

**Rechtsgutachten zu möglichen
Änderungen des PreisG, um dieses
als durchgriffsstarkes Instrument gegen
Teuerungen (insb auch im Energiesektor)
auszugestalten.**

von

Univ.Prof. Dr. Dragana Damjanovic, LL.M. (Berkeley)

FOB Rechtswissenschaften, Institut für Raumplanung, TU Wien

Im Auftrag der Bundesarbeitskammer

Wien, 26.06.2023

Inhaltsverzeichnis

<u>1</u>	<u>AUSGANGSLAGE: GEGENSTAND UND FRAGESTELLUNGEN DES RECHTSGUTACHTENS .</u>	<u>3</u>
<u>2</u>	<u>PREISG – DERZEITIGE AUSGESTALTUNG</u>	<u>6</u>
<u>3</u>	<u>UNIONS- UND VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN FÜR DIE GESTALTUNG VON PREISREGELUNGEN</u>	<u>8</u>
3.1	UNIONSRECHT	8
3.2	VERFASSUNGSRECHT	14
<u>4</u>	<u>KONKRETISIERUNG DES TATBESTANDS FÜR DIE ANWENDUNG DES PREISG BEI „UNGERECHTFERTIGTER PREISPOLITIK“</u>	<u>18</u>
4.1	SCHWÄCHEN DER GELTENDEN BESTIMMUNG ZUR PREISFESTSETZUNG BEI UNGERECHTFERTIGTER PREISPOLITIK	18
4.2	MÖGLICHE NEUFASSUNG DES TATBESTANDS DER PREISFESTSETZUNG BEI UNGERECHTFERTIGTER PREISPOLITIK UNTER BEACHTUNG DER UNIONS- UND VERFASSUNGSRECHTLICHEN VORGABEN	21
<u>5</u>	<u>STREICHUNG DER AUSNAHME FÜR STROM UND GAS AUS DEN §§1 UND 2 PREISG... </u>	<u>27</u>
5.1	HISTORISCHER ABRISS ZUR AUSNAHME VON ELEKTRISCHER ENERGIE UND ERDGAS VOM PREISG .	27
5.2	PREISBILDUNG FÜR STROM UND GAS NACH AKTUELLER RECHTSLAGE	27
5.3	UNIONSRECHTLICHE SEKUNDÄRRECHTLICHE VORGABEN FÜR PREISREGELUNGEN IM STROM UND GASSEKTOR.....	28
5.4	MÖGLICHKEIT DER AUFNAHME VON STROM UND GAS IN DAS REGULINGSREGIME DES PREISG? .	31
<u>6</u>	<u>VERPFLICHTENDE ENDKUNDEN-PREISREGULIERUNG FÜR (FERN)WÄRME?.....</u>	<u>34</u>
6.1	DEFINITION „WÄRME“SEKTOR.....	34
6.2	UNIONRECHTLICHE ERFASSUNG DES (FERN-)WÄRMESEKTORS	34
6.3	MONOPOLARTIGE STRUKTUR DES (FERN)WÄRMESYSTEM	35
6.4	STAATLICHE PREISFESTSETZUNG GEM § 3 ABS 2 PREISG	37
6.5	GESETZLICHE VERPFLICHTUNG FÜR EINE STAATLICHE PREISFESTSETZUNG BETREFFEND FERNWÄRME / DEN WÄRMESEKTOR	37
6.6	EXKURS: REGULIERUNG DES FERNWÄRMESEKTORS IN DÄNEMARK	38
<u>7</u>	<u>KOMPETENZRECHTLICHE FRAGEN BEI DER ÄNDERUNG DES PREISG</u>	<u>40</u>
<u>8</u>	<u>ZUSAMMENFASSUNG.....</u>	<u>45</u>

1 Ausgangslage: Gegenstand und Fragestellungen des Rechtsgutachtens

In Österreich ist auf die Teuerungskrise der letzten Monate primär mit Zuschüssen und Hilfsleistungen für Endverbraucher*innen, aber – im EU-Vergleich – wenig mit direkt preissenkenden Maßnahmen reagiert worden.¹ Lediglich die sog. „Strompreisbremse“ ist als eine indirekt preissenkende Maßnahme zu qualifizieren.² Laut wifo ist Österreichs (Über-)inflation unter anderem darauf zurückzuführen, dass es „im Gegensatz zu anderen Euro-Raum-Ländern (Deutschland, Italien, Spanien usw.) ... keine substanziellen Maßnahmen zur Verringerung des Preisdrucks ... gab.“³

Die Bemühungen von Gewerkschaften und Bundesarbeitskammer auf Grundlage des PreisG⁴ preissenkende Maßnahmen im Interesse der Endverbraucher*innen durchzusetzen,⁵ haben gezeigt, dass dieses – obwohl es eine generelle Preisfestsetzungsmöglichkeit für Sachgüter und Leistungen vorsieht – offensichtlich zu wenig effektiv ausgestaltet ist. Das liegt unter anderem an teils sehr unbestimmten Gesetzesbegriffen (zB Preissteigerungen im überwiegenden Ausmaß oder ungerechtfertigte Preispolitik⁶, ...) oder an seiner Nichtanwendbarkeit für die Sektoren Strom und Gas⁷. Der Gesetzgeber hat in Erl zu einer Novelle des PreisG⁸ (als die Sonderbestimmung für die Festsetzung von Höchstpreisen für Erdöl eingeführt wurde) selbst festgehalten, dass *"das Verfahren zur Festsetzung von Preisen ... derzeit kompliziert und schwerfällig"* sei und nicht gewährleiste, dass *"Preisbestimmungen nach objektiven Kriterien vorgenommen werden, wenn dies notwendig ist, um volkswirtschaftlichen Schaden abzuwenden"*.

Die Regelungen zum Wettbewerbsrecht wiederum sind nicht darauf ausgerichtet auf derartige ungewöhnliche Preisentwicklungen zu reagieren. Denn – wie auch Berichte der Bundeswettbewerbsbehörde⁹ zeigen – sobald keine Kartellierungen oder Marktmissbrauch nachgewiesen werden können, geht das Wettbewerbsrecht von funktionierenden Märkten aus und sieht keine Eingriffsinstrumente vor, selbst wenn die Berichte außergewöhnliche Gewinnmargen der Unternehmen bei außergewöhnlichen

¹ Für den EU-Vergleich s die Analyse des Momentum Instituts auf Basis von Daten des belgischen Think Tanks Bruegel. Abrufbar unter: <https://www.bruegel.org/dataset/national-policies-shield-consumers-rising-energy-prices> (26.06.2023).

² Dazu näher unten 5.2.

³ https://www.wifo.ac.at/news/oesterreichs_ueber-inflation_und_ihre_hauptursachen (26.06.2023).

⁴ Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über Preise für Sachgüter und Leistungen getroffen werden (PreisG), BGBl I 1992/145 idF BGBl I 2012/50.

⁵ Vgl zB Standard, Arbeiterkammer kündigt Antrag zur Einberufung der Preiskommission an (*derstandard.at*, 12. 8. 2022, abrufbar unter: <https://www.derstandard.at/story/2000138257219/arbeiterkammer-kuendigt-antrag-zur-einberufung-der-preiskommission-an> (26.06.2023); Standard, Debatte um Preiskommission: ÖGB-Präsident dafür, Fiskalratschef dagegen (*derstandard.at*, 18. 7. 2022, abrufbar unter: <https://www.derstandard.at/story/2000137531733/debatte-um-preiskommission-oegb-praesident-dafuer-fiskalratschef-dagegen> (26.06.2023).

⁶ § 5 Abs 5 und § 5a Abs 2 PreisG.

⁷ § 1 PreisG; durch die Novelle des PreisG, BGBl I 1998/143, ist die Lieferung von elektrischer Energie, durch eine weitere Novelle, BGBl I 2000/121, von Erdgas ausgenommen worden; vgl 5.1.

⁸ 1045/A 20.GP, 3 zur Änderung des Preisgesetzes, BGBl I 1999/50.

⁹ S etwa die Branchenuntersuchung Kraftstoffmarkt, 2022, S abrufbar unter https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Abschlussbericht_BU_Kraftstoffe_2022_final_barrierefrei.pdf (26.06.2023): „Gleichzeitig finden sich allerdings seit Beginn des Krieges in der Ukraine auch deutlich höhere Gewinnmargen bei den Raffinerien der Mineralölkonzerne, sowie im März höhere Bruttomargen bei Tankstellen.“

Preissteigerungen für die Endverbraucher*innen aufzeigen,¹⁰ also eine im volkswirtschaftlichen Interesse nicht optimale Allokationseffizienz.

Vor diesem Hintergrund sollen Reformüberlegungen zum PreisG rechtlich analysiert und va im Hinblick auf ihre Unions- und Verfassungskonformität überprüft werden. Es geht nicht darum eine ökonomische Bewertung möglicher Preisregulungsmaßnahmen vorzunehmen, sondern darzulegen, in welchem Ausmaß im Rahmen des Verfassungs- und Unionsrechts Preisregelungen (als Eingriffe in die freie Preisfestsetzung am Markt) möglich sind, und wie diese gesetzgeberische Gestaltungsmöglichkeit bestmöglich genutzt werden kann, um das PreisG bei übermäßigen, sachlich nicht gerechtfertigten Preissteigerungen von Unternehmen als effizienten Korrekturmechanismus zu etablieren (insb wenn das Wettbewerbsrecht für derartige Marktstörungen und unvollständige Preisbildungen keine adäquaten Korrekturmechanismen vorsieht)

Im Konkreten sollen im Rechtsgutachten folgende Fragen behandelt werden:

- **Konkretisierung des Tatbestands für die Anwendung des PreisG bei ungerechtfertigter Preispolitik**

Es wird untersucht, wie der Tatbestand für die Eröffnung eines Preisfestsetzungsverfahrens bei ungerechtfertigter Preispolitik (§5 Abs 1-5 PreisG) konkreter gefasst und formuliert werden kann; dh wie – unter Beachtung der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben – eine Konkretisierung der Voraussetzungen aussehen könnte, nach denen es zulässig bzw geboten ist, bei erheblichen Preissteigerungen durch Preisregulierung einzugreifen. Dabei soll im Besonderen auch evaluiert werden, ob und inwieweit eine Verankerung der Beweislastumkehr (dh die Unternehmen haben die sachliche Rechtfertigung ihrer Preise nachzuweisen) möglich ist.

- **Streichung der Ausnahme für Strom und Gas aus den §§1 und 2 PreisG**

Es wird untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Aufnahme von Strom und Gas in das allgemeine PreisG verfassungs- und unionsrechtlich möglich ist und wie diese Aufnahme in das PreisG mit den sonstigen sektorspezifischen Regelungen für Strom und Gas in Einklang gebracht werden kann.

- **Verpflichtende Endkunden-Preisregulierung für (Fern)wärme**

Es wird untersucht, wie die Regelungen zur Preisfestsetzung für die Fernwärme nach §3 PreisG zu adaptieren sind, um den Schutz der Endverbraucher*innen vor überhöhten Preisen in diesen Bereichen effektiv zu gewährleisten. Die Analyse soll im Besonderen auch

¹⁰ Konkret führt die BWB in der Branchenuntersuchung (FN 9) aus: „Der aus dem Anstieg der Rohölpreise nicht erklärbare stärkere Anstieg der Preise (Entkoppelung) an den Tankstellen von Diesel und Benzin führte über diesen Zeitraum zu einer Verdreifachung der Bruttoreaffinierungsmargen. Während bei Diesel der Beitrag an den Bruttoreaffinierungsmargen um rund 14 Cent pro Liter stieg, waren es bei Benzin rund 20 Cent pro Liter.“ Weiters: „Die von den Mineralölkonzernen im Zuge der Marktbefragung übermittelten Betriebskosten lassen vor dem Hintergrund der gestiegenen Erdgas- und Stromkosten seit dem Jahr 2021 den Schluss zu, dass die tatsächlichen Gewinnmargen der Raffinerien (d.h. Bruttomargen abzüglich Betriebskosten) seit dem Beginn des Krieges in der Ukraine beträchtlich gestiegen sind.“

die Frage beantworten, ob die derzeitige behördliche Preisfestsetzungsmöglichkeit für Fernwärme auch als Verpflichtung der Behörde ausgestaltet werden könnte.

2 PreisG – derzeitige Ausgestaltung

Ein umfassendes Preisrecht bildete sich aus der Kriegswirtschaft des Ersten Weltkriegs heraus und stellte bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts einen wichtigen Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts dar.¹¹ In Vorbereitung auf den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und, um einer liberalen Wirtschaftsausrichtung besser zu entsprechen, wurde das PreisG in den 1990ern maßgeblich dereguliert¹² und das (aktuelle) Preisgesetz 1992 erlassen.¹³ Das Gesetz stützt sich dabei verfassungsrechtlich auf eine im Preis- und Lenkungsrecht übliche sogenannte Kompetenzdeckungsklausel in Art I PreisG außerhalb der Kompetenzverteilung des B-VG.¹⁴

§ 1 PreisG bezieht vorbehaltlich besonderer bundesgesetzlicher Regelungen alle Sachgüter und Leistungen, ausgenommen der Lieferung elektrischer Energie und Erdgas in seinen Geltungsbereich ein. Es erlaubt die Preisfestsetzung für die erfassten Güter und Leistungen nur zu bestimmten Zwecken und nach bestimmten Kriterien:¹⁵

Zum ersten kann die Behörde volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise für Sachgüter und Leistungen, für die Lenkungs- und Bewirtschaftungsmaßnahmen getroffen werden für die Dauer dieser Maßnahmen bestimmen – außer für die Lieferung elektrischer Energie und Erdgas – (§ 2 Abs 1), sowie für Sachgüter und Leistungen, für welche die BReg mit VO festgestellt hat, dass eine Störung der Versorgung unmittelbar droht oder bereits eingetreten ist (§ 2 Abs 2).

Zum zweiten können für Arzneimittel (§ 3 Abs 1) und die Lieferung von Fernwärme (Abs 2) allgemein, also auch wenn keine Lenkungsmaßnahmen oder Versorgungsstörungen iSd § 2 vorliegen, volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise bestimmt werden.

Schließlich sieht das PreisG auch Preisfestsetzungsmöglichkeiten bei Marktstörungen vor: Gemäß § 5 Abs 1 hat der Bundesminister auf Antrag der in der Preiskommission vertretenen Stellen (§ 9 Abs 2) zu untersuchen, ob der von einem oder mehreren Unternehmen für ein Sachgut oder eine Leistung geforderte Preis oder eine vorgenommene Preiserhöhung die internationale Preisentwicklung des Sachguts bzw der Leistung, den allgemeinen Preisindex des betreffenden Wirtschaftszweiges oder die allgemeine Preiserhöhung dieses Wirtschaftszweiges übersteigt. Die Behörde kann gemäß § 5 Abs 5 für die Dauer von 6 Monaten volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise bestimmen, wenn eine Untersuchung nach § 5 Abs 1 ergibt, dass der oder die betroffenen Unternehmen eine ungerechtfertigte Preispolitik verfolgen, und der festgestellte Missstand durch marktkonforme Maßnahmen nicht beseitigt werden kann. Eine weitere Möglichkeit zur Preisbestimmung durch die Behörde besteht, wenn das Kartellgericht einen Missbrauch einer marktbeherrschenden

¹¹ Gutknecht, Der volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preis im Spiegel der Rechtsprechung, ÖZW 1991, 46; Müller, Preisrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht II (2019) 1739 (1741).

¹² Vgl Hanreich, Das neue österreichische Wettbewerbs- und Preisrecht (Teil 2) – Das neue Preisrecht, ÖZW 1994, 33: „Hauptgesichtspunkte dieser Reform waren die- Deregulierung im Sinne einer Liberalisierung der Rahmenbedingungen für die österreichische Wirtschaft und die Vorbereitung der österreichischen Wirtschaft auf die offenen und großen Märkte des EWR und der EU.“ S auch RV 336 BlgNR 18. GP 8.

¹³ Vgl FN 4.

¹⁴ Die Regierungsvorlage zur Stammfassung des PreisG 1992 begründet die angewandte Kompetenzdeckungsklausel mit der fehlenden Bundeskompetenz für landwirtschaftliche Erzeugnisse, RV 336 BlgNR 18. GP 12.

¹⁵ Für einen genaueren Überblick s Müller (FN 11), 1746ff.

Stellung nach § 5 iVm § 26 Kartellgesetz untersagt hat, außer der betreffende Unternehmer beweist, dass der festgestellte Missbrauch nicht mehr vorliegt (§ 5 Abs 6).

In den oben genannten Fällen ist gem § 6 PreisG ein volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis zu bestimmen. Das kann ein Höchst-, Fest- oder Mindestpreis oder ein Preisband (=Kombination aus Höchst und Mindestpreis) sein.¹⁶ Preise sind nach der Definition in § 6 PreisG volkswirtschaftlich gerechtfertigt, wenn sie sowohl den bei der Erzeugung und im Vertrieb oder bei der Erbringung der Leistung jeweils bestehenden volkswirtschaftlichen Verhältnissen als auch der jeweiligen wirtschaftlichen Lage der Verbraucher*in oder Leistungsempfänger*in bestmöglich entsprechen. Diese Regelung ist aus dem PreisG 1976¹⁷ (§ 2 Abs 2) bewusst übernommen worden.¹⁸ Die zur alten Rechtslage entwickelte Lehre und Rechtsprechung ist daher auf die Bestimmung des PreisG zu übertragen.¹⁹

Abweichend davon hat auf Basis des eingefügten § 5a Abs 2²⁰ der BM einen Höchstpreis für Erdöl und seine Derivate zu bestimmen, der sich nur an der Preisentwicklung vergleichbarer europäischer Länder zu orientieren hat.

Zuständige Behörde des Preisverfahrens ist gemäß § 8 PreisG – abgesehen von Verfahren für Arzneimittel – der Bundesminister für Wirtschaft, der diese Kompetenz unter gewissen Umständen auch an die Landeshauptleute delegieren kann.²¹ Der Bundesminister ist gleichzeitiger Vorsitzender der Preiskommission. Preise können je nach Tatbestand von Amts wegen, auf Antrag von Unternehmen oder auf Antrag von Interessensvertretungen bestimmt werden. Das Preisverfahren ist nach den gesetzlichen Bestimmungen mehrstufig ausgestaltet: zuerst erfolgt ein Vorprüfungsverfahren, in welchem die für die Preisfestsetzung relevanten Umstände ermittelt werden. Bereits hier sollten neben den Parteien, also den betroffenen Unternehmen, die in der Preiskommission vertretenen Interessensvertretungen einbezogen und die Betriebsprüfungen vorgenommen werden. Nach der Vorprüfung sind sämtliche Unterlagen der Preiskommission zur Begutachtung vorzulegen, weitere Sachverständige können hinzugezogen werden. In der Praxis entfällt idR aber das Vorprüfungsverfahren; der Wirtschaftsminister erteilt idR sofort der Preiskommission den Prüfungsauftrag, wodurch auch der Einbezug der Interessensvertretungen bei der Feststellung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen entfällt.

Die Festsetzung eines Preises erfolgt durch Verordnung (bei einem größeren Adressatenkreis, va bei Letztverbraucherpreisen) oder durch Bescheid (wenn an ein konkretes Unternehmen gerichtet). Die Festsetzung kann dabei auch an Bedingungen und Auflagen geknüpft sein, welche aber in direkten Regelungszusammenhang mit der Preisfestsetzung liegen müssen.²²

¹⁶ Vgl Müller (FN 11) 1752.

¹⁷ PreisG idF BGBl 1976/260.

¹⁸ RV 336 BlgNR 18. GP 13.

¹⁹ S Müller (FN 11) 1752.

²⁰ S FN 7.

²¹ Vgl zB die ministeriellen Delegationen im Bereich der Fernwärme. Informationen dazu finden sich etwa unter: <https://www.news.steiermark.at/cms/beitrag/12885694/154271055/> (26.06.2023). Dazu noch näher 6.4.

²² VwGH 23. 12. 1993, Ra 1992/17/0056.

3 Unions- und verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gestaltung von Preisregelungen

3.1 Unionsrecht

Unionsrechtlich können mitgliedstaatliche Preisregelungen sowohl einen Eingriff in die Grundfreiheiten (insb die Warenverkehrsfreiheit) darstellen, als auch aus kartellrechtlicher Sicht (Art 101f AEUV) problematisch sein.²³

Art 101 AEUV, der primär nur das Verhalten von Unternehmen erfasst, kommt iVm Art 4 Abs 3 EUV (Loyalitätsgebot), dann zum Tragen, wenn die mitgliedstaatliche Preisregulierung so gestaltet ist, dass die Mitgliedstaaten den Unternehmen quasi Preisabsprachen vorschreiben²⁴ - wie etwa im Fall des BuchpreisbindungsG.²⁵ Dieses verpflichtet in § 4 Abs 1 Verleger oder Importeure, für die von ihnen verlegten oder importierten Bücher einen Letztverkaufspreis festzusetzen und diesen gem § 4 bekanntzumachen, an welchen die Letztverkäufer (Händler) dann letztlich grundsätzlich gebunden sind.²⁶ Nachdem im Rahmen des PreisG eine derartige Variante der Preisregulierung – im Grunde die Anordnung zur Preisfestsetzung durch einen Marktteilnehmer²⁷ – nicht angedacht ist, soll der Fokus der Ausführungen in weiterer Folge auf die Grundfreiheiten (insb Warenverkehrsfreiheit) gelegt werden. Zudem können die Aussagen zur Rechtfertigung von Preisregelungen im Kontext der Grundfreiheiten grundsätzlich auch auf die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften übertragen werden.

Aus Sicht der Grundfreiheiten stellen mitgliedstaatliche Preisregelungen, die unterschiedslos anwendbar sind, zunächst bloße **Verkaufsmodalitäten** bzw vertriebsbezogene Preisregelungen iSd *Keck-Rsp*²⁸ des EuGH dar, die als solche nicht als Eingriff in Art 34 AEUV zu qualifizieren sind.²⁹ Sie können aber dennoch „Maßnahmen gleicher Wirkung“ (wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung) iSv 34 AEUV sein, wenn sie geeignet sind „den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun“.³⁰ Die Voraussetzung einer grenzüberschreitenden Warenverbringung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten wird vom EuGH im Allgemeinen großzügig auslegt.³¹

²³ Im Überblick, Müller (FN 11) 1743 ff.

²⁴ „...ein Mitgliedstaat gegen Art. 101 AEUV verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.“ (s etwa EuGH, Rs C-221/15, *Établissements Fr. Colruyt NV*, ECLI:EU:C:2016:704, Rz 44.)

²⁵ Bundesgesetz über die Preisbindung bei Büchern (Buchpreisbindungsgesetz 2023 – BPrBG 2023), BGBl 2022/196.

²⁶ Zu den Regelungen im Einzelnen sowie verfassungs- und unionsrechtlichen Überlegungen dazu, s *Berka/Eilmansberger*, Das BuchpreisbindungsG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts und Gemeinschaftsrechts, wbl 2007, 205 ff.

²⁷ Für eine nähere Auseinandersetzung wie diese Anordnung in das österreichische Rechtsquellenystem eingeordnet werden kann, s *Berka/Eilmansberger* (FN 26) 206 f.

