

Liberalisierung und Bahnstrom

Zur Frage der Zulässigkeit der Verteilung von Umformungskosten auf sämtliche Bahnstromnutzer*

THOMAS MÜLLER

Abstract

Mit der Liberalisierung des Bahnstrommarkts aufgrund aufsichtsrechtlicher Entscheidungen der Schienen-Control-Kommission gehen grundlegende Rechtsfragen einher. Besonders diskutiert wird, wie die Kosten für die notwendige Frequenzumwandlung zu berechnen und zu verteilen sind. IdZ wurde vorgeschlagen, nach dem Vorbild des ELWOG die anfallenden Kosten auf sämtliche Netznutzer aufzuteilen. Der vorliegende Beitrag tritt dieser Auffassung entgegen und plädiert auf Grundlage der geltenden Rechtslage für die Beibehaltung der bisher praktizierten individuellen Verrechnung des Umformungstarifs je nach Umfang der in Anspruch genommenen Umformungsleistung.

Schlagworte

Bahnstromliberalisierung, Regulierungsrecht, EisenbahnraumRL

Rechtsquellen

§ 58b EIsbG, § 69b EIsbG, § 7 Abs 1 Z 51 ELWOG 2010, § 62 ELWOG 2010; Art 5 StGG 1867; Art 7 B-VG; Art 11 ZP EMRK; Art 17 GRC; EisenbahnraumRL 2012/34/EU

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	332
II.	Kostenwälzung im EIsbG?	333
III.	Beurteilung	333
	A. Kosten- und Verteilungsmaßstab des § 69b EIsbG	333
	B. Zum Verhältnis von § 69b EIsbG und § 62 ELWOG	334
	C. Verfassungskonforme Auslegung des § 69b EIsbG?	334
IV.	Ergebnis	336

* Die folgenden Ausführungen wurden im Rahmen eines Forschungsauftrags erstellt.

I. Einleitung

Die Bahnliberalisierung schreitet voran, ist aber noch nicht abgeschlossen. Bis dato wurden auf europäischer Ebene vier Eisenbahnpakete verabschiedet,¹ die sich auf die schrittweise Marktöffnung und der Herstellung eines unionsweiten »level playing field« konzentrieren. Der jüngste »Akt«² in dieser Historie ist die Liberalisierung des Bahnstrommarkts, der auf aufsichtsrechtlichen Entscheidungen der Schienen-Control-Kommission beruht.³ Diese ungewöhnliche vollzugsbehördliche Marktöffnung lässt sich auf das Fehlen bahnstrommarktspezifischer (unions-)rechtlicher Verpflichtungen zurückführen, was wiederum durch die Sondersituation des österreichischen Bahnstrommarkts begründet ist: So geht die RL 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (im Folgenden: EisenbahnraumRL 2012/34/EU) von dem Regelfall aus, dass die Bahnstromversorgung durch das öffentliche 50 Hz-Netz erfolgt. In Österreich besteht aber aus historischen Gründen ein eigenständiges Bahnstromnetz, das eine vom öffentlichen Netz abweichende Netzspannung (16,7 Hz) aufweist.⁴ Das österreichweite Bahnstromnetz wird als natürliches Monopol durch die ÖBB-Infrastruktur AG betrieben, woraus sich seine Regulierungsbedürftigkeit ergibt. Das Netz verbindet Umformer-/Umrichterwerke, Wasserkraftwerke und Unterwerke über eine Länge von insgesamt ca 2000 km miteinander. Der Bahnstrommarkt ist aber nicht nur historisch, sondern auch rechtlich vom öffentlichen 50 Hz-Markt getrennt: Im Gegensatz zu anderen Ländern⁵ ist dieser Markt im Eisenbahn- und nicht im Energierecht geregelt. Dementsprechend findet das EIWOG 2010 auf das Bahnstromnetz, dh auf den regulierten Bereich der Bahnstromversorgung, keine Anwendung (§ 7 Abs 1 Z 51 EIWOG).⁶

Allerdings fehlen auch im EisbG – ähnlich wie in der EisenbahnraumRL – spezifische Regelungen zum Bahnstrommarkt bzw dessen Liberalisierung.

