



**Wien Energie GmbH** | 1030 Wien | Postfach 500

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend  
Per E-Mail an: post@c14.bmwfj.gv.at

Bundesministerium für Justiz  
Per E-Mail an: team.z@bmj.gv.at

Präsidium des Nationalrats  
Per E-Mail an: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

**Rechtsabteilung**

Kontakt: Mag. Jan Liewehr  
WE-R/880/2012/  
DZ.VR/002/2012/  
Telefon: +43 (0)1 4004-314 14  
Fax: +43 (0)1 4004-99 31414  
Mobil: +43 (0)664 623 21 36  
jan.liewehr@wienenergie.at  
Datum: 24. Februar 2012

Stellungnahme Wien Energie GmbH  
Novellen im Kartell-, Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Wien Energie GmbH als Erzeugerin von elektrischer Energie nimmt zu den Entwürfen der Novellen im Kartell-, Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz wie folgt Stellung:

1. Kartellgesetz-Novelle 2012

Zu § 4 Abs 1a und 2a KartG

Wie auch in den Erl Bem angeführt intendiert der Entwurf, durch Einfügung der Absätze 1a und 2a das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung erstmals in der österreichischen Rechtsordnung zu verankern. Dies ist durchaus kritisch zu hinterfragen: Zum einen sah weder die Judikatur des KG und KOG bisher je einen Grund, dieses Konzept aufzugreifen, noch führen die Erl Bem in irgendeiner Form aus, weshalb fortan eine im Vergleich zum Unionsrecht strengere Regelung (vgl die Beweislastumkehr in 1a und 2a) eingeführt werden soll. Zum anderen muss sichergestellt werden, dass die österreichische Rechtsprechung bei Sachverhalten ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug nicht in Abkehr der Judikatur des europäischen Gerichte (vgl ua EuGH Rs C-395, 396/96 P, *Compagnie maritime belge ua/Kommission*, Slg 2000, I-1365 zu Art 82 EGV; EuG Rs T-342/99,



*Airtours/Kommission*, Slg 2002, II-2585) schlichtem Parallelverhalten Kollektivität (insb in Anbetracht der hiermit verknüpften Beweislastumkehr) zumisst [vgl *Vartian* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005 (2007) § 4 Rz 47]. Genau dies würde jedoch eine undifferenzierte Übernahme des § 19 Abs 2 und 3 dGWB bewirken [vgl *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB<sup>4</sup> (2007) § 19 Rz 97f].

Die Wien Energie GmbH spricht sich somit klar gegen die durch keinerlei Notwendigkeit im Kartellrechtvollzug indizierte Einführung des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung und insb gegen die hiermit verknüpfte Beweislastumkehr aus. Sollte dennoch der politische Wille verbleiben, das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung in der österreichischen Rechtsordnung zu verankern, so wäre dies jedoch jedenfalls von jeglicher Beweislastumkehr zu trennen und insb in Anbetracht der zahlreichen, mit § 19 Abs 2 dGWB verbundenen Unklarheiten (vgl im Detail *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, aaO § 19 Rz 80ff) an die Judikatur der europäischen Gerichtshöfe anzugleichen, sodass allein eine koordinierte Verhaltensweise bzw ein Auftreten als kollektive Einheit die gemeinsame Marktbeherrschung zu indizieren vermag [vgl *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht<sup>2</sup> (2008) 124 bzw *Hoffer*, Kartellgesetz (2007) 97f]