²⁸ EuGH 24. 11. 1993, Rs C-267/91, *Keck und Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905.

²⁹ *Leible/T. Streinz*, Art 34 AEUV in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 71. EL August 2020, Rn 98; *Schroeder in Streinz*, EUV/AEUV³ (2018) Rn 65.

³⁰ EuGH 11. 8. 1995, Rs C-63/94, *Belgapom*, ECLI:EU:C:1995:270, Rn 12; vgl Müller (FN 11) 1744; *Leible/T. Streinz* (Fn 29) Rn 98.

³¹ *Jaeger*, Materielles Europarecht² (2020) 20 f.

So hat der EuGH etwa die Festsetzung von **Mindestpreisen** dann als Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit qualifiziert, wenn dadurch niedrigere Gestehungskosten aus dem Ausland sich nicht im Einzelhandelspreis niederschlagen können und daher Importe im Marktzutritt beeinträchtigen.³² In der rezenten Entscheidung *Scotch Whisky Association* nimmt der EuGH im Anschluss an die Schlussanträge des Generalanwalts ohne weitere Vergleichsprüfung einer Verkaufsmodalität an, dass der gegenständliche Mindestpreis geeignet ist, den Marktzugang zu erschweren, da sich niedrigere Gestehungskosten eingeführter Erzeugnisse im Endverkaufspreis nicht niederschlagen können.³³ Der Generalanwalt verweist in seinen Schlussanträgen auf das EuGH Urteil *Tiggele*³⁴, in dem die „*Neutralisierung des aus der Einfuhr resultierenden Wettbewerbsvorteils*“ durch Mindestpreise festgestellt wird und erkennt daher im Fall *Scotch Whisky Association* unabhängig von der Frage, ob eine Verkaufsmodalität vorliegt, auf jeden Fall eine Maßnahme gleicher Wirkung, weil der Marktzugang behindert wird.

Auch **Festpreise** stellen grundsätzlich eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit dar, weil sie den Absatz oder die Wettbewerbsvorteile eingeführter Produkte beeinträchtigen können³⁵ – wie der EuGH etwa im Fall der deutschen Festpreisregelung bei Arzneimittelkäufen festgestellt hat.³⁶

Einen **Höchstpreis** hat der EuGH bislang wiederum dann als Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit erachtet, „*wenn er derart festgesetzt wird, dass der Absatz von Einfuhrerzeugnissen unmöglich oder gegenüber dem einheimischer Produkte erschwert wird.*“³⁷ In der Rs *Tasca* ist er von einer Maßnahme gleicher Wirkung ausgegangen, weil der Höchstpreis so festgesetzt war, dass „*Händler, die das fragliche Erzeugnis in den betreffenden Mitgliedsstaat einführen wollen, dies – unter Berücksichtigung der allgemeinen Lage bei Importerzeugnissen verglichen mit der bei einheimischen Produkten – nur mit Verlust tun könnten.*“³⁸ Ebenso ist er bei einer pauschalen Festlegung von Transportkosten, die in einen festgelegten Höchstpreis einfließen, von einem Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit ausgegangen, weil eine **pauschale Festlegung** „*die Beschaffungs- und Einfuhrkosten, die dem Einzelhändler tatsächlich entstanden sind, nicht berücksichtigt*“, und damit die Möglichkeiten des Einzelhändlers, sich beim Erzeuger oder Händler seiner Wahl einzudecken, eingeschränkt werden, und sich damit auch der Gewinn des Einzelhändlers schmälert.³⁹ Eine zu niedrige oder bloß pauschale Festlegung eines Höchstpreises stellt insofern jedenfalls einen Eingriff in Art 34 AEUV dar.⁴⁰ Inwiefern die Festlegung eines Höchstpreises, die eine angemessene Rendite und damit auch einen Wettbewerb über den Preis erlaubt, auch generell als Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit zu qualifizieren ist, hat der EuGH bislang noch nicht ausdrücklich beantwortet. Da auch eine solche Festlegung von Höchstpreisen den Absatz jedenfalls weniger attraktiv macht und damit den Marktzugang in den betreffenden

³² Vgl. *Leible/T. Streinz* (Fn 29) Rn 98 und *Schroeder* (Fn 29) Rn 65 mit weiteren Nachweisen aus der Rsp.

³³ EuGH 23. 12. 2015, Rs C-333/14, *Scotch Whisky Association*, ECLI:EU:C:2015:845, Rn 32; GA Bot, SA v 3. 9. 2015 zu Rs C-333/14, *Scotch Whisky Association*, ECLI:EU:C:2015:527, Rn 58 f.

³⁴ EuGH 24. 1. 1978, Rs C-82/77, *Tiggele*, ECLI:EU:C:1978:10, Rn 13/15.

³⁵ Vgl. *Müller* (FN 11) 1744.

³⁶ EuGH 19. 10. 2016, Rs C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, ECLI:EU:C:2016:776, Rn 24-27.

³⁷ Vgl. *Leible/T. Streinz* (Fn 29) Rn 98 und *Schroeder* (Fn 29) Rn 65 mit weiteren Nachweisen aus der Rsp.

³⁸ EuGH 26. 2. 1976, Rs C-65/76, *Tasca*, ECLI:EU:C:1976:30, Rn 26/28; wortgleich EuGH 26. 2. 1976, Rs C-88/75 bis 90/75, *Sadam*, ECLI:EU:C:1976:32, Rn 33/36.

³⁹ EuGH 2. 7. 1987, Rs C-188/86, *Lefèvre*, ECLI:EU:C:1987:327, Rn 12-14.

⁴⁰ *Schroeder* (Fn 29) Rn 65.

Mitgliedstaat beschränkt – und der EuGH in der jüngeren Rechtsprechung bei der Prüfung der Frage ob eine Preisregelung eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt, direkt darauf abgestellt hat, ob sie den Marktzugang zum betreffenden Mitgliedsstaat behindert, ohne zu prüfen, ob die Preisregelung als Verkaufsmodalität eingeführte Waren stärker als inländische Waren behindert⁴¹ - ist generell auch bei der Festlegung von Höchstpreisen von einem Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit auszugehen. Darauf deuten auch die Schlussanträge des GA in der Sache Doc Morris (deutsche Apothekenpreise) hin, wo das „System von Höchstpreisen statt eines solchen von Festpreisen“ als „eine weniger einschränkende Maßnahme“ gesehen wird – aber jedenfalls als eine Maßnahme gleicher Wirkung.⁴²

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass **nationale Preisregelungen im Regelfall eine Beschränkung der Grundfreiheiten darstellen**,⁴³ insb der Warenverkehrsfreiheit. Bei der Festsetzung von Preisen für Dienstleistungen kann aber etwa auch die Dienstleistungsfreiheit und die diese konkretisierende Dienstleistungsrichtlinie⁴⁴ betroffen sein. So hat der EuGH etwa auf dieser Grundlage die Mindest- und Höchstsätze der Honorarnoten von Architekt*innen in DL als unionsrechtswidrig qualifiziert.⁴⁵

Beschränkungen der Grundfreiheiten durch Preisregelungen sind aber rechtfertigbar.⁴⁶ Eine **Rechtfertigung** ist bei Maßnahmen gleicher Wirkung iSd Warenverkehrsfreiheit durch Gründe des Art 36 AEUV oder durch die offen ergänzbaren „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses nach der Cassis-Rsp des EuGH⁴⁷ möglich. Mit Feststellung eines Eingriffs geht die Vermutung der Unzulässigkeit einher, die MS müssen also die Rechtfertigung beweisen.⁴⁸

Die Lit interpretiert die bisherige EuGH-Judikatur zur Rechtfertigung von mitgliedstaatlichen Preisregelungen im Allgemeinen als mit **erhöhten (Beweis-)Anforderungen** verbunden.⁴⁹ Angesichts der mitunter erheblichen Wettbewerbswirkung staatlicher Preisregulierungen⁵⁰ – öffentliche Eingriffe in Preisfestsetzungen der

⁴¹ Für eine Zusammenfassung dieser beiden Rsp-Linien siehe die Schlussanträge des Generalanwalts Bot in der Rs *Scotch Whisky Association*; GA Bot, SA v 3. 9. 2015 zu Rs C-333/14, *Scotch Whisky Association*, ECLI:EU:C:2015:527, Rn 51-59.

⁴² GA Szpunar, SA v 2. 6. 2016 zu Rs C-148/15, *Deutsche Parkinson*, ECLI:EU:C:2016:394, Rn. 77.

⁴³ In dieser Allgemeinheit s auch *Mittwoch* Nationale Preisbindungsregelungen auf dem Prüfstand. Die Warenverkehrsfreiheit im Lichte der aktuellen DocMorris-Entscheidung, *EuZW* 2016, 936, 937; *Müller* (FN 11) 1744.

⁴⁴ RL 2006/123/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, *ABl L* 2006/376, 36.

⁴⁵ EuGH 4. 7. 2019, Rs C-377/17, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2019:562.

⁴⁶ Vgl etwa die EuGH-Rsp: EuGH 30. 4. 2009, Rs C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft gegen LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2009:276, Rn 30 ff; EuGH 23. 12. 2015, Rs C-333/14, *Scotch Whisky Association*, ECLI:EU:C:2015:845, Rn 35 ff; vgl in der Lit, *Schroeder* (FN 29) Rn 65.

⁴⁷ EuGH Rs C-120/8, *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42. Budgetäre oder konjunkturpolitische Maßnahmen sind allerdings keine „zwingenden Erfordernisse“, siehe EuGH 19. 12. 1961, Rs C-7/61, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1961:31, Rn 720.

⁴⁸ *Jaeger* (FN 31) 79.

⁴⁹ Aus der Entscheidung *Scotch Whisky Association* (FN 33), Rn 54: „Insoweit müssen die Rechtfertigungsgründe, auf die sich ein Mitgliedstaat berufen kann, von geeigneten Beweisen oder einer Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von diesem Mitgliedstaat erlassenen beschränkenden Maßnahme sowie von genauen Angaben zur Stützung seines Vorbringens begleitet sein“. *Müller* (FN 11), 1745; s auch *Mittwoch* (FN 43) 937: „Eine Rechtfertigung ist zwar möglich, an deren Begründung sind jedoch erhöhte Anforderungen zu stellen.“; *Rixen*, *Versandapotheken und Warenverkehrsfreiheit: Beweisrechtliche Profilierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 19.10.2016, Rs. C148/15, EuR* 2017, 744, 750.

⁵⁰ *Müller* (FN 11) 1745.

Marktteilnehmer stellen marktverzerrende Maßnahmen im Binnenmarkt dar⁵¹ - haben diese einer **strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung** standzuhalten.

Bei der Rechtfertigungsprüfung ist zuerst zu prüfen, ob das Ziel der nationalen Maßnahme mit den möglichen Rechtfertigungsgründen übereinstimmt. Zulässige Ziele sind laut EuGH etwa der Schutz von Büchern als Kulturgut⁵² oder der Verbraucherschutz⁵³ als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses; die Verringerung des Alkoholkonsums als Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen iSd Art 36⁵⁴, die flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln⁵⁵ sowie allgemein die Sicherstellung der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen Interesse) iSv Art 106 AEUV,⁵⁶ und damit in Zusammenhang die Behebung von Versorgungskrisen und von Marktversagen, nicht allerdings rein konjunktur- und wirtschaftspolitische Interessen.⁵⁷

Zudem muss die in Frage stehende Preisregelung **geeignet** sein, die Verwirklichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und sie darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels **erforderlich** ist.⁵⁸ Der Mitgliedstaat habe „*die dafür erforderlichen Beweise ... beizubringen.*“ Das beginnt bereits bei der „*glaubwürdigen Dokumentation des der Regelung zugrundeliegenden Problems*“.⁵⁹ Die deutsche Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel hat der EuGH etwa nicht als geeignet angesehen, um eine flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln sicherzustellen – insb weil „*genaue Angaben zur Stützung des Vorbringens fehlten*“ und weil nach Ansicht des EuGH, Preiswettbewerb die Versorgungssicherheit sogar befördern könnte.⁶⁰ Im Fall der Festlegung von Mindestpreisen im Güterverkehr konnte Italien nicht nachweisen welcher Zusammenhang zwischen dieser Preisfestlegung und dem Ziel der Straßenverkehrssicherheit bestehe. Außerdem ging nach Ansicht des EuGH die fragliche Maßnahme über das hinaus, was erforderlich ist, um die Straßenverkehrssicherheit zu verbessern.⁶¹ Bei den Mindest- und Höchstsätzen der Honorarnoten für Architekt*innen konnte Deutschland nicht nachweisen, dass die Mindesttarife geeignet sind hohe Planungsqualität und Bausicherheit sicherzustellen, da dieses Ziel nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt wurde (denn in Deutschland können Planungsleistungen von jedem Berufsstand ohne Nachweis einer fachlichen Eignung und hinreichenden Qualifikation erbracht werden).⁶² Die Höchstpreise erachtete der EuGH zwar als grundsätzlich zur Förderung des Verbraucherschutzes geeignet, es stünden aber weniger einschneidende Mittel zur Verfügung, etwa die Zurverfügungstellung

⁵¹ Zu dieser Feststellung s auch ErwGr 48 der VO (EU) 2022/1854 des Rates vom 6. Oktober 2022 über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise

⁵² Rs Libro (FN 46) Rn 34.

⁵³ S etwa, EuGH 4. 7. 2019, Rs C-377/17, *HOAI*, ECLI:EU:C:2019:562, Rn 70 oder EuGH 12.7.2012, Rs C-176/11, *HIT hoteli*, ECLI:EU:C:2012:454, Rn 23; allerdings finden sich im Verbraucherschutz bereits zahlreiche sekundärrechtliche Akte, die der Anwendung der Grundfreiheiten vorgehen, vgl Jäger (FN 31) 86.

⁵⁴ Rs Scotch Whiskey Association (FN 33) Rn 35.

⁵⁵ Rs Deutsche Parkinson Vereinigung (FN 36) Rn 34.

⁵⁶ Etwa „die regelmäßige Versorgung des Landes für wichtige medizinische Zwecke sicherzustellen“, EuGH Rs C-325/93, *Evans Medical und Macfarlan Smith*, EU:C:1995:84, Rn 37; Aufrechterhaltung der Systeme der sozialen Sicherheit, EuGH 13.5.2003, Rs C-385/99, *Müller-Fauré*, ECLI:EU:C:2003:270, Rn 73.

⁵⁷ Siehe bereits EuGH 19.12.1961, Rs 7/61, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1961:31, 720.

⁵⁸ Jäger (FN 31) 30.

⁵⁹ *Jaeger* (FN 31) 88.

⁶⁰ *Müller* (FN 11) 1745; *Mittwoch* (FN 43).

⁶¹ EuGH, 4. 9. 2014, Rs C-184/13, *API*, ECLI:EU:C:2014:2147, Rn 51 f, 56 f.

⁶² EuGH, 4. 7. 2019, C-377/17, *HOAI*, ECLI:EU:C:2019:562, Rn 93 ff.

von Preisorientierungen für die verschiedenen Leistungskategorien der HOAI.⁶³ Im Fall der deutschen Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel hat der GA allerdings angedeutet, dass ein System von Höchstpreisen (sofern es eine angemessene Rendite erlaubt) in der Regel leichter zu rechtfertigen sein wird, weil es im Unterschied zum Fest- oder Mindestpreis noch einen Wettbewerb über den Preis erlaubt⁶⁴ und daher eine weniger einschränkende Maßnahme sei.

Zusammenfassend: Preisregelungen sind Beschränkungen der Grundfreiheiten oder des Wettbewerbs, die nur im Rahmen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu rechtfertigen sind. Je gewichtiger der Rechtfertigungsgrund (zB Gewährleistung der Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern zu angemessenen Preisen oder Bekämpfung von Versorgungskrisen), und je milder der Eingriff (zB Festsetzung von Höchstpreisen, welche die Gestehungskosten und eine angemessene Rendite berücksichtigen), und wenn das zu erreichende Ziel insgesamt in systematischer und kohärenter Weise umgesetzt wird (= insb auf eine belastbare Datengrundlage gestützt werden kann), dann können Preisregelungen aber auch mit den EU-Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht in Einklang gebracht werden.

Sekundärrechtlich kann vom Primärrecht Abweichendes festgelegt sein. Die sekundärrechtlichen Regelungen gehen dem Primärrecht als Prüfungsmaßstab vor.⁶⁵ Das ist etwa für den Energiesektor der Fall, der daher unten in Pkt 5 eigens behandelt wird. Es bestehen aber etwa auch sekundärrechtliche Unionsvorschriften zur Preisgestaltung zB bei Flugpreisen (wo explizit eine Preisfreiheit festgelegt wird)⁶⁶, oder für Roamingtarife im Mobilfunk (wo unionsrechtlich Roaming zu Inlandspreisen festgelegt wird).⁶⁷ Es gilt auch ein eigenes Regelungsregime – die sog Gemeinsame Agrarmarktorganisation – für landwirtschaftliche Produkte (siehe dazu Art 39 Abs 1 lit c und e AEUV), welches dazu dient, für die Gemeinschaft einen einheitlichen Agrarmarkt zu schaffen, „*der einer gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegt und auf einem System gemeinsamer Preise beruht*“⁶⁸ – das allerdings eine nationale Preisregelungskompetenz in einem bestimmten Rahmen noch zulässt. Nach des Rspr des EuGH lassen „*die Vorschriften einer gemeinschaftlichen, mit einem Preissystem für die Produktions- und Großhandelsstufe verbundenen Agrarverordnung – unbeschadet anderer Bestimmungen des Vertrages – die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt (...), geeignete Maßnahmen zur Preisgestaltung auf der Einzelhandels- und Verbraucherebene zu treffen, vorausgesetzt, daß diese nicht die Ziele und das Funktionieren der in Frage stehenden gemeinsamen Marktorganisation gefährden*“.⁶⁹ Wann dies der Fall ist, **kann nur für den Einzelfall mit Bezug auf die jeweilige Marktorganisation beantwortet werden und wäre im Einzelnen bei Preisfestlegungen im Lebensmittelsektor** zu prüfen. In Bezug auf die Zuckermarktorganisation hat der EuGH konkret festgehalten: „*Ein Mitgliedstaat, für dessen Gebiet der Interventionspreis höher als der*

⁶³ Rs HOAI (FN 51).

⁶⁴ GA Szpunar (FN 42), Rn 77.

⁶⁵ Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁶ (2022) Art 36 AEUV, Rn 18.

⁶⁶ Vgl Art 22 Verordnung (EG) 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft.

⁶⁷ Verordnung (EU) 2022/612 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. April 2022 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union.

⁶⁸ S EuGH 26.02.1976, Rs 65/75, Tasca, ECLI:EU:C:1976:30, Rn 8.

⁶⁹ Siehe EuGH Rs Tasca (FN 68), Rn 9/11.

*Richtpreis festgesetzt wurde, gefährdet somit die Ziele und das Funktionieren der Zuckermarktorganisation, wenn er die Preise dergestalt regelt, daß die Zuckererzeuger an der Erzielung eines wenigstens dem Interventionspreis entsprechenden Preises frei Werk unmittelbar oder mittelbar gehindert werden. Ein solches mittelbares Hindernis liegt vor, wenn der Mitgliedstaat – ohne die Preise auf der Produktionsstufe zu regeln – die Höchstverkaufspreise für die Groß- oder Einzelhandelsstufe so niedrig festsetzt, daß der Erzeuger praktisch nicht zum Interventionspreis verkaufen kann, weil er sonst die an die Höchstpreise gebundenen Groß- oder Einzelhändler zwingen würde, mit Verlust zu verkaufen.*⁷⁰

⁷⁰ Siehe EuGH Rs Tasca (FN 68), Rn 21/23.

3.2 Verfassungsrecht

Preisregelungen stellen einen Eingriff in die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit betroffener Unternehmer sowie in die Privatautonomie aller beteiligten Verkehrskreise dar. Sie sind daher im Hinblick auf die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG, Art 15 GRC)⁷¹, sowie im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht (Art 5 StGG, Art 1 1. ZP-EMRK⁷²) zu prüfen. Einer näheren Differenzierung dieser "Grundrechte" bedarf es bei der Prüfung nicht, denn unter den Aspekten sowohl der Erwerbsfreiheit als auch des Eigentumsgrundrechts ist eine gesetzliche Beschränkung unter gleichartigen Voraussetzungen zulässig: Sie muss im öffentlichen Interesse liegen und sie muss verhältnismäßig, dh geeignet, erforderlich und adäquat, sein.⁷³

Preisregelungen werden vom VfGH grundsätzlich als **schwerwiegende Eingriffe** in die oben genannten Grundrechtspositionen gewertet, weil die Beschränkung des Preiswettbewerbs den „Kern der unternehmerischen Dispositionsfreiheit“ betrifft.⁷⁴ Der VfGH spricht hier auch vom Kern unternehmerischer Betätigung (VfSlg 12.379/1990) und von Eingriffen von „erheblichem Gewicht“ (VfSlg 16.538/2012). Diese sind aber nicht absolut unzulässig; „**die den Eingriff rechtfertigenden Gründe müssen aber umso gewichtiger sein, um den schwerwiegenden Eingriff nicht unverhältnismäßig erscheinen zu lassen.**“ (VfSlg 15.509/1999).

In VfSlg 16.538/2002 zu den Festtarifen für Taxiunternehmen, die durch VO der LH festgesetzt werden, hat der VfGH diese Grundsätze wie folgt zusammengefasst: „*Die angefochtene Gesetzesbestimmung bewirkt nun zwar keine Beschränkung des Erwerbsantritts, sondern stellt bloß eine Ausübungsregel dar, sie ist aber ungeachtet dessen von erheblichem Gewicht, zählt doch die Festlegung von Preisen für angebotene Leistungen zum Kern unternehmerischer Betätigung (vgl. VfSlg. 12.390/1990 zum Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis). Ein solcher Eingriff ist zwar nicht absolut unzulässig (vgl. VfSlg. 12.481/1990 zum Mindesttarif für Ziviltechniker), erfordert es aber doch, daß er durch gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigt ist und die verfügten Maßnahmen zur Zielerreichung auch geeignet und dieser adäquat sind. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist weiters zu untersuchen, ob der Eingriff auch sonst sachlich gerechtfertigt ist.*“

Nach dieser Rechtsprechungslinie ist es zunächst Sache des Gesetzgebers festzulegen, welches Ziel er mit den Preisregelungen verfolgen will, sowie zu beurteilen, ob die Preisregelung auch geeignet (= ein taugliches Mittel) ist, um das verfolgte Ziel zu erreichen. In beiden Punkten kommt dem Gesetzgeber ein weiter Ermessensspielraum zu, die verfassungsrechtliche Prüfung beschränkt sich auf eine Vertretbarkeitskontrolle. So kann die Legitimität des mit der Preisregulierung verfolgten Ziels verfassungsrechtlich nur dann in Frage gestellt werden, wenn der Gesetzgeber Ziele verfolgt, die keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend angesehen werden können.⁷⁵ Bei der Eignung fordert der VfGH lediglich,

⁷¹ Schutzzumfang des Art 15 GRC entspricht Art 6 StGG; VfSlg 19.909/2014.

