlungen gegen einschlägige Rechtsvorschriften einbezogen (vgl ErlRV 841 BlgNR XXV. GP, S 11).

Mit der Formulierung soll Art 56 Abs 1 der RL 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, der vorsieht, dass ein Antragsteller („Fahrwegkapazitätsberechtigte“ oder „Eisenbahnverkehrsunternehmen“, vgl § 74 Abs 1 EisbG idF BGBl I 137/2015) die Regulierungsstelle befassen kann, wenn er der Auffassung ist, ungerecht behandelt, diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein, Rechnung getragen werden.

Die Bestimmungen zur Bahnstromnetznutzung und der (Muster)Durchleitungsvertrag sowie der (Muster)Bahnstromnetznutzungsvertrag sind gemäß Punkt 2.3.4 („Bahnstromnetznutzung“) Bestandteil der Schienennetznutzungsbedingungen gemäß § 59

Abs 4 Z 2 lit c EisbG. Bei den Bestimmungen handelt es sich gemäß § 59 Abs 4 Z 2 lit c EisbG daher um die Gewährung von Serviceleistungen, die in Serviceeinrichtungen erbracht werden.

Die Erbringung von Serviceleistungen wird durch Art 13 Abs 7 und 8 der RL 2012/34/EU gewährleistet und in Anhang II Z 2 bis 4 der RL 2012/34/EU definiert und findet ihre Umsetzung in der Bestimmung des § 58b EisbG. Gemäß § 62 Abs 1 EisbG umfassen Serviceleistungen auch Zusatz- und Nebenleistungen gemäß § 58b Abs 2 und Abs 3 EisbG. § 58b Abs 2 EisbG regelt den Zugang zur Kategorie der in Serviceeinrichtungen erbrachten Zusatzleistungen. § 58b Abs 2 Z 2 EisbG definiert die „Bereitstellung von Fahrstrom“ als entsprechende Zusatzleistung.

Bei vertraglichen Grundlagen handelt es sich daher um eine bestimmte Art der Abgeltung von bezogenem Fahrstrom und somit um eine Bereitstellung von Fahrstrom gemäß § 58b Abs 2 Z 2 EisbG iSe Lieferung von entsprechenden Bezugsmengen.

Da die Bereitstellung von Fahrstrom gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG naturgemäß auch die Nutzung der Umformer und des Bahnstromnetzes impliziert, und somit eine Bereitstellung von Fahrstrom überhaupt erst ermöglicht, handelt es sich auch bei der Umformung und der Verteilung um eine Teilleistung der Zusatzleistung der Bereitstellung von Fahrstrom iSv § 58 Abs 2 Z 2 EisbG. Somit ist auch die Abgeltung von rückgespeicherter Bremsenergie, soweit dadurch die Auslastung des Bahnstromnetzes angesprochen wird, Gegenstand der Bestimmungen zur Bahnstromnetznutzung und somit um eine Zusatzleistung gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG.

Gemäß § 62a Abs 1 EisbG idF BGBl I 137/2015 ist Betreiber einer Serviceeinrichtung, wer eine oder mehrere Serviceeinrichtungen betreibt oder eine oder mehrere Serviceleistungen für Eisenbahnverkehrsunternehmen erbringt. Bei einem Betreiber einer Serviceeinrichtung iSd § 62a EisbG idF BGBl I 137/2015 kann es sich beispielsweise um ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen oder ein Eisenbahnverkehrsunternehmen handeln. Die Begriffsbestimmung folgt den Vorgaben aus Art 3 Z 12 in Verbindung mit Anhang II der RL 2012/34/EU (vgl ErlRV 841 BlgNR XXV. GP, S 8). Soweit die Ö** im dargelegten Rahmen Serviceleistungen anbietet, ist sie Betreiberin einer Serviceeinrichtung iSd § 62a Abs 1 EisbG und legt die diesbezüglichen Entgelte gemäß § 69b Abs 3 EisbG fest.

Die verfahrensgegenständlichen Anträge bekämpfen das Vertragsmodell, durch welches das aktuelle Strommarktmodell der Ö** verwirklicht wird als unvollständig, unausgewogen, unzumutbar und daher insgesamt diskriminierend. Zur Beurteilung der den Verfahrensgegenstand gemäß § 74 EisbG bildenden Rechtsfragen hat die Schienen-Control Kommission daher den Inhalt der in Rede stehenden Verträge und deren Zulässigkeit zu prüfen, und somit Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts anzuwenden.

Soweit die Schienen-Control Kommission im Rahmen der gegenständlichen Entscheidungen Rechtsverhältnisse und Vorgänge, deren Regelung durch das ElWOG 2010 und das E-ControlG erfolgt, zu beurteilen hat, hat sie den entsprechenden Überlegungen die einschlägigen Bestimmungen dieser Bundesgesetze zugrunde zu legen.

Soweit die Schienen-Control Kommission selber nicht gesetzlich zum Vollzug derartig rechtlicher Fragestellungen zuständig ist, liegen in diesem Umfang Vorfragen iSv § 38 AVG vor.

Sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, ist die Behörde berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, gemäß § 38 AVG nach

der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen.

Die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission ist damit gegeben.

Der vorliegende Bescheid ergeht als Teilbescheid gemäß § 59 Abs 1 AVG. Mit Teilbescheid der Schienen-Control Kommission vom 10.06.2016, GZ.: SCK-WA-16-012, wurde bereits über die Frage, ob der Tarif „Nutzung Umformung 16,7 Hz-Bahnstrom“ und der Tarif „Verteilung 16,7 Hz-Bahnstrom“ für (teilweise) unwirksam zu erklären sind und mit dem 2. Teilbescheid vom 13.06.2017 über die in der Anlage 2 Punkt 6 des Bahnstromnetznutzungsvertrags sowie unter Punkt 6 des Anhangs „Durchleitung von Bahnstrom für das Kalenderjahr 2016“ zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen seit 2016 veröffentlichte Beschreibung des rechnerischen Verfahrens zur Bestimmung der bezogenen elektrischen Energie, die netzbezogenen Abgeltung von rückgespeister Bremsenergie durch die Bahnstromnetznutzungstarife seit 2016 und den in Anlage 2 Punkt 4 des Bahnstromnetznutzungsvertrags sowie in Punkt 4 Anhang „Durchleitung Bahnstrom“ der Schienennetz-Nutzungsbedingungen seit 2016 geregelten Tarif „Versorger Rückfallebene“ gesondert abgesprochen und die übrigen von der W** beantragten Punkte gemäß Spruchpunkt III. des 1. Teilbescheids bzw Spruchpunkt II.b. des 2. Teilbescheids einer gesonderten Entscheidung vorbehalten.

Die Frage, ob Bedingungen in den durch die Ö** erstellten Urkunden, nämlich den Bahnstromnetznutzungsvertrag, den Durchleitungsvertrag und die Energielieferverträge, jeweils samt Anlagen, im unter Pkt. 2 der Stellungnahme der W** vom 23.11.2015 jeweils aufgezeigten Ausmaß für unwirksam zu erklären und/oder ein rechtskonformes, nichtdiskriminierendes Verhalten aufzuerlegen ist, ist spruchreif und es erscheint daher zweckmäßig hierüber abzusprechen.

Zu den weiteren rechtlichen Erwägungen:

Zu Spruchpunkt II.

Mit Spruchpunkt II.1. werden die Anträge der W**, der Ö** aufzutragen, die technischen Bedingungen, welche der Hauptleistung „Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems“ zur Herbeiführung einer zumindest bestimmbaren Leistung zu Grunde zu legen sind, vollständig, transparent und nicht-diskriminierend offenzulegen, abgewiesen.

Mit Spruchpunkt II.2. bis 4. werden die Anträge der W** im übrigen vorgebrachten und im Spruch näher bezeichneten Ausmaß abgewiesen.

Die diesbezüglichen Ausführungen der W**, insbesondere das Bestehen von Rechtsunsicherheiten und Regelungslücken in Bezug auf die Vertragsinhalte sämtlicher das Bahnstrommarktzugangsmo-
dell konstituierender Verträge, oder eine gravierende Diskriminierung von externen Energielieferanten gegenüber der Ö**, können nicht nachvollzogen werden.

1. Technische Bedingungen

Die W** führt aus, im Bahnstromnetznutzungsvertrag fehle eine Bestimmung oder Anlage zu den technischen Bedingungen für den **Netzanschluss** und die **Netznutzung**. Der Netzanschluss und die Netznutzung würden aber gleichzeitig den Vertragsgegenstand bilden, ohne dass diese Leistungen irgendwo im Vertrag näher konkretisiert werden. Zur Herbeiführung eines gültigen Vertragsabschlusses sei es unbedingt erforderlich, dass die Ö** die näheren technischen Bedingungen dieser Zurverfügungstellung konkretisiert und dem Vertrag zugrunde legt.

Die Ausführungen der W** können nicht nachvollzogen werden: Die Herstellung von Netzanschluss bzw Netznutzung durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgt nur mittelbar im Wege der Abnahme des Traktionsstroms durch die Triebfahrzeuge.

Die Herstellung des Anschlusses eines Eisenbahnverkehrsunternehmens an das Bahnstromnetz ist durch die bestehenden Regelungen der Ö** zur Bahnstromnetznutzung in diesem Sinne auch hinreichend abgedeckt, da die Nutzung des Bahnstromsystems vor allem der Durchleitung und Verteilung des über die Unterwerke bezogenen Traktionsstroms dient.

In diesem Sinne kann der Bügel des Triebfahrzeugs als Netzanschluss betrachtet werden. Die technischen Bedingungen dafür werden daher bereits mit dem Infrastrukturnutzungsvertrag, insbesondere dessen Anlage 3, abgedeckt.

Die W** legt ihren Ausführungen offenbar ein Verständnis von „Netzanschluss und Netznutzung“ zugrunde, welches sich an die Begriffe und Definitionen der Systemnutzung im 50 Hz-Netz gemäß § 7 EIWOG 2010 anlehnt. Unter dem Begriff Netzanschluss wird § 7 Z 48 EIWOG 2010 „die physische Verbindung der Anlage eines Kunden oder Erzeugers von elektrischer Energie mit dem Netzsystem“ verstanden, die „Netznutzung“ fasst hingegen als allgemeiner Begriff die Einspeisung oder Entnahme von Energie in oder aus einem Netz zusammen.

Im Rahmen der Bahnstromnetznutzung sollten Netzanschluss und Netznutzung bereits durch die Abnahme des Traktionsstroms bzw die Rückspeisung von Rekuperationsenergie und somit im Rahmen des allgemeinen Schienenverkehrsbetriebs mit der Nutzung der Oberleitung zusammenfallen.

Die Oberleitung ist vom 55- bzw 110-kV Bahnstromnetz durch die Unterwerke getrennt. Ein gesonderter oder zusätzlicher Anschluss ist für die Abnahme oder Rückspeisung von Traktionsstrom und somit für die Nutzung des Bahnstromsystems im Rahmen des Bahnstromnetznutzungsvertrags nicht erforderlich.

