

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf

*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Richard Hargassner, Helge Hoch, Herbert Painsi,

Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr, Jörg Ziegelbauer

*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

Februar 2022

04

205 – 252

## Aktuelles

Nebenabreden zum Regierungsprogramm ➔ 205

## Beitrag

### Berufsrechtliche Einschränkungen der Nutzung von Legal-Tech-Anwendungen

Philipp Nöhrer und Tobias Weidinger ➔ 209

Keine Gefährdung ohne Gefährlichkeit: Zur Frage der Strafbarkeit  
nach §§ 178 f StGB ohne Infektion Jakob Hajszan ➔ 216

## Evidenzblatt

Kautionsfeststellung und Ansprüche des Vermieters

David von der Thannen ➔ 226

Feststellungsinteresse bei bereits entstandenem Schaden?

Ulrike Frauenberger-Pfeiler ➔ 234

Gesetzlicher Richter ➔ 237

## Forum

Deutsches Energiewirtschaftsgesetz teilweise unionsrechtswidrig:  
Signalwirkung für die österreichische Energieregulierung?

Johannes Hartlieb und Emil Nigmatullin ➔ 246

[FORUM]

Deutsches Energiewirtschaftsgesetz teilweise unionsrechtswidrig:  
Signalwirkung für die österreichische Energieregulierung?

Anmerkungen aus Anlass des U EuGH 2. 9. 2021, C-718/18, *Kommission/Deutschland*

ÖJZ 2022/30

**Einleitung**

Die vorliegende EuGH-Entscheidung behandelt Rechtsfragen rund um das 3. Energiemarkt-Liberalisierungspaket, konkret betreffend die RL 2009/73<sup>1)</sup> (Erdgas) und die RL 2009/720<sup>2)</sup> (Strom). Letztere wurde mit der RL 2019/944<sup>3)</sup> aufgehoben.<sup>4)</sup> Im Zentrum stehen dabei die Anforderungen an die Unabhängigkeit nationaler Regulierungsbehörden. Dieser Beitrag fasst die wesentlichen Aussagen des EuGH dazu zusammen und geht auf die Folgen dieses Urteils sowie mögliche Auswirkungen auf die im ELWOG 2010<sup>5)</sup> und GWG 2011<sup>6)</sup> normierte Systemnutzungstarifizierung ein.

**Zum Sachverhalt**

Am 19. 7. 2018 reichte die Europäische Kommission beim EuGH eine Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der feh-

1) „EG-RL“ 2009/73/EG ABI L 211/2009, 94.

2) „EB-RL alt“ 2009/72/EG ABI L 2009/211, 55.

3) „EB-RL neu“ 2019/944 ABI L 2019/158, 125.

4) Vgl Art 72 EB-RL neu, wonach die EB-RL alt mit Wirkung vom 1. 1. 2021 aufgehoben wurde.

5) BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2021/150.

6) BGBl I 2011/107 idF BGBl I 2021/150.

lerhaften Umsetzung der Regelungen des 3. Energiemarkt-Liberalisierungspakets im deutschen Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)<sup>7)</sup> ein. Die Kommission erhob ua die Rüge, dass der Bundesnetzagentur („BNetzA“) die notwendige Unabhängigkeit fehle, da die Bedingungen, unter denen sie ihre Aufgaben<sup>8)</sup> wahrnehmen müsse, durch Rechtsverordnungen der deutschen Bundesregierung und nicht – wie es in den RL vorgeschrieben sei<sup>9)</sup> – durch die BNetzA selbst festgelegt würden.

Mit Urteil vom 2. 9. 2021 stellte der EuGH fest, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus den genannten Richtlinien verstoßen habe.