⁷² Weniger stark geschützt ist die Privatautonomie nach Art 1 1.ZPMRK und Art 17 GRC, vgl dazu Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte² (2019) 446-449.

⁷³ Öhlinger, Ist die Buchpreisbindung verfassungskonform, ÖJZ 2008, 211, 213.

⁷⁴ Berka/Binder/Kneihs (FN 74) 477 ff; s auch Muzak, B-VG⁵ Art 6 StGG (Stand 1.10.2020, rdb.at), Rn 13. Weiters Berka/Eilmansberger (FN 26) 208f.

⁷⁵ Vgl zB VfSlg 12.094/1989; dazu mit weiteren Nachweisen Berka, Verfassungsrecht (2005) Rn 1301 ff.

dass ein Mittel nicht "absolut untauglich" sein darf.⁷⁶ Die Festsetzung von Höchstpreisen für den Verkauf von Tabakwaren in Gastgewerbestätten hat der VfGH zB als nicht tauglich gesehen, um einen Gebiets- und Existenzschutz von Tabaktrafiken zu gewährleisten.⁷⁷ Eine unterschiedliche Bewertung der Eignung einer Regelung lässt diese aber nicht als verfassungswidrig erscheinen.⁷⁸ Dem Gesetzgeber kommt in der Einschätzung der Tauglichkeit einer Regelung dann ein "erheblicher Beurteilungsspielraum (zu), vor allem soweit es um schwierige Abschätzungen und Prognosefragen geht."⁷⁹ Ausgehend von dem Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers ist es grundsätzlich auch zu akzeptieren, wenn durch die Maßnahme (die die Erwerbsfreiheit und das Eigentumsgrundrecht einschränkt) die angestrebten Ziele nur unvollkommen erreicht werden; es liegt auch im prinzipiellen Verantwortungsbereich des Gesetzgebers, wieweit er die damit verbundenen Nachteile bei einer Gesamtbewertung billigend in Kauf nimmt.⁸⁰ Dh. eine Maßnahme ist iSd verfassungsrechtlichen Prüfung auch dann als tauglich zu bewerten, wenn ein Risiko besteht, dass es nachteilige Konsequenzen im Hinblick auf das verfolgte Ziel haben könnte.

Auch bei der Frage, ob die Preisregulierung ein erforderliches Mittel zur Erreichung der angestrebten Ziele ist, dh ob die Ziele nicht durch andere, die Grundrechte des Wirtschaftslebens weniger einschränkende Instrumente erreicht werden können, ist dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zuzubilligen. Deren Vertretbarkeit müsste durch überzeugende Argumente widerlegt werden.⁸¹ In der öffentlichen Diskussion wird die Markttransparenz (= Überwachung der Preise) oft als ein solches alternatives Instrument zur Preisregelung genannt.⁸² Als Argument gegen die Erforderlichkeit der Preisregulierung kann es aber wohl nur dann vorgebracht werden, wenn belegt werden kann, dass es tatsächlich eine Alternative dazu sein kann, dh dass die Ziele mit Instrumenten der Markttransparenz alleine (statt mit direkten Eingriffen in die Preise) auch erreicht werden können.

In einem letzten Schritt ist die Verhältnismäßigkeit ieS (=Adäquanz) der Preisregulierung zu prüfen: dh. die Schwere des Grundrechtseingriffs, die laut VfGH bei der Preisregulierung eine erhebliche ist, ist mit dem Gewicht der rechtfertigenden Gründe abzuwägen. Diese Abwägung inkludiert letztlich ein Werturteil, die laut *Öhlinger* ebenfalls „primär der Gesetzgeber zu treffen hat“: Nur wenn die Gewichtung eindeutig gegen die Beschränkung der involvierten grundrechtlichen Positionen ausschlägt, dürfte nach *Öhlinger* der VfGH die Wertung des Gesetzgebers als verfassungswidrig aufheben.⁸³ *Berka/Eilmansberger* hingegen betonen, dass die Adäquanz der Preisregelung als einem schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsgrundrechte „vor dem Hintergrund einer Grundrechtsordnung zu bewerten ist, der eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung zu Gunsten einer marktwirtschaftlich orientierten und auf Wettbewerb beruhenden Wirtschaftsordnung zu Grunde liegt“.⁸⁴ Dem kann allerdings wiederum entgegengehalten

⁷⁶ VfSlg 12.379/1990.

⁷⁷ VfSlg 15.509/1999.

⁷⁸ *Öhlinger*, Ist die Buchpreisbindung verfassungskonform? ÖZJ 2008, 211, 214.

⁷⁹ *Berka/Eilmansberger* (FN 26) 209.

⁸⁰ *Berka/ Eilmansberger* (FN 26) 210f.

⁸¹ *Öhlinger* (FN 78) 215.

⁸² Kleedorfer, Regierung will bei Lebensmitteln mehr Preistransparenz, abrufbar unter: <https://kurier.at/wirtschaft/regierung-will-mehr-bei-lebensmitteln-mehr-preistransparenz/402436212> (26.06.2023).

⁸³ *Öhlinger* (FN 78) 215.

⁸⁴ Fn 41 bei *Berka/Eilmansberger* (FN 26): VfSlg 11.483/1987, 11.625, 11.749/1988, 12.379/1990

werden, dass nach eindeutiger Rspr des VfGH, die „freie Marktwirtschaft“ „kein Grundsatz der österreichischen Verfassungsordnung“ ist,⁸⁵ dh aus dieser Wertentscheidung für eine marktwirtschaftliche Ordnung alleine keine Aussagen über die Zulässigkeit von Einschränkungen der freien Marktwirtschaft getroffen werden können.

Die bisherige Rspr des VfGH ist in der Frage, wann eine Preisregelung als verhältnismäßig ieS angesehen werden kann, nicht eindeutig, lässt aber den Schluss zu, dass – wie *Öhlinger* konstatiert – der VfGH dem Gesetzgeber auch in diesem Punkt ausreichend Ermessensspielraum belässt. So hat der VfGH etwa die Aufrechterhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung bzw *eine* adäquate Versorgung mit Arzneimitteln zu angemessenen Kosten *als gewichtigen Grund für* Preismaßnahmen im Arzneimittelbereich gelten lassen und insofern diese Preisregelungen als gerechtfertigte Markteinschränkungen erachtet.⁸⁶ Im Fall der Preisfestlegungen für Taxiunternehmen hat er den Verbraucherschutz und das Interesse von Preistransparenz als gewichtige Gründe gelten lassen und die Preisregelungen als angemessen erachtet.⁸⁷ Auch der Schutz des Bestands einer bäuerlich strukturierten Landwirtschaft und einer gesicherten (das heißt auch autarken) Versorgung der Bevölkerung mit Milch und Erzeugnissen aus Milch können aus Sicht des VfGH Lenkungsmaßnahmen in diesem Bereich rechtfertigen.⁸⁸ Die Mindestgebühren für Leistungen von Ziviltechniker*innen hat der VfGH zwar als unverhältnismäßig (weil über das notwendige Maß hinausgehend) aufgehoben, aber bloß deswegen, weil sie undifferenziert für jegliche Art von Ziviltechnikerleistung festgelegt waren. Gleichzeitig hat der VfGH eingestanden „*daß bei manchen Ziviltechnikerleistungen öffentliche Interessen - etwa an der Gewährleistung eines besonderen Sicherheitsstandards oder an besonderen schöpferischen oder kulturellen Leistungen - die Verschreibung von Mindestgebühren rechtfertigen können.*“⁸⁹ Auch hinsichtlich der Preisregelungen für Tabakwaren hat er lediglich die Festlegung von Höchstpreisen als zur Zielerreichung nicht geeignet angesehen, die Festlegung eines Mindestpreises zur Zielerreichung aber als potenziell tauglich und verhältnismäßig erachtet.⁹⁰ In VfSlg 12.379/1990 hat der VfGH allerdings das Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis nach § 3a NahversorgungsG, um Verdrängung kleiner und mittlerer Nahversorger zu verhindern & damit Nahversorgung zu sichern, als unverhältnismäßig gewertet, obwohl es sich bei der Zielsetzung unbestrittenermaßen um ein gewichtiges öffentliches Interesse handelt. Die Begründung, dass die Beschränkung ihre Ziele nur unvollkommen erreicht⁹¹ ist mit der oben angeführten Judikaturlinie nicht leicht in Einklang zu bringen (wonach auch Maßnahmen, die ihre Ziele nur unvollkommen erreichen, als tauglich betrachtet werden). Im konkreten Fall hat der VfGH die Maßnahme wohl deshalb als nicht verhältnismäßig erachtet, weil sie auch die kleinen Handelsbetriebe, die sie ja schützen soll, nachteilig hätte treffen können.

⁸⁵ VfSlg 5831/1968; 5966/1969.

⁸⁶ VfGH 21.2.2014, B 1429/2011.

⁸⁷ Dazu auch Kahl, Entscheidungsbesprechung zu VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01 (*fixe Taxitarife*), ÖZW 2002, 112ff.

⁸⁸ VfSlg 12.678/1991. In dieser Entscheidung geht es allerdings um Lenkungsmaßnahmen allgemein, nicht bloß Preisregelungen.

⁸⁹ VfSlg 12.481/1990.

⁹⁰ VfSlg 15.509/1999.

⁹¹ VfSlg 12.379/1990.

Zusammenfassend lassen sich aus der bisherigen Rechtsprechung des VfGH aus der Erwerbsfreiheit und dem Eigentumsgrundrecht die folgenden Vorgaben für die Gestaltung von Preisregelungen ableiten: sie dürfen nicht absolut untauglich sein, um ein gesetztes Ziel zu erreichen und es ist nicht nachgewiesen, dass es Alternativen zur Preisregulierung gibt, um das Ziel zu erreichen. Je gewichtiger die Gründe für die Preisregulierung sind, umso eher können die damit verbundenen Eingriffe in die Wirtschaftsgrundrechte gerechtfertigt werden – wobei der VfGH bislang neben der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln oder mit Milch und Milcherzeugnissen⁹² auch den Verbraucherschutz als solche gewichtigen Gründe angesehen hat. Nach *Korinek* vermag jedenfalls eine besondere Krisensituation auch sehr weitgehende Einschränkungen der unternehmerischen Disposition bei lebensnotwendigen Gütern zu rechtfertigen. Die Grenzen einer Grundrechtsverletzung im Bewirtschaftungsrecht sind nach *Korinek* anders zu ziehen als im übrigen Wirtschaftslenkungsrecht.⁹³

⁹² VfSlg 12.677/1991.

⁹³ Korinek, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung, in: Festschrift Wenger (1983) 243, 258 ff und insb 260.

4 Konkretisierung des Tatbestands für die Anwendung des PreisG bei „ungerechtfertigter Preispolitik“

Es wird untersucht, wie der Tatbestand für die Eröffnung eines Preisfestsetzungsverfahrens bei ungerechtfertigter Preispolitik (§5 Abs 1-5 PreisG) konkreter gefasst und formuliert werden kann; dh wie – unter Beachtung der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben – eine Konkretisierung der Voraussetzungen aussehen könnte, nach denen es zulässig bzw geboten ist, bei erheblichen Preissteigerungen durch Preisregulierung einzugreifen. Dabei soll im Besonderen auch evaluiert werden, ob und inwieweit eine Verankerung der Beweislastumkehr (dh die Unternehmen haben die sachliche Rechtfertigung ihrer Preise nachzuweisen) möglich ist.

4.1 Schwächen der geltenden Bestimmung zur Preisfestsetzung bei ungerechtfertigter Preispolitik

Das PreisG hat iW drei Anknüpfungspunkte:

- Preisfestsetzung iZhg mit einer **Versorgungsstörung** (wenn Lenkungs- oder Bewirtschaftungsmaßnahmen gesetzt werden - §2 Abs1, oder mit VO der BReg festgestellt wird, dass eine Versorgungsstörung vorliegt bzw unmittelbar droht - §2 Abs2)
- Preisfestsetzung in „**sensiblen Märkten**“ (= Arzneimittel und Fernwärme, §§3, 4)
- Preisfestsetzung bei **Marktstörungen**, insb, um ungewöhnlicher Preisentwicklung entgegenzuwirken (§5).

Der letzte Tatbestand ist soweit ersichtlich noch nie angewandt worden – auch nicht in den letzten Monaten, die durch erhebliche Preisteuerungen in unterschiedlichsten Lebensbereichen (va Energie, Wohnen und Lebensmittel) in Österreich gekennzeichnet waren und noch immer sind,⁹⁴ und im Übrigen auch über dem EU-Schnitt liegen.⁹⁵ Anträge der AK auf Preisfestsetzung nach dieser Bestimmung blieben bislang erfolglos,⁹⁶ was die Zahnlosigkeit dieser Bestimmung im PreisG zeigt.

Eine Preisfestsetzung gem §5 bei ungewöhnlicher Preisentwicklung kommt in Betracht, wenn **der/die Wirtschaftsminister*in feststellt**, dass der von einem oder mehreren Unternehmen für ein Sachgut/eine Leistung geforderte Preis die (1) internationale Preisentwicklung, (2) den allg. Preisindex des betreffenden Wirtschaftszweiges oder (3) die allg. Preiserhöhung des betreffenden Wirtschaftszweiges **in einem ungewöhnlichen Maße**

⁹⁴ Siehe dazu die unterschiedlichen Meldungen: Energiepreise im Oktober auf Rekordniveau, abrufbar unter: <https://oesterreich.orf.at/stories/3185609/> (26.06.2023); Mieten erneut stark gestiegen, abrufbar unter: <https://oesterreich.orf.at/stories/3185395/> (26.06.2023) <https://oesterreich.orf.at/stories/3185609/> (26.06.2023); Lebensmittelpreise zuletzt deutlich stärker gestiegen als Inflation, abrufbar unter: <https://www.vol.at/lebensmittelpreise-zuletzt-deutlich-starker-gestiegen-als-inflation/7998211> (26.06.2023).

⁹⁵ Inflation: Österreich bleibt bei hohen Preisen im Spitzenfeld, abrufbar unter: <https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/inflation-oesterreich-bleibt-bei-hohen-preisen-im-spitzenfeld-138080458> (26.06.2023).

⁹⁶ Sprit-Preiskommission: Keine Grundlage für Eingriffe, abrufbar unter: <https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/sprit-preiskommission-keine-grundlage-fuer-preiseingriffe-135987130> (26.06.2023)

übersteigt und wenn dies auf eine **ungerechtfertigte Preispolitik** eines oder mehrerer Unternehmen zurückzuführen ist.

Dh vor Festsetzung eines volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises bei ungewöhnlicher Preisentwicklung werden folgende Prüfschritte gesetzt⁹⁷:

- Stufe 1: Übersteigt der geforderte Preis oder die Preiserhöhung die internationale Preisentwicklung, den allgemeinen Preisindex des Wirtschaftszweiges oder die allgemeine Preiserhöhung dieses Wirtschaftszweiges?
- Stufe 2: Wenn ja, übersteigt der geforderte Preis/die vorgenommene Preiserhöhung diese Parameter in einem ungewöhnlichen Maß?
- Stufe 3: Beruht dieser geforderte Preis oder die vorgenommene Preiserhöhung auf einer ungerechtfertigten Preispolitik eines oder mehrerer Unternehmen?
- Stufe 4: Werden die vorangegangenen Fragen bejaht, ist zu prüfen, ob andere marktkonforme Maßnahmen möglich sind.
- Stufe 5: Wenn nein, ist eine Bestimmung von Höchstpreisen für die Dauer von 6 Monaten möglich.

Folgende Probleme/Schwächen zeigen sich in der Praxis bei der Durchführung dieser Prüfschritte (insb auch aus Sicht der AK):

1) Das Preisverfahren und die Preisfestsetzung beziehen sich nur mehr auf die Preissteigerung eines oder mehrerer Unternehmen, **nicht mehr auf eine gesamte Branche**, wie noch in der alten Fassung des PreisG⁹⁸ vorgesehen.

Die **BWB** führt zwar **Branchenuntersuchungen** durch: eine der Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde ist nach §2 Abs1 Z3 WettbewerbsG das Durchführen allgemeiner Untersuchungen eines Wirtschaftszweiges, sofern die Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb in dem betreffenden Wirtschaftszweig eingeschränkt oder verfälscht ist. Sofern sich aus der Untersuchung aber keine unmittelbaren Hinweise auf Kartellierung oder Marktmissbrauch schließen lassen, folgen daraus auch keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen, auch wenn die Berichte stark gestiegene Gewinnmargen der Unternehmen zeigen.⁹⁹ Zudem ist die BWB bloß befugt eine solche Branchenuntersuchung vorzunehmen; das WettbewerbsG normiert keine Antragsrechte auf eine solche Branchenuntersuchung. Zweck des Berichts der BWB ist iW der Regierung, dem Parlament und der Öffentlichkeit durch **Daten belegte Fakten** zur Verfügung zu stellen, um eine evidenzbasierte Diskussion zu ermöglichen.

2) Der **Bezugsrahmen** für die Feststellung einer ungewöhnlichen Preisentwicklung ist immer **nur die jeweilige Branche / der Wirtschaftszweig** oder **internationale Preisentwicklungen** des betreffenden Sachguts. Wenn die Preise in der Branche allgemein steigen (zB wenn Lebensmittelpreise allgemein steigen), oder wenn die Preise in der gesamten

⁹⁷ S die Stellungnahme der Preiskommission zum Antrag der Bundesarbeitskammer betreffend Benzin, Diesel und Heizöl, vom 22.03.2023, abrufbar unter: https://www.bmaw.gv.at/dam/jcr:58247cfa-e7c0-4cca-9c3b-7b11ab1e749c/230322_Stellungnahme%20Preiskommission_FINAL_barrierefrei.pdf (26.06.2023).

⁹⁸ § 3 Abs 1 Z 1 PreisG 1976, BGBl 1976/260.

⁹⁹ S etwa die Branchenuntersuchung Kraftstoffmarkt 2022 (FN 9).

Konkretisierung des Tatbestands für die Anwendung des PreisG bei „ungerechtfertigter Preispolitik“

EU steigen,¹⁰⁰ dann können auch keine ungewöhnlichen Preisentwicklungen bei dem jeweiligen Sachgut festgestellt werden.

3) Die Preisentwicklung hat zudem in einem **ungewöhnlichen Maße** abzuweichen, was in einem hohen Maß unbestimmt festgelegt ist:¹⁰¹ Der Gesetzgeber hat bewusst einen neuen, vom alten PreisG abweichenden Begriff verwendet, um klarzumachen, dass schärfere Anforderung gestellt werden, als bis dahin mit den Begriff der „*betriebswirtschaftlich nicht erforderlichen Erhöhung*“ (§ 4 PreisG 1976) oder des „*erheblichen Überschreitens*“ (§ 14 Abs 3 PreisG 1976); die Regierungsvorlage spricht dementsprechend von „**exzessiven Preisforderungen und Preiserhöhungen**“¹⁰², die nachzuweisen sind. Auf dieser Grundlage ist, trotz erheblicher Preissteigerungen im letzten Jahr in Österreich in den unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen, nie von einer Preisentwicklung im ungewöhnlichen Maß ausgegangen worden, welche eine Preisfestsetzung gerechtfertigt hätte.¹⁰³

4) Zusätzlich zu Preissteigerungen in einem ungewöhnlichem Maß, ist Tatbestandsvoraussetzung für eine Preisfestsetzung eine **ungerechtfertigte Preispolitik**. Auch bzgl dieses Tatbestandselements geht die Lit davon aus, dass diese nicht schon dann vorliegt, wenn kein volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preis iSv § 6 PreisG (in der Ausformung durch die Judikatur des VfGH und VwGH)¹⁰⁴ verlangt wird, sondern wenn die Preisgestaltung des Unternehmens in exzessiver Weise die volkswirtschaftlichen Erfordernisse (und die internationalen und allgemeinen Preise) negiert.¹⁰⁵ Zudem wird in der öffentlichen Diskussion und von Teilen der Lit die Auffassung vertreten, dass in einem Markt, in dem keine Kartelle und kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt wird – also in einem so festgestellten „funktionierenden Markt“ – es definitionsgemäß keine volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preise geben kann. Denn – so die Argumentation – funktionierende Märkte, wo Wettbewerb ausgebildet ist, führen zu Marktpreisen. Marktpreise sind grundsätzlich volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise: Wirtschaftsminister Kocher hat dies zB so formuliert: „*Generell von ungerechtfertigten Preiserhöhungen zu sprechen, ist in einer Marktwirtschaft schwierig: Wenn jemand die teuer gewordenen Produkte kauft, gibt es die Nachfrage dafür.*“¹⁰⁶ Oder in den Worten von Heinz Mayer: „*Eine Preispolitik, die zu einem Preis führt, der einer funktionierenden Wettbewerbswirtschaft entspricht, ist demnach keinesfalls ungerechtfertigt. Eine Preispolitik eines rational handelnden, im Konkurrenzkampf stehenden,*

¹⁰⁰ Zu der Diskussion, dass es übermäßige Preissprünge EU-weit gäbe, s etwa <https://www.handelsblatt.com/finanzen/geldpolitik/teuerung-hohe-gewinnmargen-der-firmen-treiben-inflation-ebz-hege-abneigung-gegen-die-diskussion/29016052.html> (26.06.2023).

¹⁰¹ So auch Müller (FN 11) 1757; Rill, Erdöl, Erdölderivate und das Preisgesetz 1992, ÖZW, 103.

¹⁰² RV 336BlgNR 18 GP 13.

¹⁰³ S etwa die Stellungnahme der Preiskommission zum Antrag der Bundesarbeitskammer betreffend Benzin, Diesel und Heizöl, vom 22.03.2023, S 51 (FN 97), wo man bei Kraftstoff mit Hinweis auf die Steigerungen in der gesamten EU keine ungewöhnlichen Preisentwicklungen festgestellt hat, wenngleich die Europäische Zentralbank inzwischen offen davon spricht, dass Unternehmen auf Kosten der Endverbraucher übermäßige Gewinne erzielen und die Inflation treiben: ECB confronts a cold reality: Companies are cashing in on inflation, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/markets/europe/ecb-confronts-cold-reality-companies-are-cashing-inflation-2023-03-02/> (26.06.2023).

¹⁰⁴ S näher unten 4.2.

¹⁰⁵ Müller (FN 11) 1758.