Die Erstellung zusätzlicher Anschlussbedingungen würde unter diesen Voraussetzungen nach Ansicht der Schienen-Control Kommission mit zusätzlichen technischen und tatsächlichen Hürden für Marktteilnehmer verbunden sein und somit ein Zugangshindernis darstellen.

Auch treffen die bezüglich einer durch die rechtliche Bestimmung des Netzanschlusspunktes an den Stromabnehmern der Triebfahrzeuge vermeintlich verursachte Doppelverrechnung gemachten Bedenken der W** nicht zu:

Die entsprechenden Ausführungen der Ö** waren zum einen dadurch notwendig geworden, da die W** in ihrem Vorbringen vom 23.11.2015, wie hier dargestellt, das Fehlen eines

vereinbarten Netzanschlusspunktes monierte. Die Unabdingbarkeit einer Festlegung eines rechtlichen Netzanschlusspunktes wurde ausschließlich von der W** behauptet.

Zum anderen geht eben aus derselben Stellungnahme der W** vom 23.11.2015 hervor, dass die diesbezüglichen Bedenken in Hinblick auf den Vertragsabschluss „iSe Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit der gegenseitigen Hauptleistungspflichten zur Herbeiführung eines gültigen Vertragsabschlusses“ rein rechtliche Ausführungen darstellen.

Aufgrund der Tatsache, dass es beim Betrieb von Schienenfahrzeugen mit elektrischer Energie im Bahnstromnetz der Ö** keine andere Möglichkeit der Stromentnahme als die Oberleitung gibt, erübrigt sich im Gegensatz zum öffentlichen Netzbereich, in welchem ein Netzanschluss an jedem beliebigen Punkt des Versorgungsbereichs des Netzbetreibers denkbar ist, auch die rechtliche Regelung des Netzanschlusses.

Wenn die Ö** daher in nachvollziehbarer Weise den Triebfahrzeugbügel als diesen technischen Anschlusspunkt darstellt, ist dieser Ansicht zunächst weder aus rechtlicher, noch, mangels anderer tatsächlicher Anschlusspunkte an das Bahnstromnetz, aus technischer Sicht entgegenzutreten. Auch scheint die W** sowohl die technische, als auch die rechtliche Bedeutung des Netzanschlusspunktes zu verkennen. Dies lässt sich mit einem Vergleich zum Bereich des öffentlichen 50 Hz- Netzes veranschaulichen:

Die Bestimmung des Netzanschlusspunktes ist im Rahmen des Netzzutritts im Verteiler- bzw Übertragungsnetz von mehrfacher Bedeutung, als von der Art der Kundenanlage und den davon abhängenden Errichtungskosten zum einen das gemäß § 54 EIWOG 2010 zu entrichtenden Netzzutrittsgeld, zum anderen das vom Anschluss an die entsprechende Netzebene abhängende Netzbereitstellungsgeld gemäß § 55 EIWOG 2010 abhängen.

Darüber hinaus hat die Abgrenzung des Netzanschlusspunktes Bedeutung in Hinblick auf die Erhaltung und den Ausbau des vom Verteiler- oder Übertragungsnetzbetreiber betriebenen Netzes, welches mit gesetzlichen Ausbau und Instandhaltungsverpflichtungen verbunden ist, in Abgrenzung zu den im Kundeneigentum stehenden Anlagen Bedeutung.

Dadurch ist aber bereits aufgezeigt, dass die Frage des Netzanschlusspunktes im Bahnstromnetz aufgrund der völlig unterschiedlichen technischen Ausgestaltung, die durch die unterschiedlichen tatsächlichen Voraussetzungen der Schienenverkehrsbedriebs offenkundig bedingt sind, im Rahmen der Bahnstromnetznutzung wie gezeigt rechtlich irrelevant und im erforderlichen technischen Ausmaß durch die technischen Bedingungen für die Eignung der Triebfahrzeuge rechtlich wie tatsächlich der Bahnstromnetznutzung vorgelagert sind.

Mangels vergleichbarer Kostenpositionen für Netzzutritt und Netzbereitstellung in Abhängigkeit von der genutzten Netzebene kann es dadurch auch zu keiner denkmöglichen Doppelverrechnung in Hinblick auf die Oberleitungsnutzung kommen.

Die diesbezüglichen Bedenken der W** können daher nicht nachvollzogen werden.

2. Vertragsbedingungen

a. Vertragsmodell

Das aktuelle Bahnstrommarktmodell baut auf drei einander ergänzenden Verträgen, dem **Durchleitungsvertrag**, abgeschlossen zwischen der Ö** und einem alternativen Energielieferanten, dem **Bahnstromnetznutzungsvertrag**, abgeschlossen zwischen dem Marktteilnehmer und der Ö** als Bahnstromnetzbetreiber, und dem **Bahnstromliefervertrag**, abgeschlossen zwischen dem Marktteilnehmer und dem alternativen Energielieferanten, auf.

Gegenstand und Inhalt der Verträge ergeben sich in Hinblick auf den Durchleitungsvertrag und den Bahnstromnetznutzungsvertrag zunächst aus den von der Ö** im Rahmen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlichten Musterverträgen. Vertragsgegenstand, Haupt- und Nebenleistungspflichten und Haftungspflichten, insbesondere die rechtlichen Folgen der Schlecht- oder Nichterfüllung, ergeben sich dabei direkt aus dem jeweiligen Vertragsgegenstand.

Bei der rechtlichen Beurteilung der Vertragsgegenstände und den daraus resultierenden Leistungs- und Haftungspflichten sind zum einen die rechtlichen Schwierigkeiten zu berücksichtigen, die sich aus der relativen Neuheit der Vertragsgegenstände, die einem Durchleitungsmodell zur Energielieferung zugrunde liegen und deren rechtlicher Deutung, zum anderen die Zusammenhänge mit den nicht minder komplexen rechtlichen Voraussetzungen der Durchleitung, und somit der Nutzung von Verteiler- und Übertragungsnetz, auch in der 50 Hz-Regelzone, zu beachten.

Vertragsparteien des Durchleitungsvertrags sind die Ö** und ein dritter Bahnstromlieferant. Der **Vertragsgegenstand des Durchleitungsvertrags** wird gemäß Punkt 1 des Durchleitungsvertrags bestimmt als „die Abwicklung, Bilanzierung und Abrechnung der Bahnstromlieferung des Energielieferanten an ein EVU im Bahnstromsystem (Durchleitung)“.

Vertragsparteien des Bahnstromnetznutzungsvertrags sind die Ö** als Bahnstromnetzbetreiber und ein Eisenbahnverkehrsunternehmen als Bahnstromnetznutzer. Der **Vertragsgegenstand des Bahnstromnetznutzungsvertrags** ist gemäß Punkt 1 des Bahnstromnetznutzungsvertrags bestimmt als „die Zurverfügungstellung des Bahnstromsystems durch die Ö**, damit der Kunde dieses nutzen und von einem Energielieferanten mit Bahnstrom beliefert werden kann“.

Der **Vertragsgegenstand des Bahnstromlieferungsvertrags** ist die Lieferung von Bahnstrom zu den zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Bedingungen. Vertragsparteien sind ein Eisenbahnverkehrsunternehmen als Bahnstromkunde und ein dritter Bahnstromlieferant.

Die Qualifikation des Vertragsgegenstandes des Durchleitungsvertrages als „Netznutzungsvertrag zwischen Energielieferanten und Netzbetreiber“, wie sie von der W** vertreten wird (S 12 der Stellungnahme vom 23.11.2017), entspricht somit nicht der Definition des Vertragsgegenstandes, wie sie im Durchleitungsvertrag selbst begrifflich definiert wird, greift jedoch noch aus anderen Gründen zu kurz und ist daher unzutreffend wie aus den folgenden rechtlichen Erwägungen erhellt.

Die Abwicklung, Bilanzierung und Abrechnung der Bahnstromlieferung des dritten Bahnstromlieferanten an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen im Bahnstromsystem, die den zentralen Gegenstand des Durchleitungsvertrags bildet, kann nicht isoliert oder nur aus Perspektive des Bahnstromsystems betrachtet werden. Der maßgebliche Zusammenhang, aus

dem heraus die Auslegung des Vertragsgegenstands des Durchleitungsvertrags und der aus den weiteren Verträgen des Durchleitungsmodells entspringenden Rechte und Pflichten deutlich wird, erhellt, unter anderem, aus den Punkten 2.2 und 2.3 des Durchleitungsvertrags.

So bestimmt Punkt 2.2, 2. Satz des Durchleitungsvertrags: „Zudem hat der Energielieferant alle für die Durchleitung relevanten Daten gemäß Anlage 4, sowie die prognostizierte Jahresliefermenge zur Verfügung zu stellen.“ Punkt 2.3. des Durchleitungsvertrags bestimmt: „Der Energielieferant hat Energiefahrpläne zu erstellen und diese gemäß Anlage 4 innerhalb der dort gesetzten Fristen zu übermitteln.“

Anlage 4 zum Durchleitungsvertrag („Energiefahrplanmanagement“) trifft jene Regelungen, die für die „Lieferung“ der Energiemengen laut Bahnstromliefervertrag in der 50 Hz-Regelzone erforderlich sind. Anlage 4 lit a. zum Durchleitungsvertrag trifft dazu die folgende Regelung:

„Der Energielieferant meldet dem Bilanzgruppenkoordinator rechtzeitig mittels Energiefahrplan eine beabsichtigte Bahnstromlieferung an. Diese wird in der Bilanzgruppe der MUSTER AG und in der Bilanzgruppe Ö** dargestellt.“

Die „Abwicklung“, die den Vertragsgegenstand des Durchleitungsvertrags bildet, findet somit innerhalb der Bilanzgruppen der Ö** und des dritten Bahnstromlieferanten in der 50 Hz-Regelzone statt. Die zu „liefernden“ Strommengen werden über die Energiefahrpläne den Bilanzgruppen der Ö**/dem dritten Bahnstromlieferanten zugeordnet, über die Bilanzgruppenverantwortlichen an den Bilanzgruppenkoordinator/die Verrechnungsstelle übermittelt und entsprechend etwaigen Abweichungen unter Berücksichtigung der Ausgleichsenergie im Rahmen der durchzuführenden Clearings durch die Verrechnungsstelle bilanziert und weiterverrechnet.

Der Gegenstand des Durchleitungsvertrags stellt somit gleichzeitig einen Vorgang dar, der eine in der 50 Hz-Regelzone stattfindende Energielieferung substituiert. Die wechselseitigen Rechte und Pflichten, die sich normalerweise aus einem Stromliefervertrag innerhalb der 50 Hz-Regelzone ergeben, werden im Rahmen des Durchleitungsmodells zwischen Energieliefervertrag, Bahnstromnetznutzungsvertrag und Durchleitungsvertrag auf mehrere Vertragsparteien aufgeteilt.

