

BEURLE | OBERNDORFER | MITTERLEHNER

RECHTSANWALTSKANZLEI

seit 1890

Monitoring und Sonder-Kartellrecht

Dr. Klaus Oberndorfer

17.11.2010



Monitoring im EIWOG

- Ausgangspunkt für das Monitoring:
 - ☞ Erwägungsgrund 51 der RL 2009/72/EG: *„Im Mittelpunkt dieser Richtlinie sollten die Belange der Verbraucher stehen und die Gewährleistung der Dienstleistungsqualität sollte zentraler Bestandteil der Aufgaben von Elektrizitätsunternehmen sein. Die bestehenden Verbraucherrechte müssen gestärkt und abgesichert werden und sollten auch auf mehr Transparenz ausgerichtet sein. Durch den Verbraucherschutz sollte sichergestellt werden, dass allen Kunden im größeren Kontext der Gemeinschaft die Vorzüge eines Wettbewerbsmarktes zugutekommen. Die Rechte der Verbraucher sollten [...] von den Regulierungsbehörden durchgesetzt werden.“*

Monitoring im EIWOG

- ☞ Erwägungsgrund 61: *„Die Regulierungsbehörden sollten dem Markt auch Informationen zur Verfügung stellen, um es der Kommission zu ermöglichen, ihre Funktion der Überwachung und Beobachtung des Elektrizitätsbinnenmarktes und seiner Entwicklung – einschließlich solcher Aspekte wie Erzeugungskapazität, verschiedene Elektrizitätserzeugungsquellen, Übertragungs- und Verteilungsinfrastrukturen, Dienstleistungsqualität, grenzüberschreitender Handel, Engpassmanagement, Investitionen, Großhandels- und Verbraucherpreise, Marktliquidität und ökologische Verbesserungen sowie Effizienzsteigerungen – wahrzunehmen. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten den Wettbewerbsbehörden und der Kommission melden, in welchen Mitgliedsstaaten die Preise den Wettbewerb und das ordnungsgemäße Funktionieren des Marktes beeinträchtigen.*

Monitoring im EIWOG

- Basis der Bestimmungen im EIWOG: Art 37 Abs 1 EBRL sieht „*Beobachtungsaufgaben*“ der Regulierungsbehörde vor. Art 37 lit c EBRL sieht Recht auf „*Einforderung der für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben maßgeblichen Informationen bei den Elektrizitätsunternehmen*“ vor.
- Art 37 Abs 2 EBRL: Mitgliedstaaten dürfen „*Beobachtungsaufgaben*“ an anderen Behörden übertragen, die die gewonnenen Informationen „*so schnell wie möglich*“ an die Regulierungsbehörde zu übermitteln haben.
- Zweiteilung der Überwachungsaufgaben zwischen der Regulierungsbehörde („E-Control“) und den Landesregierungen

Monitoring durch die Landesregierungen

- § 88 Abs 1 (Grundsatzbestimmung): demonstrative Aufzählung der **Überwachungsbereiche**:
 - ☞ Zuverlässigkeit / Qualität der Netzdienstleistungen (§ 19: Pflicht der E-Control zur Regelung von Qualitätsstandards für Netzdienstleistungen) [Art 37/1 lit h EBRL]
 - ☞ Transparenz am Elektrizitätsmarkt (Strompreise für jeweilige Kundensegmente, Versorgerwechsel, Abschalttraten, Neuan- und Abmeldungen, Daten zu grenzüberschreitenden Kapazitäten etc) [Art 37/1 lit i EBRL]

Monitoring durch die Landesregierungen

- ☞ Umfang des Wettbewerbs auf Großhandels- und Endverbraucherebene [Art 37/1 lit j EBRL]
- ☞ Kartellrechtswidrige Maßnahmen gegenüber Kunden (Vertragspraktiken etc) [Art 37/1 lit k EBRL]
- ☞ Qualität von Netzanschluss- und Netzwartungsarbeiten [Art 37/1 lit h, m EBRL]
- ☞ Investitionen in Erzeugungskapazitäten [Art 37/1 lit r EBRL]
- ☞ Technische Zusammenarbeit zwischen in- und ausländ. ÜNB [Art 37/1 lit s EBRL]

