



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38870
Telefax: (+43 1) 4000 99 38870
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-001/022/1177/2023-123
Energie-Control Austria für die Regulierung
der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft

Wien, 26.3.2024

Geschäftsabteilung: VGW-A

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Dr. Lehner über die Beschwerde der E-Control Austria gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 16.12.2022, Zl. ..., mit dem das Verwaltungsstrafverfahren gegen DI Dr. A. B. wegen einer Übertretung des Art. 5 REMIT iVm § 99 Abs. 4 Z 1 EIWOG gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt wurde,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGGV wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Gang des Verfahrens

Der angefochtene Bescheid bezieht sich auf ein Strafverfahren, das aufgrund eines Antrages der Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) vom 24.3.2022 bei der belangten Behörde eingeleitet wurde.

In diesem „Antrag auf Verhängung der Verwaltungsstrafe“ legte die E-Control ihre Sicht auf das Angebotsverhalten der C. D. (C. D.) rund um den Liefertag 18.4.2021 ausführlich dar:

Der Schriftsatz („Antrag auf Verhängung der Verwaltungsstrafe“) wird mit einer Zusammenfassung eröffnet (I.). Darin wird beschrieben, dass es auf dem Markt für positive Tertiärregelreserve für den Liefertag 18.4.2021 im Rahmen der täglichen Leistungsausschreibung (First Call) zu einer plötzlichen Angebotsreduktion der C. D. in allen Produktscheiben (6 x 4-Stundenprodukte) gekommen sei, welche die Deckung der notwendigen Menge verunmöglichte. In dieser Situation hätten alle abgegebenen Leistungsgebote akzeptiert werden müssen, wodurch auch außergewöhnlich hochpreisige Gebote des Mutterunternehmens der C. D., C. E. (C. E.), bezuschlagt wurden. Alleine dadurch sei es zu erheblichen Kostensteigerungen gekommen. In weiterer Folge habe sich in Österreich ein dauerhaft erhöhtes Preisniveau für positive Tertiärregelleistung etabliert, von dem sowohl die C. D. als auch die C. E. profitiert hätten. Die Marktmanipulation der C. D. sei in Form von falschen bzw. irreführenden Marktsignalen über das Angebot von Tertiärregelleistung begangen worden, die als manipulative Kapazitätsrückhaltung iSd ACER Guidance gewertet werde.

Es folgt ein Kapitel über die Zuständigkeiten der E-Control und des Magistrats der Stadt Wien (Kapitel II.) bevor in Kapitel III. ausführlich auf den Sachverhalt eingegangen wird. Hier wird zuerst das System des Strommarktes, des Netzgleichgewichtes und der Regelreserve allgemein beschrieben (3.1.) bevor in Kapitel 3.2. kurz auf Art. 5 der der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Integrität

und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts (REMIT) eingegangen wird. Dabei werden zwei Arten von Marktmanipulation hervorgehoben, nämlich der Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrags für Energiegroßhandelsprodukte, der bzw. die erstens falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Energiegroßhandelsprodukten, die Nachfrage danach oder ihren Preis gibt oder geben könnte oder zweitens den Preis eines oder mehrerer Energiegroßhandelsprodukte durch eine Person oder mehrere in Absprache handelnde Personen in der Weise beeinflusst oder zu beeinflussen versucht, dass ein künstliches Preisniveau erzielt wird. In der Folge wird auf die Bedeutung der ACER Guidance für die Auslegung der REMIT und auf den Umstand hingewiesen, dass in der ACER Guidance die sogenannte „Kapazitätsrückhaltung“ explizit als Form der Marktmanipulation angeführt wird. Danach wird die manipulative Kapazitätsrückhaltung im Sinne der ACER Guidance näher beschrieben. In Kapitel 3.3. werden die Ermittlungsergebnisse der E-Control dargelegt, indem zuerst allgemeine Feststellungen zum Marktverhalten bei den Ausschreibungen für die positive Tertiärregelreserve für den Liefertag 18.4.2021 getroffen werden, bevor in einem eigenen Kapitel („3.3.1. Kapazitätsrückhaltung durch C. D.“) ausführlich dargestellt wird, wie die C. D. eine Marktmanipulation durch manipulative Kapazitätsrückhaltung vorgenommen habe. In weiteren Kapiteln wird die Rolle des Mutterunternehmens C. E. und deren Marktverhalten für den Liefertag 18.4.2021 („3.3.2. Hochpreisige Gebote durch C. E.“) sowie die Auswirkungen auf den österreichischen Markt („3.3.3. Auswirkungen auf den österreichischen Markt [Preisbeeinflussung]“) beschrieben und ein möglicher Vermögensvorteil berechnet, den C. D. und C. E. durch die angelastete Marktmanipulation erzielt haben könnten („3.3.4. Vermögensvorteil“).

Im Kapitel „IV. Rechtliche Beurteilung“ werden die Rechtsgrundlagen (§ 99 Abs. 4 Z 1 und Art. 103 Abs. 2 EIWOG 2010, Art. 5 und Art. 2 Z 2 lit. a REMIT kurz dargestellt und noch einmal zusammenfassend ausgeführt:

„Die genannten Verträge zur Erbringung von positiver Tertiärregelung sind Transaktionen von Energiegroßhandelsprodukten iSd Art 5 REMIT.

Der marktbeherrschende Marktteilnehmer C. D. hat dem Markt falsche bzw irreführende Signale iSd Art. 2 Z2 lit a (i) REMIT bezüglich des Angebots von

positiver Tertiärregelleistung gegeben, indem C. D. zunächst anhand der üblichen Gebotsmenge den Anschein ausreichenden Angebots erweckte, dann aber die angebotene Menge abrupt und in einem hohen Ausmaß reduzierte, das nicht durch legitime technische, regulatorische und/oder ökonomische Gründe gerechtfertigt war. Folglich wurde ein künstliches Knappheitssignal gegeben, welches für sich bereits ein Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation gem Art 5 REMIT ist.

Darüber hinaus hat C. D. durch das künstliche Knappheitssignal ein artifizielles Preisniveau in Österreich geschaffen bzw verfestigt. Dies ist eine Preisbeeinflussung iSd Art 2 Z2 lit a (ii) REMIT. Auch in Form der Preisbeeinflussung hat C. D. gegen Art 5 REMIT verstoßen.

Mit der Vornahme von rechtswidriger Marktmanipulation durch Kapazitätsrückhaltung hat C. D. somit im Rahmen der Leistungsausschreibung für die Erbringung positiver Tertiärregelleistung am 18.4.2021 (6 x 4-Stunden-Produkte) (jedenfalls) eine Verwaltungsübertretung gem § 99 Abs. 4 Z1 EIWOG 2010 begangen.“

Abschließend wird begründet, weshalb nach Ansicht der E-Control mehrere Verwaltungsübertretungen, nämlich eine für jeden Vier-Stunden-Abschnitt, begangen wurden.

In einem Kapitel „V. Verjährung“ führt die E-Control aus:

„Die Frist für die Verfolgungsverjährung für Verstöße gegen § 99 EIWOG 2010 beträgt ein Jahr (vgl § 31 Abs 1 VStG). Der für diesen Strafantrag relevante Verstoß durch manipulative Kapazitätsrückhaltung für positive Tertiärregelreserve mit Lieferung am 18.04.2021 ereignete sich im Rahmen der Gebotsabgabe der C. D. am 16.04.2021 und befindet sich somit noch innerhalb dieser Jahresfrist.

Der Schriftsatz endet mit den Anträgen (Kapitle VI.) auf Feststellung der Begehung einer Verwaltungsübertretung, auf Verhängung einer angemessenen Verwaltungsstrafe und auf den Ausspruch des Verfalls des erlangten Vermögensvorteils.

Mit Schreiben vom 4.4.2022 forderte die belangte Behörde den Beschuldigten auf, sich zu dem Tatvorwurf bis zum 5.5.2022 zu rechtfertigen oder an diesem Tag zu einer Vernehmung in den Amtsräumen der belangten Behörde zu erscheinen. Dieses Schreiben wurde dem Beschuldigten am 7.4.2022 zugestellt (siehe dazu den mit Schreiben der belangten Behörde vom 11.4.2023 vorgelegten Rückschein, ON 12) und beinhaltete die folgende Tatanlastung:

„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der C. D. mit Sitz in Wien, F., zu verantworten, dass diese Gesellschaft am Markt für positive Tertiärregelleistung für die sechs 4-Stundenprodukte am Liefertag 18. April 2021 durch ein künstliches Knappheitssignal, indem zunächst durch Angebot der üblichen Gebotsmenge am 16.4.2021 der Anschein ausreichenden Angebots erweckt wurde, dann aber die angebotene Menge abrupt und in einem hohen Ausmaß reduziert wurde, das nicht durch legitime technische, regulatorische und/oder ökonomische Gründe gerechtfertigt war, dem Markt falsche bzw. irreführende Signale iSd Art. 2 Z 2 lit a i VO (EU) 1227/2011 (REMIT) bezüglich des Angebots von positiver Tertiärregelleistung gegeben sowie ein künstliches Preisniveau geschaffen und damit im Sinne des Art. 2 Z 2 lit a ii VO (EU) 1227/2011 REMIT den Preis beeinflusst hat.“

Mit Schreiben vom 8.4.2022 gab der Beschuldigte gegenüber der belangten Behörde ein Vertretungsverhältnis bekannt und ersuchte um Übermittlung des Akteninhaltes. Noch am selben Tag übermittelte die belangte Behörde daraufhin die Anzeige der E-Control vom 24.3.2022 inkl. Beilagen an den Vertreter des Beschuldigten (siehe auch dazu das Schreiben der belangten Behörde vom 11.4.2023, ON 12).

Mit Schriftsatz vom 9.6.2022 nahm der Beschuldigte zum Tatvorwurf gegenüber der belangten Behörde ausführlich Stellung. Dazu äußerte sich wiederum die E-Control in einer Stellungnahme vom 1.8.2022 in der der Rechtfertigung des Beschuldigten entgegengetreten wird aber auch klargestellt wird, dass dem Beschuldigten kein kollusives Verhalten zwischen der C. D. und dem Mutterunternehmen C. E. (C. E.) unterstellt worden sei.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 16.12.2022 sah die belangte Behörde hinsichtlich des Strafvorfalles, der auch Inhalt der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 4.4.2022 war, von der Fortführung des Strafverfahrens ab und verfügte dessen Einstellung. Dagegen erhob die E-Control Amtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht Wien. In der Beschwerde wendet die E-Control im Wesentlichen ein, dass die belangte Behörde bei richtiger Anwendung der REMIT nicht zur Erlassung des angefochtenen Bescheids zuständig gewesen wäre, dass die belangte Behörde die von der E-Control vorgebrachten Beweise nicht ausreichend gewürdigt habe und dass das Verhalten des Beschuldigten bei richtiger rechtlicher Beurteilung als verbotene Marktmanipulation zu beurteilen gewesen wäre.

Mit Schreiben vom 19.1.2023 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Verwaltungsgericht Wien vor und verzichtete auf die Erlassung einer Beschwerdeentscheidung sowie auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schreiben vom 14.2.2023 teilte das Verwaltungsgericht Wien dem Beschuldigten und der haftungsbeteiligten Gesellschaft die Erhebung einer Beschwerde gemäß § 10 VwGVG mit und brachte ihnen diese zur Kenntnis.

In einer ersten Stellungnahme vom 2.3.2023 trat der Beschuldigte dem Vorbringen der E-Control in der Beschwerde, wonach die belangte Behörde nicht zur Erlassung des angefochtenen Bescheides zuständig gewesen wäre, entgegen.

Mit Schreiben vom 10.3.2023 ersuchte das Verwaltungsgericht Wien die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie um Übermittlung der gemäß Art. 18 Abs. 2 REMIT an die Kommission zu erstattenden Mitteilung betreffend die Sanktionen, die bei einem Verstoß gegen diese Verordnung zu verhängen sind und die zu ihrer Durchsetzung erforderlichen Maßnahmen.

Mit Schreiben vom 16.3.2023 legte die Bundesministerin die angeforderte Notifikation vor und teilte mit, dass seitens der Kommission nur der Erhalt der Unterlagen bestätigt wurde.

In einer zweiten Stellungnahme vom 17.3.2023 trat der Beschuldigte mit näherer Begründung dem Vorwurf entgegen, dass sein Verhalten als verbotene Marktmanipulation zu betrachten sei.

Mit Schreiben vom 31.3.2023 ersuchte das Verwaltungsgericht Wien die belangte Behörde um genaue Auskunft dazu, wann dem Beschuldigten die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 4.4.2022 zugestellt wurde und ob, wie und wann Aktenteile an den Beschuldigten nach dessen Ersuchen am 8.4.2022 übermittelt wurden.

Mit Schreiben vom 11.4.2023 legte die belangte Behörde den angeforderten Rückschein vor und gab bekannt, dass am 8.4.2022 um 10:31 ein E-Mail an den Vertreter des Beschuldigten übermittelt worden war, welches die Anzeige der E-Control inkl. aller Beilagen enthielt.

Mit Beschluss vom 6.9.2023, Zl. VGW-001/022/1177/2023-13 wurde MMMag. Dr. G. H. gemäß § 52 Abs. 2 AVG iVm § 17 VwGVG zum Sachverständigen bestellt. Der Beschluss wurde allen Verfahrensparteien zugestellt. Zugleich wurde den Parteien die Möglichkeit eingeräumt, den Sachverständigen aus den in § 53 Abs. 1 AVG genannten Gründen abzulehnen.

Nachdem bis 19.9.2023 keine Einwände gegen den Sachverständigen eingelangt waren, wurde der Sachverständige mit Schreiben des Verwaltungsgerichtes vom 19.9.2023 mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens durch die Beantwortung von acht durch das Gericht formulierte Fragen beauftragt. Auch dieser Auftrag wurde den Parteien zur Kenntnis übermittelt.

Mit Schreiben vom 6.10.2023 ersuchte der Beschuldigte von einer Verhandlung knapp vor Weihnachten aufgrund terminlicher Engpässe Abstand zu nehmen, zumal sich der Vertreter des Beschuldigten bis inkl. 19.12.2023 auf einem langen geplanten Auslandsaufenthalt befinde.

Mit Ladungen vom 6.10.2023 wurden die Parteien, der Sachverständige und zwei vom Beschuldigten beantragte Zeugen zur öffentlichen mündlichen Verhandlung

am 20.12.2023 geladen. Zugleich wurde der E-Control und dem Beschuldigten die Vorlage weiterer Unterlagen aufgetragen.

Mit Schreiben vom 15.10.2023 legte der Beschuldigte die angeforderten Unterlagen vor und ergänzte seine Stellungnahme. Auch die E-Control legte die vom Verwaltungsgericht Wien angeforderten Daten mit Schreiben vom 24.10.2023 vor. Die vorgelegten Informationen wurden den übrigen Parteien des Verfahrens und dem Sachverständigen unverzüglich zur Kenntnis gebracht.

Mit E-Mail vom 27.10.2023 wies der Sachverständige gemäß § 25 Abs. 1a GebG darauf hin, dass die zu erwartende Gebühr EUR 2.000,- übersteigen werde. Dies wurde seitens des Verwaltungsgerichtes zur Kenntnis genommen. Zugleich wurde der Sachverständige angewiesen, die Arbeit zur Beantwortung einer ursprünglich aufgetragenen Frage betreffend einen möglichen Vermögensvorteil für den Beschuldigten erst nach Rücksprache mit dem zuständigen Richter aufzunehmen.

Mit Schreiben vom 6.11.2023 legte der Beschuldigte weitere Unterlagen vor. Auch diese wurden allen Beteiligten umgehend zur Kenntnis gebracht.

Mit E-Mail vom 1.12.2023 legte der Sachverständige sein Gutachten vor. Dieses wurde den Parteien des Verfahrens unverzüglich übermittelt.

Am 15.12.2023 nahm der Beschuldigte Einsicht in den Verfahrensakt und erstattete mit Schriftsatz vom selben Tag eine Stellungnahme zum Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen, welche durch eine gutachterliche Stellungnahme eines vom Beschuldigten beigezogenen Sachverständigen ergänzt wurde. Diese Stellungnahme wurde den Verfahrensparteien und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen in Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung zur Kenntnis übermittelt.

Am 20.12.2023 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, zu der der Beschuldigte mit drei Vertretern und dem von ihm beigezogenen Sachverständigen, drei Vertreter der E-Control, der gerichtlich beigezogene Sachverständige und zwei geladene Zeugen erschienen. Die belangte Behörde verzichtete auf eine Teilnahme. In der Verhandlung wurden der

Beschuldigte und die beiden Sachverständigen eingehenden befragt und die Verhandlung abschließend vertagt.