#### Zu § 37a KartG

§ 37a Abs 1 KartG übernimmt nahezu undifferenziert den Wortlaut des § 33 Abs 3 dGWB, ohne sich jedoch mit dessen Notwendigkeit in der österreichischen Rechtsordnung sowie im Detail mit den damit einhergehenden Problemen auseinanderzusetzen. So wiederholt schon § 37a Abs 1 S 1 KartG bloß Offenkundiges, welches in Österreich ohnehin nicht in Frage stand, nämlich dass die nationalen und EU-rechtlichen Wettbewerbsregeln als „Schutzgesetze“ iSd § 1311 ABGB anzusehen ist (vgl ua *Reidlinger/Hartung*, aaO 241). Die Einfügung dieses Satzes war lediglich in Deutschland von Relevanz, da die dortige Rechtsprechung uneinheitlich war (vgl *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, aaO § 19 Rz 11f). In keinem Fall war es jedoch die Intention des deutschen Gesetzgebers – entgegen den Ausführungen der Erl Bem – pauschal „jedermann“, dh uU auch Dritten oder privaten Letztverbrauchern, ohne Differenzierungen einen Schadenersatzanspruch bei wettbewerbswidrigem Verhalten einzuräumen [vgl *Lübbing* in Münchener Kommentar zum GWB (2008) § 33 Rz 56f, 66]. Insoweit wäre somit zumindest eine Klarstellung vorzunehmen, dass § 37 Abs 1 S 1 KartG keine Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten bewirkt und in Wahrheit nur die ohnehin geltende Rechtslage wiedergibt.

Betreffend § 37a Abs 1 S 2 KartG ist wiederum anzumerken, dass auch dessen Pendant (§ 33 Abs 3 S 2 dGWB) im Hinblick auf die Weite seines Anwendungsbereiches in Deutschland intensiv diskutiert worden ist. Der österreichische Gesetzgeber hätte es in der Hand, die aufgeworfenen Rechtsfragen





bereits bei Einführung des § 37a Abs 1 S 2 KartG zu beantworten. So wäre eine Klarstellung insb an zwei Fronten notwendig: Zum einen wäre es wichtig festzuhalten, dass der Wortlaut des Gesetzes lediglich ausschließt, sich als Schädiger pauschal auf die Weiterveräußerung zu berufen. Zum anderen ist die Klarstellung erforderlich, dass dem Abnehmer der Ware aufgrund dieses S 2 nicht zwingend ein Schadenersatzanspruch zusteht, ein solcher vielmehr nur „nicht ausgeschlossen“ ist (vgl *Lübbing* in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 96f). Jeglicher völlige Ausschluss der Vorteilsausgleichung und der bloßen einmaligen Ersatzpflicht würde dem auch unserem Schadenersatzrecht verankerten Prinzip des Bereicherungsverbots zuwiderlaufen, ja diesem sogar eine Sanktionswirkung nach dem amerikanischen Modell der „punitive damages“ verleihen (vgl *Lübbing* in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 102 sowie *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, aaO § 33 Rz 57f).

Schließlich darf noch darauf hingewiesen werden, dass die undifferenzierte Übernahme des § 33 Abs 3 S 3 dGWB in § 37 Abs 1 S 3 KartG mit zahlreichen Problemen verbunden ist, welche die Verfassungskonformität dieser Bestimmung in Zweifel ziehen. So ist weder nach dem Gesetzestext noch nach den Erl Bem ersichtlich, ob hier an dem von den Gesetzesverfassern in Deutschland verfolgten Ansatz, der Gewinn errechne sich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistung sowie abzüglich angefallener Betriebskosten, während Gemeinkosten oder sonstige betriebliche Aufwendungen nicht abzugsfähig seien (vgl *Lübbing* in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 111), festgehalten wird. In gleicher Weise bleibt, wie auch in Deutschland, völlig offen, ob nur der Mehrgewinn infolge des Kartellrechtsverstoßes oder der gesamte Gewinn des für den Verstoß verantwortlichen Unternehmens berücksichtigt wird. Darüber hinaus ist fraglich, ob ein Wahlrecht zwischen dem Verletzergewinn (wie auch immer dieser berechnet sein mag) und dem Ersatz des dem Verletzten entstandenen Schadens bestehen soll oder ob lediglich dieser Schaden allenfalls um einen Betrag entsprechend dem anteiligen Gewinn des Verletzers erhöht werden kann. Schließlich bleibt unklar, wem das Wahlrecht zustehen soll, falls ein solches tatsächlich gegeben ist (vgl *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, aaO § 33 Rz 62f).