Monitoring durch die Landesregierungen § 88

- § 88 Abs 2 (Grundsatzbestimmung):
 - ☞ LReg haben per VO „zur Wahrnehmung der in Abs 1 genannten Aufgaben“ Erhebungsmasse, -einheiten, -merkmale, Kreis der auskunftspflichtigen Personen, Zeitabstände sowie das Verfahren zur Datenerhebung zu regeln.
 - ☞ § 88 Abs 2 Z 1 bis Z 5: umfangreiche Aufzählung über obligatorische Datenerhebungen bei Netzbetreibern, Verteilernetzbetreibern, Versorgern, Regelzonenführern und die Ausgleichsenergie ausschreibenden Personen.

Monitoring durch die Landesregierungen § 88

Beispiele:

„1. Von Netzbetreibern: „über den Regelbetrieb hinausgehende, zusätzlich verrechnete Dienstleistungen samt Preisen; Zahl der Neuanschlüsse samt benötigter Zeit; Anzahl der geplanten und ungeplanten Versorgungsunterbrechungen; Anzahl der Ansuchen um Kostenvoranschläge für Netzanschlüsse sowie deren durchschnittliche, minimale und maximale Bearbeitungsdauer; [...] Daten zur Inanspruchnahme von Dritten bei der Vornahme von Systemdiensten, so insbesondere Vertragspartner, Leistung (MW), gelieferte Mengen (MWh), Einspeisepunkte;

Monitoring durch die Landesregierungen § 88

Beispiele:

2. *von Verteilernetzbetreibern: Historische Aufzeichnungen über die Versorgung jedes Zählpunktes durch einzelne Lieferanten [...]; Anzahl der Versorgerwechsel sowie gewechselte Menge; Abschalttraten; Art der Zählerstandsermittlung für die Jahresabrechnung aufgeschlüsselt nach verwendeter Methodik, Anzahl der Kundenbeschwerden sowie Bearbeitungsdauer;*

3. *von Versorgern: Energiepreise je definierter Kundengruppen; Anzahl der versorgten Endverbraucher, Anzahl der Beschwerden samt Beschwerdegründen;[...]"*

Monitoring durch die Landesregierungen § 88

- § 88 Abs 2 (Grundsatzbestimmung):
 - ☞ Die Daten sind bis spätestens 31.3. des Folgejahres an die E-Control elektronisch zu übermitteln;
- Sanktionen bei Nichteinhaltung der Meldepflichten: Verhängung einer Verwaltungsstrafe von mindestens €10.000,00 durch die LReg (§ 98 Abs 1 Z 1 als Grundsatzbestimmung); Verhängung weiterer Sanktionen per Landesgesetz denkbar (vgl. bspw. § 88 Abs 5)

Monitoring durch die E-Control (§ 88)

- Überwachungsaufgaben gemäß § 88 Abs 3:
 - ☞ Beobachtung der Einhaltung der Vorschriften der VO 2009/714/EG:
 - Zusammenarbeit der ÜNB im Rahmen des ENTSO (Art 5 ff);
 - Einhaltung von Netzkodizes für grenzüberschreitende Netze (Art 8);
 - Ausgleich für grenzüberschreitende Stromflüsse (Art 13);
 - Regeln über Netzzugangsentgelte (insb. standortbezogene Preissignale);
 - Informationen über Übertragungsnetze und große Erzeugungsanlagen (Art 15);
 - Engpassmanagement (Art 16)

Monitoring durch die E-Control (§ 88)

☞ Beobachtung der Durchführung von Lenkungsmaßnahmen gemäß § 10 EnLG (Erteilung von Anweisungen an Marktteilnehmer bei Störung der Energieversorgung Österreichs, Verfügungen an Endverbraucher über den Energieeinsatz, Regelungen bzgl. der Betriebsweise von Anlagen etc.)

