
KURZGUTACHTERLICHE ERSTEINSCHÄTZUNG

**zur Frage möglicher Anpassungen des § 80 EIWOG
2010 im Hinblick auf die Bekanntgabe von Umständen
für Preiserhöhungen**

erstattet

im Auftrag der Arbeiterkammer Wien

von

Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl

und

RA Ass.-Prof. MMag. Dr. Arnold Autengruber

Innsbruck/Rum, 24.05.2023

A. Sachverhalt und Fragestellung

Die jüngsten Entwicklungen auf den Energiemärkten haben dazu geführt, dass Energiepreise großen Schwankungen und Konsumenten großen Teuerungen unterworfen waren und immer noch sind. Um die negativen Folgen abzumildern, wurden sowohl auf europäischer Ebene – in Form der Verordnung (EU) 2022/1854 über Notfallmaßnahmen¹ – als auch auf nationaler Ebene² – in Gestalt des Bundesgesetzes über die befristete Einführung eines Stromkostenzuschusses für Haushaltskundinnen und Haushaltskunden (Stromkostenzuschussgesetz – „SKZG“)³ – legislative Maßnahmen ergriffen. Parallel dazu rückte (auch infolge einer gerichtlichen Entscheidung⁴) insbesondere § 80 Abs 2a EIWOG 2010⁵ in den Fokus näherer Betrachtungen.⁶ Danach müssen Änderungen der vertraglich vereinbarten Entgelte von Verbrauchern im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 2 KSchG und Kleinunternehmern mit unbefristeten Verträgen „in einem angemessenen Verhältnis zum für die Änderung maßgebenden Umstand“ stehen. Bei Änderung oder Wegfall des Umstands für eine Entgelterhöhung hat eine entsprechende Entgeltsenkung zu erfolgen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine im Zivilrecht zu verortende Regelung mit verbraucherrechtlichem Hintergrund, die ua im Kontext des KSchG⁷ zu sehen ist.⁸

Vor dem Hintergrund der aus vielen Gründen kritischen Preisentwicklungen ist seitens der Arbeiterkammer Wien die Überlegung entstanden, im Zuge einer anstehenden Novellierung des EIWOG 2010 eine Änderung des bestehenden Rechtsrahmens dahingehend anzuregen, dass die **maßgeblichen Umstände für Strompreisanpassungen** von den Lieferanten **der Regulierungsbehörde im Vorhinein bekanntgegeben** werden müssen. Dabei ist wichtig festzuhalten, dass dadurch **keine wie auch immer geartete Preisregulierung**, sondern lediglich eine Pflicht zur Darlegung der maßgeblichen Umstände für eine Preiserhöhung der Regulierungsbehörde gegenüber angestrebt wird. Auf diesem Weg mag zwar ein gewisser „Rechtfertigungsdruck“ der Lieferanten für Preiserhöhungen, jedenfalls aber keine Regulierung des freien Strompreises entstehen.

¹ ABI 2022 LI 261/1.

² Ausweislich der Materialien ist die kompetenzrechtliche Grundlage für das SKZG Art 17 B-VG (IA 2827/A BlgNR 27. GP, 5).

³ StF: BGBl I 2022/156.

⁴ Vgl das Urteil des HG Wien vom 07.02.2023 zu 58 Cg 17/22s (nicht rechtskräftig).

⁵ Bundesgesetz, mit dem die Organisation auf dem Gebiet der Elektrizitätswirtschaft neu geregelt wird (Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 – EIWOG 2010); BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2023/5.

⁶ Vgl nur *Kemetmüller*, Energierecht: Rechtssicherheit in Krisenzeiten? VbR 2022, 156 und *Hauenschild*, Preisanpassungen bei Stromlieferungen – erste Überlegungen zum neuen § 80 EIWOG, *ecolex* 2022, 189.

⁷ Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), StF: BGBl 1979/140.

⁸ Siehe nur § 80 Abs 5 EIWOG 2010.

Durch eine solche (bloÙe) *ex ante*-Informationspflicht der Behörde soll das in § 80 Abs 2a EIWOG gesetzlich geforderte „angemessene Verhältnis zum für die Änderung maßgebenden Umstand“ in deutlich höherem Maße von vornherein sichergestellt werden, als dies derzeit der Fall ist. Eine entsprechende Pflicht zur Bekanntgabe an die Regulierungsbehörde soll sich insofern vor allem auf den „Standardkonsumenten“ beziehen, als sie einseitige Preiserhöhungen bei unbefristeten Verträgen betreffen soll.

Das folgende Kurzgutachten bewertet die rechtliche Zulässigkeit des von der Arbeiterkammer angedachten Systems im Rahmen einer ersten rechtlichen Expertise.