Die Wien Energie GmbH spricht sich in Anbetracht der Fülle und Gravität der oben aufgezeigten Probleme für die gänzliche Streichung der § 37a Abs 1 S 1, 2 und 3 aus. Sollte dennoch der politische Willen fortbestehen, die in diesen S 1 – 3 aufgegriffenen Ideen umzusetzen, so ist jedoch offensichtlich, dass relevante legislative Änderungen bzw Ergänzungen vorgenommen werden müssen, um deren Verfassungskonformität zu sichern. Es kann jedenfalls angemerkt werden, dass in Anbetracht der aufgezeigten Probleme die intendierten Novellierungen uE den Kartellrechtsvollzug in Österreich entgegen den Intentionen der Erl Bem nicht nur nicht erleichtern, sondern gar erschweren würden.



### Zu § 47 Abs 1 KartG

Die Wien Energie GmbH sieht keine Notwendigkeit dafür, durch Anfügung des vorgeschlagenen Satzes Regulatoren an einem Verfahren teilnehmen zu lassen, bei welchem ihr nicht einmal eine Parteistellung zukommt. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt, durch keine Begründung in den Erl Bem untermauert und somit vollinhaltlich abzulehnen.

## 2. Wettbewerbsgesetz-Novelle 2012

### Zu § 11a Abs 3 WettbG

Diese Bestimmung stellt sich in ihrer vorgeschlagenen Fassung als verfassungswidrig dar: So verstößt sie zunächst gegen Art 90 Abs 2 B-VG, da sie als einfachgesetzliche Regelung dem Bescheidadressaten einen Zwang zur Selbstbezichtigung aufbürdet (vgl VfGH 29.9.1988, VfSlg 11.289; 25.9.1990, VfSlg 12.545; 16.10.1997, VfSlg 14.987; 16.10.1997, VfSlg 14.988; 6.10.1999, VfSlg 15.600 ua). Weigert sich dieser Adressat, dem mit Bescheid erteilten Auftrag zur Auskunftserteilung nachzukommen, so sieht sich dieser nunmehr nicht nur mit der Verhängung einer Zwangsstrafe, sondern auch einer Verwaltungsstrafe (vgl § 11a Abs 5 WettbG) konfrontiert, welche von der selben Behörde verhängt wird, welche auch den Erstbescheid erlassen hat. Es zeigt sich somit, dass die Neufassung des § 11a Abs 3 WettbG allein darauf abzielt, möglichst viel Druck auf den Bescheidadressaten mit dem erklärten Ziel auszuüben, dass dieser Informationen preisgibt, welche ihn selbst belasten (könnten): Hierdurch verstößt diese Bestimmung offenkundig gegen Art 6 Abs 1 EMRK, da die so erzwungenen Auskünfte fortan in einem Strafverfahren iSd Art 6 EMRK [als welches das Geldbußenverfahren zweifelsohne zu qualifizieren ist; vgl *Zeder in Schick/Hilf* (Hrsg), *Kartellstrafrecht* (2007) 68] verwendet werden können (vgl *Reiter*, *Das Recht zu schweigen und sich nicht selbst beschuldigen zu müssen* gemäß Art 6 EMRK, RZ Heft 5, 106 mwN).

Die vorgeschlagene Neufassung des § 11a Abs 3 WettbG ist ob der aufgezeigten Verfassungswidrigkeit somit in ihrer Gänze zu streichen.