Mit Ladungen vom 21.12.2023 wurden die Parteien, Zeugen und der gerichtlich bestellte Sachverständige zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung am 26.1.2024 geladen.

Mit Schriftsatz vom 19.1.2024 erstattete der Beschuldigte ein ergänzendes Vorbringen, welches allen Verfahrensparteien und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen unverzüglich übermittelt wurde. Die E-Control erstattete daraufhin mit Schriftsatz vom 24.1.2024 eine Stellungnahme zu diesem Vorbringen.

Aufgrund einer Erkrankung des zuständigen Richters musste die für den 26.1.2024 anberaumte Verhandlung kurzfristig auf den 15.2.2024 verlegt werden.

Mit Schriftsatz vom 12.2.2024 erstattete der Beschuldigte eine Replik zur Stellungnahme der E-Control vom 24.1.2024, welcher allen Verfahrensparteien und dem Sachverständigen unverzüglich übermittelt wurde.

Am 15.2.2024 wurde die öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien fortgesetzt. Es erschienen der Beschuldigte mit drei Vertretern, zwei Vertreter der E-Control, der gerichtlich bestellte Sachverständige und zwei geladene Zeugen. Dem vom Beschuldigten beigezogenen Sachverständigen wurde die Teilnahme per Videokonferenz ermöglicht. In der Verhandlung wurden vorwiegend die beiden Sachverständigen sowie einer der Zeugen befragt. Die Verhandlung wurde am Ende des Verhandlungstages erneut vertagt.

Mit Schreiben vom 16.2.2024 ersuchte das Verwaltungsgericht Wien die E-Control um Vorlage einer Liste mit den erzielten Leistungspreisen bei den Auktionen betreffend die positive Tertiärregelreserveenergie für den Zeitraum 1.1.2021 bis 31.12.2021. Mit Schreiben vom selben Tag wurden die Bezirkshauptmannschaften I., der Magistrat der Stadt Wien und die Landespolizeidirektion Wien aufgefordert,

die verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen des Beschuldigten bekannt zu geben.

Am 23.2.2024 hinterlegte die E-Control eine Excel-Datei mit den angeforderten Daten am Cloudspeicher des Verwaltungsgerichtes und erörterte diese mit E-Mail vom selben Tag. Auch diese Informationen wurden allen Verfahrensparteien und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen unverzüglich übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 28.2.2024 erstattete der Beschuldigte eine weitere Stellungnahme, die ebenfalls unverzüglich an alle Verfahrensparteien und den gerichtlich bestellten Sachverständigen verteilt wurde.

Mit Schriftsatz vom 1.3.2024 replizierte die E-Control darauf mit einer Stellungnahme zur weiteren Stellungnahme, welche erneut an alle Verfahrensparteien und den Sachverständigen verteilt wurde.

Am 5.3.2024 wurde die öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien fortgesetzt. Es erschienen der Beschuldigte mit drei Vertretern, drei Vertreter der E-Control, der gerichtlich bestellte Sachverständige und ein geladener Zeuge. Dem vom Beschuldigten beigezogenen Sachverständigen wurde erneut die Teilnahme per Videokonferenz ermöglicht. In der Verhandlung wurden vorwiegend die beiden Sachverständigen sowie einer der Zeugen befragt. Die Verhandlung wurde am Ende des Verhandlungstages erneut vertagt.

Mit Schriftsatz vom 6.3.2024 erstattete die E-Control ein weiteres ergänzendes Vorbringen, das nicht nur dem Verwaltungsgericht Wien, sondern auch den übrigen Verfahrensparteien übermittelt wurde.

Der Beschuldigte replizierte darauf mit Schriftsatz vom 11.3.2024, der ebenfalls an alle Verfahrensbeteiligte verteilt wurde. Mit E-Mail vom 12.3.2024 legte der Beschuldigte ergänzend eine Beilage zum Schriftsatz vom 11.3.2024 vor.

Am 12.3.2024 wurde die öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien fortgesetzt. Der Beschuldigte war durch zwei Vertreter

repräsentiert, die E-Control durch drei Vertreter. Weiters erschienen der gerichtlich bestellte Sachverständige persönlich, sowie der vom Beschuldigten beigezogene Sachverständige per Videokonferenz. Die Verhandlung wurde nach einigen Stunden erneut vertagt, nachdem die E-Control darum ersucht hatte, zu einem späteren Zeitpunkt ein weiteres Sachverhaltsvorbringen erstatten zu können, dessen Notwendigkeit sich aus der Verhandlung ergeben hatte.

Mit Schriftsatz vom 14.3.2024 erstattet die E-Control das angekündigte weitere Vorbringen und brachte dieses auch den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis.

Mit Schriftsatz vom 18.3.2024 replizierte der Beschuldigte auf dieses Vorbringen. Auch diese Replik wurde den Verfahrensbeteiligten übermittelt.

Am 20.3.2024 wurde die öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien fortgesetzt. Es erschienen der Beschuldigte mit drei Vertretern, drei Vertreter der E-Control und der gerichtlich bestellte Sachverständige. Dem vom Beschuldigten beigezogenen Sachverständigen wurde erneut die Teilnahme per Videokonferenz ermöglicht. In der Verhandlung wurden vorwiegend das zuletzt erstattete Vorbringen der Parteien erörtert. Nachdem die Parteien angaben, kein weiteres Vorbringen zu erstatten und keine weiteren Fragen zu haben, wurde das Beweisverfahren geschlossen. Die Parteien verzichteten auch auf die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung und auf die mündliche Verkündung der Entscheidung.

II. Sachverhalt

Der Aufbau des Strommarktes ist von den grundsätzlichen Eigenschaften von Strom als netzgebundenes und nicht-lagerbares Gut gekennzeichnet. Dementsprechend ist stets ein Gleichgewicht zwischen Erzeugung und Verbrauch im Stromnetz zu gewährleisten, um die stabile und sichere Stromversorgung zu sichern.

Der Regelzonenführer ist für den Ausgleich zwischen Erzeugung und Bedarf bzw. für die Frequenzhaltung zuständig. Zur Erfüllung dieser Aufgaben benötigt der

Regelzonenführer Regelreserve, die für einen sicheren und zuverlässigen Betrieb des Netzes unerlässlich ist. Als Regelzonenführer ist die Austrian Power Grid AG (APG) festgelegt.

Dabei werden drei Regelreservearten unterschieden, die in zeitlich gestaffelter Reihenfolge aktiviert werden können. Diese werden als Primärregelreserve, als Sekundärregelreserve und als Tertiärregelreserve bezeichnet.

Anhand der Primärregelreserve werden durch Frequenzmessungen detektierte Ungleichgewichte zwischen Erzeugung und Verbrauch innerhalb weniger Sekunden automatisch durch entsprechende Aktivierung kompensiert. Die hierfür eingesetzten Anlagen müssen bidirektional einsetzbar sein, sie müssen also sowohl Überschüsse als auch Defizite ausgleichen können. Die in Österreich durch den Regelzonenführer vorzuhaltende Primärregelreserve beträgt etwa 70 Megawatt (MW).

Zur Entlastung der Primärregelreserve erfolgt bei andauernden Ungleichgewichten die Aktivierung der Sekundärregelreserve innerhalb von maximal fünf Minuten. Auch bei der Sekundärregelreserve handelt es sich um einen automatischen Regelungsprozess, welcher aber zwischen positiver und negativer Regelleistung unterscheidet. In positiver und negativer Richtung werden für die österreichische Regelzone jeweils 200 MW benötigt.

Als letzte Reserve wird schließlich bei weiter andauernden Ungleichgewichten die manuelle (nicht-automatisierte) Tertiärregelreserve durch den Regelzonenführer APG aktiviert. Dies geschieht, um zu vermeiden, dass die Sekundärregelreserve aufgebraucht wäre und somit nicht mehr für neuerliche oder zusätzliche Ungleichgewichte zur Verfügung stehen würde. Im Falle von größeren Ungleichgewichten wird die Tertiärregelreserve auch zur Ergänzung der Sekundärregelreserve verwendet. In Österreich werden hierfür Anlagen im Ausmaß von 280 MW in positiver Richtung, sowie 195 MW in negativer Richtung vertraglich für die Vorhaltung von Tertiärregelreserve verpflichtet.

Die für die Regelreservearten notwendigen Mengen werden in einem marktbasieren Beschaffungsprozess durch den Regelzonenführer APG unter

Vertrag genommen. Jede Form der Regelreserve wird in einem eigenen Vergabeverfahren beschafft (Primärregelreserve-, Sekundärregelreserve- und Tertiärregelreservemarkt). An der Vergabe dürfen nur Betreiber von Anlagen teilnehmen, die alle technischen und organisatorischen Voraussetzungen für die jeweilige Regelreserveart erfüllen und damit für diesen Markt seitens der APG präqualifiziert wurden.

Für die vorliegende Rechtssache ist der Markt für die positive Tertiärregelreserve maßgeblich. Auf diesem Markt fand im Jahr 2021 täglich eine Leistungsausschreibung statt. Der Angebotszeitraum endete jeweils um 8:00 Uhr für die Primärregelreserve des Folgetages, um 9:00 Uhr für die Sekundärregelreserve des Folgetages und um 10:00 Uhr für die Tertiärregelreserve des Folgetages. Bis dahin konnten Betreiber von präqualifizierten Anlagen Gebote abgeben, die die angebotene Menge und den für die Vorhaltung verlangten Leistungspreis beinhalteten. Dabei wurde nicht die Tertiärregelreserve für den gesamten Tag in einer Tranche vergeben, sondern aufgeteilt in sechs Ausschreibungsprodukte („Produktscheiben“), die jeweils einen Vier-Stunden-Abschnitt umfassten (0:00 - 4:00 Uhr; 4:00 – 8:00 Uhr; 8:00 – 12:00 Uhr; 12:00 bis 16:00 Uhr; 16:00 bis 20:00 Uhr; 20:00 – 24:00 Uhr). Die abgegebenen Gebote wurden für jedes Ausschreibungsprodukt nach Ende des Angebotszeitraumes von der APG preislich aufsteigend gereiht und die günstigsten Gebote bis zur Erreichung des mit 280 MW definierten Bedarfs wurden akzeptiert.

Ein Marktteilnehmer dessen Gebot akzeptiert wurde, war verpflichtet, die gebotene Menge für den gebotenen Zeitraum (je nach Ausschreibungsprodukt) für den sofortigen Abruf ständig und vollständig vorzuhalten. Diese Energievorhaltung wurde dem Marktteilnehmer in Höhe des jeweiligen Angebotspreises abgegolten (Pay-As-Bid-Verfahren). Die Reihenfolge des tatsächlichen Abrufs von Tertiärregelenergie, wenn ein solcher notwendig war, ergab sich aus einem der Leistungsausschreibung nachgelagerten Vergabeverfahren, der sogenannten Energieausschreibung. An dieser hatten alle Marktteilnehmer, deren Angebote in der Leistungsausschreibung akzeptiert wurden, im Umfang der akzeptierten Leistungsmenge teilzunehmen. Der Energiepreis, also jener Preis zu der die abgerufene Energie nicht nur bereitgehalten, sondern auch geliefert wurde, konnte dabei neu festgelegt werden und war wiederum maßgeblich für die Reihung der

Angebote zum Abruf, wobei am Markt für die positive Tertiärregelreserve das Angebot mit dem niedrigsten Energiepreis zuerst zum Zug kam.

Die C. D. bot für die Leistungsausschreibung für alle sechs 4-Stunden-Pakete (0:00 - 4:00 Uhr; 4:00 – 8:00 Uhr; 8:00 – 12:00 Uhr; 12:00 bis 16:00 Uhr; 16:00 bis 20:00 Uhr; 20:00 – 24:00 Uhr) der positiven Tertiärregelreserve für die Liefertage von 1.4.2021 bis 17.4.2021 jeweils 280 MW. Die von der C. D. gebotene Leistungsmenge war also so hoch, dass der Bedarf für die positive Tertiärregelreserve alleine mit Angeboten der C. D. hätte gedeckt werden können. Die insgesamt angebotenen Kapazitäten lagen in dieser Zeit je 4-Stunden-Paket zwischen 411 MW und 562 MW. Die von der C. D. angebotenen Kapazitäten machten in diesem Zeitraum zwischen 50 und 68 Prozent der insgesamt angebotenen Kapazitäten aus.

Die C. D. bot für die Leistungsausschreibung für alle 4-Stunden-Pakete der positiven Tertiärregelreserve für den Liefertag 18.4.2021 jeweils 100 MW. Für keinen 4-Stunden-Abschnitt wurde die insgesamt notwendige Tertiärregelreservekapazität von 280 MW je Abschnitt erreicht. Dies hatte zur Folge, dass entsprechend den von der APG festgelegten Modalitäten für Regelreserveanbieter in Österreich alle Angebote von der APG und so auch jene, die zu extrem hohen Leistungspreisen angeboten wurden, angenommen werden mussten und ein Second Call organisiert wurde. Dabei wurde für jedes Ausschreibungsprodukt die Differenz zwischen der Gesamtmenge der im First Call akzeptierten Leistungsmenge und dem notwendigen Bedarf (280 MW) erneut ausgeschrieben. Im Second Call bot die C. D. für jeden der sechs 4-Stunden-Abschnitte Leistungskapazitäten in genau jenem Ausmaß, das nach dem First Call zum Erreichen der notwendigen Reservekapazität in Höhe von 280 MW notwendig war (44 MW für den ersten 4-Stunden-Abschnitt und jeweils 5 MW für die übrigen Abschnitte).

Für die darauffolgenden Tage von 19.4.2021 bis 12.5.2021 bot die C. D. für die Leistungsausschreibung für alle 4-Stunden-Pakete der positiven Tertiärregelreserve jeweils 150 MW, für die Tage von 13.5.2021 bis 22.6.2021 jeweils 200 MW, für die Tage 23. und 24.6.2021 jeweils 220 MW und ab 25.6.2021 jeweils 280 MW.

Die Preise für die Tertiärregelreserve lagen ab der Leistungsausschreibung für den 18.4.2021 erheblich über dem davor etablierten Preisniveau. So variierte der tägliche mengengewichtete Durchschnittspreis in der Zeit von 1.1.2021 bis 17.4.2021 je nach Ausschreibungsprodukt in den folgenden Bereichen: 0:00 - 4:00 Uhr: EUR 0,02-1,61/MWh; 4:00 – 8:00 Uhr: EUR 0,08 – 3,51/MWh; 8:00 – 12:00 Uhr: EUR 0,16 – 19,62/MWh; 12:00 bis 16:00 Uhr: EUR 0,05 – 6,19/MWh; 16:00 bis 20:00 Uhr: EUR 0,39-16,36/MWh; 20:00 – 24:00 Uhr: EUR 0,03 – 4,34/MWh. Demgegenüber variierte der tägliche mengengewichtete Durchschnittspreis in der Zeit von 19.4.2021 bis 31.7.2021 je nach Ausschreibungsprodukt in den folgenden Bereichen: 0:00 - 4:00 Uhr: EUR 1,82-12,32/MWh; 4:00 – 8:00 Uhr: EUR 2,62 – 18,10/MWh; 8:00 – 12:00 Uhr: EUR 5,13 – 48,45/MWh; 12:00 bis 16:00 Uhr: EUR 3,69 – 35,43/MWh; 16:00 bis 20:00 Uhr: EUR 4,98-63,91/MWh; 20:00 – 24:00 Uhr: EUR 5,16 – 49,81/MWh.

Grundsätzlich hing das Angebotsverhalten der C. D. am Tertiärregelenergiemarkt von den folgenden Umständen ab.