## Aus den Entscheidungsgründen

### Zur Unabhängigkeit der NRB in der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft

Im Zentrum des Urteils – auch und gerade im Hinblick auf dessen Rezeption – steht die Frage der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden („NRB“):

Zunächst betont der EuGH, dass die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, in die ausschließliche Zuständigkeit der NRB fallen. Deshalb sei es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt, den NRB einen Teil ihrer unionsrechtlich eingeräumten Befugnisse zu entziehen und sie anderen öffentlichen Stellen zuzuweisen.<sup>10)</sup> Zudem haben die NRB ihre vorgenannten Entscheidungsbefugnisse „unabhängig“ von öffentlichen Einrichtungen bzw politischen Stellen auszuüben.<sup>11)</sup> Die mitgliedstaatliche Zuständigkeit zur Erlassung von allgemeinen Leitlinien im Bereich der Elektrizitäts- und Erdgasregulierung bleibe davon unberührt.<sup>12)</sup>

Dem Unabhängigkeitskonzept der NRB in der EB-RL alt sei inhärent, dass sie ihre Entscheidungen handlungsautonom und allein auf der Grundlage des öffentlichen Interesses treffen, ohne externen Weisungen anderer öffentlicher oder privater Stellen unterworfen zu sein.<sup>13)</sup> Diese völlige Unabhängigkeit der NRB gegenüber Wirtschaftsteilnehmern und „öffentlichen Einrichtungen“ (unabhängig davon, ob es sich hierbei um Träger der exekutiven oder legislativen Gewalt handelt) sei – so der EuGH unter Verweis auf die Schlussanträge des GA – erforderlich, um unparteiische sowie nichtdiskriminierende langfristige Entscheidungen der NRB zu gewährleisten.<sup>14)</sup> Insoweit erachtet er die Bestimmung in § 24 Abs 1 EnWG, die eine V-Ermächtigung zugunsten der dBReg zur Festlegung von Bedingungen und Methoden im Bereich der Netzregulierung gegenüber der BNetzA vorsieht, als unionsrechtswidrig.

Weiters traf der EuGH Aussagen zur Tragweite der unionsrechtlichen Tarifierungsbestimmungen: Angesichts des detaillierten unionsrechtlichen Rahmens betreffend die Netzzugangs- und Tarifierungsmethoden bestehe kein Erfordernis, auf nationaler Ebene (gesonderte) Kriterien für die Tarifberechnung festzulegen.<sup>15)</sup> So sei etwa vorgesehen, dass die NRB bei der Festsetzung oder Genehmigung der Tarife oder Methoden und der Ausgleichsleistungen sicherzustellen haben, dass für die Übertragungs- und Verteilerbetreiber angemessene Anreize geschaffen werden, sowohl kurzfristig als auch langfristig die Effizienz zu steigern, die Marktintegration und die Versorgungssicherheit zu fördern und entsprechende Forschungsarbeiten zu unterstützen.<sup>16)</sup> Bei der Wahrnehmung ihrer autonomen Entscheidungsbefugnisse hätten die NRB diese unionsrechtlichen Vorgaben – unter Wahrung der ihnen darin eingeräumten Ermessensspielräume<sup>17)</sup> – zu vollziehen.

Auch der Verweis auf das Demokratieprinzip als Schranke des regulierungsbehördlichen Ermessens könne nach Auffassung des

EuGH keinen Eingriff in die unionsrechtlich eingeräumte Unabhängigkeit der NRB rechtfertigen: Im Wesentlichen verwies der Gerichtshof dabei auf seine bisherige Rsp, wonach sich der Grundsatz der repräsentativen Demokratie bereits in den beiden Richtlinienerlassungsverfahren widerspiegeln. Zudem sei der Umstand, dass den NRB eine von der allgemeinen Staatsverwaltung unabhängige Stellung zukomme, für sich allein noch nicht geeignet, diesen Behörden die demokratische Legitimation zu nehmen, sofern sie nicht jeder parlamentarischen Einflussmöglichkeit entzogen seien.<sup>18)</sup> Im Übrigen seien die MS sekundär- und grundrechtlich verpflichtet, sicherzustellen, dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen, die einer betroffenen Partei das Recht geben, gegen eine Entscheidung der NRB bei einer von den beteiligten Parteien und Regierungen unabhängigen Stelle Beschwerde einzulegen.<sup>19)</sup>

