



Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Univ.-Prof. Dr. Dr. Michael Potacs
Schottenbastei 10-16
A- 1010 Wien

T +43 (1) 4277-354 52
eFax: +43-1-4277-835452
michael.potacs@univie.ac.at

**Begutachtung der Dissertation „Energieversorgung von Eisenbahnen:
Rechtliche Grundlagen der Versorgung von Eisenbahnen mit
leitungsgebundener Energie“ von Thomas Eduard Hofer, LL.M. (WU)
LL.B (WU) BSc (WU)**

I.

Das Unionsrecht stellt gerade das staatliche Wirtschaftsverwaltungsrecht immer wieder vor neue Herausforderungen. So werden Rechtsgebiete einer unionsrechtlichen Regelung unterzogen, die lange in den staatlichen Ordnungen eine eher untergeordnete Rolle gespielt haben. Das betrifft vor allem Dienstleistungen der „Basisinfrastruktur“, die traditionell von staatlichen Monopolbetrieben erbracht wurden. Seit Ende des vergangenen Jahrhunderts wurden diese Monopole durch EU-Rechtsakte aufgebrochen und der Liberalisierung ausgesetzt. Ein Kennzeichen dieser Märkte ist es, dass sie durch beschränkt verfügbare Netze geprägt sind, weshalb ihre Öffnung durch die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzuganges gewährleistet wird. Diese Gewährleistung erfolgt durch unterschiedliche Rechtsakte, die aber ineinandergreifen, weshalb sich bei der Umsetzung und beim Vollzug das Problem ihrer Abgrenzung auf unionsrechtlicher Ebene stellt.

Ein klassisches Beispiel dafür ist die Energieversorgung von Eisenbahnen, weil hier sowohl die Richtlinie über die Liberalisierung des Elektrizitätsbinnenmarktes als auch jene über die Liberalisierung des Eisenbahnverkehrs zum Tragen kommen, die aufeinander abzustimmen sind. Hinzu kommen zusätzlich Herausforderungen auf staatlicher Ebene, die gerade in bundesstaatlichen Ordnungen wie in Österreich besonders ausgeprägt sind. Denn während „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen“ gemäß Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache ist, fällt gemäß Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG „Elektrizitätswesen, soweit es nicht unter Art 10 fällt“, in die Grundsatzgesetzgebung des Bundes und in die

Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung der Länder. Die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben, hat durch den zuständigen innerstaatlichen Gesetzgeber zu erfolgen, was in Bezug auf die Energieversorgung von Eisenbahnen eine klare Abgrenzung der beiden Kompetenztatbestände erforderlich macht, die dann auch für die Interpretation der einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen von Bedeutung ist.

Die Bewältigung dieser vielschichtigen Problemstellungen erfordert somit eine eingehende Untersuchung auf unionsrechtlicher, verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene, die aber bisher noch nicht geleistet wurde. Die vorliegende Dissertation hat sich zum Ziel gesetzt, diese anspruchsvolle Aufgabe zu bewältigen und damit eine Lücke in der wissenschaftlichen Aufarbeitung eines nicht unwichtigen Bereiches des Wirtschaftsverwaltungsrechtes zu schließen, was auch für die Praxis von Bedeutung ist.

II.

Dazu wird zunächst einmal eine Untersuchung der innerstaatlichen Kompetenzgrundlagen für die Energieversorgung von Eisenbahnen vorgenommen und mit der Erörterung des Kompetenztatbestandes „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen“ in Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG begonnen. Die Untersuchung basiert auf der in Österreich herrschenden und wohlbegründeten „Versteinerungstheorie“, wobei der Verfasser im Anschluss in die Lehre grundsätzlich den Versteinerungszeitpunkt 1.10.1920 für maßgeblich erachtet, seine Untersuchung aber im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des VfGH auch auf den Versteinerungszeitpunkt 1.10.1925 abstellt (S 19).

Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei der Umstand, dass bisher nicht restlos geklärt erscheint, ob Elektrizitätsanlagen, die Eisenbahnzwecken zu dienen bestimmt sind, unter Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG fallen und daher bei verfassungskonformer Auslegung „Eisenbahnanlagen“ im Sinne von § 10 EisbG sind. Zur Beantwortung dieser Frage nimmt der Verfasser eine eingehende historische Untersuchung des Eisenbahnwesens in der Monarchie vor. Insbesondere werden dabei auch die Elektrifizierungsbestrebungen der Staatsverwaltung eingehend behandelt, die damals auf gewissen kompetenzrechtliche Hindernisse gestoßen sind, weil das Wasserrecht Landessache war (S 31 f). Durch genaue Untersuchung der verschiedenen zu Eisenbahnen erlassenen Rechtsakten gelingt dem Verfasser schließlich in nachvollziehbarer Weise die Entwicklung der These, dass in der Monarchie das Eisenbahnwesen von einem Verständnis geprägt war, das die Errichtung und den Betrieb von Eisenbahnen unter verschiedenen Gesichtspunkten als „organisches Ganzes“ (S 42 f) erfasste und davon auch das Begriffsbild von „Verkehrswesen bezüglich Eisenbahnen“ in Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG nach dem Versteinerungszeitpunkt 1.10.1920 geprägt war, das auch die Versorgung von Eisenbahnen mit Transaktionsenergie umfasste (S 44 f).