Die Vermarktungsstrategie des C. war so aufgebaut, dass etwa 80% der aufgrund langjähriger Erfahrung zu erwartende Energieleistung langfristig am Forward Market (Terminmarkt) verkauft wurde. Die voraussichtlich übrigen 20% wurden kurzfristig über den Spotmarkt und die Regelreserveenergiemärkte vermarktet. Dabei hatte eine Vermarktung über die Regelreserveenergiemärkte für das Unternehmen den Vorteil, dass im Fall, dass die kontrahierte Energie nicht tatsächlich abgerufen wurde, da es für die Regelung der Netzstabilität nicht notwendig war, die Optionsprämie für das Bereithalten der Leistung lukriert werden konnte (Leistungspreis), ohne tatsächlich Energie liefern zu müssen. Für den Fall dass die bereitgehaltene Energie tatsächlich abgerufen wurde, wurde dies zusätzliche mit dem Energiepreis abgegolten. Die Ertragschancen bei einer Vermarktung der Energie über die Regelreserveenergiemärkte waren also höher als bei einer Vermarktung über den Spotmarkt. Aus diesem Grund war die C. D. grundsätzlich bestrebt, für jeden 4-Stunden-Abschnitt in jedem der drei Regelreserveenergiemärkte so viel Regelreserveenergie anzubieten, wie für die österreichische Regelzone benötigt wurde (70 MW pro 4-Stunden-Abschnitt in der positiven Primärregelreserve, 200 MW pro 4-Stunden-Abschnitt in der positiven

Sekundärregelreserve und 280 MW pro 4-Stunden-Abschnitt in der positiven Tertiärregelreserve), sodass alleine mit den Angeboten der C. D. die gesamte benötigte Regelreserveenergie abgedeckt werden könnte. Zugleich brachte eine Vermarktung auf den Regelreserveenergiemärkten den Nachteil mit sich, dass die kontrahierten Leistungsmengen für die vereinbarte Zeit zum sofortigen Abruf bereitgehalten werden mussten, sodass diese Leistungsmengen nicht anderweitig (also am Spotmarkt) vermarktet, bzw. die Anlagen zum überwiegenden Teil auch nicht zum Pumpbetrieb genutzt werden konnten, um zusätzliche Leistungskapazitäten für einen späteren Zeitpunkt zu schaffen (siehe dazu weiter unten).

Die gesamte nicht über die Regelreserveenergiemärkte vermarktete potentielle Energie, die sich in den Speichern befand, wurde grundsätzlich über den Spotmarkt angeboten. Dabei war aus Sicht der C. D. möglichst sicherzustellen, dass die Speicher(wasser)kraftwerke nie völlig leerliefen, da diese praktisch die einzige Möglichkeit darstellen, Strom physisch zu speichern und damit kurzfristig auftretende extreme Mangelsituationen am Spotmarkt auszugleichen. Dies bedeutete auch, dass in Phasen in denen Speicherseen fast geleert waren, ein besonderes Augenmerk darauf gelegt wurde, Zeiten in denen vorübergehend genug elektrische Energie vorhanden war (etwa weil andere Erzeugungsmöglichkeiten durch Wind- oder Solarkraftwerke zur Verfügung standen oder weil der Verbrauch niedriger war) für den Einsatz von Pumpen zu nutzen, die Wasser aus den Mittelbecken der Speicherkraftwerke in die Kopfbecken transportierten, um so die später abrufbare Energiemenge zu erhöhen. Während Pumpen in Betrieb waren, war aber bei den meisten Anlagen weder die Erzeugung von Strom möglich noch konnte von einer im Pumpbetrieb befindlichen Anlage Energie für die Regelreserve bereitgestellt werden, da die Umschaltung von Pump- auf Turbinenbetrieb länger dauerte als für die Bereitstellung von Tertiärregelreserve erlaubt war. Dies hatte zur Folge, dass in Zeiten in denen Pumpbetrieb aus Sicht der C. D. notwendig war, die Kapazität, die für die Regelreserve angeboten wurde, geringer war.

Vereinzelte kam es dementsprechend vor, dass die C. D. das angestrebte Ziel eines „Vollangebotes“ auf allen Regelreserveenergiemärkten nicht erbringen konnte. Dabei ist auch zu beachten, dass das gesamte Angebot der C. D. für die

Regelreserve (Primär-, Sekundär- und Tertiärregelreserve) aus einem Regelreservepool erbracht wurde. Die Angebote der C. D. auf den Regelreservemärkten waren also zum Teil voneinander abhängig. Für die Zuordnung der einzelnen Angebote auf die Regelreserveenergiemärkte und den Spotmarkt, wurde zuerst in einem mehrstufigen Verfahren die voraussichtlich insgesamt zur Verfügung stehende Angebotsmenge ermittelt (abhängig von Nichtverfügbarkeiten, Prognosen, Wasserführung, Entwicklung der Speicherinhalte, maschinenspezifische Parameter, Einspeisebeschränkungen von Netzbetreibern, bereits ausgesprochenes Engpassmanagement, geplante Vermarktungsmengen, bereits kontrahierte Verpflichtungen etc.). Dafür wurde aufgrund der Zuflussprognosen an der Donau und Drau die mögliche Angebotsmenge aus den dortigen Laufkraftwerken für die Primärregelreserve festgelegt. Der in den Laufkraftwerken erzeugte Strom konnte günstiger angeboten werden, da der Aufwand für die Erzeugung geringer war. Die Reservegruppe „Speicherkraftwerke“ konnte für alle drei Regelreservegruppen herangezogen werden, wobei zuerst das Angebot für die technisch anspruchsvollere Primärregelreserve bestimmt wurde, dann jenes für die Sekundärregelreserve und zuletzt das für die Tertiärregelreserve. Eine „doppelte Vermarktung“ von Kraftwerksleistung war nicht zulässig. Da der Primärregelreserve zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit die größte Bedeutung zukam, gefolgt von der Sekundärregelreserve und der Tertiärregelreserve, wurden Angebotseinschränkungen in Situationen der Energieknappheit zuerst bei der Tertiärregelenergie, dann bei der Sekundärregelenergie und zuletzt bei der Primärregelenergie vorgenommen, wobei zugleich versucht wurde, für alle drei Regelreserveenergiearten ein Mindestangebot bereitzustellen.

Die von der C. D. vermarkteten Speicherkraftwerke sind Jahresspeicher, deren Füllgrad von der Jahreszeit abhängig ist. Die Speicher werden über den Sommer durch die Schneeschmelze gefüllt, erreichen im Herbst den höchsten Füllstand und werden über den Winter (mangels natürlichen Zulaufs) geleert. Temperatur- und Wetterentwicklung haben maßgeblichen Einfluss auf den Füllstand. Dazu kommt, dass bei vielen Anlagen auch ein Pumpbetrieb zwischen Mittelbecken und Kopfbecken möglich ist, um das Potential einer späteren Energieerzeugung zu erhöhen.

Es war also möglich, dass aufgrund niedriger Pegelstände der Drauf und der Donau bzw. in den Speicherseen der Speicherkraftwerke zu manchen Zeiten nicht genug Energie erzeugt werden konnte, um aus der eigenen Erzeugung die bereits langfristig eingegangenen Verpflichtungen am Terminmarkt einzuhalten, zugleich ein Vollangebot in allen Zeitabschnitten aller Regelreserveenergiemärkte zu legen und ein bestimmtes Mindestangebot zur Abfederung von extremen Stromknappheiten am Spotmarkt zu halten. Zur Befriedigung der (langfristig) am Terminmarkt verkauften Kapazitäten konnte die C. D. auch Energie am Day-Ahead (also für den folgenden Tag) oder Intraday-Markt (also noch für den laufenden Tag) zukaufen. Dies konnte – je nach Marktsituation – betriebswirtschaftlich günstiger sein, als Energie mit den eigenen Speicherkraftwerken zu erzeugen.

Die kurzfristige Einschätzung hinsichtlich der zur Vermarktung verfügbaren Mengen und die Einsatzplanung der Kraftwerke erfolgte durch einen Einsatzoptimierer der C. D. unter Zuhilfenahme verschiedener IT-gesteuerter Modelle (Optimierungsmodelle, Preisprognosemodelle, Zuflussprognosemodelle). Diese Mengen wurden jeden Tag im Rahmen einer operativen Abstimmungsrunde für die nächsten beiden Tage festgelegt (außer an Wochenenden). Die Angebote für die Regelreservemärkte wurden dabei jeweils für den übernächsten Tag (D-2) geplant und in das System der APG übertragen, da aufgrund der großen Zahl von Angeboten für alle Ausschreibungsprodukte auf allen (positiven und negativen) Regelreserveenergiemärkten bis zum Ende der Angebotsfrist am frühen Vormittag D-1 eine spätere Festlegung und Übermittlung aus Sicht der C. D. mit zu hohem Risiko verbunden gewesen wäre. Die Auktion und die Zuschläge erfolgten jeweils am Tag vor jenem Tag (D-1) für den die Regelreserve vergeben wurde (D).

Bei der Festsetzung der Preise, zu denen die C. D. Energie auf den Regelenergiemärkten anbot, orientierte sich das Unternehmen grundsätzlich an den Vorschlägen eines Algorithmus, der eine Preisgestaltung anhand des Wasserwertes vorsah, der wiederum maßgeblich von den Preisen am Spot- und am Terminmarkt abhängig war. Das System war aufgrund der besonderen Stellung, die die C. D. am österreichischen Regelenergiemarkt einnahm, so ausgerichtet, dass stets nur auf bestehende Marktentwicklungen reagiert wurde, sodass der festgesetzte Preis der Marktentwicklung folgte und nicht eine

Entwicklung antrieb. Nur in Sondersituationen wurden die Preise der Angebote für die Regelreserveenergiemärkte durch Trader direkt beeinflusst.

Das Angebotsverhalten der C. D. am 17. und 18.4.2021 am positiven Tertiärregelreserveenergiemarkt gründete sich auf die folgenden Umstände:

Im Jahr 2021 sollten die Speicher so bewirtschaftet werden, dass Mitte April / Anfang Mai die geringsten Füllstände in den Speichern erreicht würden, um die danach einsetzende Schneeschmelze optimal nutzen zu können. Jänner und Februar waren überdurchschnittlich trocken, im März wurde es sehr mild, sodass eine baldige Schneeschmelze zu erwarten war. Dies führte dazu, dass die Spotmarktpreise im Februar und März von den Berechnungsmodellen für relativ hoch eingeschätzt wurden und erwartet wurde, dass diese im April (mit einsetzen der Schneeschmelze und dem damit einhergehenden größeren Angebot) sinken würden. Tatsächlich kam es im März zu einem Kälteeinbruch, der bis April anhielt. Dadurch kam es zu einem unerwarteten Preisanstieg am Spotmarkt und der mittlere Wasserwert in den Speicherkraftwerken stieg dementsprechend. Mitte April war keine Veränderung der meteorologischen Situation abzusehen. Der Speicherstand war am Freitag, den 16.4.2021, bereits extrem niedrig (Netto 100,8 GWh) und erreichte am Samstag, den 17.4.2021, den tiefsten Stand seit 2003.

Die Inhalte der Wasserspeicher wurden von den Marktteilnehmern kontinuierlich an eine Transparenzplattform (<https://transparency.entsoe.eu/>) gemeldet und in der Folge auch zeitnah veröffentlicht. Die so veröffentlichten Wasserstände der Speicher signalisierten unmissverständlich eine ernste und sich verschärfende Knappheitssituation bereits ab Mitte/Ende März.

Am 15.4.2021 kam es entsprechend dem oben beschriebenen Prozedere zur Festlegung der Angebotsmengen und der Festlegung der Preise für die Auktionen der Regelreservemärkte für den Liefertag 17.4.2021 (Samstag). Dabei waren die extrem niedrigen Wasserstände und die Vermarktungsstrategie des C. zu beachten, wonach dieser 80% der erwartbar erzeugbaren Energie im Vorhinein am Terminmarkt verkauft hatte. Bei ungewöhnlich niedriger Wasserführung und niedrigen Speicherfüllständen konnte der C. gezwungen sein, bereits verkaufte Energie am Spotmarkt zurückkaufen zu müssen, sollte die verkaufte Menge nicht

kurzfristig über die eigenen Speicherkraftwerke bedient werden können. Bei der Festlegung der Angebote für die Regelreservemärkte war daher auch eine Risikoabwägung von Preisspitzen am Spotmarkt gegen Vermarktungschancen auf den Regelreservemärkten vorzunehmen.

Am 15.4.2021 wurden daher für die folgenden Tage eine Anpassung der Wasserwerte für die Vermarktung der Speicher, eine Intensivierung des Pumpwälzbetriebes und eine Reduktion der Angebotsmenge für die Regelreserve beschlossen.

Der Pumpbetrieb am Wochenende erschien besonders wichtig, da aufgrund der besonders niedrigen Speicherstände über das Wochenende, wo erfahrungsgemäß der Strombedarf niedriger war, Vorsorge für die nächsten Tage getroffen werden sollte. Der Pumpbetrieb war aber nur an den Oberstufen (zwischen Kopfbecken und Mittelbecken) und dort auch nur dann möglich, wenn die Anlagen nicht für die Vorhaltung von Regelenergie reserviert waren. Da ein Umschalten der Anlagen von Pumpbetrieb auf Turbinenbetrieb im Falle eines Abrufs von Regelenergie nicht in der dafür maximal vorgesehenen Zeit möglich war, war ein Pumpbetrieb mit den für die Vorhaltung von Regelenergie vorgesehenen Anlagen nicht möglich. Der Turbinenbetrieb an den Hauptstufen sollte tunlichst vermieden werden, da dabei das Wasser aus den Mittelbecken dauerhaft über den Ablauf abgeflossen wäre und nicht mehr für die spätere Stromerzeugung in höhere Becken gepumpt hätte werden können. Es sollte außerdem für die ersten Tage der neuen Woche durch entsprechende Speicherstände ein bestimmtes Maß an Flexibilität für Aktivitäten am Spotmarkt erreicht werden.

Hinsichtlich der Angebote für die Regelreserve wurde am 15.4.2021 entschieden für den Liefertag 17.4.2021 (Samstag) nur (je) maximal 180 MW für die positive Sekundär- und Tertiärregelreserve zu bieten. Am 16.4.2021 wurde (vom Einsatzoptimierer in Abstimmung mit dem Beschuldigten) aufgrund der weiteren Anspannung der Lage entschieden für den Liefertag 18.4.2021 (Sonntag) nur je 100 MW für die positive Sekundär- und Tertiärregelreserve freizugeben. Die Erstellung und Übermittlung der Gebote an die APG erfolgte entsprechend dem oben beschriebenen Standardprozedere der C. D. zwei Tage vor dem Liefertag (D-2), also am 15.4.2021 für den Liefertag 17.4.2021 und am 16.4.2021 für den

Liefertag 18.4.2021. Aufgrund eines Softwarefehlers wurden der unternehmensinterne Beschluss zu den reduzierten Mengen für den Liefertag 17.4.2021 aber nicht umgesetzt, sodass am 15.4.2021 noch Angebote im Ausmaß von 280 MW für die positive Tertiärregelreserve am Liefertag 17.4.2021 abgegeben wurden. Am 16.4.2021 (Freitag) wurde der Fehler im Zuge der Analyse der bereits erfolgten Auktion für den Liefertag 17.4.2021 erkannt und die Angebote für den Liefertag 18.4.2021 durch manuelle Eingabe durch den diensthabenden Regelreservetrader der C. D. insofern korrigiert, als dass für Sonntag wie geplant und am Tag davor beschlossen je 100 MW pro Zeitabschnitt für die Tertiärregelreserve geboten wurden.

Die Regelreserve-Ausschreibungen erfolgten zeitversetzt. Das Ergebnis der Leistungsausschreibung für die Sekundärregelreserve für den Liefertag 18.4.2021 wurde am 17.4.2021 bis spätestens 9:30 Uhr veröffentlicht. Angebote für die Leistungsausschreibung der Tertiärregelreserve konnten bis 10:00 Uhr abgegeben werden. Um 10:15 Uhr informierte die APG am 17.4.2021 die Marktteilnehmer über die Unterdeckung im Bereich der positiven Tertiärregelreserve. Zugleich wurde die Möglichkeit zur Angebotsabgabe in einem Second Call zwischen 11:00 Uhr und 11:30 Uhr angekündigt. Die Angebote der C. D. für den Second Call wurden um 11:02 hinterlegt.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht war es für die C. D. legitim in einer Situation der zunehmenden Knappheit und Unsicherheit, wie sie bereits ab Mitte/Ende März 2021 für alle Marktteilnehmer absehbar war, ihr Angebot am Markt für positive Tertiärregelleistung zu reduzieren, zumal die dort eingegangenen Vorhalte- und Lieferverpflichtungen unter allen Umständen jederzeit sicher erfüllt werden mussten. Dass die Angebotsmengen bis zum Liefertag 17.4.2021 unverändert hoch belassen wurden, war aus betriebswirtschaftlicher Sicht rational und konnte bei den übrigen Marktteilnehmern auch keinen falschen Anschein eines übermäßigen Angebots erwecken, da die Speicherstände allen Marktteilnehmern aufgrund der Meldungen an die Transparenzplattform bekannt waren. Vorausschauende Marktteilnehmer hätten die kritische Knappheitssituation bei den Speicherständen aus den öffentlichen Daten selbständig antizipieren und ihre Marktstrategien entsprechend rechtzeitig anpassen können.

Auch das Ausmaß der Reduktion der Angebote für die positive Tertiärregelreserve auf 100 MW für den Liefertag 18.4.2021 ist technisch und betriebswirtschaftlich begründet.

