



VERBUND Trading AG, Am Hof 6a, 1010 Wien, Österreich

An das
Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und
Jugend
Abt. IV/1 - Energie-Rechtsangelegenheiten
Stubenring 1
1010 Wien

Wien, 8.4.2013

Stellungnahme von VERBUND Trading AG zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Elektrizitätswirtschafts- und – organisationsgesetz 2010, das Gaswirtschaftsgesetz 2011 und das Energie-Control-Gesetz geändert werden (REMIT- und Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz)

Sehr geehrte Damen und Herren,

VERBUND Trading AG bedankt sich für die Übermittlung des oben angeführten Begutachtungsentwurfs und nimmt zur Umsetzung der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 (REMIT) wie folgt Stellung:

I. Generelle Anmerkungen:

Um dem Ziel einer Erhöhung der Transparenz und Stabilität der europäischen Energiemärkte näher zu kommen, müssen die dafür notwendigen Rahmenbedingungen geschaffen werden.

VERBUND Trading AG möchte daher einige grundsätzliche Anforderungen an eine ausgewogene Regulierung festhalten:

- Die Standards für die Veröffentlichung von (Insider-)Informationen und die Überwachung des Energiegroßhandelsmarktes wurden auf EU-Ebene einheitlich und ausreichend festgelegt.
- Eine nationale Überregulierung („Golden Plating“) führt zu einer Schlechterstellung der österreichischen Marktteilnehmer.

- Doppelmeldungen sollen gemäß REMIT vermieden werden. Die Zusammenarbeit zwischen allen Regulatoren ist durch REMIT geregelt. ACER agiert als zentrale Schnittstelle.
- Laut ETA-VO (seit Oktober 2012 in Kraft) sind alle Transaktionsdaten von den Unternehmen aufzubewahren und auf ausdrückliches schriftliches Verlangen an E-Control zu übermitteln.
- Die Einführung zusätzlicher bürokratischer und/oder finanzieller Hürden für Energiegroßhandelsunternehmen ist zu vermeiden.
- Rechtsstaatlichkeit muss in jedem Fall gewahrt bleiben. Die Verknüpfung der Kompetenzen von Institutionen muss klar adressiert sein, keinesfalls können die Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörde über jene der Wettbewerbsbehörden hinausgehen.

II. Detailanmerkungen

Zu Artikel 1: Änderungen des EIWOG

Zu § 10a „Veröffentlichung von Insider-Informationen“ und § 99 Abs. 4 „Allgemeine Strafbestimmungen“:

Während die REMIT eine Veröffentlichungspflicht vorschreibt, sieht der vorliegende Gesetzesentwurf mit der Verpflichtung zur zeitgleichen Meldung an E-Control zusätzliche Reporting-Pflichten vor, die wesentlich über die postulierten Zielsetzungen der REMIT hinausgehen und diese ins Gegenteil verkehren, indem mit der zeitgleichen Meldung dem Ziel, Doppelmeldepflichten zu vermeiden, klar entgegengewirkt wird.

Die Energieversorgungsunternehmen Österreichs haben sich wiederholt für eine zentralisierte Transparenz- und Meldeplattform für die zu veröffentlichenden Daten ausgesprochen. Auch von den Regulatoren wird europaweit eine entsprechende Lösung bevorzugt. Nach den vorliegenden Informationen seitens der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) wird dieses Ziel auf europäischer Ebene verfolgt. Mit dieser Transparenzplattform wäre eine zentrale Stelle geschaffen, die gleichzeitig allen Marktteilnehmern einen identischen Informationsstand bietet und den Regulatoren Zugang zu allen relevanten, insbesondere auch grenzüberschreitenden Daten gewährt. Der in § 10a EIWOG vorgeschlagene Weg weicht von diesem allgemeinen Konsens ab.