☞ Beobachtung der Investitionspläne der ÜNB

☞ Beobachtung des Engpassmanagements (§ 23 Abs 2 Z 5) sowie der Verwendung der Engpasserlöse

☞ Erhebung von Informationen aus sämtlichen Beschaffungen bzgl. Regelenenergieprodukte von RZF (Kosten, beschaffte Mengen, Bieteranzahl etc)

Monitoring durch die E-Control (§ 88)

- Aufbewahrungspflicht der Stromhändler gemäß § 88 Abs 4: Transaktionsdaten über Transaktion mit anderen Stromhändlern bzw. ÜNB für 5 Jahre aufzubewahren. Näheres wird durch VO der E-Control geregelt [Art 40 EBRL]
- Aufbewahrungspflicht von Stromerzeugern, von deren Anlagen zumindest eine über eine installierte Kapazität von 250 MW verfügt, gemäß Art 15 Abs 6 VO 2009/714/EG: Aufbewahrung aller Stundendaten, die zur Überprüfung aller betrieblichen Einsatzentscheidungen und des Bieterverhaltens an Strombörsen etc. erforderlich sind
- Die aufbewahrten Daten sind der Regulierungsbehörde, der Bundeswettbewerbsbehörde und der Europäischen Kommission herauszugeben.

Monitoring durch die E-Control (§ 88)

- Bei Nichtmeldung ist die E-Control berechtigt, die Meldung der Daten mit Bescheid anzuordnen (§ 88 Abs 5).
- Zulässigkeit des Abschlusses von „Datenaustauschabkommen“ mit Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten „zu Zwecken der in Abs 1 genannten Aufgaben“ [Art 38 Abs 1 und Abs 3 EBRL].
- Recht zur Durchführung „unabhängiger Erhebungen der Kundenzufriedenheit“ (§ 88 Abs 7).
- Unabhängig von diesen konkreten „Überwachungsaufgaben“ bestehen sowohl für die Regulierungsbehörde gemäß § 10 sowie die Landesregierungen gemäß § 95 umfassende Auskunfts- und Einsichtsrechte.

Monitoring – Fazit

- Aufgeblähtes, über die Vorgabe der EBRL zum Teil hinausgehendes Berichtswesen;
- Doppelgleisigkeiten im Hinblick auf die Anordnung und Durchführung statistischer Erhebungen (§ 92; derzeit Elektrizitätsstatistikverordnung 2007 bzw Preistransparenz- verordnung II);
- Nur schwer nachvollziehbare Aufteilung der Datenerhebung auf zwei Behörden

Monitoring – Fazit

▪Erforderlichkeit dieses Berichtswesens, insbesondere in der vorgesehenen extremen Dichte, im Hinblick auf das Ziel (Sicherstellung eines wettbewerblich organisierten Elektrizitätsmarktes) sehr fragwürdig. Daher

☞ möglicherweise Verstoß gegen Bestimmungen der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG, konkret Art 6 Abs 1 lit b (Erhebung personenbezogener Daten nur für „festgelegte eindeutige Zwecke“) bzw lit c (Datenerhebung nur, „soweit den festgelegten Zwecken entsprochen wird, für die sie erhoben werden, sie dafür erheblich sind und nicht darüber hinaus gehen“)

☞ Verletzungen des Grundrechts auf Datenschutz gemäß § 1 DSG bzw 8 EMRK mangels Erforderlichkeit (Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) ?

▪Daten dürfen nur für Zwecke der Elektrizitätswirtschaftsverwaltung verwendet werden (soweit nicht gemeinschaftsrechtlich etwas anderes vorgesehen ist: Art 37 Abs 1 lit j sowie Art 37 Abs 2 EBRL bzw § 36 Abs 4 Z 2 KartG).

Geldbußen – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

▪ Art 37 Abs 4 lit d EBRL: *„Verhängung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen gegen Elektrizitätsunternehmen, die ihren aus dieser Richtlinie [..] erwachsenden Verpflichtungen nicht nachkommen, oder Vorschlag der Verhängung solcher Sanktionen bei einem zuständigen Gericht. Hierzu zählt auch die Befugnis, bei Nichteinhaltung der jeweiligen Verpflichtungen gemäß dieser Richtlinie gegen den Übertragungsnetzbetreiber bzw das vertikal integrierte Unternehmen Sanktionen in Höhe von bis zu 10% des Jahresumsatzes des Übertragungsnetzbetreibers bzw des vertikal integrierten Unternehmens zu verhängen oder vorzuschlagen;“*

▪ Sanktionen des Gesetzgebers im ElWOG:

