

# ElWG: Der Rückzug des Gesetzgebers bei der Netzkostenermittlung – ein Stück zu weit?

**BEITRAG.** Nationale Energie-Regulierungsbehörden müssen in Regulierungsfragen unabhängig und autonom entscheiden. Geht diese Unabhängigkeit aber so weit, dass der Gesetzgeber keine über das Unionsrecht hinausgehenden Grundsätze für die Kosten- und Mengenermittlung von Netzbetreibern normieren darf? **ecolex 2024/366**



Patrick Barabas, BA, LL.B., LL.M., ist Associate der Schönherr Rechtsanwälte GmbH.  
Mag. Bernd Rajal ist Partner der Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

## A. Einleitung

Mit dem Entwurf für ein ElWG (ElWG-E)<sup>1)</sup> werden die unionsrechtlichen Vorgaben der RL 2019/944 über den Elektrizitätsbinnenmarkt<sup>2)</sup> (EBM-RL) und die VO 2019/943 über den Elektrizitätsbinnenmarkt<sup>3)</sup> (EBM-VO) umgesetzt sowie das in die Jahre gekommene ElWOG 2010<sup>4)</sup> abgelöst.<sup>5)</sup> Der ElWG-E weitet den Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde bei der Kosten- und Mengenermittlung der Netzbetreiber insoweit wesentlich aus, als sich die gesetzlichen Bestimmungen iW auf Festlegungskompetenzen der E-Control (ECA) beschränken. Als Begründung wird in den Mat auf eine E des EuGH<sup>6)</sup> zur Unabhängigkeit der deutschen Energie-Regulierungsbehörde (BNetzA) verwiesen.<sup>7)</sup>

## B. Folgen des EuGH-Urteils C-718/18

### Der Gesetzgeber nimmt die EuGH-Rsp zum Anlass, um bestehende Grundsätze der Kosten- und Mengenermittlung zu beseitigen.

Anweisungen gegenüber der BNetzA betreffend die Festlegung von Netzentgelten zu erlassen, im Widerspruch zum Unionsrecht steht. Der EuGH teilte die Rechtsansicht der EK und stellte eine Verletzung der exklusiven Zuständigkeit der BNetzA im Bereich der Netzentgeltregulierung fest. In der Begründung mahnte der EuGH eine „völlige Unabhängigkeit“ der nationalen Regulierungsbehörde (NRB) von der politischen Macht ein.<sup>8)</sup> Die NRB müsse im Verhältnis zu jenen Einrichtungen, denen gegenüber ihre Unabhängigkeit zu wahren ist, „völlig frei handeln“ können und „vor jeglicher Weisung und Einflussnahme von außen geschützt“ sein.<sup>9)</sup> Nach dem EuGH vollziehen die NRB ihre Aufgaben „auf der Grundlage einer technisch-fachlichen Beurteilung der Wirklichkeit“. Zudem bestünden aufgrund des detaillierten normativen Rahmens auf Unionsebene Ermessenseinschränkungen, die Entscheidungen politischer Art durch die NRB verhindern.<sup>10)</sup> Der ö Gesetzgeber nimmt diese E offenkundig zum Anlass, um die bestehenden gesetzlichen Grundsätze der Kosten- und Mengenermittlung weitgehend zu beseitigen.

In EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, vertrat die EK die Ansicht, dass § 24 dEnWG, der die dt Bundesregierung ermächtigte, Rechtsverordnungen mit detaillierten

## C. Der geplante Rückzug des Gesetzgebers

Die Dichte an inhaltlichen Vorgaben zur Kosten- und Mengenermittlung fällt im ElWG-E im Vergleich zum ElWOG 2010<sup>11)</sup> dünn aus. Zunächst verweist § 130 Abs 1 ElWG-E darauf, dass bei der Kostenermittlung die Grundsätze des Art 18 EBM-VO zu berücksichtigen sind. So müssen etwa Quersubventionierungen verhindert<sup>12)</sup> und notwendige Netzinvestitionen auf eine Art und Weise vorgenommen werden, die die Lebens- und Leistungsfähigkeit der Netze gewährleisten und zur Erhöhung der Widerstandsfähigkeit und Flexibilität der Netze beitragen.<sup>13)</sup>

Weiters hat die ECA nach § 130 Abs 2 ElWG-E nicht näher definierte „Festlegungen“ für die Kosten- und Mengenermittlung, insb für die zu berücksichtigenden Kosten,<sup>14)</sup> deren Ermittlung und Nachweise sowie für die kostenmindernden Positionen zu treffen. Abs 3 leg cit enthält unverbindliche Vorgaben für die Kosten- und Mengenermittlung („kann“). Der ECA steht es künftig etwa offen, Festlegungen zu den einzelnen Parametern der Regulierungssystematik wie generelle und individuelle Zielvorgaben für die Netzbetreiber zu treffen. Die ECA kann zudem auch weitere, im Gesetz nicht determinierte Vorgaben festlegen, weil § 130 Abs 2 und 3 ElWG-E lediglich Mindestvorgaben normieren („insbesondere“).

