

Prozessfinanzierung zulässig?

ElWOG und Ökostromgesetz –
Neuerungen

Aggressive Werbung von
Matura-(Alkohol-)Reisen

Delegiertenversammlung des
Vereins

Kartellverfahren
Hausdurchsuchung

Pensionskassen-Betriebsvereinbarung
Sachgerechte Auslegung

Bankgeheimnis und
Geldwäscherei-Meldepflichten

EuGH *Dickinger/Öhler*
Weiter Kampf um den Glücksspielmarkt

ElWOG 2010 – ausgewählte Neuerungen im Überblick

Zwischen weithin Bekanntem birgt das ElWOG 2010 nützliche, heikle, aber auch eigentümliche Regelungen für die E-Wirtschaft.

ANDREAS HAUER

A. Einleitung

Das ElWOG 2010¹⁾ ist in Umsetzung des 3. Elektrizitätsbinnenmarktpakets am 3. 3. 2011 in Kraft getreten. Es verbindet viele Neuerungen mit zahlreichen Regelungen, die wörtlich dem alten ElWOG entnommen sind. Im Folgenden sollen wichtige Neueregulungen angeschnitten werden, ausgenommen neues Sonderzivilrecht, auf das *Ingemar Breuss* im nachfolgenden Beitrag eingeht.

B. Der Betrieb von Netzen

1. Allgemeine Pflichten

Das *Verbot von Quersubventionen* findet sich nunmehr im Rahmen der etwas ausgebauten Regeln über die buchhalterische Entflechtung ausdrücklich verankert. An die Stelle der zuletzt bereits überholten Regelung über die verwaltungsmäßige Entflechtung²⁾ tritt ein umfassend formuliertes, alle Netzbetreiber treffendes *Diskriminierungsverbot* (§ 9). Damit ist eine stärkere Hervorhebung verbunden, substantiell neu ist es jedoch nicht.³⁾ Dieser verstärkten Betonung entspricht, dass die Verletzung des Diskriminierungsverbots nunmehr durch massive Geldbußen sanktioniert wird.⁴⁾ Das *Vertraulichkeitsgebot* des § 11 wurde richtlinienkonform ausgebaut: Es bezieht sich über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse hinaus nunmehr auf alle „wirtschaftlich sensiblen Informationen“ bei Netzbetreibern und verbietet nachdrücklich die einseitig begünstigende Informationsweitergabe an integrierte Elektrizitätsunternehmen.

2. Netzzugang

Zwar sind die Grundzüge des Rechts des *Netzzugangs* unverändert geblieben (§§ 15 und 16), jedoch wurde die Legaldefinition des „Netzzugangsberechtigten“ (§ 7 Z 54) auf jedermann, der „Netzzugang begehrt“, erweitert. Begünstigt sind jedenfalls auch alle „Elektrizitätsunternehmen, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist“. Leider wurde § 75 (er entspricht wörtlich § 43 ElWOG aF) nicht mit dieser Rechtslage abgestimmt, kann aber harmonisierend interpretiert werden.

Die Regelung der *allgemeinen Netzzugangsbedingungen*⁵⁾ wurde nur punktuell ausgebaut.⁶⁾ Erhebliche Bedeutung hat jedoch die damit in Zusammenhang stehende Grundsatzbestimmung des § 18:⁷⁾ Werden neue allgemeine Netzbedingungen regulierungsbehördlich genehmigt, muss der Netzbetreiber „dies“ (den Umstand der Genehmigung) den Netznutzern individuell mitteilen (der neue AGB-Text ist