¹⁰⁶ Standard v 2. Mai 2023, abrufbar unter: <https://www.derstandard.at/story/2000146014455/kocher-gierflation-ist-ein-kampfbegriff> (26.06.2023). f

Unternehmens ist stets gerechtfertigt; sie wird zum Ziel haben, unter Abwägung kurz- und langfristiger Interessen und Marktchancen einen möglichst hohen Ertrag zu erzielen.¹⁰⁷

Wenn es aber nach dieser Interpretation nur bei festgestellten Wettbewerbsverstößen (Kartellabsprachen; Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) eine ungerechtfertigte Preispolitik geben kann, die Voraussetzung für die Preisfestsetzung ist, wird §5 PreisG redundant. Denn bei Wettbewerbsverstößen (Kartellabsprachen / Missbrauch marktbeherrschender Stellung) gibt es Instrumente des Wettbewerbsrechts, die sich auf die Preise beziehen können (zB Anordnung der Unterlassung derartiger unter Wettbewerbsverstößen vorgenommener Preisbildungen).¹⁰⁸ Will man dem Gesetzgeber nicht unterstellen, eine derart redundante Regelung erlassen zu haben, kann §5 PreisG nicht so interpretiert werden, dass er erst zur Anwendung gelangt, wenn Wettbewerbsverstöße iSd Wettbewerbsrechts vorliegen bzw dass nur bei solchen Wettbewerbsverstößen ungerechtfertigte Preise iSd §5 PreisG vorliegen können. IdS hält Puck fest: „Dieser festzusetzende Preis (=der volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preis) ist voraussetzungsgemäß nicht der Marktpreis, sondern das Ergebnis einer Korrektur desselben.“¹⁰⁹

In der Praxis in Preisfestsetzungsverfahren ist diese Frage nicht abschließend erläutert worden, weil man bereits in den vorangegangenen Schritten (insb Vorliegen von Preissteigerungen in ungewöhnlichem Maß) das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Preisfestsetzung verneint hat. Aussagen des derzeit tätigen Wirtschaftsministers in Medien deuten allerdings darauf hin, sich in dieser Frage der engen Interpretation von §5 anzuschließen,¹¹⁰ welche – wie ausgeführt – die Bestimmung redundant machen würde.

4.2 Mögliche Neufassung des Tatbestands der Preisfestsetzung bei ungerechtfertigter Preispolitik unter Beachtung der unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass §5 PreisG zu reformieren ist, um das PreisG zu einem durchgriffsstarken Instrument bei Teuerungen zu etablieren, die nicht mit gestiegenen Kosten gerechtfertigt werden können und insofern auch mit beträchtlichen Gewinnmargen auf Seiten der Unternehmen zum Nachteil der Endverbraucher*innen einhergehen. Eine solche Reform hat sicherzustellen, dass das PreisG effektiv als zum Wettbewerbsrecht ergänzender Korrekturmechanismus wirkt, dh zum Einsatz kommt, wenn Marktstörungen und eine ungerechtfertigte Preispolitik nicht mit dem Wettbewerbsrecht behoben werden können, weil keine Wettbewerbsverstöße nach Wettbewerbsrecht nachgewiesen werden können. Dies kann etwa der Fall sein, wenn Marktstörungen nicht in Kartellabsprachen oder einem missbräuchlichen Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen begründet sind, sondern zB auf eine unelastische Nachfrage (etwa bei

¹⁰⁷ Mayer, Die Bundesverfassung und der Benzinpreis. Zur Auslegung des § 5a PreisG 1992, ÖJZ 2000, 201; so auch Hanreich (FN 12) 33 ff, der § 5 PreisG insgesamt als ein wettbewerbspolitisches Instrument gegen marktmächtige Unternehmen bewertet.

¹⁰⁸ Zur Rechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts im Überblick s etwa Schmitt, Grundzüge des Wettbewerbsrechts, 134 ff; sowie insb zur Erteilung des Auftrags, die jeweilige Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot abzustellen, S 136.

¹⁰⁹ Puck, Wirtschaftslenkungsrecht in B. Raschauer/Ennöckl/N. Raschauer, Wirtschaftsrecht⁴ (2019) Rz 801 (825); ähnlich Gutknecht, Der volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preis im Spiegel der Rechtsprechung, ÖZW 1991, 46.

¹¹⁰ Vgl FN 106.

lebensnotwendigen Gütern)¹¹¹ oder Informationsasymmetrien auf Seiten der Endverbraucher*innen¹¹² zurückzuführen sind.

Eine Reformierung des PreisG dahingehend, eine allgemeine Vorgabe zu schaffen, wonach – in Anlehnung zB an §6 Abs 1 KSchG¹¹³ – Preissteigerungen nur mehr bei steigenden Kosten zulässig sein sollen und stets sachlich zu rechtfertigen sind und eine Preisfestsetzung immer dann möglich sein soll, wenn eine solche sachliche Rechtfertigung nicht gelingt, führt zu weit. Eine derart allgemeine und umfassende Vorgabe für alle Unternehmen und Sachgüter und Leistungen, die Preisfestsetzung immer nach den tatsächlichen Kosten auszurichten, schaltet im Grunde den Preiswettbewerb aus und lässt sich daher mit dem durch die Grundfreiheiten und Wirtschaftsgrundrechte eingerichteten System einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung¹¹⁴ nicht vereinbaren. Im Vergleich dazu, gilt die Verpflichtung zur sachlichen Rechtfertigung der Preiserhöhung nach KSchG nur für laufende Dauerschuldverhältnisse, die Unternehmen grundsätzlich auch wieder kündigen können¹¹⁵ (daher sind die Marktfreiheiten durch eine solche Regelung nicht so weitreichend eingeschränkt wie bei einer allgemeinen Vorgabe die Preise/Preiserhöhungen stets nach den Kosten auszurichten).

Allerdings lassen sich in Bezug auf lebensnotwendige Güter (nach dem alten PreisG 1976 auch als Bedarfsgüter bezeichnet)¹¹⁶, mit dem Ziel eine Basisversorgung der Bevölkerung mit diesen Gütern zu erschwinglichen Preisen sicherzustellen und so einer Versorgungskrise vorzubeugen, sehr wohl weitergehende Eingriffe durch Preisregulierung (als sie derzeit normiert sind) verfassungs- und unionsrechtlich rechtfertigen.¹¹⁷ Es können gewichtige Gründe angeführt werden, warum es bei solchen Leistungen auch einer besonderen Regulierung bedarf: Zum einen ist die Basisversorgung der Bevölkerung gefährdet, wenn bei solchen Gütern und Leistungen überzogene Preise gefordert werden. Zum anderen können die Endverbraucher*innen auf diese Güter und Leistungen nicht verzichten, da sie existenzielle Grundbedürfnisse abdecken. Daher liegt bei solchen Märkten – auch wenn keine Wettbewerbsverstöße iSd Wettbewerbsrechts (Kartellabsprache, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) nachgewiesen werden – dennoch ein unvollständiger Wettbewerb vor, denn die Endverbraucher*innen haben durch ihr Nachfrageverhalten nicht so eine Macht auf die Preisfestsetzung einzuwirken, wie auf anderen Märkten, weil sie eben auf die Güter und Leistungen angewiesen sind. Um es am Beispiel des Lebensmittelsektors zu veranschaulichen: Wenn die gesamte Lebensmittelbranche ihre Preise hebt, haben die Endverbraucher*innen keine andere Wahl außer die Produkte dennoch nachzufragen (weil existenziell), sie können durch ihr Nachfrageverhalten die Preise nicht

¹¹¹ Zu dem Konzept der unelastischen Nachfrage s etwa Varian, Grundzüge der Mikroökonomik⁶ (2004) 277 ff.

¹¹² Varian (FN 111) 686 ff.

¹¹³ § 6 Abs 1 KSchG (BGBl 1979/140 i d F BGBl 2022/109) sieht im Kern vor, dass bei einem aufrechten vertraglichen Verhältnis zwischen Unternehmer und Endverbraucher*innen, bei einer Preissteigerung die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände sachlich gerechtfertigt sein müssen.

¹¹⁴ Dazu oben 3.

¹¹⁵ S dazu auch K. Oberndorfer, Zum neuen AGB- und Preisänderungsrecht der Stromlieferanten im EIWOG, wbl 2022, 545 ff.

¹¹⁶ S dazu auch die Bestimmung zur Preistreiberei in der alten Fassung des PreisG: „*Einer Preistreiberei macht sich schuldig, wer für Sachgüter oder Leistungen, die unmittelbar oder mittelbar der Befriedigung lebenswichtiger Bedürfnisse dienen (im folgenden kurz Bedarfsgegenstand und Bedarfsleistung genannt), ein offenbar übermäßiges Entgelt fordert.*“ (§ 14 Abs 1 PreisG 1976).

¹¹⁷ Vgl Korinek (FN 93).

wirklich beeinflussen. Ökonomisch gesprochen, liegt eine sog **unelastische Nachfrage** vor¹¹⁸. Aus diesen Gründen ist das Spiel von Angebot und Nachfrage zur Preisfestsetzung auf solchen Märkten also nicht optimal ausgebildet, selbst wenn keine Wettbewerbsverstöße iSd Wettbewerbsrechts vorliegen, was die Korrektur der Marktergebnisse auch abseits des Wettbewerbsrechts rechtfertigt.

Um die Eingriffe verfassungs- und unionsrechtskonform (also in Einklang mit den Marktfreiheiten) zu gestalten, ist darauf zu achten, dass die Preisregelungen auch für derartige Güter nicht überschießend ausgestaltet sind, sowie dass sie kohärent umgesetzt sind, dh die Eingriffe nicht willkürlich erfolgen, sondern eine strukturierte Prüfung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen erfolgt, und die Notwendigkeit der Eingriffe insbesondere auf eine belastbare Datengrundlage gestellt werden kann. Zudem sind insb bei Lebensmitteln auch spezifische sekundärrechtliche Bestimmungen zu beachten.¹¹⁹

Entlang der EuGH Rspr¹²⁰ ist ein System der Festlegung von Höchstpreisen, die jedenfalls auch eine gewisse Rendite erlauben und damit auch weiterhin Wettbewerb ermöglichen als mildest möglicher Eingriff zu bewerten, etwa auch im Vergleich zu Festpreisen. Es ist bei der Festsetzung der Preise jedenfalls zu gewährleisten, dass die Gestehungskosten angemessen berücksichtigt werden, um nicht überschießend einzugreifen, was durch die Vorgabe volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise festzulegen,¹²¹ entsprechend umgesetzt ist.

Eine strukturierte, insb aber auch effiziente Prüfung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen, die – wenn erfüllt – zu einer staatlichen Preisfestsetzung führen soll, könnte wie folgt aussehen, wobei konkrete verfahrensrechtliche Fragen (und Zuständigkeiten) hier nicht mitbehandelt werden, da sie nicht Gegenstand des Gutachtens sind:

1. Feststellung des Vorliegens von erheblichen Preissteigerungen bei lebensnotwendigen Gütern und Leistungen, die vermuten lassen, dass von den Unternehmen unangemessene (=keine volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise) verlangt werden.

Es soll bewusst in Abweichung zur dzt Version des PreisG nicht auf eine Abweichung in einem „ungewöhnlichem Maße“ bzw auf exzessive Preissteigerungen abgestellt werden (was höchst unbestimmt ist). Eine erhebliche Preissteigerung (wie auch im alten PreisG 1976 verankert) reicht; sie kann mit Bezug auf die Definition von volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preisen auch konkreter gefasst werden. Als volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise gelten nach der Jud des VfGH und VwGH solche, die für die Erzeugerseite grundsätzlich kostendeckend sind und darüber hinaus auch die im Gesamtinteresse vertretbaren Gewinnspannen ermöglichen.¹²² Für Verbraucher müssen die Preise wiederum „erschwinglich“ sein, während hier aber auch „die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der

¹¹⁸ Vgl FN 111

¹¹⁹ S oben 3.1.

¹²⁰ S oben 3.1.

¹²¹ Dazu noch näher gleich unten.

¹²² In der älteren Rsp des VfGH wurden auch noch Preisfestsetzungen, die auch zu Verlusten bei betroffenen Unternehmen führen konnten, als zulässig angesehen, vgl VfSlg 3295/1957, 7220/1973.

Preise und der Verhältnisse der gesamten Volkswirtschaft berücksichtigt werden“ müssen.¹²³ Dh von erheblichen Preissteigerungen ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn bei lebensnotwendigen Gütern Unternehmen sehr hohe Gewinnmargen aufweisen, während Endverbraucher*innen durch hohe Preissteigerungen große Belastungen treffen. Eine Feststellung soll in Bezug auf einzelne Unternehmen aber auch die gesamte Branche möglich sein.

Abseits der Betrachtung eines bestimmten Bezugsrahmens zur Feststellung erheblicher Preisentwicklungen (wie derzeit festgelegt)¹²⁴, könnte der Nachweis von erheblichen Preissteigerungen, welche die Vermutung nahelegen, dass keine volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise vorliegen, in Zukunft zudem wie folgt erfolgen: durch die Einrichtung eines Preismonitorings für lebensnotwendige Güter (wie derzeit politisch diskutiert),¹²⁵ durch volkswirtschaftliche Gutachten oder durch Branchenuntersuchungen der BWB. Ein solcher Nachweis wird den Anforderungen der EuGH Rspr gerecht, die Notwendigkeit von Preisregulierungen auf eine **belastbare Datengrundlage** zu stützen.

Die Preissteigerungen bzw die Vermutung unangemessener Preise sind von der „Preisbehörde“ festzustellen, entweder von Amts wegen oder auf Antrag der in §9Abs2 PreisG nach der geltenden Fassung genannten Institutionen (insb auch Interessensvertretungen). Ob die Preisbehörde weiterhin der/die Wirtschaftsminister*in sein soll oder nicht doch eine unabhängige Kommission, die in Anlehnung an das Konzept der „regulatory agencies“¹²⁶ (wie in den sektorspezifischen Regulierungsrahmen der Infrastruktursektoren umgesetzt) politisch unabhängig und mit Sachverstand agiert – wäre noch zu diskutieren, ist aber nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

2. Darlegungs- und Beweislast für Unternehmen, dass sachlich gerechtfertigte Preise vorliegen

Nach der Feststellung von erheblichen Preissteigerungen und der Vermutung, dass keine volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise verlangt werden, ist das bzw sind die **betroffenen Unternehmen aufzufordern, die erheblichen Preissteigerungen sachlich zu rechtfertigen**, also durch Übermittlung entsprechender Unterlagen nachzuweisen, dass die Preissteigerungen¹²⁷ in den Kosten begründet und daher unter Einbezug eines angemessenen Gewinns nicht übermäßig sind. Dh, nicht die Preisbehörde hat (auf Grundlage der festgestellten Vermutung) den Nachweis zu führen, dass tatsächlich ungerechtfertigte Preise vorliegen, sondern das Unternehmen hat/ die Unternehmen haben im Rahmen einer **Beweislastumkehr** nachzuweisen, dass dem nicht so ist. Eine solche Beweislastumkehr ist

¹²³ VwGH, VwSlg 10.941 A/1981.

¹²⁴ S. oben 4.1.

¹²⁵ Zum geplanten Lebensmittelpreisrechner s etwa unter <https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/kocher-zeitplan-fuer-lebensmittel-preisrechner-noch-offen-138798922> (26.06.2023).

¹²⁶ Vgl etwa Holoubek/Damjanovic/Grafl, Telekommunikationsrecht in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht (2019) 1340: „Kennzeichnend für diese „agencies“ ist zum einen ihre relativ autonome Stellung innerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation sowie ihre Unabhängigkeit gegenüber den der Regulierung unterliegenden Unternehmen. Zum anderen sind sie typischerweise auf eine bestimmte Branche spezialisiert und vereinen dabei sowohl administrative, verwaltende, regelsetzende als auch judizielle Funktionen.“

¹²⁷ Bzw das Belassen der Preise trotz sinkender Kosten.

zB auch in der dt sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht für Energieunternehmen¹²⁸ oder auch im dt. Gesetz zur Strompreisbremse¹²⁹ vorgesehen. So obliegt etwa nach der letztgenannten Bestimmung dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung der Gestaltung der Preissetzung, Preiserhöhung oder der sonstigen Verhaltensweise, um eine missbräuchliche Ausnutzung der Regelung zur Entlastung von Letztverbrauchern hintanzuhalten.

Dem Einwand, dass ein solcher Eingriff mit Bezug auf die Wirtschaftsgrundrechte bzw -grundfreiheiten unverhältnismäßig sein könnte, kann entgegnet werden, dass sich die Nachweisführung durch die Behörde als recht ineffizient erweist (va auch im Hinblick auf den Arbeitsaufwand und den Einsatz öffentlicher Mittel) und die Nachweisführung durch das Unternehmen im Grunde auch der weniger invasive Eingriff in die Betriebsinterna des Unternehmens ist: das Unternehmen entscheidet, welche Unterlagen es notwendigerweise zur Verfügung stellt. Bei der Nachweisführung durch die Behörde wird es wohl notwendig sein, weitaus mehr Unterlagen zu sichten. Zudem soll diese Pflicht zur Nachweisführung sachlich gerechtfertigter Preise nur für Unternehmen gelten, die lebensnotwendige Güter und Leistungen anbieten und damit auch eine besondere gesamtgesellschaftliche Verantwortung wahrnehmen, die es auch rechtfertigt ihnen besondere Pflichten aufzuerlegen. Eine derartige Nachweisführung sachlich gerechtfertigter Preise wird auch der vom EuGH geforderten belastbaren Datengrundlage gerecht – denn sie stützt sich auf vom Unternehmen vorgebrachte Unterlagen, Daten, Fakten, die von der Preisbehörde auf ihre Nachvollziehbarkeit geprüft werden.

3. Festsetzung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise, wenn Nachweis der sachlichen Rechtfertigung nicht gelingt

Gelingt dem/n Unternehmer/n der Nachweis der sachlichen Rechtfertigung nicht, hat die Preisbehörde volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise zu bestimmen. Die Begriffsbestimmung für solche Preise ist nach dem geltenden PreisG (§6) aus dem PreisG 1976¹³⁰ (§ 2 Abs 2) übernommen worden. Danach gelten Preise als „volkswirtschaftlich gerechtfertigt, wenn sie sowohl den bei der Erzeugung und im Vertrieb oder bei der Erbringung der Leistung jeweils bestehenden volkswirtschaftlichen Verhältnissen als auch der jeweiligen wirtschaftlichen Lage der Verbraucher oder Leistungsempfänger bestmöglich entsprechen.“ Man könnte andenken, diese Bestimmung im Lichte der Judikatur der Höchstgerichte¹³¹ präziser zu fassen, um Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in der Frage zu erhöhen. Also konkret darauf abzustellen, dass es auf Unternehmerseite „auf die typischen Verhältnisse rationell geführter Betriebe der betreffenden Branche“ ankommt, sowie dass die Preise für die Erzeugerseite grundsätzlich kostendeckend sein müssen und darüber hinaus

¹²⁸ §29 dt GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (dt BGBl I S 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 2022 (dt BGBl I S 1214) geändert worden ist: „...es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist.“ Mit Abweichung ist gemeint, dass Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen gefordert werden, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, wobei die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur in Verfahren vor den Kartellbehörden gilt.

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

¹³⁰ BGBl 1976/260.

¹³¹ S insb VwGH, VwSlg 10.941 A/1981.

Konkretisierung des Tatbestands für die Anwendung des PreisG bei „ungerechtfertigter Preispolitik“

eine im Gesamtinteresse vertretbare Gewinnspanne ermöglichen sollen.¹³² Für Verbraucher müssen die Preise wiederum „erschwinglich“ sein, unter Berücksichtigung der „*gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der Preise und der Verhältnisse der gesamten Volkswirtschaft*“.¹³³

Ergänzend zu einem solchen besonderen Instrument der Preisregulierung im PreisG für lebensnotwendige Güter, sollte daran gearbeitet werden, die Bestimmungen zum Verbraucherschutz in den jeweiligen Sektoren zu stärken. Gerade der sektorspezifische Konsumentenschutz zB im Energiesektor, kann ein starker Hebel sein, um Verbraucher zu schützen, wie nicht zuletzt Entscheidungen von Zivilgerichten zu Strompreisen zeigen.¹³⁴ Andererseits könnte man andenken, die Missbrauchsaufsicht der Wettbewerbsbehörde bei Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, die lebensnotwendige Güter bereitstellen, zu verschärfen, also zB auch hier mit Beweislastumkehr zu arbeiten, vergleichbar der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht im Energiesektor in Deutschland.¹³⁵

¹³² In der älteren Rsp des VfGH wurden auch noch Preisfestsetzungen, die auch zu Verlusten bei betroffenen Unternehmen führen konnten, als zulässig angesehen, vgl VfSlg 3295/1957, 7220/1973.

¹³³ VwGH, VwSlg 10.941 A/1981.

¹³⁴ Vgl HG Wien 07.02.2023, 58 Cg 17/22.

¹³⁵ Vgl FN 128

5 Streichung der Ausnahme für Strom und Gas aus den §§1 und 2 PreisG

Es wird untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen die Aufnahme von Strom und Gas in das allgemeine PreisG verfassungs- und unionsrechtlich möglich ist und wie eine solche Aufnahme in das PreisG mit den sonstigen sektorspezifischen Regelungen für Strom und Gas in Einklang zu bringen wäre.

5.1 Historischer Abriss zur Ausnahme von elektrischer Energie und Erdgas vom PreisG

In der Stammfassung des PreisG 1992, also noch vor der Liberalisierung der Energiemärkte, war die Lieferung von elektrischer Energie und Gas Teil des § 3 Abs 2 PreisG,¹³⁶ der bis heute unabhängig von Versorgungskrisen eine Preisfestsetzung für Fernwärme vorsieht.

Die Ausnahme für die Lieferung von elektrischer Energie vom PreisG ist durch die Novelle des PreisG, BGBl 1998/143 eingefügt worden; mit diesem Gesetz wurde zugleich das EIWOG 1998 erlassen, welches noch die Möglichkeit einer Preisbestimmung, und zwar nicht bloß für die Systemnutzungsentgelte (§ 34), sondern auch für die Endverbraucher*innenpreise kannte. Nach § 33 EIWOG (in der damaligen Fassung) konnte der BMWA „volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise“ für die Lieferung von Elektrizität an Endkund*innen bestimmen.

Die Ausnahme für die Lieferung von Erdgas ist durch die Novelle des PreisG (BGBl I 2000/121) eingefügt worden, auch hier fand sich eine Preisfestsetzungsmöglichkeit im GWG 2000 (§ 24); seitdem ist Elektrizität und Gas vom Preisgesetz ausgenommen.

In den Materialien sind die Ausnahmen knapp mit „aus systematischen als auch aus Gründen der Rechtsklarheit“ erklärt worden.¹³⁷

5.2 Preisbildung für Strom und Gas nach aktueller Rechtslage

Die Preisregulierungsmöglichkeit für Elektrizität nach § 33 EIWOG 1998 ist mit der Neufassung des EIWOG 2010 (=> Vollendung des Binnenmarkts für Elektrizität) gestrichen worden; für Erdgas wurde die Möglichkeit der Preisbestimmung für die Lieferung von Erdgas durch das GWG 2010 aufgehoben.

Insofern kennen weder EIWOG samt Ausführungsgesetze noch das GWG eine hoheitliche Preisfestlegung außerhalb der Systemnutzungsentgelte und Steuern/Abgaben, also für die Endkundenpreise.¹³⁸ § 94 EIWOG 2010 normiert eine Verpflichtung zur Weitergabe

¹³⁶ BGBl 1992/145.

¹³⁷ Reg 1108 XX. GP, 42 (für Elektrizität). In diesen RV wird auch explizit auf die Preisfestsetzungsmöglichkeit nach EIWOG verwiesen: „Um eine ungerechtfertigte Überwälzung von Erlöseinbußen bei Großabnehmern auf Kleinverbraucher (Haushalt, Gewerbe, Landwirtschaft) auszuschließen, wird der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten gegebenenfalls die Möglichkeiten der Wirtschaftsaufsicht bis hin zur amtlichen Preisregelung ausschöpfen, [...]“ Reg 1108 XX. GP, 42. Für die Ausnahme für Erdgas s. Reg 66 XXI. GP, 54, 84.