Was als „Bahnstromlieferung“ bezeichnet wird, stellt daher zunächst eine Stromlieferung dar, die gemäß den §§ 85 ff ElWOG 2010 über einen Energiefahrplan der jeweiligen Bilanzgruppe zugeordnet wird und sich somit in Hinblick auf die Abläufe in der 50 Hz-Regelzone nicht von sonstigen, dem ElWOG 2010 unterliegenden, Stromlieferungen unterscheidet. Sowohl die Ö** als auch der alternative Bahnstromlieferant stellen somit in Bezug auf die 50 Hz-Regelzone **Netznutzer des Verteiler-/Übertragungsnetzes in der 50 Hz-Regelzone** dar.

Die Rechte und Pflichten sowie die Rechtsverhältnisse zwischen Bilanzgruppenmitgliedern, Bilanzgruppenverantwortlichen und Bilanzgruppenkoordinator unterliegen den Regelungen der §§ 85 ff ElWOG 2010.

Gemäß § 85 Abs 1 ElWOG 2010 sind Netznutzer durch die Ausführungsgesetze zu verpflichten, sich einer Bilanzgruppe anzuschließen oder eine eigene Bilanzgruppe zu bilden.

Gemäß § 7 Abs 1 Z 49 ElWOG 2010 ist „Netznutzer“ jede natürliche oder juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft, die Elektrizität in ein Netz einspeist oder aus einem Netz entnimmt.

Aus Perspektive eines Verteiler-/Übertragungsnetzbetreibers in der 50 Hz-Regelzone stellt die Ö** keinen Netzbetreiber dar, sondern unterliegt als Marktteilnehmer der 50 Hz-Regelzone den Bestimmungen des EIWOG 2010.

Soweit die Energieversorgung des Bahnstromnetzes (Regelleistung, Netzverluste, uä) nicht über die der Ö** eigenen 16,7 Hz-Kraftwerksleistung abgedeckt wird, setzt die Ö** die Frequenzumformer/Frequenzumrichter zum Strombezug ein. Der Bezug von nicht der Eigenerzeugung unterliegendem Bahnstrom erfolgt für den Betrieb des Bahnstromsystems, als auch für die „Lieferung“ von Bahnstrom alternativer Anbieter an Marktteilnehmer am Schienenverkehrsmarkt, über die Frequenzumformer der Ö**.

Frequenzumformer/Frequenzumrichter sind im Gegensatz zu Umspannwerken, welche lediglich der Verbindung unterschiedlicher Spannungsebenen dienen, kein Teil des 50 Hz-Verbundnetzes. Gemäß § 7 Abs 1 Z 73 EIWOG 2010 ist als „Verbundnetz“ eine Anzahl von Übertragungs- und Verteilernetzen, die durch eine oder mehrere Verbindungsleitungen miteinander verbunden sind, definiert.

Die Frequenzumformer/Frequenzumrichter entnehmen für die Zwecke des Bahnstrombezugs 50 Hz-Strom aus dem Verteiler-/Übertragungsnetz der 50 Hz-Regelzone und wandeln diesen in 16,7 Hz-Strom um. Da es für die Qualifikation eines Entnehmers gemäß § 7 Abs 1 Z 14 EIWOG 2010 nicht auf den Zweck der Entnahme ankommt (VfSlg 19740/2013), stellt die Ö** aus Sicht des Verteiler-/Übertragungsnetzes der 50 Hz-Regelzone einen Entnehmer gemäß § 7 Abs 1 Z 14 EIWOG 2010 dar.

Zwischen der 50 Hz-Regelzone und dem Bahnstromnetz „fließt“ daher mangels einheitlicher Netzfrequenz kein Strom iSd Kirchhoffschen Gesetzes. Der benötigte Bahnstrom wird dem Verteiler-/Übertragungsnetz entnommen. Die Frequenzumformer/Frequenzumrichter stellen somit Zählpunkte gemäß § 7 Abs 1 Z 83 EIWOG 2010 dar.

Der Entnahme über die Frequenzumformer der Ö** steht im Verhältnis des Durchleitungsvertrags jeweils ein Lieferant iSv § 7 Abs 1 Z 45 EIWOG 2010 in der 50 Hz-Regelzone gegenüber, der als dritter Bahnstromlieferant für einen Marktteilnehmer am Schienenverkehrsmarkt Strom liefert. Der zu liefernde Bahnstrom wird durch diesen in das Verteiler-/Übertragungsnetz der 50 Hz-Regelzone eingespeist.

Die Durchleitung im Sinne einer „Abwicklung, Bilanzierung und Abrechnung der Bahnstromlieferung des Energielieferanten an ein EVU im Bahnstromsystem“ als Gegenstand des Durchleitungsvertrags beinhaltet somit eine Stromlieferung in der 50 Hz-Regelzone, die das Bestehen von Netznutzungsverträgen der Ö** und des alternativen Energielieferanten mit den Verteiler-/Übertragungsnetzbetreibern in der 50 Hz-Regelzone auf der einen Seite, die „Abwicklung“ dieser Stromlieferung über den Durchleitungsvertrag auf der anderen Seite voraussetzt.

Beide Vertragsverhältnisse sind **gemeinsam mit den technischen Bedingungen der Stromabnahme über die Frequenzumformer der Ö**** ausschlaggebend für die Interpretation der vertraglichen Rechte und Pflichten im Bahnstrommarktmodell der Ö**.

Die synallagmatischen Haupt- und Nebenleistungspflichten des Durchleitungsmodells, wie auch dessen Vertragsgegenstände, können von den mit Stromlieferungen in der 50 Hz-Regelzone verbundenen rechtlichen Erwägungen nicht losgelöst betrachtet werden, da der Gegenstand der Durchleitung auch zT in einer Stromlieferung in der 50 Hz-Regelzone besteht und das Durchleitungsmodell – wenn schon nicht dem Vertragsmodell in der liberalisierten 50

Hz-Regelzone nachgebildet ist – mit vergleichbaren Konsequenzen in Hinblick auf die Trennung von Stromlieferung und Netznutzung und somit auf die vertraglichen Leistungs- und Haftungspflichten verbunden ist.

Die richtige Beurteilung der Leistungspflichten aus dem Durchleitungsvertrag im engeren und dem gesamten Durchleitungsmodell im weiteren Sinne setzt somit die Qualifikation der mit der Stromlieferung im 50 Hz-Netz verbundenen vertraglichen Abläufe voraus.

Die vertragliche Abwicklung von Stromlieferungen in der 50 Hz-Regelzone ist durch das, im Wesentlichen durch die §§ 23, 40, 45, 65 und 85 ff vorgezeichnete, Bilanzgruppenmodell geprägt.

Für die Durchführung der Lieferung von Strom im liberalisierten Strommarkt der 50 Hz-Regelzone im Rahmen des Bilanzgruppenmodells erfolgt eine Zuordnung von Netzbenutzern zu Bilanzgruppen als virtuellen Gruppen, die eine Zuordnung und somit einen Ausgleich von Aufbringung und Verbrauch in der Regelzone ermöglichen.

Die Aufrechterhaltung der Leistungs-Frequenz-Regelung erfolgt durch die vom Regelzonenführer vorgehaltene und abgerufene Regelleistung, die Zuordnung und Abrechnung der Abweichungen zwischen und innerhalb der Bilanzgruppen erfolgt durch die vom Bilanzgruppenkoordinator durchgeführte Ausgleichsenergieberechnung.

Vor diesem Hintergrund erscheinen auch die gegen die gemäß Punkt 4 des Durchleitungsvertrags im Verfahren vorgebrachten Bedenken gegen die Verrechnung der Ausgleichsenergie als unbegründet:

Die dem dritten Bahnstromlieferanten gemäß Punkt 4.2. des Durchleitungsvertrags verrechnete Ausgleichsenergie entspricht dem Ausgleichsenergiepreis, der für den Anfall der Ausgleichsenergie für die Fahrplanabweichung in 50 Hz-Netz durch die Verrechnungsstelle gemäß §§ 23 Abs 2 Z 9 iVm 87 Abs 1 Z 6 EIWOG 2010 verrechnet wird.

Ein dritter Bahnstromlieferant legt dem gemäß § 87 Abs 1 ELWOG 2010 durch den Bilanzgruppenverantwortlichen zu meldenden Fahrplänen, die gemäß Punkt 2.3. des Durchleitungsvertrags auch der dargestellten Abwicklung der Durchleitung zugrunde liegen, die von der Ö** als Bahnstromnetzbetreiber gemäß Punkt 3.2. übermittelten Messwerte zugrunde.

Kommt es durch einen abweichenden Verbrauch der Eisenbahnverkehrsunternehmen zu einer Über- oder Unterdeckung der gemeldeten Fahrpläne im Rahmen der Bilanzierung zwischen den Bilanzgruppen des dritten Bahnstromlieferanten und der Ö** in der 50 Hz-Regelzone, fallen im dementsprechenden Maße Ausgleichsenergiekosten an.

Diese Kosten werden, im Falle für die Ö** entstehender Kosten, dem dritten Bahnstromlieferanten verrechnet.

Aufgrund der Tatsache, dass der Anfall der Ausgleichsenergiekosten im Bilanzgruppensystem des EIWOG 2010 begründet liegt, die Verrechnung durch die Ö** nur im tatsächlich angefallenen Ausmaß erfolgt und den dritten Bahnstromlieferanten gemäß der Punkte 4.4. und 4.5. des Durchleitungsvertrags transparente und wirksame Kontroll- und Einspruchsrechte der verrechneten Kosten zustehen, liegen aus Sicht der Schienen-Control Kommission keine begründeten Einwendungen gegen das durch den Durchleitungsvertrag vereinbarte System der Ausgleichsenergieverrechnung vor.

Wenn das Bilanzgruppenmodell somit auch in seiner Gesamtheit von einer Vielzahl vertraglicher Beziehungen geprägt ist, ist im Kern für die Lieferung von Strom im Wesentlichen ein zwei-Vertrags Modell verwirklicht: die für den Netzzugang benötigte Vertragsbeziehung zum Verteilernetzbetreiber (kundenseitig nur in Ausnahmefällen zum Übertragungsnetzbetreiber auf Hoch-/und Höchstspannungsebene), und unter Voraussetzung des Abschlusses eines Netzzugangsvertrags (§ 45 Z 2 ElWOG 2010) ein entsprechendes vertragliches Lieferverhältnis zur Belieferung mit elektrischer Energie (§ 75 ElWOG 2010).

Unabhängig von der Gestaltung des Strommarktmodells liegt in der 50 Hz-Regelzone rechtlich, bedingt durch die Entflechtung von Verteiler- und Übertragungsnetzbetreibern von nicht mit dem Netzbetrieb verbundenen Tätigkeiten (§§ 24 ff und 42 ElWOG 2010), die Belieferung mit elektrischer Energie vertraglich getrennt von der Netznutzung vor. Somit bestehen jedenfalls zwei Verträge, ein Energieliefervertrag und ein Netznutzungsvertrag, für die Stromlieferung.