hingegen nur auf Wunsch zuzusenden). „Die Änderungen gelten ab dem nach Ablauf von drei Monaten folgenden Monatsersten als vereinbart.“ Damit ist – rechtspolitisch sinnvoll – vorgesehen, dass einheitlich immer die aktuellen AGB gelten und nicht einzelne Netznutzer auf Aufrechterhaltung des Netzzugangs zu alten Bedingungen beharren können. Dadurch nehmen die AGB jedoch eher den Charakter objektiver Normen an und entfernen sich von echten, auf privatautonomer Willensübereinstimmung basierenden Vertragsbestandteilen. Neben den Sonstigen Marktregeln und den TOR⁸⁾ liegt damit eine weitere eigentümliche Zwitterform vor. Soweit man die Gelegenheit trotzdem noch als Sonderzivilrecht qualifiziert, stellt sich die Frage, ob sie der Regelung durch Grundsatzgesetz (§ 18 ist als Grundsatzbestimmung iSv Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG bezeichnet) zugänglich ist, ob also der Elektrizitätswesen-Tatbestand zur Erlassung von Zivilrecht (Zivilrechtsgrundsätzen) neben den Zivilrechtskompetenzen der Art 10 Abs 1 Z 6 und Art 15 Abs 9 B-VG ermächtigt.

Neu ist auch die Verordnungsermächtigung zugunsten der Regulierungsbehörde, verbindliche *Qualitätsstandards für die Netzdienstleistungen* (insb die Sicherheit und Zuverlässigkeit betreffend) festzulegen und Kennzahlen zur Überwachung der Einhaltung dieser Standards aufzustellen (§ 19). So können etwa auch Standards zur höchstzulässigen Dauer und Häufigkeit von Versorgungsunterbrechungen begründet werden. Soweit das Rechtsverhältnis zum Netzzugangsberechtigten betroffen ist, sind die Standards in die allgemeinen Bedingungen aufzunehmen und erhalten somit auch vertragsrechtliche Verbindlichkeit. Besondere Brisanz (und Unklarheit) birgt der beiläufig anmutende Satz: „Es sind etwaige (sic!) Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der Standards für Netzbetreiber in der Verordnung festzulegen, wenn die Einhaltung der festgelegten Standards ansonsten nicht vollständig gewährleistet ist.“

Univ.-Prof. Dr. *Andreas Hauer* lehrt am Institut für Verwaltungsrecht der JKU Linz und leitet die Abteilung Energierecht des Energieinstituts an der JKU Linz.

- 1) BGBl I 2010/110.
- 2) § 9 ElWOG aF.
- 3) Siehe bereits § 23 Z 9 und § 29 Z 19 ElWOG aF bzw § 40 Z 9 und § 45 Z 20 ElWOG 2010.
- 4) Dazu unten F.
- 5) § 17 ElWOG 2010, ehemals § 18 ElWOG aF.
- 6) § 17 Abs 3 Z 4, 15 und 16 sowie der letzte Satz.
- 7) Ehemals § 18 Abs 3 ElWOG aF.
- 8) Technische und Organisatorische Regeln für Betreiber und Benutzer von Netzen.

3. Regelzonen und Übertragungsnetzbetreiber

Die §§ 24 bis 35 regeln – in Umsetzung eines unionsrechtlichen Schwerpunkts des dritten Binnenmarktpakets – die *Entflechtung* der Übertragungsnetzbetreiber und stellen dafür drei Optionen zur Verfügung: Das Standardmodell ist die „eigentumsrechtliche Entflechtung von Übertragungsnetzbetreibern“ (§ 24). Alternativ kommen die Modelle des Independent System Operator (ISO, §§ 25–27) bzw des Independent Transmission Operator (ITO, §§ 28–32) in Betracht. Der Gesetzgeber hat hier vielfach bloß den Richtlinien text abgeschrieben und das Gesetz damit häufig mit verfassungsrechtlich bedenklicher Unterdeterminierung belastet.