¹³⁸ Siehe Hauer in Hauer/Oberndorfer, EIWOG Kommentar § 45 Rz 10.

von Abgabensenkungen¹³⁹; ansonsten finden sich lediglich Normen zu Transparenz, Kündigung und AGB (also sektorspezifisches Verbraucherrecht) im EIWOG.

Der Strompreis und Gaspreis für Endverbraucher*innen setzt sich also aus dem Energiepreis, Netzentgelten sowie Steuern und Abgaben (Gebrauchsabgabe, Elektrizitätsabgabe, Umsatzsteuer) zusammen.

Als Reaktion auf die hohen Energiepreise ist in Österreich aber erst jüngst **befristet** die sog. **Strompreisbremse** gemäß Stromkostenzuschussgesetz – SKZG¹⁴⁰ eingeführt worden. Es handelt sich dabei um keine Festlegung der Endkundenpreise der Unternehmen im klassischen Sinn, sondern um einen Stromkostenzuschuss, den die Haushalte erhalten (30Cent/kWh); die Preise der Stromlieferanten werden weiterhin von diesen bestimmt, einen Teil davon zahlt lediglich der Staat. In Kombination mit der Festlegung einer Obergrenze für Markterlöse für Strom nach dem Bundesgesetz über den Energiekrisenbeitrag-Strom (EKBSG)¹⁴¹, die sich auf die Notfallmaßnahmen-VO der EU¹⁴² stützt und bei deren Überschreiten die Unternehmen Überschusserlöse an den Staat zu zahlen haben (aus welchen dieser wiederum den Stromkostenzuschuss finanzieren kann) wirkt die Strompreisbremse im Grunde aber wie eine nachträgliche indirekte Festlegung der Strompreise.

Für Gaspreise ist in Österreich – anders als etwa in Deutschland¹⁴³ - keine derartige Gaspreisbremse für die Endverbraucher*innen festgelegt worden, während durch das Bundesgesetz über den Energiekrisenbeitrag-fossile Energieträger (EKBFVG)¹⁴⁴, gestützt auf die Notfallmaßnahmen-VO der EU, Überschusserlöse auch von den Gasunternehmen eingehoben werden.

5.3 Unionsrechtliche sekundärrechtliche Vorgaben für Preisregelungen im Strom und Gassektor

Der Energiesektor (Strom und Gas) ist seit seiner Liberalisierung stark unionsrechtlich durch sektorspezifische sekundärrechtliche Bestimmungen determiniert, welche zur Gewährleistung des Binnenmarktes in diesen Sektoren eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften anstreben. Bei der Frage, wie eine einfachgesetzliche Preisregelung für den Energiesektor ausgestaltet werden könnte und insbesondere, ob und inwieweit der Energiesektor auch in das allgemeine Preisregulierungsregime nach dem PreisG einbezogen werden könnte, sind neben den primärrechtlichen Vorschriften des Unionsrechts und dem Verfassungsrecht¹⁴⁵ daher auch die einschlägigen sekundärrechtlichen Vorschriften zu beachten. Diese sehen va für den Strommarkt mitunter recht detaillierte Vorgaben für die Festlegung nationaler Preisregelungen vor, weil sie diese als grundsätzlich marktverzerrende

¹³⁹ Entfallen in den Preisen von Sachgütern oder Leistungen enthaltene Steuern, Abgaben oder Zollbeträge ganz oder teilweise, so sind die Preise um diese Beträge herabzusetzen.

¹⁴⁰ BGBl I 2022/156 idF BGBl I 2023/15.

¹⁴¹ Bundesgesetz über den Energiekrisenbeitrag-Strom (EKBSG), BGBl I 2022/220.

¹⁴² VO (EU) 2022/1854 des Rates vom 6. Oktober 2022 über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise (Notfallmaßnahmen-VO), ABI L 2022/261 I, 1.

¹⁴³ Erdgas-Wärme-Preisbremsengesetz – EWPBG (Gesetz zur Einführung von Preisbremsen für leitungsgebundenes Erdgas und Wärme vom 20. Dezember 2022 (dt BGBl I S 2560)).

¹⁴⁴ Bundesgesetz über den Energiekrisenbeitrag-fossile Energieträger (EKBFVG), BGBl I 2022/220.

¹⁴⁵ Dazu oben 3.

Maßnahmen begreifen, welche den Energiebinnenmarkt beeinträchtigen können. Mit Erlass diverser Notfallmaßnahmen auf Grundlage von Art 122 Abs 1 AEUV im letzten Jahr,¹⁴⁶ die den starken Anstieg der Energiepreise in der Union unter Kontrolle bringen sollen, überlagern nun für die Energiekrise speziell zugeschnittene Maßnahmen, die bloß befristet gelten die allgemeinen Vorgaben zur Gestaltung von Preisregelungen, was den rechtlichen Rahmen besonders komplex macht.

Für den Stromsektor sind abseits der Notfallmaßnahmen im Besonderen die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie (EB-RL)¹⁴⁷, die Elektrizitätsbinnenmarkt-VO¹⁴⁸ sowie die VO (EU) über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor¹⁴⁹ relevant:

Zusammenfassend dargestellt legen diese zunächst den **Grundsatz der freien Preisbildung im Strombinnenmarkt** fest¹⁵⁰ und qualifizieren demnach öffentliche Eingriffe in die Festsetzung der Stromversorgungspreise grundsätzlich als eine **marktverzerrende Maßnahme**, die nur ausnahmsweise als **gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen** vorgenommen werden dürfen und besonderen Bedingungen unterliegen.¹⁵¹

Von diesem allgemeinen Grundsatz sieht die ElektrizitätsbinnenmarktRL explizit eine Ausnahme und die Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Festsetzung der Stromversorgungspreise für von Energiearmut betroffene oder schutzbedürftige Haushaltskunden vor. Es ist Sache der MS den Kreis der Endverbraucher*innen, die von Energiearmut betroffen und schutzbedürftig sind zu definieren. Dabei kommt ihnen ein weiter Gestaltungsspielraum zu.¹⁵² Allerdings dürfen nach Art 5 Abs 4 der ElektrizitätsbinnenmarktRL auch Preisregelungen für schutzbedürftige Endverbraucher*innen nicht über das hinausgehen, was unbedingt erforderlich zur Verfolgung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses ist (dh Versorgungssicherheit dieser Endverbraucher*innengruppe zu gewährleisten).¹⁵³

Darüber hinaus können die MS nach Art 5 Abs 6 ElektrizitätsbinnenmarktRL für **Haushaltskunden und Kleinstunternehmen**¹⁵⁴ eine Festsetzung von Stromversorgungspreisen vornehmen, damit – so der Wortlaut der Bestimmung „*ein Übergangszeitraum geschaffen wird, bis zwischen den Versorgern ein wirksamer Wettbewerb*

¹⁴⁶ ZB Verordnung (EU) 2022/1369 des Rates vom 5. August 2022 über koordinierte Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage, ABI L 2022/206, 1; NotfallmaßnahmenVO, ABI L 2022/261 I, 1; Verordnung (EU) 2022/2578 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Einführung eines Marktkorrekturmechanismus zum Schutz der Bürgerinnen und Bürger der Union und der Wirtschaft vor überhöhten Preisen, ABI L 2022/335, 45.

¹⁴⁷ 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 (ElektrizitätsbinnenmarktRL), ABI L 2019/158, 125.

¹⁴⁸ Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt (ElektrizitätsbinnenmarktVO), ABI L 2019/158, 54.

¹⁴⁹ VO (EU) 2019/941 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/89/EG (ElektrizitätsrisikovorsorgeVO), ABI L 2019/158, 1.

¹⁵⁰ Art 5 Abs 1 Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie bestimmt: „*Den Versorgern steht es frei, den Preis, zu dem sie ihre Kunden mit Elektrizität beliefern, zu bestimmen.*“ Gleiches normiert Art 3 lit a der Elektrizitätsbinnenmarkt-VO: „*Preise werden auf der Grundlage von Angebot und Nachfrage gebildet.*“

¹⁵¹ So ausdrücklich in ErwGr 22 sowie Art 9 Abs 2 der ElektrizitätsbinnenmarktRL.

¹⁵² Vgl Gattringer, Energiearmut im Lichte des Legislativpakets "Saubere Energie für alle Europäer", ZTR 2019, 182.

¹⁵³ Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen in Form der Festsetzung der Stromversorgungspreise sollten, ohne den Grundsatz der offenen Märkte zu umgehen, unter klar bestimmten Umständen auferlegt werden, auf einen klar bestimmten Kreis von Begünstigten Anwendung finden und befristet sein. ErwGr 23 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL.

¹⁵⁴ Kleinstunternehmen ist „*ein Unternehmen, das weniger als zehn Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. -bilanzsumme 2 Mio. EUR nicht überschreitet*“ (Art 2 Z 6 ElektrizitätsbinnenmarktRL).

für Versorgungsverträge hergestellt ist und uneingeschränkt wirksame marktgestützte Strompreise gemäß Absatz 1 gelten.“ Aus der EuGH Jud¹⁵⁵, die der EU Gesetzgeber mit dieser Bestimmung kodifiziert hat, ergibt sich, dass Preisfestsetzungen auch im Fall von Marktversagen zulässig sind, wenn das Marktversagen nicht durch marktbasierende Maßnahmen behoben werden kann¹⁵⁶ - also die Preisregelung als ultima ratio eingesetzt wird. Zudem hat sie hinsichtlich der Dauer strikt auf das Notwendige begrenzt zu bleiben, sie muss klar festgelegt, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein.¹⁵⁷

Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinn der ElektrizitätsbinnenmarktRL können auch durch **Versorgungsengpässe** ausgelöst werden. Daher nennt ErwGr 23 der ElektrizitätsbinnenmarktRL als weiteren Umstand, der mitgliedstaatliche Preisfestsetzungen für Haushaltskunden und Kleinunternehmen rechtfertigt, „wenn die Versorgung erheblich eingeschränkt ist und wesentlich höhere Strompreise als üblich verursacht.“

In diesem Sinn sieht auch die EU-VO über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor¹⁵⁸, die Maßnahmen für den Fall von **Stromversorgungskrisen** festlegt, für einen solchen Fall „**nicht marktbasierende Maßnahmen**“ explizit als zulässig an. Zu nicht marktbasierenden Maßnahmen zählen grundsätzlich auch Preisregelungen.¹⁵⁹ Als Bedingungen für den Einsatz solcher Maßnahmen wiederholt die VO iW die in der ElektrizitätsbinnenmarktRL und durch EuGH-Rspr dafür aufgestellten Vorgaben: „Nicht marktbasierende Maßnahmen dürfen in Stromversorgungskrisen nur als **letztes Mittel** eingesetzt werden, wenn alle marktbasierenden Optionen ausgeschöpft sind oder wenn sich eine weitere Verschlechterung der Stromversorgung mit marktbasierenden Maßnahmen allein offensichtlich nicht verhindern lässt. Die nicht marktbasierenden Maßnahmen dürfen **den Wettbewerb** und die Funktionsweise des Elektrizitätsbinnenmarktes **nicht unangemessen beeinträchtigen**. Sie müssen **notwendig, verhältnismäßig und diskriminierungsfrei** sein und dürfen **nur vorübergehend** ergriffen werden. [...]“¹⁶⁰

Für den Gassektor normieren die Erdgasbinnenmarkt-RL¹⁶¹ und die GasversorgungsVO¹⁶² derartige Grundsätze für die Preisregulierung nur in einer viel

¹⁵⁵ EuGH 20.4.2010, C-265/08 Federutility, ECLI:EU:C:2010:205; EuGH 21.12.2011 Rs C-242/10 (Enel Produzione SpA/Autorità per l'energia elettrica e il gas)

¹⁵⁶ S ErwGr 23, „im Fall eines Marktversagens, wenn sich Eingriffe der Regulierungsbehörden und Wettbewerbsbehörden als unwirksam erwiesen haben“.

¹⁵⁷ Zudem unter strikter Einhaltung des Kostendeckungsprinzips. Unabhängig von der Zielgruppe der Tarifregulierung normiert die Strombinnenmarktrichtlinie zudem eine Notifizierungs- und Begründungspflicht für Mitgliedstaaten, die an der Tarifregulierung festhalten. S Gundel/Buckler, Das europäische Energierecht nach dem Erlaß des Clean energy package: Eine gelungene Synthese von EU-Klimaschutz- und EU-Binnenmarktrecht?, GewArch 2020, 41 (46)

¹⁵⁸ ElektrizitätsrisikovorsorgeVO, ABI L 2019/158, 1.

¹⁵⁹ Werden in der VO aber nicht explizit angesprochen; vgl die Legaldefinition in Art 2 Z 14: „Nicht marktbasierende Maßnahme“ eine angebots- oder nachfrageseitige Maßnahme, die von Marktregeln oder geschäftlichen Vereinbarungen abweicht und dazu dient, Stromversorgungskrisen einzudämmen“.

¹⁶⁰ Art 16 Abs 2 ElektrizitätsrisikovorsorgeVO, ABI L 2019/158, 1 (16).

¹⁶¹ Richtlinie (EU) 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG in aktueller Fassung.

¹⁶² EU (VO) 2017/1938 des EP und Rates vom 25. Oktober 2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994/2010

allgemeineren Form, sodass für den Gassektor iW auch auf die Vorgaben des Primärrechts und der EuGH-Rechtsprechung¹⁶³ für Preisregelungen zurückgegriffen werden muss.¹⁶⁴

Die jüngst erlassenen Notfallmaßnahmen-VO¹⁶⁵ legen nun eigene Mechanismen zur Korrektur der überhöhten Preise fest; sie ermächtigen die MS zB dazu, Obergrenzen für Markterlöse auf den Energiemärkten festzusetzen und von den Energieunternehmen Überschusserlöse einzuheben. Die VO über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise¹⁶⁶ betont dabei die Wichtigkeit einer gut koordinierten unionsweiten Reaktion. „Unkoordinierte nationale Maßnahmen könnten den Energiebinnenmarkt beeinträchtigen, die Versorgungssicherheit gefährden und einen weiteren Preisanstieg in den von der Krise am stärksten betroffenen Mitgliedstaaten mit sich bringen.“

Gleichzeitig sieht die VO aber dennoch weiterhin explizit die Möglichkeit vor, dass MS auch abseits der EU-weit koordinierten Mechanismen preisregelnde Maßnahmen - wie in der ElektrizitätsbinnenmarktRL vorgesehen - setzen können und das Instrumentarium sogar ausdehnen können: „Angesichts des derzeitigen außergewöhnlichen Anstiegs der Strompreise sollte das Instrumentarium möglicher Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Unterstützung der Verbraucher vorübergehend erweitert werden, indem die Möglichkeit geschaffen wird, regulierte Preise auch für KMU einzuführen und regulierte Preise auch unterhalb der Kosten festzusetzen. Diese Ausweitung der Maßnahmen könnte über die Obergrenze für Markterlöse finanziert werden.“¹⁶⁷

5.4 Möglichkeit der Aufnahme von Strom und Gas in das Regelungsregime des PreisG?

Was folgt aus den oben dargelegten sekundärrechtlichen Vorgaben für den Energiesektor für die Frage, ob Strom und Gas unter den Anwendungsbereich des PreisG gestellt werden können:

Die Unionsregelungen stehen einer allgemeinen Anwendung des PreisG (dh der Streichung der Ausnahme aus §1), va der Anwendung der Bestimmung zur ungerechtfertigten Preispolitik, auf den Energiesektor grundsätzlich entgegen. Denn sie sehen – insb für den Stromsektor – die Preisregulierung nur in drei Konstellationen als zulässig an: um die Versorgung von Energiearmut betroffener und schutzbedürftiger Kunden sicherzustellen, für Haushaltskunden und Kleinstunternehmen vorübergehend bei Marktversagen und im Fall von Stromversorgungskrisen.

¹⁶³ Vgl EuGH 20.4.2010, Rs C-265/08 Federutility, ECLI:EU:C:2010:205.

¹⁶⁴ Auf diese verweist auch Art 3 Abs 2 ErdgasbinnenmarktRL: „Die Mitgliedstaaten können **unter uneingeschränkter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags**, insbesondere des Artikels 86 [=106 AEUV], den im Gassektor tätigen Unternehmen im Allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Verpflichtungen auferlegen, die sich auf Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und **Preis** der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz, Energie aus erneuerbaren Quellen und Klimaschutz, beziehen können. Solche Verpflichtungen müssen klar festgelegt, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein und den gleichberechtigten Zugang von Erdgasunternehmen der Gemeinschaft zu den nationalen Verbrauchern sicherstellen. [...]“ s auch Art 9 (3) VO Gasversorgungssicherheit: „Der Präventionsplan beruht in erster Linie auf marktbasierter Maßnahmen, er darf die Erdgasunternehmen nicht unverhältnismäßig belasten und sich nicht negativ auf das Funktionieren des Gasbinnenmarktes auswirken.“

¹⁶⁵ Vgl FN 146.

¹⁶⁶ ErwGr 9, NotfallmaßnahmenVO, ABI L 2022/261 I, 1 (2).

¹⁶⁷ ErwGr 48, sowie Art 12 und 13 NotfallmaßnahmenVO, ABI L 2022/261 I, 1.

Wenn die Preisregelung bei ungerechtfertigter Preispolitik unabhängig von der Feststellung von Marktversagen iSd Wettbewerbsrechts (dh Kartellabsprachen; Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung) zur Anwendung gelangen soll – allgemein, wenn sachlich nicht gerechtfertigte überhöhte Preise festgestellt werden (s. den Vorschlag für eine Neufassung) – dann würde das über die genannten Konstellationen hinausgehen und wäre nach den sekundärrechtlichen Bestimmungen unzulässig. Wenn man diese Preisregelung hingegen so interpretiert, dass sie nur bei festgestelltem Marktversagen zur Anwendung gelangen kann – mit dem Argument, dass nur bei Marktversagen ungerechtfertigte Preise vorliegen können (wie das bei der dzt Fassung tlw angenommen wird), dann wäre ihre Anwendung auch auf den Energiesektor unionsrechtlich grundsätzlich schon vereinbar – wie oben dargelegt hat eine Preisregelung in einer solchen Ausgestaltung aber keinen echten Mehrwert zu den Instrumenten nach Wettbewerbsrecht.¹⁶⁸

Es sollte aber darüber nachgedacht werden, eine rechtliche Grundlage zu schaffen, nach welcher den Energieunternehmen die Preise für schutzbedürftige und von Energiearmut betroffenen Kunden vorgeschrieben werden können (zB. dass von dieser Endverbraucher*innengruppe nur kostenorientierte Preise verlangt werden können). Das würde aber erfordern diese Endverbraucher*innengruppe zu definieren¹⁶⁹; zusätzlich bräuchte es Regelungen, die den Unternehmen verbietet, deshalb Preise anderer Kundengruppen zu erhöhen, um den entgangenen Gewinn zu kompensieren. Es ist aber fraglich, ob derartige Bestimmungen im PreisG verankert werden sollen – systematisch passen sie besser zu den Regelungen zur Grundversorgung im EIWOG¹⁷⁰ bzw ins GWG.

Die Streichung der Ausnahme aus §2 PreisG und damit die Verankerung der Möglichkeit im Fall von wirtschaftslenkenden Maßnahmen im Energiesektor nach EnergielenkungsG¹⁷¹ auch preisregulierende Maßnahmen setzen zu können, ist mit Unionsrecht hingegen vereinbar. Die EU-VO über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor¹⁷² sieht für den Fall von Stromversorgungskrisen den Einsatz nicht marktbasierter Maßnahmen, zu denen auch Preisregelungen zählen, unter bestimmten Bedingungen explizit als zulässig an. Das EnergielenkungsG nennt in §1 Voraussetzungen, wann lenkende Maßnahmen gesetzt werden können; diese entsprechen weitestgehend den in der EU-VO genannten Bedingungen (iW ultima ratio, nur vorübergehend, angemessen). Nachdem Preisregulierungen nach §2 PreisG nur gesetzt werden können, wenn wirtschaftslenkende Maßnahmen nach EnergielenkungsG gesetzt werden, erfüllt auch §2 PreisG die in der EU-VO über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor genannten Bedingungen für den Einsatz nicht marktbasierter Maßnahmen. Auch verfassungsrechtlich steht einer solchen Möglichkeit der

¹⁶⁸ S. oben 4.1.

¹⁶⁹ Zu möglichen Definitionen der schutzbedürftigen bzw von Energiearmut betroffenen Kunden, vgl etwa Gattringer, Energiearmut im Lichte des Legislativpakets "Saubere Energie für alle Europäer", ZTR 2019, 182, 186f.

¹⁷⁰ Konkret Teil 9 des EIWOG zu den Pflichten gegenüber Kunden. S auch die Diskussion, ob nicht auch schon nach diesen Regelungen, Endverbraucher*innen sich darauf berufen können, Stromversorgung zum Bestandskundenpreis zu verlangen, dh. zu einem Preis, zu dem die größte Anzahl der Kunden eines Energieunternehmens, die Verbraucher im Sinne des KSchG sind, versorgt werden. So ist eigentlich der Wortlaut der Bestimmung, steht aber wohl im Widerspruch zu Unionsrecht, va weil sich alle Haushaltskunden darauf berufen könnten, nicht nur die schutzbedürftigen. S. *Laiminghofer et al*, Zur Unionsrechts- und Verfassungskonformität der Grundversorgung nach § 77 EIWOG 2010, ZTR 2022, 86 ff. Wenn aber kein Anspruch auf eine Versorgung zum Bestandspreis, sondern nur zum aktuellen Marktpreis besteht, dann sieht die geltende Bestimmung zur Grundversorgung nach EIWOG keine Elemente der Preisregulierung vor, auch nicht für die schutzbedürftigen Kund*innen.

¹⁷¹ Energielenkungsgesetz 2012, BGBl I 2013/41.

¹⁷² Vgl Art 16 Abs 2; ErwGr 31 ElektrizitätsrisikovorsorgeVO, ABI L 2019/158, 1.

Preisregulierung bei Setzung von wirtschaftslenkenden Maßnahmen im Energiesektor nichts entgegen. Wie *Korinek* betont, sind im Fall von Versorgungskrisen überhaupt weitreichende Eingriffe in die Wirtschaftsgrundrechte möglich.¹⁷³ Im Gegenteil ist fraglich warum gerade für den Energiesektor mengenmäßige Regulierungen nicht durch preisrechtliche Regelungen ergänzt werden sollen, wie das nach §2 PreisG ja sinnvollerweise für alle anderen Bewirtschaftungssektoren der Fall ist.¹⁷⁴

¹⁷³ Vgl FN 93.

¹⁷⁴ So auch die Regierungsvorlage zur Stammfassung des PreisG 1992, die auch noch die Preisfestsetzung für Strom und Gas umfasste: „Eine Lenkung oder Bewirtschaftung eines Sachgutes kann ja eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung nicht sicherstellen, wenn ein größerer Teil derselben sich das der Lenkung oder Bewirtschaftung unterworfenen Sachgut wegen des zu hohen Preises nicht leisten kann. Daher muß, um den Zweck der Lenkung oder Bewirtschaftung, nämlich die Versorgungssicherung, zu erreichen, eine behördliche Preislimitierung hinzutreten.“ RV 336 BlgNR 18. GP, 8.