Dass die C. D. bereits für den darauffolgenden Liefertag 19.4.2021 die Angebotsmenge wieder auf 150 MW erhöhte, ist damit erklärbar, dass die Speicherstände in den Speicherkraftwerken durch den Pumpbetrieb über das Wochenende leicht erhöht wurden und dem Pumpbetrieb am Montag, dem 19.4.2021 nicht mehr so große Priorität zugemessen wurde, wie noch am Sonntag, dem 18.4.2021.

Die C. D. änderte im Anschluss an die Vorgänge rund um das Wochenende des 17. und 18.4.2021 ihre Vermarktungsstrategie auf den Regelreservemärkten insoweit, als abweichend von den Monaten davor, ein „Vollangebot“ an diesen Märkten nicht mehr priorisiert wurde. Vielmehr wurden die Angebotsmengen erst langsam und im Einklang mit den steigenden Pegelständen in den Speicherseen wieder erhöht. Die Erhöhung der Marktpreise steht im Einklang mit dieser Herabsetzung der Angebotsmenge durch einen wesentlichen Marktteilnehmer, was dazu führte, dass auch tendenziell höherpreisige Angebote angenommen werden mussten.

III. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Funktion der Regelreserve und zur Ausgestaltung des Marktes für Regelenergie im Allgemeinen und der Tertiärregelenergie im Speziellen ergeben sich aus dem insoweit unbestrittenen Vorbringen der E-Control im Antrag auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe vom 24.3.2022 und den beigelegten zum angelasteten Tatzeitpunkt maßgeblichen „Modalitäten für Regelreserveanbieter in Österreich, Version 1.3“.

Die Feststellungen zum Angebotsverhalten der C. D. auf dem positiven Tertiärregelreservemarkt vom 1.4.2021 bis 25.6.2021 ergeben sich aus den mit der Anzeige und mit Schreiben an das Verwaltungsgericht Wien vom 24.10.2023 vorgelegten Daten und wurden von den übrigen Parteien nicht bestritten. Die Preisentwicklung auf dem Tertiärregelmarkt nach dem 18.4.2021 ergibt sich aus

den von der E-Control am 23.2.2024 dem Verwaltungsgericht Wien zur Verfügung gestellten Daten.

Die Feststellungen zur Vermarktungs- und Bewirtschaftungsstrategie des C. und der C. D. im Allgemeinen und in der Zeit rund um den 18.4.2021 im Speziellen gründen sich auf das glaubhafte Vorbringen des Beschuldigten insbesondere in den mündlichen Verhandlungen am 20.12.2023 und am 15.2.2024 sowie in der Rechtfertigung im Verfahren vor der belangten Behörde vom 9.6.2022 und den Stellungnahmen vom 17.3.2023, vom 19.4.2023 und vom 25.10.2023. Die diesbezüglichen Angaben des Beschuldigten decken sich auch mit den glaubhaften Angaben der Zeugen DI K. und Mag. L. in den mündlichen Verhandlungen am 15.2.2024 und 5.3.2024. Diesen Angaben wurde auch von den übrigen Parteien nicht entgegengetreten.

Dass die Inhalte der Wasserspeicher allen Marktteilnehmern aufgrund der Veröffentlichung der Wasserstände über eine Transparenzplattform bekannt waren, ergibt sich aus der Stellungnahme des Beschuldigten vom 17.3.2023 und wurde auch vom Sachverständigen in seinem Gutachten (S 11 f) bestätigt. Dieser Umstand wurde ebenfalls von keiner Partei in Zweifel gezogen und entspricht auch den rechtlichen Verpflichtungen gemäß der Verordnung (EU) Nr. 543/2013 der Kommission vom 14. Juni 2013 über die Übermittlung und die Veröffentlichung von Daten in Strommärkten und zur Änderung des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates.

Die Feststellungen zum Zusammenspiel von Pump- und Turbinenbetrieb in den Speicherkraftwerken gründen sich auf die Stellungnahme des Beschuldigten vom 17.3.2023, auf die gutachterliche Stellungnahme M./N. vom 14.12.2023 und auf die Angaben des Zeugen Mag. L. in der mündlichen Verhandlung am 5.3.2024. Auch diese Angaben wurden von keiner Partei bestritten. Dass der Strombedarf am Wochenende niedriger ist, wird auch durch die diesbezüglichen Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen in seinem Gutachten vom 1.12.2023, S 23 f, untermauert.

Der zeitliche Ablauf der Angebotsabgabe am 17.4.2021 (für den Liefertag 18.4.2021) ergibt sich aus dem übereinstimmenden Vorbringen der E-Control im

Antrag auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe vom 24.3.2022 und des Beschuldigten in der Rechtfertigung vom 9.6.2022.

Die Feststellung, dass die Angebotsreduktion für den Liefertag 18.4.2021 aus betriebswirtschaftlicher Sicht legitim war und auch keinen falschen Anschein eines übermäßigen Angebots erweckte, gründet sich auf die Ausführungen im Gutachten des Sachverständigen (S 12 ff und 16f), der dort bestätigt, dass die zunehmende Knappheit der Wasserreserven und die Unsicherheit hinsichtlich der weiteren Entwicklung einen hinreichenden Grund für die Angebotsreduktion für den Liefertag 18.4.2021 darstellten.

Seitens der E-Control wurde im Verfahren in Zweifel gezogen, dass die Angebotsreduktion mit der Wasserknappheit in den Speicherkraftwerken gerechtfertigt werden könne, da der C. D. die Möglichkeit offen gestanden wäre, die Knappheitssituation bei der Eigenproduktion durch Zukäufe am Spotmarkt zu kompensieren. Schließlich seien die Marktpreise am Spotmarkt an dem Wochenende 17. und 18.4.2021 nicht wesentlich erhöht gewesen. Mit diesem Argument wird die unternehmerische Entscheidung der C. D. das eigene Risiko zu minimieren, indem das Angebot auf den Regelreserveenergiemärkten herabgesetzt wird, allerdings nicht delegitimiert. Es wird lediglich aufgezeigt, dass es für die C. D. auch andere Handlungsoptionen gegeben hätte. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die von der E-Control ins Treffen geführte Handlungsoption auch mit erheblichen Nachteilen für die C. D. verbunden gewesen wäre, sodass nachvollziehbar ist, dass sich die C. D. gegen diese Handlungsoption entschieden hat. Hätte sich die C. D. zur Deckung ihrer eingegangenen Verpflichtungen am Terminmarkt auf Zukäufe über den Spotmarkt verlassen, so hätte sie auch das damit einhergehende Risiko von stark steigenden Preisen eingehen müssen. Dieses Risiko von extremen Preisen wäre aufgrund der Organisation des Strommarktes gerade dann besonders hoch gewesen, wenn Preisspitzen am Spotmarkt durch den Einsatz von Pumpspeicherkraftwerken aufgrund von extrem niedrigen Speicherständen nicht oder nur unzureichend abgefangen werden können, wie der Beschuldigte im Schriftsatz vom 19.1.2024 nachvollziehbar dargelegt hat. Es ist betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und legitim, dass die C. D. sich dafür entschieden hat, dieses Risiko nicht auf sich zu nehmen, nur um das Risiko von extremem Preisen bei der Regelennergievermarktung für den

Regelzonenführer zu mindern, wie auch der gerichtlich bestellte Sachverständige in der Verhandlung am 15.2.2024 bestätigt hat.

Als weitere Handlungsalternative hätte die C. D. das Angebot an den Regelreserveenergiemärkten auch unverändert hoch lassen können und die Preise ihrer Angebote so hoch ansetzen können, dass das Risiko allfällig notwendiger Zukäufe auf dem Spotmarkt abgedeckt gewesen wäre. Damit hätte die C. D. freilich das Risiko extremer Preise auf dem Spotmarkt auf den Regelreserveenergiemarkt übertragen, wo es auch in diesem Fall vom Regelzonenführer abzugelten gewesen wäre. Aufgrund der massiven Preiserhöhungen für einen Großteil der Angebote am Regelreserveenergiemarkt hätte auch diese Vorgehensweise zweifellos zu erheblichen Verwerfungen am Regelreserveenergiemarkt geführt. Dazu kommt, dass die vom Regelzonenführer vorgegeben Marktregeln, mit Durchführung einer weiteren lokalen Leistungsausschreibung (Second Call), einen geordneten Prozess für den Fall der Unterdeckung vorsahen, was der C. D. aus ihrer Perspektive ermöglichte, zuerst nur jene Mengen zu bieten, die mit einem für sie vertretbaren Risiko und zu einem nicht disruptiven Preis angeboten werden konnten und erst im Fall der Unterdeckung zusätzliche Mengen zu angepassten Preisen statt am Spotmarkt am Regelreservemarkt zu platzieren. Welche Handlungsalternative gesamtwirtschaftlich günstiger war, hing letztlich vom ex-ante der C. D. unbekanntem Angebotsverhalten der übrigen Marktteilnehmer ab. Hätte für den Liefertag 18.4.2021 nicht ein anderer Marktteilnehmer Mengen zu extremen Preisen angeboten, wäre die von der C. D. gewählte Vorgehensweise auch aus gesamtwirtschaftlicher Sicht günstiger gewesen, als wenn die C. D. im Bestreben ihr Risiko vom Spotmarkt abzuwälzen, selbst zu extrem hohen Preisen am Regelreserveenergiemarkt angeboten hätte. Auch diese Handlungsoption kann also nicht als grundlegend überlegen betrachtet werden, wie der vom Beschuldigten beigebrachte Sachverständige auch in der mündlichen Verhandlung vom 20.12.2023 nachvollziehbar darlegte.

Der gerichtlich bestellte Sachverständige ließ in seinem schriftlich erstatteten Gutachten vom 1.12.2023 zwar noch offen, ob das Ausmaß der Reduktion notwendig war (siehe S 19), schloss sich aber nach der Befragung des Zeugen Mag. L. in der mündlichen Verhandlung vom 5.3.2024 der Einschätzung des vom

Beschuldigten beigezogenen Sachverständigen an, wonach das System zur Ermittlung der zur Verfügung stehenden Kapazitäten als ein in hohem Ausmaß von der Erfahrung und der Einschätzung der befassten Experten abhängig war (vgl. gutachterlichen Stellungnahme des vom Beschuldigten beigezogenen Sachverständigen vom 14.12.2023, Seite 8 f und Aussage des gerichtlich bestellten Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung am 5.3.2024). Der gerichtlich bestellte Sachverständige führte dazu aus, dass die Entscheidung über den Umfang der Angebotsreduktion nicht objektivierbar ist, sondern letztlich von der Frage abhängt, ob der vom Einsatzoptimierer dargelegte Entscheidungsfindungsprozess als glaubhaft und schlüssig betrachtet wird, da die Kapazitätsermittlung nicht auf einem quantitativen Modell beruht, sondern unter Anwendung eines „stillen Wissens“ des Einsatzoptimierers stattfand.

Der vom Zeugen Mag. L. in der mündlichen Verhandlung vom 5.3.2024 beschriebene Prozess, der zur Festlegung der Gebotsmenge auf 100 MW für die positive Tertiärregelreserve geführt hat, erscheint in sich stimmig, schlüssig und widerspruchsfrei. Der Zeuge konnte auch unter Vorlage einer Übersicht der zu Verfügung stehenden Anlagen darlegen, welche Anlagen er aus welchen Gründen am 16.4.2021 vermutlich für die Energievorhaltung als Tertiärregelreserve vorgesehen hatte. Da es für diesen Prozess keine Dokumentation gab, musste die Darlegung in Form einer versuchten Rekonstruktion der tatsächlichen Verhältnisse stattfinden, was aber nichts daran ändert, dass die Darlegung des Zeugen glaubhaft und überzeugend waren.

Der Zeuge konnte nachvollziehbar und glaubhaft darstellen, dass unter den damals gegebenen Prämissen (möglichst kein weiterer Wasserverlust durch Einsatz der Hauptstufen und möglichst umfangreich Pumpbetrieb ermöglichen), nur das Heranziehen bestimmter Anlagen für den Tertiärregelreservemarkt sinnvoll erschien. Die Festlegung auf 100 MW ergab sich aus der Leistungsfähigkeit dieser Anlagen, soweit diese im Voraus einschätzbar war.

Die E-Control wendet gegen die Notwendigkeit einer so starken Angebotsreduktion weiters ein, dass es der C. D. möglich war, für den Second Call im Rahmen der Auktion für die Tertiärregelreserve für den Liefertag 18.4.2021 zusätzliche Kapazitäten anzubieten. Nach Ansicht der E-Control hätten diese Kapazitäten

bereits im Rahmen des First Call angeboten werden können. Der Beschuldigte begründet die zusätzlichen Angebotsmengen im Second Call damit, dass für den Second Call geprüft worden sei, ob Kapazitäten, die für die Sekundärregelreserveauktion angeboten, aber nicht angenommen wurden, für die Tertiärregelreserve herangezogen werden konnten. Da diese Prüfung das Vorhandensein entsprechender zusätzlicher Kapazitäten ergeben habe, hätten diese im Second Call angeboten werden können. Dem Einwand der E-Control, dass eine solche Prüfung bereits vor dem First Call für die Tertiärregelreserve hätte stattfinden können, begegnet der Beschuldigte mit dem Vorbringen, dass eine solche Prüfung in der kurzen Zeit zwischen Bekanntmachung des Ergebnisses der Auktion für die Sekundärregelreserve und dem Angebotsende für die Auktion für die Tertiärregelreserve aufgrund der sehr begrenzt dafür zur Verfügung stehenden Zeit nicht vorgenommen wurde.

Der für die Hinterlegung der Angebote auf der Auktionsplattform der APG damals zuständige Regelreservetrader schilderte in der mündlichen Verhandlung vom 15.2.2024 glaubhaft das System der Angebotsabgabe durch die C. D.. Die Gesamtmenge der Angebote musste dafür zuerst vom Einsatzoptimierer im System der C. D. freigegeben werden. Im Anschluss wurde durch verschiedene Algorithmen zuerst die Stückelung der Angebote berechnet und im Anschluss ein Leistungspreis für jedes Teilangebot vorgeschlagen. Der gesamte Datensatz der so berechneten Einzelangebote wurde manuell über die Zwischenablage auf ein Datenfeld auf der Website der APG kopiert, auf der sich der zuständige Mitarbeiter für diesen Vorgang manuell anmelden musste. Der Datensatz hatte ein bestimmtes Format, das es dem System der APG ermöglichte, die Angebote richtig zuzuordnen. Dieser Vorgang dauerte einige Minuten. Im Anschluss daran wurden die so eingegebenen Angebote wieder aus dem System der APG in das System der C. D. heruntergeladen und mit jenen verglichen, die im System der C. D. als Angebotsdaten gespeichert waren.

Allein für den Tertiärregelreservemarkt übermittelte die C. D. auf diese Weise durchschnittlich 440 Angebote pro Tag (insgesamt für alle Ausschreibungsprodukte im Bereich der positiven und negativen Tertiärregelreserve), wie der Beschuldigte glaubhaft darlegte. Dieser Prozess bestand aus automatisierten und manuell vorzunehmenden Teilschritten. Um im

Fall von Problemen oder Fehlern, die im Zusammenspiel der Teilschritte auftreten konnten, noch angemessen reagieren zu können, war der Standardprozess der C. D. zur Angebotsabgabe so organisiert, dass die Angebote bereits am Tag vor dem Ende des Angebotszeitraumes abgegeben wurden (der Angebotszeitraum begann um 10:00 Uhr am siebenten Tag vor dem Leistungstag und endete um 10:00 Uhr am Tag vor dem Leistungstag), wie vom Beschuldigten im Verfahren glaubhaft beschrieben wurde (vgl. dazu etwa die Stellungnahme vom 17.3.2023, Seite 5).

