



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKARTELLANWALT

NKA 13/11

Schmerlingplatz 11
1016 Wien
Tel.: 01 52 1 52/3057
Fax: 01 52 1 52/3790

Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT)

Sektion III/PT2 (Recht)

JD@bmvit.gv.at

cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Betreff: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das TelekommunikationsG 2003, das KommAustria-G sowie das Verbraucherbehörden-KooperationsG geändert werden sollen (BMVIT-630.333/0003-III/PT2/2011)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Für die Übermittlung des Entwurfs wird gedankt und dazu Stellung genommen wie folgt:

A. Zum Entwurf

I. Zu Z 43 (§ 38 Abs 5)

1. Diese neue Zuständigkeit sieht vor, dass Risikobeteiligungsverträge und Kooperationsvereinbarungen von Kommunikationsnetzbetreibern der Regulierungsbehörde vorab anzuzeigen sind und dass diese derartige Verträge/Vereinbarungen nach Anhörung der kartellgesetzlichen Amtsparteien Bundeskartellanwalt (BKAnw) und Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) binnen 8 Wochen mit Bescheid untersagen kann, wenn durch diese der Wettbewerb beeinträchtigt werden kann. Die Genehmigung kann mit Nebenbestimmungen erteilt werden, wenn dies notwendig ist, um eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu vermeiden.

Begründet wird dies in den Erläuterungen damit, eine „Forderung der Branche“ zu sein.

2. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass zumindest „die Branche“ fordert, dass die Regulierungsbehörde in Anwendung von § 1 KartG 2005 / Art 101 AEUV offenbar wettbewerbsbehördliche Entscheidungen treffen soll. Zwar wird den dafür eigentlich zuständigen Behörden BKAnw / BWB ein Anhörungsrecht eingeräumt, das allerdings mit einer extrem kurzen Frist versehen werden müsste (die Regulierungsbehörde selbst hat ja nur eine 8-Wochen-Frist zur Verfügung).

Jedenfalls würde damit aber ein wohl nur schwer aufzulösendes Spannungsverhältnis zu einschlägigen kartellrechtlichen Bestimmungen und Prinzipien begründet werden:

- Völlig ungeklärt – und im Entwurf bzw. in dessen Erläuterungen auch gar nicht thematisiert – ist das Verhältnis dieser beabsichtigten Bestimmung zu den §§ 26 ff KartG 2005;
- dadurch würde das (seit 1.5.2004 auf europäischer Ebene bzw. mit 1.1.2006 in Österreich geltende) kartellrechtliche Prinzip der „Legalausnahme“ eliminiert und wieder ein Genehmigungssystem eingeführt;
- nicht nachvollziehbar ist, was mit dem verschämt als „Nebenbestimmungen“ bezeichneten Tatbestandsmerkmal gemeint ist. Sollen damit – ohne dies aber konkret auszusprechen – im Genehmigungsverfahren Auflagen (wie etwa in der Fusionskontrolle / vgl. § 12 Abs 3 KartG 2005) oder gar Verpflichtungszusagen (§ 27 KartG 2005) eingeführt werden?
- Höchstgerichtlich geklärte (vgl KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08) und – aus Sicht des BKAⁿw – in der Praxis bewährte Zuständigkeitsabgrenzungen würden ohne ersichtlichen berechtigten Grund (eine „Forderung der Branche“ als Begründung ist dafür wohl nicht ausreichend) obsolet gemacht bzw. nur eine Vielzahl von neuen erst zu klärenden Fragen und Problemen aufgeworfen.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass nach dem Willen des Entwurfs – unbeschadet der Bestimmung des § 2 Abs 4 TKG 2003 – in der Praxis der Regulierungsbehörde diese ausschließlich und abschließend über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit solcher Vereinbarungen entscheiden soll.

Der BKAⁿw spricht sich nachdrücklich gegen eine solche materielle Derogation der §§ 1 ff KartG 2005 und dem damit verbundenen Eingriff in die Zuständigkeiten der für deren Vollzug vom Gesetzgeber vorgesehenen Behörden aus.