6 Verpflichtende Endkunden-Preisregulierung für (Fern)wärme?

Es wird untersucht, wie die Regelungen zur Preisfestsetzung für die Fernwärme nach §3 PreisG zu adaptieren sind, um den Schutz der Endverbraucher*innen vor überhöhten Preisen in diesen Bereichen effektiv zu gewährleisten. Die Analyse soll im Besonderen auch die Frage beantworten, ob die derzeitige behördliche Preisfestsetzungsmöglichkeit für Fernwärme auch als Verpflichtung der Behörde ausgestaltet werden könnte.

6.1 Definition „Wärme“sektor

Der „Wärmesektor“ kann als Überbegriff unterschiedlicher Technologien verstanden werden, die dazu dienen, Wohn- und Nicht-Wohngebäude mit Wärme und Kälte zu versorgen. Grundsätzlich können auch Solar- und Luftwärmepumpen, die individuelle Gebäude versorgen, darunter subsumiert werden. Individualheizungen (zumeist auf Basis erneuerbarer Energie) benötigen jedoch keine (Wärme-)Netzinfrastuktur. Sie werden durch Strom betrieben und ihr Betrieb wird somit in erster Linie durch die Elektrizitätsrechtlichen Bestimmungen erfasst. Wenn sie für eine größere Wohnhausanlage oder ein ganzes Quartier betrieben werden, erfolgt dies durch ein Nahwärmenetz oder durch eine zentrale Heizung (im Gebäude selbst oder in einem Nebengebäude).

Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren daher auf **Wärme-/Kältenetze** und die über diese Infrastruktur zur Verfügung gestellte Wärme und Kälte (die durch verschiedene Wärmequellen gespeist werden¹⁷⁵).¹⁷⁶ In der Folge ist der Einfachheit halber von „Wärme“ die Rede, wobei dieser Begriff die Versorgungen mit ausreichend Kälte im Sommer inkludieren soll.

6.2 Unionrechtliche Erfassung des (Fern-)Wärmesektors

Anders als für Strom und Gas existiert im Hinblick auf den Wärmesektor bislang keine umfassende unionsrechtliche sektorspezifische Regulierung. Die Aktivitäten auf EU-Ebene, um Wettbewerb auf einem europäischen Binnenmarkt für Energie zu etablieren, zielen bisher primär auf die Strom- und Gasversorgung ab. Der Wärmesektor wird sekundärrechtlich bislang nur punktuell erfasst und diese punktuellen Regelungen sind mehr im Kontext der Energiewende und des Ausbaus erneuerbarer Energieträger zu sehen (denn Wärmenetze werden als zukünftige Schlüssel-Infrastruktur gesehen, da sie erneuerbare Wärme in kostengünstiger und klimaschonender Weise zur Verfügung stellen können), als im Kontext der Schaffung von Wettbewerb im Wärmesektor. So legt die Erneuerbare-EnergieRL¹⁷⁷ („EE-

¹⁷⁵ Wie zB fossile Energieträger (Kohle, Öl und insb Gas, im Falle der Wien Energie); Biomasse (Holz, etc) und biogene Abfälle, Wärmegewinnung durch Müllverbrennung, oberflächennahe Geothermie und Tiefengeothermie, Industrieabwärme, Großwärmepumpen, Freiflächen-Solarthermie; „grünes“ Gas und Wasserstoff.

¹⁷⁶ Für eine Definition von „Fernwärme“ oder „Fernkälte“ s auch Art 2 Z 19 EE-RL (FN 177). Darunter wird die Verteilung thermischer Energie in Form von Dampf, heißem Wasser oder kalten Flüssigkeiten von zentralen oder dezentralen Produktionsquellen über ein Netz an mehrere Gebäude oder Anlagen zur Nutzung von Raum- oder Prozesswärme oder -kälte verstanden. Die EE-RL enthält darüber hinaus Begriffsbestimmungen betreffend Abwärme und -kälte (Art 2 Z 9 EE-RL) und geothermischer Energie, unter der die Energie zu verstehen ist, die in Form von Wärme unter der festen Erdoberfläche gespeichert ist (Art 2 Z 3 EE-RL).

¹⁷⁷ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (EE-RL), ABI L 2018/328, 82.

RL) Regeln für die Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen im Wärme- und Kältesektor fest (Art 1 EE-RL). Die Energie-Effizienz-RL¹⁷⁸ („**EnEff-RL**“) wiederum definiert bestimmte Anforderungen, denen Fernwärmesysteme entsprechen müssen, um als „effizient“ zu gelten.¹⁷⁹

Es hat zwar unionale Versuche gegeben, den Fernwärmemarkt zu öffnen und im Zuge dessen Regelungen betreffend den Netzzugang einzuführen,¹⁸⁰ diese sind bislang aber weitestgehend gescheitert – denn es ist technisch nicht ohne weiteres realisierbar, dass Wärme durch einen Drittanbieter in das geschlossene Wärmesystem eingeleitet wird; dafür bedürfte es technischer Adaptionen bzw Erweiterungen des Netzwerkes.

Der Entwurf der EU Kommission für die EE-RL aus dem Jahr 2016 sah noch weiter gefasste Zugangsrechte für Drittanbieter und Durchleitungsverpflichtungen für Fernwärmenetzbetreiber vor, diese wurden jedoch im Zuge der darauffolgenden Trilog-Verhandlungen verwässert und entschärft.¹⁸¹ So sieht Art 24 Abs 4 lit b EE-RL nunmehr lediglich vor, dass den MS die *Möglichkeit* zukommt, ein Recht von Wärmeversorgen zur Einspeisung von Wärme in bestehende Netzinfrastruktur vorzusehen. Die MS müssen von dieser Regelung jedoch keinen Gebrauch machen, sie können sich vielmehr gem Art 24 Abs 4 lit a EE-RL auch dazu entscheiden, anstelle der „Öffnung“ der Fernwärmenetze sich ambitioniertere nationale Steigerungsziele hinsichtlich des Anteils erneuerbarer Energie im Fernwärmebereich zu setzen. Österreich hat von dieser Möglichkeit bislang bekanntlich keinen Gebrauch gemacht.

6.3 Monopolartige Struktur des (Fern)wärmesystem

Angesichts der gegebenen Strukturen und insb fehlender Netzzugangsregulierung, zeichnet sich der Wärmesektor durch eine Reihe von **Einschränkungen des Wettbewerbs** aus. Er kann weitestgehend als monopolartig klassifiziert werden; es liegen lokale Monopole vor. Erzeugung, Netz und Vertrieb von Wärme befinden sich häufig in der Hand eines Unternehmens. In der Lit werden Fernwärmesysteme daher auch als „**natürliche Monopole**“ bezeichnet.¹⁸² Ein solches liegt immer dann vor, wenn es unter Berücksichtigung der

¹⁷⁸ Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG (EnEff-RL), ABI L 2012/315, 1.

¹⁷⁹ So legt Art 2 Z 41 EnEff-RL fest, dass unter einer „**effiziente Fernwärme- und Fernkälteversorgung**“ ein Fernwärme- oder Fernkältesystem zu verstehen ist, das mindestens 50 % erneuerbare Energien, 50 % Abwärme, 75 % KWK-Wärme oder 50 % einer Kombination dieser Energien und dieser Wärme nutzt. Im Sinne dieser Anforderungen, werden die MS gem Art 14 Abs 4 EnEff-RL dazu verpflichtet, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um eine Infrastruktur für effiziente Fernwärme- und Fernkälteversorgung auf- und auszubauen und/oder der Entwicklung der hocheffizienten KWK und der Nutzung von Wärme und Kälte aus Abwärme und erneuerbaren Energiequellen zu tragen, insoweit ein entsprechendes Potenzial für den Einsatz der effizienten Fernwärmeversorgung im jeweiligen MS besteht (vgl Art 14 Abs 1 EnEff-RL).

¹⁸⁰ Der Entwurf der EU Kommission für die EnEff-RL aus dem Jahr 2011 hatte vorgesehen, dass die MS Maßnahmen zu setzen haben, um die Einspeisung und Anbindung industrieller Abwärme in Wärmenetze zu gewährleisten. Diese Regelung trat jedoch nie in Kraft, s *Umweltbundesamt*, Systemische Herausforderungen der Wärmewende (2021) 377.

¹⁸¹ S. Holzleitner/Moser, Rechtliche Möglichkeiten für die Einspeisung von Abwärme in ein bestehendes Fernwärmenetz – eine Analyse der Neuerungen durch das „Clean Energy Package“, ZTR 2020, 70.

¹⁸² Vgl *Tilia et al*, District Heating and Cooling in the European Union. Overview of Markets and Regulatory Frameworks under the Revised Renewable Energy Directive (2021) 106.

anfallenden volkswirtschaftlichen Kosten günstiger und somit sinnvoller erscheint, dass nur ein Unternehmen und nicht mehrere konkurrierende Unternehmen den Markt bedienen.

Bei erst zu errichtenden Gebäuden kann wohl von einem „Systemwettbewerb“ mit anderen Heizsystemen ausgegangen werden¹⁸³ - wenn man nicht den Fernwärmemarkt als solchen, sondern die Dimensionen eines „Raumwärmemarkts“¹⁸⁴ betrachtet. Es ist in diesem Kontext auch von einer „objektgebundenen“¹⁸⁵ **Konkurrenz** zwischen der leitungsgebundenen Versorgung durch Fernwärme und anderen Wärmesystemen die Rede. Dieser bestehende Systemwettbewerb wird freilich eingeschränkt, sofern **kommunale Anschluss- und Benutzungsgebote** für Fernwärme bestehen. So sieht etwa § 6 Abs 1 Stmk BauG¹⁸⁶ vor, dass alle Gebäude, in denen Räume beheizt werden und die sich in einem zum Fernwärmeanschlussbereich erklärten Gebiet befinden, an Fernwärmesysteme angeschlossen werden müssen. In Wien hingegen dürfen in neu zu errichtenden Gebäuden innerhalb der sog Klimaschutz-Gebiete, die gem § 2b BO für Wien im Zuge der Energieraumplanung der Stadt festgelegt werden, neben der Fernwärme auch die übrigen in § 118 Abs 3 BO für Wien genannten hocheffizienten alternativen Systeme zur Wärmebereitstellung verwendet werden. Der Bauherr muss daher nicht Fernwärme im Neubau verwenden, sondern kann sich für andere ökologisch nachhaltige Heizungssysteme entscheiden, wie ua Kraft-Wärme-Kopplung oder Wärmepumpen. Die objektgebundene Konkurrenz unter den Anbietern bedeutet aber nicht, dass die Endverbraucher*innen letztlich eine Wahl zwischen den verschiedenen Systemen haben.¹⁸⁷

Bei bestehenden Gebäuden ist der Wechsel der Wärmebereitstellungssysteme gewöhnlicherweise mit hohen Kosten und technischen Hürden verbunden. Wenn daher ein Gebäude einmal zur Nutzung von Fernwärme eingerichtet wurde, scheidet idR ein Wechsel auf andere Heizungssysteme aufgrund der damit verbundenen Kosten, aber auch rechtlicher und technischer Hürden, aus.¹⁸⁸ In Mehrparteienhäusern, die im Wohnungseigentum stehen, wird der Wechsel zudem durch das Erfordernis von Mehrheitsentscheidungen erschwert. Mieter*innen von Mehrparteienhäusern können auf die Entscheidung im Grunde gar keinen Einfluss nehmen.

Dh, dort wo (Fern)wärmesysteme einmal ausgebaut sind kommt ihnen faktisch eine Monopolstellung zu. Die Endverbraucher*innen von (Fern-)Wärme sind in ihrer Entscheidungsfreiheit in einem beträchtlichen Ausmaß eingeschränkt und haben idR nicht die Möglichkeit, zwischen unterschiedlichen Wärmeanbieter:innen/Heizungssystemen zu wählen. Es gibt sohin keinen Preiswettbewerb im (Fern)wärmesektor, der Preis für Wärme kann sich nicht aus dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage, dh marktkonform, herausbilden.

¹⁸³ Schett, Rechtliche Rahmenbedingungen der Fernwärme und -kälte, insbesondere Leistungsrechte in Institut für Umweltrecht der JKU Linz/ Institut für Umwelt- und Technikrecht der Universität Trier (Hrsg), Europäisches Klimaschutzrecht und Erneuerbare Energien (2014) 216 (219).

¹⁸⁴ Schett (FN 183) 232.

¹⁸⁵ Vgl Umweltbundesamt (FN 180) 346.

¹⁸⁶ Steiermärkisches Baugesetz LGBl 59/1995 idF LGBl 108/2022.

¹⁸⁷ Die Wahlmöglichkeit besteht lediglich durch die Wahl des Gebäudes/ der Wohnung.

¹⁸⁸ Für Gebäudeeigentümer:innen würde ein Wechsel „raus aus der Fernwärme“ finanziell nur dann machbar erscheinen (sofern rechtlich und technisch überhaupt realisierbar), wenn die Preise für Fernwärme so stark steigen, dass sie selbst die mit dem Wechsel verbundenen Investitionskosten übersteigen würden.

6.4 Staatliche Preisfestsetzung gem § 3 Abs 2 PreisG

Angesichts dieser Marktstrukturen und des im Grunde nicht vorhandenen Preiswettbewerbs im Fernwärmesektor¹⁸⁹ sieht das PreisG sehr **weitreichende Möglichkeiten der Preisfestsetzung** vor. Gemäß **§ 3 Abs 2 PreisG** kann der/die Wirtschaftsminister*in, ohne dass bestimmte Voraussetzungen vorliegen müssen für die Fernwärme volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise festlegen. Er kann diese Befugnis aber auch an die LH delegieren (§ 8 Abs 2), was im Fall von Steiermark, Oberösterreich und Wien geschehen ist.¹⁹⁰

Zudem kann der BM nach §4 Abs 3 durch Verordnung Tarifgrundsätze und Tarifstrukturen für die Preisfestsetzung festlegen, *"zur Sicherstellung einer volkswirtschaftlich erforderlichen, kostenorientierten und auf eine bestmögliche Kapazitätsauslastung gerichteten Tätigkeit der Fernwärmeversorgungsunternehmen."*

Es ist interessant zu sehen, dass von diesen Möglichkeiten – trotz im Grunde nicht vorhandenen Preiswettbewerbs – bislang kaum Gebrauch gemacht worden ist. Der BM hat bislang weder eine Verordnung zu Tarifgrundsätzen und Tarifstrukturen erlassen, noch Preise für die Fernwärmeunternehmen festgelegt. In Wien und Steiermark sind aufgrund der Delegierungsbescheide Preise durch die Landeshauptleute festgelegt werden, insgesamt ist das Verfahren und die Vorgehensweise (zb Methodik der Kostenberechnung und Preisfestlegung) wenig nachvollziehbar und recht intransparent. Interessant ist auch, dass eine solche Preisfestsetzung nur von Amts wegen oder auf Antrag der betroffenen Unternehmen erfolgen kann, Interessensvertretungen können (im Gegensatz zum Preisverfahren nach § 5) bloß eine Prüfung anregen.¹⁹¹ Das hat dazu geführt, dass bei den letzten Preisfestsetzungen die Preise auf Antrag der Unternehmen angehoben wurden, ohne dass der Preisfestsetzungsbescheid durch die Endverbraucher*innen (auch nicht im Wege ihrer Interessensvertretungen) bekämpfbar und nachprüfbar ist. Die Interessensvertretungen haben in diesem Verfahren nur Anhörungsrechte.

6.5 Gesetzliche Verpflichtung für eine staatliche Preisfestsetzung betreffend Fernwärme / den Wärmesektor

Vor diesem Hintergrund wäre es im Interesse der Verbraucher*innen gelegen, eine Preisfestsetzung für die Fernwärme gesetzlich verpflichtend vorzusehen, sowie das Vorgehen der Vollziehung konkreter zu determinieren (zB Vorgabe von Grundsätzen zur Festlegung von Kostenberechnungsmethoden, die als Grundlage für die Preisfestsetzung dienen). Nachdem Marktversagen vorliegt, sprechen weder die verfassungsrechtlich verankerten Wirtschaftsgrundrechte noch die unionsrechtlichen Grundfreiheiten gegen eine solche

¹⁸⁹ Schett (FN 183) 219.

¹⁹⁰ Für die Stmk s unter: <https://www.news.steiermark.at/cms/beitrag/12885694/154271055/> (26.06.2023). Hier haben die Energieunternehmen einen Preisantrag gestellt, s unter: [https://www.kleinezeitung.at/wirtschaft/6181822/Ab-1-Oktober_Fuer-100000-steirische-Kunden_Fernwaermepreise](https://www.kleinezeitung.at/wirtschaft/6181822/Ab-1-Okttober_Fuer-100000-steirische-Kunden_Fernwaermepreise) (26.06.2023). In Wien wurde der LH von Wien auf Grund des Delegierungsbescheides des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 11. November 1996, Zl. 56.093/7-X/A/4/96 mit der Preisfestsetzung beauftragt.

¹⁹¹ 336 BldNr 18 GP 14; Raschauer, Das Preisgesetz 1992, ÖZW 1993, 33, 38; VfSlg 9221/1981; VwGH v 20.12.1999 94/17/0172. Siehe zuletzt in Wien, wo die Wien Energie einen Antrag auf Prüfung gestellt hat: <https://www.vienna.at/preise-fuer-fernwaerme-in-wien-steigen-um-92-prozent/7472110> (26.06.2023).

gesetzlich verpflichtende Preisregulierung. Wie oben beschrieben gibt es bislang keine näheren sekundärrechtlichen Bestimmungen auf EU-Ebene dazu.

Auch einer durch die EU Kommission in Auftrag gegebenen Studie betreffend Fernwärmemärkte und -regulierung innerhalb der EU aus dem Jahr 2021 zur Folge, stellt die Preisregulierung in Fernwärmesektor der MS eher die Regel als eine Ausnahme dar. So verfügen lediglich 31% der MS über keinerlei spezifischen Regelungen betreffend die Preisregulierung im Interesse des Konsumentenschutzes. Hingegen haben 28% der MS Preisregelungen – inkl der Definition zulässiger Höchstpreise – verabschiedet und 41% der MS unterwerfen die Fernwärmepreise gar einem behördlichen Bewilligungsregime bzw lassen diese durch eigens eingerichtet (Energie-)Behörden festsetzen.¹⁹²

Es kann aber in Frage gestellt werden, ob eine solche Preisfestsetzung durch die Wirtschaftsministerin bzw die Landeshauptleute erfolgen soll. Das Land ist oft Eigentümerin der Unternehmen, deren Preise festgesetzt werden; zudem ist eine solche Preisfestsetzung – wie die Festsetzung der Systemnutzungsentgelte im Strombereich zeigt – eine höchst komplexe Aufgabe, die einen besonderen Sachverstand erfordert. Es scheint naheliegend diese Aufgabe auf eine eigene unabhängige Behörde, wie zB die E-control zu übertragen und auch nicht ausschließlich im PreisG zu regeln. Auch in anderen MS, in denen die Preise für Fernwärme behördlich festgelegt werden, wird dies häufig durch unabhängige „Energiebehörden“ vollzogen, wie zB in Dänemark.

Zu erwägen wäre ein eigenes (Fern)Wärmegesetz bzw eine Verankerung entsprechender Regelungen im noch nicht erlassenen Erneuerbaren Wärmegesetz¹⁹³. Vergleichbar dem Verfahren zur Festlegung der Systemnutzungsentgelte im Stromsektor¹⁹⁴, sollte bei der Preisregulierung im Wärmesektor die Interessensvertretung der Endverbraucher*innen eingebunden werden, also konkret ein Antrags- und Stellungnahmerecht haben. Die Festlegung der Preise sollte transparent erfolgen.

6.6 Exkurs: Regulierung des Fernwärmesektors in Dänemark

Dänemark kann allgemein als Vorbild für die Regulierung und insb die staatliche Preisfestsetzung betreffend den Fernwärmesektor dienen. Bereits heute kann Dänemark ca 60% seines Wärmebedarfs über leitungsgebundene Wärmenetze decken.¹⁹⁵ Neben der bereits in den 1970er bzw 1980er Jahren einsetzenden kommunalen Wärmeplanung, die den Ausbau der notwendigen Netzinfrastruktur erfolgreich vorangetrieben hat, spielen hierbei auch die übrigen regulatorische Rahmenbedingungen eine gewichtige Rolle. Dänemark gilt als Vorreiter, wenn es sich um die Ermittlung und Analyse sozioökonomischer Kosten für lokale Wärmeversorgungsstrukturen handelt.¹⁹⁶ Den kommunalen Planungsträgern wird eine effektive Methode für Investitionsentscheidungen zur Verfügung gestellt.¹⁹⁷

¹⁹² Tilia et al (FN 192) 64.

¹⁹³ RV 1773 BlgNR 27. GP.

¹⁹⁴ §§ 48 ff EIWOG, BGBl I 2010/110 idF 2023/5.

¹⁹⁵ Maaß/Sandrock/Schaeffer, Fernwärme 3.0. Strategien für eine zukunftsorientierte Fernwärmepolitik (2015) 50.

¹⁹⁶ Maaß, Wärmewende jetzt!, ZUR 2020, 28 ff.

¹⁹⁷ Vgl Chittum/Østergaard, How Danish communal heat planning empowers municipalities and benefits individual consumers, Energy Policy 2014, 465.

Nach dem in einem eigenen WärmeversorgungsG¹⁹⁸ festgelegten Regulierungsrahmen betreffend den Fernwärmesektor, kommt der öffentlichen Verwaltung ua die Möglichkeit zu, die Preise für die Fernwärme staatlich festzulegen. Aufgabe der dänischen Regierung ist dabei, den Rahmen und die Grundsätze zu formulieren, nach denen Tarife für Fernwärme durch die dänische Energieagentur (*Energistyrelsen*, in der Folge „**DEA**“) festgelegt werden können. Die DEA fungiert als eine unabhängige Behörde, die die Preise im Wärmesektor überwacht und reguliert. Der Preis für Wärme ist von Region zu Region unterschiedlich, die Prinzipien zu deren Bestimmung jedoch überall gleich.