Eine kurzfristige Berücksichtigung jener Mengen die zwar am Sekundärregelreservemarkt angeboten, aber nicht angenommen wurden, war bei der Angebotserstellung für den Tertiärregelmarkt dabei im Standardprozess der C. D. nicht vorgesehen. Der Beschuldigte erklärte dies im Zuge seiner Befragung in der mündlichen Verhandlung am 20.12.2023 glaubhaft damit, dass einer solchen Funktionalität in der Regel keine Bedeutung zugekommen wäre, da die C. D. in der Regel auch ohne die Berücksichtigung von bei der Sekundärregelreservevergabe nicht angenommenen Angeboten bei der Vergabe der positiven Tertiärregelreserve Angebote abgab, die die gesamte ausgeschriebene Menge abdeckten (280 MW). Die Implementierung dieser Funktionalität hätte zudem den Zeitraum, in dem der oben beschriebene Prozess zur Angebotserstellung und -übermittlung abgewickelt werden musste, erheblich, nämlich auf den Zeitraum zwischen Bekanntgabe des Ergebnisses der Vergabe der Sekundärregelreserveenergie und Ende des Angebotszeitraums für die Tertiärregelreserveenergie eingeschränkt. Dieser Zeitraum hätte etwa eine halbe Stunde betragen, da der Angebotszeitraum für die Sekundärregelreserveenergievergabe erst um 9:00 Uhr am Tag vor dem Leistungstag und damit nur eine Stunde vor jenem für die Tertiärregelenergievergabe endete und das Ergebnis bis etwa 9:30 Uhr veröffentlicht wurde (so auch die E-Control im Antrag auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe vom 24.3.2022, S 14). Mit der Implementierung dieser Funktionalität wäre die Möglichkeit auf auftretende Fehler und Probleme angemessen reagieren zu können erheblich beschränkt worden und hätte damit das Risiko fehlerhafte Angebotsabgaben erhöht.

Der gerichtlich bestellte Sachverständige legt in seinem Gutachten vom 1.12.2023 dar, dass aufgrund der knappen Abstände zwischen der Bekanntgabe der Ergebnisse der Sekundärregelreservevergabe und dem Ende des Angebotszeitraums für die Tertiärregelreserve nur ein vollautomatisiertes System die Möglichkeit einer Optimierung zwischen den einzelnen Ausschreibungen der Regelreservearten leisten hätte können. Ein solch vollautomatisiertes System bestand aber zum angelasteten Tatzeitpunkt nicht.

Es ist unstrittig, dass der Standardprozess der C. D. zur Angebotserstellung für den Tertiärregelreserveenergiemarkt theoretisch auch anders hätte definiert sein können, sodass dabei stets auch die nicht angenommenen Angebote aus der Sekundärregelreservevergabe berücksichtigt worden wären, wie selbst vom Beschuldigten in der mündlichen Verhandlung am 20.12.2013 bestätigt wurde. Es ist jedoch nachvollziehbar, dass die C. D. unter Abwägung des Nutzens und der damit verbundenen Risiken aus betriebswirtschaftlicher Sicht keine Notwendigkeit dafür sah, den Prozess unter Einsatz von Ressourcen in die beschriebene Richtung zu optimieren.

Die C. D. orientierte sich bei der Festlegung der im Rahmen der Regelreserveenergiemärkte angebotenen Leistungsmengen ausschließlich an den eigenen technischen und betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten. Den insgesamt auf den einzelnen Regelreservemärkten gebotenen Gesamtmengen schenkte die C. D. keine Aufmerksamkeit (siehe dazu etwa die glaubhaften Angaben des Beschuldigten in der mündlichen Verhandlung am 20.12.2023 und des Zeugen Mag. L. in der mündlichen Verhandlung am 5.3.2024). Angesichts dieses Umstandes ist auch nachvollziehbar, dass die C. D. für die Tertiärregelreservevergabe für den Liefertag 18.4.2021 keine Veranlassung dafür sah, für dieses Vergabeverfahren von ihrem Standardprozess abzuweichen und ausnahmsweise auch die bei der positiven Sekundärregelreservevergabe nicht angenommenen Angebote bei der Angebotserstellung für die positive Tertiärregelreservevergabe zu berücksichtigen.

Dass die C. D. die Gesamtangebotsmenge am Markt für positive Tertiärregelreserve für alle Ausschreibungsprodukte für den Liefertag 19.4.2021 wieder auf 150 MW erhöhte, kann nicht als Indiz dafür verstanden werden, dass

die Herabsetzung für den Vortag nicht gerechtfertigt war. Zum einen war aufgrund des vermehrten Einsatzes der Pumpen über das Wochenende mit einer leichten Entspannung der Knappheitssituation in den Wasserspeichern zu rechnen. Zum anderen war ein Pumpeinsatz am Wochenende aufgrund des geringen allgemeinen Strombedarfs einem Pumpeinsatz am Montag vorzuziehen, sodass es am Montag günstiger erschien Anlagen für die Vorhaltung von Regelreserveenergie zu reservieren als am Sonntag. Letztlich hat das Marktergebnis für den Liefertag 18.4.2021 nachvollziehbarerweise ein Signal auch an die C. D. gesendet, das dazu führte, dass versucht wurde auch am Markt für die positive Tertiärregelreserve mit einer höheren Angebotsmenge präsent zu sein. Dies ergibt sich vor allem aus dem glaubhaften und schlüssigen Vorbringen des Zeugen Mag. L. in der mündlichen Verhandlung am 5.3.2023.

Dass die C. D. ihre Angebotsstrategie für die Regelreserveenergiemärkte ab dem 19.4.2021 geändert hat, ergibt sich aus dem Vorbringen des Beschuldigten in der mündlichen Verhandlung am 20.12.2023. Dass die Erhöhung der Angebote mit der Erhöhung der Speicherstände in den Speicherseen korreliert, ergibt sich aus den Daten betreffend den enthaltenen Energieinhalt (siehe etwa Abb. 1 in der Stellungnahme des Beschuldigten vom 17.3.2023). Dass die Verringerung der Angebote bei gleichbleibender Nachfrage zu einer Erhöhung der Marktpreise führte, steht im Einklang mit der ökonomischen Theorie, wie auch vom Sachverständigen, der vom Beschuldigten beigezogen wurde in der mündlichen Verhandlung am 20.12.2023 bestätigt wurde und mit dem von der E-Control im Zuge des Verfahrens vorgestellten und zuletzt im Schriftsatz vom 14.3.2024 in überarbeiteter Form vorgestellten Regressionsmodell zu Schätzung der Abhängigkeit des positiven Tertiärregelpreises vom Tertiärregelpreis des Vortages und der Angebotsmenge des Vortages.

IV. In der Sache

A. Rechtsgrundlagen

§ 89 Abs. 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010)
BGBl. I 110/2010 idF BGBl. I 174/2013 lautet:

„Verwaltungsstrafen gemäß § 99 bis § 102 sind von der gemäß § 26 VStG zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu verhängen. Die Regulierungsbehörde hat in diesen Verfahren Parteistellung. Sie ist berechtigt, die Einhaltung von Rechtsvorschriften, die dem Schutz der Einhaltung von der von ihr wahrzunehmenden öffentlichen Interessen dienen, als subjektives Recht im Verfahren geltend zu machen und Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes zu erheben.“

§ 99 Abs. 4 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010) BGBl. I 110/2010 idF BGBl. I 174/2013 lautet:

„Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fallenden strafbaren Handlung oder einen Geldbußentatbestand bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 150 000 Euro zu bestrafen, wer

- 1. entgegen Art. 5 in Verbindung mit Art. 2 Z 2 und 3 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 eine Marktmanipulation oder den Versuch einer Marktmanipulation vornimmt;*
- 2. [...]“*

§ 103 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010) BGBl. I 110/2010 idF BGBl. I 174/2013 lautet:

„(1) Die Verjährungsfrist (§ 31 Abs. 2 VStG) für Verwaltungsübertretungen gemäß § 99 bis § 102 beträgt ein Jahr.

(2) Der Versuch ist strafbar. Ein erzielter Vermögensvorteil ist als verfallen zu erklären.“

Die maßgeblichen Bestimmungen der VERORDNUNG (EU) Nr. 1227/2011 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts lauten:

„Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Verordnung gelten die folgenden Begriffsbestimmungen:

[...]

2. „Marktmanipulation“ ist

a) der Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrags für Energiegroßhandelsprodukte, der bzw. die

i) falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Energiegroßhandelsprodukten, die Nachfrage danach oder ihren Preis gibt oder geben könnte,

ii) den Preis eines oder mehrerer Energiegroßhandelsprodukte durch eine Person oder mehrere in Absprache handelnde Personen in der Weise beeinflusst oder zu beeinflussen versucht, dass ein künstliches Preisniveau erzielt wird, es sei denn, die Person, welche die Transaktion abgeschlossen oder den Handelsauftrag erteilt hat, weist nach, dass sie legitime Gründe dafür hatte und dass diese Transaktion oder dieser Handelsauftrag nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden Energiegroßhandelsmarkt verstößt, oder

iii) unter Vorspiegelung oder versuchter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung oder versuchter Verwendung sonstiger Kunstgriffe oder Formen der Täuschung erfolgt, die falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Energiegroßhandelsprodukten, die Nachfrage danach oder ihren Preis geben oder geben könnten;

[...]

4. „Energiegroßhandelsprodukte“ sind die folgenden Verträge und Derivate unabhängig davon, wo und wie sie gehandelt werden:

a) Verträge für die Versorgung mit Strom oder Erdgas, deren Lieferung in der Union erfolgt;

b) Derivate, die Strom oder Erdgas betreffen, das/der in der Union erzeugt, gehandelt oder geliefert wurde;

c) Verträge, die den Transport von Strom oder Erdgas in der Union betreffen;

d) Derivate, die den Transport von Strom oder Erdgas in der Union betreffen.

Verträge über die Lieferung und die Verteilung von Strom oder Erdgas zur Nutzung durch Endverbraucher sind keine Energiegroßhandelsprodukte. Verträge über die Lieferung und die Verteilung von Strom oder Erdgas an Endverbraucher mit einer höheren Verbrauchskapazität als dem in Nummer 5 Absatz 2 aufgeführten Schwellenwert gelten jedoch als Energiegroßhandelsprodukte;

[...]

6. „Energiegroßhandelsmarkt“ ist jeder Markt in der Union, auf dem Energiegroßhandelsprodukte gehandelt werden;
[...]

„Artikel 5

Verbot der Marktmanipulation

Die Vornahme oder der Versuch der Vornahme von Marktmanipulation auf den Energiegroßhandelsmärkten ist untersagt.“

„Artikel 8

Datenerhebung

(1) Marktteilnehmer oder eine in Absatz 4 Buchstabe b bis f genannte und in ihrem Namen handelnde Person oder Behörde übermitteln der Agentur Aufzeichnungen der Transaktionen am Energiegroßhandelsmarkt einschließlich der Handelsaufträge. Die gemeldeten Informationen umfassen genaue Angaben über die erworbenen und veräußerten Energiegroßhandelsprodukte, die vereinbarten Preise und Mengen, die Tage und Uhrzeiten der Ausführung, die Parteien und Begünstigten der Transaktionen und sonstige einschlägige Informationen. Obgleich die Gesamtverantwortung bei den Marktteilnehmern liegt, gilt die Meldepflicht des betreffenden Marktteilnehmers als erfüllt, wenn die angeforderten Informationen von einer in Absatz 4 Buchstaben b bis f genannten Person oder Behörde übermittelt wurden.

(2) Im Wege von Durchführungsrechtsakten

a) erstellt die Kommission eine Liste der Verträge und Derivate einschließlich der Handelsaufträge, die gemäß Absatz 1 zu melden sind und legt gegebenenfalls angemessene Bagatellgrenzen für die Meldung von Transaktionen fest;

b) erlässt sie einheitliche Vorschriften über die Meldung der gemäß Absatz 1 bereitzustellenden Informationen;

c) legt sie den Zeitpunkt und die Form für die Meldung dieser Informationen fest. Diese Durchführungsrechtsakte werden nach dem in Artikel 21 Absatz 2 genannten Prüfverfahren erlassen. Sie berücksichtigen die bestehenden Meldesysteme.

(3) – (4) [...]

(5) Die Marktteilnehmer übermitteln der Agentur und den nationalen Regulierungsbehörden Informationen über die Kapazität und Nutzung von Anlagen zur Erzeugung und Speicherung, zum Verbrauch oder zur Übertragung/Fernleitung

von Strom oder Erdgas oder über die Kapazität und Nutzung von Flüssiggasanlagen, einschließlich der geplanten oder ungeplanten Nichtverfügbarkeit dieser Anlagen, zum Zweck der Überwachung der Energiegroßhandelsmärkte. Die Meldepflichten der Marktteilnehmer sind dadurch auf ein Mindestmaß zu beschränken, dass die erforderlichen Informationen nach Möglichkeit ganz oder teilweise mithilfe bestehender Quellen erfasst werden.

(6) Im Wege von Durchführungsrechtsakten

a) erlässt die Kommission einheitliche Vorschriften über die Meldung der Informationen, die gemäß Absatz 5 bereitzustellen sind und gegebenenfalls über angemessene Bagatellgrenzen für diese Meldung;

b) legt sie den Zeitpunkt und die Form für die Meldung dieser Informationen fest. Diese Durchführungsrechtsakte werden nach dem in Artikel 21 Absatz 2 genannten Prüfverfahren erlassen. In ihnen werden die geltenden Meldepflichten gemäß den Verordnungen (EG) Nr. 714/2009 und (EG) Nr. 715/2009 berücksichtigt.

„Artikel 13

Umsetzung der Marktmissbrauchsverbote

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden stellen sicher, dass die in den Artikeln 3 und 5 festgelegten Verbote und die in Artikel 4 festgelegte Verpflichtung angewendet werden.

Jeder Mitgliedstaat stellt sicher, dass seine nationalen Regulierungsbehörden bis zum 29. Juni 2013 mit den für die Ausübung dieser Funktion notwendigen Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnissen ausgestattet sind. Diese Befugnisse werden in verhältnismäßiger Weise ausgeübt.

Diese Befugnisse können

a) direkt,

b) in Zusammenarbeit mit anderen Behörden oder

c) durch Antrag bei den zuständigen Justizbehörden ausgeübt werden.

Die nationalen Regulierungsbehörden können gegebenenfalls ihre Untersuchungsbefugnisse in Zusammenarbeit mit organisierten Märkten, Systemen zur Zusammenführung von Kaufs- und Verkaufsaufträgen („trade matching system“) oder den anderen in Artikel 8 Absatz 4 Buchstabe d genannten Personen, die beruflich Transaktionen arrangieren, ausüben.

(2) Die Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse nach Absatz 1 beschränken sich auf den Zweck der Untersuchung. Sie werden im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht ausgeübt und umfassen das Recht

a) relevante Unterlagen aller Art einzusehen und Kopien von ihnen zu erhalten,

b) von jeder relevanten Person Auskünfte anzufordern, auch von Personen, die an der Übermittlung von Aufträgen oder an der Ausführung der betreffenden Handlungen nacheinander beteiligt sind, sowie von deren Auftraggebern, und, falls notwendig, das Recht, solche Personen oder Auftraggeber vorzuladen und zu vernehmen,

c) Ermittlungen vor Ort durchzuführen,

d) bereits existierende Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen anzufordern,

e) die Einstellung von Praktiken zu verlangen, die gegen die Bestimmungen dieser Verordnung oder der auf ihrer Grundlage erlassenen delegierten Rechtsakte oder Durchführungsrechtsakte verstoßen,

f) bei einem Gericht das Einfrieren oder die Beschlagnahme von Vermögenswerten zu beantragen,

g) bei einem Gericht oder einer zuständigen Behörde ein vorübergehendes Verbot der Ausübung der Berufstätigkeit zu beantragen.

„Artikel 18

Sanktionen

Die Mitgliedstaaten legen fest, welche Sanktionen bei einem Verstoß gegen diese Verordnung zu verhängen sind, und treffen die zu deren Durchsetzung erforderlichen Maßnahmen. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein und der Begehungsweise, Dauer und Schwere der Verstöße, dem Schaden für die Verbraucher und den potenziellen Gewinnen infolge des Handels aufgrund von Insider-Informationen und Marktmanipulation Rechnung tragen.

Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Vorschriften bis spätestens 29. Juni 2013 mit und melden ihr spätere Änderungen unverzüglich.

Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die nationale Regulierungsbehörde Maßnahmen oder Sanktionen, die wegen Verstößen gegen diese Verordnung ergriffen bzw. verhängt werden, öffentlich bekannt geben kann, es sei denn, diese

Bekanntgabe würde einen unverhältnismäßigen Schaden bei den Beteiligten zur Folge haben.“

Die maßgeblichen Bestimmungen der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1348/2014 der Kommission vom 17. Dezember 2014 über die Datenmeldung gemäß Artikel 8 Absätze 2 und 6 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts Text von Bedeutung für den EWR lauten:

„Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Verordnung gelten die Begriffsbestimmungen in Artikel 2 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 und Artikel 3 der Verordnung (EU) Nr. 984/2013 der Kommission (3).