### Zu § 11a Abs 5 WettbG

Anknüpfend an die obigen Ausführungen zu § 11a Abs 3 WettbG ist festzuhalten, dass es im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK untragbar wäre, würde die selbe Behörde, welche zuvor potentiell selbstbeachtigende Informationen mit Bescheid zu erzwingen gesucht hat, nunmehr für den Fall, dass ihr diese Auskünfte nicht genügen, das Recht eingeräumt, über den Bescheidadressaten eine Verwaltungsstrafe zu verhängen. Dies widerspräche in jedem Fall dessen Recht auf ein faires Verfahren (vgl Art 6 Abs 1 EMRK). Darüber hinaus bleibt fraglich, welchen Anwendungsbereich § 11a Abs 5 WettbG haben bzw wie dieser überhaupt verstanden werden soll: Zunächst wird eine Verwaltungsstrafe für den Fall angedroht, dass jemand überhaupt „keine“ Angaben macht – dies ist, wie oben zu § 11a Abs 3 WettbG bereits aufgezeigt, jedenfalls verfassungswidrig, da hier nicht einmal eine einzige Einschränkung zugunsten des Selbstbeachtigungsverbots vorgenommen wird. Betreffend die Vornahme „unrichtiger, irreführender oder unvollständiger Auskünfte“ fragt sich zu Recht, wie diese Formulierung Art 7 Abs 1 B-VG genügen kann, wenn dem Normunterworfenen völlig unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine einmal erteilte Auskunft als unrichtig, unvollständig bzw insb als irreführend qualifiziert wird. Es wird der Strafbehörde vielmehr ein Freiraum zur Übung von Willkür eröffnet, bei welchem sie auf keinerlei objektive Maßstäbe zurückgreifen muss. Die Einräumung eines solch freien Ermessens bringt darüber hinaus natürlich auch einen Verstoß gegen das Determinierungserfordernis des Art 18 Abs 1 B-VG mit sich, welches im Hinblick auf die mit der Verwaltungsstrafe einhergehende Grundrechtseingriffe als streng anzulegen ist [vgl ua *Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht*<sup>9</sup> (2000) Rz 570]. Schließlich verlangt Art 7 EMRK, dass dem unbefangenen Rechtsunterworfenen der Normgehalt der Strafbestimmung aus dem Gesetzestext klar erkennbar ist (vgl ua VfGH 12.12.2002, VfSlg 16.773). Dies ist jedenfalls betreffend die „Irreführung“ zu verneinen, welche vollkommen der subjektiven Sicht der Behörde ausgeliefert ist, jedoch gleichermaßen auch betreffend die „Richtigkeit“ und die „Vollständigkeit“ seiner Angaben, da der Bescheidadressat einem zumeist generellen Auskunftersuchen ja nur nach seinem Verständnis der Sachlage antworten kann, welches von Natur aus ein von der Behörde verschiedenes ist.

Die vorgeschlagene Neufassung des § 11a Abs 5 WettbG ist ob der aufgezeigten Verfassungswidrigkeit gleichermaßen wie Abs 3 in ihrer Gänze zu streichen.



### 3. NVG-Novelle 2012

#### I. Im Allgemeinen:

Als Kern dieses Teils der Novelle soll der in Deutschland geltende § 29 GWB als § 2a in das österreichische Nahversorgungsgesetz (NVG) übernommen werden. Die Erläuterungen verweisen darauf, dass diese Regelung vom deutschen Bundeskartellamt begrüßt würde, verschweigen jedoch die heftige Kritik, die sowohl von amtlicher Seite (Monopolkommission der deutschen Bundesregierung, Bonn) als auch in der Literatur (stellvertretend für viele: Baumgart/Rasbach/Rudolph, Eine brisante Mischung – Erste Erfahrungen mit § 29 GWB im Zusammenspiel mit §§ 32 und 64 f. GBW, in: Festschrift Gunther Kühne, 25ff) gegen diese Bestimmung vorgebracht wird. Die Erläuterungen bleiben jede Auseinandersetzung mit den geäußerten Bedenken schuldig. Soweit ungeachtet dessen eine derartige Bestimmung in die österreichische Rechtsordnung implementiert werden soll, sollte sie jedenfalls auf die Vielzahl der sachlichen Bedenken Rücksicht nehmen und nur mit entsprechenden Adaptierungen Gesetzesrang erreichen.

Auch die Befristung der in Aussicht genommenen Regelung ändert nichts am Umstand, dass aus nicht ausreichend nachvollziehbaren Gründen Sonderenergierecht für die Bereiche Elektrizität und Erdgas geschaffen wird und das als Querschnittmaterie zu betrachtende Energierecht weiter zersplittert und noch unübersichtlicher wird.

#### II. Im Besonderen:

##### 1. Zu § 2a des Entwurfes:

##### A. Dogmatische Fehleinordnung im Nahversorgungsgesetz (NVG)

Festzuhalten ist zunächst, dass für eine solche Bestimmung im NVG schon nach seiner Zielsetzung dogmatisch kein Raum ist. Die Bestimmungen des NVG, insbesondere die §§ 1 bis 3, regeln „kaufmännisches Wohlverhalten“ von Unternehmern untereinander. Es geht darum, Letztverkäufer nicht von der Belieferung mit bestimmten Waren auszuschließen. Das NVG regelt sohin in erster Linie die Beziehungen von Unternehmern untereinander, während mit der gegenständlichen Regelung jede Form des Anbietens auf allen Wirtschaftsstufen erfasst ist. Lediglich § 5 trifft Regelungen gegenüber Letztverbrauchern. Unternehmern wird in bestimmten Situationen aufgetragen, ihr Warenlager nicht geheimzuhalten.