Das dänische WärmeversorgungsG regelt die Preisfestsetzung für den Wärmesektor in Teil 4 (Art 20ff dänisches WärmeversorgungsG). Demnach sollen der an Kund:innen verrechnete Wärmepreis alle für die Wärmeversorgung notwendigen Kosten decken. Hierbei müssen Fernwärmeunternehmen den Gesamtpreis für die Wärmeversorgung in Verbraucherpreise auf Grundlage der „notwendigen Kosten“ umrechnen und darstellen. Der Wärmepreis darf daher nicht höher sein als die tatsächlichen Kosten für Wärmeproduktion und -transport. Der festzulegende Wärmepreis berücksichtigen hierbei auch die Kosten für Wertverluste der Anlagegüter und Finanzierungskosten (vgl Art 20 Abs 2 dänisches WärmeversorgungsG) und werden daher insb durch folgende Parameter beeinflusst: Investitionen in Produktionsanlagen, Investitionen in das Fernwärmenetzwerk, Betrieb und Instandhaltung der Produktionsanlagen, Betrieb und Instandhaltung des Fernwärmenetzwerkes, Brennstoffpreise, Effizienz der Produktionsanlagen, Wärmeverluste im Fernwärmenetzwerk, Steuern und Mehrwertsteuer, Finanzhilfen/Darlehen, Strompreis (relevant für Fernwärmeproduktionsanlagen, die Strom verwenden oder produzieren).¹⁹⁹

Die von den Wärmeunternehmen festgelegten Tarife müssen der DEA übermittelt werden. Falls die DEA zu dem Schluss kommt, dass die Preise nicht den Prinzipien des dänischen WärmeversorgungsG entsprechen, kann die Behörde das Unternehmen dazu verpflichten, die Preise entsprechend abzuändern.²⁰⁰

¹⁹⁸ Heat Supply Act, in der Folge „**dänisches WärmeversorgungsG**“. Für eine nicht offizielle Übersetzung des dänischen WärmeversorgungsG ins Englische, s https://climate-laws.org/documents/heat-supply-act-no-772-2000-amended-by-act-no-345-2005-and-no-622-2010_cfc6 (26.06.2023).

¹⁹⁹ Bæk, Planung und Regulierung – eine Grundvoraussetzung. Regulierungsprozess, Verantwortlichkeiten und Anforderungen bei der Genehmigung von Fernwärmeprojekten in Dänemark, in State of Green (Hrsg), Fernwärme und -kälte. Energieeffizienz für städtische Gegenden (2018) 13.

²⁰⁰ Art 21 Abs 5 dänisches WärmeversorgungsG.

7 Kompetenzrechtliche Fragen bei der Änderung des PreisG

Das aktuelle Preisgesetz wurde auf Grundlage einer eigenen Verfassungsbestimmung in Art I PreisG erlassen, welche die „Erlassung, Aufhebung und Vollziehung“ der einfachgesetzlichen Vorschriften des Preisgesetzes zur Bundessache erklärt. Bei Art I PreisG handelt es sich um eine statische Kompetenzdeckungsklausel, die zur Anwendung kommt, wenn dem jeweiligen Gesetzgeber keine ausreichende Kompetenz nach der Kompetenzverteilung der Art 10 bis 15 B-VG oder anderen Verfassungsbestimmungen zukommt. Derartige Kompetenzdeckungsklauseln sind im gesamten Bereich des Wirtschaftslenkungsrechts üblich.²⁰¹

Aus der klaren Entscheidung des Bundesverfassungsgesetzgebers für eine statische Kompetenzdeckungsklausel folgt, dass dem einfachen Bundesgesetzgeber eine Änderung des PreisG aufgrund der Deckungsklausel bewusst verwehrt ist.²⁰² Möglich ist allerdings eine einfachgesetzliche Änderung durch den Bund im Rahmen seiner Kompetenzen nach Art 10 bis 15 B-VG, da die Kompetenzdeckungsklausel nur subsidiär gegenüber der B-VG Kompetenzverteilung wirkt.²⁰³

Zu prüfen ist daher, für welche Preisregelungen dem Bund eine Kompetenz zukommt. Nachdem das B-VG keine eigene Kompetenzmaterie etwa zur Wirtschaftslenkung oder Preisfestsetzung vorsieht, ist im Einzelnen zu untersuchen, ob bei einer sonst dem Bund nach Art 10-15 B-VG zugewiesenen Kompetenzmaterie die Preisregulierung zum sog regelungstypischen Inhalt zählt. Das ist durch die Versteinerungstheorie sowie ihrer intrasystematischen Fortentwicklung zu ermitteln. Naheliegende Kompetenztatbestände, va für die oben diskutierten Adaptierungen des PreisG sind: „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG); Elektrizitätswesen, für welches dem Bund allerdings nur eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zukommt (Art 12 Abs 1 Z 2 B-VG), sowie Ernährungswesen (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG).²⁰⁴

Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG)

Unter diesen Kompetenztatbestand fällt grundsätzlich der Handel und insofern auch der Lebensmittelhandel, weil als Gewerbe von der GewO erfasst,²⁰⁵ nicht aber die Erzeugung landwirtschaftlicher Produkte, weil explizit von der GewO ausgenommen.²⁰⁶ Weiters zählt die gewerbsmäßige Versorgung mit Fernwärme und Gas zu den Angelegenheiten des Gewerbes

²⁰¹ Vgl Art I PreisG; § 1 EnergielenkungsG 2012 (BGBl I 2013/41); Art I LebensmittelbewirtschaftungsG 1997 (BGBl 1996/789 idF BGBl I 2016/113); § 1 Marktordnungsgesetz (BGBl I 2007/55); Art I VersorgungssicherungsG (BGBl 1992/380 idF BGBl I 2016/94).

²⁰² Neudorfer, Kompetenzdeckungsklauseln außerhalb des B-VG. Österreichische Provisorienkultur oder sinnvoller Pragmatismus. In: Schmid et al, Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (2010) 111 (121-127); Wiederin, Die Kompetenzverteilung hinter der Kompetenzverteilung, ZÖR 2011, 223.

²⁰³ Wiederin (FN 202) 228.

²⁰⁴ Für Fragen der Mietpreisregulierung, die allerdings nicht konkret Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist, ist zudem der Kompetenztatbestand Volkswohnungswesen (Art. 11 Abs. 1 Z 3 B-VG) relevant.

²⁰⁵ Vgl § 5 Abs 2 Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl I 1994/194 idF 2022/204, vgl etwa auch Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe, abrufbar unter: https://www.bmaw.gv.at/dam/jcr:2063adb4-3a78-4a45-82f6-7ec2b3412ca7/Bundeseinheitliche_Liste_der_freien_Gewerbe.pdf (27.06.2023).

²⁰⁶ Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts II. Zweiter Teil: Kompetenzen der Länder, ÖZW 1975, 65 (68).

und der Industrie,²⁰⁷ nicht aber die Versorgung mit Strom, weil dafür eine eigene Kompetenzgrundlage (Art 12 Abs 1 Z 2) besteht.

Für diese Bereiche kann der Bund Preisregelungen erlassen, sofern sie eine mangelnde Versorgung in Notsituationen, die Ausnutzung einer Monopolstellung oder eine wirtschaftliche Zwangslage von Konsument*innen (wie etwa bei Pfandleihern)²⁰⁸ verhindern sollen. Derartige Preisregelungen gehören nach Lit und Judikatur zum regelungstypischen Inhalt der Gewerbekompetenz.²⁰⁹ Abgeleitet wird dies aus der Versteinerungstheorie: So sah die Gewerbeordnung, die zum Erlassungszeitpunkt des Art 10 Abs 1 Z 8 in Kraft war, beim Kleinverkauf von Artikeln, die zu den notwendigsten Bedürfnissen des täglichen Unterhalts gehören, eine Möglichkeit zur Höchstpreisfestsetzung in Notsituationen, „*die die Deckung elementarer Bedürfnisse der Konsumenten gefährden können*“, vor.²¹⁰ Weiters gab es Preisregelungen etwa für das Rauchfangkehrergewerbe und andere Gewerbe, denen vom Gesetzgeber eine bevorzugte Marktposition eingeräumt wurde.²¹¹

Auf dieser Grundlage hat der VfGH etwa Regelung von Systemnutzungstarifen, die einer Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung im Gassektor vorbeugen, als von Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG gedeckt qualifiziert. „*Mit den im Versteinerungszeitpunkt vorgefundenen gewerbepolizeilichen Regelungen, einschließlich der Genehmigung eines Gebührentarifs sollte Missständen begegnet werden, die mit der Ausübung bestimmter Gewerbe ihrer Eigenart wegen verbunden sind: Erhält der Gewerbeinhaber mit der Verleihung einer Konzession eine marktbeherrschende Stellung, so soll mit den gewerbepolizeilichen Regelungen eine allfällige Ausnützung dieses Marktvorteils zum Schutz der Kunden unterbunden werden.*“²¹²

Diese Regelungen werden in der Lit auch als **gewerbe- oder verwaltungspolizeiliche Preisregelungen** bezeichnet, die als Annexmaterie zum Kompetenztatbestand Gewerbe zählen.²¹³

Grundsatzgesetzgebungskompetenz Elektrizitätswesen (Art 12 Abs 1 Z 2 B-VG)

Auch für das Elektrizitätswesen geht die Lit von einer Kompetenz des Bundes als Teil von gewerbepolizeilichen Maßnahmen dieses sektorspezifischen Gewerbes zumindest Höchstpreise erlassen zu können aus, da Preisregelungen zur Versorgungssicherheit und zur Verhinderung von Monopolmissbrauch auch in diesem Bereich zum Erlassungszeitpunkt des Kompetenztatbestands zum regelungstypischen Inhalt zählten. Obwohl dem Bund im Elektrizitätswesen grundsätzlich nur Grundsatzgesetzgebungskompetenz zukommt (Art 12 Abs 1 Z 2 B-VG), muss bei einer solchen Preisregelung sichergestellt werden, damit sie auch Art 4 B-VG entspricht, dass sie dennoch so genau ausgestaltet ist und nicht zu viel Spielraum bei den Bundesländern belässt, dass „*nicht erheblich unterschiedliche Bedingungen für*

²⁰⁷ Potacs, Energiewirtschaftsrecht in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht (2019) 979, 986.

²⁰⁸ Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts. Erster Teil: Kompetenzen des Bundes, ÖZW 1974, 97 (101-102).

²⁰⁹ Durch die Versteinerungstheorie ergibt sich auch, dass Mindestpreisregelungen zum Zweck des Konkurrenzschutzes zum regelungstypischen Inhalt zählen, vgl Rill (FN 208) 102.

²¹⁰ Rill (FN 208) 100-101.

²¹¹ Schulev-Steindl, Wirtschaftslenkung und Verfassung (1996) 68; vgl VfSlg 17.941/2006.

²¹² VfSlg 17.941/2006.

²¹³ Schulev-Steindl (FN 211) 47-50.

erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten“ im Bundesgebiet bestehen.²¹⁴ Eine einfachgesetzliche nationale Preisregelung für elektrische Energie ist aber durch die Länder zu vollziehen.

Ernährungswesen (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG)

Zur Versorgung von Nahrungsmitteln allgemein führt der VfGH in einem Erkenntnis²¹⁵ aus – ohne in diesem eine durchgängige Unterscheidung zwischen landwirtschaftlichen und industriell gefertigten Nahrungsmitteln zu treffen – dass in der Bundeskompetenz Ernährungswesen auch preisrechtliche Maßnahmen mitumfasst sind, die **unmittelbar** der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln dienen, nicht aber wenn sie diesem Ziel nur mittelbar dienen: „*Hiezu ist festzustellen, daß der Hinweis auf den untrennbaren Zusammenhang zwischen Produktion und Konsumtion über den Begriffsbereich von ‚Ernährungswesen‘, den es abzustecken gilt, nichts auszusagen vermag. Dieser volkswirtschaftlich gewiß vorhandene Zusammenhang darf nicht zu der Annahme verführen, daß die Erzeugung landwirtschaftlicher Produkte und die Tierhaltung deshalb, weil sie auch für die Ernährung von Bedeutung sind, unter ‚Ernährungswesen‘ und damit in die Bundeskompetenz fallen könnten. Eine derart umfassende, die gesamte Agrarwirtschaft einschließende Bedeutung kommt dem Begriff ‚Ernährungswesen‘ nicht zu. Ihm können vielmehr Angelegenheiten, die nur mittelbar die Ernährung betreffen, nicht unterstellt werden.*“²¹⁶ **Eine angedachte Regelung zur Festsetzung von volkswirtschaftlich gerechtfertigten Milchpreisen ist daher nicht von der Kompetenz „Ernährungswesen“ gedeckt, da diese Kompetenz nicht auch die Sicherung einer leistungsfähigen Landwirtschaft umfasst. Eine derartige Regelung sei eine „komplexe Norm“, die weder von Bund noch von den Ländern erlassen werden könne.**“²¹⁷

Die Interpretation dieser Kompetenzen mittels der Versteinerungstheorie durch die Literatur führt zu einer eingeeengten Bundeskompetenz für Preisregelungen. So geht die hL iM Kern davon aus, dass Preisregelungen, die umfassenden wirtschaftspolitischen Zielsetzungen, wie der Stabilisierung der Preise, Verbesserung des Lebensstandards, Begrenzung von Unternehmergewinnen bei eingeschränktem Wettbewerb dienen, über gewerbepolizeiliche Maßnahmen/unmittelbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr und Versorgungssicherheit hinausgehen und daher nicht mehr von den Kompetenzmaterien des Bundes Gewerbe oder Elektrizitätswesen mitumfasst angesehen werden können.²¹⁸ Andere Meinungen treffen die Unterscheidung nicht zwischen Gewerbepolizei und Wirtschaftslenkung, sondern ob eine Regelung einzelwirtschaftspolitische – und damit lediglich einen Teilbereich der Volkswirtschaft – oder doch gesamtwirtschaftliche Ziele wie etwa eine allgemeine Preisstabilität verfolgt.²¹⁹

²¹⁴ Rill (FN 208) 105.

²¹⁵ VfSlg 5748/1968. Dazu näher Rill (FN 208) 108.

²¹⁶ VfSlg 5748/1968, 413.

²¹⁷ VfSlg 5748/1968, 415.

²¹⁸ Rill (FN 208) 101.

²¹⁹ Vgl. Azizi, Wirtschaftssteuerung durch Gewerberecht? Kompetenzrechtliche Erwägungen am Beispiel der Energiepolitik, ÖZW 1984, 3; vgl. Schulev-Steindl (FN 211) 52 f.

Bestätigt wird die eingeeengte Bundeskompetenz für Preisregelungen auch durch die legislative Praxis, die für wirtschaftslenkende Preisregelungen grundsätzlich Kompetenzdeckungsklauseln schafft.²²⁰

Der Unterscheidung zwischen zum einen gewerbepolizeilichen, auf die Gefahrenabwehr abstellenden Normen und zum anderen Regelungen mit darüberhinausgehender Zielsetzung, folgt auch der VfGH im Erkenntnis zu Energiesparstandards im Gewerbebereich und verneint damit die Möglichkeit ein gesamtwirtschaftliches Interesse am Energiesparen auf die Gewerbekompetenz des Bundes zu stützen.²²¹ Eine Grenzziehung zwischen Maßnahmen der unmittelbaren Versorgungssicherheit und darüberhinausgehenden Maßnahmen findet sich im VfGH-Erkenntnis zum Ernährungswesen: Die Festsetzung von volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preisen dient laut VfGH nicht unmittelbar der Versorgungssicherheit, weil sie auch die Leistungsfähigkeit der Landwirtschaft miteinbezieht.²²² Gleichzeitig hat der VfGH in seiner bisherigen Rechtsprechung zu gewerbepolizeilichen Maßnahmen aber auch erkennen lassen, dass mit gewerbepolizeilichen Maßnahmen auch eine Lenkung von Wirtschaftsabläufen erreicht werden kann.²²³ So ist auch seine Entscheidung, Systemnutzungstarife im Gassektor auf die Grundlage der Bundeskompetenz für gewerbepolizeiliche Maßnahmen zu stützen, zu verstehen.²²⁴

Die Rspr-Linie des VfGH zur Frage, wie weit die Kompetenz des Bundes für Preisregelungen auf Grundlage der Kompetenztatbestände Gewerbe- oder Elektrizitätswesen geht, scheint insofern nicht eindeutig. Die bislang erlassenen Entscheidungen, wo er sich auf die Unterscheidung Gewerbepolizei bzw unmittelbare Versorgungssicherheit und allgemeine Wirtschaftslenkung bezieht, betreffen nicht Preisregelungen (sondern die Frage der Festlegung von Energieeffizienzvorgaben) bzw stützen sich nicht auf die Kompetenztatbestände Gewerbe und Elektrizität, sondern den Kompetenztatbestand Ernährungswesen. Es ist nicht klar, ob der VfGH in der Frage tatsächlich der hL folgt und nur eine sehr eingeeengte Kompetenz des Bundes für Preisregelungen annimmt, oder doch davon ausgeht, dass auf dieser Grundlage auch weitere wirtschaftslenkende Maßnahmen zulässig sind.

Die Interpretation der hL hat zudem zur Folge, durch die Generalklausel des Art 15 B-VG eine ergänzende, wirtschaftslenkende Kompetenz bei den Ländern zu sehen. Das steht allerdings im Widerspruch zum Einheitlichkeitsgebots des Wirtschaftsgebiets (Art 4 B-VG).²²⁵ Daraus wird von der hL wiederum die Schlussfolgerung gezogen, dass weder Bund noch Ländern eine Kompetenz zur allgemeinen Wirtschaftslenkung und damit umfassenderen Preisregelung zukommt; sohin in diesem Bereich die Kompetenznormen eine verfassungsrechtliche Begrenzung legitimer Staatsaufgaben beinhalten.²²⁶ Diese Schlussfolgerung ist aber in sich problematisch, denn nach hL gibt es grundsätzlich keine

²²⁰ Vgl FN 201.

²²¹ VfSlg 10.381/1986.

²²² VfSlg 5748/1968.

²²³ Vgl VfSlg 3745/1960; Schulev-Steindl (FN 211) 68 f.

²²⁴ VfSlg 17.941/2006.

²²⁵ Rill (FN 208) 111; Schulev-Steindl (FN 211) 74-80.

²²⁶ Rill (FN 206) 73; Rill (FN 208) 111; Schulev-Steindl (FN 211) 84.

Weder-Noch Materien.²²⁷ **Insofern ist die gesamte Argumentationslinie einer bloß sehr engen Kompetenz des Bundes zur Preisregulierung nicht zur Gänze in sich schlüssig.**

Das könnte als Argument dafür angeführt werden, das Abstraktionsniveau der angewandten Versteinerungstheorie zu erhöhen und den regelungstypischen Inhalt der historisch vorgefundenen, oben dargestellten Normen nicht bei der gewerbepolizeilichen Gefahrenabwehr festzumachen, sondern abstrakter unter das Regelungsziel „Marktkorrektur“ zu fassen.²²⁸ Eine solche Auffassung steht aber – wie oben erläutert – entgegen der hL in der Frage, sowie auch vereinzelter VfGH Judikate.

Im Ergebnis bedeutet dies: eine Adaptierung von §5 PreisG in der oben vorgeschlagen Form, also als horizontale Bestimmung, die unterschiedliche lebensnotwendige Wirtschaftsgüter und Leistungen umfassen soll, kann man schon deshalb nicht auf eine Bundeskompetenz stützen, weil sie auch Güter und Leistungen umfassen soll (zB Lebensmittel auf allen Wertschöpfungsstufen), die in die Kompetenz der Länder fallen. Die Schaffung einer Preisregelung alleine für den Lebensmittelhandel, die die Wertschöpfungsstufe Erzeugung der Lebensmittel nicht mitbetrachtet, scheint aus Sachlichkeitserwägungen (Gleichheitssatz) nicht möglich; aber selbst für eine Preisregelung, die den Lebensmittelhandel alleine zum Gegenstand hat, ist nicht geklärt, ob dem Bund dafür unter dem Titel einer „gefahrenabwehrenden gewerbepolizeilichen Maßnahme“ die Kompetenz zukommt. Die hL geht klar nicht davon aus. Im Ergebnis führt diese einschränkende Auffassung auch dazu, dem Bund auch die Kompetenz zur Preisregelung im Elektrizitätssektor in Versorgungskrisen abzusprechen (also für die Streichung der Ausnahme in §2 PreisG). In der Lit finden sich aber auch Stimmen, die den Kompetenztatbestand Elektrizitätswesen als „spezifischen Gewerberechtstatbestand mit wirtschaftslenkenden Elementen“²²⁹ qualifizieren, was wiederum für eine Kompetenz des Bundes für eine derartige preisregelnde Maßnahme im Fall der Wirtschaftslenkung sprechen würde. Allerdings ist auch das EnergielenkungsG als Ganzes auf eine Kompetenzdeckungsklausel gestützt worden. Für eine Neuregulierung des Fernwärmesektors kann man den Zugang im Gaswirtschaftsrecht und die Entscheidung des VfGH zu den Systemnutzungsentgelten im Gassektor²³⁰ als Begründung für die Annahme einer Bundeskompetenz anführen. Dh die Neufassung der Preisregulierung im Fernwärmesektor könnte sich auf die Kompetenz des Bundes für Gewerbe (gewerbepolizeiliche Maßnahme) stützen: sie soll der Verhinderung der Ausnutzung einer Monopolstellung zu Lasten der Verbraucher dienen.

²²⁷ Vgl zu dieser Diskussion bereits etwa Adamovich/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht⁶ (1985) 186. Nach Pernthaler (Kompetenzverteilung in der Krise, 1989, 36 ff) würde damit eine Systemlücke erschaffen. S dazu auch Schulev-Steindl (FN 211) 34, 35.

²²⁸ So schon Schulev-Steindl (FN 211) 82-87.

²²⁹ Mayer, Rechtliche Aspekte landesübergreifender Stromversorgung (1994) 11 f; vgl Schneider, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften I (2012) 176-178.

²³⁰ FN 212.

8 ZUSAMMENFASSUNG

Einleitung

In Österreich ist auf die Teuerungskrise der letzten Monate primär mit Zuschüssen und Hilfsleistungen für Endverbraucher*innen, aber – im EU-Vergleich – wenig mit direkt preissenkenden Maßnahmen reagiert worden. Lediglich die sog. „Strompreisbremse“ ist als eine indirekt preissenkende Maßnahme zu qualifizieren.

Die Bemühungen von Gewerkschaften und Bundesarbeitskammer auf Grundlage des PreisG preissenkende Maßnahmen im Interesse der Endverbraucher*innen durchzusetzen, haben gezeigt, dass dieses – obwohl es eine generelle Preisfestsetzungsmöglichkeit für Sachgüter und Leistungen vorsieht – offensichtlich zu wenig effektiv ausgestaltet ist. Die Regelungen zum Wettbewerbsrecht wiederum sind nicht darauf ausgerichtet auf derartige ungewöhnliche Preisentwicklungen zu reagieren – sie kommen lediglich zur Anwendung, wenn Kartellierungen, Marktmachtmissbrauch oder unlautere Geschäftspraktiken nachgewiesen werden können, nicht aber wenn aufgrund anderer Marktstörungen (zB unelastische Nachfrage) eine unvollständige Preisbildung und im volkswirtschaftlichen Interesse nicht optimale Allokationseffizienz erfolgt.

Vor diesem Hintergrund sind Reformüberlegungen zum PreisG rechtlich analysiert und va. im Hinblick auf ihre Unions- und Verfassungskonformität überprüft worden. Auftragsgemäß sind im Gutachten insb. die Fragen 1) nach einer Konkretisierung des Tatbestands für die Anwendung des PreisG bei ungerechtfertigter Preispolitik, 2) nach der Streichung der Ausnahme für Strom und Gas aus den §§1 und 2 PreisG sowie 3) nach der verpflichtenden Endkunden-Preisregulierung für (Fern)wärme behandelt worden.