Zusätzlich gelten folgende Begriffsbestimmungen:

1. „Fundamentaldaten“ bezeichnet Informationen, die die Kapazität und Nutzung von Anlagen zur Erzeugung und Speicherung, zum Verbrauch oder zur Übertragung/Fernleitung von Strom oder Erdgas oder die Kapazität und Nutzung von LNG-Anlagen betreffen, einschließlich der geplanten oder ungeplanten Nichtverfügbarkeit dieser Anlagen;

[...]“

9. „Regelenergie“ bezeichnet die von den ÜNB bzw. FNB für den Ausgleich eingesetzte Energie;

10. „Regelleistung (Reserven)“ bezeichnet die kontrahierte Regelleistungskapazität;

11. „Regelenergieleistungen“ bezeichnet

— bei Strom: Regelleistung oder Regelenergie oder beides;

— bei Erdgas: einen für einen TSO gemäß einem Gasvertrag erbrachten Dienst, der erforderlich ist, um kurzfristige Schwankungen des Gasbedarfs oder des Gasangebots auszugleichen;

[...]“

„KAPITEL II

MELDEPFLICHTEN HINSICHTLICH TRANSAKTIONEN

Artikel 3

[...]

Artikel 4

Liste der auf Anforderung der Agentur zu meldenden Verträge

(1) Die folgenden Verträge und Einzelheiten von Transaktionen im Zusammenhang mit diesen Verträgen sind nur auf begründete Anforderung durch die Agentur ad hoc zu melden, soweit sie nicht an organisierten Marktplätzen geschlossen wurden:

a) gruppeninterne Verträge,

b) Verträge über die physische Lieferung von Strom, der von einer einzelnen Produktionseinheit mit einer Kapazität von höchstens 10 MW oder von Produktionseinheiten mit einer gemeinsamen Kapazität von höchstens 10 MW erzeugt wird,

c) Verträge über die physische Lieferung von Erdgas, das in einer einzigen Erdgasförderanlage bzw. Gaserzeugungsanlage mit einer Kapazität von höchstens 20 MW gefördert bzw. erzeugt wurde,

d) Verträge über Regelenergieleistungen in den Bereichen Strom und Erdgas.

(2) Marktteilnehmer, die ausschließlich an Transaktionen im Zusammenhang mit den in Absatz 1 Buchstaben b und c genannten Verträgen beteiligt sind, sind nicht verpflichtet, sich gemäß Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 bei der nationalen Regulierungsbehörde zu registrieren.“

„KAPITEL III

MELDUNG VON FUNDAMENTALDATEN

Artikel 8

Bestimmungen über die Meldung von Fundamentaldaten im Bereich Strom

[...]“

§ 25a Bundesgesetz über die Regulierungsbehörde in der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (Energie-Control-Gesetz – E-ControlG), BGBl. I 110/2010 idF BGBl. I 150/2021 lautet:

*„Untersuchung und Überwachung des Funktionierens der
Energiegroßhandelsmärkte“*

§ 25a. (1) Unbeschadet der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, der Strafverfolgungsbehörden, der Bundeswettbewerbsbehörde, der Finanzmarktaufsicht und der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie sind der E-Control zur Sicherstellung der Einhaltung der in den Art. 3 und Art. 5 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 festgelegten Verbote sowie der in Art. 4 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 festgelegten Verpflichtung Untersuchungs- und Überwachungsbefugnisse zugewiesen. Für diese Zwecke ist sie unter Wahrung des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 berechtigt:

- 1. relevante Unterlagen aller Art einzusehen und Kopien von ihnen zu erhalten;*
- 2. von jeder relevanten Person Auskünfte anzufordern, auch von Personen, die an der Übermittlung von Aufträgen oder an der Ausführung der betreffenden Handlungen nacheinander beteiligt sind, sowie von deren Auftraggebern, und falls notwendig, solche Personen oder Auftraggeber vorzuladen und zu vernehmen; beim Verdacht des Missbrauchs einer Insider-Information (§ 108a EIWOG 2010 bzw. § 168a GWG 2011) hat die E-Control das Recht, bei den Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden nach dem 10. Abschnitt des 8. Hauptstücks der StPO anwesend zu sein und Fragen zu stellen; die E-Control ist von diesen Terminen zu verständigen;*
- 3. Ermittlungen vor Ort durchzuführen und alle für die Durchführung von Ermittlungshandlungen erforderlichen Auskünfte zu verlangen sowie von allen Vertretern oder Beschäftigten des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung Erläuterungen zu Sachverhalten oder Unterlagen zu verlangen, die mit Gegenstand und Zweck der Ermittlungen in Zusammenhang stehen;*
- 4. bereits zum Akt genommene Ergebnisse der Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung und der Überwachung von Nachrichten (§ 134 Z 5 und § 145 StPO) einzusehen und Kopien von ihnen zu erhalten (§ 140 Abs. 3 StPO);*
- 5. bei der zuständigen Staatsanwaltschaft eine Sicherstellung gemäß § 110 StPO anzuregen;*
- 6. bei Verdacht der Marktmanipulation für die Dauer des Verfahrens ein vorübergehendes Verbot der Ausübung der Berufstätigkeit des Beschuldigten bei jener Behörde, die die Genehmigung zur Ausübung der Tätigkeit des Unternehmens oder die Ausübung der Berufstätigkeit des Beschuldigten erteilt*

oder zur Kenntnis genommen hat, zu beantragen, sofern der Beschuldigte dringend tatverdächtig ist, diese Berufstätigkeit mit dem betroffenen Delikt in Zusammenhang steht und, wenn die Gefahr besteht, der Beschuldigte könnte sonst die Tat wiederholen. In diesem Verfahren kommt der E-Control Parteistellung zu.

(2) Die E-Control erhebt und sammelt die Daten und Informationen, die sie zur Erfüllung ihrer durch Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 und § 24 Abs. 1 Z 4 übertragenen Aufgaben benötigt. Die E-Control hat die Meldepflichtigen, die Häufigkeit, den Umfang sowie das Format der Meldepflichten durch Verordnung zu bestimmen. Zur Vermeidung von Doppelmeldungen sind die Meldepflichten der Meldeverpflichteten gegenüber anderen zuständigen nationalen Behörden sowie die von der Europäischen Kommission gemäß Art. 8 Abs. 2 und 6 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 festzulegenden Meldepflichten zu berücksichtigen.

(3) Börseunternehmen sowie sonstige Personen, die beruflich Transaktionen für den österreichischen Markt arrangieren, haben der E-Control alle zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlichen Informationen zu erteilen und die E-Control bei der Durchführung ihrer Untersuchungen zu unterstützen. Besteht der Verdacht, dass sowohl in den Aufgabenbereich des Börseunternehmens fallende Vorschriften, insbesondere die Handelsregeln, als auch in die Zuständigkeit der E-Control fallende Vorschriften verletzt wurden, so arbeiten beide Stellen zusammen und erteilen einander die erforderlichen Auskünfte. Die E-Control ist berechtigt, dem Börseunternehmen sowie sonstigen Personen, die beruflich Transaktionen für den österreichischen Markt arrangieren, die Unterlassung von Untersuchungen oder sonstigen Maßnahmen aufzutragen, wenn dadurch die Ermittlung eines Sachverhalts gemäß Art. 3 oder Art. 5 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 erschwert oder vereitelt würde.

(4) Die E-Control, die Finanzmarktaufsicht, die Bundeswettbewerbsbehörde und die Börsekommissäre gemäß § 98 Börsegesetz 2018 haben einander Beobachtungen und Feststellungen einschließlich personenbezogener Daten mitzuteilen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 erforderlich sind. Die Vertraulichkeit, die Integrität und der Schutz der eingehenden Informationen ist sicherzustellen.

(5) Die E-Control ist ermächtigt, Datenaustauschabkommen mit Regulierungsbehörden in anderen EU- und EFTA-Staaten abzuschließen und hierdurch gewonnene Daten zur Erfüllung ihrer durch die Verordnung (EU) Nr.

1227/2011 und § 24 Abs. 1 Z 4 übertragenen Aufgaben zu verwenden. Die Vertraulichkeit, die Integrität und der Schutz der eingehenden Daten ist sicherzustellen.

(6) Die E-Control ist ermächtigt, rechtskräftige Entscheidungen der zuständigen Strafbehörden, die wegen Verstößen gegen die Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 verhängt wurden, in sinngemäßer Anwendung des § 36 Abs. 4 unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen öffentlich bekanntzugeben, es sei denn, diese Bekanntgabe würde einen unverhältnismäßigen Schaden bei den Beteiligten zur Folge haben.

(7) Die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 gelten sinngemäß.

B. Zur Zuständigkeit der belangten Behörde

Mit dem angefochtenen Bescheid entschied die belangte Behörde über ein Verwaltungsstrafverfahren betreffend eine Übertretung des Art. 5 REMIT iVm § 99 Abs. 4 Z 1 EIWOG. Gemäß § 89 Abs. 2 EIWOG sind Verwaltungsstrafen gemäß § 99 bis § 102 von der gemäß § 26 VStG zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu verhängen.

In der Beschwerde wendet die E-Control ein, dass die belangte Behörde zur Entscheidung nicht zuständig gewesen sei. Zwar sehe § 89 Abs. 2 EIWOG eine Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörde zur Verhängung von Verwaltungsstrafen gemäß § 99 Abs. 4 EIWOG vor, doch widerspreche diese Bestimmung Art. 13 Abs. 1 REMIT, wonach die Mitgliedsstaaten sicherzustellen haben, dass die nationalen Regulierungsbehörden mit den notwendigen Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnissen ausgestattet sind, wobei diese Befugnisse direkt, in Zusammenarbeit mit anderen Behörden oder durch Antrag bei den zuständigen Justizbehörden ausgeübt werden. Die bloße Einräumung von Parteistellung im Verwaltungsstrafverfahren durch § 89 Abs. 2 EIWOG sei nicht ausreichend. Zuständig zur Verhängung von Verwaltungsstrafen wegen Verstößen gegen die REMIT sei richtigerweise die Regulierungsbehörde.

Dieses Argument kann nicht überzeugen, lässt es doch außer Acht, dass in der REMIT zwischen „Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnissen“ auf der einen und „Sanktionen“ auf der anderen Seite unterschieden wird. Die Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse sind gemäß Art. 13 Abs. 1 REMIT den nationalen Regulierungsbehörden einzuräumen und werden in Art. 13 Abs. 2 REMIT näher umschrieben. Die Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse sind entsprechend den Vorgaben in Art. 13 Abs. 1 REMIT in § 25a E-ControlG der E-Control als nationaler Regulierungsbehörde eingeräumt. Die Verhängung von Verwaltungsstrafen gehört jedoch nicht zu den Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnissen iSd Art. 13 Abs. 1 REMIT. Vielmehr verpflichtet Art. 18 REMIT die Mitgliedsstaaten festzulegen, welche Sanktionen bei einem Verstoß gegen die REMIT zu verhängen sind und welche Maßnahmen zu deren Durchsetzung getroffen werden, wobei die Sanktionen wirksam, abschreckend und verhältnismäßig zu sein haben. Die genauere Ausgestaltung der und insbesondere auch die Zuständigkeit zur Verhängung solcher Sanktionen wird durch die REMIT nicht determiniert, sondern lässt einen Ausgestaltungsspielraum bei den Mitgliedsstaaten. Die Zuweisung der Zuständigkeit zur Verhängung von Verwaltungsstrafen an die Bezirksverwaltungsbehörde durch § 89 Abs 2 EIWOG steht daher im Einklang mit der REMIT.

Diese Interpretation entspricht auch der Notifikation vom 25.9.2015, Zl. ..., die das zuständige Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung Wirtschaft gemäß Art. 18 Abs. 2 REMIT an die Europäische Kommission übermittelt hat und die dem Verwaltungsgericht auf Anfrage vorgelegt wurde.

Die belangte Behörde war daher zur Erlassung des angefochtenen Bescheides zuständig.

C. Zur Verfolgungsverjährung

In seiner zweiten Stellungnahme zur Beschwerde vom 17.3.2023 wendet der Beschuldigte ein, dass der von der belangten Behörde in die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 4.4.2022 aufgenommene Tatvorwurf nicht hinreichend konkret sei und daher keine taugliche Verfolgungshandlung darstelle. Gegenüber dem Beschwerdeführer sei daher innerhalb der Verjährungsfrist des § 31 Abs. 1

VStG keine ausreichend konkretisierte Verfolgungshandlung iSd § 32 Abs. 2 VStG gesetzt worden, sodass Verfolgungsverjährung eingetreten sei.

Als verjährungsunterbrechende Verfolgungsschritte gelten nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes alle Handlungen der Behörde, die nach Art und Bedeutung die Absicht der Behörde zum Ausdruck bringen, den gegen eine bestimmte Person wegen einer bestimmten Tat bestehenden Verdacht auf eine im VStG vorgesehene Weise zu prüfen, wobei eine Verfolgungshandlung nur dann die Verjährung unterbricht, wenn sie sich auf alle der Bestrafung zu Grunde liegenden Sachverhaltselemente bezogen hat (vgl. VwGH 7.9.2023, Ra 2023/09/0067).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind an Verfolgungshandlungen im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG hinsichtlich der Umschreibung der angelasteten Tat die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Tatumschreibung im Spruch des Straferkenntnisses nach § 44a Z 1 VStG. Demnach ist eine die Verfolgungsverjährung nach § 31 VStG unterbrechende Verfolgungshandlung nach § 32 Abs. 2 VStG auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschrift im Sinne des § 44a Z 2 VStG zu beziehen; die (korrekte) rechtliche Qualifikation der Tat ist hingegen nicht erforderlich. Es ist somit erforderlich, dass sich die Verfolgungshandlung im Sinne der §§ 31 und 32 VStG auf alle der späteren Bestrafung zugrundeliegenden Sachverhaltselemente beziehen muss (vgl. VwGH 11.5.2021, Ra 2021/02/0105, mwN).

Der Vorschrift des § 44a Z 1 VStG ist dann entsprochen, wenn dem Beschuldigten im Spruch des Straferkenntnisses die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen wird, dass er in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um den Tatvorwurf zu widerlegen, und der Spruch geeignet ist, den Beschuldigten davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Diese Rechtsschutzüberlegungen sind auch für die Prüfung der Frage anzustellen, ob eine taugliche Verfolgungshandlung im Sinn des § 32 Abs. 2 VStG gegeben ist. Das bedeutet, dass die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat (lediglich)

unverwechselbar konkretisiert sein muss, damit diese in die Lage versetzt wird, dem Vorwurf entsprechend zu reagieren und damit ihr Rechtsschutzinteresse zu wahren (vgl. VwGH 11.9.2023, Ra 2023/09/0068, mwN).

Anders als bei dem Erfordernis der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat im Spruch eines Straferkenntnisses gemäß § 44a Z 1 VStG kann sich der betreffende Tatvorwurf im Zusammenhang mit einer zu setzenden Verfolgungshandlung innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist, wenn es sich dabei um ein Straferkenntnis handelt, jedoch nicht nur aus dem Spruch, sondern in dessen Ergänzung auch aus der Begründung ergeben, weil auch daraus die Absicht der Behörde, eine Person wegen einer bestimmten ihr zur Last gelegten Verwaltungsübertretung auf die im Verwaltungsstrafgesetz vorgeschriebene Weise zu verfolgen, eindeutig hervorgeht (vgl. erneut VwGH 20.8.2021, Ra 2020/10/0068, mwN und zuletzt 19.11.2023, Ra 2023/09/0150).

Eine Verfolgungshandlung kann etwa auch dadurch gesetzt werden, dass dem Beschuldigten der Anzeigeninhalt mit der Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme zur Rechtfertigung zur Kenntnis gebracht wird, wenn die Anzeige alle wesentlichen Tatbestandsmerkmale enthält (siehe etwa VwGH 18.10.2011, 2011/02/0281; 24.2.2014, 2012/17/0462).

Da für die Beurteilung, ob hinsichtlich eines bestimmten Tatvorwurfes Verfolgungsverjährung eingetreten ist, auf alle innerhalb der Frist zur Verfolgungsverjährung gesetzten Verfolgungshandlungen abzustellen ist, kann sich ein hinreichend konkreter Tatvorwurf auch aus der Aufforderung zur Rechtfertigung und der Übersendung einer Aktenabschrift ergeben (siehe dazu etwa VwGH 22.2.2024, Ra 2022/02/0127).

Aus dem vorgelegten Verwaltungsakt (AS 41) und dem mit Schreiben vom 11.4.2023 dem Verwaltungsgericht vorgelegten Rückschein (ON 12) ergibt sich, dass dem Beschuldigten am 7.4.2022 eine Aufforderung zur Rechtfertigung vom 4.4.2022 zugestellt wurde.