Das betrifft allerdings nur die Energieversorgung durch bahneigene Anlagen, weil nur insoweit von „Eisenbahnanlagen“ ausgegangen werden kann, die freilich das gesamte bahneigene Stromversorgungsnetz umfassen. Eine Ausnahme besteht nach dem Befund für den Versteinerungszeitpunkt 1920 nur in Bezug auf das Wasserrecht, weshalb die Errichtung bahneigener Wasserkraftwerke neben der eisenbahnrechtlichen zusätzlich auch einer

wasserrechtlichen Bewilligung bedürfen. Allerdings ist auch zu bedenken, dass in der Periode zwischen 1920 und 1925 noch weitere Rechtsakte auf dem Gebiet des Eisenbahnrechts erlassen wurden (Verordnung über die Wahl des Stromsystems 1922, Eisenbahnverordnung 1924), durch die der Verfasser seinen auf Basis des Versteinerungszeitpunktes 1920 ermittelten Befund jedoch bestätigt sieht (S 53).

III.

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man es vielleicht bei dieser Bestandsaufnahme belassen und die bahneigene Stromversorgung ohne weiteres Art 10 B-VG zuordnen, weil Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG das „Elektrizitätswesen“ nur soweit umfasst als es „nicht unter Art 10 B-VG fällt“. Es zeichnet allerdings das wissenschaftliche Bemühen des Verfassers aus, dass er den eben erzielten Befund auch noch durch eine versteinierungstheoretische Untersuchung von Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG zu untermauern trachtet. Auch hier nimmt er zunächst einmal eine breite historische Betrachtung der Entwicklung der österreichischen Elektrizitätswirtschaft in der Monarchie vor. Er zeigt auf, dass es bis zum Ende der Monarchie (trotz des vorhandenen Wasserreichtums) nicht gelungen ist, ein leistungsfähiges Verbundsystem aufzubauen. Vielmehr war die Energieversorgung vor allem durch lokale und regionale Anbieter geprägt, was sich bis heute noch nicht ganz geändert hat. Noch während der Monarchie, vor allem aber zu Beginn der republikanischen Ordnung, waren Bestrebungen einer einheitlichen Regelung des Energierechts zu verzeichnen, die aber letztlich nicht von Erfolg gekrönt waren.

Diese Bestrebungen haben auch die Diskussion bei Schaffung des Kompetenztatbestandes „Elektrizitätswesen“ geprägt, die vom Verfasser eingehend aufgezeigt und analysiert wird (S 72 ff). Im Zentrum der Auseinandersetzung stand dabei gerade die Frage, ob sich der materielle Anwendungsbereich des Kompetenztatbestandes auch auf die Energieanlagen der Eisenbahnen erstrecken sollte. Dabei stellte sich heraus, dass man sich über den genauen Begriffsinhalt des Tatbestandes uneinig war. Der Verfasser schließt daraus, dass der Tatbestand „Elektrizitätswesen“ im Jahre 1920 auch noch keinen festen Begriffsinhalt hatte, weshalb ein Abstellen auf den Versteinerungszeitpunkt 1925 auch aus dogmatischer Sicht gerechtfertigt sei (S 76). Dessen ungeachtet wird von ihm dennoch eine versteinierungstheoretische Analyse nach der Rechtslage 1920 vorgenommen, die ihn zum Ergebnis führt, dass die bahneigene Energieversorgung schon 1920 nicht unter „Elektrizitätswesen“ gemäß Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG fiel (S 78). In einer ausführlichen Untersuchung der weiteren Rechtsentwicklung bis 1925 (S 82 ff) sieht er diese Einschätzung auch nach dem Versteinerungszeitpunkt 1925 bestätigt. Der Verfasser gelangt somit insgesamt zu dem Ergebnis, dass zwar die Regulierung des Elektrizitätsmarktes grundsätzlich eine Angelegenheit des „Elektrizitätswesens“ gemäß Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG darstellt. Davon ausgenommen sind allerdings die Eigenanlagen der Eisenbahnunternehmen (zu denen auch die Bahnstromnetze gehören), die unter Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG fallen (S 102 f).