Damit ist zu dem hier zu behandelnden Thema übergeleitet: Die aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der ÖBB-Infrastruktur AG gut begründete Liberalisierung des Bahnstrommarkts im Rahmen des sog »Durchleitungsmodells« ermöglicht es seit 2016, dass EVU bzw alternative Lieferanten, die für den Marktzugang notwendigen (also »essential facilities« darstellenden) Frequenzumformer und Frequenzrichter der ÖBB-Infrastruktur AG mitbenutzen.⁷ Auf diese Weise kann der aus dem öffentlichen 50 Hz-Netz bezogene Strom in den für den Bahnbetrieb erforderlichen 16,7 Hz-Strom umgewandelt werden und somit Wettbewerb auf dem Bahnstrommarkt ermöglicht werden.⁸

Freilich ist es mit einer Marktöffnung noch nicht getan: Seither bewegen rechtliche Grundfragen, die sich auf den Kostenmaßstab und die Entgeltgrundsätze der Bahnstromnetznutzung beziehen, Literatur und Vollziehung.⁹ Dabei geht es vereinfacht dargestellt darum, wie die – zunächst der ÖBB-Infrastruktur AG entstehenden – Kosten für die Frequenzumwandlung zu berechnen und anschließend zu verteilen sind. Diese Frage hat mit den in den letzten Jahren signifikant angestiegenen vorgelagerten Großhandelspreisen deutlich an praktischer Bedeutung gewonnen.¹⁰ Der in der gegenwärtigen Marktsituation diesbezüglich gezogene Vergleich mit einer immer enger werdenden (Kosten-)Schlinge, erweist sich insofern als treffend.¹¹ Mitunter wird aber sogar ein Scheitern der Marktöffnung an der »*technisch-tariflichen Barriere*« der Frequenzumformer und -umrichter befürchtet.¹² Begründet wird dies damit, dass die im derzeitigen »Umformungstarif«¹³ integrierten vorgelager-

1 Zur Entwicklung s nur *Hirner*, Die rechtliche Etablierung von Wettbewerbsstrukturen im Schienenverkehrssektor, SPWR 2013, 121 (133 ff); *Müller/Wimmer*, Wirtschaftsrecht. International – Europäisch – National³ (2018) Rz 1382 ff.

2 *Hautzenberg*, Aktuelle Strukturprobleme der Bahnstrommarktöffnung in Österreich, ZTR 2018, 129; *Stöger*, Der Wettbewerb im österreichischen Schienenpersonenverkehr vor den Gerichten, in FS Bittner (2018) 643 (654 f).

3 Grundlegend: SCK vom 10.6.2016, SCK-WA-12-006 (»1. Teilbescheid«) sowie SCK vom 27.11.2017, SCK-WA-12-006 (»3. Teilbescheid«); dazu im Detail *Hautzenberg*, ZTR 2018, 130 ff. S auch SCK vom 19.2.2018, SCK-WA-16-017. Die SCK ging dabei davon aus, dass die Bereitstellung von Traktionsstrom gem § 58b Abs 2 Z 2 EisbG auch die Nutzung der Umformer und des Bahnstromnetzes umfasst, da dies eine Bereitstellung von Traktionsstrom erst ermöglicht. S dazu auch unten Pkt III.A.

4 S dazu SCK vom 19.2.2018, SCK-WA-16-017, 95 f.

5 S etwa Deutschland: § 3a EnWG (»Dieses Gesetz gilt auch für die Versorgung von Eisenbahnen mit leitungsgebundener Energie, insbesondere Fahrstrom, soweit im Eisenbahnrecht nichts anderes geregelt ist.«).