An die Stelle der „Langfristplanung“ tritt der *Netzentwicklungsplan* für das Übertragungsnetz, dem die §§ 37–39 gewidmet sind. Er ist vom Übertragungsnetzbetreiber jährlich zu erstellen,⁹⁾ auf zehn Jahre angelegt und der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen. Genehmigungsvoraussetzungen sind der Nachweis der technischen Notwendigkeit, Angemessenheit und Wirtschaftlichkeit der Investitionen. Eine wesentliche Rechtsfolge des genehmigten Netzentwicklungsplans liegt jedenfalls darin, dass angemessene Kosten zu seiner Umsetzung bei der Systemnutzungstarifizierung zwingend anzuerkennen sind. Die Regulierungsbehörde soll auch die Änderung eines genehmigten Netzentwicklungsplans verlangen können (§ 39 Abs 1). § 39 Abs 2 und 3 versucht, die Realisierung des Netzentwicklungsplans durchsetzbar zu machen. Wie man sich die Umsetzung in die Realität genau vorzustellen hat, kann man den – immerhin unmittelbar anwendbaren – Bestimmungen des § 39 jedoch nicht entnehmen. Gewiss ist bei Säumigkeit des Übertragungsnetzbetreibers ein „Ausschreibungsverfahren zur Durchführung der betreffenden Investitionen“ (so § 39 Abs 2 Z 2) theoretisch denkbar. In dessen Zuge soll die Regulierungsbehörde den Übertragungsnetzbetreiber bspw „verpflichten [können, die] Finanzierung durch Dritte (...) [zu] akzeptieren“; wie man sich das aber im Detail vorzustellen hat, bleibt reichlich unklar. Es hat den Anschein, dass der Gesetzgeber zwar formal unionsrechtlichen Umsetzungsverpflichtungen¹⁰⁾ nachzukommen versucht, jedoch nicht ernsthaft mit der Inanspruchnahme dieser behördlichen Befugnisse in der Praxis rechnet (so gesehen reicht der ungefähre Gesetzestext). Des Gesetzes bedarf es auch nicht: Tatsächlich würde dem Übertragungsnetzbetreiber die Motivation zum Netzausbau bei Bedarf durch die üblichen außerrechtlichen Realitäten gegeben.

In eine ähnliche Kategorie von Eigentümlichkeiten zählt auch die neue Anordnung des § 40 Z 12, die Ausführungsgesetzgeber müssten die Übertragungsnetzbetreiber verpflichten, „die zur Verfügung Stellung der zur Erfüllung der Dienstleistungsverpflichtungen erforderlichen Mittel zu gewährleisten“.¹¹⁾ Nun ist es aber in einer Marktwirtschaft an sich üblich, dass Geldmittel für Investitionen und dergleichen am Markt verdient werden und nicht von außen (von wem eigentlich?) zur Verfügung gestellt werden. Angesichts des Systems der Netzpreissetzung liegt

es in der Verantwortung des Staates (der systemnutzungstarifizierenden Behörden), dass der regulierte Übertragungsnetzbetreiber die Mittel zur Erfüllung seiner Aufgaben aufbringen kann.

4. Der Betrieb von Verteilernetzen

Das Recht der Verteilernetzbetreiber ist relativ unverändert geblieben. Aufsetzend auf die bisherigen Entflechtungsbestimmungen ist nunmehr zusätzlich explizit verlangt, dass die Verteilernetzbetreiber über die „erforderlichen Ressourcen, einschließlich der personellen, technischen, materiellen und finanziellen Mittel“ verfügen müssen (§ 42 Abs 3 Z 3). Neu ist das Gebot zur *markenmäßigen Entflechtung*: Die Verteilernetzbetreiber müssen „in ihrer Kommunikations- und Markenpolitik dafür Sorge tragen, dass eine Verwechslung in Bezug auf die eigene Identität der Versorgungssparte des vertikal integrierten Unternehmens ausgeschlossen ist“ (§ 42 Abs 6).

C. Das Systemnutzungsentgelt

Die wohl wesentlichste Neuerung des EIWOG 2010 betrifft das Systemnutzungsentgelt (§§ 48–64). Zu Recht haben die Netzbetreiber den mangelnden Rechtsschutz im alten Tarifierungssystem kritisiert. Das EIWOG 2010 unterscheidet daher nunmehr zwei Teilschritte: Zunächst wird die „Kostenbasis“ je Netzbetreiber rechtsschutzfreundlicher durch Bescheid festgestellt (§ 48); diese Feststellung umfasst neben den eigentlichen Kosten auch die Zielvorgaben und das „Mengengerüst“ (das ist die gesamte Abgabe- und Einspeisemenge des Netzes pro Periode in kWh),¹²⁾ auf das die Kosten zwecks Gesamtkostendeckung umzulegen sind. In Bindung an diese Feststellungen errechnet sich sodann das Systemnutzungsentgelt, das wie bisher durch Verordnung zu bestimmen sein wird. Dieses setzt sich wie zuletzt aus den bekannten Entgeltkomponenten zusammen, die jedoch nun in den §§ 51–58 bereits auf gesetzlicher Ebene eingehender umrissen werden.

