

## Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation in Österreich

Auftragsvergabe

Verjährung von Schadenersatzansprüchen

Übernahmerecht

Verzicht auf Bedingungen

Industriearbeiter und -angestellte

Einheitliche Entlohnungssysteme

Energiepreisrecht

SystemnutzungstarifV verfassungskonform?

Public Private Partnership

Risikoverteilung bei Infrastrukturprojekten

Tabakgesetznovelle

Nichtraucher weiterhin schutzlos

# Finale Determination und Sachlichkeit im Energiepreisrecht

*Das Preisrecht des ElWOG, der Gleichheitssatz und das Legalitätsprinzip befinden sich seit jeher in einem Spannungsverhältnis. Konnte man nach erfolgter Liberalisierung und dem grundlegenden Erk VfSlg 15.888/2000 davon ausgehen, dass der VfGH an die Determinierung strenge Maßstäbe anlegt, lassen drei Erk des Jahres 2004 diese Sicht als überholt erscheinen.*

THOMAS RABL / HERWIG HAUENSCHILD

## A. DIE ERK DES VfGH G 67/04, V 35/04 UND V 88/00

In VfSlg 15.888<sup>1)</sup> sah der VfGH § 25 ElWOG idF BGBl I 1998/143, die damalige gesetzliche Grundlage für die Festlegung der Systemnutzungstarife,<sup>2)</sup> wegen Verstoßes gegen Art 18 B-VG als verfassungswidrig an.<sup>3)</sup> Diese Bedenken bestehen für § 25 ElWOG idF BGBl I 2002/149 offenbar nicht mehr.<sup>4)</sup> Vielmehr ist § 25 ElWOG nach dem Erk vom 16. 10. 2004, G 67/04 ausreichend determiniert. Auch die SNT-VO 2003,<sup>5)</sup> die auf dieser Bestimmung beruht, ist nach dem jüngst ergangenen Erk vom 14. 12. 2004, V 35/04 gesetz- und verfassungskonform. Gerade § 25 Abs 2 ElWOG, der der Preisbehörde ein weitgehendes Ermessen bei der Festsetzung der „Produktivitätsabschläge“ gibt, sei nicht problematisch. Bereits mit Erk vom 30. 6. 2004, V 88/00 ua, nahm der VfGH allerdings zu der Frage Stellung, inwiefern Netze, die galvanisch miteinander verbunden sind, einen einheitlichen Netzbereich bilden können. Auch wenn § 25 Abs 7 ElWOG eine Zusammenfassung galvanisch verbundener Netze in

der Netzebene 3 vorsehe, so sei auf die Situation jedes betroffenen Unternehmens Rücksicht zu nehmen

Dr. *Thomas Rabl* ist Rechtsanwalt und Dr. *Herwig Hauenschild* ist Rechtsanwaltsanwarter der KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH. Beide sind schwerpunktmäßig im Energiewirtschaftsrecht tätig. Kontakt: thomas.rabl@kwr.at.

- 1) Dazu etwa *Raschauer*, Die Systemnutzungstarife im Elektrizitätsrecht, wbl 2002, 241; *ders.*, Staatliche Preisbestimmung im Energierecht, in *Hauer* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Energierechts 2002 (2003) 125; *Pichler*, Tarifgestaltung im Elektrizitätsbereich, in *Mayer* (Hrsg), Hauptfragen des Elektrizitätswirtschaftsrechts (2003) 79 ff, jeweils mwN.
- 2) Zum System der Marktliberalisierung und dem neuen Preisrecht zB *Raschauer*, Die Liberalisierung – rechtliche Gesamtbilanz, in *Pauger*, Ein Jahr ElWOG (2001) 3, insb 24 ff; *ders.*, wbl 2002, 241; *Schanda*, Energierecht<sup>3</sup> (2003) 63 ff; *Pauger/Pichler*, Das österreichische Elektrizitätsrecht<sup>2</sup> (2002) 117, jeweils mwN.
- 3) Ausf dazu *Schanda*, Energierecht<sup>3</sup> (2003) 68 ff; *Raschauer*, wbl 2002, 241; *ders.*, Staatliche Preisbestimmung 125 ff, jeweils mwN.
- 4) Zweifelnd *Schmelz/Trennle*, Willkommen im freien Markt? ecolex 2000, 552.
- 5) Verordnung der Energie-Control Kommission, mit der die Tarife für die Systemnutzung bestimmt werden (Systemnutzungstarife-Verordnung 2003, SNT-VO 2003), Zl. K SNT 100/03.