<sup>1)</sup> Der vorliegende Beitrag basiert auf 310/ME 27. GP des ElWG v 10. 1. 2024 in der überarbeiteten Fassung vom 2. 5. 2024. Eine endgültige Beschlussfassung liegt im Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrags nicht vor.

<sup>2)</sup> RL (EU) 2019/944, ABI L 2019/158, 125.

<sup>3)</sup> VO (EU) 2019/943, ABI L 2019/158, 54.

<sup>4)</sup> ElWOG 2010 BGBl I 2010/110.

<sup>5)</sup> Vgl *Ennser/Kollmann*, Elektrizitätswirtschaftsgesetz ante portas, RdU 2023, 102.

<sup>6)</sup> EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:662.

<sup>7)</sup> ME ElektrizitätswirtschaftsG Energiearmuts-DefinitionsG; Energie-ControlG, Änderung, 310/ME 27. GP Erläut 31f (Entwurf 2. 5. 2024).

<sup>8)</sup> EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:662, Rn 112.

<sup>9)</sup> EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:662, Rn 108.

<sup>10)</sup> EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:662, Rn 132.

<sup>11)</sup> Vgl dazu die §§ 59–61 ElWOG 2010.

<sup>12)</sup> Vgl Art 59 Abs 1 lit j EBM-RL.

<sup>13)</sup> Vgl Art 18 Abs 1 EBM-VO.

<sup>14)</sup> Der ME ließ hier noch den wichtigen Grundsatz einer angemessenen Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital vermissen, die letzte Arbeitsfassung des Gesetzesentwurfs scheint diesen Grundsatz aufzunehmen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht drängt sich die Frage nach der hinreichenden Bestimmtheit von § 130 Abs 2 und Abs 3 ElWG-E auf. Das Staatshandeln, dazu zählt auch das Tätigwerden der ECA im Rahmen der Kosten- und Mengenermittlung, ist durch den Gesetzgeber zu determinieren.<sup>15)</sup> Eine Determinierung kann allerdings auch durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht erfolgen.<sup>16)</sup> Der Gesetzgeber muss bestimmen, nach welchen Kriterien regulierungsbehördliches Ermessen auszuüben ist, um den Anforderungen des Art 18 B-VG zu entsprechen.<sup>17)</sup> Die gesetzliche Ermächtigung der ECA, wonach diese bei der Gestaltung ihrer Regulierungssystematik zur Kosten- und Mengenermittlung weitgehend unbestimmte Festlegungen treffen „kann“,<sup>18)</sup> entspricht – isoliert betrachtet – diesen Anforderungen nicht, weil diese unverbindliche Regelung das Handeln der Behörde gerade nicht inhaltlich hinreichend bestimmt und der ECA damit ein nahezu unbegrenzter Spielraum eingeräumt wird.<sup>19)</sup> Allerdings darf § 130 ElWG-E im Lichte der EuGH-Rsp gerade nicht isoliert betrachtet werden. Der EuGH verweist iZm der Festlegung von Netztarifen auf den detaillierten normativen Rahmen auf Unionsrechtsebene, der den regulierungsbehördlichen Wertungsspielraum der NRB wesentlich beschränkt.<sup>20)</sup> Insoweit könnte der in § 130 Abs 1 ElWG-E enthaltene Verweis auf die in Art 18 EBM-VO festgelegten Ziele und Grundsätze zur Netzentgeltregulierung im Hinblick auf das Gebot der ausreichenden Determinierung hinreichend sein. Derartige Verweise sind grds zulässig, sofern das Verweisungsobjekt in der verweisenden Norm ausreichend bestimmt festgelegt ist.<sup>21)</sup> Weitere Zielvorgaben ergeben sich aus § 4 E-Control-G sowie den Netzkodizes und Leitlinien der Kommission. Von einem schrankenlosen Ermessen<sup>22)</sup> der ECA kann daher nicht gesprochen werden.