B. Rechtliche Anknüpfungspunkte

I. Ansatz im Elektrizitätswirtschaftsrecht

Zunächst ist der von der Arbeiterkammer vorgeschlagene Ansatz einer *ex-ante*-Meldepflicht dem Elektrizitätsrecht vom Grundgedanken her nicht fremd. So sieht § 80 Abs 1 EIWOG 2010 vor, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie ihre Änderungen vor ihrem In-Kraft-Treten der Regulierungsbehörde in elektronischer Form **anzuzeigen** sind.⁹ Der Begriff der „**Allgemeinen Geschäftsbedingungen**“ wird dabei nicht näher definiert, wiewohl § 80 Abs 3 EIWOG 2010 Mindestinhalte für Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgibt. Diese umfassen zwar auch den Energiepreis selbst in Cent pro kWh, inklusive etwaiger Zuschläge und Abgaben.¹⁰ Dem Wortlaut ist aber nicht zu entnehmen, dass darüber hinaus die maßgeblichen Umstände der konkreten Preisbildung (und damit auch -anpassung) iSe Offenlegung der Kalkulation von diesem Regelungspunkt erfasst werden und damit der Regulierungsbehörde anzuzeigen wären. Diesen Befund legt auch eine teleologische Interpretation nahe. Die Regelung¹¹ dient letztlich neben dem Konsumentenschutz auch der Etablierung freien Wettbewerbs.

⁹ Vgl dazu auch die inhaltsgleichen Bestimmungen in den Ausführungsgesetzen: § 39 Abs 1 Burgenländisches Elektrizitätswesengesetz 2006 (StF: LGBl 2006/59), § 57 Abs 1 Kärntner Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2011 (StF: LGBl 2012/10), § 45 Abs 1 NÖ Elektrizitätswesengesetz 2005 (StF: LGBl 7800-0), § 51b Abs 1 Oö. EIWOG 2006 (StF: LGBl 2006/1), § 36a Abs 1 Salzburger Landeselektrizitätsgesetz 1999 (StF: LGBl 1999/ 75), § 36a Abs 1 Steiermärkisches Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2005 (StF: LGBl 2005/70), § 66a Abs 1 Tiroler Elektrizitätsgesetz 2012 (StF: LGBl 2011/134), § 45a Abs 1 iVm § 57a Abs 1 Vorarlberger Gesetz über die Erzeugung, Übertragung und Verteilung von elektrischer Energie (StF: LGBl 2003/59), § 44a Abs 1 Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 2005 (StF: LGBl 2005/46). Auf die landesgesetzlichen Parallelbestimmungen wird in der Folge nicht näher eingegangen, zumal sich diese mit den grundsatzgesetzlichen Regelungen weitestgehend decken.

¹⁰ § 80 Abs 3 Z 3 EIWOG 2010.

¹¹ Diese ist ua in Umsetzung der Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie 2003/54/EG erlassen worden.

So halten die EB zur Novelle BGBl I 2006/106 hinsichtlich des damaligen § 45b EIWOG ua Folgendes fest:¹²

„Artikel 3 der Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie 2003/54/EG legt in Konkretisierung des Grundsatzes der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Allgemeininteresse“ den Mitgliedsstaaten auch eine Reihe von Verpflichtungen auf, die dem Schutz der Konsumenten, vorwiegend im Haushalts- und Kleinverbrauch dienen. Dies betrifft insbesondere [...] Anforderungen an allgemeine Geschäftsbedingungen für die Belieferung mit Strom; die Transparenz von Preis- und Kundeninformationen einschließlich Mindestanforderungen für die Ausgestaltung von Rechnungen und Informationsmaterial.“¹³

Weiter lautet es:¹⁴

„Die Belieferung von Kunden mit Strom unterliegt grundsätzlich dem freien Wettbewerb. Im Interesse des Konsumentenschutzes und der Förderung des Wettbewerbs ist jedoch darauf zu achten, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Belieferung Kunden und der Regulierungsbehörde bekannt zu geben und veröffentlicht werden.“

Die Zulässigkeit der Änderung von Entgelten ist nach dem so angelegten System ausschließlich am Maßstab des Zivilrechts (samt seiner verbraucherrechtlichen Implikationen) zu messen.¹⁵ Eine öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis ist nicht normiert.

Ergänzt wird die Vorschrift zur Anzeigepflicht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch § 12 Abs 1 Z 4 E-ControlG¹⁶, wonach die Regulierungskommission der E-Control zur bescheidmäßigen **Untersagung** der Anwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Belieferung mit elektrischer Energie gemäß § 80 EIWOG

¹² EB zur RV 1411 BlgNR 22. GP, 23.

¹³ Die Transparenzanforderung ist im Kontext der Liberalisierung des Strommarktes zu sehen. Vgl zB die EB zu § 45c des damaligen EIWOG (RV 1411 BlgNR 22. GP, 25): *„Die transparente und umfassende Information der Kunden ist eine der Säulen der Liberalisierung des Strommarktes. Im Interesse der Konsumentenfreundlichkeit und der Transparenz muss dem Kunden beispielsweise leicht erkennbar sein, welcher Preis für eine kWh reine Energie zu begleichen ist. Preistransparenz muss bereits im Stadium der Anbotslegung vorliegen, da die mangelnde Vergleichbarkeit von Anboten ein erhebliches Wettbewerbshindernis darstellt.“*

¹⁴ EB zur RV 1411 BlgNR 22. GP, 24.