IV.

Davon ausgehend wendet sich der Verfasser dann den unionsrechtlichen Vorgaben zu. Von besonderer Bedeutung ist dabei das Verhältnis zwischen der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG und der Eisenbahnraum-RL 2012/34/EU. Die Eisenbahnraum-RL regelt einen diskriminierungsfreien Zugang zur Schieneninfrastruktur, die auch eine Entgeltregulierung enthält, die aber nach Meinung des Verfassers aber „bloß darauf abzielt zu überprüfen, ob die Bahnstromtarife im Einzelfalle diskriminierend sein können, nicht jedoch auch darauf, ob diese der Höhe nach gerechtfertigt, bzw ökonomisch effizient sind, wie dies im Rahmen der Elektrizitätsrechtlichen Entgeltkontrolle vorgesehen wäre“ (S 137). Die Literatur geht nach Angaben des Verfassers davon aus, dass die Entgeltverpflichtungen aus der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL nicht für das bahneigene Stromnetz gelten würden (S 117). Demgegenüber meint der Verfasser, dass die Elektrizitätsbinnenmarkt-RL auch für Bahnstromnetze gelte (S 117). Er stützt diese Auffassung im Wesentlichen auf die Wendung „unbeschadet der Anwendung der RL 2009/72/EG“ in Anhang II Z 3 lit a RL 2012/34/EU und gelangt zum Ergebnis, dass die Bestimmungen „über Systemnutzungstarife am Elektrizitätsbinnenmarkt auch am Bahnstrommarkt anzuwenden“ sind (S 122). Zur Absicherung dieses Ergebnisses wäre allerdings eine nähere Auseinandersetzung mit dem Verhältnis der Entgeltsregelungen in der Eisenbahnraum-RL (laut dem Verfasser ein „Kernbereich“ des Eisenbahnregulierungsrechts; S 141) auf der einen und den Regelungen in der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL auf der anderen Seite sehr zweckmäßig gewesen, die vom Verfasser jedoch nicht vorgenommen wird.

V.

Gestützt auf diese Rechtsauffassung untersucht der Verfasser daraufhin die einfachgesetzliche Rechtslage. Dabei wird dargelegt, dass auf Grund von § 7 Abs 1 Z 51 EIWOG dieses Gesetz auf Bahnstromnetze keine Anwendung findet. Daher müssen Bahnstromnetzbetreiber nach Maßgabe des EIWOG und seiner Ausführungsgesetze ihre Netze auch nicht für alternative Betreiber öffnen (S 125 ff). Das entspricht freilich der Kompetenzrechtslage, wie sie vom Verfasser bereits zuvor konstatiert wurde (S 133). Damit ist (im Einklang mit dem kompetenzrechtlichen Befund) die Versorgung von Eisenbahnunternehmen durch Eigenanlagen ausschließlich auf Grund des EisbG zu beurteilen. Dementsprechend ist nach Meinung des Verfassers aus innerstaatlicher Perspektive die Liberalisierung des Bahnstrommarktes als ein Problem des Eisenbahnrechts zu betrachten (S 134). Allerdings habe sich auch das Eisenbahnrecht insoweit an die Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL zu halten, die nach Auffassung des Verfassers auf Grund der Judikatur des EuGH sämtlichen Netznutzern ein Zugangsrecht gewährt und damit nicht nur den Netznutzern, sondern auch den Energielieferanten (S 161). Nach Meinung des Verfassers erlaubt nun zwar § 58b Abs 2 Z 2 EisbG („Bereitstellung von Fahrstrom“) eine unionsrechtskonforme Auslegung dahingehend, dass Eisenbahnunternehmen alternative Stromanbieter wählen dürfen und dies auch rechtlich durchsetzen können (S 183 f). Dem Stromanbieter selbst werde jedoch in richtlinienwidriger Weise kein rechtlich durchsetzbarer Anspruch im Eisenbahnrecht eingeräumt (S 184). Überraschender Weise wird vom Verfasser dennoch kein rechtspolitischer Handlungsbedarf geortet (S 185). Auch die Frage, ob ein solcher

Anspruch von den Energieversorgern unmittelbar auf Unionsrecht gestützt werden könnte, wird nicht aufgeworfen und erörtert, obwohl eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie zumindest in Bezug auf die staatliche ÖBB zumindest nicht unplausibel erscheint.

VI.

