



E-CONTROL


V MIS 21/14

PA 408/15







per RSb

B E S C H E I D

Die Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) als zuständige Behörde hat im amtswegig eingeleiteten Verfahren in der Rechtssache  gemäß § 24 Abs 2 und § 24 Abs 1 Z 1, 2 und 3 Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl I 110/2010 idF BGBl I 174/2013 iVm § 9 und § 106 Abs 3 und 4 Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011), BGBl I 107/2011 idF BGBl II 211/2014, sowie § 9 und § 42 Abs 6 Elektrizitätswirtschafts- und organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I 110/2010 idF BGBl I 174/2013 iVm § 38 Abs 1 Z 29 und § 54 Abs 5 NÖ Elektrizitätswesengesetz 2005 (NÖ EIWG 2005) erkannt:

I. Spruch

Der  wird aufgetragen, es ab sofort zu unterlassen,

1.  als Absender auf Selbstableseaufforderungen aufscheinen zu lassen;
2. jeglichen Anschein bei Selbstableseaufforderungen zu erwecken, dass  oder  Vertragspartner sei.

II. Begründung

II.1. Sachverhalt und Beweiswürdigung

Der E-Control war aufgrund einer Kundenbeschwerde zur Kenntnis gelangt, dass Aufforderungen zur Selbstablesung von der [REDACTED] stammen und sich dieser Firmenwortlaut auch auf den Schreiben findet. Die der Kundenbeschwerde zugrundeliegende Abschaltankündigung ist mit 10. November 2014 datiert. Ebenso wird in der Selbstableseaufforderung auf die Internetseite [REDACTED] verwiesen, über die der Zählerstand bekanntgegeben werden kann. Da sich auf dem Schreiben der Hinweis „Die Erfassung von Strom- und Gaszählerständen erfolgt im Auftrag der [REDACTED]“ findet, war davon auszugehen, dass diese Vorgehensweise offensichtlich nicht nur den Strom- sondern auch den Gasbereich betrifft.

Da eine derartige Vorgehensweise aufgrund der Verwechslungsgefahr gegen § 42 Abs 6 EIVOG 2010 iVm § 38 Abs 1 Z 29 und § 54 Abs 5 NÖ EIVG 2005 und § 106 Abs 3 GWG 2011 sowie gegen das Diskriminierungsverbot nach § 9 EIVOG 2010 und § 9 GWG 2011 verstößt, leitete die bescheiderlassende Behörde ein Missbrauchsverfahren gem § 24 E-ControlG ein. Die [REDACTED] (in der Folge: [REDACTED]) wurde mit Schreiben vom 18. Dezember 2014 aufgefordert eine Verpflichtungszusage (gem § 24 Abs 2 E-ControlG) abzugeben, „wonach [REDACTED] den rechtmäßigen Zustand herstellt und es künftig unterlässt,

- [REDACTED] als Absender auf Selbstableseaufforderungen aufscheinen zu lassen;
- jeglichen Anschein zu erwecken, dass [REDACTED] oder [REDACTED] Vertragspartner sei;
- verwechslungsfähige Drucksorten im Corporate Design und/oder mit dem Firmenlogo [REDACTED] zu verwenden.“

Gleichzeitig wurde auf die für die [REDACTED] nachteiligen Rechtsfolgen (§ 24 Abs 2 E-ControlG, Verwaltungsstrafanzeige) hingewiesen.

Am 12. Jänner 2015 langte bei der bescheiderlassenden Behörde eine Stellungnahme der [REDACTED] ein. Darin wird ausgeführt, dass die Selbstableseaufforderungen durch die [REDACTED] durchgeführt würden. Das Vertretungsverhältnis werde dabei „unmissverständlich offengelegt“.

Die [REDACTED] verneinte die Verwechslungsgefahr und bestritt die Zuständigkeit der E-Control.

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf dem schriftlichen Vorbringen der Bescheidadressatin, dem offenen Firmenbuch bzw sind amtsbekannt.