Es ist zu befürchten, dass die E-Control durch die einseitige Bestimmung abweichender Reporting-Formate zusätzliche Kosten und Aufwand bei den Marktteilnehmern verursacht. Da letztendlich keine zusätzlichen Informationen übermittelt werden, bietet § 10a EIWOG keinen Mehrwert, der Kosten und Aufwand rechtfertigen könnte. Es müssten vielmehr alle österreichischen Energiegroßhandelsteilnehmer parallele Reporting-Strukturen aufbauen. Durch dieses vorgesehene Doppelreporting entsteht jedoch keinerlei zusätzlicher Informationsstand der interessierten Öffentlichkeit und ist aus diesem Grund als rein bürokratischer Mehraufwand strikt abzulehnen.

§ 10a sowie § 99 Abs. 4 sind daher ersatzlos zu streichen.

Zu § 108a „Missbrauch einer Insider-Information“:

Es handelt sich bei der REMIT um eine unmittelbar anwendbare Verordnung, jedoch kommt dem Gemeinschaftsgesetzgeber keine Kompetenz im Strafrecht zu. Will nun der nationale Gesetzgeber einen Straftatbestand auf Basis des Art. 3 REMIT einführen (vgl. Abs. 1), so muss dieser ganzheitlich den nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen. Dies tut er nicht. So ist bereits die Definition der Insider-Information äußerst unbestimmt (vgl. *„eine nicht öffentlich bekannte präzise Information, die direkt oder indirekt ein oder mehrere Energiegroßhandelsprodukte betrifft und die, wenn sie öffentlich bekannt würde, die Preise dieser Energiegroßhandelsprodukte wahrscheinlich erheblich beeinflussen würde“*; Was ist eine „präzise“ Information? Wann kann man davon ausgehen, dass diese Information bei Bekanntmachung die Preise „wahrscheinlich“ „erheblich“ beeinflussen würde?). Bei Abs. 2 zeigt sich ein vergleichbares Bild: So ist wohl schwer definierbar, welcher Fahrlässigkeitsgrad das „wissen müssen“ um die Qualifikation als Insider-Information mit sich bringt.

Darüber hinaus stellt sich ergänzend die Frage, wie jemand im Hinblick auf die Bestimmungen des Art. 3 REMIT einen Vorsatz bilden kann, wenn dieser um das Vorliegen einer Insider-Information gar nichts weiß. Schließlich ist Abs. 2 im systematischen Vergleich zu Abs. 1 vollkommen unverständlich: So ist nicht erklärbar, wieso der Strafrahmen für Personen, die wissentlich Insider-Informationen missbräuchlich nutzen und solche, die um dies (fahrlässig) gar nichts wissen, derselbe sein soll. Was Abs. 3 betrifft, so geht dieser in seiner Definition des Personenkreises über den in Art. 3 REMIT gesetzten Rahmen hinaus und ist daher zu streichen.

Zudem würde der österreichische Gesetzgeber mit einer solchen Regelung einen klaren Alleingang beschreiten. Aufgrund europaweit identischer Regeln sollten aber auch die Sanktionen europaweit vergleichbar gestaltet werden.

Es wird daher die folgende Änderung vorgeschlagen:

~~„... (2) Personen, die wissen oder wissen müssten, dass es sich um Insider-Informationen handelt, denen eine Insiderinformation mitgeteilt oder sonst bekannt geworden ist und die den Bestimmungen des Art. 3 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 ...“~~

Zu Artikel 3: Änderungen des E-Control-Gesetzes (E-ControlG)

Zu § 25a „Untersuchung und Überwachung des Funktionierens der Energiegroßhandelsmärkte“:

Der Gesetzgeber wählt in diesem Punkt einen Minimalansatz, indem er sich darauf beschränkt, den Wortlaut des Art. 13 REMIT schlicht zu wiederholen und diesen durch die Bemerkung, dass die Kompetenzen der E-Control „unbeschadet“ anderer Zuständigkeiten zugewiesen seien, ergänzt.