¹⁵ Siehe bereits die EB zur RV 1411 BlgNR 22. GP, 31. Weiterführend zum aktuellen Rechtsrahmen *Schopper*, Rechtsgutachten zu ausgewählten Fragen von Strompreiserhöhungen nach § 80 Abs 2a EIWOG sowie *Kemetmüller*, Energierecht: Rechtssicherheit in Krisenzeiten? VbR 2022, 156 und *Hauenschild*, Preisanpassungen bei Stromlieferungen – erste Überlegungen zum neuen § 80 EIWOG, *ecolex* 2022, 189

¹⁶ Bundesgesetz über die Regulierungsbehörde in der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft, BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2022/7.

2010 zuständig ist, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen.

II. Ausgangspunkt: Der marktgestützte Preis als Rückgrat des Elektrizitätsbinnenmarkts

Die **Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie** 2019 („EBRL“)¹⁷ geht ganz klar von einem **Primat marktgestützter Lieferpreise**¹⁸ aus und normiert bezüglich Eingriffen in die Preisbildung ein gestuftes System:

1. Zunächst betont die EBRL unter der Überschrift „Marktgestützte Lieferpreise“, dass es den Versorgern freisteht, den Preis, zu dem sie ihre Kunden mit Elektrizität beliefern, zu bestimmen. Die grundsätzlich **bevorzugte Gestaltungskraft des Wettbewerbs** wird durch die Festlegung betont, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen müssen, um wirksamen Wettbewerb zwischen den Versorgern sicherzustellen (Art 5 Abs 1 EBRL). Die Marktpreise sollen (auch) die richtigen Impulse für den Ausbau des Netzes (Marktstufe 2) und für Investitionen in neue Stromerzeugungsanlagen (Marktstufe 1) setzen.¹⁹
2. Dann muss der Schutz von **Energiearmut** betroffener oder **schutzbedürftiger Haushaltskunden** (zunächst) durch sozialpolitische Maßnahmen und **jedenfalls auf andere Weise als durch Eingriffe in die Festsetzung der Stromversorgungspreise** geschehen (Art 5 Abs 2 EBRL).
3. Von diesen Grundregeln abweichend dürfen Mitgliedstaaten in die Festsetzung der Stromversorgungspreise für von **Energiearmut** betroffene oder **schutzbedürftige Haushaltskunden** nur unter in den Art 5 Abs 3 und 4 EBRL näher umschriebenen Bedingungen eingreifen. Die dort normierten fünf Vorgaben sind aus der allgemeinen Dogmatik der Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ihrem Grundsatz nach bekannt. Darüber hinausgehend muss ein Mitgliedstaat, der in die Festsetzung der Stromversorgungspreise eingreift, unabhängig davon, ob eine erhebliche Anzahl seiner Haushalte von Energiearmut betroffen ist, die Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe d und Artikel 24 der Verordnung (EU) 2018/1999 einhalten.

¹⁷ Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, ABI 2019 L 158/125.

¹⁸ Dies kommt deutlich in Art 5 Abs 1 EBRL zum Ausdruck: „Den Versorgern steht es frei, den Preis, zu dem sie ihre Kunden mit Elektrizität beliefern, zu bestimmen. Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen, um für wirksamen Wettbewerb zwischen den Versorgern zu sorgen.“

¹⁹ Erwägungsgrund 20 zur EBRL.

Aus dieser ausdrücklichen Systematik ergibt sich der klare Vorrang einer marktgestützten Preisbildung ohne hoheitliche Eingriffe. Anderes kommt nur in Bezug auf vulnerable, von Energiearmut betroffene Kunden in Betracht.

III. Der im Telekommunikationsrecht explizit zum Ausdruck gebrachte allgemeine Gedanke mangelhafter Rechtssicherheit für Kunden

Nur auf einen ersten Blick erscheint eine Regelung in einem aus regulatorischer Sicht verwandten Bereich als Stütze für die Überlegungen zur Einführung der angedachten Meldepflichten im Elektrizitätsbereich. So hält **§ 133 Abs 1 TKG 2021**²⁰ für den ebenfalls zum Regulierungsrecht zählenden Telekommunikationssektor fest, dass Anbieter der Regulierungsbehörde nicht nur die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Entgeltbestimmungen, sondern auch jede ihrer Änderung (in einer von der Regulierungsbehörde durch Verordnung vorgegebenen elektronischen Form) vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen haben. Die Regulierungsbehörde kann in weiterer Folge den angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen bei Nichtübereinstimmung mit bestimmten gesetzlichen Regelungen widersprechen.²¹ Der Widerspruch bewirkt jedenfalls die Untersagung der weiteren Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Entgeltbestimmungen. In Bezug auf die Entgeltbestimmungen besteht jedoch eine wesentliche Einschränkung: das Widerspruchsrecht besteht ausdrücklich nicht hinsichtlich der Höhe der nominellen Entgelte.

Zudem umschreibt § 132 Abs 3 TKG 2021 die Mindestinhalte der im Telekommunikationssektor angesprochenen Entgeltbestimmungen.²² Es geht letztlich darum, dass es einem Teilnehmer anhand der Entgeltbestimmungen möglich sein muss, das Entgelt für die von ihm in Anspruch genommenen Leistungen eindeutig und zweifelsfrei festzulegen.²³ Dieser „preisrechtliche“ Ansatz im Telekommunikationsrecht geht evident weiter als der im EIWOG.