## Anmerkungen

### Einordnung der Entscheidung

Im Mittelpunkt der seit den 1990er Jahren voranschreitenden Liberalisierung in den europäischen Netzindustrien (Energieversorgung, Telekommunikation, Post, Eisenbahn und audiovisuelle Mediendienste) stehen die jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden. Um ihre effektive Aufgabenwahrnehmung zu gewährleisten, verpflichtet das Sekundärrecht die MS zur Errichtung unabhängiger Regulierungsbehörden.<sup>20)</sup> Sie sollen nicht nur unabhängig von den Unternehmen am jeweiligen Markt, sondern auch von staatlichen Stellen tätig sein, um insgesamt faire und gleiche Wettbewerbsbedingungen und damit eine effektive wie sachgerechte Aufgabenwahrnehmung gewährleisten zu können.<sup>21)</sup> Um den Unabhängigkeitsvorgaben der EB-RL alt und der EG-RL nachzukommen, wurde die E-Control in Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts als österr Regulierungsbehörde im Elektrizitäts- und Erdgasbereich eingerichtet.<sup>22)</sup> Ihre Unabhängigkeit war bereits Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Verfahren.<sup>23)</sup> →

7) EnWG dBGBI I 1970 und 3621 idF dBGBI I 2808, 2018 I 472.

8) Siehe zum Aufgabenbereich der BNetzA § 24 Abs 1 EnWG (Festlegung der Übertragungs- und Verteilungstarife sowie deren Berechnungsmethoden; Festlegung der – auch tarifären – Bedingungen für den Anschluss an und Zugang zu den nationalen Netzen; Festlegung der Bedingungen für die Erbringung von Ausgleichsleistungen).

9) Art 41 Abs 1 lit a, Abs 6 lit a, b EG-RL; Art 37 Abs 1 lit a, Abs 6 lit a, b EB-RL alt.

10) Rn 130.

11) Rn 107; der EuGH verweist idZ auf Art 35 Abs 4 lit a und Abs 5 lit a EB-RL alt sowie Art 39 Abs 4 lit a und Abs 5 lit a EG-RL.

12) Rn 110.

13) Vgl Rn 109 mit Verweis auf EuGH C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky*, ECLI:EU:C:2020:462, Rn 54.

14) Rn 112.

15) Rn 120–123 mwH.

16) Rn 121.

17) Rn 132.

18) Vgl Rn 126, in der der EuGH auf seine Vorjudikatur (EuGH C-518/07, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:125, Rn 42f, 46) verweist.

19) Rn 128 mwH.

20) *Gundel*, Konturen eines europäischen Status der nationalen (Infrastruktur-)Regulierungsbehörden: Reichweite und Konsequenzen der Unabhängigkeitsvorgabe, EWS 2017, 301.

21) *Fuchs*, Zur „Regulierungsautonomie“ nationaler Behörden im europäischen Telekommunikationsrecht, ZfV 2011/1509, 943 (946).

22) § 2 Abs 1 E-ControlG (BGBI I 110/2010 idF BGBI I 2021/150); s näher *Potacs*, Energiewirtschaftsrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2019) 1015; *Rogatsch*, Die Umsetzung des 3. Energiebinnenmarktpakets für den Elektrizitätsbereich in Österreich, ÖZW 2011, 76 (85) mwH.

23) Zu den Auswirkungen des nunmehr in § 5 Abs 3 E-ControlG vorgesehenen Unterordnungsrechts der BMK (ehemals: BMWFW) auf die Unabhängigkeit des Vorstands der E-Control vgl BVwG 16. 3. 2016, W219 2017000-1, aufgehoben durch VwGH 23. 11. 2016, Ro 2016/04/0013; zur mangelnden Unabhängigkeit der Regulierungskommission der E-Control vgl VwGH 15. 12. 2014, 2013/04/0108.

Dass der EuGH in seiner vorliegenden Entscheidung<sup>24)</sup> der BNetzA fehlende Unabhängigkeit attestiert, kommt nicht völlig unerwartet: In einem rezenten Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien<sup>25)</sup> hat er ebenfalls eine restriktive Haltung im Hinblick auf die Unabhängigkeit der belgischen Regulierungsbehörde im Energiebereich eingenommen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in der jüngeren Vergangenheit eine Studie zur faktischen und rechtlichen Unabhängigkeit und Effektivität der NRB im Energiebereich in zwölf EU-MS (darunter auch Österreich) durchgeführt hat.<sup>26)</sup> Einige europäische Energieregulierungsbehörden, wie die niederländische ACM, sehen angesichts der vorliegenden EuGH-Entscheidung einen gesetzlichen Anpassungsbedarf.<sup>27)</sup>