Mit all dem hat die vorliegende Novelle, die als preisrechtliche Regelung einzustufen ist, nichts zu tun, § 2a NVG ist daher für das NVG systemfremd. Bereits an dieser Stelle (vgl. auch Pkt. x) ist festzuhalten, dass die Durchsetzung zwischen den Marktteilnehmern zivilrechtlich auf Basis des UWG oder durch das Kartellgericht im Wege Einstweiliger Verfügungen bzw. Untersagungsbeschlüsse erfolgt. Die Sanktionierung im Wege von Bußgeldern ist dem NVG fremd.

Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen eine derartige Regelung wie die des § 2a nun gerade in das NVG eingefügt werden soll, zumal Regelungen dieser Art dem NVG fremd sind. Wie bereits ausgeführt sind Fragen des Wohlverhaltens auf das Verhältnis zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern beschränkt. Warum dies nun unsachlich auf alle Stufen, also unter Einschluss der Verbraucher, im Rahmen des NVG erweitert werden soll, ist nicht nachvollziehbar; es bleibt auch unklar, aus welchen Gründen das bewährte Rechtsschutzsystem (Klagen nach dem UWG, Untersagungen durch das Kartellgericht) verlassen werden sollte. Bereits bislang stehen mit dem gegebenen Instrumentarium ausreichend Rechtsbehelfe zur Verfügung, um vermuteten Marktmissbrauch abzustellen.

#### B. Keine ausreichende Kompetenzgrundlage:

Die Erläuterungen berufen sich zur Zuständigkeit des Bundes für die in Aussicht genommene Regelung auf den Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie (Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG).

Diese Aussage ist verfehlt. Es handelt sich bei § 2a NVG dem Wesen nach um eine preisrechtliche Bestimmung, die dem Kompetenztatbestand Elektrizitätswesen gemäß Art. 12 Abs. 1 Z 5 B-VG unterliegt (vgl. so ausdrücklich auch das Erkenntnis VfSlg 17.160/2004 zum Verrechnungsstellengesetz). Ziel der Bestimmung ist die behördliche Anordnung eines Preises auf einem durch Wettbewerb geprägten Markt. Der Bund verfügt über keine generelle preisrechtliche Kompetenz; seine Zuständigkeit im Bereich der Elektrizitäts- Gas- und Wärmeversorgung gründet in Sonderkompetenzdeckungsklauseln (vgl. § 3 Abs. 2 PreisG betreffend Fernwärme, §§ 48ff EIWOG betreffend elektrische Energie, §§ 69ff GWG betreffend Erdgas). Es ist darauf zu verweisen, dass gem. Art. 12 Abs. 1 Z 5 B-VG der Bund höchstens über eine Gesetzgebungskompetenz über Grundsätze verfügt, während die Kompetenz für die Ausführungsgesetzgebung und die Vollziehung jedenfalls bei den Ländern liegt.



Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Bund für die Verabschiedung dieser Bestimmung eine Kompetenz nicht zukommt, sondern unzulässigerweise in die Kompetenz der Länder eingegriffen werden soll.

### C. Bestehen von Beweislast/Umkehr der Beweislast:

#### a) Beweispflicht des Kartellgerichts:

Mit der in Aussicht genommenen Regelung soll die Beweislast für die Rechtfertigung der vom Kartellgericht behaupteten Abweichung beim Versorgungsunternehmen liegen. Wie in jedem behördlichen Verfahren nach dem Außerstreitgesetz (siehe noch unten Pkt. X) sind die Umstände, die die Zulässigkeit der Einleitung eines (Missbrauchs-) Verfahrens dartun, jedenfalls vom Kartellgericht nachzuweisen. Dem Entwurf kann nicht entnommen werden, wie weit die Beweislastumkehr zu Lasten des Energieversorgungsunternehmens reichen soll. Es ist daher dringend eine darauf abzielende Klarstellung geboten.