Die freie Wahl des Energielieferanten geht daher grundsätzlich mit einer Trennung von Produkt- und Leitungsdienstleistung einher. Diese für den Bereich der freien Lieferantenwahl charakteristische Trennung der Leistungen drückt sich bereits in dem – auch im liberalisierten 50 Hz-Markt zumindest anfänglich so bezeichneten (*Thurnher*, Energielieferverträge in neuem Umfeld – Alte und neue Strom- und Gaslieferverträge nach der Energierechtsreform, ÖZW 1999, 97; *Rabl*, Liberalisierung des Strommarkts: Neues und Altes zum Vertragsrecht, *ecolex* 2000, 544; *Schanda*, Stromeinkauf im liberalisierten Markt aus Kundensicht, ÖZW 2002, 8) – Begriff der „Durchleitung“ aus.

Die zu Beginn der Liberalisierung des 50 Hz-Strommarktes als „Durchleitung“ im 50 Hz-Netz bezeichnete Netznutzung dürfte auch der Grund für das Verständnis der W** sein, wenn Sie den zwischen alternativen Bahnstromanbietern und der Ö** abgeschlossenen Durchleitungsvertrag als Netznutzungsvertrag bezeichnet. Bei der ehemals so bezeichneten „Durchleitung“ im 50 Hz-Netz handelt es sich aber begrifflich lediglich um die Netznutzung durch die Netzzugangsberechtigten, die vertraglich mit dem Netzbetreiber vereinbart ist.

Ausschlaggebend für die rechtliche Beurteilung der Durchleitung im Bahnstrommarktmodell ist jedoch, dass im Verhältnis des Durchleitungsvertrags zwischen Ö** und drittem Bahnstromlieferanten eine Netznutzung des Bahnstromnetzes durch den dritten Bahnstromlieferanten nicht erfolgt, da diese technisch gar nicht möglich ist (dazu weiter unten).

Eine „Durchleitung“ im Sinne einer Netznutzung liegt in Bezug auf den Durchleitungsvertrag jedoch im Verhältnis zwischen der Ö** als Entnehmer und dem drittem Bahnstromlieferanten als Einspeiser, und somit beider Vertragsparteien des Durchleitungsvertrags als Netzkunden und dem in der 50 Hz-Regelzone tätigen Verteiler-/Übertragungsnetzbetreiber vor.

Zur Beurteilung der im Durchleitungsvertrag zwischen Ö** und drittem Bahnstromlieferanten vereinbarten Haupt- und Nebenleistungspflichten ist somit zunächst auf die rechtliche Beurteilung der Netznutzung in der 50 Hz-Regelzone zurückzugreifen. Auch wenn nämlich die vertraglichen Verpflichtungen im Bahnstromdurchleitungsmodell über mehr als zwei Vertragsparteien aufgeteilt sind und über zwei unterschiedliche Systeme „durchgeleitet“ werden, handelt es sich um zT ähnliche (soweit bahnstromspezifisch), zT (soweit es sich um die Abwicklung in der 50 Hz-Regelzone handelt) die gleichen Vertragstypen, die im Anwendungsbereich des ElWOG 2010 zur Anwendung kommen.

So wird zB durch die Nutzung eines zweiten, dem drittem Bahnstromlieferanten nicht zugänglichen Netzes (Bahnstromnetz) eine weitere vertragliche Regelung an der Schnittstelle zwischen Verteiler-/Übertragungsnetz der 50 Hz-Regelzone notwendig (Durchleitungsvertrag) und eine zusätzlich vertragliche Verpflichtung für den Bahnstromnetzbetreiber geschaffen (Abnahmeverpflichtung aus dem Titel des Bahnstromnetznutzungsvertrags), die aus dem 50 Hz-Strommarktmodell abzuleitende Leistungsverpflichtung des dritten Bahnstromlieferanten (Einspeisung in die 50 Hz- Regelzone) wird dadurch aber nicht berührt (dazu sogleich unten).

Nach einhelliger Auffassung der Lehre liegt trotz dem Begriff der „Durchleitung“ kein Transportvorgang von elektrischer Energie innerhalb des genutzten Netzes vor. Elektrizität ist keine körperliche Sache, somit ist auch keine zielgerichtete Verbindung zwischen Lieferant und Abnehmer möglich, da der Strom nach dem Kirchhoffschen Gesetz den Weg des geringsten Widerstandes geht (*Rabl*, Liberalisierung des Strommarkts: Neues und Altes zum Vertragsrecht, *ecolex* 2000, 544; *Thurnher*, Energielieferverträge in neuem Umfeld – Alte und neue Strom- und Gaslieferverträge nach der Energierechtsreform, *ÖZW* 1999, 97; *Rabl/Thurnher*, Energielieferverträge (2001) 21).

Das „Durchleitungsverhältnis“ des Netzzugangsvertrags ist vielmehr für den Netzbetreiber durch die Aufrechterhaltung des Netzbetriebs und Ermöglichung der zeitgleichen Einspeisung und Entnahme von elektrischer Energie, für die Netzzugangsberechtigten durch die zeitgleiche Einspeisung der aus dem Netz entnommenen Energie charakterisiert (*Thurnher*, Energielieferverträge in neuem Umfeld – Alte und neue Strom- und Gaslieferverträge nach der Energierechtsreform, *ÖZW* 1999, 97; *Schanda*, Stromeinkauf im liberalisierten Markt aus Kundensicht, *ÖZW* 2002, 8).

Damit sind die für den Energieliefervertrag und Netznutzungsvertrag charakteristischen Hauptleistungspflichten bereits angedeutet.

Der Energieliefervertrag stellt nach hM einen Kaufvertrag dar, der als Dauerschuldverhältnis (Sukzessivliefervertrag) angelegt ist, der Energieliefervertrag rückt damit rechtlich in die Nähe des Bezugsvertrags (*Thurnher*, Energielieferverträge in neuem Umfeld – Alte und neue Strom- und Gaslieferverträge nach der Energierechtsreform, *ÖZW* 1999, 97; *Rabl/Thurnher*, Energielieferverträge (2001) 4 f). Wie bereits erwähnt wurde, ist im Verbundnetz ein zielgerichteter Transport elektrischer Energie nicht möglich, da der Strom den Weg des geringsten Widerstandes geht. Es ist somit nicht nachvollziehbar, aus welcher Erzeugungsanlage der durch den Lieferkunden bezogene Strom tatsächlich stammt.

Die vertraglich bedungenen Hauptleistungspflichten aus dem Energieliefervertrag stehen in engem Zusammenhang mit dieser Konsequenz und der Frage nach dem Erfüllungsort der Stromlieferung. So kann die für die für das Vollversorgungsmodell der Stromlieferung in der Zeit vor Entflechtung und Liberalisierung vertretene Rechtsauffassung, von der offenbar auch die W** in ihren Ausführungen ausgeht, nach der Energie dann als „übergeben“ anzusehen war, wenn der Stromkunde durch die Registrierung an seinem Messgerät die tatsächliche „Verfügung“ eingeräumt wurde, nach hA nicht mehr aufrechterhalten werden.

Die rechtswissenschaftliche Literatur (*Rabl/Thurnher*, Energielieferverträge 7) geht davon aus, dass Übergabe und Gefahrenübergang der Stromlieferung im entflochtenen liberalisierten Strommarkt durch die Einspeisung des Energielieferanten an einem geeigneten, beliebig im Verbundnetz liegenden Einspeisepunkt erfolgen (eine eindeutige vertragliche Regelung wird in der Literatur jedoch empfohlen).

Bei einer Trennung von Netzbetrieb und Stromlieferung ist **mangels zielgerichteter Liefermöglichkeit im Verbundnetz sowie mangels Einflussmöglichkeit des Lieferanten auf den Netzbetrieb jedoch anzunehmen**, dass eine Transportverpflichtung mit entsprechenden Übergabepunkten und Gefahrenübergang nicht als Vertragsgegenstand zu betrachten ist.

Auch aus der Judikatur des OGH zum Netznutzungsvertrag im Anwendungsbereich des EIWOG geht hervor, dass die aktuelle Rechtsprechung nicht davon ausgeht, dass im entflochtenen Netzbereich von einer Stromlieferung iSe Transports auszugehen ist. So spricht der OGH in seiner Rechtsprechung aus (OGH 30.03.2009, 7 Ob 249/08f; OGH 30.11.2006, 8 Ob 86/06i):

„Die Netznutzung manifestiert sich lediglich in einem physikalischen Vorgang, und zwar entweder der Stromeinspeisung in oder der Stromentnahme aus dem öffentlichen Netz (jeweils am Netzanschluss), wobei der Netzbetreiber die Funktionsfähigkeit des Netzes als „Stromsee“ (das heißt insbesondere die Netzspannung) aufrecht zu erhalten hat. Aufgrund des Kirchhoff'schen Gesetzes kann der Lastfluss im Netz weder vorausberechnet noch von außen gesteuert werden, weshalb der vom Erzeuger eingespeiste Strom nie ident ist mit dem vom Kunden des Erzeugers entnommenen Strom“.

Im Zweifel wird daher bei einer Trennung von Netzbetrieb und Energielieferung, soweit sich aus der Vertragsauslegung nicht eindeutig anderes ergibt, als Hauptleistungspflicht eines Stromlieferungsvertrags von Seiten des Lieferanten somit lediglich die Einspeisung an einem beliebigen Einspeisepunkt in der Regelzone geschuldet.

Aufgrund der bisher dargestellten rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen der Stromlieferung ist, abweichend von der Ansicht der W**, bei Ermangelung einer eindeutigen diesbezüglichen vertraglichen Ausgestaltung auch nicht davon auszugehen, dass im entflochtenen Netzbetrieb der Netzbetreiber als Erfüllungsgehilfe des Lieferanten angesehen werden kann, und somit der Lieferant im Falle einer Fehlleistung des Netzbetreibers einzustehen hat (insb *Rabl/Thurnher*, Energielieferverträge (2001) 6; *Sternig*, Versorgungssicherheit im Elektrizität- und Erdgasmarkt (2009) 156).

Diese Erwägungen sind auch auf die Durchleitung des Bahnstroms anzuwenden. Der dritte Bahnstromlieferant ist vom Verteiler-/Übertragungsnetzbetreiber getrennt und hat keinerlei Verfügung über den Netzbetrieb, noch weniger jedoch Einfluss auf den Betrieb des Bahnstromnetzes. Mehr noch ist die Übertragung von elektrischer Energie zwischen Verteiler-/Übertragungsnetz der 50 Hz-Regelzone und dem Bahnstromnetz nur durch aktive Abnahme der Strommengen durch den Bahnstromnetzbetreiber überhaupt möglich.