Es ist hervorzuheben, dass sich die Erwägungen des EuGH zur Unabhängigkeit der NRB im Elektrizitätsbereich auf die bereits außer Kraft getretene EB-RL alt bezogen. Auch die aktuell in Geltung stehenden Regeln der EB-RL neu decken sich im Wesentlichen mit den Anforderungen der EB-RL alt an die Unabhängigkeit der NRB.<sup>28)</sup> Insofern sind die Aussagen des EuGH übertragbar.

### Regulierung auf dem Prüfstand

Ob und inwieweit der Grad der Entscheidungsfreiheit der NRB durch gesetzliche oder ordnungsförmige Vorgaben determiniert sein darf, ist Gegenstand des im deutschen Schrifttum unter dem Titel „normierende Regulierung“ diskutierten Fragenkomplexes.<sup>29)</sup> Rechtlicher Ausgangspunkt sind hierbei die Bestimmungen in § 24 Abs 1 sowie § 21 a Abs 6 EnWG, die V-Ermächtigungen zugunsten der dBReg zur Regelung von Netzzugangsbedingungen, Netzzugangsentgelten, Erbringung und Beschaffung von Ausgleichsleistungen sowie Anreizregulierung vorsehen. Die auf dieser Grundlage erlassenen Grundverordnungen<sup>30)</sup> enthalten Vorgaben zur Berechnung der Netzentgelte, wie bspw die Formel zur Berechnung der Erlösbergrenzen,<sup>31)</sup> zur Ermittlung der Tagesneuwerte durch Bestimmung von Preisindizes (§ 6 a Strom/GasNEV) oder zu der dem Effizienzvergleich dienenden Methode der „Data Development Analysis“ (Anl 3 zu ARegV). Nach im deutschen Schrifttum vertretener Ansicht könnten die genannten Verordnungsvorgaben der dBReg der unionsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der BNetzA zuwiderlaufen. Um diese Mängel zu sanieren, wurde etwa vorgeschlagen, die V-Ermächtigungen im EnWG zugunsten der dBReg durch entsprechende Festlegungsermächtigungen zugunsten der BNetzA zu substituieren.<sup>32)</sup>

In Österreich war die gesetzliche Vorstrukturierung regulierungsbehördlicher Entscheidungen bereits wiederholt Gegenstand von Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts: Der VfGH<sup>33)</sup> hat etwa festgehalten, dass sich die Absenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers im vormalig in Geltung stehenden EIWOG als verfassungswidrig erwiesen hat, da der Gesetzgeber der Regulierungsbehörde aufgrund von Art 18 B-VG gewisse Grundentscheidungen vorzugeben hat, wenn „für einen Regelungsgegenstand der Sache nach gänzlich verschiedene Regelungsmodelle in Frage kommen“, wie es im Bereich der Entgeltregulierung der Fall ist. Allerdings ist diese VfGH-Entscheidung nur auf jene Fälle anwendbar, in denen dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber entsprechende Gestaltungsspielräume im Hinblick auf die Vorstrukturierung des Regulierungsermessens eingeräumt sind.

Wie der EuGH in der vorliegenden Entscheidung aufzeigt, ist dies im Anwendungsbereich der EG-RL und EB-RL alt nicht immer der Fall: Der EuGH macht deutlich, dass die Zuständigkeit der NRB bei der Festlegung der Tarifberechnungsmethoden sekundärrechtlich doppelt, nämlich aufgaben- und maßstabsbezogen,