6 Diese Bestimmung definiert die erfassten »Netzbetreiber« als »Betreiber von Übertragungs- oder Verteilernetzen mit einer Nenn-

frequenz von 50 Hz«: Damit soll offenbar verhindert werden, dass das mit 16,7 Hz betriebene Bahnstromnetz in den Anwendungsbereich des EIWOG 2010 fällt (*Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I [2013] 221, FN 58).

7 Dieses Modell beruht darauf, dass Bahnstromnetzbetreiber (ÖBB-Infrastruktur AG), EVU und dritte Bahnstromlieferanten Verträge abschließen, die sowohl die Übermittlung der notwendigen Daten zur Vornahme der Systemdienstleistungen als auch die Bahnstromnetznutzung sowie die Abwicklung der Bahnstromlieferung aus dem 50 Hz-Netzbereich in das Bahnstromsystem koordinieren. Die Durchleitung des Stroms der Drittlieferanten erfolgt dabei gem dem Bahnstromnetznutzungsvertrag (BNNV) und dem Durchleitungsvertrag (DLV).

8 Eingehend: *Hautzenberg*, ZTR 2018, 129 ff.

9 S neben den in FN 3 angeführten Entscheidungen insb *Hautzenberg*, Kostenmaßstab und Entgeltgrundsätze der Bahnstromnetznutzung, ecolo 2018, 1034.

10 S dazu etwa *Schienen Control*, Jahresbericht 2018, III-307 BlgNR XXVI. GP, 92.

11 *Hautzenberg*, ZTR 2018, 136.

12 *Hautzenberg*, ZTR 2018, 135.

13 S dazu Schienennetz-Nutzungsbedingungen (SNNB) 2019, Anhang Kap 2.3.4. Der Tarif »Umformung« setzt sich aus den variablen Kosten der Umformung (Verluste Frequenzumformer),

ten Netzkosten ein erhebliches Marktzugangshindernis für alternative Bahnstromlieferanten darstellen. Der genannte Umformungstarif wird nämlich derzeit mangels spezialgesetzlicher Regelung gem dem für Serviceleistungen einschlägigen Kostenmaßstab des § 69b EisbG (angefallene Kosten plus angemessener Gewinn¹⁴) verrechnet: Das bedeutet, dass EVU, die Bahnstrom von Drittlieferanten beziehen, nicht nur gestiegene Preise des 50 Hz-Netzes, sondern zusätzlich auch die Kosten der Umformung im Umfang der in Anspruch genommenen Leistungen zu tragen haben. Nach mancher Ansicht wird damit der Anreiz, auf alternative Stromanbieter zurückzugreifen reduziert.¹⁵ Dies wirkt sich schließlich, soweit ein EVU großteils oder ausschließlich auf Drittanbieter zurückgreifen möchte, auch auf den nachgelagerten Wettbewerb um den Schienenpersonenverkehrsmarkt aus.

II. Kostenwälzung im EisbG?

Hautzenberg schlägt in einem Beitrag vor, dieses »Marktzugangshindernis« im Wege der Regulierungsaufsicht zu beseitigen. Konkret soll ein Ansatz gewählt werden, der der Kostenwälzung gem § 62 ElWOG 2010 entspricht. Letzterer regelt für den elektrizitätswirtschaftlichen Bereich die (Um-)Verteilung der Kosten für die Übertragungs- und Verteilernetze nach einer bestimmten Rechenformel.¹⁶ Im Ergebnis soll nach Ansicht von *Hautzenberg* zwar der Kostenmaßstab des § 69b EisbG beibehalten werden, die für die Umformung anfallenden Kosten sollten aber auf sämtliche Netznutzer verteilt werden, unabhängig davon, ob diese sich des von der ÖBB-Infrastruktur AG erzeugten Stroms oder eben jenes von Drittlieferanten bedienen.¹⁷ Zur Begründung wird im Wesentlichen – mangels spezifischer Verteilungsvorschriften im EisbG – eine verfassungskonforme Auslegung des EisbG im Lichte des Gleichheitssatzes sowie des allgemeinen regulierungsrechtlichen Grundsatzes der Nichtdiskriminierung angeboten. Ergänzend wird die Judikatur des VfGH zur (elektrizitätswirtschaftlichen) SNE-VO angeführt, die bei speziellen

technischen Gegebenheiten Pauschalisierungen oder typisierende Betrachtungen bei Netznutzungstarifen für zulässig erklärt hat.¹⁸