In diesem Zusammenhang darf allerdings zweierlei nicht übersehen werden: Einerseits gründen die im TKG 2021 getroffenen Regelungen auf spezifische unionsrechtliche

²⁰ Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz (Telekommunikationsgesetz 2021), BGBl I 2021/190 idF BGBl I 2022/180.

²¹ Dabei sind die Grenzen zwischen öffentlich-rechtlichen Handlungsmöglichkeiten und zivilrechtlichen Eingriffen fließend. Siehe auch *Schilchegger*, § 25, in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG-Kommentar (2016) Rz 7.

²² Erfasst von diesen sind nach hM sämtliche Bestimmungsfaktoren für die Tarifierung, somit die zahlenmäßige Festlegung der für die einzelnen Leistungen des Betreibers zu entrichtenden Entgelte einschließlich aller Begleitregelungen, die zur korrekten Ermittlung von Grund und Höhe der Entgeltforderungen des Betreibers erforderlich sind.

²³ Dazu mwN *Schilchegger*, § 25, in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG-Kommentar (2016) Rz 10.

Vorgaben,²⁴ andererseits stehen sie im Kontext der Bereitstellung eines erschwinglichen Universaldienstes. Beide Umstände sind bei einer angedachten Übertragung der Regelungen auf den Elektrizitätsmarkt nicht zu vernachlässigen. Die normierte Anzeigepflicht der Entgeltbestimmungen dient vorrangig der Erfüllung der unionsrechtlich vorgezeichneten Aufgaben der Regulierungsbehörde, ist sie doch notwendige Voraussetzung, die Erschwinglichkeit der Entgelte zu überwachen.²⁵ Damit erweist sich diese Regelung wegen ihres unterschiedlichen Hintergrunds nicht auf den Elektrizitätssektor übertragbar, wo vergleichbare unionsrechtliche Vorgaben fehlen.

Man könnten nun die Meinung vertreten, ein Blick in das Telekommunikationsrecht sei von vornherein deshalb als nicht sinnvoll anzusehen, weil der Vorschlag der Arbeiterkammer für den Fall der „Standardversorgung“ aus gutem Grund und ganz bewusst gerade nicht auf eine Preisregulierung bzw die behördliche Untersagung einer geplanten Preiserhöhung abzielt. Dies würde den Blick aber auf eine beachtliche Feststellung des Gesetzgebers verstellen, die auch für die Argumentation in Richtung einer *ex-ante*-Meldepflicht für geplante Erhöhungen des Strompreises (gesteigerte Rechtssicherheit für Konsumenten) hilfreich ist. So hält der Gesetzgeber in den Materialien zu § 133 Abs 6 TKG 2021 fest (Hervorhebung durch die Verfasser):²⁶

*„Die Prüfung der AGB durch die Regulierungsbehörde wird weiterhin als erforderlich erachtet, um die für die Teilhabe am wirtschaftlichen und sozialen Leben wichtigen Dienste auf der Basis rechtskonformer Vertragsbedingungen zu gewährleisten. Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass sehr viele nach dem TKG 2003 geprüften Geschäftsbedingungen von den Anbietern überarbeitet und neu angezeigt werden mussten, weil im Prüfungsprozess rechtliche Mängel festgestellt wurden. **Dieser Qualitätsstandard kann durch eine allgemeine gerichtliche AGB-Kontrolle zB nach § 29 KSchG nicht sichergestellt werden.**“*

Diese zweifelsohne auch für den Elektrizitätsbereich gültige und auf die Entgeltzusammensetzung übertragbare Aussage des Gesetzgebers stützt das Postulat einer Weiterentwicklung der Bekanntgabepflicht im Elektrizitätssektor – dies trotz aller bestehender Unterschiede im Detail. So hat die Ratlosigkeit der Stromkunden bezüglich der angekündigten Strompreiserhöhung durch den Landesversorger in Tirol jüngst ein Ausmaß erreicht, das Grundlage für Beiträge in verschiedenen Nachrichtensendungen

²⁴ Im Besonderen sei hier Art 85 Abs 1 der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl 2018 L 321/36 hervorgehoben, der eine Preisüberwachung durch die Regulierungsbehörde wie folgt verwirklicht: *„Die nationalen Regulierungsbehörden überwachen in Abstimmung mit anderen zuständigen Behörden die Entwicklung und die Höhe der Endkundenpreise der in Artikel 84 Absatz 1 genannten auf dem Markt verfügbaren Dienste, insbesondere im Verhältnis zu den nationalen Preisen und dem Einkommen der Verbraucher im jeweiligen Land.“*

²⁵ Siehe auch die EB zur RV 1043 BlgNR 27. GP, 48.

²⁶ EB zur RV 1043 BlgNR 27. GP, 49.

über mehrere Tage hinweg war. Individueller Rechtsschutz des einzelnen Kunden ist hier unrealistisch; eine von der Arbeiterkammer angedachte *ex-ante*-Meldepflicht wäre überaus hilfreich. In den Materialien zum TKG 2021 hat der Gesetzgeber diesen Gedanken ausdrücklich anerkannt.