Tatbestandsvoraussetzung für das gerichtliche/behördliche Einschreiten ist insbesondere ein Abweichen von der strukturellen Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen und Märkte, sodass auch hiezu eine qualifizierte Nachweispflicht der Behörde gegeben sein muss. Eine diesbezügliche Beweisführung wäre einem Versorgungsunternehmen auch gar nicht möglich, denn nur eine Behörde kann im Rahmen einer Ermittlungstätigkeit überhaupt über die Kalkulationsgrundlagen anderer Unternehmen und damit über Informationen hinsichtlich der Vergleichbarkeit von Märkten verfügen. Einem Versorgungsunternehmen ist ein diesbezüglicher „Freibeweis“ schon von vorneherein unmöglich. Eine diesbezügliche Beweispflicht wäre daher völlig unsachlich, ein echter Rechtsschutz für Versorgungsunternehmen systemimmanent ausgeschlossen. Die vorgeschlagene Regelung wäre daher grundrechtswidrig und würde auch dem rechtsstaatlichen Grundprinzip widersprechen, zumal kein im Sinn des Art 18 B-VG gebotener Rechtsschutz zustehen würde (vgl etwa Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> [2007] Rz 165).

Dringend zu fordern ist demnach, dem Antragsteller/ Kartellgericht die Beweispflicht aufzutragen für

- die Marktbeherrschung,
- die Forderung von Entgelten, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten,
- die strukturelle Vergleichbarkeit von Märkten und Unternehmen
- die Identifikation jener Kosten, die sich“ im Wettbewerb“, also offenbar bei virtuell funktionierendem Wettbewerb, einstellen





Insbesondere zu Frage, welche Kosten sich „im Wettbewerb“, also bei funktionierendem Wettbewerb einstellen können, ist anzumerken, dass eine solche Frage im Verfahren zur Regelung von Preisen ex ante wohl angemessen sein mag; eine derartige „expost-Entgeltkorrektur“ ist jedoch unsachlich und daher abzulehnen. Im Ergebnis würde nämlich ein am freien Markt tätiges Unternehmen, das anhand seiner Kosten ex ante die Preise festsetzt, ex post mit der Ansicht einer Behörde oder eines Gerichts konfrontiert, dass bestimmte Kosten von diesen nicht anerkannt werden. Dies setzt die betroffenen Unternehmen einem unkalkulierbaren Risiko aus.

Bei als Monopol tätigen Netzbetreibern, deren Kosten und Erlöse ex ante festgelegt werden und unangemessene Kosten und Erlöse mittels eines „Regulierungskontos“ iS des § 50 EIWOG ausgeglichen werden, mag – da eine ex ante Preisregulierung vorliegt – ein solches Regulierungskonto angemessen sein. Im vorliegenden Zusammenhang ist eine solche Vorgehensweise unsachlich. Unbeschadet des Umstandes, dass gerade Energiepreise im Bereich von Elektrizität und Erdgas nach dem Willen des Gesetzgebers unreguliert bleiben sollen, ist eine derartige „ex-post-Entgeltkorrektur“ in einem Missbrauchsverfahren strikt abzulehnen. Die in Aussicht genommene Regelung ist völlig undeterminiert und bietet keinen wie immer gearteten Anhaltspunkt, in welche Richtung und in welchem Ausmaß die Korrektur erfolgen soll. Unter dem Gebot der mangelnden Determiniertheit erscheint sie verfassungswidrig; unter der Sanktion der Missbrauchsdrohung ist sie gleichfalls ein unsachlicher Eingriff in die Erwerbsfreiheit.

#### b) Beweispflicht des Energieversorgungsunternehmens

Mit Nachdruck muss darauf hingewiesen werden, dass auch die nach § 2a NVG zu führenden Verfahren solche im Sinne des gerichtlichen Verfahrens in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (§ 7 Abs. 1 NVG) sind, die – unbeschadet der Mitwirkungspflicht von Energieversorgungsunternehmen – jedenfalls durch die Oficialmaxime geprägt sind und in denen die materielle Wahrheit zu ermitteln ist.

Eine formelle Beweislastumkehr ist ausgeschlossen, soweit die Oficialmaxime herrscht; eine materielle Beweislastumkehr ist dann jedenfalls ausgeschlossen, wenn die Erbringung unsachliche Lasten auferlegt.