Kritisch ist aber, dass weder die EBM-VO noch der ElWG-E konkrete Festlegungen für die Ermittlung der Finanzierungskosten von Netzbetreibern trifft.<sup>23)</sup> In Anbetracht der Komplexität der Kosten- und Mengenermittlung erscheint der damit eröffnete Ermessensspielraum der ECA im Bereich der Ermittlung der Finanzierungskosten (zu) weit und Bedarf daher einer Untersuchung.

## D. Gesetzliche Vordeterminierung im Bereich der Kosten- und Mengenermittlung

Zur Frage, ob eine gesetzliche Vordeterminierung regulierungsbehördlichen Ermessens vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Rahmens sowie EuGH- C-718/18, *Kommission/Deutschland*, überhaupt zulässig sein soll, wird in der Lit nicht einhellig Stellung genommen.<sup>24)</sup> Besonders ausführlich widmet sich *Storr* dieser Frage. In seinem Beitrag<sup>25)</sup> zieht er ua Art 18 EBM-VO als Maßstab für eine detaillierte unionsrechtliche Konformitätsprüfung der einzelnen Entgeltkomponenten des ElWOG 2010 heran und kommt dabei mehrmals zum Ergebnis, dass Unionsrecht verletzt wird, weil der nationale Gesetzgeber den Ermessensspielraum der ECA unzulässigerweise einschränke. Dabei fällt auf, dass im genannten Beitrag hinsichtlich der Grundsätze der Kosten- und Mengenermittlung in den §§ 59–62 ElWOG 2010 keine Detailanalyse erfolgt. Vielmehr verweist *Storr* allgemein darauf, dass die Bestimmungen für die Kosten- und Mengenermittlung Methoden bzw Tarife betreffen und daher in die ausschließliche Kompetenz der ECA fallen.<sup>26)</sup> Diese Einschätzung greift ua zu kurz.

Der ECA stehen bei der komplexen Kosten- und Mengenermittlung viele unterschiedliche Ermittlungsmethoden zur Ver-

fügung. Insb für die Ermittlung der Finanzierungskosten können unterschiedliche Modelle gewählt werden. Das von der ECA gewählte Modell kann die Netzinfrastrukturinvestitionen wesentlich beeinflussen.<sup>27)</sup> Kritisch ist uE, dass das ElWG für diese Methoden nicht einmal grundlegende Prinzipien normiert. So fehlt im ElWG-E das Gebot der Berücksichtigung der Verhältnisse des Kapitalmarkts. Dieses Gebot ist in Anbetracht der jüngsten Entwicklungen auf den Finanzmärkten (kurzfristige Zinserhöhungen) für die Lebensfähigkeit der Netze und die dringend notwendigen Netzausbauten von großer Bedeutung. Auch Festlegungen zur Bestimmung des Finanzierungskostensatzes und zur Ermittlung der verzinslichen Kapitalbasis fehlen im ElWG-E. Gleichzeitig trifft die EBM-VO, soweit ersichtlich, keine derart konkreten materiell-rechtlichen Vorgaben zur Kostenermittlung, die den Ermessensspielraum der ECA im zur Zielerreichung erforderlichen Ausmaß lenken würden. So wird auch auf Unionsrechtsebene keine Pflicht zur Berücksichtigung der Verhältnisse am Kapitalmarkt normiert. Zudem fehlen unionsrechtliche Vorgaben für eine stabile und konsistente Methodik im Bereich der Kosten- und Mengenermittlung. Hier eröffnen sich daher auffallend weite Entscheidungsspielräume für die NRB. Bei näherer Betrachtung erfolgt im Unionsrecht nicht einmal eine stringente Abgrenzung zw der Ebene der Kostenfeststellung und jener der Tariffestsetzung.<sup>28)</sup> Insoweit kann bei der Kosten- und Mengenermittlung von einem entsprechenden Umsetzungsspielraum ausgegangen werden, den der nationale Gesetzgeber entsprechend ausgestalten muss. Nach dem „*Grundsatz der doppelten Bindung*“ ist der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung von Unionsrecht sowohl an Unionsrecht als auch an höherrangiges staatliches Recht gebunden, wenn und soweit die innerstaatliche Umsetzung nicht vollständig durch Unionsrecht determiniert ist. Von einer gesetzlichen Lenkungscompetenz des nationalen Gesetzgebers ausgehend, ist es dem Gesetzgeber nicht erlaubt, der ECA einen – bspw im Hinblick auf die Ermittlung der Finanzierungskosten – zu weiten Ermessensspielraum einzuräumen.