IV. Das „Rechtfertigungsmodell“ des deutschen Strompreisbremsegesetzes

Einen hier näher zu betrachtenden Ansatz liefert dann das deutsche Strompreisbremsegesetz.²⁷ Wenngleich das Gesetz unter mehreren, unter anderem auch einem beihilferechtlichen Aspekt²⁸ beachtlich ist, reicht es hier, auf § 39 *leg cit* abzustellen. Das genaue System der (befristeten) deutschen Strompreisbremse kann im vorliegenden Zusammenhang hingegen dahinstehen.

Unter der Überschrift „Missbrauchsverbot“ legt das Gesetz – dem Gedanken des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung folgend – fest, dass in Verfahren vor dem Bundeskartellamt dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen²⁹ die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung der Gestaltung der Preissetzung, Preiserhöhung oder der sonstigen Verhaltensweise obliegt. Im vorliegenden Zusammenhang kommt es darauf an, dass das Unionsrecht – dazu zählt auch die erwähnte (Notfallmaßnahmen-)Verordnung (EU) 2022/1854 – eine solche **Beweislastumkehr** trägt und ihr nicht entgegensteht. Sie dämmt Preismissbrauch schon präventiv und nicht erst *ex-post* ein.

Hier wird der *iwS* kartellrechtliche Ansatz bewusst der Sache nach in Gestalt eines **Rechtfertigungsdrucks** der Elektrizitätsversorgungsunternehmen bei Preiserhöhungen in Anschlag gebracht. Die Nähe zu dem vom österreichischen Gesetzgeber im TKG 2021 geäußerten Gedanken ist nicht zu übersehen. Dass es sich bei der deutschen Regelung um eine zeitlich befristete³⁰ handelt, schadet nicht.

V. Die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Pflichten und Preisregulierung

Wie erwähnt (Pkt II), folgt die EBRL dem Grundgedanken, dass der Einsatz gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in einem grundsätzlich dem freien Wettbewerb geöffneten Markt nur dann zulässig ist, wenn die wettbewerblichen Marktstrukturen

²⁷ Dt. Strompreisbremsegesetz vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2512), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. April 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 110) geändert worden ist.

²⁸ Vgl § 50 dt. Strompreisbremsegesetz.

²⁹ Ausgenommen sind Bußgeldverfahren.

³⁰ § 3 Dt. Strompreisbremsegesetz.

alleine die Elektrizitätsversorgungssicherheit nicht sicherstellen können.³¹ Entsprechende Verpflichtungen sind in einem klar vorgegebenen System marktkompatibel auszugestalten.³²

Wie primärrechtlich vorgegeben, erwähnt auch die EBRL, dass die Mitgliedstaaten bei der Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen über einen weiten Ermessensspielraum verfügen. Sie sollen dafür Sorge tragen, dass Haushaltskunden und, soweit die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, Kleinunternehmen „das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu leicht vergleichbaren, transparenten und wettbewerbsfähigen Preisen haben“.

Allerdings hebt die EBRL zugleich hervor, dass die Festsetzung der Stromversorgungspreise „eine grundsätzlich wettbewerbsverzerrende Maßnahme, die oft zu einer Kumulierung von Defiziten bei den Stromtarifen, eingeschränkten Wahlmöglichkeiten für die Verbraucher, weniger Anreizen für Investitionen in Energieeinsparungen und Energieeffizienz, geringerer Dienstleistungsqualität, einem geringeren Maß an Einbeziehung und Zufriedenheit der Verbraucher, einer Einschränkung des Wettbewerbs und einem geringeren Umfang an innovativen Produkten und Dienstleistungen auf dem Markt führt“. Daraus resultiert der Vorrang anderer, vor allem sozialpolitischer Maßnahmen, um den Bürgern eine Stromversorgung zu erschwinglichen Preisen zu sichern.

Nach diesen Feststellungen betont Erwägungsgrund 22 zur EBRL, dass **„[ö]ffentliche Eingriffe in die Preisbildung für die Stromversorgung [...] nur als gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und unter den in dieser Richtlinie angegebenen besonderen Voraussetzungen vorgenommen werden [sollten]“** (Hervorhebung nur hier). Damit erscheinen andere Manipulationen von (Elektrizitätsmarkt und) Lieferpreis ausgeschlossen.³³

Die klare Bestimmung jener Umstände, unter denen Stromversorgungspreise festgelegt werden, ist Voraussetzung für einen entsprechenden öffentlichen Eingriff, wobei wesentlich ist, dass ein solcher auf einen „klar bestimmten Kreis von Begünstigten Anwendung finden“ und befristet sein soll. **Solche Umstände könnten beispielsweise vorliegen, wenn die Versorgung erheblich eingeschränkt ist und wesentlich höhere Strompreise als üblich verursacht, oder im Fall eines Marktversagens,**

³¹ ErwGr 22 ff EBRL.

³² *Abel/Damjanovic/Holoubek/Holzinger*, Möglichkeiten einer Verankerung der energiepolitischen Zielsetzung „Versorgungssicherheit“ im österreichischen Elektrizitätsrecht, JRP 2008, 219 (223 f).