determiniert ist. Nicht nur das (weite) Aufgabenspektrum der NRB als solches ist in der EG-RL und EB-RL alt festgeschrieben (Bestimmung der Fernleitungs- und Verteilungstarife bzw der entsprechenden Berechnungsmethoden<sup>34)</sup>); auch sind die rechtlichen Maßstäbe, an denen ihre Aufgabenwahrnehmung inhaltlich ausgerichtet ist, in der EG-RL und der EB-RL alt hinreichend detailliert bestimmt (etwa die Schaffung geeigneter Anreize zur kurz- und langfristigen Effizienzsteigerung<sup>35)</sup>). Welche Zuständigkeiten der NRB zukommen und nach welchen materiellen Maßstäben sie ihr unionsrechtlich eingeräumtes Regulierungsermessen zu üben hat, scheint nach Ansicht des EuGH in den EG-RL und EB-RL alt abschließend geregelt zu sein.<sup>36)</sup> Ließen sich anhand des Unionsrechts bestimmte Fragen iZm der Entgeltfestsetzung nicht lösen, liegt es wohl im Ermessen der NRB, nach Maßgabe der Richtlinienbestimmungen diesbezügliche Lösungen festzulegen.<sup>37)</sup>

Damit ist klar, dass die MS verpflichtet sind, die unionsrechtlich festgelegten Entscheidungsbefugnisse und Ermessensspielräume der NRB zu wahren.<sup>38)</sup> Die MS haben folglich keine Kompetenz zur (gesetzlichen oder ordnungsförmigen) Kürzung der unionsrechtlich determinierten Zuständigkeiten der NRB, wie es in § 24 Abs 1 EnWG durch die Schaffung einer V-Ermächtigung zugunsten der dBReg geschehen ist.<sup>39)</sup> Damit wird – wie der GA hervorgehoben hat<sup>40)</sup> – nicht in die institutionelle Autonomie der MS bei der Organisation und Strukturierung ihrer NRB eingegriffen.

Geht man davon aus, dass auf Unionsebene bereits ein detaillierter normativer Rahmen für die Festlegung der Tarife und Berechnungsmethoden im Energiebereich vorliegt, stellt sich die Frage, welche Steuerungswirkung der nationale Gesetzgeber gegen-

24) Vgl zur Rezeption der Entscheidung in der dLit *Schmidt-Preuß*, Aktuelles zur Zukunft der normierenden Regulierung im Energiesektor – Empfehlungen an den Gesetz- und Verordnungsgeber, RdE 2021, 173; *Hoppe/Laboch-Semku*, Fehlende Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, Anmerkung, NVwZ 2021, 1441; *Klahm/Fabritius*, Das Aus für die normative Regulierung, ER EnergieRecht 6/2021, 238.

25) EuGH C-767/19, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2020:984, Rn 98 ff.

26) *European Commission*, Assessing the independence and effectiveness of National Regulatory Authorities in the field of energy, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e5f886d6-917d-11e9-9369-01aa75ed71a1/language-en> (zuletzt abgerufen am 7. 12. 2021).

27) *ACM*, Ruling of the EU Court of Justice has consequences for ACM's energy-related duties, <https://www.acm.nl/en/publications/ruling-eu-court-justice-has-consequences-acms-energy-related-duties> (zuletzt abgerufen am 7. 12. 2021).

28) Art 57 Abs 5 Z 1 EB-RL neu legt etwa fest, dass die NRB selbständige Entscheidungen unabhängig von sämtlichen politischen Stellen und damit auch von den Gesetzgebungsorganen treffen kann. ErwGr 82 betont ausdrücklich die mitgliedstaatliche Verpflichtung zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der NRB bei der Festlegung der Netztarife.

29) Zum Begriff im deutschen Recht vgl bspw *Mohr*, Energienetzregulierung als Zivilrechtsgestaltung, EuZW 2019, 229 (233).

30) *StromNZV* (dBGBI I S 2243 idF dBGBI S 3398), *StromNEV* (dBGBI I S 2225 idF dBGBI I S 3229, 3234), *GasNZV* (dBGBI I S 2210 idF dBGBI I S 3026, 3059), *GasNEV* (dBGBI I S 2197 idF dBGBI I S 3229, 3235) sowie *ARegV* (dBGBI I S 2529 idF dBGBI I S 3229).

31) *Hoppe/Laboch-Semku*, NVwZ 2021, 1441 ff.

32) *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (175).