II.2. Rechtliche Beurteilung

Die [REDACTED] ist ein gesellschaftsrechtlich entflochtener Verteilernetzbetreiber gem § 7 Abs 1 Z 76 EIWOG 2010 bzw § 7 Abs 1 Z 72 GWG 2011. Die [REDACTED] ist Lieferant (§ 7 Abs 1 Z 45 EIWOG 2010) bzw Versorger (§ 7 Abs 1 Z 74 EIWOG 2010 bzw § 7 Abs 1 Z 68 GWG 2011) und auf Grund der jeweils 100%igen Konzernzugehörigkeit zur [REDACTED] auch jeweils als Teil eines vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmens (§ 7 Abs 1 Z 78 EIWOG 2010) bzw eines vertikal integrierten Erdgasunternehmens (§ 7 Abs 1 Z 74 GWG 2011) zu qualifizieren.

Gem § 42 Abs 6 EIWOG 2010 iVm § 38 Abs 1 Z 29 und § 54 Abs 5 NÖ EIWG 2005 darf ein Verteilernetzbetreiber, an dessen Netz mindestens 100.000 Kunden angeschlossen sind und der Teil eines vertikal integrierten Unternehmens ist, diesen Umstand nicht zur Verzerrung des Wettbewerbs nutzen. Vertikal integrierte Verteilernetzbetreiber haben in ihrer Kommunikations- und Markenpolitik dafür Sorge zu tragen, dass eine Verwechslung in Bezug auf die eigene Identität der Versorgungssparte des vertikal integrierten Unternehmens ausgeschlossen ist. Das Gleiche normiert § 106 Abs 2 GWG 2011, wobei in Abs 3 darauf abgestellt wird, dass das Netz mehr als 50.000 Hausanschlüsse ausweist.

Die [REDACTED] ist Verteilernetzbetreiber an dessen Netz im Strombereich mehr als 100.000 Kunden angeschlossen sind und deren Netz im Gasbereich mehr als 50.000 Hausanschlüsse aufweist. Daher sind diese Regelungen auf die [REDACTED] anzuwenden.

Netzbetreibern, und somit auch der [REDACTED], ist es ua gem § 9 EIWOG 2010 und § 9 GWG 2011 untersagt, jene Personen, die ihre Anlagen nutzen oder zu nutzen beabsichtigen oder bestimmten Kategorien dieser Personen, insbesondere zugunsten vertikal integrierter Elektrizitäts- bzw Erdgasunternehmen, diskriminierend zu behandeln.

II.2.2. Zuständigkeit

II.2.2.a. Zuständigkeit im Strombereich

§ 42 Abs 6 EIWOG 2010 ist eine Grundsatzbestimmung, die sich auf den Kompetenztatbestand „Elektrizitätswesen“ (Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG) stützt. Die entsprechenden landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen finden sich in § 38 Abs 1 Z 29 und § 54 Abs 5 NÖ EIWG 2005. Dahingegen ist § 24 E-ControlG unmittelbar anwendbares Bundesrecht und stützt sich kompetenzrechtlich auf § 1 E-ControlG.

Die [REDACTED] wendete im Verfahren ein, dass die E-Control nicht für die Überwachung der Einhaltung der Entflechtungsvoraussetzungen im Strombereich zuständig sei, sondern die niederösterreichische Landesregierung.

Dem ist entgegenzuhalten, dass gem § 24 Abs 1 E-ControlG der E-Control ua die Überwachung der Einhaltung aller den Marktteilnehmern durch das EIWOG 2010 und GWG 2011 übertragenen Pflichten (Z 1), die Wettbewerbsaufsicht über die Marktteilnehmer, insbesondere Netzbetreiber, hinsichtlich Gleichbehandlung (Z 2) sowie die Überwachung der Entflechtung (Z 3) obliegt.

Auf unionsrechtlicher Ebene sind die Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörde in Art 37 RL 2009/72/EG aufgeführt. Gem dessen Abs 1 lit b hat die Regulierungsbehörde zu gewährleisten, dass etwa die Verteilernetzbetreiber ihren unionsrechtlichen Verpflichtungen nachkommen. Ebenso hat sie zu gewährleisten, dass Quersubventionen zwischen Verteilungs- und Versorgungstätigkeiten verhindert werden (Abs 1 lit f). Beobachtungsaufgaben können zwar gem Art 37 Abs 2 RL 2009/72/EG auch von anderen Behörden als der Regulierungsbehörde durchgeführt werden. Die Informationen, die aus dieser Beobachtung hervorgehen, müssen der Regulierungsbehörde jedoch so schnell wie möglich zur Verfügung gestellt werden. Die Regulierungsbehörde ist mit den erforderlichen Befugnissen auszustatten, damit sie ihre ua in Abs 1 genannten Aufgaben effizient und schnell erfüllen kann. Der Unionsrechtssetzer geht also erkennbar davon aus, dass lediglich die Regulierungsbehörde in diesem Zusammenhang für die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes zuständig ist (dazu ausführlich *Helmreich*, Entflechtung von Netzbetreibern nach dem 3. Paket, wbl 2011, 355 f).