³³ Vgl bereits im Jahr 2000 hinsichtlich des Verhältnisses der damaligen EBRL zum damaligen Art 86 Abs 2 EGV (heute: Art 106 Abs 2 AEUV) *Pauger/Pichler*, Das österreichische Elektrizitätsrecht (2000) 28.

wenn sich Eingriffe der Regulierungsbehörden und Wettbewerbsbehörden als unwirksam erwiesen haben.³⁴ Das würde Haushalte und insbesondere schutzbedürftige Kunden, die üblicherweise einen höheren Teil ihres verfügbaren Einkommens für Energieabrechnungen aufwenden als Verbraucher mit hohem Einkommen, unverhältnismäßig belasten. Um die wettbewerbsverzerrende Wirkung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf die Preisfestsetzung in der Stromversorgung zu mindern, sollten die Mitgliedstaaten, die derartige Eingriffe vornehmen, zusätzliche Maßnahmen — einschließlich Maßnahmen zur Vermeidung von Verzerrungen der Festsetzung von Großhandelspreisen — einführen.³⁵

In diesem dargestellten Sinn und mit diesem Gehalt regelt die EBRL das Recht von Energiearmut betroffener oder benachteiligter Kunden auf gezielten Schutz. Regulierte Preisfestsetzung ist also nur unter bestimmten (formalen) Bedingungen erlaubt.

Freilich ist nicht zu übersehen, dass **Österreich nach wie vor kein kohärentes System eines Schutzes von Energiearmut betroffener oder schutzbedürftiger Personen geschaffen** hat. Nicht nur, aber vor allem auch in dieser Hinsicht ist der Gesetzgeber mittlerweile seit vielen Jahren untätig, zugleich aber auch gefordert.³⁶ Dies deshalb, weil ein solches konkretisierendes Konzept eine Voraussetzung für die Umsetzung entsprechender, allenfalls auch preisregulierender Maßnahmen zugunsten von Energiearmut betroffener oder benachteiligter Kunden darstellt. An ein solches Konzept anknüpfend, wären dann gegenüber entsprechend klar definierten Kundengruppen auch behördliche Untersagungen nicht gerechtfertigter Preiserhöhungen, also im Falle auch entsprechend sanktionierter Meldepflichten denkbar.

VI. Verbraucherschutzergänzungen als Anknüpfungspunkt

Als weiterer möglicher **Anknüpfungspunkt** für eine rechtspolitische Forderung nach Umsetzung der angedachten Maßnahmen können – wie auch im Kontext der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, gleichsam aber (anders als in der Richtlinie [EU] 2018/1972) ohne spezifische unionsrechtliche Grundlage, auch **Verbraucherschutzergänzungen**

³⁴ Erwägungsgrund 23 zur EBRL (Hervorhebung nur hier).

³⁵ Die Mitgliedstaaten sollten dafür sorgen, dass alle Begünstigten regulierter Preise auf Wunsch auch die verfügbaren Angebote auf dem Wettbewerbsmarkt uneingeschränkt in Anspruch nehmen können. Zu diesem Zweck müssen diese Begünstigten mit intelligenten Messsystemen ausgestattet werden und Zugang zu Verträgen mit dynamischen Stromtarifen haben.

³⁶ Vgl nur *Abel/Damjanovic/Holoubek/Holzinger*, Möglichkeiten einer Verankerung der energiepolitischen Zielsetzung „Versorgungssicherheit“ im österreichischen Elektrizitätsrecht, JRP 2008, 219.

herangezogen werden. Hier können **Art 58 lit g EBRL** und **Art 59 Abs 1 lit r EBRL** als sehr *allgemein gehaltene* Türöffner für rechtspolitische Forderungen fungieren.

Art 58 lit g EBRL lautet: *„Bei der Wahrnehmung der in dieser Richtlinie genannten Regulierungsaufgaben trifft die Regulierungsbehörde alle angemessenen Maßnahmen zur Verwirklichung folgender Ziele im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse gemäß Artikel 59, erforderlichenfalls in engem Einvernehmen mit anderen einschlägigen nationalen Behörden, einschließlich der Wettbewerbsbehörden [...] Maßnahmen, die bewirken, dass die Kunden Vorteile aus dem effizienten Funktionieren des nationalen Marktes ziehen, Förderung eines effektiven Wettbewerbs und Beiträge zur Wahrung eines hohen Maßes an Verbraucherschutz in enger Zusammenarbeit mit den einschlägigen für Verbraucherschutz zuständigen Behörden [...]“*.

Art 59 Abs 1 lit r EBRL lautet: *„Die Regulierungsbehörde hat folgende Aufgaben: [...] Sie trägt zusammen mit anderen einschlägigen Behörden dazu bei, dass Maßnahmen zum Verbraucherschutz wirksam sind und durchgesetzt werden.“*

Auch auf dieser Basis könnten neue Anzeigepflichten an die Regulierungsbehörde nach einer ersten rechtlichen Kurzbeurteilung als *lex imperfecta*, also als Vorschrift ohne unmittelbare rechtliche Sanktion, angedacht werden. Auch diesbezüglich kann an den im Telekommunikationsrecht vom Gesetzgeber formulierten, konsumentenschützenden Ansatz (*„Dieser Qualitätsstandard kann durch eine allgemeine gerichtliche AGB-Kontrolle zB nach § 29 KSchG nicht sichergestellt werden.“*)³⁷ gedacht werden.