Die Systemnutzungstarife werden auf Basis von Stromabsatzprognosen mit dem Ziel der Gesamtkostendeckung festgesetzt. Im wahrscheinlichen Falle tatsächlich (zB konjunkturbedingt) niedrigerer oder höherer Stromabsätze kommt es – gemessen an den tatsächlichen Gesamtkosten, die ja nicht direkt mit der Absatzmenge korrelieren – zu Erlösüberhängen oder Unterdeckungen beim Netzbetreiber. Bislang war die Frage gesetzlich nicht geregelt, wie mit solchen Überhängen oder Unterdeckungen (insb bei kommenden Tarifierungsrunden) umzugehen sei.¹³⁾ Nunmehr ist

9) § 40 Z 16.

10) § 39 Abs 2 und 3 EIWOG 2010 ist aus Art 22 Abs 7 EBMRI abgeschrieben.

11) Es muss nicht extra betont werden, dass diese holprige und zu unbestimmte (Art 18 Abs 1 B-VG) Formulierung wiederum wörtlich aus der RL abgeschrieben ist (Art 12 lit b EBMRI 2009).

12) § 61.

13) Das war zwar verfassungswidrig (Art 18 Abs 1 B-VG), fiel aber angesichts der allgemeinen Vagheit des § 25 EIWOG aF (die der VfGH sich freilich zu halten veranlasst sah) nicht sonderlich auf. So blieb es von Gesetzes wegen im Belieben der Regulierungsbehörde, ob sie zufällige Erlösüberhänge (Gewinne) in der Zukunft abschöpfte oder

vorgesehen, dass solche positiven oder negativen Abweichungen von den Planerlösen in künftigen Perioden auszugleichen sind. Dies erfolgt über das neue *Regulierungskonto* (§ 50), ein virtuelles Konto zur Vermerkung künftig zu berücksichtigender Posten. Ebenfalls über das Regulierungskonto abgewickelt werden Differenzen zwischen Kostenbasisbescheiden und Ersatzbescheiden,¹⁴⁾ die ergehen, wenn der ursprüngliche Kostenbasisbescheid infolge von Anfechtung durch den Netzbetreiber von einem HöchstG (vielleicht erst nach Jahren) aufgehoben wird; dadurch wird eine – praktisch kaum durchführbare – Neuaufrollung (Nachforderung) der Systemnutzungsentgelte für historische Zeiträume vermieden.

Insgesamt ist die Neuregelung der Systemnutzungsentgelte ein erheblicher Fortschritt im Vergleich zum alten System; sollte sich der Gesetzgeber auch noch dazu durchringen, die Periodenbezogenheit der Tarifierung näher zu determinieren, wäre die Berechenbarkeit des Regulierungshandelns zumindest in den wesentlichen Grundzügen gegeben.

D. Erzeuger

Das Recht der Erzeuger (§§ 66 ff) ist mit der Ausnahme der Sekundärregelung,¹⁵⁾ die nunmehr neben der Primärregelung ebenfalls geregelt wird, unverändert geblieben: Demnach soll die Beschaffung der *Sekundärregelung* im Ausschreibungswege erfolgen (§ 69). § 69 Abs 1 letzter Satz über die Finanzierung der Sekundärregelung zeigt, dass auch das Elektrizitätsrecht einer gleichermaßen verständlichen wie genauen Regelung zugänglich wäre: Er regelt das präzise, was der durch ihn obsolete, aber zu streichen vergebene Abs 5 leg cit¹⁶⁾ in gewohnter Manier vernebelt hätte.¹⁷⁾ Bei erfolglos verlaufener Ausschreibung müssen Erzeuger, die über technisch geeignete Anlagen verfügen, auf „Anordnung“ des Regelzonenführers die Sekundärregelung bereitstellen und erbringen: Der Gesetzgeber hat zwar nicht die Mühe gescheut, dies in unmittelbarer Nähe doppelt vorzusehen (*grundsatzgesetzlich* in § 66 Abs 1 Z 8 einerseits und *unmittelbar anwendbar* in § 69 Abs 4 andererseits!), dafür lässt er die Rechtsunterworfenen nach wie vor über die Rechtsqualität der „Anordnung“ – ob hoheitlich oder privatrechtlich – im Dunkeln.¹⁸⁾