Auf Basis des vom Verfasser erzielten Ergebnisses werden dann ausgewählte Fragen des Rechtsschutzes behandelt. Dabei wäre insbesondere interessant gewesen, wie der nach Meinung des Verfassers durch die einfachgesetzlich nicht gewährte, aber unionsrechtlich gebotene Anspruch innerstaatlich (unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgebotes) durchsetzbar wäre. Eine solche Erörterung hätte freilich eine Auseinandersetzung mit der Frage vorausgesetzt, ob und inwieweit dieser Anspruch unmittelbar anwendbares Recht darstellt, was aber wie gesagt nicht erfolgt ist. Immerhin stellt der Verfasser fest, dass bei Verweigerung des Netzzuganges Bahnstromlieferanten ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren gemäß § 74 EisbG beantragen könnten, wobei fraglich bleibt, nach welcher Rechtsgrundlage überhaupt eine Wettbewerbswidrigkeit vorliegen könnte (EisbG oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht). Allerdings kommt der Verfasser auch zu dem Schluss, dass ein Stromlieferant den Netzzugang vor der Regulierungsbehörde „insbesondere deshalb nicht durchsetzen“ könne, „weil dieser aufgrund der fehlerhaft umgesetzten unionsrechtlichen Vorschriften gar keinen eigenen öffentlich-rechtlichen Netzzugangsanspruch gegenüber dem Bahnstromnetzbetreiber hat“ (S 223). Es ist auch hier jedoch fraglich, ob sich ein solcher Anspruch nicht auf unmittelbar anwendbares Unionsrecht zu stützen vermag. Auch wäre zu überlegen gewesen, ob und inwieweit ein solcher Anspruch im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung des KartG oder des UWG im Zivilrechtsweg begründbar erscheint, was in der Arbeit aber auch unterblieben ist.

VII.

Einer Gesamtbewertung der Arbeit ist zunächst einmal voranzustellen, dass sie eine Forschungsfrage behandelt, die in der Lehre und Rechtsprechung noch nicht eingehend erörtert wurde. Schon insoweit ist die Arbeit als verdienstvoll einzustufen, weil in ihr soweit ersichtlich zum ersten Mal die Problematik der Elektrizitätsversorgung von Bahnen auf den verschiedenen Stufen der Rechtsordnung eingehend untersucht wird. Hinzu kommt, dass die Arbeit einen systematischen Aufbau aufweist und in einer klaren und präzisen Sprache verfasst ist. Vor allem aber werden in der Arbeit auch einige neue wissenschaftliche Ergebnisse erarbeitet, deren Wert zum Teil über den engeren Bereich der vorliegenden Arbeit hinausgeht. Das betrifft insbesondere die äußerst sorgfältige Aufarbeitung des Sinngehaltes der Kompetenztatbestände „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen“ in Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG und „Elektrizitätswesen“ in Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG sowie die Abgrenzung der beiden Kompetenztatbestände zueinander. Vom Verfasser wird in plausibler Weise aufgezeigt, dass diese Kompetenzaufsplitterung eine ordnungsgemäße Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben zwar erschwert, aber nicht unmöglich macht. Der von ihm konstatierte Mangel eines

einfachgesetzlichen Anspruches von Stromlieferanten ist daher auch letztlich weniger der Verfassungsrechtslage als vielmehr dem einfachen Gesetzgeber anzulasten.

Bei einer Gesamtbewertung der Arbeit darf aber auch nicht außer Betracht gelassen werden, dass sie in mancher Hinsicht noch verbesserungsfähig erscheint. Das betrifft einmal zahlreiche Passagen (zB zum Versteinerungsmaterial oder zum Rechtsschutz) deren Relevanz für die Arbeit nicht ersichtlich ist und die letztlich auch den Ductus bei ihrer Lektüre eher stören als fördern. Dafür ist die Arbeit in anderer Hinsicht noch ausbaufähig. Das betrifft einmal das Verhältnis der Entgeltregelungen in der Eisenbahnraum-RL zu den Systemnutzungstarifen in der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL, die nach Meinung des Verfassers auch auf die Bahnstromtarife anwendbar sind. Außerdem wäre auch noch die unmittelbare Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Anspruchs auf Netzzuganges von Stromlieferanten eine nähere Erörterung wert gewesen, zumal diese Frage insbesondere auch für den Rechtsschutz nicht ohne Bedeutung ist. Bei diesen Kritikpunkten ist auch in Rechnung zu stellen, dass die Arbeit in der vorliegenden Form bereits das Ergebnis einer mehrfachen Überarbeitung auf Grund von Hinweisen und Einwänden des Betreuers ist. Dennoch vermögen diese Kritikpunkte die Verdienste der Arbeit nicht allzu sehr zu schmälern, weshalb bei Abwägung aller Aspekte eine Benotung mit

„sehr gut“

gerechtfertigt erscheint.

Wien, 29.10.2018



(UnivProf.DDr. Michael Potacs)