Hieraus wird bereits deutlich, dass im Rahmen der Bahnstromdurchleitung noch weniger von einer Transportverpflichtung des alternativen Bahnstromlieferanten ausgegangen werden kann.

Aus dem bisher Gesagten ergeben sich für die rechtliche Qualifikation der vertraglichen Leistungspflichten die folgenden Konsequenzen:

Der zwischen der Ö** und einem drittem Bahnstromlieferanten abgeschlossene Durchleitungsvertrag legt als Vertragsgegenstand „die Abwicklung, Bilanzierung und Abrechnung der Bahnstromlieferung des Energielieferanten an ein EVU im Bahnstromsystem (Durchleitung)“ fest.

Das Bahnstromnetz ist durch die Frequenzumformer/Frequenzumrichter vom Verbundnetz der 50 Hz-Regelzone getrennt, der für die Bahnstromlieferung benötigte Strom kann somit

nicht zwischen Bahnstromnetz und Verteiler-/Übertragungsnetz fließen, sondern bedarf dazu der Entnahme über die Frequenzumformer/Frequenzumrichter. Diese Entnahme kann nur durch die Ö** vorgenommen werden. Eine Nutzung des Bahnstromnetzes durch den dritten Bahnstromlieferanten ist technisch nicht möglich.

Die Abwicklung der Bahnstromlieferung besteht daher wie gezeigt zu jenem Teil der Vertragsabwicklung, der in der 50 Hz-Regelzone stattfindet und den Regelungen des Strommarktmodells gemäß EIWOG 2010 unterliegt, auch in einer Abwicklung einer Stromlieferung in der 50 Hz-Regelzone. Durch die technisch-physikalische Trennlinie zwischen Verbundnetz und Bahnstromnetz, die nur durch Entnahmen der Ö** über die Frequenzumformer/Frequenzumrichter überwunden werden kann, kann die vertragliche Hauptleistungspflicht eines dritten Bahnstromlieferanten daher ausschließlich in der Einspeisung der zu liefernden Strommengen über einen geeigneten Einspeisepunkt in der 50 Hz-Regelzone gesehen werden.

Der vertraglichen Regelung des Durchleitungsvertrags kann keine Transportverpflichtung im Sinne eines Entstehenmüssens für Fehlleistungen entnommen werden. Im Wege der Vertragsauslegung kann dem alternativen Bahnstromlieferanten jedoch auch keinesfalls zugesonnen werden, Bahnstrom nicht nur über die technisch-physikalische Barriere der Frequenzumformer/Frequenzumrichter, sondern darüber hinaus auch über die Unterwerke in die Oberleitung zu „liefern“.

Die Annahme einer solchen Transportverpflichtung würde im Ergebnis bedeuten, das Risiko nicht nur für den Betrieb des Verteiler-/Übertragungsnetzes in der 50 Hz-Regelzone, sondern auch für das Bahnstromnetz auf Ebene der 50kV und 110 kV Leitungen bis hin zur Oberleitung zu übernehmen. Damit würde nicht nur eine **doppelte Risikoüberwälzung** verwirklicht, es würde dem alternativen Bahnstromlieferanten damit das Risiko für den Betrieb eines Stromnetzes überwältigt, welches nicht nur wirtschaftlich und rechtlich, sondern auch technisch-physikalisch außerhalb seiner Einflussosphäre steht.

Der Betrieb des Verteiler-/Übertragungsnetzes, wie auch der Betrieb des Bahnstromnetzes, ist durch eigenständige Vertragsverhältnisse, die auf Seiten des Netzbetreibers wie gezeigt die Aufrechterhaltung des Netzbetriebs als Hauptleistungspflicht beinhalten, geregelt. Es ist daher sachlich nicht gerechtfertigt, einem Stromlieferanten, der weder rechtlich noch tatsächlich Verfügungsgewalt über den Netzbetrieb hat, für die Erbringung einer Leistung haften zu lassen, deren Erfüllung durch einen gesonderten Vertrag einem der Netzbetreiber zukommt.

Dass ein alternativer Bahnstromlieferant trotz des Bestehens eigener Netznutzungsverträge, die die Netznutzung sowohl für den Verteiler-/Übertragungsnetzbereich in der 50 Hz-Regelzone, als auch im Bahnstromsystem, deren Vertragsgegenstand jedenfalls auch in der die Aufrechterhaltung des Netzbetriebs besteht, und somit über zwei gesonderte vertragliche Schuldverhältnisse hinweg für die Erfüllung des Netzbetriebs gemäß 1313a ABGB haftet, kann nicht angenommen werden ohne dabei einen potentiellen Marktteilnehmer am Bahnstrommarkt grob nachteilig zu behandeln. Wie bereits eingehend gezeigt wurde ist bei einer Trennung von Energielieferung und Netzbetrieb zwischen den Vertragsgegenständen, und somit zwischen Netznutzung und Energielieferung zu unterscheiden.

Nach Auffassung der Schienen-Control Kommission beinhaltet das Vertragsmodell, durch welches das aktuelle Bahnstrommarktmodell als Durchleitungsmodell verwirklicht wird, daher die folgenden Hauptleistungspflichten der einzelnen Vertragsparteien:

1. Bahnstromlieferung

- a. Die Hauptleistungspflicht eines alternativen Bahnstromlieferanten besteht in der Einspeisung der zu liefernden Strommengen über einen geeigneten Einspeisepunkt in der 50 Hz-Regelzone. Mit der Einspeisung gelten die zu liefernden Strommengen als übergeben, die Preisgefahr geht somit auf den Bahnstromkunden über.
- b. Die Hauptleistungspflicht des Bahnstromkunden besteht in der Entrichtung des Entgelts für die bezogenen Strommengen.
- c. Die Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens als Bahnstromkunde und des alternativen Bahnstromanbieters bilden ein synallagmatisches Schuldverhältnis. Die Ansprüche der Parteien werden durch den Bahnstromliefervertrag begründet.

2. Bahnstromnetznutzung

- a. Die Hauptleistungspflicht des Eisenbahnverkehrsunternehmens besteht in der Entrichtung der Netznutzungsentgelte.
 - i. Jenem Teil der Hauptleistungspflichten, dem die Netznutzung als Verteilungsleistung (Tarif Verteilung) entspricht, steht die Hauptleistungspflicht der Ö** als Bahnstromnetzbetreiber entgegen, die dem Vertragsgegenstand und den damit verbundenen Hauptleistungspflichten im Verteiler-/Übertragungsnetzbetrieb der 50 Hz-Regelzone entspricht. Dies ist insbesondere die Aufrechterhaltung des Netzbetriebs, der Ausgleich von Netzverlusten, die Ausregelung der Leistungs-Frequenz Regelung und die weiteren im „Tarif Verteilung“ enthaltenen den übrigen Kostenpositionen entsprechenden Leistungen.
 - ii. In jenem Umfang, dem die Netznutzung als Umformung (Tarif Umformung) entspricht, geht die Hauptleistungspflicht über die mit dem herkömmlichen Verständnis der Netznutzung verbundenen Verpflichtungen der Ö** als Bahnstromnetzbetreiber hinaus und umfasst die Abnahme der durch den alternativen Bahnstromlieferanten in die 50 Hz-Regelzone eingespeisten Strommengen durch die Frequenzumformer/Frequenzumrichter der Ö** in das Bahnstromsystem. Dieses Element haftet dem Bahnstromnetznutzungsvertrag als werkvertragliches Erfolgshaftungselement an.
- b. Die Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens als Bahnstromnetzkunde und Ö** als Bahnstromnetzbetreiber bilden ein synallagmatisches Schuldverhältnis. Die Ansprüche der Parteien werden durch den Bahnstromnetznutzungsvertrag begründet.

3. Durchleitung

Der Vertragsgegenstand des zwischen der Ö** und dem alternativen Energielieferanten abgeschlossenen Durchleitungsvertrags besteht in der Abwicklung der Stromlieferung über die Verteiler-/Übertragungsnetze in der 50 Hz-Regelzone. Dieses Rechtsverhältnis dient der Substitution der Abnahmeverpflichtung des Bahnstromkunden.

Somit werden die Rechte und Pflichten des dritten Bahnstromlieferanten im Vergleich zu einem herkömmlichen Stromliefervertrag nicht erweitert oder verändert. Die zur Erfüllung der Abnahmeverpflichtung nötigen Abnahmepflichten werden durch die Ö** aufgrund des Bahnstromnetznutzungsvertrags erfüllt, der in dieser Hinsicht ein werkvertragliches Element zugunsten des Bahnstromkunden beinhaltet.

b. Haftung

Entsprechend der dargestellten Vertragsverhältnisse und der daraus entspringenden Leistungspflichten müssen gemäß dem Antrag der W** auch die möglichen Leistungsstörungen, wie auch die Gefahrtragung im Falle des Untergangs einer Leistung, beurteilt werden.

Dabei muss jedoch die Tatsache Berücksichtigung finden, dass die „Lieferung“ der geschuldeten Energie als Leistungspflicht in der Einspeisung in ein Stromnetz besteht. Die vertraglich bedungenen Hauptleistungspflichten der die Bahnstromdurchleitung bildenden Schuldverhältnisse liegen neben der Netznutzung bzw. Bereitstellung der Netzleistung als Einspeise- bzw. Abnahmeverpflichtung in getrennten vertraglichen Schuldverhältnissen vor, ihre Erbringung ist jedoch nur innerhalb des aufrechten Netzbetriebs des Verteiler-/Übertragungsnetzes (Einspeisung) bzw. Bahnstromnetzes – Frequenzumformer-/Umrichterbetriebs möglich.

Umgekehrt ist eine Nichterfüllung der Einspeise- bzw. Abnahmeverpflichtung nicht denkbar solange das Verteiler-/Übertragungsnetzes (Einspeisung) bzw. das Bahnstromnetz und die Frequenzumformer/Frequenzumrichter auch nur teilweise in Betrieb gehalten werden.

i. Leistungsstörungen Einspeiseverpflichtung

Der vollständige Netzbetrieb beider Versorgungssysteme garantiert zunächst die Lieferung jener Strommengen, die der dritte Bahnstromlieferant über seine Einspeiseverpflichtung schuldet.

Durch eine vorübergehende Unterbrechung der Einspeisung kommt es jedoch im Rahmen der Netznutzung in der 50 Hz-Regelzone nicht zu einem Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung: Wie bereits dargestellt wurde, ist in Ermangelung einer Vorausberechenbarkeit oder Steuerbarkeit des Lastflusses im Netz der vom Erzeuger eingespeiste Strom im Verbundnetz nie ident mit dem vom Kunden des Erzeugers entnommenen Strom. Die von den Netzbenutzern beabsichtigten Einspeise- und Entnahmemengen basieren auf den durch den Bilanzgruppenverantwortlichen gemäß § 87 Abs 1 Z 1 ElWOG 2010 zu erstellenden Fahrplänen.