Unklar erscheint, warum gewisse Konkretisierungen im Hinblick auf die Kosten- und Mengenermittlung zwar ihren Platz in den Mat des ElWG-E, nicht jedoch im Gesetzestext gefunden haben. Bspw fehlt jene Maßgabe im Gesetzestext, wonach Finanzierungskosten eine angemessene und risiko-

<sup>15)</sup> Vgl *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> (2020) Art 18 Rz 3.

<sup>16)</sup> *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> Art 18 Rz 3.

<sup>17)</sup> Vgl *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>7</sup> Rz 155.

<sup>18)</sup> § 130 Abs 3 ElWG-E (2. 5. 2024).

<sup>19)</sup> Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> Rz 601.

<sup>20)</sup> EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:662, Rn 132.

<sup>21)</sup> VfSlg 18.331/2007, 16.999/2003; *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> Art 18 Rz 10.

<sup>22)</sup> Vgl VfSlg 15.356/1998.

<sup>23)</sup> Siehe jedoch FN 44.

<sup>24)</sup> Für einen Überblick siehe *Holoubek/Oswald*, Die Unabhängigkeit von Energieregulierungsbehörden und der Regelungsspielraum des Umsetzungsgesetzgebers, ÖZW 2023, 52 (56f).

<sup>25)</sup> *Storr*, Der Regelungsspielraum des österreichischen Gesetzgebers für Systemnutzungsentgelte nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-718/18 (*Kommission/Deutschland*) vom 2. 9. 2021, ZÖR 2022, 1097.

<sup>26)</sup> *Storr*, ZÖR 2022, 1144.

<sup>27)</sup> Vgl E-Control, Regulierungssystematik für die Strom-Übertragungsnetzbetreiber 1. Jänner 2023–31. Dezember 2028, 10ff. Derzeit wird der Finanzierungskostensatz für Übertragungsnetzbetreiber auf Basis eines WACC-Ansatzes (*weighted average cost of capital*-Ansatz) festgelegt. Im Rahmen dieses Ansatzes werden die regulatorischen Kapitalkosten als gewichteter Durchschnitt aus den Eigen- und Fremdkapitalkosten ermittelt.

<sup>28)</sup> Vgl 310/ME 27. GP Erläut 35 (Entwurf 2. 5. 2024).

adäquate Verzinsung des eingesetzten Kapitals, die auch die Verhältnisse des Kapitalmarkts berücksichtigt, zu umfassen haben.<sup>29)</sup> Auch Vorgaben zum Verhältnis zw Gewinn und unternehmerischem Risiko fehlen im Gesetzestext. Derartige Vorgaben müssten aber uE gesetzlich normiert werden, damit sichergestellt wird, dass das (weite) Ermessen der ECA zumindest durch grundlegende Kostenermittlungsgrundsätze determiniert wird. Die Anwendung dieser Grundsätze ist uE zwingend erforderlich, um zu den unionsrechtlich vorgegebenen Zielen im Bereich der Systemnutzungsentgelte (zB Sicherstellung des notwendigen Netzausbaus) beizutragen.

## E. „Völlige Unabhängigkeit“ und Rechtsschutz

Aus dem Rechtsstaatsprinzip leitet sich das Gebot zur effektiven Kontrolle des Vollziehungshandelns, und somit auch des Tätigwerdens der ECA,<sup>30)</sup> auf seine Gesetzmäßigkeit ab.<sup>31)</sup> Auf Ebene der bescheidmäßigen Feststellung der Kostenbasis<sup>32)</sup> steht Rechtsschutzwerbenden die zweistufige verwaltungsgerichtliche Kontrolle offen. Der Gang zum VwGH ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig.<sup>33)</sup> Der EuGH betont, dass die Entscheidungen nationaler Energie-Regulierungsbehörden, trotz Unabhängigkeit und Autonomie, der gerichtlichen Kontrolle unterworfen bleiben.<sup>34)</sup>