Im Folgenden soll dieser Vorschlag auf seine dogmatische Belastbarkeit überprüft werden. Dies erfordert zunächst die Festlegung des Kosten- und Verteilungsmaßstabs des einschlägigen § 69b EisbG (III.A.) und darauf aufbauend die Bestimmung des Verhältnisses zwischen der genannten Norm und dem von *Hautzenberg* als »Vergleichsmaßstab« vorgeschlagenen § 62 ElWOG (III.B). Sodann wird auf die Kernfrage eingegangen, ob eine verfassungskonforme Auslegung die skizzierte Kostenumverteilung zu tragen vermag (III.C.).

III. Beurteilung

A. Kosten- und Verteilungsmaßstab des § 69b EisbG

Die Anwendbarkeit des § 69b EisbG auf die Kosten der Umformung ergibt sich aus folgender Überlegung: § 58b Abs 2 EisbG regelt den Zugang zur Kategorie der in Serviceeinrichtungen erbrachten Zusatzleistungen, worunter gem seinem Z 2 ua die »Bereitstellung von Fahrstrom« fällt. Gem der zutreffenden Auffassung der SCK umfasst diese Kategorie (zumindest implizit) auch die Nutzung der Umformer bzw Umrichter des Bahnstromnetzes, zumal diese eine Bereitstellung von Fahrstrom aus dem öffentlichen Netz überhaupt erst ermöglichen.¹⁹

Damit kommt hinsichtlich der Verrechnung der Netznutzungsentgelte der regulatorische Kostenmaßstab des § 69b EisbG zur Anwendung. Aus diesem ergibt sich, dass die Kosten für die Umformung auf Grundlage des tatsächlichen Nutzungsumfangs berechnet und als Entgelt auf Grund der Inanspruchnahme von Serviceleistungen (zuzüglich eines angemessenen Gewinns) geltend gemacht werden können.²⁰ Es wird somit eine volle Kostendeckung gesetzlich angeordnet, die sich an den tatsächlich angefallenen Kosten zu orientieren hat.²¹ Der VfGH hat diesen Ansatz der Kostenermittlung – noch hinsichtlich der alten,²² aber vergleichbaren Rechtslage – bestätigt: Danach umfasst diese Vorschrift den Grundsatz des angemessenen Kostenersatzes, wonach »das Entgelt in Beziehung zu den Kosten für die Leistungserbringung steht, wobei die Qualifikation »angemessen« bedeutet, dass die diesbezügliche Berechnung auf der Grundlage des tatsächlichen Nutzungsum-

den APG-Kosten und der ÖMAG-Zuweisung sowie aus den bezugsabhängigen Durchleitungspositionen zusammen.

14 S dazu die Legaldefinition des § 69b Abs 2 EisbG: Eigenkapitalrendite, die von der durchschnittlichen Rendite in dem betreffenden Sektor nicht wesentlich abweicht.

15 *Hautzenberg*, ZTR 2018, 136.

16 S etwa *Ennser*, Netzentgelte neu nach ElWOG 2010, *ecolex* 2011, 759 (761); *Oberndorfer*, Das neue Systemnutzungsentgelte-Regime nach dem ElWOG 2010, ZTR 2011, 4 (14). S ferner SNE-V 2018, BGBl II 398/2017 idF BGBl II 354/2018 (insb § 3).