und eine Zusammenfassung zu einem einheitlichen Netzbereich aus Sachlichkeitsabwägungen (Art 7 B-VG) nur bei Bestehen eines relevanten Leistungsaustausches zwischen den Netzen rechtfertigbar. Eigenständig organisierte und im Eigentum verschiedener Personen stehende Übertragungsnetze dürften zu Zwecken der Tarifierung nicht ohne weiteres zusammengefasst werden.

## B. ENTSPRICHT § 25 ELWOG TATSÄCHLICH DEN ANFORDERUNGEN DES ART 18 B-VG?

### 1. DIE BEGRÜNDUNG DES VfGH

Den in G 67/04 und V 35/04 insb gegen § 25 Abs ElWOG geäußerten Bedenken entgegnete der VfGH, dass der „Grundsatz der Vorherbestimmung verwaltungsbehördlichen Handelns nicht überspannt werden darf“, wenn ein rascher Zugriff und die Berücksichtigung vielfältiger örtlicher und zeitlicher Verschiedenheiten für eine sinnvolle und wirksame Regelung wesensnotwendig sind.<sup>6)</sup> Dies gelte insb für wirtschaftliche Tatbestände.<sup>7)</sup> Der Gesetzgeber dürfe die Feststellung sich ändernder volks- und betriebswirtschaftlicher Umstände und sonstiger Faktoren, von denen nach dem Gesetz der Inhalt der SNT-VO abhängt, dem Verordnungsgeber überlassen.<sup>8)</sup> § 25 Abs 2 ElWOG enthalte drei – abgestufte – Methoden der Kostenbestimmung, deren Anwendung jedoch nicht im freien Ermessen der Behörde liege: Die Behörde habe als ersten Schritt ausgehend von den konkreten Kosten des Unternehmens die Systemnutzungstarife zu bestimmen. Darüber hinaus könnten die Netzbetreiber jedoch auch dazu angehalten werden, rationeller zu arbeiten, indem nicht die konkreten Kosten, sondern eine Durchschnittsbetrachtung der Kostenstruktur von Netzbetreibern der Bestimmung der Systemnutzungstarife zugrunde gelegt werden. Daneben bestehe noch eine dritte Kostenkomponente, nämlich die der Produktivitätsabschläge, die Einsparungspotenziale der Unternehmen berücksichtige und damit auf die zukünftige Entwicklung der Netzbetreiber abstelle. Vorgelagert habe die Preisbehörde gem § 55 ElWOG ein Ermittlungsverfahren durchzuführen. Die noch nach VfSlg 15.888 bestehenden Bedenken wären durch die Neufassung des § 25 ElWOG ausgeräumt.<sup>9)</sup> Der VfGH geht auf die Bedenken, dass § 25 ElWOG nach wie vor nicht zu entnehmen ist, wer die Kosten zu tragen hat bzw welche Kosten unter den einzelnen Komponenten der Systemnutzungstarife zu verstehen sind, nicht weiter ein, sondern sieht die ausreichende Determination durch eine „Kombination“ aus finaler Programmierung und ausreichender Determinierung unbestimmter Gesetzesbegriffe gegeben: Einerseits wären die Grundzüge ausreichend determiniert und andererseits habe die Energie-Control GmbH ein Ermittlungsverfahren vor jeder Preisbestimmung durchzuführen.