Aufgrund der in §§ 59ff EIWOG 2010 normierten Kostenermittlungsgrundsätze stehen den Rechtsschutzinstanzen in Beschwerdeverfahren umfangreiche Beurteilungsmaßstäbe zur Verfügung.<sup>35)</sup> Im EIWG-E verringert sich die Anzahl der Beurteilungsmaßstäbe. Dies wirft Bedenken im Hinblick auf den Rechtsschutz auf, immerhin werden verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidungen dahingehend überprüft, ob Ermessen iSd Gesetzes geübt wurde.<sup>36)</sup> So stellt sich die Frage, inwieweit der schwache Bestimmtheitsgrad von § 130 EIWG-E einen effektiven Rechtsschutz zulässt.<sup>37)</sup> Im Zuge einer Ermessenskontrolle eruieren die VwG den Sinn einer Gesetzesbestimmung und legen damit den Beurteilungsmaßstab fest.<sup>38)</sup> Im Rahmen einer Kontrolle von Kostenfeststellungsbescheiden könnte sich künftig die Frage nach den wesentlichen Determinanten und Grenzen des Regulierungsermessens der ECA stellen. Insoweit die VwG in der Sache selbst entscheiden,<sup>39)</sup> kommt das weite Ermessen auf Ebene der gerichtlichen Entscheidung zum Tragen. Aus Sicht der Normunterworfenen werden künftig nicht bloß regulierungsbehördliche Entschei-

dungen im Bereich der Kostenfeststellung, sondern auch Entscheidungen der Kontrollinstanzen tendenziell schwerer vorhersehbar.

## Schlussstrich

Das Regulierungsermessen der ECA erfährt durch den EIWG-E eine wesentliche Erweiterung, insb in Bezug auf die Festlegung von Vorgaben für die Kosten- und Mengenermittlung der Netzbetreiber. Im Bereich der Netzentgeltregulierung zieht sich der Gesetzgeber auf die Festlegung von Ermächtigungen und Verfahren zurück. Auf die Regelung von Grundsätzen zur Kosten- und Mengenermittlung wird mit Verweis auf EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, weitgehend verzichtet bzw werden unverbindliche Mindestvorgaben gemacht. Inwieweit der Gesetzgeber im Rahmen des EIWG bei der Regelung der Systemnutzungsentgelte an das Unionsrecht und an das höherrangige innerstaatliche Recht gebunden ist oder, wie es in EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, nahegelegt wird, überwiegend an das Unionsrecht, darüber herrscht Uneinigkeit. UE ist im Bereich der Kosten- und Mengenermittlung ein Umsetzungsspielraum gegeben. Der EIWG-E füllt diesen Umsetzungsspielraum uE nicht hinreichend aus. Der Grundsatz der doppelten Bindung und das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes könnten dadurch verletzt werden.

<sup>29)</sup> Der Entwurf der Mat zum ME vom Jänner 2024 traf dazu überhaupt keine Aussage, vgl 310/ME 27. GP Erläut 24 (Entwurf 10. 1. 2024).

<sup>30)</sup> Die Energie-Regulierungsbehörde *E-Control* ist mit Aufgaben der Hoheitsverwaltung betraut. Sie besorgt die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft; vgl *Baumgartner/Fuchs* in *Bachmann et al*, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>12</sup> (2018) 428.

<sup>31)</sup> *Traubnigg*, Strukturfragen eines umfassenden effektiven Rechtsschutzes. Grundzüge der Rechtsstaatsjudikatur des VfGH, JAP 2020/2021, 83.

<sup>32)</sup> § 126 EIWG-E (2. 5. 2024).

<sup>33)</sup> Vgl *Gruber*, Zur Rechtsprechung des VwGH über die Unzulässigkeit der Revision nach Art 133 Abs 4 B-VG; gem Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG erkennt der VwGH über Rev gegen das Erk eines VwG wegen Rechtswidrigkeit.

<sup>34)</sup> EuGH C-718/18, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2021:662, Rn 126.

<sup>35)</sup> Vgl hierzu BVwG 3. 9. 2019, W157 2006176-1 sowie 19. 6. 2023, W295 2183619-1.

<sup>36)</sup> Vgl Art 130 Abs 3 B-VG.

<sup>37)</sup> Vgl *Wutscher*, Determinierung und Kontrolle von Regulierungsbehörden, ZÖR 2024, 43 (56).

<sup>38)</sup> *Fister*, Ermessenskontrolle von verwaltungsbehördlichen Entscheidungen, ZÖR 2024, 227 (230).

<sup>39)</sup> Vgl Art 130 Abs 4 B-VG und § 28 Abs 2 VwGVG.

Mit **RDB Keywords** gibt es keinen Zweifel mehr: Der

## Tippsgeber

verräät Ihnen weder die Glückszahlen der nächsten Woche, noch hat er besondere Fähigkeiten als Lebensberater.



### RDB Keywords

Juristische Begriffe schnell und unkompliziert erklärt.



rdb.at  
MANZ