33) Vgl VfSlg 19.422/2011 (= ZTR 2012, 46 ff), in der der VfGH § 25 Abs 1 Z 1 und 3, § 25 Abs 4 und § 25 Abs 12 EIWOG (BGBl I 1998/143 idF BGBl I 2000/121) mangels hinreichender Determinierung der Tarifbestimmungsmethoden aufgrund von Art 18 B-VG als verfassungswidrig aufgehoben hat; tw verweisend auf eine Entscheidung zu VfSlg 15.888/2000, in der der VfGH die Bestimmungen über Systemnutzungstarife im EIWOG, idF BGBl I 1998/143, infolge mangelnder Regelung von Grundsätzen für die Gestaltung der Systemnutzungstarife wegen Verstoßes gegen das Determinierungsgebot aufgehoben hat.

34) Siehe dazu Rn 120.

35) Siehe dazu Rn 121.

36) Vgl Rn 122; s zu einer ähnlich gelagerten EuGH-Entscheidung im Bereich der Telekommunikationsregulierung *Fuchs*, ZfV 2011/1509, 943 (947) mwH.

37) Siehe dazu Schlussanträge des GA *Giovanni Pitruzella* 14. 1. 2021, ECLI:EU:C:2021:20, Rn 120; vgl idS *Fuchs*, ZfV 2011/1509, 943 (947) mwH.

38) Die „Vermengung“ des Unabhängigkeitskonzepts und der Zuständigkeiten der NRB wurde im deutschen Schrifttum kritisiert; s *Gundel*, RdE 2019, 493 (498).

39) Vgl idS EuGH C-543/09, *Deutsche Telekom AG*, ECLI:EU:C:2011:279, Rn 45 f.

40) Siehe dazu Schlussanträge des GA *Giovanni Pitruzella* 14. 1. 2021, ECLI:EU:C:2021:20, Rn 131.

über Regulierungsentscheidungen im Bereich der Energieentgeltregulierung innehat. Im Schrifttum<sup>41)</sup> wurde im Bereich der Telekommunikationsregulierung festgehalten, dass sich seine Zuständigkeit „in einer getreuen innerstaatlichen Abbildung des Unionsrechtsstandes“ begrenze. Dies ist – mit dem GA<sup>42)</sup> – hier insoweit zu relativieren, als das vom EuGH in der vorliegenden Entscheidung hervorgehobene Verbot der (gesetzlichen) Einschränkung der Entscheidungsbefugnisse der NRB nicht dahingehend zu verstehen sein könne, dass es sich auf jede mitgliedstaatliche Regelung erstrecken würde, die die Zuständigkeiten der NRB einschränkend berühren können. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die gesetzliche Vorstrukturierung – ohne Überschreitung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten im Bereich der Energiepolitik nach Art 194 AUEV – weiterhin zulässig ist, wenn der NRB von Gesetzes wegen hinreichende Gestaltungsfreiheiten verbleiben, um ihre Entgeltfestsetzungsverfahren nach Maßgabe des Unionsrechts im Einzelfall durchführen zu können.<sup>43)</sup> Die diesbezügliche Grenze ist wohl mit der Wahrung des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes zu ziehen.<sup>44)</sup>

Ginge man davon aus, dass die Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber im Bereich der Strukturierung der NRB (zumindest tw) auf eine bloße Replizierung des Sekundärrechts hinausliefe, steht dies – so der GA<sup>45)</sup> – der demokratischen Legitimation der (grundrechtssensiblen<sup>46)</sup>) regulierungsbehördlichen Entscheidungen im Bereich der Netzentgeltfestsetzung nicht entgegen: Der demokratische Legitimationszusammenhang würde diesfalls über das unionsrechtliche RL-Erlassungsverfahren hergestellt. Dass dies nicht zwangsläufig zu einer Verringerung des Determinierungsgrades nach Art 18 Abs 2 B-VG führt, wurde im Schrifttum bereits festgehalten.<sup>47)</sup>