Ungeplante Nichteinspeisung von Strommengen, die durch Kraftwerksausfälle oder andere beliebige Ereignisse eintreten können, stellen Abweichungen von den erstellten Fahrplänen dar. Solche Abweichungen der Prognose stellen in Bezug auf die Regelzone die vom Regelzonenführer gemäß § 23 Abs 2 ElWOG 2010 zu erbringende Regelleistung dar, Abweichungen in Bezug auf die Bilanzgruppe werden § 87 Abs 1 Z 6 und Abs 2 Z 5 ElWOG 2010 als Ausgleichsenergie verrechnet.

Der Gesetzgeber definiert im § 7 Abs 1 Z 21 ElWOG 2010 den Begriff „Fahrplan“ als jene Unterlage, die angibt, in welchem Umfang elektrische Leistung (Energie) als prognostizierter Leistungsmittelwert in einem konstanten Zeitraster (Messperiode) an bestimmten Netzpunkten eingespeist und entnommen wird.

Bilanzgruppen stellen gemäß § 7 Abs 1 Z 4 ElWOG 2010 „die Zusammenfassung von Lieferanten und Kunden zu einer virtuellen Gruppe innerhalb der ein Ausgleich zwischen Aufbringung (Bezugsfahrpläne, Einspeisungen) und Abgabe (Lieferfahrpläne, Ausspeisungen) erfolgt“ dar.

Der Energieaustausch zwischen Bilanzgruppen der Regelzone kann daher nicht realen Netzpunkten zugeordnet werden.

Da sowohl der tatsächliche Stromverbrauch von Endkunden als auch die Erzeugung nicht exakt prognostiziert werden können und es immer zu Abweichungen zwischen Planwerten (Fahrplänen) und tatsächlicher Erzeugung bzw. Verbrauch (Messdaten) kommt, benötigen Bilanzgruppen zum Ausgleich dieser Differenz Ausgleichsenergie. Diese wird den Bilanzgruppen von den Bilanzgruppenkoordinatoren nach Vorliegen der tatsächlichen Verbrauchsdaten bzw. Erzeugungsdaten in Rechnung gestellt (E-Control, Das österreichische Strommarktmodell S 18; Dokument abrufbar auf der Website der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft).

Die Netzbetreiber übermitteln die Messwerte ihrer Kunden, die physikalisch an ihr Netz angeschlossen sind, in aggregierter Form an die Verrechnungsstelle (E-Control, Das österreichische Strommarktmodell S 20).

Diese Messwerte werden von der Verrechnungsstelle auf den einzelnen Bilanzgruppenkonten verbucht und zur Ermittlung der Ausgleichsenergie mit den Fahrplänen verglichen. Stimmt die Prognose mit dem tatsächlichen Verbrauch nicht überein ist Ausgleichsenergie angefallen. Dieser Systematik folgend erfolgt die Berechnung der Ausgleichsenergie für jede Viertelstunde und für alle Bilanzgruppen (E-Control, Das österreichische Strommarktmodell S 20).

Der Preis für die Ausgleichsenergie wird von der Verrechnungsstelle ermittelt, das Verfahren zur Preisermittlung ist im Anhang der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bilanzgruppenkoordinatoren festgelegt (E-Control, Das österreichische Strommarktmodell S 21).

Ungeplante, aber **vorübergehende** Unterbrechungen der Einspeisung wirken sich daher auf die Erfüllung der geschuldeten Leistung (Bahnstromlieferung) bei aufrehtem Netzbetrieb nicht auf die Abnahme der geschuldeten Strommengen aus, sondern werden gegebenenfalls **über die Ausgleichsenergiebewirtschaftung ausgeglichen** und zu Lasten des von seiner Prognose abweichenden Lieferanten abgerechnet.

Solange daher der Ausgleich zwischen Aufbringung und Abgabe in der 50 Hz-Regelzone im Rahmen des aufrechten Betriebs von Verteiler-/Übertragungsnetz, Bilanzgruppensystem und Regel-/Ausgleichsenergiebewirtschaftung erfolgt ist die Abnahme der geschuldeten Strommengen aus der 50 Hz-Regelzone über die Frequenzumformer/Frequenzumrichter der Ö** jedenfalls möglich, Nicht- oder Schlechterfüllungen der Einspeisungsverpflichtung des alternativen Energielieferanten können somit in diesem Rahmen nicht eintreten.

ii. Leistungsstörungen Abnahmeverpflichtung

Als eigenständiges Element des Bahnstromnetznutzungsvertrags wurde die dem Bahnstromnetzbetreiber zukommende Abnahmeverpflichtung der eingespeisten Bahnstrommengen dargestellt. Ähnlich wie die rechtliche Einordnung der Einspeiseverpflichtung können die rechtlichen Folgen einer nicht erfolgenden Abnahme nur aus der Verbindung des Bahnstromsystems mit der 50 Hz-Regelzone und den technischen Bedingungen des Bahnstromsystems beurteilt werden.

Das Bahnstromnetz ist über die Frequenzumformer/Frequenzumrichter mit dem Verteiler-/Übertragungsnetz der 50 Hz-Regelzone verbunden. Die Frequenzumformer/Frequenzumrichter sind dabei, wie sich aber bereits aus dem 1. Teilbescheid der Schienen-Control Kommission vom 10.06.2016 zum Verfahren SCK-WA-12-006 ergibt, stark auf den Osten Österreichs konzentriert.

Insgesamt sind, wie sich ebenfalls bereits aus dem 1. Teilbescheid der Schienen-Control Kommission vom 10.06.2016 zum Verfahren SCK-WA-12-006 ergibt, fünf Frequenzumformer und zwei Frequenzumrichter der Ö** im Einsatz, die die Energieversorgung des Bahnstromnetzes, sowie die Abnahme der zu liefernden Bahnstrommengen eines alternativen Energieanbieters sicherstellen.

Fällt ein Frequenzumformer/Frequenzumrichter aus, wird die Versorgung und der Bahnstrombezug über die übrigen Umrichter sichergestellt, da die Energiemengen, die ein dritter Bahnstromlieferant in die 50 Hz-Regelzone einspeist und die in das Bahnstromsystem über die Frequenzumformer/Frequenzumrichter übernommen werden, keinem bestimmten Umrichter zugewiesen sind.

Laut den Anforderungen der Ö** für den sicheren Netzbetrieb muss bei Ausfall eines einzelnen Frequenzumformers/Frequenzumrichters immer auch die Lieferung von Bahnstrom möglich sein.

Nach Stellungnahme der Ö** vom 22.09.2017 kann es bei mehrfachen Ausfällen möglich sein, dass die Lieferung mit Energie aus dem Bahnstromnetz unterstützt werden muss, was nach Ansicht der Ö** im Risikobereich des Netzbetreibers liegt und keine Auswirkungen auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen hat. Diese Ansicht deckt sich mit der Rechtsauffassung der Schienen-Control Kommission (siehe sogleich unten).

Wie bereits dargestellt wurde, geht die hM in Bezug auf Netznutzungsverträge der 50 Hz-Regelzone davon aus, dass es sich dabei um einen gemischten Vertrag oder Vertrag sui generis handelt, welcher Elemente von Kauf-, Werk-, Tausch-, Auftrags- und Geschäftsbesorgungsvertrag beinhaltet.

Davon ausgehend wurde festgestellt, dass die Abnahme der durch den alternativen Bahnstromlieferanten in die 50 Hz-Regelzone eingespeisten Strommengen technisch nur über die Frequenzumformer/Frequenzumrichter der Ö** durchgeführt werden kann und somit dem Bahnstromnetznutzungsvertrag als werkvertragliches Erfolgshaftungselement anhaftet.

Kommt es daher zu einem Ausfall der Frequenzumformer/Frequenzumrichter, welcher die Abnahme der als alternativer Bahnstrom gelieferten Strommengen unmöglich macht, trägt wie dargestellt das Eisenbahnverkehrsunternehmen als Bahnstromkunde die Preisgefahr für die alternative Stromlieferung, da der dritte Bahnstromlieferant seiner aus dem

Bahnstromliefervertrag entspringenden Hauptleistungspflicht in Form der Einspeisung in die 50 Hz-Regelzone nachgekommen ist.

Insoweit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen als Bahnstromkunden innerhalb der Oberleitung der Eisenbahninfrastruktur eine Entnahme von Bahnstrom weiterhin möglich ist, ist davon auszugehen, dass dieser Strombezug als Ersatzleistung der Ö** aus dem Bahnstromnetznutzungsvertrag geschuldet ist. Ist die Abnahme über die Frequenzumformer/Frequenzumrichter nicht mehr möglich, liegt ein Mangel der aus dem Bahnstromnetznutzungsvertrag geschuldeten Abnahmepflicht gegenüber dem Vertragspartner (Eisenbahnverkehrsunternehmen) vor.

Bei behebbaren wesentlichen Mängeln erhält § 1167 ABGB dem Besteller ebenso wie § 932 Abs 2 ABGB dem Käufer einer Sache in Gestalt eines verschuldensunabhängigen Gewährleistungsanspruches den Anspruch auf restliche Erfüllung.

Für diesen Mangel haftet die Ö** dem Vertragspartner des Bahnstromnetznutzungsvertrags daher aus dem Titel der Gewährleistung gemäß §§ 922 ff ABGB. Dabei ist die weitere Belieferung mit Bahnstrom im Rahmen des Durchleitungsmodells als Nachtrag des Fehlenden als Erfüllungsanspruch des Bahnstromnetzkunden zu werten. Verbesserung und Nachtrag des Fehlenden sind am ursprünglichen Erfüllungsort zu leisten und unentgeltlich vorzunehmen (*Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 (Stand 1.1.2016, rdb.at) mwN*).

Zum einen liegt zwar rechtlich als geschuldete Leistung eine Abnahmeverpflichtung gegenüber der 50 Hz-Regelzone in Hinblick auf den dritten Bahnstromlieferanten als Einspeiser vor. Wie aber der dritte Bahnstromlieferant bei aufrechtem Betrieb der Regelzone über die Ausgleichsenergiebewirtschaftung weiterhin „liefert“, gilt dies auch für die fahrplanmäßige Abweichung der Abnahme durch die Ö**.

Die Abnahmeverpflichtung gilt in Hinblick auf die 50 Hz-Regelzone somit jedenfalls als erfüllt. Aufgrund dessen hat die Belieferung mit elektrischer Energie an das Eisenbahnverkehrsunternehmen als alternativer Bahnstromkunde auch zu erfolgen, ohne dass es dadurch zu einer Ungleichbehandlung von Eisenbahnverkehrsunternehmen kommt, die Traktionsstrom von dritten Bahnstromlieferanten beziehen.

Ist eine weitere Versorgung mit Traktionsstrom über die Oberleitung als Nachtrag des Fehlenden aufgrund der begrenzten Kapazitäten des Bahnstromnetzes nicht mehr möglich, beurteilen sich die weiteren Haftungspflichten aus dem Bahnstromnetznutzungsvertrag als Netznutzungsvertrag nach den allgemeinen vertrags- oder schuldrechtlichen Haftungsvorschriften.