17 *Hautzenberg*, ZTR 2018, 136. Somit wird vorgeschlagen, dass die Umformkosten in die allgemeinen Bahnstromnetznutzungsentgelte des »Tarif Verteilung 16,7 Hz Bahnstrom« integriert werden.

18 Insb VfSlg 19.700/2012; 19.740/2013.

19 S dazu SCK (FN 4) 90.

20 Dies gilt freilich mit der Einschränkung, dass geltend gemachte Kosten durch die regulierte Tätigkeit verursacht sein müssen.

21 S dazu auch SCK (FN 4) 132.

22 § 70 EisbG idF BGBl I 205/2013.

fanges erfolgt.«²³ IdS bestimmt § 58b Abs 4 EisbG, dass nur Kosten für Leistungen verrechnet werden dürfen, die die zugangsberechtigten EVU für die Ausübung des Zugangsrechts auch tatsächlich benötigen.

Auch aus dem Unionsrecht ergibt sich nichts Anderes: Die Nutzung der Umformer- bzw Umrichterwerke und des Bahnstromnetzes unterfallen dem Begriff der »Bereitstellung von Fahrstrom« gem Anhang II Z 3 lit a EisenbahnraumRL 2012/34/EU.²⁴ Eine Umverteilung etwaiger Umverteilungskosten wird hier an keiner Stelle vorgesehen, wohl aber der nichtdiskriminierende Zugang zu den entsprechenden Serviceleistungen.²⁵

B. Zum Verhältnis von § 69b EisbG und § 62 ELWOG

Eine Übertragung von elektrizitätswirtschaftlichen Verteilungsregelungen in das eisenbahnrechtliche Regulierungsregime stößt schon im Ansatz auf rechtsstrukturelle Hindernisse. Die Trennung des Bahnstrommarkts vom öffentlichen 50 Hz-Stromnetz stellt eine bewusste (unionsrechtskonforme²⁶ und kompetenzrechtskonforme)²⁷ Entscheidung des Gesetzgebers dar.²⁸

Im Fall des hier interessierenden Umformungsstarifs kommt wie dargestellt der Kostenmaßstab des § 69b EisbG zur Anwendung, womit die Anwendbarkeit des

§ 62 ELWOG 2010 ausgeschlossen ist. Letztere Bestimmung eignet sich aufgrund der bewussten Trennung der beiden Regulierungsbereiche auch nicht als »Auslegungshilfe« (etwa im Rahmen einer weit gefassten systematischen Interpretation). Dies ergibt sich auch aus dem unionsrechtlichen Rechtsbestand: Die Bestimmungen des 6. Teiles des EisbG 1957 sind schließlich soweit wie möglich im Lichte des Wortlauts, des Zusammenhangs und der Ziele der EisenbahnraumRL 2012/34/EU (und nicht des elektrizitätswirtschaftlichen Unionsrechts) auszulegen und anzuwenden.²⁹

Ferner verbietet sich eine im öffentlichen Recht ohnedies nur restriktiv anzuwendende Analogie: Voraussetzung dafür ist das Bestehen einer planwidrigen Lücke, die insb anhand des offenkundigen Gesetzeszwecks³⁰ und der Entstehungsgeschichte³¹ festzustellen ist. Für das Vorliegen einer solchen Lücke gibt es in § 69b EisbG aber keinen Anhaltspunkt. Aus dem Gesetzeszweck – Zugang zu Serviceleistungen zu angemessenen Kosten – lässt sich keine Forderung nach Aufteilung der Kosten auf alle Marktteilnehmer ablesen. Die Bestimmung bezieht sich ferner nicht nur auf die Kostenermittlung, sondern beinhaltet implizit auch eine Verteilungsentcheidung: Das in Abs 1 genannte »zu entrichtende Entgelt« beruht offenkundig – wie auch im Unionsrecht – auf dem Prinzip der Verursachungsgerechtigkeit gemäß Inanspruchnahme – eine grundsätzliche Ausnahme von diesem Prinzip kennt das EisbG nicht.³² Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht gegen eine Analogie: § 69b EisbG wurde mit der Nov BGBI I 137/2015 eingeführt und ersetzt – ohne dass es zu wesentlichen inhaltlichen Abweichungen gekommen wäre – den § 70 EisbG aF. Es ist somit auszuschließen, dass durch diese Änderungen eine planwidrige Lücke entstanden ist.