- ☞ Verwaltungsstrafen (§§ 98, 99)
- ☞ Geldbußen (§§ 104 ff)
- ☞ Kriminalstrafen (§ 108)

Geldbußen im EIWOG – Materielle rechtliche Vorgaben

- Adressat; Netzbetreiber und jedes Unternehmen, das den Netzbetreiber zur Ausführung bestimmt oder sonst zu ihrer Ausführung beiträgt (§§ 104 Abs 2, 105 Abs 1): fast wörtliche Übernahme des § 12 StGB, dessen Auslegung in der Rspr und Lehre daher für die Auslegung dieser Bestimmung maßgeblich sein wird.

- 6 Tatbestände in §104 Abs 1 und Abs 2:
 - ☞ Vorsätzlicher / Grob fahrlässiger Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 9 (Verbot der Diskriminierung von Personen, die Anlagen des Netzbetreibers nutzen wollen);

 - ☞ Behinderung des Gleichbehandlungsbeauftragten (§ 32) an der Erfüllung seiner Aufgaben;

Geldbußen im EIWOG – Materielle rechtliche Vorgaben

- ☞ Wahrheitswidrige Verweigerung des Netzanschlusses unter Berufung auf mögliche, künftige Einschränkung der verfügbaren Netzkapazitäten;
- ☞ Verstoß gegen die Berichtspflichten nach der VO 2009/714/EG: Art 15 und 20 leg cit;
- ☞ Verstoß gegen die Entscheidungen der Regulierungsbehörde nach der VO 2009/714/EG;
- ☞ Verstoß gegen die Verpflichtungen aus den Leitlinien der Kommission gemäß Art 18 der VO 2009/714/EG.

Geldbußen im EIWOG – Materielle rechtliche Vorgaben

▪ Höhe der Geldbuße:

- ☞ Fall des § 104 Abs 1: maximal 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatz;
- ☞ alle anderen Fälle: 5% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatz;
- ☞ Falls der Netzbetreiber Bestandteil eines vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmens ist, ist der **Jahresumsatz des vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmens** heranzuziehen;

Geldbußen im EIWOG – Materielle rechtliche Vorgaben

- Bemessungsfaktoren (§ 106 Abs 2; Aufzählung ist nur demonstrativ):
 - ☞ Schwere und Dauer der Rechtsverletzung;
 - ☞ Erzielte Bereicherung;
 - ☞ Grad des Verschuldens;
 - ☞ Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit;
 - ☞ Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung
 - ☞ OGH: Ermessensentscheidung, bei der neben den nicht taxativ aufgezählten gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind (OGH, 16 Ok 4/09).

- Verjährung binnen 5 Jahren nach Beendigung der Rechtsverletzung (§ 107)

Geldbußen im EIWOG – Verfahrensrecht

- Verfahrenseinleitung: Antragsmonopol der Regulierungsbehörde: Keine Verpflichtung, eine bestimmte Strafhöhe zu fordern (OGH, 16 Ok 8/07; § 9 Abs 1 AußStrG);
- Zuständiges Gericht: Kartellgericht (OLG Wien), Kartellobergericht als 2. Instanz (OGH);
- Verfahren nach dem Außerstreitgesetz 2005:
 - ☞ Grundsatz der amtswegigen Wahrheitsfindung (§ 16 AußStrG);
 - ☞ Keine Anwaltpflicht in der ersten Instanz (§ 4 AußStrG)
 - ☞ Keine obligatorische mündliche Verhandlung (§ 18 AußStrG)
 - ☞ Keine Überprüfung der Beweiswürdigung durch den OGH (OGH, 16 Ok 5/08)
- Parteistellung der Regulierungsbehörde (§ 104 Abs 3)

Geldbußen im EIWOG – Offene Fragen

- Bemessung der maximalen Geldbuße am Umsatz der einschlägigen Sparten des vertikal integrierten Unternehmens oder am Gesamtumsatz des vertikal integrierten Unternehmens? Der Wortlaut spricht für ersteres (aA der OGH in 16 Ok 5/08 in Bezug auf das KartG).
- Verschulden als Voraussetzung für Verhängung einer Geldbuße, obwohl § 104 Abs 2 Verschulden – im Unterschied zu § 104 Abs 1 – nicht explizit anführt? Ja – Zurechnung der für juristische Personen Handelnden zur juristischen Person. Erfolgshaftung kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden und widerspräche dem Zweck der Geldbuße als präventive und repressive Sanktion. Es wird auf §§ 5 Abs 1 und 6 StGB (Vorsatz/Fahrlässigkeit) zurückzugreifen sein.