E. Intelligente Messgeräte

Nachdem der sog *roll out* von intelligenten Messgeräten (*smart meter*)¹⁹⁾ im Bereich mancher Netzbetreiber bereits seit einiger Zeit stattfindet, hat der Gesetzgeber nunmehr mit den §§ 83 f auch rechtliche Grundlagen nachgeschoben. Nach § 83 Abs 1 kann der BMWFJ mit Verordnung „die Einführung intelligenter Messeinrichtungen festlegen“; eine solche Verordnung hat zur Folge, dass die Netzbetreiber die Endverbraucher mit intelligenten Messgeräten ausstatten müssen. Solange der BMWFJ keine Verordnung erlassen hat, steht es den Netzbetreibern frei, intelligente Messgeräte (im Rahmen des Datenschutzrechts) einzusetzen. Die Verordnungserlassung ist inhaltlich nicht determiniert, sondern bloß an die „Durchführung einer Kosten/Nutzenanalyse“ gebun-

den;²⁰⁾ daraus ist wohl verfassungskonform abzuleiten, dass die Verordnungserlassung (= Vorschreibung des Einsatzes von intelligenten Messgeräten) voraussetzt, dass die Analyse ergeben hat, dass der volkswirtschaftliche Nutzen die Kosten überwiegen. Die Regulierungsbehörde hat durch Verordnung die Anforderungen an intelligente Messgeräte zu bestimmen.²¹⁾

Spätestens sechs Monate nach Installation eines intelligenten Messgeräts muss der Netzbetreiber beim jeweiligen Endverbraucher „täglich“ dessen verbrauchsspezifische Zählerstände erfassen und für Zwecke der Verrechnung, Kundeninformation und Energieeffizienz speichern; sämtliche Verbrauchsdaten sind dann spätestens einen Tag nach erstmaliger Verarbeitung dem Endverbraucher über Internet zur Verfügung zu stellen. Entgegen dem Wortlaut, aber nach der Gesetzessystematik und nach Sinn und Zweck greift diese Verpflichtung nur bei verordneter und nicht bei freiwilliger Ausstattung mit intelligenten Messgeräten Platz.

Der Hauptschauplatz der Diskussionen um den Einsatz intelligenter Messgeräte war das Gebiet des Datenschutzrechts. Solange keine Verordnung des BMWFJ zur verpflichtenden Verwendung intelligenter Messgeräte existiert, ist der Einsatz intelligenter Messgeräte primär an den Vorgaben des DSGVO zu messen. Zwar würde die Einholung einer Zustimmung des Betroffenen zur intelligenten Datenerhebung die Datenschutzfrage erledigen, diese Zustimmung kann aber nach Datenschutzrecht jederzeit widerrufen werden.²²⁾ Die von Netzbetreibern geäußerte Befürchtung, im Widerrufsfalle müsse das intelligente Messgerät wieder deinstalliert werden, ist jedoch nicht berechtigt; es müsste lediglich die Datenerhebung auf das auch ohne Zustimmung zulässige Maß (das ist jedenfalls der Jahreselektrizitätsverbrauch) reduziert werden (das intelligente Messgerät also entsprechend eingestellt werden). Eine Verordnung des BMWFJ gibt hingegen für die in § 84 gelisteten Zwecke eine eigenständige rechtliche Grundlage²³⁾ für die Datenermittlung.

großzügig (aber etwa auch zum Ausgleich anderweitig – zB durch die langwährende, rechtswidrige Nichtanerkennung von Verbrauchsabgaben – zugefügter Nachteile) beließ, ob sie zufällige Unterdeckungen (Verluste) in der Zukunft kompensierte oder ob der Netzbetreiber darauf sitzen blieb.