II. Zu Z 141 (§ 127 Abs 3)

1. Nach dieser Bestimmung soll nunmehr auch die Regulierungsbehörde einen kartellgerichtlichen Prüfungsantrag gemäß § 11 Abs 1 KartG 2005 stellen können, sofern die „in § 1 genannten Zweck- und Zielbestimmungen“ durch den Zusammenschluss berührt werden. Laut den Erläuterungen soll dies einer parallelen rechtlichen Beurteilung vorbeugen.
2. Vorweg befremdet, dass sich ein derartig weitgehender grundsätzlicher Einschnitt sehr versteckt findet und – trotz seiner Tragweite nicht einmal Erwähnung im Vorblatt findet. Davon abgesehen widerspricht die beabsichtigte Regelung der Systematik des KartG 2005 und der

dazu ergangenen Judikatur in manifester Weise.

a. § 36 Abs 2 KartG 2005 regelt die Berechtigung zur Stellung von Anträgen auf Prüfung eines Zusammenschlusses abschließend. Dabei hat sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine Antragsbefugnis der Regulatoren entschieden, denen in § 36 Abs 4 Z 2 KartG 2005 Antragsrechte in anderen Fällen zukommen. Die Erläuterungen zur beabsichtigten Regelung erschöpfen sich leider darin, dass damit einer parallelen rechtlichen Anwendung vorgebeugt werden solle, und sind damit wenig hilfreich.

Überdies enthält diese Bestimmung durch ihren Verweis auf die „in § 1 genannten Zweck- und Zielbestimmungen“ auslegungsbedürftige unbestimmte Tatbestandsmerkmale

Aus Sicht des BKAⁿw geht es nicht an, dass nunmehr im TKG 2003 - gleichsam nebenbei - dem § 36 KartG 2005 materiell derogiert und die dort vorgesehenen Grundsätze für einen regulierten Wirtschaftszweig außer Kraft gesetzt werden.

b. Auch nach der einschlägigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung wurde die derzeit bestehende fusionskontrollrechtliche „schlanke“, auf die zwei Amtsparteien beschränkte Antragsbefugnis als wohl begründet und überlegt erachtet, soll doch durch diese Konzentration der Gefahr der Verzögerung – gerade im Interesse der Wirtschaft - entgegengewirkt werden (KOG 23.6.1997, 16 Ok 6-8/97). Auch jüngst hat das zuständige Höchstgericht ein Durchbrechen des Antragsmonopols von BKAⁿw und BWB als unzulässig erachtet (KOG 4.10.2010, 16 Ok 6/10). Auf frühere Entscheidungen zum Zusammenwirken Amtsparteien/Regulierungsbehörden darf der Vollständigkeit halber hingewiesen werden (KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08; 11.10.2004, 16 Ok 11/04).

B. Grundsätzliches und Ergebnis

Mit der KartG-Nov 2002 hat der Gesetzgeber im KartG die Antragsbefugnis der Regulatoren eingeführt, weil er sich damals Beiträge vor allem im Bereich der Missbrauchsaufsicht erwartet hatte (RV 1005 BlgNr 21.GP 26). Bewusst nicht erfasst wurden damals die mit dem nunmehr vorliegenden Entwurf tangierten beiden Säulen des Kartellrechtsvollzuges ieS und der Fusionskontrolle. Dies wurde unverändert auch vom Gesetzgeber des KartG 2005 fortgeschrieben: Dieser letzten großen Novellierung des Kartellrechts gingen bekanntlich umfassende Diskussion mit allen beteiligten Kreisen voraus, ohne dass derartige Forderungen, wie sie sich nunmehr im Entwurf finden, erhoben worden wären.

Die Einführung einer generellen Antragsbefugnis kann aber auch aus systematisch/dogmatischen Gründen ausschließlich im Zuge einer – mit allen Beteiligten zu diskutierenden - Novellierung des Kartell-/Wettbewerbsrechts erfolgen und nicht punktuell anlässlich der Novellierung einzelner regulierter Materien wie dem Telekommunikationsrecht.

Wollte man derart weitgehende systematische Änderungen einführen, so kann dies nicht

„durch die Hintertür“ erfolgen. Insofern überrascht der nunmehrige Vorstoß besonders, der im Übrigen weder mit BKAⁿw noch BWB auch nur ansatzweise diskutiert worden ist.

Dazu kommt, dass es im vorliegenden Entwurf zwar (vorerst?) „nur“ um eine einzige Regulierungsbehörde geht. Würde man aber die beabsichtigten Änderungen in den geltenden Rechtsbestand aufnehmen, würden dann wohl auch andere Regulierungsbehörden unter Verweis darauf gleichlautende Kompetenzen fordern, die man im Sinne der Gleichbehandlung wohl nur schwerlich verweigern könnte. Die damit einhergehende behördliche „Vielgleisigkeit“ kann aber in letzter Konsequenz den effizienten Kartellrechtsvollzug insgesamt gefährden.

Der BKAⁿw spricht sich daher dezidiert gegen die Z 43 (§ 38 Abs 5) und Z 141 (§ 127 Abs 3) des Entwurfs aus.

Diese Stellungnahme wird in Kopie dem Präsidium des Nationalrates (begutachtungsverfahren@parlament.gv.at) elektronisch übermittelt.

Wien, 21.4.2011



(Dr. Alfred Mair)