### Auswirkungen auf die österr Kosten- und Entgeltregulierung?

In Österreich besteht das Prinzip der Systemnutzungstarifizierung: Demnach ist der Vorstand der E-Control zur bescheidmäßigen Festsetzung der Kosten, Zielvorgaben und des Mengengerüsts von Netzbetreibern anhand der einschlägigen Vorgaben des EIWOG 2010 und GWG 2011 zuständig.<sup>48)</sup> Die in diesem Verfahren festgestellten Kosten sowie das festgestellte Mengengerüst bilden die Basis der Bestimmung der Systemnutzungsentgelte sowie erforderlichenfalls der Ausgleichszahlungen zwischen Netzbetreibern eines Netzbereichs mit Verordnung der Regulierungskommission.<sup>49)</sup> Hierbei sind bestimmte gesetzlich festgelegte Grundsätze der Kosten- und Mengenermittlung<sup>50)</sup> sowie besondere Regeln zur Bestimmung der einzelnen Entgeltkomponenten zu beachten.<sup>51)</sup> Der E-Control wird dabei ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt.<sup>52)</sup>

Auch vor dem Hintergrund des strengen Zugangs des EuGH in Bezug auf die Unabhängigkeit der nationalen Energieregulierungsbehörden ist davon auszugehen, dass energiepolitische Entscheidungen mit „leitbildhaftem“ Charakter weiterhin dem Gesetzgeber obliegen.<sup>53)</sup> Es sei dahingestellt, ob und inwieweit insb die § 59 EIWOG 2010 und § 79 GWG 2011 derartige Regelungen mit Leitbildcharakter darstellen. Im Hinblick auf die schwelende Diskussion um die Unionsrechtskonformität der österr Bestimmungen zur Kosten- und Mengenermittlung sind Zweifel an der Unionsrechtskonformität der angesprochenen Regelungen nicht gänzlich unbegründet, legen § 59 EIWOG 2010 und § 79 GWG 2011 doch die Grundsätze der Kosten- und Mengenermittlung detailliert, wenn auch unter Zugrundelegung zahlreicher unbestimmter Gesetzesbegriffe fest. Freilich darf nicht übersehen werden, dass die Vorgaben für die Tariffestlegung durch die E-Control wesentlich weniger detailliert sind, als dies in Deutschland im

Hinblick auf die Tariffestlegung durch die BNetzA der Fall ist.<sup>54)</sup> Der E-Control verbleibt demnach ein wesentlich größerer Spielraum zur – vom EuGH geforderten – unabhängigen Tariffestlegung.

Stünden bestimmte Regelungen im EIWOG 2010 und GWG 2011 im Widerspruch zum Unionsrecht, wäre Folgendes zu beachten: Ob die relevanten RL-Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind, richtet sich laut der stRsp des EuGH<sup>55)</sup> danach, ob (i) Österreich bei der (rechtsrichtigen und/oder vollständigen) Umsetzung der relevanten Bestimmungen der EG-RL und EB-RL alt säumig ist, (ii) die Bestimmungen der RL inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind und (iii) den Einzelnen begünstigen. Während der EuGH das Vorliegen des zweiten Kriteriums in der vorliegenden Entscheidung bereits bejaht hat, stellt sich die Frage, ob die relevanten Bestimmungen der EB-RL alt und EG-RL den Einzelnen begünstigen. Dabei räumen die relevanten Bestimmungen der RL nach Ansicht des deutschen BGH keine hinreichend bestimmten Rechte zugunsten Einzelner ein. Vielmehr seien darin lediglich die Aufgaben und Befugnisse der NRB geregelt. Der BGH kommt deshalb zum Schluss, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit ausscheide.<sup>56)</sup> Verneinte man die unmittelbare Anwendbarkeit der genannten RL-Bestimmungen, bestünde die Konsequenz darin, dass die E-Control die einschlägigen Bestimmungen bis zur allfälligen Erlassung eines unionsrechtskonformen Umsetzungsakts anzuwenden hätte.

### Conclusio

Der EuGH äußert sich zur Unabhängigkeit der Energieregulierungsbehörden und betont dabei ihren unionsrechtlich gewährleisteten Freiraum zur Tariffestlegung. Die wesentlichen Grundsätze seien bereits unionsrechtlich determiniert, weshalb es eines detaillierten – in allgemein-abstrakte Rechtsform gekleideten – Kriterienkatalogs auf nationaler Ebene nicht bedarf. Eine überstarke Determinierung des regulierungsbehördlichen Ermessens

41) *Fuchs*, ZfV 2011/1509, 943 (948) mwH.