Mögliche Rechtsfolgen können durch die Eigenschaft des Bahnstromnetznutzungsvertrages als Dauerschuldverhältnis und gemischtem Vertragstyp der Tatbestand des (Teil-)Verzugs bzw der (Teil-)Unmöglichkeit sein und daher als (teilweise) Unmöglichkeit oder als Verzug gemäß der Bestimmungen der §§ 918, 920 ABGB geltend gemacht werden.

Mangelfolgeschäden, die dem Bahnstromnetznutzer potentiell entstehen, sind, sofern sie durch den Bahnstromnetzbetreiber zu vertreten sind, gegebenenfalls aufgrund positiver Vertragsverletzung nach den Vorschriften der §§ 1295 ff ABGB zu ersetzen.

Bahnstromnetznutzer, welche über dritte Bahnstromlieferanten Bahnstrom beziehen, tragen bei Verletzung der Abnahmeverpflichtung durch die Ö** zwar gegenüber dem dritten Bahnstromlieferanten die Preisgefahr.

In Hinblick auf die Vertragsbeziehung zur Ö** als Bahnstromnetzbetreiber findet diese Gefahrtragung jedoch einen gewissen Ausgleich insofern, als der Entgeltanspruch des Bahnstromnetzbetreibers als Werkunternehmer nur dann zu Recht besteht, wenn die Umstände, welche die Werkausführung unmöglich machen, der Sphäre des Bestellers zuzuordnen sind.

Eine solche Zurechnung ist aufgrund der gezeigten technischen Zusammenhänge jedoch nicht möglich. Umstände hingegen, die in den sogenannten neutralen Kreis fallen, hat ebenfalls der Werkunternehmer, und somit die Ö** als Bahnstromnetzbetreiber, zu vertreten. Darunter sind jedenfalls jene Umstände zu verstehen, die außerhalb der Ingerenz der Vertragsteile des Werkvertrages liegen (vgl etwa zuletzt OGH 16.11.2009, 9 Ob 6/09m).

Eine unzulässige Schlechterstellung eines Eisenbahnverkehrsunternehmens, welches Bahnstrom über einen dritten Bahnstromlieferanten bezieht, kann daher aufgrund des Bahnstromnetznutzungsvertrages nicht erfolgen.

Eine ex-ante Beurteilung aller möglichen Haftungsfolgen ist der Schienen-Control Kommission aber weder im Rahmen der ihr zukommenden Zuständigkeiten möglich, noch aufgrund des Verfahrensgegenstandes angezeigt. Die W** hat daher allenfalls auftretende Vertragsverletzungen vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

In Hinblick auf die eisenbahnrechtliche Zulässigkeit des Vertragsmodells zur Bahnstromdurchleitung gemäß dem 6. Teil des EisbG sind die dargelegten Ausführungen daher zureichend, um diese der Entscheidung der Schienen-Control Kommission gemäß § 38 AVG zugrunde zu legen.

iii. Störungen des Verteiler-/Übertragungsnetzbetriebs

Ausfälle des 50 Hz-Netzes müssen aufgrund der gegebenen Verhältnisse großflächig sein um Auswirkungen auf die Lieferung von Bahnstrom zu haben. Gibt es Einschränkungen, die über den erwähnten Fall geringer Einschränkungen, die durch den weiteren Einsatz der übrigen Frequenzumformer/Frequenzumrichter überbrückt werden können, hinausgehen, wird laut Stellungnahme der Ö** vom 22.09.2017 Energie aus dem Bahnstromnetz eingesetzt, ohne dass dies Auswirkungen auf ein Eisenbahnverkehrsunternehmen hätte.

Bei einem sehr großen Ausfall oder einem Blackout, also in einem Fall in dem keinerlei Energie mehr aus dem 50 Hz-Netz bezogen werden kann, ist auch kein normaler Betrieb des Bahnstromnetzes mehr möglich, es liegt ein Störfall vor. In einem solchen Fall erfolgt lediglich noch ein sicherheitsgerichteter Fortbetrieb des Bahnstromnetzes, ein normaler Betrieb ist aufgrund der dann vermutlich auftretenden Kommunikationsausfälle, Leistungs- und Energiemangel oder Signal- und Stellwerkstörungen nicht mehr möglich.

Das Bahnstromnetz wird sodann geordnet niedergefahren, die Züge in die nächstgelegenen Bahnhöfe geführt und eine Evakuierung der Fahrgäste eingeleitet.

Tritt ein solcher großflächiger Ausfall des Verteiler-/Übertragungsnetzbetriebs ein, ist weder eine Einspeisung von Bahnstrom für Zwecke der Lieferung in das Bahnstromnetz, noch eine Abnahme des Stroms durch die Frequenzumformer/Frequenzumrichter möglich.

In diesem Fall ist jedoch auch die Einspeisung in das 50 Hz-System unmöglich, somit kann der zu liefernde Strom auch nicht als übergeben gelten. Das Eisenbahnverkehrsunternehmen muss in einem solchen Fall die Preisgefahr nicht tragen.

Im Fall eines Gesamtausfalls des Verbundnetzes in der 50 Hz-Regelzone würde auch der Schienenverkehrsbetrieb kurzfristig fast völlig eingestellt werden. Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches Bahnstrom über einen alternativen Lieferanten bezieht, würde somit für jenen Zeitraum, der zwischen dem Netzausfall der 50 Hz-Regelzone und der Einstellung des Schienenverkehrsbetriebs liegt, rein theoretisch Bahnstrom von der Ö** beziehen müssen. Dieser Bezug würde faktisch über die Oberleitung erfolgen, solange noch eine ununterbrochene Versorgung möglich ist.

Wird für diesen Fall für den bezogenen Strom, wiederum rein theoretisch, von der Ö** ein Entgelt verrechnet (was nach Stellungnahme der Ö** vom 22.09.2017 nicht der Fall ist) und sollte dieses das Entgelt für die vereinbarte alternative Bahnstromlieferung übersteigen, kann einem Eisenbahnverkehrsunternehmen ein Vermögensschaden in Höhe des verrechneten Mehrbetrags entstehen.

Im Verhältnis jenes Teils der Abwicklung als Gegenstandes des Durchleitungsvertrags zwischen der Ö** und einem alternativen Bahnstromlieferanten, welcher im Rahmen des Strommarktmodells des ElWOG 2010 in der 50 Hz-Regelzone erfolgt, sind sowohl Ö**, als auch der alternative Bahnstromlieferant Netzkunden des Verteiler-/Übertragungsnetzbetreibers der 50 Hz-Regelzone.

Haftungsfragen, die die Netznutzung der Verteiler-/Übertragungsnetze in der 50 Hz-Regelzone betreffen sind daher aus dem Netznutzungsvertrag mit dem Verteiler-/Übertragungsnetzbetreiber zu klären.

Für das Eisenbahnverkehrsunternehmen bestehen mangels Verursachung keinerlei Ansprüche gegen die Ö** aus dem Bahnstromnetznutzungsvertrag, wenn ihm durch Ausfälle der Verteiler-/Übertragungsnetze in der 50 Hz-Regelzone Schäden entstehen.

Mangels vertraglicher Beziehungen zu Verteiler-/Übertragungsnetzbetreibern ist das Eisenbahnverkehrsunternehmen in solchen Fällen bei Verschulden auf die Geltendmachung des deliktischen Schadenersatzes beschränkt.

c. Abschließende Beurteilung der die Durchleitung verwirklichenden Schuldverhältnisse und Haftungsfragen

Die dem Durchleitungsvertrag zugrunde liegenden Verträge legen die wechselseitigen Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien deutlich und klar abgrenzbar fest.

Die vertraglichen Verpflichtungen der Energielieferung und der Netznutzung sind im Bahnstromdurchleitungsmodell über mehr als zwei Vertragsparteien aufgeteilt, die „Durchleitung“ erfolgt zudem im Wege der Nutzung zweier Netzsysteme.

Dabei handelt es sich um zT ähnliche (soweit bahnstromspezifisch), zT (soweit es sich um die Abwicklung in der 50 Hz-Regelzone handelt) die gleichen Vertragstypen, die im Anwendungsbereich des ElWOG 2010 zur Anwendung kommen.

Dadurch kann die Beurteilung der vertraglich bedungenen Verpflichtungen sich zwar komplex gestalten, nach Ansicht der Schienen-Control Kommission kann jedoch weder die von der W** geltend gemachte Unvollständigkeit oder Unausgewogenheit oder die Erzeugung eines unzumutbaren rechtsunsicheren Zustandes nachvollzogen werden.

Auch kann, wie gezeigt, in der vertraglichen Ausgestaltung des Durchleitungsvertrags keine gravierende Diskriminierung festgestellt werden, und zwar weder gegenüber alternativen Bahnstromlieferanten, noch gegenüber den Marktteilnehmern am Schienenverkehrsmarkt, welche Bahnstrom von dritten Lieferanten beziehen.

Durch den engen technischen Zusammenhang der vertraglichen Hauptleistungspflichten der Einspeisung und Abnahme der zu liefernden alternativen Bahnstrommengen mit dem Betrieb sowohl der Verteiler-/Übertragungsnetze der 50 Hz-Regelzone als auch mit dem Bahnstromnetzbetrieb und dem Betrieb der Frequenzumformer/Frequenzrichter hat die Beurteilung von Fragen der Nicht- oder Schlechterfüllung sowie des entsprechenden Einstehenmüssens für die Schuld den Gegebenheiten der Durchleitungskonstruktion Rechnung zu tragen.

Umgekehrt müssen da, wo eine spezifische Lösung aus den Besonderheiten der dem Durchleitungsmodell zugrundeliegenden Schuldverhältnisse nicht angebracht ist, auch auf die vorliegenden Verträge die Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts zur Anwendung kommen.

Die dargestellten Ergebnisse führen nach Ansicht der Schienen-Control Kommission jedoch aus Sicht der Gleichbehandlung zu keinen Diskriminierungen gegenüber Stromlieferungen durch die Ö**, weder gegenüber alternativen Bahnstromlieferanten, noch gegenüber Eisenbahnverkehrsunternehmen als alternativen Bahnstromkunden.

Nach Ansicht der Schienen-Control Kommission kann auch in dem Fall, in dem ein Eisenbahnverkehrsunternehmen durch einen vollständigen Ausfall des Netzbetriebs der 50 Hz-Regelzone einen potentiellen Schaden nur deliktisch gegen einen entsprechende Verteiler-/Übertragungsnetzbetreiber der 50 Hz-Regelzone durchsetzen kann, aus Sicht der Gleichbehandlung gegenüber Stromlieferungen durch die Ö** keine Diskriminierung gesehen werden: Dies letztlich aufgrund der Tatsache, dass ein entsprechender Schaden aufgrund der ehestmöglichen Einstellung des Schienenverkehrsbetriebs beschränkt wäre, die Situation auf einem äußerst theoretischen Fall („Blackout“) beruht, und dem

Eisenbahnverkehrsunternehmen durch die potentielle Kostenersparnis durch die Herstellung des Wettbewerbs am Schienenverkehrsmarkt ein entsprechender Vorteil gegenübersteht.