Energieversorgungsunternehmen haben – wie bereits oben dargelegt – begrifflich keine Kenntnis über die für die gegenständlich geforderte Beweisführung benötigten konkreten Parameter der Kostenstrukturen von vergleichbaren Unternehmen bzw. auf vergleichbaren Märkten. Ein solches Unternehmen kann sich auch die Kenntnis über diese Daten auf rechtsstaatlichem Wege nicht verschaffen (anders als etwa bei anderen Fällen der Beweislastumkehr, etwa gemäß § 5 KartG



hinsichtlich des Verkaufs unter dem Einstandspreis, in dem der Unternehmer lediglich die eigene Kalkulation darlegen muss – vgl zum Inhalt des damaligen § 35 KartG auch VfSlg 16.653). Soweit die materielle Beweislastumkehr beibehalten werden sollte, ist das Energieversorgungsunternehmen daher darauf angewiesen, was ihm vom Kartellgericht oder der antragstellenden Behörde im Rahmen deren Ermittlungsbefugnis an Daten zur Verfügung gestellt wird. Würden sich Energieversorgungsunternehmen generell oder im Anlassfall in Kenntnis der benötigten Daten setzen, würde ein im Sinne des § 1 KartG verbotenes Informationskartell (Preismeldestelle) entstehen. Es kann nicht Inhalt einer Beweislastregel sein, dieser nur unter Anwendung verbotener Mittel oder Herbeiführung eines verbotenen Zustandes entsprechen zu können. Soweit die Beweispflicht des Energieversorgungsunternehmens ungeachtet der geäußerten grundsätzlichen Bedenken dennoch eingeführt werden soll, ist vorzusehen, dass das Kartellgericht oder die antragstellende Behörde dem betroffenen Unternehmen die von diesem beantragten Daten im Rahmen eigener Ermittlungstätigkeit auf Basis der Officialmaxime bei den in Betracht kommenden dritten Unternehmen oder Märkten beschafft. Andernfalls ist § 2a NVG verfassungswidrig und verstößt sogar gegen das rechtsstaatliche Grundprinzip.

D. Die Wirkungen dieser Bestimmung sind wettbewerbshemmend:

- a) Marktbeherrschende Unternehmen müssen permanent damit rechnen, dass Preissenkungen von anderen Unternehmen ein Missbrauchsverfahren induzieren.
- b) Durch die Regelung kann ein Parallelverhalten der Anbieter stabilisiert oder gar induziert werden, weil Anreize zur Unterbietung von Wettbewerbern erheblich sinken; indirekt wird abweichendes Verhalten verhindert und die bestehende Situation quasi „kartelliert“.
- c) Etablierte Anbieter sind gezwungen, auf Preissenkungen selbst mit Preissenkungen zu reagieren, sodass das Risiko des Markteintritts für neue Anbieter erheblich steigt.
- d) Der letztgenannte Umstand bewirkt, dass Verbraucher zum Wechsel nicht nur nicht motiviert werden, sondern die Anpassung (Regelung) ihrer Preise im Missbrauchsweg durch die Behörde erwarten. Die Förderung des mündigen, kostenbewussten Verbrauchers wird durch diese Regelung konterkariert; vielmehr wird eine Tendenz zur andauernden Missbrauchsaufsicht und somit letztlich zur Preisregelung eingeleitet.
- e) Entgegen des anzustrebenden Wettbewerbsmodells findet die Nachfrageseite im Vergleichmarktkonzept kaum Berücksichtigung und auch keine Berücksichtigung beim Gewinnbegrenzungskonzept.





Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass durch die Regelung der Wettbewerb im Bereich von Elektrizitäts- und Erdgasmarkt nicht gefördert, sondern gebremst wird, erhebliche Rechtsunsicherheit in den Markt gebracht wird und erhebliche Bürokratiekosten durch die de facto-Preisregelung verursacht werden. Auf die eingangs zitierte deutsche Literatur, in der die genannten Konsequenzen eindrucksvoll dargelegt werden, ist hinzuweisen.