C. Verfassungskonforme Auslegung des § 69b EisbG?

Der dogmatische Kern von *Hautzenbergs* Vorschlag liegt daher auch nicht in einer Analogie oder systematischen Interpretation, sondern in einer verfassungskonformen Interpretation. Der Maßstab für eine Kostenwälzung auch im EisbG wird aus dem Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) und dem – im wesentlichen gleichlaufenden – regulatorischen Grundsatz der Nichtdiskriminierung bezogen. Gewähr für diesen Ansatz soll wie erwähnt die Judikatur des VfGH zu Netznutzungstarifen im Rahmen des ELWOG bieten, die uU Pauschalisierungen erlaubt.

23 VwGH 27.11.2014, 2013/03/0092; s auch zur aktuellen Rechtslage: SCK (FN 4) 107f.

24 SCK (FN 4) 100.

25 Der nichtdiskriminierende Zugang zu den Serviceleistungen wird durch Art 13 Abs 7 leg cit gewährleistet. Damit kommen die Kostengrundsätze des Art 31 leg cit zur Anwendung, die auf jene Kosten abstellen, die »unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs« anfallen. S dazu auch DVO 2015/909. Gem deren Art 4 Abs 1 lit k sind konsequenterweise die Kosten der Ausrüstung für die Bahnstromversorgung ausgenommen, die nicht unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs angefallen sind.

26 Dies ergibt sich schon daraus, dass die für das EisbG einschlägigen unionsrechtlichen Rechtsquellen spezifisch eisenbahnrechtliche Regelungen über den Bahnstrom vorsehen und insofern nicht dem Elektrizitätswirtschaftsrecht unterwerfen (s nur den oben erwähnten Anhang II Z 3 lit a EisenbahnraumRL 2012/34/EU).

27 Das EisbG unterfällt dem Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG (»Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen«), das ELWOG 2010 hingegen Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG (»Elektrizitätswesen«). Zumindest für die Eigenversorgung der Eisenbahnunternehmen mit Elektrizität und die Überschussabgabe an Dritte in »untergeordnetem Ausmaß« ist anzunehmen, dass diese nicht unter Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG fallen (*Hauer*; Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG, in Korinek et al [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 14. Lfg [2018] Rz 48). Für die Lieferung von Bahnstrom im nicht bloß »untergeordneten Maß« ist hingegen anzunehmen, dass sich die entsprechenden Regelungen auf Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG zu stützen haben. Aus diesem Blickwinkel betrachtet könnte sich der Ausschluss des Bahnstrommarkts durch § 7 Abs 1 Z 51 ELWOG als kompetenzrechtlich bedenklich erweisen. Die hier interessierende Kostenregelung des § 69b EisbG ist von diesen Bedenken – selbst wenn man diesen teilweise dem Elektrizitätswesen zuordnet – aber nicht betroffen, zumal das Kompetenzrecht den materiellen Regelungsinhalt nicht vorzeichnet.

