

████████████████████
vertreten durch:
████████████████████

per RSb

B E S C H E I D

Die Energie-Control Austria hat in der Rechtssache
████████████████████, vertreten durch den Rechtsanwalt
████████████████████, gemäß §§ 24 Abs 2, 34 E-ControlG iVm § 8 GWG erkannt:

I. Spruch

Die ████████████████████ hat der Energie-Control Austria Einsicht in langfristige Gasbezugsverträge mit Take-or-Pay-Klausel und Ölpreis-Indexierung zu gewähren.

II. Begründung

1. Verfahrensablauf

Die Energie-Control Austria (E-Control) hat am 27.5.2011 die ████████████████████ aufgefordert, vertragliche Regelungen von Gasbezugsverträgen insbesondere zur Laufzeit, Ölpreis-Indexierung und Take-or-Pay-Verpflichtung bzw. die betroffenen Vertragstexte gem §§ 8, 10 GWG iVm §§ 24, 34 E-ControlG zu übermitteln, um die Wettbewerbsaufsicht wahrnehmen zu können und überprüfen zu können, ob die Gasbezugsverträge mit dem unmittelbar anwendbaren Unionsrecht im Einklang stehen. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass der E-Control im Erdgasbereich die Wettbewerbsaufsicht sowie die Überwachung der Einhaltung aller den Marktteilnehmern durch das GWG sowie durch

unmittelbar anwendbares EU-Recht übertragenen Pflichten zugewiesen sind (§ 24 Abs 1 E-ControlG) und dass gem § 10 GWG die Meldepflicht von Erdgaslieferungsverträgen mit einer ein Jahr übersteigenden Laufzeit und einem Umfang von mehr als 250 Millionen m³/Jahr besteht.

Fristgerecht langte ein Schreiben der [REDACTED] am 8.6.2011 bei E-Control mit folgendem Inhalt ein: „[...] Die Laufzeit unseres auf Ölpreisindexierung basierenden Vertrages geht bis [REDACTED].
Bis [REDACTED] lief der gesamte Vertrag auf einer Ölpreisindexierung, wobei es eine [REDACTED] %ige Take-or-Pay-Verpflichtung gab.
[REDACTED]“.

[REDACTED] verwies in der Stellungnahme vom 8.6.2011 auf einen bestimmten langfristigen Vertrag mit Ölpreis-Indexierung und Take-or-Pay-Klausel. Jedoch führte [REDACTED] nicht aus, wer Vertragspartner ist. Deshalb wiederholte die E-Control ihr Auskunftsverlangen am 5.10.2011 und verlangte die Übermittlung dieses Vertrages, auf den [REDACTED] in der ersten Stellungnahme Bezug genommen hat, um die Wettbewerbsaufsicht effektiv wahrnehmen zu können und überprüfen zu können, ob die langfristigen Gasbezugsverträge mit Take-or-Pay-Verpflichtung und Ölpreis-Indexierung mit dem geltenden Wettbewerbsrecht in Einklang stehen.

Mit Schreiben vom 13.10.2011 teilte [REDACTED] mit, dass sie dem „Ansuchen nicht entsprechen können, da der ECA zur Prüfung dieser Frage keine Zuständigkeit zukommt“. Darüber hinaus führte [REDACTED] rechtliche Gründe dafür an.

Am 17.10.2011 wiederholte die E-Control das Auskunftsersuchen und machte auf die Rechtsfolgen bei Nichtausfolgung des erwähnten Vertrages aufmerksam – nämlich einerseits auf die Erlassung eines Leistungsbescheides gem § 24 Abs 2 E-ControlG und auf die Verwaltungsstrafen in § 71 Abs 1 Z 2 und Z 3 GWG.

Dieses Auskunftsersuchen vom 17. 10. 2011 wurde nicht beantwortet, vielmehr langte am 25.10.2011 ein „Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides“ ein.

2. Zulässigkeit eines Feststellungsbescheides

Leistungsbescheide verpflichten den Adressaten zur Erbringung einer bestimmten Leistung. Es wird mit dieser Art von Bescheiden eine Verpflichtung ausgesprochen, die bereits im Gesetz begründet ist, wobei der Ausspruch zur exekutiven Durchsetzung der im Gesetz vorgesehenen Verpflichtung erforderlich ist, welche dadurch individualisiert und gegebenenfalls präzisiert werden. Ein Feststellungsbescheid ist dagegen nur dann zu erlassen, wenn es sich um ein „notwendiges, letztes und einziges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung“ handelt (VwGH 30. 6. 2011, 2007/07/0172). Nachdem im konkreten Fall ein Leistungsbescheid nicht nur möglich ist, sondern bereits im Schreiben der E-Control vom 17.10.2011 explizit auch auf die Erlassung eines

(Leistungs-)Bescheides gem § 24 Abs 2 E-ControlG hingewiesen wurde, ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides ausgeschlossen (etwa VwGH 7.5.1986, 85/18/0342).