Auch das EIWOG 2010 stellt erkennbar auf diese Zuständigkeitsverteilung ab, indem § 42 Abs 8 EIWOG 2010 normiert, dass die Landesregierung verpflichtet ist, allfällige Verstöße gegen die in Ausführung der vorstehenden Absätze erlassenen Landesgesetze unverzüglich der Regulierungsbehörde mitzuteilen. Der Ausführungsgesetzgeber hat diesen Grundsatz in § 73 Abs 8 NÖ EIWG 2005 übernommen.

Somit dürfen nur „**Beobachtungsaufgaben**“ von anderen Behörden (etwa der niederösterreichischen Landesregierung) durchgeführt werden, hingegen „**Kernaufgaben**“ – wie die Gewährleistung, dass Verteilernetzbetreiber ihre etwa aus der Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen nachkommen – sind alleine durch die Regulierungsbehörde wahrzunehmen (vgl dazu insbesondere Europäische Kommission, Interpretative Note – The Regulatory Authorities 12 – 15 spricht dabei von „**core duties**“: *„It follows from this provision that [...] the NRA [Anmerkung: national regulatory authority] is granted a general competence – and the resulting obligation – as regards ensuring general compliance with European Union law. [...] Article 37 (1) (b) of the Electricity Directive [...] [is] to be seen as a provision guaranteeing that the NRA has the power to ensure compliance with the entire sector specific regulatory acquis communautaire relevant to the energy market [...]“*. [Hervorhebungen nicht im Original]).

Daraus folgt, dass nach richtlinienkonformer Auslegung, Wortinterpretation (§ 24 Abs 1 Z 2 und 3 E-ControlG) sowie logisch-systematischer Interpretation (insb § 42 Abs 8 EIWOG 2010 bzw § 73 Abs 8 NÖ EIWG 2005) alleine die E-Control für die Überwachung der Einhaltung der Ent-

flechtungsbestimmungen zuständig ist. § 90 Z 1 EIWOG 2010 folgt diesem System: Sofern im Einzelfall nichts anderes bestimmt ist, ist Behörde im Sinne der Grundsatzbestimmungen des EIWOG 2010 die Landesregierung; § 24 E-ControlG ist betreffend der Überwachung der Entflechtung und der Wettbewerbsaufsicht allerdings als ein derartiger Sonderfall zu einzustufen.

Überdies ist die E-Control für die Einhaltung des Diskriminierungsverbots in § 9 EIWOG 2010 (unmittelbares anwendbares Bundesrecht) zuständig (*Helmreich*, Entflechtung von Netzbetreibern nach dem 3. Paket, wbl 2011, 356).

II.2.2.a. Zuständigkeit im Gasbereich

Die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde für die Überwachung der Einhaltung der Entflechtungsbestimmungen im Gasbereich ergibt sich aus § 24 Abs 1 Z 1, 2 und 3 E-ControlG sowie § 106 Abs 2 und 3 GWG 2011 und § 9 GWG 2011 iVm § 148 Abs 1 GWG 2011. Ebenso ist die E-Control für die Überwachung des Diskriminierungsverbots in § 9 GWG 2011 zuständig.

II.2.3. Rechtswidriges Verhalten

II.2.3.a. Verwechslungsgefahr

Gem § 42 Abs 6 EIWOG 2010 iVm § 38 Abs 1 Z 29 und § 54 Abs 5 NÖ EIWG 2005 und § § 106 Abs 2 und 3 GWG 2011 darf ein Verteilernetzbetreiber, der Teil eines vertikal integrierten Unternehmens ist, diesen Umstand nicht zur Verzerrung des Wettbewerbs nutzen. Vertikal integrierte Verteilernetzbetreiber haben in ihrer Kommunikations- und Markenpolitik dafür Sorge zu tragen, dass eine Verwechslung in Bezug auf die eigene Identität der Versorgungssparte des vertikal integrierten Unternehmens ausgeschlossen ist.