Geldbußen im EIWOG – Offene Fragen

- Heranziehung der Rechtsprechung zum KartG sowie zum StGB zur Auslegung der Bestimmungen ist jedenfalls in Teilbereichen zulässig (Geldbußenbemessung, Verfahrens- und Verschuldensfragen).
- Haftung der Muttergesellschaft auch für EIWOG-Geldbußen? Muttergesellschaft muss in der Lage sein, tatsächlich entscheidenden Einfluss auf die Tochter auszuüben und diesen Einfluss auch tatsächlich ausüben (EuGH, Rs 48/69), was bei einer 100%-Tochtergesellschaft vermutet wird. Konsequenz: Bemessung am Umsatz des Konzerns (nicht nur der Elektrizitätssparten).

Geldbußen im EIWOG – Verfassungsrecht

- „**ne bis in idem**“: Verbot der Doppelbestrafung (Art 4 7.ZP EMRK) aufgrund materiell „in wesentlichen Elementen identischer“ Vorschriften
 - ☞ Soweit ein Geldbußentatbestand erfüllt ist, ist die Verhängung einer Verwaltungsstrafe für denselben Verstoß nach §§ 98, 99 unzulässig;
 - ☞ Verhängung mehrerer Geldbußen durch das Kartellgericht und die Kommission (nach Kartellrecht und nach EIWOG) ist laut EuGH zulässig, allerdings unter Anrechnung der bereits verhängten Geldbuße (EuGH, Rs 14/68, *Walt Wilhelm*); EMRK ist über Art 6 Abs 3 EUV Teil des Unions; EuGH-Rspr daher möglicherweise obsolet.

Geldbußen im EIWOG – Verfahrensrecht

- Parallele Anwendung der Bestimmung des KartG und des EIWOG über Geldbußen?
 - ☞ Grundsätzlich ja, weil die jeweiligen Tatbestände unterschiedliche Stoßrichtungen verfolgen und sich die Tatbestandsvoraussetzungen in wesentlichen Elementen unterscheiden (wenngleich sie letzten Endes stets den Wettbewerb schützen wollen; vgl auch die Hinweise in Art 37 Abs 1 lit j, Abs 2 sowie v.a. Abs 4 lit b EBRL)
 - ☞ Anderes gilt für § 104 Abs 1: Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot als spezifische Ausprägung (und damit *lex specialis*) des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 4 f KartG): wesentliche Element beider Normen sind gleich!

Geldbußen im EIWOG – Verfassungsrecht

- Geldbußen sind „keine echten Kriminalstrafen“, weil sie „nur die Verletzung von Wettbewerbsvorschriften pönalisieren (OGH, 16 Ok 4/07); sie unterliegen als „Strafrecht im weiteren Sinn“, das rechtswidriges Verhalten in der Vergangenheit pönalisiert, ungeachtet dessen Art 6 EMRK wegen der Art und Schwere der Sanktionen:

- ☞ Unschuldsvermutung gemäß Art 6 Abs 2 EMRK gilt (EuGH, Rs C-199/92 P)

- ☞ Obligatorische mündliche Verhandlung;

- ☞ Recht auf Akteneinsicht (§§ 15, 22 AußStrG);

- ☞ nemo tenetur se ipsum accusare (Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung): einschränkende Auslegung der §§ 10, 95: Auskunftspflicht besteht nicht, wenn die betreffenden Personen das Elektrizitätsunternehmen der Gefahr einer Verfolgung mittels Geldbuße aussetzen (weite Auslegung des § 49 Abs 1 Z 1

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Klaus Oberndorfer

Rechtsanwalt

Rechtsanwaltskanzlei Beurle Oberndorfer Mitterlehner

Landstrasse 9 A-4020 Linz

Tel.: 0732 / 77 16 53 – 0

E-Mail: klaus.oberndorfer@bom.at