Dieser Ansatz ist unzureichend, da er die Kompetenzen und Zuständigkeiten wesentlicher Institutionen des Rechtsstaates nebeneinanderstellt, anstatt diese zu verknüpfen. Dies hat zur Folge, dass zahlreiche der Befugnisse, die E-Control zugeschrieben werden, den Anforderungen des Legalitätsprinzips (Art. 18 B-VG) widersprechen.

Zudem bleibt der der Vorschlag zu § 25a E-ControlG sogar hinter den durch Art. 13 REMIT vorgegebenen Einschränkungen zurück, was zum Teil selbst verfassungsrechtlich problematisch ist:

- Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse der Regulierungsbehörde müssen im Einklang mit nationalem Recht stehen und zum Zwecke der Untersuchung erforderlich sind (Art. 13 Abs. 2 REMIT).
- Während Art. 13 Abs. 1 REMIT ausdrücklich vorsieht, dass die Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden in verhältnismäßiger Weise auszuüben sind, fehlt eine entsprechende Regelung in § 25a E-ControlG. Dies ist völlig unverständlich, verlangt doch der VfGH in seiner Judikatur, dass die Ausübung von Aufsichtsbefugnissen ganz allgemein dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen muss (siehe dazu insb. VfSlg 5932).

Aus den dargelegten Gründen sollte daher am Ende des § 25a die folgende Formulierung ergänzt werden:

„Die vorstehenden Untersuchungs- und Überwachungsbefugnisse dürfen nur für den Zweck der Untersuchung in Anspruch genommen und nur in verhältnismäßiger Weise ausgeübt werden.“

Zu § 25a Abs. 1 Z 1 und 3:

Gemäß Abs. 1 Z 1 soll der E-Control die Befugnis eingeräumt werden, relevante Unterlagen aller Art einzusehen und Kopien von ihnen zu erhalten; nach § 25a Abs 1 Z 3 soll sie überdies dazu ermächtigt werden, Ermittlungen vor Ort durchzuführen.

Zunächst ist unklar, wer der Adressat der in Z 1 enthaltenen Eingriffsnorm sein soll. Im Hinblick auf Art. 18 Abs. 1 B-VG ist eine Klarstellung erforderlich, welcher Personen vom Anwendungsbereich dieser Regelung erfasst werden sollen. Weiters lässt die Formulierung „relevante Unterlagen aller Art“ offen, welche Unterlagen im Einzelfall der behördlichen Einsicht unterliegen. Eine inhaltliche Präzisierung ist daher erforderlich.

Ferner ist die Abgrenzung der Befugnisse nach § 25a Abs. 1 Z 1 und 3 zueinander unklar: Es ist sowohl im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut, als auch verfassungsrechtlich ausgeschlossen, die Befugnis zur Vornahme von Vor-Ort-Ermittlungen als Befugnis zu Hausdurchsuchungen, d.h. zur systematischen Suche nach bestimmten Gegenständen, zu verstehen. Dies folgt daraus, dass sich Ermittlungen iSd § 25a Abs. 1 Z 3 häufig im Vorfeld eines Strafverfahrens abspielen und dass Hausdurchsuchungen zum Zwecke der Strafrechtspflege (vgl. Art. 9 StGG iVm § 1 und § 2 HausRG), ausgenommen bei Gefahr in Verzug, nur mit richterlichem Befehl gestattet.

Im Hinblick auf Art. 18 Abs. 1 B-VG wäre wiederum eine Klarstellung, hinsichtlich welcher Personen der E-Control eine Kompetenz zur Vor-Ort-Ermittlung eingeräumt werden soll.