Darin wird dem Beschuldigten als handelsrechtlichem Geschäftsführer der C. D. angelastet, dass diese Gesellschaft am Markt für positive Tertiärregelleistung für

die sechs 4-Stundenprodukte am Liefertag 18. April 2021 durch ein künstliches Knappheitssignal, indem zunächst durch Angebot der üblichen Gebotsmenge am 16.4.2021 der Anschein ausreichenden Angebots erweckt wurde, dann aber die angebotene Menge abrupt und in einem hohen Ausmaß reduziert wurde, das nicht durch legitime technische, regulatorische und/oder ökonomische Gründe gerechtfertigt war, dem Markt falsche bzw. irreführende Signale iSd Art. 2 Z 2 lit a i VO (EU) 1227/2011 (REMIT) bezüglich des Angebots von positiver Tertiärregelleistung gegeben sowie ein künstliches Preisniveau geschaffen und damit im Sinne des Art. 2 Z 2 lit a ii VO (EU) 1227/2011 REMIT den Preis beeinflusst habe.

Nach Auskunft der belangten Behörde vom 11.4.2023, welcher vom Beschuldigten nicht entgegengetreten wurde, wurde dem Beschuldigten 8.4.2022 die Anzeige der E-Control samt Beilagen übermittelt und damit zur Kenntnis gebracht.

In diesem Antrag, dessen Aufbau und Inhalt oben unter „I. Gang des Verfahrens“ im Detail dargestellt ist, beschreibt die E-Control ausführlich, das Marktverhalten der C. D. am Markt für positive Tertiärregelreserveenergie für den Liefertag 18.4.2021 und legt ihr zur Last, dass sie für diesen Liefertag die angebotene Menge plötzlich und in einem hohen Ausmaß und ohne Rechtfertigung reduziert habe. Aufgrund dieser Tathandlung kommt die E-Control zu der Einschätzung, die C. D. durch die Vornahme von rechtswidriger Marktmanipulation durch manipulative Kapazitätsrückhaltung (jedenfalls) eine dem Beschuldigten zurechenbare Verwaltungsübertretung gem § 99 Abs. 4 Z 1 EIWOG 2010 begangen habe.

Da vor Ablauf der Verfolgungsverjährung keine weiteren Verfolgungshandlungen durch die belangte Behörde gesetzt wurden, legen diese Verfolgungshandlungen den Rahmen für die Zulässigkeit einer weiteren Verfolgung fest (vgl. *Weilguni* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG³ § 31 Rz 8 [Stand 1.7.2023, rdb.at]). Eine Verfolgung des Beschuldigten ist also nur für jene Taten zulässig, die dem Beschuldigten im Zuge des „Antrages auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe“ vom 24.3.2022 und im Zuge der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 4.4.2022 mit der dafür im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung notwendigen Bestimmtheit angelastet wurden.

Die beiden gesetzten Verfolgungshandlungen legen in ihrer Zusammenschau mit hinreichender Bestimmtheit dar, dass dem Beschuldigten als handelsrechtlichem Geschäftsführer der C. D. mit Sitz in Wien, F., angelastet wird, dass die Gesellschaft am Markt für die positive Tertiärregelreserve für den Liefertag 18.4.2021 für die sechs 4-Stunden-Produkte ein künstliches Knappheitssignal abgegeben hat, indem die angebotene Menge abrupt und in einem hohen Ausmaß reduziert wurde, ohne dass es dafür legitime technische, regulatorische und/oder betriebswirtschaftliche Gründe gegeben hat.

Sowohl die Aufforderung zur Rechtfertigung als auch der Antrag auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe konzentriert sich auf das Marktverhalten des Beschuldigten am Markt für Tertiärregelreserve für den Liefertag 18.4.2021. Insbesondere im Antrag auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe wird dieses Verhalten auch genau umschrieben. In beiden Verfolgungshandlungen wird als Tathandlung die plötzliche nicht gerechtfertigte Verringerung des Angebotes beschrieben. Dies kommt in der Aufforderung zur Rechtfertigung insbesondere darin zum Ausdruck, dass dem Beschuldigten das Senden eines „künstlichen Knappheitssignals“ angelastet wird. Im Antrag auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe wird das angelastete Verhalten als manipulative Kapazitätsrückhaltung eingeordnet und genau umschrieben. Hinsichtlich dieser Tat war der Beschuldigte in der Lage, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um den Tatvorwurf zu widerlegen und lief auch nicht Gefahr, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden.

Anders verhält es sich jedoch mit dem im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ebenfalls mit Aufmerksamkeit bedachten Marktverhaltens der C. D. für den Liefertag 17.4.2021.

Ausgelöst, durch einen Hinweis des gerichtlich bestellten Sachverständigen in seinem Gutachten vom 1.12.2023, wonach durch das Marktverhalten des Beschuldigten für den Liefertag 17.4.2021 ein falsches Preissignal durch den Marktmechanismus auf Grundlage einer irrtümlich überhöhten Angebotsmenge gesendet worden sei und damit auch ein künstliches Preisniveau für den 17.4.2021 geschaffen worden sei, und der Erörterung dieser Ansicht in der mündlichen Verhandlung am 20.12.2023, weitete die E-Control den Tatvorwurf in ihrem

weiteren Vorbringen aus. Dieses bezog sich nunmehr auf die Kombination des Marktverhaltens der C. D. für den Liefertag 17. und 18.4.2021 oder allenfalls das Verhalten an einem dieser Tage alleine, das nach Ansicht der E-Control für die hohen Preise nach dem Wochenende 17./18.4.2021 verantwortlich gemacht wurde (vgl. dazu etwa die Stellungnahme der E-Control vom 24.1.2024 [ON 65]). Vertrat die E-Control in der Beschwerde an das Verwaltungsgericht noch die Auffassung, dass der C. D. im Antrag auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe vom 24.3.2022 „eine Marktmanipulation durch manipulative Kapazitätsrückhaltung im Sinne der ACER Guidance“ durch die die unverhältnismäßige und abrupte Angebotsreduktion mit preisbeeinflussender Wirkung am Regelreservemarkt am Liefertag 18. April 2021 zur Last gelegt wurde (siehe S 3 und 24 der Beschwerde), so äußerte sich der Vertreter der E-Control in der mündlichen Verhandlung vom 15.2.2024 befragt nach der Tatanlastung, wie in der Niederschrift festgehalten ist (ON 78, S 4), wie folgt: *„Befragt durch den Vertreter des Beschuldigten ob die Tatanlastung in dem Gesamtverhalten für den 17.04.2021 und 18.04.2021 besteht, oder ob nur das Verhalten für den Liefertag 17.04.2021 oder nur das Verhalten für den Liefertag 18.04.2021 oder alle drei Verhaltensweisen nebeneinander also insgesamt drei Tatanlastungen vorgeworfen wird gebe ich an, dass das gesamte Verhalten des Beschuldigten für die Liefertage 17. und 18.04.2021 angelastet wird, dass jedoch nicht ausgeschlossen wurde, dass das Verhalten an nur einem dieser Tage strafbar war.“*

Dieser vom Vertreter der E-Control vertretenen Ansicht steht entgegen, dass dem Beschuldigten sein Marktverhalten für den Liefertag 17.4.2021 innerhalb der Frist zur Verfolgungsverjährung nie mit der oben beschriebenen notwendigen Bestimmtheit als Tathandlung oder auch nur als Teil einer Tathandlung angelastet wurde. Insbesondere wurde der Beschuldigte innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist nie mit dem Vorwurf konfrontiert, dass das durch einen Softwarefehler verursachte Anbieten einer zu hohen Menge für den Liefertag 17.4.2021 einen Teil der Tathandlung darstelle, obwohl der E-Control dieses Sachverhaltselement schon zum Zeitpunkt der Einbringung des Antrags auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe bekannt war, wie sich aus diesem Antrag selbst ergibt (S 13 des Antrages). Dort wird der „Verarbeitungsfehler in den IT Systemen“ für den Liefertag 17.4.2021 als Teil der Rechtfertigung der C. D. erwähnt und ausgeführt, dass dieser keine Rechtfertigung für das

Angebotsverhalten der C. D. für den Liefertag 18.4.2021 darstelle, ein Fehlverhalten am Markt für Tertiärregelreserveenergie für den Liefertag 17.4.2021 wird aber nicht angelastet. Angelastet wurde innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist lediglich die nicht gerechtfertigte plötzliche Herabsetzung der Angebotsmenge für den Liefertag 18.4.2021.

Weder aufgrund der Aufforderung zur Rechtfertigung noch durch den Antrag auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe insgesamt wurde der Beschuldigte in die Lage versetzt, erkennen zu können, dass ihm letztlich die irrtümlich überhöhte Angebotsmenge für den Liefertag 17.4.2021 als Tathandlung einer Verwaltungsübertretung angelastet werden könnte. Eine solche auf das Angebotsverhalten für den Liefertag 17.4.2021 abzielende Tatanlastung etwa in Form des Sendens eines falschen (nämlich überhöhten) Mengensignals für diesen Liefertag ist daher von den innerhalb der Frist zur Verfolgungsverjährung gesetzten Verfolgungshandlungen nicht gedeckt.

D. Zum Vorwurf der missbräuchlichen Marktmanipulation

1. Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen

a. Verbot der Marktmanipulation gilt auch für Verträge über Regelenergieserve

Art. 5 REMIT untersagt die Vornahme oder den Versuch der Vornahme von Marktmanipulationen auf den Energiegroßhandelsmärkten. Eine solche Marktmanipulation ist gemäß Art. 2 Z 2 lit. a sublit. i und ii REMIT unter anderem erstens der Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrags für Energiegroßhandelsprodukte, der bzw. die falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Energiegroßhandelsprodukten, die Nachfrage danach oder ihren Preis gibt oder geben könnte oder zweitens den Preis eines oder mehrerer Energiegroßhandelsprodukte durch eine Person oder mehrere in Absprache handelnde Personen in der Weise beeinflusst oder zu beeinflussen versucht, dass ein künstliches Preisniveau erzielt wird, es sei denn, die Person, welche die Transaktion abgeschlossen oder den Handelsauftrag erteilt hat, weist nach, dass sie legitime Gründe dafür hatte und dass diese Transaktion oder dieser

Handelsauftrag nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden Energiegroßhandelsmarkt verstößt.

Als „Energiegroßhandelsmarkt“ gilt dabei gemäß Art. 2 Z 6 REMIT jeder Markt in der Union, auf dem Energiegroßhandelsprodukte gehandelt werden. „Energiegroßhandelsprodukte“ sind gemäß Art. 2 Z 4 REMIT die folgenden Verträge und Derivate unabhängig davon, wo und wie sie gehandelt werden:

- a) Verträge für die Versorgung mit Strom oder Erdgas, deren Lieferung in der Union erfolgt;
- b) Derivate, die Strom oder Erdgas betreffen, das/der in der Union erzeugt, gehandelt oder geliefert wurde;
- c) Verträge, die den Transport von Strom oder Erdgas in der Union betreffen;
- d) Derivate, die den Transport von Strom oder Erdgas in der Union betreffen.

Verträge über die Lieferung und die Verteilung von Strom oder Erdgas zur Nutzung durch Endverbraucher sind hingegen gemäß Art. 2 Z 4 vorletzter Satz REMIT keine Energiegroßhandelsprodukte.

Damit ist die Definition von „Energiegroßhandelsprodukten“ sehr breit gefasst und umfasst unter anderem alle Verträge für die Versorgung mit Strom und alle Verträge, die den Transport von Strom in die Union betreffen. Ausgenommen sind lediglich Verträge über die Lieferung und die Verteilung von Strom zur Nutzung durch Endverbraucher. Da auch die Verträge, die die APG zur Sicherstellung der Netzstabilität mit Hilfe der Regelreserve abschließt, den Transport von Strom betreffen bzw. Verträge für die Versorgung mit Strom sind, fallen sie unter die Definition des Art. 2 Z 4 REMIT und sind als „Energiegroßhandelsprodukte“ zu verstehen.

Gemäß Art. 16 Abs. 1 REMIT wirkt die europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) darauf hin, sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden ihre Aufgaben gemäß dieser Verordnung in koordinierter und einheitlicher Weise erfüllen. Zu diesem Zweck veröffentlicht sie unverbindliche Leitlinien zur Anwendung der Begriffsbestimmungen in Art. 2 REMIT. Dies bedeutet, dass den von der ACER verfassten Leitlinien bei der Interpretation der Bestimmungen der REMIT eine besondere Bedeutung zukommt.

Die „Acer Guidance on the application of Regulation (EU) No 1227/2011“, 6th Edition, (Acer Guidance) führt zum Begriff der Energiegroßhandelsprodukte aus, dass nach Ansicht der ACER Verträge betreffend das „balancing“, also dem Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem, dem auch die Bereitstellung von Regelreserve dient, als „Verträge für die Versorgung mit Strom oder Erdgas, deren Lieferung in der Union erfolgt“ bzw. als „Verträge, die den Transport von Strom oder Erdgas in der Union betreffen“ iSv Art. 2 Z 4 REMIT zu verstehen sind (siehe dazu Acer Guidance, S 17). Zum Begriff des Energiegroßhandelsmarktes führt ACER aus, dass insbesondere auch Systemausgleichsmärkte für Strom und lokale Flexibilitätsmärkte als Energiegroßhandelsmärkte zu verstehen sind, und zwar auch dann, wenn ein Übertragungsnetzbetreiber als einziger Käufer am Markt auftritt (siehe dazu Acer Guidance, S 18f und insb. FN 20 auf S 19).

In diesem Sinne sind daher auch die österreichischen Reserveenergiemärkte Energiegroßhandelsmärkte iSv Art. 2 Z 6 REMIT, auf denen die Vornahme oder der Versuch der Vornahme von Marktmanipulationen gemäß Art. 5 REMIT untersagt sind. Dies deckt sich auch mit der Einordnung aus ökonomischer Sicht durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen, der in seinem Gutachten zu dem Ergebnis kommt, dass es sich bei dem Vergabeverfahren für die Tertiärregelreserve um einen Markt handelt, auf dem ein Energiegroßhandelsprodukt gehandelt wird.

Der Beschuldigte tritt diesem Verständnis im Verfahren (insbesondere in der Stellungnahme vom 17.3.2023 und in der Stellungnahme vom 28.2.2024) entgegen und verweist diesbezüglich zuerst auf die abweichende Begrifflichkeit in der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL (Richtlinie [EU] 2019/944 des Europäischen Parlamentes und Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU). Dem ist entgegenzuhalten, dass die in der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL festgelegten Definitionen „für die Zwecke dieser Richtlinie“ festgelegt wurden, wie Art. 2 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL sogar ausdrücklich festhält und daher nur für diese Richtlinie unmittelbar gelten. Die REMIT verweist hingegen hinsichtlich mancher Definitionen ausdrücklich auf Definitionen der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL (in ihrer vorherigen Fassung 2009/72/EG), wie etwa in Art. 2 Z 14 und 15, übernimmt aber die Definitionen der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL nicht grundsätzlich, sodass zwar

hinsichtlich der ausdrücklich verwiesenen Definitionen von einem Einklang der Begriffsdefinitionen ausgegangen werden muss, nicht aber hinsichtlich aller.

Weiters meint der Beschuldigte, dass aus den in der Durchführungsverordnung zur REMIT (Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1348/2014 der Kommission vom 17. Dezember 2014) festgelegten Meldepflichten Rückschlüsse auf die Begriffsinhalte in der REMIT gezogen werden können. Dabei meint der Beschuldigte aus der Durchführungsverordnung ableiten zu können, dass „Regelenergieleistungen“ nicht als Energiegroßhandelsprodukte zu verstehen sind.

Tatsächlich ist genau das Gegenteil der Fall. Die in Art. 4 Abs. 1 lit. d der Durchführungsverordnung aufgestellte Verpflichtung zur Meldung von Verträgen über Regelenergieleistungen in den Bereichen Strom und Erdgas stellt nämlich eine Durchführungsbestimmung zu Art. 8 Abs. 1 REMIT dar und regelt damit die Meldepflicht für Transaktionen auf Energiegroßhandelsmärkten. Wie sich schon aus dem Aufbau der Durchführungsverordnung ergibt, sind in „Kapitel II - MELDEPFLICHTEN HINSICHTLICH TRANSAKTIONEN“ der Durchführungsverordnung die Durchführungsbestimmungen gemäß Art. 8 Abs. 2 REMIT zu Art. 8 Abs. 1 REMIT enthalten, während in die „Kapitel III – MELDUNG VON FUNDAMENTALDATEN“ die Durchführungsbestimmungen gemäß Art. 8 Abs. 6 REMIT zu Art. 8 Abs. 5 REMIT enthalten sind. Art. 2 Z 1 der Durchführungsverordnung definiert als Fundamentaldaten „Informationen, die die Kapazität und Nutzung von Anlagen zur Erzeugung und Speicherung, zum Verbrauch oder zur Übertragung/Fernleitung von Strom oder Erdgas oder die Kapazität und Nutzung von LNG-Anlagen betreffen, einschließlich der geplanten oder ungeplanten Nichtverfügbarkeit dieser Anlagen“ und übernimmt damit die Diktion des Art. 8 Abs. 5 REMIT.