### 2. § 25 ELWOG UND DAS „HERKÖMMLICHE PREISRECHT“

Der Grundgedanke hinter Art 18 B-VG ist die Rückführbarkeit staatlichen Handelns auf die zugrunde liegenden Gesetze.<sup>10)</sup> Die Verordnung darf lediglich das Gesetz näher ausführen und muss auf die Einhaltung des gesetzgeberischen Willens überprüft werden können. Ist das Gesetz – wie nach der Rechtslage, die dem Erk VfSlg 15.888 zugrunde lag – so unbestimmt, dass die Einhaltung des gesetzgeberischen Willens in der Verordnung schlicht nicht nachprüfbar ist, so liegt eine unzulässige formalgesetzliche Delegation vor.<sup>11)</sup> Der „Idealfall“ ist die Determinierung mittels „Wenn-dann“-Bestimmungen, die die Einhaltung des gesetzgeberischen Willens durch die staatliche Verwaltung leicht nachvollziehbar machen. Eine Aufweichung dieses „Normalfalles“ liegt in den unbestimmten Rechtsbegriffen und dem Ermessen der Behörde und resultiert aus der Einsicht, dass komplexe Lebenssachverhalte nicht immer mit „Wenn-dann“-Bestimmungen zu lösen sind.<sup>12)</sup> In einer weiteren Stufe der Abschwächung konkreter Vorgaben wird der unbestimmte Gesetzesbegriff durch eine bloße Zielvorgabe ersetzt. Begründet wird dies bei schwererer Fassbarkeit des Lebenssachverhaltes.<sup>13)</sup> Als Ausgleich dafür wird nach der Rsp des VfGH aber ein Verfahren gefordert, das zur Ermittlung der Ziele sowie zur Erörterung der verschiedenen Möglichkeiten und zu deren Erreichung führt.<sup>14)</sup> Insgesamt bedarf die „finale Programmierung“ gegenüber dem strengen Legalitätsprinzip jedenfalls einer sachlichen Begründung und ist nicht ohne weiteres zulässig.<sup>15)</sup>

Im herkömmlichen Preisrecht wird diese sachliche Begründung regelmäßig in der nicht ausreichenden Determinierbarkeit des „volkswirtschaftlich gerechtfertigten“ Preises gesehen.<sup>16)</sup> Dabei handelt es sich unbestrittenermaßen um einen unbestimmten Begriff, der erst ermittelt werden muss. Gänzlich anderes müsste aber für die Systemnutzungstarife nach

6) Unter Hinweis auf VfSlg 1983/1950, 2660/1954, 2768/1954, 3295/1957, 3860/1960, 4988/1965 und 10.275/1984.

7) Unter Hinweis auf VfSlg 3027/1956, 5923/1969, 7338/1974, 8203/1977 und 8813/1980.

8) Unter Hinweis auf VfSlg 8212/1977, 9261/1981 und 10.275/1984.

9) So auch Pichler, Tarifgestaltung 83 ff; aA Raschauer, Staatliche Preisbestimmung 126; Schmelz/Tremmel, eolex 2000, 552, jeweils mwN.

10) Vgl bloß Rill, Art 18 B-VG, in Rill/Schäffer (Hrsg), BVR-Komm Rz 56 ff.

11) Vgl dazu bloß Rill, Art 18 B-VG, in Rill/Schäffer (Hrsg), BVR-Komm Rz 53 mwN; VfSlg 14.265; 15.888.

12) Vgl Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> (2000) Rz 579; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 618 ff, jeweils mwN.

13) Gedacht ist dabei beispielsweise an die zahlreichen, widerstrebenden Interessen im Raumordnungsrecht; vgl VfSlg 2584; 6895. Dazu zB Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 597.

14) VfSlg 13.785; 14.041; 14.256. Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> (2000) Rz 571; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 597; vgl auch die Erl zur SNT-VO 2003, die § 25 Abs 2 ElWOG offenbar nach wie vor dieses Kriterium entnehmen.

15) So zB Rill, Art 18 B-VG, in Rill/Schäffer (Hrsg), BVR-Komm Rz 55 f mwN.