28 S oben Pkt I.

29 VwGH 13.9.2016, Ro 2015/03/0045.

30 VfSlg 15.590/1999.

31 VfSlg 19.282/2010.

32 MWN SCK (FN 4) 106.

Im Ergebnis vermag dieser allgemeine Hinweis auf verfassungsrechtliche oder regulierungsrechtliche Grundsätze bzw Grundrechte den Vorschlag aber nicht zu stützen. Vielmehr setzt sich dieser selbst dem Vorwurf der Gleichheitswidrigkeit aus:

Der Gleichheitssatz verlangt bekannter Weise, dass Gleiches gleich, Ungleiches aber eben auch nicht gleichbehandelt wird (Gebot der sachgerechten Differenzierung).³³ Unterschiedliche Rechtsfolgen müssen daher »ihre jeweilige sachliche Rechtfertigung in Unterschieden im Bereich des Tatsächlichen finden«³⁴. Umgekehrt ist eine Ungleichbehandlung nach der Judikatur dann geboten, wenn ein Unterschied im Tatsachenbereich derart schwer wiegt, dass er einer schematischen Gleichbehandlung entgegensteht.³⁵

Auf dem Bahnstrommarkt ergeben sich die vom Gleichheitssatz erfassten Unterschiede im Tatsächlichen durch die unternehmerische Entscheidung über den Strombezug: Entscheidet sich ein EVU – in der Hoffnung auf geringere Kosten – gegen einen Strombezug von der ÖBB-Infrastruktur AG und daher dafür, Strom von einem Drittlieferanten zu beziehen, so sind die damit einhergehenden Risiken und Kosten für die Zusatzleistung der Umformung von diesem EVU zu tragen. Auch der in den letzten Jahren zu verzeichnende Anstieg der Strompreise, der der Beweggrund für den Vorschlag der Kostenwälzung ist, ist als fluktuierende wirtschaftliche Rahmenbedingung gleichheitsrechtlich irrelevant oder maW: Die Verfassungskonformität oder verfassungskonforme Auslegung der gegenwärtigen Kostentragungsregelung kann nicht von dynamischen Marktgegebenheiten abhängig gemacht werden.

Vielmehr erscheint umgekehrt die unterschiedslose Anwendung eines Umformungstarifs auf EVU, welche tatsächlich Umformungsleistungen in Anspruch nehmen und solche, die dies nicht tun, gleichheitswidrig. Hervorzuheben ist, dass das Prinzip der Verursachungsgerechtigkeit gemäß Inanspruchnahme unmittelbar auf dem Gleichheitssatz beruht, in den entsprechenden Tarifen also gerade aus verfassungsrechtlicher Sicht nach Kostenverursachung zu differenzieren ist.³⁶ Eine Umverteilung der Kosten müsste zudem als Eigentumsbeschränkung auch vor dem Hintergrund des Eigentumsgrundrechts (Art 5 StGG 1867; Art 1 1. ZP EMRK; Art 17 GRC) gerechtfertigt werden. Eine triftige sachliche Rechtfertigung außerhalb aktuell ungünstiger Marktentwicklungen wurde aber nicht vorgebracht.

Auch aus den beiden von *Hautzenberg* zitierten Erkenntnissen des VfGH³⁷ lässt sich nichts für seinen Vorschlag gewinnen: Beide beziehen sich auf eine gänzlich andere, die Tariflastverteilung im Rahmen des ELWOG 2010 betreffende Fragestellung und ermöglichen die angedachte Abweichung vom Prinzip der Kostenverursachung gerade nicht: Der Gerichtshof hält in VfSlg 19.700/2012 vielmehr fest, dass »ein gesetzlich festgeschriebener Grundsatz der Gleichbehandlung aller Systembenutzer [...] dahingehend zu verstehen ist, dass der Netznutzungstarif entsprechend sachlich zu differenzieren und die Systemnutzer im Hinblick auf ihre jeweilige Kostenverursachung gleich zu behandeln sind.«³⁸ Zwar kann danach auch »speziellen technischen Gegebenheiten etwa durch Pauschalierungen oder typisierende Betrachtungen bei der tarifmäßigen Anknüpfung und Ausgestaltung Rechnung getragen werden.« Eine solche »spezielle technische Gegebenheit« liegt aber hinsichtlich des Umformungstarifs nicht vor: In dem zitierten Erkenntnis ging es um Netzverluste, wobei das Problem bestand, dass einzelne Verlustpositionen weder technisch noch faktisch zugeordnet werden konnten. Diese Situation ist mit der Umformung im Bahnstromnetz, deren Kosten sehr wohl zuordenbar sind, nicht zu vergleichen. Keinesfalls vertritt der VfGH daher die Ansicht, dass Kosten außerhalb technischer Ausnahmesituationen für bestimmte Leistungen undifferenziert auf alle Netznutzer aufgesplittet werden können, auch wenn diese nur von Einzelnen in Anspruch genommen wurden. Ganz im Gegenteil erachtet er eine sachliche Differenzierung unter dem Gesichtspunkt der Kostenverursachung im Normalfall gerade für geboten.