Hinsichtlich der Unterscheidungskraft sind nach den Erläuternden Bemerkungen zu § 42 Abs 6 EIWOG 2010 bzw § 106 Abs 3 GWG 2011 die Grundsätze des § 9 UWG und des § 1 MarkenschutzG 1970 anzuwenden. Folgendes ist daher bei der Beurteilung der Unterscheidbarkeit zu beachten: der Grad der Zeichenähnlichkeit, der Grad der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen oder der Grad der Branchenverschiedenheit oder -nähe, die Kennzeichnungskraft (originäre Unterscheidungskraft) des Zeichens sowie ein allfällig gesteigerter Schutzzumfang durch Bekanntheit des Zeichens. Dabei ist jedenfalls immer auf den Gesamteindruck (Firmenname, Marke, Kennzeichen, urheberrechtlich geschütztes Werk, Farbe, Bedeutung, etc) abzustellen. Verwechslungsgefahr liegt somit immer dann vor, wenn der Gebrauch von Kennzeichen, Marken, etc geeignet ist, einen Irrtum über die Zuordnung zu einem bestimmten Unternehmen hervorzurufen; wenn also ein Durchschnittsverbraucher glauben könnte, dass die Dienstleistungen aus demselben Unternehmen stammen. Ob bereits Verwechslungen unterlaufen sind, ist irrelevant. Es kommt auf die Eignung zur Verwechslung an. Die Ähnlichkeit von Kennzeichen, Mar-

ken, etc. kann auf Übereinstimmung im Bild, Sinn oder Klang beruhen (vgl zu all dem EB zu § 42 Abs 6 und 28 Abs 4 EIWOG 2010 sowie § 106 Abs 3 und 112 Abs 4 GWG 2011; weiters ua *Schumacher in Kucsko*, marken.schutz, § 10 Rz 74 ff; Rz 89 ff; *Schmied in Wiebe/Kodek UWG*, § 9 Rz 123, Rz 130 ff).

Im vorliegenden Fall werden nicht nur ähnliche Zeichen, sondern durch Aufdruck von [REDACTED] und die Verwendung des [REDACTED] Logos nicht nur die **komplett gleiche Firmenbezeichnung** sondern auch das gleiche **Logo** verwendet. Das Logo besteht aus einem Schriftzug in [REDACTED] (s folgende Abbildung).



Außerdem wird für die Bekanntgabe des Zählerstandes auf die Internetseite [REDACTED] verwiesen.

Es ist unerheblich, ob die Bezeichnung [REDACTED], also der Konzernmutter, [REDACTED] also der Vertriebstochtergesellschaft (vgl dazu offenes Firmenbuch), oder wie im vorliegenden Fall [REDACTED] Team“ in der Grußformel der Abschaltankündigung abgedruckt ist. [REDACTED] Team“ und die Firma der Vertriebstochtergesellschaft enthalten an der augenfälligsten Stelle des Wortlauts bzw Firmenwortlauts, nämlich am Beginn, die Buchstabenkombination [REDACTED]. Ein Durchschnittsverbraucher stellt nicht auf einen Zusatz bzw Rechtsformzusatz ab; für ihn ist lediglich die in [REDACTED] angegebene Firma [REDACTED] ausschlaggebend. Es ist daher nicht verwunderlich, dass etwa auch das [REDACTED] Logo lediglich aus der Buchstabenkombination [REDACTED] besteht und nicht etwa auch ein Rechtsformzusatz angefügt ist, da dieser für den Durchschnittsverbraucher keine Unterscheidungskraft besitzt.

Aufgrund des Gesamteindrucks kann daher bei einem Durchschnittsverbraucher ein Irrtum über die Zuordnung zu einem bestimmten Unternehmen aufgrund des Aufdrucks von [REDACTED] hervorgerufen werden. Ein Hinweis kann eine Verwechslung iSd § 42 Abs 6 EIWOG 2010 iVm § 38 Abs 1 Z 29 und § 54 Abs 5 NÖ EIWG 2005 sowie § 106 Abs 3 GWG 2011 somit keineswegs ausschließen. Für den Durchschnittsverbraucher kann der Irrtum entstehen, dass er mit der [REDACTED] ein Vertragsverhältnis hätte, da sie als Absender der Selbstablesungsaufforderung auftritt. Tatsächlich besteht sein Vertragsverhältnis zur Netznutzung aber mit der [REDACTED]. Gem § 57 Abs 4 EIWOG 2010 bzw § 77 Abs 4 GWG 2011 ist der Netzbetreiber für die Ablesung der Zählerinrichtung zuständig bzw sind bei einer Selbstablesung durch den Netzbenutzer die Messdaten an den Netzbetreiber zu übermitteln.