Unions- und verfassungsrechtlich verankerte Wirtschaftsgrundrechte und -freiheiten als zentrale Parameter für Reformüberlegungen des PreisG

Die im Unionsrecht und Verfassungsrecht verankerten Wirtschaftsgrundrechte und –freiheiten sowie Wettbewerbsregeln bilden zentrale Parameter für eine Neugestaltung der Preisregulierung bei ungerechtfertigter Preispolitik; sekundärrechtliche EU-Vorgaben zum Energierecht zudem für die Fragen nach der Adaptierung preisrechtlicher Bestimmungen für Strom, Gas und Fernwärme.

Unionsrechtlich können mitgliedstaatliche Preisregelungen sowohl im Hinblick auf die Grundfreiheiten (insb. die Warenverkehrsfreiheit), als auch aus kartellrechtlicher Sicht (Art 101f AEUV) problematisch sein. Der EuGH erachtet sie idR als Beschränkungen der Grundfreiheiten, oder wenn sie so gestaltet sind, dass die MS den Unternehmen quasi Preisabsprachen vorschreiben, auch als Wettbewerbsbeschränkung. Preisregelungen sind aber rechtfertigbar; weil mit ihnen marktverzerrende Wirkungen im Binnenmarkt verbunden sein können, haben diese nach der EuGH Rspr aber einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung standzuhalten. Wenn ein gewichtiger Rechtfertigungsgrund vorliegt (zB Gewährleistung der Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern zu angemessenen Preisen oder Bekämpfung von Versorgungskrisen), der Eingriff durch das gelindeste Mittel erfolgt (zB Festsetzung von Höchstpreisen, welche die Gestehungskosten und eine angemessene Rendite berücksichtigen statt Festsetzung von Festpreisen auf Grundlage von

Pauschalkosten), und das zu erreichende Ziel insgesamt in systematischer und kohärenter Weise umgesetzt wird (= der Eingriff insb auf eine belastbare Datengrundlage gestützt werden kann), dann können Preisregelungen aber auch mit den EU-Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht in Einklang gebracht werden. Sekundärrechtlich kann vom Primärrecht allerdings Abweichendes festgelegt sein. Neben dem Energiesektor ist das insbesondere auch für den Lebensmittelsektor im Einzelfall zu prüfen.

Verfassungsrechtlich werden Preisregelungen vom VfGH grundsätzlich als schwerwiegende Eingriffe in die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit betroffener Unternehmer sowie in die Privatautonomie, also in die durch die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG, Art 15 GRC) sowie das Eigentumsgrundrecht (Art 5 StGG, Art 1 1. ZPEMRK) geschützten Grundrechtspositionen gewertet, denn die Beschränkung des Preiswettbewerbs betrifft den „Kern der unternehmerischen Dispositionsfreiheit“. Preisregelungen sind aber nicht absolut unzulässig; „die den Eingriff rechtfertigenden Gründe müssen aber umso gewichtiger sein, um den schwerwiegenden Eingriff nicht unverhältnismäßig erscheinen zu lassen.“ (VfSlg 15.509/1999). Die bisherige Rechtsprechung des VfGH zur Preisregulierung zeigt, dass, obwohl er zunächst von schwerwiegenden Eingriffen ausgeht, dem Gesetzgeber doch erhebliche Gestaltungsspielräume für eine Preisregulierung belässt: die Regelungen dürfen nicht absolut untauglich sein, um ein gesetztes Ziel zu erreichen und es darf nicht nachgewiesen sein, dass es Alternativen zur Preisregulierung gibt, um das Ziel zu erreichen. Dass solche grundsätzlich denkbar sind, ist nicht ausreichend, um von einer Verfassungswidrigkeit der Preisregulierung auszugehen. Als gewichtige Gründe für die Preisregulierung, die einen damit verbundenen Eingriff in die Wirtschaftsgrundrechte als adäquat (verhältnismäßig ieS) erscheinen lässt, hat der VfGH bislang, neben der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln oder mit Milch und Milcherzeugnissen auch den Verbraucherschutz als solches oder die Wahrung des Kulturgutes Buch gelten lassen. Nach *Korinek* vermag jedenfalls „eine besondere Krisensituation auch sehr weitgehende Einschränkungen der unternehmerischen Disposition bei lebensnotwendigen Gütern zu rechtfertigen“.

Anwendung des PreisG bei ungerechtfertigter Preispolitik

Der derzeit geltende Preisfestsetzungstatbestand bei Marktstörungen – insb um ungewöhnlicher Preisentwicklung entgegenzuwirken (§5 PreisG) – weist erhebliche Schwächen auf und kann (wie die Erfahrungen zeigen) nicht effektiv als durchgriffsstarkes Instrument gegen Teuerungen eingesetzt werden. Das liegt zum einen an dem definierten Bezugsrahmen zur Feststellung von ungewöhnlichen Preisentwicklungen und an dem höchst unbestimmten Gesetzesbegriff der „Preisentwicklungen in ungewöhnlichem Maß“. Zum anderen wird die Bestimmung durch die Auffassung, dass es eine ungerechtfertigte Preispolitik in sog „funktionierenden Märkten“ iSd Wettbewerbsrechts (dh in Märkten, in denen keine Wettverstoße festgestellt werden) nicht geben kann, im Grunde redundant.

§5 PreisG ist daher zu reformieren, will man das PreisG zu einem durchgriffsstarken Instrument bei Teuerungen etablieren. Eine solche Reform hat sicherzustellen, dass das PreisG effektiv als zum Wettbewerbsrecht ergänzender Korrekturmechanismus wirkt, dh zum Einsatz kommt, wenn Marktstörungen und eine ungerechtfertigte Preispolitik nicht mit dem Wettbewerbsrecht behoben werden können, weil keine Wettbewerbsverstöße nach Wettbewerbsrecht nachgewiesen werden können. Dies kann etwa der Fall sein, wenn

Marktstörungen nicht in Kartellabsprachen oder einem missbräuchlichen Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen begründet sind, sondern zB auf eine unelastische Nachfrage (etwa bei lebensnotwendigen Gütern) oder Informationsasymmetrien auf Seiten der Endverbraucher*innen zurückzuführen sind.

In Bezug auf lebensnotwendige Güter lassen sich, mit dem Ziel eine Basisversorgung der Bevölkerung mit diesen Gütern zu erschwinglichen Preisen sicherzustellen und so einer Versorgungskrise vorzubeugen, weitergehende Eingriffe durch Preisregulierung (als sie derzeit normiert sind) verfassungs- und unionsrechtlich rechtfertigen. Gewichtige Gründe, warum es bei solchen Leistungen auch einer besonderen Regulierung bedarf, sind: 1) die Basisversorgung der Bevölkerung kann gefährdet sein, wenn bei solchen Gütern und Leistungen überzogene Preise gefordert werden; 2) bei solchen Gütern und Leistungen liegt idR eine unelastische Nachfrage vor, weil die Endverbraucher*innen darauf nicht verzichten können, weil sie existenziell sind; dh sie können mit ihrem Nachfrageverhalten die Preisfestsetzung nicht wirklich beeinflussen. Ergo ist das Spiel von Angebot und Nachfrage zur Preisfestsetzung auf solchen Märkten nicht optimal ausgebildet, was die Korrektur der Marktergebnisse auch abseits des Wettbewerbsrechts rechtfertigt.

Eine den Grundrechten und Grundfreiheiten entsprechende strukturierte (= konsistente und kohärente), insb. aber auch effiziente Prüfung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen, die – wenn erfüllt – zu einer staatlichen Preisfestsetzung führen soll, könnte wie folgt aussehen (konkrete verfahrensrechtliche Fragen und Zuständigkeiten werden dabei allerdings nicht mitbehandelt, da sie nicht Gegenstand des Gutachtens sind):

1. Feststellung des Vorliegens von erheblichen Preissteigerungen bei lebensnotwendigen Gütern und Leistungen, die vermuten lassen, dass von den Unternehmen unangemessene (= keine volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise) verlangt werden. Die Feststellung kann sich auf einzelne Unternehmen, aber auch auf eine gesamte Branche beziehen. Die Vermutung unangemessener Preise könnte abseits des derzeit verankerten Bezugsrahmens (zB internationale Preisentwicklungen) auch mit Bezug auf die Definition des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises bestimmt werden. Zu dieser Definition gibt es eine umfangreiche Judikatur von VfGH und VwGH, die auf einen Interessensausgleich zwischen Unternehmen und Endverbraucher*innen abzielt. Der Nachweis einer solchen Vermutung von erheblichen Preissteigerungen könnte durch Einrichtung eines Preismonitorings für lebensnotwendige Güter (wie derzeit politisch diskutiert), durch volkswirtschaftliche Gutachten oder durch Branchenuntersuchungen der BWB erfolgen.
2. Nach der Feststellung von erheblichen Preissteigerungen und der Vermutung, dass keine volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise verlangt werden, ist das bzw sind die betroffenen Unternehmen aufzufordern, die erheblichen Preissteigerungen sachlich zu rechtfertigen, also durch Übermittlung entsprechender Unterlagen nachzuweisen, dass die Preissteigerungen in den Kosten begründet und daher unter Einbezug eines angemessenen Gewinns nicht übermäßig sind (Beweislastumkehr). Es können gute Argumente dafür angeführt werden, eine derartige Nachweisführung durch das Unternehmen als taugliches und erforderliches sowie ieS angemessenes Instrument zu qualifizieren, um eine effiziente Preisregulierung bei lebensnotwendigen Gütern zu ermöglichen.

3. Gelingt dem/n Unternehmer/n der Nachweis der sachlichen Rechtfertigung nicht, hat die Preisbehörde volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise zu bestimmen. Nach der Jud der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts sind das solche, die auf Unternehmenseite „auf die typischen Verhältnisse rationell geführter Betriebe der betreffenden Branche“ abstellen, sowie, dass die Preise für die Erzeugerseite grundsätzlich kostendeckend sind und darüber hinaus eine im Gesamtinteresse vertretbare Gewinnspanne ermöglichen. Für Verbraucher müssen die Preise wiederum „erschwinglich“ sein, unter Berücksichtigung der „gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der Preise und der Verhältnisse der gesamten Volkswirtschaft“.

Preisregulierung für Strom und Gas

Der Energiesektor (Strom und Gas) ist seit seiner Liberalisierung stark unionsrechtlich durch sektorspezifische sekundärrechtliche Bestimmungen determiniert. Bei der Frage, wie eine einfachgesetzliche Preisregelung für den Energiesektor ausgestaltet werden könnte und insbesondere, ob und inwieweit der Energiesektor auch in das allgemeine Preisregulierungsregime nach dem PreisG einbezogen werden könnte, sind neben den primärrechtlichen Vorschriften des Unionsrechts und dem Verfassungsrecht daher auch die einschlägigen sekundärrechtlichen Vorschriften zu beachten. Diese sehen va. für den Strommarkt mitunter recht detaillierte Vorgaben für die Festlegung nationaler Preisregelungen vor, weil sie diese als grundsätzlich marktverzerrende Maßnahmen begreifen, welche den Energiebinnenmarkt beeinträchtigen können. Mit Erlass diverser Notfallmaßnahmen auf Grundlage von Art 122 Abs 1 AEUV im letzten Jahr, die den starken Anstieg der Energiepreise in der Union unter Kontrolle bringen sollen, überlagern nun für die Energiekrise speziell zugeschnittene Maßnahmen, die bloß befristet gelten, die allgemeinen Vorgaben zur Gestaltung von Preisregelungen, was den rechtlichen Rahmen besonders komplex macht.

Im Ergebnis stehen die genannten Unionsregelungen einer allgemeinen Anwendung des PreisG auf den Energiesektor (dh der Streichung der Ausnahme aus §1 PreisG und va der Anwendung einer Preisregelungsvorschrift bei ungerechtfertigter Preispolitik, wie oben beschrieben) grundsätzlich entgegen. Denn sie sehen – insb für den Stromsektor – die Preisregulierung nur in drei Konstellationen als zulässig an: um die Versorgung von Energiearmut betroffener und schutzbedürftiger Kunden sicherzustellen, vorübergehend bei Marktversagen für Haushaltskunden und Kleinstunternehmen und im Fall von Stromversorgungskrisen. Wenn eine Preisregelung bei ungerechtfertigter Preispolitik unabhängig von der Feststellung von Marktversagen iSd Wettbewerbsrechts (dh Kartellabsprachen; Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung) zur Anwendung gelangen soll (s. den Vorschlag für eine Neufassung), dann würde das über die genannten Konstellationen hinausgehen und wäre nach den sekundärrechtlichen Bestimmungen unzulässig. Die Streichung der Ausnahme aus §2 PreisG und damit die Verankerung der Möglichkeit im Fall von wirtschaftslenkenden Maßnahmen im Energiesektor nach EnergielenkungsG auch preisregulierende Maßnahmen setzen zu können, ist mit Unionsrecht hingegen vereinbar. Denn die EU-VO über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor sieht für den Fall von Stromversorgungskrisen den Einsatz nicht marktbasierter Maßnahmen, zu denen auch Preisregelungen zählen, unter bestimmten Bedingungen explizit als zulässig an. Nachdem Preisregulierungen nach §2 PreisG nur gesetzt werden können, wenn wirtschaftslenkende Maßnahmen nach EnergielenkungsG gesetzt werden, erfüllt auch §2

PreisG die in der EU-VO über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor genannten Bedingungen für den Einsatz nicht marktbasierter Maßnahmen.

Preisregulierung für Fernwärme

Anders als für Strom und Gas existiert im Hinblick auf den Wärmesektor bislang keine umfassende unionsrechtliche sektorspezifische Regulierung. Der Wärmesektor wird sekundärrechtlich bislang nur punktuell erfasst und diese punktuellen Regelungen sind mehr im Kontext der Energiewende und des Ausbaus erneuerbarer Energieträger zu sehen, als im Kontext der Schaffung von Wettbewerb im Wärmesektor. Es hat zwar unionale Versuche gegeben, den Fernwärmemarkt zu öffnen und im Zuge dessen Regelungen betreffend den Netzzugang einzuführen, diese sind bislang aber weitestgehend gescheitert – denn es ist technisch nicht ohne weiteres realisierbar, dass Wärme durch einen Drittanbieter in das geschlossene Wärmesystem eingeleitet wird; dafür bedürfte es technischer Adaptionen bzw. Erweiterungen des Netzwerkes.

Angesichts der gegebenen Strukturen und insb. fehlender Netzzugangsregulierung, zeichnet sich der Wärmesektor durch eine Reihe von Einschränkungen des Wettbewerbs aus. Er kann weitestgehend als monopolartig klassifiziert werden, im Konkreten liegen lokale Monopole vor. Erzeugung, Netz und Vertrieb von Wärme befinden sich häufig in der Hand eines Unternehmens. In der Lit werden Fernwärmesysteme daher auch als „natürliche Monopole“ bezeichnet. Daher sieht das PreisG auch sehr weitreichende Möglichkeiten der Preisfestsetzung vor, von denen interessanterweise trotz im Grunde nicht vorhandenen Preiswettbewerbs bislang kaum Gebrauch gemacht worden ist. Der BM hat bislang weder eine Verordnung zu Tarifgrundsätzen und Tarifstrukturen erlassen, noch Preise für die Fernwärmeunternehmen festgelegt. In Wien und Steiermark sind auf Grundlage von Delegierungsbescheiden des BM zwar Preise durch die Landeshauptleute festgelegt worden, insgesamt ist das Verfahren und die Vorgehensweise (zB Methodik der Kostenberechnung und Preisfestlegung) aber wenig nachvollziehbar und recht intransparent.

Vor diesem Hintergrund wäre es im Interesse der Verbraucher*innen gelegen, eine Preisfestsetzung für die Fernwärme gesetzlich verpflichtend vorzusehen, sowie das Vorgehen der Vollziehung dazu konkreter zu determinieren. Nachdem Marktversagen vorliegt, sprechen weder die verfassungsrechtlich verankerten Wirtschaftsgrundrechte noch die unionsrechtlichen Grundfreiheiten gegen eine solche gesetzlich verpflichtende Preisregulierung. Es ist aber näher zu untersuchen, ob eine solche Preisfestsetzung durch den/die Wirtschaftsminister*in bzw die Landeshauptleute erfolgen soll – wie bislang vorgesehen. Das Land ist oft Eigentümerin der Unternehmen, deren Preise festgesetzt werden; zudem ist eine solche Preisfestsetzung – wie die Festsetzung der Systemnutzungsentgelte im Strombereich zeigt – eine höchst komplexe Aufgabe, die einen besonderen Sachverstand erfordert. Es scheint naheliegend diese Aufgabe auf eine unabhängige Regulierungsbehörde, wie zB die E-control zu übertragen und auch nicht ausschließlich im PreisG zu regeln, also die Erlassung eines eigenen FernwärmeG zu erwägen. Auch in anderen MS, in denen die Preise für Fernwärme behördlich festgelegt werden, wird dies häufig durch unabhängige „Energiebehörden“ vollzogen, wie zB in Dänemark, das im Allgemeinen als Referenz für die Regulierung und insb. die staatliche Preisfestsetzung betreffend den Fernwärmesektor herangezogen werden kann.

Kompetenzrechtliche Fragestellungen

Neben den Wirtschaftsgrundrechten (s.o), setzen auch die Kompetenzbestimmungen der Verfassung (Art 10-15 B-VG) dem einfachen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Preisregelungen Schranken. Das derzeitige Preisrecht beruht auf einer statischen Kompetenzdeckungsklausel (Art I PreisG), welche die „Erlassung, Aufhebung und Vollziehung“ der einfachgesetzlichen Vorschriften des Preisgesetzes zur Bundessache erklärt. Aus der klaren Entscheidung des Bundesverfassungsgesetzgebers für eine statische Kompetenzdeckungsklausel folgt, dass dem einfachen Bundesgesetzgeber eine Änderung des PreisG aufgrund der Deckungsklausel bewusst verwehrt ist; möglich ist allerdings eine einfachgesetzliche Änderung durch den Bund im Rahmen seiner Kompetenzen nach Art 10 bis 15 B-VG, da die Kompetenzdeckungsklausel nur subsidiär gegenüber der B-VG Kompetenzverteilung wirkt.

Zu prüfen ist daher für welche Preisregelungen dem Bund eine Kompetenz zukommt. Nachdem das B-VG keine eigene Kompetenzmaterie etwa zur Wirtschaftslenkung oder Preisfestsetzung vorsieht, ist im Einzelnen zu untersuchen, ob bei einer sonst dem Bund nach Art 10-15 B-VG zugewiesenen Kompetenzmaterie die Preisregulierung zum sog regelungstypischen Inhalt zählt. Das ist durch die Versteinerungstheorie sowie ihrer intrasystematischen Fortentwicklung zu ermitteln. Naheliegende Kompetenztatbestände, va für die oben diskutierten Adaptierungen des PreisG sind: „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG); Elektrizitätswesen, für welches dem Bund allerdings nur eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zukommt (Art 12 Abs 1 Z 2 B-VG), sowie Ernährungswesen (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG).

Die Interpretation dieser Kompetenzen mittels der Versteinerungstheorie durch die Literatur führt zu einer eingeeengten Bundeskompetenz für Preisregelungen. So geht die hL - auf der Grundlage einer vorgenommenen Unterscheidung von Preisregelungen der Gewerbepolizei und Preisregelung der Wirtschaftslenkung - davon aus, dass Preisregelungen, die umfassenden wirtschaftspolitischen Zielsetzungen, wie der Stabilisierung der Preise, Verbesserung des Lebensstandards, Begrenzung von Unternehmergewinnen bei eingeschränktem Wettbewerb dienen, nicht mehr von den Kompetenzmaterien des Bundes mitumfasst angesehen werden können, da sie über gewerbepolizeilichen Maßnahmen/unmittelbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr/Versorgungssicherheit hinausgehen.

Der Unterscheidung zwischen gewerbepolizeilichen, auf die Gefahrenabwehr abstellenden Normen und Normen mit darüberhinausgehender Zielsetzung folgt auch der VfGH zum Teil; konkret zu preisregelnden Maßnahmen (insb die Endverbraucherpreise betreffend) und konkret zur Frage, inwieweit diese auch unter die Bundeskompetenz Gewerbe oder Elektrizität gefasst werden können, hat er bislang aber noch keine eindeutige Entscheidung getroffen.

Die Interpretation der hL hat zur Konsequenz, aus den Kompetenznormen eine Begrenzung der Staatsaufgaben abzuleiten, denn auch den Ländern kann aufgrund von Art 4 B-VG keine allgemeine wirtschaftslenkende und preisregelnde Kompetenz zugeschrieben werden. Nach hL gibt es aber grundsätzlich keine Weder-Noch Materien, weshalb die gesamte Argumentationslinie einer bloß sehr engen Kompetenz des Bundes zur Preisregulierung nicht

zur Gänze in sich schlüssig ist. Insofern lassen sich durchaus gute Argumente für eine andere Sichtweise und eine umfassendere Preisregelungskompetenz des Bundes anführen, diese sind aber weder durch Literatur noch Judikatur gedeckt.

Im Ergebnis hat die hL hinsichtlich einer nur sehr eingeschränkten Bundeskompetenz bei Preisregelungsmaßnahmen zur Konsequenz:

Eine Adaptierung von §5 PreisG in der oben vorgeschlagenen Form, also als horizontale Bestimmung, die unterschiedliche lebensnotwendige Wirtschaftsgüter und Leistungen umfassen soll, kann man schon deshalb nicht auf eine Bundeskompetenz stützen, weil sie auch Güter und Leistungen umfassen soll (zB Lebensmittel auf allen Wertschöpfungsstufen), die in die Kompetenz der Länder fallen. Die Schaffung einer Preisregelung alleine für den Lebensmittelhandel, die die Wertschöpfungsstufe Erzeugung der Lebensmittel nicht mitbetrachtet, scheint aus Sachlichkeitserwägungen (Gleichheitssatz) nicht möglich; aber selbst für eine Preisregelung, die den Lebensmittelhandel alleine zum Gegenstand hat, ist nicht geklärt, ob dem Bund dafür unter dem Titel einer „gefahrenabwehrenden gewerbepolizeilichen Maßnahme“ die Kompetenz zukommt. Die hL geht klar nicht davon aus.

Im Ergebnis führt diese einschränkende Auffassung auch dazu, dem Bund auch die Kompetenz zur Preisregelung im Elektrizitätssektor in Versorgungskrisen abzusprechen (also für die Streichung der Ausnahme in §2 PreisG). In der Lit finden sich aber auch Stimmen, die den Kompetenztatbestand Elektrizitätswesen als „spezifischen Gewerberechtstatbestand mit wirtschaftslenkenden Elementen“ qualifizieren, was wiederum für eine Kompetenz des Bundes für eine derartige preisregelnde Maßnahme im Fall der Wirtschaftslenkung sprechen würde. Allerdings ist auch das EnergielenkungsG als Ganzes auf eine Kompetenzdeckungsklausel gestützt worden.

Für eine Neuregulierung des Fernwärmesektors kann man den Zugang im Gaswirtschaftsrecht und die Entscheidung des VfGH zu den Systemnutzungsentgelten im Gassektor als Begründung für die Annahme einer Bundeskompetenz anführen. Dh die Neufassung der Preisregulierung im Fernwärmesektor könnte sich auf die Kompetenz des Bundes für Gewerbe (gewerbepolizeiliche Maßnahme) stützen: sie soll der Verhinderung der Ausnutzung einer Monopolstellung zu Lasten der Verbraucher dienen.