Abschließend hält die Schienen-Control Kommission in Hinblick auf das von der W** in ihrer Stellungnahme vom 24.11.2017 gemachte Vorbringen der möglichen Diskriminierung von externen Energielieferanten durch die Voraussetzung der vollständigen Umformung und Einspeisung von 50 Hz-Strom in das Bahnstromsystem fest, dass dadurch tatsächlich kein gültiger Einwand vorgebracht werden konnte:

Unter den Voraussetzungen der unterschiedlichen Netzfrequenzen ist ein geschlossener Netzverbund zwischen Bahnstromsystem und 50 Hz-Regelzone technisch nicht möglich.

Das gegenständliche Bahnstrommarktmodell dient der Ermöglichung der Durchleitung von Strom mit einer Netzfrequenz von 50 Hz in das 16,7 Hz Bahnstromsystems und ermöglicht somit unter der Voraussetzung der Umformung des bezogenen Stroms erstmalig einen Wettbewerb am Bahnstrommarkt zwischen der Ö** und externen Bahnstromlieferanten.

Die tariflichen Bedingungen der Durchleitung und Umformung wurden mit 1. Teilbescheid der Schienen-Control Kommission vom 10.06.2016, SCK-WA-12-006, als nicht diskriminierend betrachtet und in diesem Umfang auch von keiner der beigezogenen Verfahrensparteien angefochten.

In der Tatsache der Schaffung eines Wettbewerbs durch das vorliegende Vertragsmodell zu nichtdiskriminierenden Entgelten kann daher denkmöglich nicht gleichzeitig eine Hinderung des dadurch selbst geschaffenen Wettbewerbs erblickt werden.

Die diesbezüglichen Einwendungen der W** konnten daher nicht nachvollzogen werden.

Das Vertragsmodell, durch welches das Durchleitungsmodell verwirklicht wird, entspricht damit den Voraussetzungen des 6. Teils des EisbG.

Zu Spruchpunkt I.1. und I.2.

Mit Spruchpunkt I werden die in den im Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 enthaltenen Verträgen geregelten Bestimmungen in Form der Punkte 5.2., Anlage 1 des Bahnstromnetznutzungsvertrags sowie 8.4. des Durchleitungsvertrags für unwirksam erklärt.

Die gegenständlichen Vertragsbestimmungen verstoßen vor diesem Hintergrund, wie auch insbesondere in erhöhtem Maße vor den unter 1. dargestellten Gegebenheiten des das Durchleitungsmodell konstituierenden Vertragsgeflechts, die eine besonders hohes Maß an Transparenz und Ausgeglichenheit in der Gestaltung der einzelnen Vertragsklauseln erfordern, gegen die Zugangsbestimmungen zum Bahnstromsystem als Serviceleistung und somit gegen die Bestimmung des § 58b Abs 2 Z 2 EisbG, da sie eine wirtschaftliche und durch ein natürliches Monopol bekräftigte Vormachtstellung gegenüber den Vertragspartnern darstellen und somit erhebliches Diskriminierungspotential indizieren.

Das in diesen Bestimmungen enthaltene Kündigungsrecht ist nicht nur, wie von der W** zutreffend ausgeführt wird, intransparent, indem es die Art und Weise der möglichen Gefährdungen nicht näher bestimmt.

Die Inäquivalenz der Bestimmung liegt zudem in der Tatsache begründet, dass in Hinblick auf die Bestimmung des Punktes 5.2., Anlage 1 des Bahnstromnetznutzungsvertrags eine Gefährdung des Bahnstromsystems nur in eingeschränkten Fällen denkbar ist, da das Eisenbahnverkehrsunternehmen als Vertragspartner des Bahnstromnetznutzungsvertrags, falls überhaupt, nur in äußerst eingeschränktem Ausmaß Zugang zum Bahnstromnetz hat und dadurch kaum in der Lage wäre das Bahnstromsystem zu „gefährden“ (denkbar wäre zB eine Einfluss durch unkontrollierte Rückspeisungen, der jedoch nur mittelbar stattfindet). In der Regel erfolgt der Zugang der Eisenbahnverkehrsunternehmen zum Bahnstromsystem über die Oberleitung.

Dies gilt in erhöhtem Ausmaß für den alternativen Bahnstromlieferanten im Rahmen der Bestimmung des Punktes 8.4. des Durchleitungsvertrags als Vertragspartner des Durchleitungsvertrages, der, wie eingehend dargestellt werden konnte, keinen technischen Zugang zum Bahnstromsystem der Ö** hat.

Umgekehrt muss bei Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen die Tatsache Berücksichtigung finden, dass eine zwingende Haftung der Ö** als Bahnstromnetzbetreiber auch für leichte Fahrlässigkeit neben der zentralen Rolle, die ihr für den Betrieb des Bahnstromnetzes und die umfassende Haftung und Gewährleistung für die Verteilung sowie die Durchführung der Abnahmeverpflichtung zukommt, überschießend wäre.

Zwar ist die Ö** Bahnstromnetzbetreiber und somit Betreiber einer Serviceeinrichtung iSd § 58b EisbG. Aus dem Betrieb des Bahnstromnetzes darf sich jedoch insofern keine ungebührlich strengere Beurteilung des vertragsrechtlichen Handlungsspielraums der Ö** ergeben, als ihr damit ein zumutbarer Betrieb einer hochkomplexen Infrastruktur, wie dies der Betrieb eines Stromnetzes mit Übertragungs- und Verteilungsfunktion darstellt, unmöglich gemacht wird.

Daraus ergibt sich aber, dass es der Ö** als Bahnstromnetzbetreiber möglich sein muss, im Rahmen vertragsrechtlicher Maßstäbe zu handeln, die ihr einen vernünftigen und zumutbaren unternehmerischen Handlungsspielraum beim Betrieb des Bahnstromnetzes ermöglicht,

sofern dadurch keine Ungleichbehandlung oder Schlechterstellung der die Infrastruktur nutzenden Unternehmen zu erwarten ist. Dies konnte durch die vorstehende rechtliche Beurteilung des der Marktöffnung zugrundeliegenden Vertragsmodells jedoch ausgeschlossen werden.

Die Schienen-Control Kommission weist an dieser Stelle darauf hin, dass in durch die E-Control gemäß § 41 EIWOG 2010 genehmigten Allgemeinen Netzbedingungen des österreichischen Übertragungsnetzbetreibers Austrian Power Grid AG, ein vergleichbarer Ausschluss der leichten Fahrlässigkeit gemäß Punkt XIV.1. ANB genehmigt wurde (abrufbar unter <https://www.e-control.at/recht/allgemeine-bedingungen/allgemeine-bedingungen-strom>).

Der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist zum einen im Rahmen der Vertragsgestaltung zwischen Unternehmern grundsätzlich zulässig, zum anderen ist, wie dargestellt, auch aus der regulierungsrechtlichen Sonderstellung der Ö** als Betreiber einer Serviceeinrichtung gemäß § 58 b Abs 2 Z 2 EISbG keine benachteiligende Besserstellung der Ö** durch den Ausschluss leichter Fahrlässigkeit abzuleiten.

Auch in Hinblick auf die gemäß Bestimmung des Punktes 5.2., Anlage 1 des Bahnstromnetznutzungsvertrags mögliche Folge des Zahlungsverzugs ist die Folge einer Kündigung des Bahnstromnetznutzungsvertrags jedenfalls unzulässig, da dem Eisenbahnverkehrsunternehmen durch die Unmöglichkeit der Nutzung des Bahnstromnetzes auch die Belieferung mit Bahnstrom und somit der gesamte Schienenverkehrsbetrieb unmöglich gemacht wird. Eine solche Rechtsfolge ist aber, trotz Vorliegens eines Zahlungsverzugs, aus Sicht des Zugangs zu einer Serviceleistung gemäß § 58b Abs 2 Z 2 EISbG unzulässig.

Zur Orientierung, wie in Fällen qualifizierten Zahlungsverzuges vorzugehen ist, können zB die Bestimmungen des § 82 EIWOG 2010 dienen, die ein abgestuftes Verfahren mit mehrmaligen Mahnungen vorsehen („qualifiziertes Mahnverfahren“).

Trotzdem eine direkte Übernahme dieses Lösungsmodells für den Schienenverkehrsbetrieb nicht denkbar ist, können die Bestimmungen des EIWOG 2010 in Hinblick auf die **Verhältnismäßigkeit der mit der Netznutzung verbundenen Maßnahmen bei Zahlungsverzug** eines Netzkunden zum Vorbild gereichen kann.

Jedenfalls ist bei Vorliegen eines Zahlungsverzugs für die Nutzung einer Serviceeinrichtung darauf Bedacht zu nehmen, dass der Serviceleistungsanbieter, wenn er wie im vorliegenden Fall mit dem Infrastrukturbetreiber zusammenfällt, einen Marktteilnehmer nicht durch die vertraglichen Folgen eines einfachen Zahlungsverzugs im Serviceleistungsbereich am Zugang zur Eisenbahninfrastruktur hindern kann.

Der VwGH greift für die Interpretation von Bestimmungen in Schienennetz-Nutzungsbedingungen zudem auf die ursprünglich zum Telekom-Regulierungsrecht ergangene Rechtsprechung zurück, die einer Bestimmung die „kundenfeindlichste“ Auslegung zugrunde legt (VwGH 16.12.2015, 2013/03/0034 mwN).

Es können auch auf dem Boden des § 74 EisenbahnG 1957 Überlegungen des normativen Gehaltes des § 879 ABGB insoweit zum Tragen kommen, als diese Überlegungen im normativen Umfang der Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission nach § 74 Abs 1 EisenbahnG 1957 zur Hintanhaltung von Diskriminierungen (mit der auch gewährleistet wird, dass die Bestimmungen des 6. Teiles des EisenbahnG 1957 betreffend das vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzte Entgelt eingehalten werden) ihre Deckung finden können (VwGH 30.06.2015, 2013/03/0150).

Die entsprechenden Regelungen waren daher für unwirksam zu erklären.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid kann gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG iVm Art 131 Abs 2 B-VG sowie § 84 Abs 4 EiszG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Schienen-Control Kommission einzubringen. Die Beschwerde hat die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides und der belangten Behörde, die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren und die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht ist. Die Pauschalgebühr beträgt gemäß der BuLVwG-EGebV € 30,-.

Schienen-Control Kommission

Wien, am 27.11.2017

Der Vorsitzende:

Dr. Robert Streller

Ergeht an:

Ö**

W**