Schließlich impliziert die Aussage des in ErwGr 23 EBRL trotz wettbewerblicher Präferenzen besondere **Handlungsmöglichkeiten im Falle eines Marktversagens oder wesentlich höherer Strompreise als üblich**. Grundlage für derartige Feststellungen (wiewohl allenfalls auch nur für eingeschränkte Kundenkreise im Kontext der Verwirklichung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen) können nur entsprechende, der Regulierungsbehörde vorliegende Informationen sein. In diesem Lichte lässt sich (allerdings ebenfalls ohne eine Untersagungsmöglichkeit durch die Regulierungsbehörde) ein entsprechendes behördliches Informationsrecht postulieren.

³⁷ EB zur RV 1043 BlgNR 27. GP, 49.

C. Zur rechtlichen Zulässigkeit von *ex-ante*-Meldepflichten für Strompreisänderungen

Eine im vereinbarten Rahmen vorgenommene rechtliche Ersteinschätzung spricht unter Nutzbarmachung der im vorangehenden Teil angeführten Anknüpfungspunkte für die **Zulässigkeit der Einführung einer Energieversorger treffenden (unsanktionierten) *ex-ante*-Meldepflichten für Strompreisänderungen.**

(1) Zunächst ist hinsichtlich der unionsrechtlichen Zulässigkeit dabei als Ausgangspunkt der Überlegungen daran zu erinnern, dass die EBRL zwar (detaillierte) Vorgaben für die Gestaltung des Elektrizitätsbinnenmarkts in Europa aufstellt, dies aber nichts daran ändert, dass es sich bei ihr um eine **Richtlinie** handelt. Diese ist nach Art 288 AEUV zwar hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, sie überlässt es aber den Mitgliedstaaten, wie diese Ziele erreicht werden sollen.

Das bedeutet auf den konkreten Fall bezogen, dass das von der Arbeiterkammer angedachte Modell der Meldepflicht nicht in der RL vorgesehen sein muss, sondern es für dessen rechtliche Zulässigkeit ausreicht, dass es durch die RL (und andere unionale Rechtsakte) nicht verboten ist. Im Rahmen der Zielsetzungen der RL kommt dem nationalen Gesetzgeber ein Spielraum zu. Dieser Spielraum ist dort, wo im Lichte unionsrechtlicher Vorgaben ein entsprechender Handlungsspielraum des Gesetzgebers besteht, freilich durch verfassungsrechtliche, vorliegend vor allem durch grundrechtliche Bindungen beschränkt (Grundsatz der **doppelten Bindung** des Gesetzgebers).³⁸ Darauf wird noch zurückgekommen.

(2) Dann ist festzuhalten, dass der rechtliche Rahmen des Elektrizitätsbinnenmarkts im Lieferbereich klar vom **Primat der freien Bildung von Wettbewerbspreisen** ausgeht. Ausnahmen – allenfalls im Sinne der Regulierung von Lieferpreisen – kommen nur im Rahmen eines Systems gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Betracht, die der Gesetzgeber – anknüpfend an ein **kohärentes System der Bekämpfung von Energiearmut oder zugunsten schutzbedürftiger Kunden** – explizit vorsehen muss. Ein solches Konzept ist unionsrechtlich grundgelegt und in Österreich zu Recht seit Jahren gefordert, bisher aber nicht umfänglich umgesetzt. Es **wäre** aber **Voraussetzung für die Etablierung** weiterer, **preisregulierender Instrumente** für die genannten Kundengruppen.

Ein erster Schritt in diese Richtung wurde aber mit § 72a EAG³⁹ gesetzt, der für den Hauptwohnsitz einer Person, deren Haushalts-Nettoeinkommen eine gewisse Grenze

³⁸ ZB VfSlg 19.529/2011.

³⁹ BG über den Ausbau von Energie aus erneuerbaren Quellen (Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz – EAG), BGBl I 2021/150 idF BGBl I 2022/233.

nicht überschreitet, die Gesamtkosten für die Erneuerbaren-Förderpauschale und den Erneuerbaren-Förderbeitrag auf einen Betrag von 75 Euro jährlich deckelt. Die hier angesprochene Grenze ist auf § 48 Abs 1 Fernmeldegebührenordnung, also die Grenze für die „GIS-Befreiung“, bezogen. Nicht zu übersehen ist, dass diese – im EAG platzierte – Deckelung nur schwer als (kohärentes) nationales Konzept für von Energiearmut betroffene Personen oder schutzbedürftige Kunden angesehen werden kann, wie dies in den Art 28f EBRL gefordert ist. Allerdings soll sich wohl auch im Energieeffizienzgesetz (EEffG) künftig eine entsprechende Definition finden. Das zeigt, dass in diese Frage Bewegung gekommen ist. Daher kann begründet angenommen werden, dass ein entsprechendes Konzept in Österreich wohl (bald) besteht.