16) Siehe schon Binder/Oberndorfer, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979) 31; Raschauer, Staatliche Preisbestimmung 119; Rill, Art 18 B-VG, in Rill/Schäffer (Hrsg), BVR-Komm Rz 67, jeweils mwN.

§ 25 EIWOG gelten: Der „entbündelte“ Netzbetreiber muss durch diese die Kosten ersetzt bekommen, die ihm durch die Erbringung der Netzdienstleistungen entstehen.<sup>17)</sup> Somit ist jedoch gem § 25 EIWOG ein Tarif festzusetzen, der nicht einem schwer zu definierenden volkswirtschaftlichen Ziel genügen muss, sondern ausschließlich das Ziel hat, die ohne weitere Schwierigkeiten feststellbaren Kosten der Netzbetreiber zu ersetzen. Praktische Schwierigkeiten in der Festlegung der Kosten, die die Aufweichung des Legalitätsprinzips rechtfertigen würden, liegen somit nicht vor – der Rekurs auf eine „finale Programmierung“ ist daher im Grundsatz entbehrlich. Der einzige Bereich, in dem aktuell tatsächlich eine finale Determinierung Platz greifen könnte, ist die Festlegung von Produktivitätsabschlägen iSd § 25 Abs 2 EIWOG. Der VfGH differenziert allerdings nicht.

### 3. DIE EINZELNEN KOMPONENTEN DER PREISE SIND ZWEIFELHAFT DETERMINIERT

Wie sieht es nun aber wirklich mit der grundsätzlichen Rückführbarkeit der geltenden SNT-VO 2003 auf § 25 EIWOG aus? Welche Kosten bei den einzelnen Tarifen berücksichtigt werden dürfen, ist weitgehend nicht geregelt. Was zB unter einem Netzbereitstellungsentgelt zu verstehen ist, ist im Gesetz nicht enthalten. Die Verpflichtung des einzelnen Netzbetreibers, Netzausbauten vorzufinanzieren, ist dem Gesetz ebenso nicht zu entnehmen.<sup>18)</sup> Zwar ist – dies ist unstrittig – die Regelung des § 25 EIWOG in der geltenden Fassung ausführlicher als jene, die VfSlg 15.888 zugrunde gelegen ist. Dass jedoch (die Richtigkeit der Grundthesen des VfGH vorausgesetzt) die Determinierung ausreichend ist, kann nicht ohne weiteres gesagt werden. Auch der VfGH gibt dafür keine Begründung, warum er den § 25 EIWOG nunmehr für ausreichend bestimmt hält. Welche Kosten welchen Tarifkomponenten zuzuordnen sind, welche Kostenstrukturen insgesamt ersatzfähig sind und ähnliche Fragen sind vom Gesetzgeber nach wie vor nicht gelöst. Der VfGH begnügt sich damit, das dreistufige Kostenermittlungsmodell darzustellen, das § 25 EIWOG zu entnehmen sei. Als Begründung meint er lediglich, dass in „verfassungsrechtlich nicht zu beanstandener Weise“ dem Verordnungsgeber überlassen worden sei, die Kostenkomponenten zu den einzelnen in § 25 Abs 1 EIWOG genannten Bestandteilen des für die Netznutzung zu entrichtenden Entgelts zuzuordnen. Damit gesteht im Ergebnis der VfGH dem Gesetzgeber einen Freiraum zu, der sowohl im Hinblick auf die mangelnde Sachadäquanz als auch deshalb problematisch ist, weil mit der Festsetzung der Systemnutzungstarife in der durch § 25 EIWOG vorgezeichneten Weise regelmäßig ein Eingriff in das Eigentum der Netzbetreiber verbunden ist.<sup>19)</sup>