42) Vgl Schlussanträge des GA *Giovanni Pitruzella* 14. 1. 2021, ECLI:EU:C:2021:20; In Rn 120 hält er fest, dass sich die gesetzgeberische Vorstrukturierung der Funktionsweise der NRB nicht auf die Ausübung des „Kerns“ der ihnen durch das Unionsrecht vorbehaltenen Befugnisse auswirken dürfe.

43) Vgl idS iZm der Telekommunikationsregulierung *Fuchs*, ZfV 2011/1509, 943 (948).

44) Zur Verpflichtung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers, den Effet-utile-Grundsatz zu wahren, vgl *Streinz* in *Streinz*, Kommentar zum EUV/AEUV<sup>3</sup> (2018) Art 4 EUV Rz 46.

45) Schlussanträge des GA *Giovanni Pitruzella* 14. 1. 2021, ECLI:EU:C:2021:20, Rn 140ff.

46) Siehe dazu *Muffler*, Regulierung außer Kontrolle? rescriptum 2014, 85 (88); *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173.

47) *Fuchs*, ZfV 2011/1509, 943 (948) mwH.

48) § 48 EIWOG 2010 iVm § 7 Abs 1 E-ControlG.

49) §§ 49, 59f EIWOG 2010 (Elektrizität) und § 24 Abs 2 und § 70 GWG 2011 (Erdgas) iVm § 12 Abs 2 Z 1 E-ControlG.

50) §§ 59, 60 EIWOG 2010; §§ 79ff GWG 2011.

51) §§ 51ff EIWOG 2010; §§ 72ff GWG 2011.

52) Siehe nur VwGH 18. 11. 2014, 2012/05/0092. Siehe dazu auch die sehr informative Studie der Europäischen Kommission „Assessing the independence and effectiveness of National Regulatory Authorities in the field of energy“ (abrufbar unter <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e5f886d6-917d-11e9-9369-01aa75ed71a1/language-en>, zuletzt abgerufen am 7. 12. 2021), in der die Kommission auch die wesentlichen Unterschiede zwischen der deutschen und der österr Tarifregulierung hervorstreicht und auf das weitere Ermessen der E-Control verweist (insb auf den Seiten 90ff, 142f, 173).

53) Dazu zählen etwa der Zeitpunkt und die Konstruktion der Anreizregulierung, vgl *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173 (174) und *Giovanni Pitruzella* 14. 1. 2021, ECLI:EU:C:2021:20, Rn 141.

54) Siehe dazu bereits Beispiele weiter oben.

55) EuGH C-6/90 und C-9/90, *Franovich*, ECLI:EU:C:1991:428, Rn 11.

56) Siehe Beschluss 8. 10. 2019, EnVR 58/18, normativer Regulierungsrahmen. Zu beachten ist freilich die unmittelbare objektiv-rechtliche Wirkung von Richtlinien, die sich an den MS und auch an die mitgliedstaatlichen Behörden richtet, s EuGH C-431/92, *Großkrotzenburg*, ECLI:EU:C:1995:260 oder C-312/93, *Peterbroek*, ECLI:EU:C:1995:437.

durch den nationalen Gesetzes- oder Verordnungsgeber widerspricht dem einschlägigen Unionsrecht.

Die vom EuGH als unionsrechtswidrig eingestufte deutsche Rechtslage unterscheidet sich grundlegend von der österr. Es sei daher dahingestellt, inwieweit auch die österr. Regelungen – allen voran § 59 EIWOG 2010 und § 79 GWG 2011 – als richtlinienwidrig anzusehen sind. Das Urteil des EuGH wirkt in Österreich auf zweifache Weise: Einerseits unterstreicht der EuGH die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung des na-

tionalen Rechts, indem er für den Bereich der Tarifregulierung von einem „*derart detaillierten normativen Rahmen auf Unions-ebene*“ spricht. Andererseits wird der österr. Energiegesetzgeber bei zukünftigen Gesetzesnovellierungen sehr genau zu prüfen haben, inwieweit für eine gesetzliche Entgeltregulierung Raum bleibt, angesichts des immer detaillierteren unionsrechtlichen Rahmens.

*Johannes Hartlieb/Emil Nigmatullin,  
Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH*