



Bundesministerium für Justiz  
 Bundesministerium für Wirtschaft,  
 Familie und Jugend

[post@c14.bmwfi.gv.at](mailto:post@c14.bmwfi.gv.at)  
[team.z@bmj.gv.at](mailto:team.z@bmj.gv.at)

Rechtsabteilung  
 Kontakt: Dr. Herwig Hauenschild  
[herwig.hauenschild@energieallianz.at](mailto:herwig.hauenschild@energieallianz.at)  
 unser Zeichen: 80/ÖE/Nahversorgungsgesetz120307  
 Tel. +43 1 904 10-13323  
 Datum, 27.02.2012

**Zur geplanten Novelle des Nahversorgungsgesetzes**  
**BMWFJ-56.109/0002-C1/4/2011**  
**BMJ –Z9.100/0001-I 4/2012**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir danken für die Übermittlung des im Betreff genannten Entwurfes, zum dem wir anzumerken haben, dass sich unsere Stellungnahme im Wesentlichen auf die Novelle des Nahversorgungsgesetzes beschränkt. Hiezu dürfen wir Stellung nehmen wie folgt:

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 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 ElWOG 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 vornherein 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 Officialmaxime geprägt sind und in denen die materielle Wahrheit zu ermitteln ist.

Eine formelle Beweislastumkehr ist ausgeschlossen, soweit die Officialmaxime 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 Beweisspflicht 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 Vergleichsmarktkonzept 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-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> [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 Rechtsmittelinstantz jedoch aberkannt werden kann, wenn aus besonderen, in der Lage des Einzelfalls gegebenen Gründen eine besondere Wahrscheinlichkeit des Missbrauchs gegeben und die Folgen für die Kunden eines Energieversorgungsunternehmens besonders gravierend erscheinen.

Wir ersuchen höflich um Kenntnisnahme und Berücksichtigung und zeichnen

mit freundlichen Grüßen

Göllesz

Wojta

ENERGIEALLIANZ Austria GmbH