### 4. GRUNDRECHTSEINGRIFFE – WIDERSPRÜCHE ZWISCHEN DETERMINIERUNG UND SACHLICHKEIT

Die Systemnutzungstarife bezwecken die vollständige Abdeckung der Kosten der Netzbetreiber. Daher

stellt die Festsetzung eines Systemnutzungstarifs, der die Kosten der Netzbetreiber nicht vollständig abdeckt, einen Eingriff in das Eigentum und in die Erwerbsfreiheit der Netzbetreiber dar.<sup>20)</sup> Auch ist die Verpflichtung, zu einem nicht kostendeckenden Preis Netzzugang zu gewähren, uU ein Verstoß gegen das Verbot von Zwangs- und Pflichtarbeit in Art 4 EMRK.<sup>21)</sup>

Werden nunmehr Preisabschläge in § 25 Abs 2 EIWOG vorgesehen, so ist für dessen Umsetzung zur Prüfung der Zulässigkeit dieses Eingriffs eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, die an den gesetzlichen Kriterien zu messen ist.<sup>22)</sup> Gerade eine solche wird in den genannten Erk aber nicht vorgenommen: Die Prüfung der konkreten Kosten und die Bezugnahme auf die konkreten Umstände der Netzbetreiber fehlen, vielmehr werden Pauschalbetrachtungen angestellt: Der VfGH ist nämlich der Auffassung, dass die Berücksichtigung bloß marktüblicher und angemessener Aufwendungen – trotz des evident anderen Wortlauts des § 25 Abs 1 EIWOG – zulässig sei und die rationelle Führung von Unternehmen geboten erscheint. Zudem würden Produktivitätsabschläge auf die Zukunft abstellen und sollten erreichen, dass Fortschritte der Rationalisierung an die Kunden weitergegeben werden.

Nun kann man zu dieser Begründung des Höchstgerichts, die den Wortlaut nicht berücksichtigt, stehen, wie man will; erstaunlich ist aber vor allem, dass der VfGH erst kürzlich anderes – freilich nicht unter dem Gesichtspunkt des Art 18 B-VG, sondern aus Sachlichkeitserwägungen – vertreten hat: Im Erk vom 30. 6. 2004, V 88/00 ua, nahm der VfGH zu der Frage Stellung, inwiefern Netze, die galvanisch miteinander verbunden sind, einen einheitlichen Netzbereich bilden können. Auch wenn § 25 Abs 7 EIWOG eine Zusammenfassung galvanisch verbundener Netze in der Netzebene 3 vorsehe, so sei auf die Situation jedes betroffenen Unternehmens Rücksicht zu nehmen und eine Zusammenfassung zu einem einheitlichen Netzbereich aus Sachlichkeitserwägungen (Art 7 B-VG) nur bei Bestehen eines relevanten Leistungsaustausches zwischen den Netzen rechtfertigbar. Eigenständig organisierte und im Eigentum verschiedener Personen stehende Übertragungsnetze dürften zu Zwecken der Tarifierung nicht ohne weiteres zusammengefasst werden. Gerade hier nahm der VfGH von einer „pauschalierenden“ Betrachtung von Netzkosten Abstand, sondern prüfte die sachliche Rechtfertigung der Zusammenfassung der konkreten Netze. Sachlich gerechtfertigt sei die „Nichtzusammenfassung“ der Netze ua sogar deshalb, weil ein Netzbetreiber für seine

17) Vgl *Raschauer*, Staatliche Preisbestimmung 119 ff; *Pauger/Pichler*, Das österreichische Elektrizitätsrecht<sup>2</sup> (2002) 124.

18) Genau dies sieht aber § 3 der SNT-VO 2003 vor.

19) VfSlg 10.737; 11.044; 11.455; 13.336.

20) *Raschauer*, Staatliche Preisbestimmung 123; anschließend an *Oberndorfer/Binder*, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979) 38.

21) *Raschauer*, Staatliche Preisbestimmung 123; anschließend an *Oberndorfer/Binder*, Strompreisbestimmung aus rechtlicher Sicht (1979) 38.

22) Vgl bloß *Berka*, Die Grundrechte (1999) 399 ff; *Mayer*, B-VG<sup>3</sup> (2002) Art 5 StGG; *Ohlinger*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> (2003) Rz 867 ff, jeweils mwN.