3. Zuständigkeit im sektorspezifischen und im allgemeinen Wettbewerbsrecht

Art 41 Abs 1 lit j RL 2009/73/EG sieht vor, dass der Regulierungsbehörde die Aufgabe zugewiesen ist, Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen zu überwachen und einschlägige Fälle vor die zuständigen Wettbewerbsbehörden zu bringen. Weiters hat sie gem Art 41 Abs 1 lit k RL 2009/73/EG auch restriktive Vertragspraktiken einschließlich Exklusivitätsbestimmungen zu überwachen.

In Umsetzung der RL sind der E-Control nach § 24 Abs 1 Z 1 und 2 E-ControlG die Überwachung der Einhaltung aller den Marktteilnehmern durch ua das GWG sowie durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht übertragenen Pflichten sowie die Wettbewerbsaufsicht über alle Marktteilnehmer zugewiesen; die Zuständigkeit der allgemeinen Wettbewerbsbehörden bleibt unberührt. Weiters hat die E-Control gem § 21 Abs 2 E-ControlG die Aufgabe, Untersuchungen und Gutachten und Stellungnahmen über die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Elektrizitäts- und Erdgasbereich durchzuführen. Darüber hinaus nimmt die E-Control gem § 21 Abs 3 E-ControlG „die den Regulatoren durch das Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I Nr. 61/2005, eingeräumten Antrags- und Stellungnahmerechte wahr“. Die E-Control maßt sich daher nicht an – wie die Antragstellerin implizit ausführt – selbst mit Bescheid auf Grundlage des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§§ 1, 5 KartG oder Art 101 oder 102 AEUV) vorzugehen. Vielmehr ist die Regulierungsbehörde zur Stellungnahme und Antragstellung vor dem Kartellgericht legitimiert. Korrespondierend damit sind gem § 36 Abs 4 Z 2 KartG 2005 die „*durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren)*“ zur Antragstellung berechtigt. Bei Missbräuchen, die sich durch das GWG abstellen lassen würden, kann jedenfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ein paralleles Verfahren vor dem Kartellgericht geführt werden – dies auch bei teilweiser Überschneidung der Verfahren [OGH, 17.11.2003, 16 Ok 11/03 (“Schnurlostelefon”); VwGH 31.7.2006, ZI 2006/05/0057; *Hoffer*, Kartellgesetz 263 FN 8; *Mayr*, Wettbewerbsregulierung durch Entflechtung 163 f; *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht² 150). Andererseits ist der E-Control die sektorspezifische Wettbewerbsaufsicht zugewiesen und sie ist darüber hinaus berechtigt Marktuntersuchungen durchzuführen.

Zur Erfüllung dieser Aufgaben ist die E-Control gemäß § 34 E-ControlG befugt, in alle Unterlagen von Marktteilnehmern, Netzbetreibern, Speicherunternehmen, Bilanzgruppenverantwortlichen sowie Bilanzgruppenkoordinatoren Einsicht zu nehmen und über alle auf ihre Tätigkeit Bezug habenden Umstände Auskunft zu verlangen. Zudem normiert § 8 GWG, dass Erdgasunternehmen verpflichtet sind, den Behörden, einschließlich der E-Control, jederzeit Einsicht in alle Unterlagen und Aufzeichnungen zu gewähren sowie Auskünfte über alle, den jeweiligen Vollzugsbereich betreffenden Sachverhalt zu erteilen. Diese Pflicht zur Duldung der Einsichtnahme und Erteilung der Auskunft besteht ohne

konkreten Anlassfall auch dann, wenn diese Unterlagen oder Auskünfte zur Klärung oder zur Vorbereitung der Klärung entscheidungsrelevanter Sachverhalte in künftig durchzuführenden Verfahren erforderlich sind. Darüber besteht gem § 10 GWG die Meldepflicht von Erdgaslieferungsverträgen mit einer ein Jahr übersteigenden Laufzeit und einem Umfang von mehr als 250 Mio m³/Jahr.