Die Befugnis nach § 25a Abs. 1 Z 3, Ermittlungen vor Ort durchzuführen, ist unabhängig davon auch deshalb mangelhaft ausgestaltet, weil das diesbezügliche Verfahren in keiner Weise geregelt ist. Im Unterschied dazu sehen jene Bestimmungen des BWG, die für die FMA ähnliche Befugnisse festlegen, (vgl. §§ 70f BWG) umfangreiche Verfahrensregelungen vor. Mangelhaft geregelt ist in diesem Zusammenhang insb. auch die Frage, wie die E-Control mit Abschriften von Unterlagen zu verfahren hat, wenn sich vorgenommene Vor-Ort-Prüfungen nachträglich als rechtswidrig herausstellen. Dies verstößt gegen Art. 14 REMIT, der als besonderes Rechtsschutzgebot die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass auf nationaler Ebene geeignete Verfahren bestehen, die einer betroffenen Partei das Recht geben, gegen eine Entscheidung einer Regulierungsbehörde bei einer von den beteiligten Parteien und von Regierungsstellen unabhängigen Stelle Einspruch zu erheben.

Zu § 25a Abs. 1 Z 2:

Nach dieser Bestimmung soll u.a. die Befugnis bestehen, relevante Personen vorzuladen und zu vernehmen. Fraglich ist, nach welchem verfahrensrechtlichen Regime die E-Control in einem

solchen Fall vorgehen soll. Im Fall der Anwendung des AVG kann es hier wohl nur um eine Vernehmung als Zeuge oder allenfalls als Partei gehen.

In diesem Zusammenhang ist wesentlich, dass die Vernehmungsbefugnisse keinesfalls soweit gehen dürfen, dass die betreffende Person dazu gezwungen wird, sich selbst zu bezichtigen und sich insoweit der Gefahr einer (verwaltungs-)strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen (siehe dazu stRSp des VfGH und EGMR). Außerdem sieht Art. 13 Abs. 2 REMIT eine Ausübung der Untersuchungsbefugnisse im Einklang mit dem nationalen Recht - und damit auch dem nationalen Verfassungsrecht - vor.

Gegenstand des Auskunftsverlangens dürften wohl – mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung – Informationen aller Art einschließlich (nicht-sensibler) personenbezogener Daten sein. Eine klare Zweckbindung für die Datenermittlung (Auskunftserteilung) sowie die Festschreibung von Aussageverweigerungsrechten fehlen gänzlich.

Zu § 25a Abs. 1 Z 4:

Der vorgesehene Formulierungsvorschlag des § 25 Abs. 1 Z 4 ist mit der Befugnis der FMA nach § 48q Abs. 1 Z 4 BörseG wortgleich. Der darin schwerwiegende bewirkte Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz iSd § 1 Abs. 1 DSGVO 2000 ist verfassungsrechtlich äußerst bedenklich, da fraglich ist, aus welchem Grund die Kenntnis der Regulierungsbehörde von diesbezüglichen Überwachungsergebnissen überhaupt notwendig ist und ob den sich aus § 1 Abs 2 DSGVO ergebenden Anforderungen an eine einfachgesetzliche Eingriffsermächtigung mit den genannten Befugnissen überhaupt entsprochen wird. Dasselbe gilt sinngemäß für die E-Control. Relevant ist dies deshalb, weil Art. 13 Abs. 2 REMIT die Ausübung der Befugnisse iSd Art. 13 REMIT im Einklang mit dem nationalen Recht - und daher auch mit dem nationalen Verfassungsrecht - gebietet. Eine Abwägung mit den Rechten aus dem Datenschutz wird nicht vorgenommen.

§ 25a Abs. 1 Z 4 ist daher ersatzlos zu streichen.

Zu § 25a Abs. 2:

Der Wortlaut des § 25a Abs. 2 geht über jenen des Art. 15 REMIT hinaus, da die genannten Personen nicht nur beim Verdacht (Art. 15 spricht hier sogar von begründetem Verdacht) auf Vorliegen von Insider-Handel oder Marktmanipulation tätig werden müssten, sondern darüber hinaus auch noch beim „*Verdacht der Verletzung von anderen in die Zuständigkeit der E-Control fallenden Vorschriften*“. Hierbei handelt es sich um eine nicht näher determinierte Verpflichtung, welche im Falle einer extensiven Interpretation bedeuten könnte, dass auch

Verletzungen rein regulatorischer Sachverhalte – die zwar sehr wohl in die Zuständigkeit der E-Control fallen, jedoch dem Verpflichteten als solche gar nicht bekannt sind bzw. nicht einmal bekannt sein müssen, da sie kraft beruflicher Tätigkeit nicht in seine Wahrnehmung fallen – zu melden sind.