IdZ ist auch auf Folgendes zu verweisen: Erstens bezieht die ÖBB-Infrastruktur AG selbst Strom aus dem öffentlichen Netz und verrechnet allen EVU gleichermaßen den Umformungstarif, womit keine Besserstellung der ÖBB-Unternehmen oder ihrer Kunden erfolgt. Zweitens sind Einspeisungen aus dem öffentlichen Netz zur Gewährleistung eines stabilen Bahnstromnetzes unumgänglich. Dem wird dadurch Rechnung getragen, dass leistungsunabhängige Fixkosten der Frequenzumformer über den Verteilungstarif auf alle EVU aufgesplittet werden: Im Unterschied zur angedachten Aufteilung der Umformungskosten handelt es sich aber hierbei um Kosten, die nicht aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung über den Strombezug, sondern wegen ihrer technischen Erforderlichkeit aufgeteilt werden. Das Durchleitungsmodell (bestehend aus Verteilertarif und Umformertarif) erscheint daher in der derzeitigen Fassung sachlich begründet und daher verfassungskonform.

33 VfSlg 2956/1956, 3334/1958, 7059/1973, 7331/1974, 8938/1980, 9455/1982, 17.315/2004.

34 VfSlg 10.001/1984.

35 VfSlg 11.309/1987. S dazu insb *Pöschl*, § 14 Gleichheitsrecht, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte*² (2014), 519 (Rz 32 ff).

36 S etwa VfSlg 19.634/2012.

37 VfSlg 19.700/2012; 19.740/2013.

38 VfSlg 19.700/2012.

IV. Ergebnis

Eine Aufteilung der Umformungskosten auf alle EVU, unabhängig davon, wieviel Strom diese aus dem öffentlichen Netz beziehen, ist weder unions- oder verfassungsrechtlich geboten noch ist sie rechtsdogmatisch begründbar: Sie findet keine Grundlage in § 69b EisbG und würde überdies selbst gegen den Gleichheitssatz verstoßen, da damit EVU für Leistungen aufkommen müssten, die sie nicht tatsächlich in Anspruch genommen haben. Derartiges stellt einen Eingriff in den aus dem Gleichheitssatz fließenden Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit dar, für den keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich ist. Die derzeit praktizierte (individuelle) Verrechnung des Umformungstarifs je nach Umfang der in Anspruch genommenen Umformungsleistung ist somit gesetzes- und verfassungskonform. Insofern besteht auch für die Regulierungsbehörde kein Spielraum dahingehend, eine solche Umverteilung de lege lata über den Auslegungsweg zu erwirken.³⁹ Derartiges könnte nur der Gesetzgeber anordnen, der sich aber damit wiederum den skizzierten verfassungsrechtlichen Bedenken aussetzen würde.

Korrespondenz:
asso. Prof. Dr. Thomas Müller, LL.M.,
Institut für Öffentliches Recht, Staats- und
Verwaltungslehre,
Universität Innsbruck,
Innrain 52 d,
6020 Innsbruck,
Mail: t.mueller@uibk.ac.at

³⁹ S aber offensichtlich *Hautzenberg*, ZTR 2018, 137.