Die Antragstellerin meint, dass die E-Control nicht befugt wäre, Auskünfte zu verlangen, da der E-Control „quasi durch die „Hintertür“ dieselben Ermittlungsbefugnisse wie der BWB in Bezug auf vermeintliche Kartellrechtsverstöße zukäme[n]“. Dabei übersieht die Antragstellerin, dass § 34 E-Control explizit davon spricht, dass die E-Control „bei Erfüllung ihrer Aufgaben“ befugt ist, in alle Unterlagen Einsicht zu nehmen. Die Überschrift von § 21 E-ControlG lautet „Aufgaben der Regulierungsbehörde“. Auch § 24 Abs 1 E-ControlG spricht von „Aufsichts- und Überwachungsaufgaben“. Es handelt sich somit bei der Wettbewerbsaufsicht sowie bei der Durchführung von Marktuntersuchungen und insb auch beim Antrags- und Stellungnahmerecht bei Kartellgericht um konkrete Aufgaben der E-Control. Erlangt die Regulierungsbehörde etwa Information von einer Wettbewerbswidrigkeit, so hat sie ihr Antragsrecht wahrzunehmen. Eine parallele Zuständigkeit der Regulierungsbehörde zu jenen der allgemeinen Wettbewerbsbehörden (nämlich Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt sowie Kartellgericht) ist somit keineswegs verfassungswidrig (Art 83 Abs 2 B-VG); vielmehr sehen das KartG sowie das E-ControlG eine explizite Zuständigkeit zur Antragstellung nach KartG vor [OGH, 17.11.2003, 16 Ok 11/03 (“Schnurlostelefon”); VwGH 31. 7. 2006, ZI 2006/05/0057]; dies gibt der Regulierungsbehörde auch das Recht, Auskunft zu verlangen. Wie sonst, als durch ein Auskunftsverlangen, könnte E-Control auch praktisch ihrem Gesetzesauftrag, nämlich Marktuntersuchungen durchzuführen oder die Wettbewerbsaufsicht wahrzunehmen, nachkommen?

In VfSlg 16.369/2001 (zu § 83 Abs 2 TKG 1997) stellt der VfGH zwar klar, dass Daten zwar nicht auf Vorrat abgefragt werden dürfen: Dies hindert jedoch den Gesetzgeber nicht daran, Auskunftspflichten vorzusehen, die im Zuge konkreter Verwaltungsverfahren zur Wettbewerbsregulierung sowie sonstiger, gesetzlich vorgesehener wirtschaftsaufsichtsrechtlicher Maßnahmen erforderlich sind oder die ein Anlass sein können, ein derartiges Verwaltungsverfahren von Amts wegen einzuleiten. Sowohl § 21 Abs 2 und Abs 3 sowie § 24 Abs 1 E-ControlG sind als derartige wirtschaftsaufsichtsrechtliche Maßnahmen zu qualifizieren. Die Einsicht in langfristige Gasbezugsverträgen mit Take-or-Pay-Klausel und Ölpreis-Indexierung steht somit im Zusammenhang mit einer gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsaufgabe (nämlich § 21 Abs 3 und § 24 Abs 1 E-ControlG sowie §§ 8 und 10 GWG). Darüber hinaus ist das Auskunftsverlangen auch notwendig, da nur durch Einsicht in derartige Verträge geprüft werden kann, ob die Vertragsklauseln sowohl mit sektorspezifischem (also dem GWG) als auch allgemeinen Wettbewerbsrecht (§§ 1, 5 KartG, Art 101 und 102 AEUV) in Einklang stehen.

Ein Eingriff in das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten iSd § 1 DSG 2000 – wie von der Antragstellerein vermutet – konnte gar nicht mehr vorliegen, da die [REDACTED] bereits

mit Schreiben vom 8. 6. 2011 einige wesentliche Informationen („[...] Bis [REDACTED] lief der gesamte Vertrag auf einer Ölpreisindexierung, wobei es eine [REDACTED] %ige Take-or-Pay-Verpflichtung gab.. [...]“) an die Regulierungsbehörde übermittelt hat. Im Übrigen ist hier noch auszuführen, dass als Prüfungsmaßstab für § 7 Abs 1 DSG 2000 nicht nur eine einzelne konkrete Berechtigung heranzuziehen ist, sondern die Rechtsordnung als Gesamtheit. (*Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG², Anm 5 zu § 7, Anm 13 zu § 1; vgl hierzu auch VfSlg 18.146).

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Rechtsansicht der Antragstellerin, wonach die Verwaltungsstraftatbestände des § 71 Abs 1 Z 2 und Z 3 GWG ins Leere gingen, insofern unrichtig ist, als die Grundlage für das Auskunftsverlangen nicht alleine § 34 E-ControlG ist, sondern vielmehr explizit auch § 8 GWG (vgl dazu das Schreiben der E-Control vom 27. 5.2011).

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig. Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von sechs Wochen ab der Zustellung das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde ist mit der Unterschrift eines Rechtsanwaltes zu versehen und jeweils mit € 220,-- zu vergebühren.

Energie-Control Austria
für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft

Wien, am 15.11.2011

Der Vorstand

DI Walter Boltz
Vorstandsmitglied

Mag. (FH) Martin Graf
Vorstandsmitglied

Für die Richtigkeit der Ausfertigung:

Ergeht als Bescheid an:

[REDACTED]

vertreten durch:

[REDACTED]

per RSb.