Da die REMIT in diesem Bereich durch den Gemeinschaftsgesetzgeber abschließend konkretisiert worden ist, sind ergänzende Maßnahmen nicht zulässig.

§ 25a Abs. 2 ist daher ersatzlos zu streichen.

Zu § 25a Abs. 3:

REMIT sieht in Art. 15 für Börseunternehmen nur eine Informationspflicht bei begründetem Verdacht, dass bestimmte Transaktionen gegen die Verbote der Marktmanipulation und des Insiderhandels verstoßen, sowie eine Pflicht zur Einführung wirksamer Vorkehrungen und Verfahren zur Feststellung von Verstößen gegen Art. 3 oder 5 vor. In Art. 8 werden weiters bereits weitreichende (und abschließend konkretisierte) Reporting-Verpflichtungen für Parteien von Transaktionen etc. gegenüber ACER vorgegeben, die für eine effiziente Aufsicht ausreichend sind.

Eine Pflicht, den nationalen Regulator regelmäßig über Transaktionen, Umsätze und Preise zu unterrichten, ist in der REMIT nicht vorgesehen. Der vorgeschlagene § 25a Abs. 3 geht damit erneut über den EU-rechtlich zulässigen Rahmen hinaus und steht auch in Widerspruch zu den postulierten Zielsetzungen des REMIT- und Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetzes, die innerstaatlichen Umsetzungserfordernisse auf die Strafbestimmungen bei Verstößen gegen die Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation (Art. 18 REMIT) sowie auf die Schaffung der erforderlichen Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse der Regulierungsbehörde (Art. 13 REMIT) zu beschränken. Auch in den Erläuterungen finden sich keine Anhaltspunkte zur Notwendigkeit dieser Bestimmung.

§ 25a Abs. 3 ist daher ersatzlos zu streichen.

Zu § 25b „Sonderbestimmungen in Bezug auf die Untersuchungs- und Überwachungsbefugnisse bei Verdacht auf Missbrauch einer Insider-Information“:

Indem die E-Control bei der Ausübung ihrer Untersuchungs- und Überwachungsbefugnisse in Bezug auf § 108a EIWOG 2010 die Bestimmungen der StPO anzuwenden hat, erfolgt eine Vermischung zwischen Aufgaben der E-Control im Rahmen der Aufsicht (§ 25a) und solchen im Dienste der Strafjustiz (§ 25c). Diese Bestimmung ist abzulehnen.

Andernfalls besteht nämlich die Gefahr, dass sich die E-Control im Wege des § 25b für Zwecke der Untersuchung und Überwachung im Rahmen der Aufsicht all jene Befugnisse übernimmt, die sonst nur den Strafverfolgungsbehörden zustehen und die nicht einmal der FMA nach dem BörseG gegeben sind.

§ 25b ist daher ersatzlos zu streichen.

Zu § 25c „Durchführung der Untersuchungen und Ermittlungen“:

§ 25c Abs. 1 sieht vor, dass die Staatsanwaltschaft zur Aufklärung des Verdachts des Missbrauchs einer Insider-Information mit Ermittlungen grundsätzlich die E-Control zu beauftragen hat. Eine solche „Beauftragung“ widerspricht formal der Weisungsungebundenheit der E-Control (§ 5 Abs. 2 E-ControlG) und kann daher nicht als förmliche Weisung des Staatsanwaltes an Organe der E-Control ausgelegt werden, sondern als Ersuchen um Vornahme bestimmter Ermittlungshandlungen. Es sollte eine andere Formulierung gewählt werden.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und ersuchen um Berücksichtigung unserer Kommentare.

Für allfällige Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VERBUND Trading AG