2. Zu § 7 Abs. 2a:

Mit der Bestimmung sollen die Bußgeldbestimmungen des Kartellgesetzes für die Sachverhalte des § 2a NVG eingeführt werden.

Wie bereits oben zu Pkt. II.1.A. angesprochen, ist das NVG als Vorschrift zu verstehen, die das kaufmännische Wohlverhalten zwischen Unternehmen regelt bzw. sich auf faktische Handlungen bezieht. Die Sanktionen des NVG erschöpfen sich daher regelmäßig in der Herstellung des gesetzlich geforderten Zustandes sowie allenfalls in der Leistung von Schadenersatz. Die Durchsetzung des geforderten Zustandes mittels Bußgeld ist im NVG wesensfremd. Die Anordnung einer solchen Sanktion ausschließlich für die Anbieter von Elektrizität und Erdgas ist willkürlich und daher unsachlich gleichheitswidrig. ist

Neben diesen Bedenken aus dem Titel des verfassungsgesetzlich gebotenen Gleichheitsgrundsatzes ist darauf hinzuweisen, dass diese Regelung im Ergebnis bewirken würde, dass eine systemfremde Sanktion in das NVG eingeführt würde; weiters würde vor dem Hintergrund der Beweislastregelung des § 2a nicht ein Missbrauch geahndet werden, sondern im Ergebnis auf rechtsstaatlich unzulässige Weise die Unmöglichkeit der Führung eines Beweises.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass § 2a NVG unbestritten civil rights betrifft, zumal die Frage der Gegenleistung für eine vom Unternehmer erbrachte Leistung und damit ein Recht vermögenswerter Natur angesprochen ist (vgl etwa Walter/Mayer/Kucsko-Stadmayer, Bundesverfassungsrecht10 [2007] Rz 1526 f). Selbstredend sind in einem solchen Verfahren die Grundsätze des Art 6 EMRK einzuhalten und den daraus sich ergebenden Anforderungen an ein faires Verfahren. Eine Beweislastumkehr kann daher nur insoweit normiert werden, als dem Betroffenen die Erbringung des Beweises im Sinn einer Waffengleichheit auch möglich ist. Da dies im vorliegenden Zusammenhang – wie bereits gezeigt – nicht gegeben ist, ist auch unter diesem Aspekt die Regelung verfassungswidrig.

Diese Bestimmung hätte daher jedenfalls ersatzlos zu entfallen.



### 3. Zu § 26 KartG - Aufschiebende Wirkung:

Ziel des neu geschaffenen Verfahrens ist offenbar, eine Möglichkeit zu schaffen, missbräuchliches Verhalten von Energieversorgungsunternehmen rasch abstellen zu können. Es widerspricht eklatant rechtsstaatlichen Prinzipien, Rechtsmittel gegen Anordnungen, die ihrem Inhalt nach nicht im Zuge eines umfassenden Verfahrens auf Basis der materiellen Wahrheitsfindung definiert wurden, sondern nur auf Basis von „non liquet“, also Beweislastregeln, gefunden wurden, a priori die aufschiebende Wirkung abzuerkennen. § 7 Abs. 4 NVG in der geltenden Fassung, der die aufschiebende Wirkung von Rekursen ausschließt, fußt darauf, dass ein umfassendes, nicht durch ungewöhnliche Beweislastregeln beeinflusstes Verfahren abgeführt wurde und ist im Gesamtkontext des bestehenden NVG zu sehen: Wie gezeigt geht es im derzeit geltenden NVG nur um die Setzung von faktischen Handlungen.

Dies gilt umso mehr für das in Rede stehende „Missbrauchsverfahren“, das durch Bußgelder erheblich sanktioniert werden soll. Das rechtsstaatlich geforderte Mindestmaß an Rechtsschutz würde jedenfalls erfordern, dass die aufschiebende Wirkung grundsätzlich zuerkannt, von der Rechtsmittelinstanz jedoch aberkannt werden kann, wenn aus besonderen, in der Lage des Einzelfalls gegeben Gründen eine besondere Wahrscheinlichkeit des Missbrauchs gegeben und die Folgen für die Kunden eines Energieversorgungsunternehmens besonders gravierend erscheinen.

Um Berücksichtigung wird ersucht.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Thomas Gruber

Wien Energie GmbH