Der Umstand, dass gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. d der Durchführungsverordnung Verträge und Einzelheiten von Transaktionen im Zusammenhang mit Verträgen über Regelenergieleistungen in den Bereichen Strom und Erdgas der ACER (wenn auch nur auf begründete Anforderung) zu melden sind, spricht damit dafür, dass auch nach dem Begriffsverständnis der Durchführungsverordnung der REMIT

solcher Verträge als Transaktionen am Energiegroßhandelsmarkt iSv Art. 8 Abs. 1 REMIT zu verstehen sind.

Da also Verträge über Tertiärregelenergie, die im Rahmen von Auktionen abgeschlossen werden als Energiegroßhandelsprodukte iSv Art. 2 Z 4 REMIT zu verstehen sind, die auf Energiegroßhandelsmärkten iSv Art. 2 Z 6 REMIT gehandelt werden, gilt auch für solche Verträge das Verbot der Marktmanipulation gemäß Art. 5 REMIT.

b. Zur Marktmanipulation

Gemäß Art. 5 REMIT ist die Vornahme oder der Versuch der Vornahme von Marktmanipulation auf den Energiegroßhandelsmärkten untersagt. Dabei werden die Begriffe „Marktmanipulation“ und „Versuch der Marktmanipulation“ in Art. 2 Z 2 und 3 näher definiert.

Während es beim „Versuch der Marktmanipulation“ maßgeblich auf die Absicht des Betroffenen ankommt, bezieht sich die Definition der „Vornahme der Marktmanipulation“ ausschließlich darauf, ob der Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrags für Energiegroßhandelsprodukte falsche oder irreführende Signale betreffend das Angebot, die Nachfrage oder den Preis von Energiegroßhandelsprodukten gibt oder geben könnte (Art. 2 Z 2 lit. a sublit. i) bzw. ob ein künstliches Preisniveau erzielt wurde (Art. 2 Z 2 lit. a sublit. ii). Auf die Marktmanipulation durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen (Art. 2 Z 2 lit. a sublit. iii) bzw. durch die Verbreitung falscher Informationen über Medien (Art. 2 Z 2 lit. b) wird an dieser Stelle mangels Relevanz für die vorliegende Rechtssache nicht eingegangen werden.

Ob ein bestimmtes Marktverhalten falsche oder irreführende Signale gibt oder geben könnte, hängt zuerst davon ab, ob das Marktverhalten von anderen Marktteilnehmern überhaupt wahrgenommen werden kann. Werden etwa Angebote bei einer Auktion, die keinen Zuschlag erhalten nicht veröffentlicht, sodass außer dem Bieter und dem Käufer kein Marktteilnehmer Informationen zu dem Angebot erhält, so kann dieses Angebot jedenfalls kein falsches oder irreführendes Signal geben. Einer differenzierten Betrachtung bedarf es, wenn

bestimmte Handelsaktivitäten veröffentlicht werden, oder zwar nicht einzeln veröffentlicht werden, sie aber etwa in anonymisierter und/oder aggregierter Form veröffentlicht werden und so Teilinformationen einer bestimmten einzelnen Handelsaktivität anderen Marktteilnehmern zugänglich werden. In einem solchen Fall ist zuerst zu prüfen, ob eine Handelsaktivität gesetzt wurde, die nicht als ernsthaft betrachtet werden kann. Als Beispiele für solche nicht ernsthaften („non-genuine“) Handelsaktivitäten sind in der ACER Guidance etwa Angebote oder Transaktionen genannt, die betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sind, die irrtümlich abgegeben wurden oder nicht mit dem Interesse abgegeben wurden, dass sie tatsächlich durchgeführt werden (vgl. Acer Guidance, S 73f).

Liegen solche Aktivitäten vor, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese Aktivitäten Signale an den Markt gesendet haben oder ob es wahrscheinlich ist, dass sie Signale an den Markt gesendet haben (vgl. Acer Guidance, S 74). Bestätigt sich dies, so liegen falsche oder irreführende Signale iSv Art. 2 Z 2 lit. a sublit. i REMIT vor. Die Beurteilung, ob ein falsches oder irreführendes Signal an den Markt gesendet wurde, kann etwa anhand der Beobachtung des Marktes vor und nach der Handelsaktivität vorgenommen werden. Insbesondere die Änderung des Handelsverhaltens anderer Marktteilnehmer ist ein Indiz dafür, dass das Signal an den Markt gesendet wurde (vgl. auch dazu Acer Guidance, S 74).

Art. 2 Z 2 lit. a sublit. i REMIT verbietet nicht nur Handelsaktivitäten, die tatsächlich falsche oder irreführende Signal an den Markt senden, sondern auch solche die einen derartigen Effekt wahrscheinlich haben (so ausdrücklich Acer Guidance, S 76, erster Absatz). Ob das Senden solcher Signale wahrscheinlich ist, kann anhand der näheren Umstände zur Zeit der verdächtigen Handelsaktivität und aufgrund der Charakteristik der konkreten Handelsaktivität beurteilt werden (siehe auch dazu Acer Guidance, S 76).

Neben dem Senden falscher oder irreführender Signale ist für diese Rechtssache auch noch eine zweite Form der Marktmanipulation von Bedeutung, nämlich der Abschluss einer Transaktion oder das Erteilen eines Handelsauftrags für Energiegroßhandelsprodukte, der bzw. die den Preis eines oder mehrerer Energiegroßhandelsprodukte durch eine Person oder mehrere in Absprache handelnde Personen in der Weise beeinflusst oder zu beeinflussen versucht, dass

ein künstliches Preisniveau erzielt wird, es sei denn, die Person, welche die Transaktion abgeschlossen oder den Handelsauftrag erteilt hat, weist nach, dass sie legitime Gründe dafür hatte und dass diese Transaktion oder dieser Handelsauftrag nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden Energiegroßhandelsmarkt verstößt (siehe Art. 2 Z 2 lit. a sublit. ii REMIT).

Ein Preisniveau muss dann als künstlich angesehen werden, wenn es von jenem abweicht, das ohne Manipulation erzielt worden wäre. Wären die Marktteilnehmer ohne die manipulativen Transaktionen einem anderen Preisniveau ausgesetzt gewesen, liegt also ein künstliches Preisniveau vor (siehe dazu ACER Guidance, 78 f). Ob das künstliche Preisniveau dabei nach oben oder nach unten abweicht, ist nicht relevant. Auch eine nur kurzzeitige Änderung des Preisniveaus kann eine Verletzung des Art. 5 REMIT darstellen (siehe dazu ACER Guidance, 78 f).

Die Acer Guidance nennt die manipulative Zurückhaltung von vorhandener Energieerzeugungskapazität (ACER Guidance, 90 lit. t) als ein Beispiel für Marktmanipulationen durch das Senden falscher oder irreführende Signale bzw. das Erzielen eines künstlichen Preisniveaus.

Hinsichtlich der Zurückhaltung von vorhandener Energieerzeugungskapazität wird in der ACER Guidance betont, dass nicht jede Zurückhaltung von Energieerzeugungskapazität eine Verletzung von Art. 5 REMIT darstellt, sondern dass jeder Einzelfall einer individuellen Prüfung unterzogen werden muss, welche aus zwei Elementen besteht. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob der betroffene Marktteilnehmer unter den konkreten Umständen dazu in der Lage ist, den Preis oder das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage eines Energiegroßhandelsprodukts durch sein Verhalten zu beeinflussen. Ist dies der Fall, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Marktteilnehmer eine berechtigte technische, regulatorische und/oder wirtschaftliche Rechtfertigung dafür hat, seine verfügbare Erzeugungskapazität nicht oder über den Grenzkosten anzubieten (siehe ACER Guidance, 90f).

c. Marktmanipulation als Verwaltungsübertretung

Gemäß § 99 Abs. 4 Z 1 EIWOG 2010 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu EUR 150.000,- Euro zu bestrafen, wer entgegen Art. 5 in Verbindung mit Art. 2 Z 2 und 3 der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 eine Marktmanipulation oder den Versuch einer Marktmanipulation vornimmt. Damit wird ein Verstoß gegen Art. 5 REMIT im österreichischen Recht zu einer Verwaltungsübertretung erklärt, auf die die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes anwendbar sind. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt.

Im vorliegenden Fall ist also zu prüfen, ob der Beschuldigte gegen Art. 5 REMIT verstoßen hat und damit den objektiven Tatbestand der Verwaltungsübertretung begangen hat und ob ihm in subjektiver Hinsicht dabei Fahrlässigkeit anzulasten ist.

2. Zum angelasteten Tatverhalten

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass die C. D. für den Liefertag 18.4.2021, abweichend vom Angebotsverhalten der davorliegenden Wochen an denen durchgehend je 280 MW geboten wurden, nur je 100 MW für jeden 4-Stunden-Abschnitt der Auktion für Tertiärregelreserve angeboten hat. Dies entsprach der unternehmensinternen Willensbildung wie sie bereits am 16.4.2021 stattgefunden hatte. Der Fehler in der Software, die Preisvorschläge für die Angebote auf dem Tertiärregelreservemarkt berechnete, wurde nach der Auktion am 16.4.2021 für den Liefertag 17.4.2021 entdeckt und hatte keine Auswirkungen mehr auf die Auktion am 17.4.2021 betreffend den Liefertag 18.4.2021. Die Angebote der C. D. wurden durch einen Mitarbeiter manuell erstellt und in das Auktionssystem der APG übertragen.

Die E-Control wirft dem Beschuldigten hinsichtlich der Auktion für die Tertiärregelreserve betreffend den Liefertag 18.4.2021 vor, dass die C. D. das Angebot ohne gute Gründe stark reduziert habe und Kapazitäten zurückgehalten habe. Damit sei ein künstliches Knappheitssignal gesendet worden und ein künstliches (erhöhtes) Preisniveau erzielt worden. Die E-Control ordnet das Verhalten der C. D. dabei als manipulative Kapazitätsrückhaltung ein (siehe etwa

schon in der Zusammenfassung auf Seite 2 des Antrages auf Verhängung einer Verwaltungsstrafe vom 24.2.2022 oder in der Beschwerde S 24).

Wie oben dargestellt, kann eine Kapazitätsrückhaltung eine verbotene Marktmanipulation darstellen, wenn der betroffene Marktteilnehmer unter den konkreten Umständen dazu in der Lage war, den Preis oder das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage eines Energiegroßhandelsprodukts durch sein Verhalten zu beeinflussen und der Marktteilnehmer keine berechtigte technische, regulatorische und/oder wirtschaftliche Rechtfertigung dafür hat, seine verfügbare Erzeugungskapazität nicht oder über den Grenzkosten anzubieten.

Es trifft zu, dass die C. D. auf dem Markt für die Tertiärregelreserve aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Erzeugungskapazitäten und der in der Regel angebotenen Mengen eine besondere Stellung einnimmt, die es ihr erlaubt mit ihrem Angebotsverhalten den Preis oder das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage zu beeinflussen. Es konnte allerdings festgestellt werden, dass die C. D. für die Reduktion des Angebotes für den Liefertag 18.4.2021 nachvollziehbare betriebswirtschaftliche Gründe hatte. Diese lagen vor allem in der Wasserknappheitssituation und in einer Abwägung der wirtschaftlichen Risiken, die mit einem höheren Angebot auf dem Tertiärregelmarkt verbunden gewesen wären.

Hätte die C. D. mehr Kapazität am Markt für Tertiärregelreserve angeboten, hätte dies zur Folge gehabt, dass aufgrund der kurzen Abrufzeiten für die Tertiärregelreserve kein Pumpbetrieb von den Mittelbecken in die Kopfbecken möglich gewesen wäre oder dass im Fall des Energieabrufs Wasser über eine Hauptstufe aus dem Gesamtsystem abgelassen hätte werden müssen. Die Erhöhung der Speicherstände (und erst recht die Erhaltung des noch in den Speichern vorhandenen Wassers) hatte aber aufgrund der akuten Knappheitssituation in den Speicherbecken oberste Priorität, um sich angesichts der langfristig bestehenden Lieferverpflichtungen nicht in eine zu starke Abhängigkeit von Zukäufen auf dem Spotmarkt zu begeben.

Die C. D. hat auch keine Kapazitäten zurückgehalten, sondern alle Kapazitäten auf den dafür zur Verfügung stehenden Märkten angeboten. Der Vertreter der E-Control gab in der mündlichen Verhandlung vom 15.2.2024 an, dass auch aus

Sicht der E-Control keine Hinweise dafür vorlägen, dass die C. D. vorhandene Kapazitäten nicht angeboten hätte. Der Tatvorwurf der E-Control gehe vielmehr dahin, dass vorhandene Kapazitäten statt am Tertiärregelmarkt, am Spotmarkt angeboten wurden. Dass sich die C. D. dafür entschieden hat das Angebot auf dem Tertiärregelmarkt stärker zu reduzieren, als auf anderen Märkten ist aber wirtschaftlich nachvollziehbar, da Anlagen, die für die Bereitstellung von Reserveenergie reserviert worden wären, nicht für den Pumpbetrieb zur Verfügung gestanden wären.

Das von der C. D. für den Liefertag 18.4.2021 gesendete Knappheitssignal war daher kein künstliches, sondern eines, das in einer tatsächlich vorherrschenden Knappheit begründet war. Auch das Preisniveau das sich ab dem Liefertag 18.4.2021 auf dem Markt für Tertiärregelreserveenergie etablierte, war kein künstliches, sondern das Ergebnis einer Verknappung des Angebotes, das wiederum auf eine knappe Wassersituation zurückzuführen war.

Dass die C. D. bei der Festlegung der von ihr angebotenen Kapazitäten am Markt für die Tertiärregelenergie offensichtlich nicht berücksichtigt hat, dass die Reduktion ihres Angebotes in dem vorgenommenen Ausmaß möglicherweise dazu führen würde, dass der notwendige Bedarf an Regelreserve nicht gedeckt werden konnte, stellt für sich genommen kein manipulatives Verhalten dar. Die C. D. trifft kein gesetzlicher Versorgungsauftrag und ist nicht verpflichtet ihre Kapazitäten entgegen ihren betriebswirtschaftlichen Interessen auf einem bestimmten Markt anzubieten.

Es trifft zu, dass die Reduktion der Angebotsmenge vom Liefertag 17.4.2021 auf den Liefertag 18.4.2021 aufgrund der irrtümlich von der C. D. abgegeben überhöhten Angebotsmenge für den 17.4.2021 zwischen diesen beiden Tagen höher ausgefallen ist, als sie ausgefallen wäre, wenn die C. D. entsprechend ihrer unternehmensinternen Willensbildung bereits für den Liefertag 17.4.2021 die Angebotsmenge reduziert hätte. Dies ändert aber nichts daran, dass das Angebotsverhalten der C. D. für den 18.4.2021 den tatsächlichen wirtschaftlichen und technischen Verhältnissen und der unternehmensinternen Willensbildung dazu entsprach und daher keine Marktmanipulation darstellt. Das Angebotsverhalten für den 17.4.2021 kann für sich genommen im Rahmen dieses Verfahrens nicht

verfolgt werden, da dieses dem Beschuldigten bis zum Eintritt der Verfolgungsverjährung nie als Tathandlung angelastet wurde.

Die Einstellung des Strafverfahrens mit dem angefochtenen Bescheid hinsichtlich des Tatvorwurfes der Beschuldigte habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer der C. D. zu verantworten, dass diese Gesellschaft am Markt für positive Tertiärregelleistung für die sechs 4-Stundenprodukte am Liefertag 18. April 2021 durch ein künstliches Knappheitssignal, dem Markt falsche bzw. irreführende Signale iSd Art. 2 Z 2 lit a i VO (EU) 1227/2011 (REMIT) bezüglich des Angebots von positiver Tertiärregelleistung gegeben sowie ein künstliches Preisniveau geschaffen und damit im Sinne des Art. 2 Z 2 lit a ii VO (EU) 1227/2011 REMIT den Preis beeinflusst ist daher zu Recht erfolgt. Die gegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

V. Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim

Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Hinweis:

Das Verwaltungsgericht Wien ist weder zur Entgegennahme von zu begleichenden Geldstrafen noch zur Eintreibung solcher zuständig. Im Falle einer rechtskräftigen Verhängung einer Geldstrafe wenden Sie sich bitte an die Verwaltungsbehörde (die Kontaktdaten finden Sie am angefochtenen Straferkenntnis), welche die Strafe verhängt hat!

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Dr. Lehner