(3) Die von der Arbeiterkammer verfolgte *ex-ante*-Darlegungspflicht bei Standardkunden läuft – anders als dies im Bereich der Telekommunikation verwirklicht ist – nicht auf eine auch nur irgendwie geartete Preisregulierung hinaus. Dennoch ist erwähnenswert, dass die vorgeschlagene Darlegungspflicht mit der vom Gesetzgeber in den Materialien zum TKG 2021 geäußerten Meinung kongruent ist, dass eine Vorabfassung der Regulierungsbehörde einen „**Qualitätsstandard**“ darstellt, der durch individuell vermittelte Rechtsschutzmöglichkeiten nicht erreicht werden kann. Dem Gesetzgeber ist die Problematik also durchaus geläufig, was ebenfalls für das vorgeschlagene Modell spricht.

(4) Für das von der Arbeiterkammer angedachte Modell lässt sich weiters ins Treffen führen, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Verwirklichung seiner Strompreisbremse auf eine **Modell der Beweislastumkehr** setzt. Elektrizitätsversorgungsunternehmen unterliegen also der Sache nach einer *ex-ante*-Rechtfertigungspflicht, wenn sie ihre Preise erhöhen möchten. Dabei wird nicht übersehen, dass dieser Mechanismus in einen wettbewerbsrechtlichen Kontext eingebettet ist, weil es hier nur um den Mechanismus als solchen geht und eine Sanktionierung, wie sie im Kartellrecht allenfalls erfolgen könnte, im Modell der Arbeiterkammer ohnehin nicht vorgesehen wäre.

(5) Schwieriger ist die kurzgutachterliche Einschätzung eines „**verschärften Meldemodells**“. Wenn nämlich angedacht ist, dass zwar eine bloße Meldepflicht von Elektrizitätslieferanten und somit keine Untersagungen, Nicht-Genehmigungen oder normative Sanktionen vorgesehen sein, jedoch nicht-normative Folgen, wie insbesondere naming and shaming angedacht werden sollen, bedarf das einer genaueren grundrechtlichen Prüfung. Hier ist Ausgangspunkt, dass die oben erwähnten, im Rahmen der RL-Umsetzung bestehenden Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers dem Unionsrecht und dem österreichischen Verfassungsrecht entstammenden Grundrechtsbindungen unterliegen.

Nun könnten Instrumente wie naming and shaming dergestalt angedacht werden, dass die Behörde bei ihrer Meinung nach vorliegender Unsachlichkeit einer geplanten Preiserhöhung dies öffentlich machen muss und dies das Elektrizitätsversorgungsunternehmen so unter Druck setzen soll. Solcherart ausgestaltete Instrumente stellen aber **schlicht hoheitliches Handeln** des Staats dar, gegen das der einfache Gesetzgeber nach Art 130 Abs 2 Z 1, 4 B-VG Rechtsschutz vorsehen kann bzw – aus rechtsstaatlichen Gründen – allenfalls auch vorsehen muss.⁴⁰ Diese Mechanismen sind aus anderen wirtschaftsrechtlichen Bereichen (Bank- und Kapitalmarktrecht) bekannt. Derart in Wahrheit doch sanktionsbewehrte Meldesysteme sind aber nicht nur **grundrechtlich deutlich sensibler**, sondern treten auch mit dem Grundsatz der **wettbewerblichen Preisfindung** in ein erkennbar erhöhtes **Spannungsverhältnis**.

(6) Während man also **bei einem bloßen Meldesystem** bei der hier vereinbarten und anzulegenden gutachterlichen Prüftiefe – auch angesichts des nur geringen Eingriffs einer *ex-ante*-Meldepflicht in grundrechtliche Positionen der auch sonst im Verhältnis streng regulierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen – **mit guten Gründen von dessen rechtlicher Zulässigkeit ausgehen kann**, ist dies bei – wie auch immer – sanktionsbewehrten und so „verschärften“ Modellen nur bedingt der Fall. Eine detailliertere Analyse würde den hier vereinbarten Rahmen aber überschreiten.

(7) Gleiches gilt – mutatis mutandis – für den „umgekehrten“ Fall, nämlich dem, dass bei einem Wegfall der maßgeblichen Umstände eine **Strompreissenkung** erfolgen muss. Hier könnte daran gedacht werden, dass die Behörde individuell, also einem betroffenen Unternehmen gegenüber, bei einem Wegfall der für die seinerzeitige Preiserhöhung maßgeblichen Umstände auf die Notwendigkeit einer Lieferpreissenkung hinweist. Auch eine solche, dem preislichen Symmetriegebot entsprechende Vorgehensweise (vgl § 80 Abs 2a Satz 2 EIWOG 2010) könnte wohl ohne rechtliche Probleme gesetzlich normiert werden. Wäre ein solcher Hinweis aber öffentlich oder sanktionsbewehrt, ergeben sich die oben angesprochenen grundrechtlichen Problemstellungen, und es stellen sich Fragen nach dem Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.

Innsbruck/Rum, 24.05.2023



(Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl)



(RA Ass.-Prof. MMag. Dr. Arnold Autengruber)

⁴⁰ Vgl Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 388f.