Kunden nachteilig agiere, wenn seine Kosten nicht vollständig mit der Tariffestlegung korrelieren und daher Ausgleichszahlungen iSd § 25 Abs 7 ElWOG nötig würden. Mit anderen Worten fordert der VfGH im Rahmen der Netzbereichsfestlegung, die gerade eine Aufsplitterung in verschiedene Preisbereiche und eine unübersichtliche Tariflandschaft vermeiden soll,<sup>23)</sup> eine besonders strenge Prüfung der Sachlichkeit von zusammenfassenden Betrachtungen und ortet sogleich Verfassungswidrigkeiten, während er für Fragen der Tariffestlegung derartige Grundsätze einer solitären Betrachtung nicht (mehr) fordert.

Damit lässt der VfGH zu, dass eine Preisfestsetzung aufgrund eines Verfahrens erfolgt, die für eine gesamte Branche eine gleichmäßige Effizienzsteigerung vorsieht, ohne die Möglichkeit einer solchen Steigerung im Einzelfall zu prüfen. Angesichts der geringen Anzahl der Unternehmen ist eine solche pauschalierende Betrachtung keineswegs so unbedenklich, wie der VfGH annimmt.<sup>24)</sup> Bedenklich ist die Argumentation nämlich insb deshalb, weil nicht dargetan wird, wie der Produktivitätsabschlag ermittelt wird. Erst dann wäre zu erkennen gewesen, inwieweit Sachlichkeitserwägungen auch im Rahmen der gebotenen Determinierung zu berücksichtigen sind. Insb die mangelnde Beachtung des Umstandes, wie weit ein Unternehmen in seinen Bemühungen vorangeschritten ist, effizienter zu werden, wird nicht ins Kalkül gezogen. Die Durchschnittsbetrachtung der Kosten und die Produktivitätsabschläge berücksichtigen nicht, ob das konkrete Unternehmen diese Produktivitätsabschläge erreichen kann oder ob es in seinen Rationalisierungsbestrebungen schon so weit fortgeschritten ist, dass eine weitere Effizienzsteigerung nicht mehr erreicht wird. Der VfGH geht im Erk V 35/04 darauf nicht ein. Ein Produktivitätsab-

schlag von 3,5% für die gesamte Branche sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Eine genauere Auseinandersetzung mit diesen – für das Elektrizitätspreisrecht grundlegenden – Fragen erfolgt nicht. Die bestehenden Wertungswidersprüche werden nicht aufgelöst.

Nur der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Beweglichkeit in der Tarifierung allerdings nur für die verständlicherweise populäre „Senkung“ der Tarife vertreten wird – eine vorausschauende Erhöhung der Tarife, etwa wegen bevorstehender Investitionsvorhaben in die Netzsicherheit oä, wird vom VfGH nicht erwogen, erscheint aber im Hinblick auf die vom Höchstgericht in V 88/00 ua geforderte „sachliche“ (verfassungskonforme) Auslegung des § 25 ElWOG nicht von vornherein unvertretbar. Rechtssicherheit folgt aus der jüngsten Rsp freilich kaum.

23) So wurde im Verfahren G 67/04 von der Energie-Control Kommission gerade auch die gestiegene Transparenz der Netztarife ins Treffen geführt, die durch eine zu große Zersplitterung der Netze gefährdet wäre.

24) S schon *Pauger/Pichler*, Das österreichische Elektrizitätsrecht<sup>2</sup> (2002) 124 mwN.

SCHLUSSSTRICH

*Die jüngste Rsp des VfGH zum Elektrizitätspreisrecht enthält unaufgelöste Wertungswidersprüche im Spannungsfeld zwischen Sachlichkeitsgebot und Legalitätsprinzip. Wird zum einen an die Sachlichkeit der Regelungen ein hoher Maßstab angelegt, der Durchschnittsbetrachtungen des Gesetz-/Verordnungsgebers erschwert, so wird zum anderen das Legalitätsprinzip gelockert.*