II.2.3.a. Diskriminierung

Die Verteilernetze im Elektrizitäts- bzw Erdgassektor sind natürliche Monopole. Eine Duplizierung der Netze ist regelmäßig wirtschaftlich unrentabel. In ihrem Netzgebiet hat die [REDACTED] als Betreiber des Verteilernetzes 100 % Marktanteil und somit eine Monopolstellung.

Aufgrund seiner Monopolstellung ist es Netzbetreibern ua gem § 9 EIWOG 2010 und § 9 GWG 2011 untersagt, jene Personen, die ihre Anlagen nutzen oder zu nutzen beabsichtigen oder bestimmten Kategorien dieser Personen, insbesondere zugunsten vertikal integrierter Elektrizitäts- bzw Erdgasunternehmen, diskriminierend zu behandeln.

Das Diskriminierungsverbot stellt somit das Kernstück des EIWOG 2010 und des GWG 2011 dar und soll einen fairen Wettbewerb gewährleisten. Danach sind sämtliche Verhaltensweisen von Netzbetreibern, die die Struktur des Marktes beeinflussen können und welche die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs oder dessen Entwicklung behindern, verboten. Entscheidend ist somit, dass der Netzbetreiber durch den Einsatz unlauterer Mittel bzw Handlungen, die er aufgrund seiner überragenden Marktstellung einsetzen kann, den Wettbewerb nachteilig beeinflusst (vgl etwa K Oberndorfer in Hauenschild/Micheler/K Oberndorfer/P Oberndorfer/Schneider, EIWOG2 § 9 Rz 3). Ganz generell ist es als Netzbetreibern verboten, den Wettbewerb insofern zu beeinflussen, zB in der Form, dass das im Konzern verbundene Unternehmen bevorzugt wird.

Im vorliegenden Fall diskriminiert [REDACTED] alternative Strom- und Gasversorger dadurch, dass sie als Netzbetreiber die [REDACTED] als Absender auf der Selbstableseaufforderung angibt und dadurch eine Verwechslungsgefahr zwischen dem vertikal integrierten Elektrizitäts- bzw Erdgasunternehmen und dem Netzbetreiber auslöst. Jedes Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr ist eine Diskriminierung alternativer Strom- bzw Gasversorger, weil durch die Anführung des vertikal integrierten Erdgasunternehmens ein Werbeeffect zugunsten dieses Unternehmens ausgelöst wird, der alternativen Strom- bzw Gasversorgern nicht gewährt wird. Durch diese Diskriminierung zu Lasten alternativer Versorger wurde der Wettbewerb nachteilig beeinflusst; [REDACTED] hat das konzernverbundene Unternehmen [REDACTED] durch Anführung des Firmenwortlauts auf der Selbstableseaufforderung bevorzugt und damit gegen das Diskriminierungsverbot gem § 9 EIWOG 2010 bzw § 9 GWG 2011 verstoßen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann gemäß § 7 VwGVG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach erfolgter Zustellung dieses Bescheides bei der Energie-Control Austria einzubringen und hat die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, die belangte Behörde und die Gründe auf die sich die behauptete Rechtswidrigkeit stützt, sowie das Begehren zu enthalten.

Im Falle einer Beschwerde wird ersucht, die Eingabegebühr von EUR 30,- gemäß § 14 TP 6 Abs 5 Z 1 lit b Gebührengesetz (GebG) 1957, BGBl 267/1957 idgF IVm § 2 BuLVwG-EGebV, BGBl II 387/2014, unter Angabe des Verwendungszwecks durch Überweisung auf das entsprechende Konto des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel gem § 1 Abs 3 BuLVwG-EGebV zu entrichten.


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

Wien, am 4. März 2015

Der Vorstand



DI Walter Boltz



DI (FH) Mag.(FH) Martin Graf, MBA

Ergeht als Bescheid an:

[REDACTED]

per RSb.