14) § 50 Abs 3. Ähnliche Konstellationen regeln die Abs 4 und 5 in gleichem Sinne.

15) Siehe nunmehr die Legaldefinition in § 7 Z 62.

16) Ebenfalls unangepasst ist § 56 Abs 1 letzter Satz.

17) Die Fassung des § 69 Abs 1 geht auf einen parlamentarischen Änderungsantrag zurück; dabei hat man übersehen, Abs 5 anzupassen.

18) Siehe zum diesbezüglichen literarischen Rätselraten *Hauer*, ÖZw 2011, 27 f mwN.

19) § 7 Z 31.

20) Weiters sind die Regulierungsbehörde und „Vertreter des Konsumentenschutzes“ anzuhören; letztere Kategorie ist angesichts der Bedeutung von Anhörungspflichten in Verordnungserlassungsverfahren (vgl etwa VfSlg 9818/1983, 17.888/2006) wegen Unbestimmtheit verfassungswidrig.

21) Die E-Control hat zuletzt den Entwurf zu einer diesbezüglichen Intelligente Messgeräte-AnforderungsVO (IMA-VO 2011) auf ihrer Internetseite zur Begutachtung veröffentlicht.

22) § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO.

23) ISv § 8 Abs 1 Z 1 DSGVO.

F. Verschärftes Strafrecht

Das Elektrizitätswirtschaftsstrafrecht wurde erheblich verschärft. So wurde bspw der Strafraum für widerrechtliches Einhalten von Abgabensenkungen von € 5.000,- auf € 50.000,- erhöht.²⁴⁾ § 98 verpflichtet die Landesausführungsgesetzgeber zur Schaffung von Verwaltungsstrafrecht und geht dabei bisweilen über bloße Grundsätze (Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG) hinaus. § 99 enthält unmittelbar anwendbare Verwaltungsstraftatbestände mit Strafdrohungen von bis zu € 100.000,-, die tw wegen zu großer Unbestimmtheit²⁵⁾ verfassungswidrig sind.²⁶⁾ Die Regulierungsbehörde ist berechtigt, Verwaltungsstrafverfahren zu initiieren,²⁷⁾ und hat sodann Parteistellung im Verfahren sowie anschließend Bescheidbeschwerdelegitimation an den VwGH.²⁸⁾ Vorher kann sie vermeintlichen Delinquenten die Herstellung des rechtmäßigen Zustands auftragen;²⁹⁾ wer dem Auftrag entspricht, wird straffrei,³⁰⁾ wer ihn für unberechtigt hält, riskiert ein Verwaltungsstrafverfahren.

Neu sind die „Geldbußen“ nach den §§ 104 ff. Insb vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot³¹⁾ kann das Kartellgericht mit einer Geldbuße von bis zu 10% des Jahresumsatzes gegen den Netzbetreiber ahnden.³²⁾ An-

tragslegitimiert ist wiederum die Regulierungsbehörde. Bei diesen Geldbußen handelt es sich um Strafrecht iSd Art 6 EMRK. Die Verhängung der Geldbuße erfolgt „im Verfahren außer Streitsachen“.³³⁾

NÜTZLICHE LINKS

Energieinstitut an der Johannes Kepler Universität Linz	www.energieinstitut-linz.at
---	--

24) Vgl § 63 ElWOG aF einerseits und § 100 andererseits.

25) Art 7 EMRK iVm Art 18 Abs 1 B-VG.

26) Siehe exemplarisch die in § 99 Abs 3 Z 2, 3 und 4 verwiesenen Verpflichtungen.

27) Vgl idS § 89 Abs 2 („subjektives Recht“) sowie die ErläutRV 994 BlgNR 24. GP Vor § 98.

28) § 89 Abs 2.

29) § 89 Abs 3.

30) § 89 Abs 4.

31) § 9.

32) § 104 Abs 1.

33) Dies könnte verfassungsrechtlich problematisch sein, wenn das Verfahren außer Streitsachen – was hier nicht im Detail untersucht werden kann – keinen adäquaten Verfahrensrahmen zur Abwicklung von strafrechtlichen Anklagen (Art 6 EMRK) bildet.