



**REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE**

BMVIT
Sektion III/PT2 (Recht)
JD@bmvit.gv.at

Name/Durchwahl:
Fischer/307

Geschäftszahl:
BWB/L-356/4
(Diese Geschäftszahl bitte immer anführen!)

cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, 2011-04-26

**Entwurf TKG-Novelle
BMVIT-630.333/0003-III/PT2/2011**

Sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Übermittlung des Entwurfs der Novelle zum TKG 2003!

Der Entwurf enthält Bestimmungen, die unmittelbare Auswirkungen auf die Vollziehung des KartG¹ haben. So soll auch ein Genehmigungsverfahren für Kartelle eingeführt werden. Ua weil diese Bestimmungen im Vorblatt des Entwurfes keine Erwähnung finden, ist zu befürchten, ihnen könnte die erforderliche Aufmerksamkeit entzogen werden. IdS ist insb festzuhalten:

1 Zu § 38 Abs 5 des Entwurfs

- (1) § 38 Abs 5 S 1 des Entwurfs hat keinen über Art 5 StGG/Art 1 1.ZP-MRK und § 1 KartG/Art 101 AEUV hinausgehenden Gehalt.

¹ = Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

(2) § 38 Abs 5 S 2-4 des Entwurfs enthalten

- eine Anzeigepflicht bei der Regulierungsbehörde "vor dem Wirksamwerden" der Vereinbarung;
- eine Entscheidungskompetenz der Regulierungsbehörde über die Frage, ob durch eine bestimmte Vereinbarung der Wettbewerb beeinträchtigt werden kann und welche Nebenbestimmungen erforderlich und geeignet sind, um allenfalls bestehende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu vermeiden;
- die Verpflichtung der Regulierungsbehörde, vor dieser Entscheidung BWB² und BKANw³ zu hören.

(3) Auch wenn spitzfindige juristische Argumentationslinien denkbar sind, mit denen sich auf Wunsch formaljuristisch andere Sichtweisen behaupten ließen, so begründet § 38 Abs 5 des Entwurfs im Ergebnis die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde, bestimmte Verhaltensweisen nach § 1 KartG/Art 101 AEUV zu prüfen, zu genehmigen (mit oder ohne "Nebenbestimmungen") oder zu untersagen. Daraus ergibt sich ua

- ein Spannungsverhältnis zu §§ 26-28 KartG, die die Zuständigkeit zur Prüfung/Untersagung bestimmter Vereinbarungen nach § 1 Abs 1 KartG/Art 101 AEUV dem KG⁴ übertragen (selbstverständlich kann die Regulierungsbehörde entspr Anträge an das KG stellen; § 36 Abs 4 Z 2 KartG; § 127 Abs 1 und 2 des Entwurfs);
- ein Spannungsverhältnis zu § 4 Abs 2 TKG 2003, der – soweit erkennbar unverändert auch im allenfalls novellierten TKG – anordnet, dass die Zuständigkeiten des KG (ebenso des BKANw und der BWB) [vom TKG] unberührt bleiben;
- überdies die Wiedereinführung des Genehmigungsverfahrens für Kartelle (vgl § 23 KartG 1988), das gerade erst – in Anpassung an das europäische Recht – durch das im KartG 2005 vorgesehene System der "Legalausnahme" überwunden worden war⁵.

² = Bundeswettbewerbsbehörde

³ = Bundeskartellanwalt

⁴ = Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht

⁵ Verordnung (EG) 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags [heute Art 101 und 102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln

- Darüberhinaus: Soweit die von § 38 Abs 5 des Entwurfs erfassten Vereinbarungen das Zwischenstaatlichkeitskriterium erfüllen (was typisch der Fall sein wird), muss regelmäßig Art 101 AEUV angewendet werden. Genehmigungsentscheidungen im Bereich des Art 101 AEUV – wie die in § 38 Abs 5 des Entwurfs vorgesehenen, insb wenn sie mit "Nebenbestimmungen" versehen werden, also nicht durch bloßes Verschweigen der Regulierungsbehörde zustande kommen können – verletzen einschlägige europarechtliche Vorgaben⁶.
- (4) Darüber hinaus ist nicht zu erkennen, zur Verfolgung welches legitimen Zwecks die im Entwurf vorgesehene parallele Zuständigkeit (im engeren Sinn⁷) der Regulierungsbehörde notwendig oder hilfreich sein sollte. Denn der einzige in diesem Zusammenhang vorstellbare legitime Zweck, nämlich die Prüfung unternehmerischen Verhaltens am Maßstab § 1 KartG/Art 101 AEUV, wird schon durch die Zuständigkeiten des KG, der BWB und des BKANw als Entscheidungs-, Antrags- und Ermittlungsbehörden erfüllt. Auch aus den Erläuterungen zu § 38 Abs 5 des Entwurfs ergibt sich nichts Anderes: die dortigen Angaben zur Notwendigkeit der Bestimmung beschränken sich auf den Hinweis, sie entspreche einer (nicht näher dokumentierten) Forderung der (nicht näher individualisierten) Branche.

2 Zu § 127 Abs 3 des Entwurfs

- (5) § 127 Abs 3 des Entwurfs sieht das Recht der Regulierungsbehörde vor, die Prüfung bei der BWB angemeldeter Zusammenschlüsse auch in einem Verfahren vor dem KG zu beantragen (= Antrag nach § 11 Abs 1 KartG = "Prüfungsantrag").
- (6) Damit würde der – aufgrund einer rechtspolitischen Entscheidung bewusst streng limitierte⁸ – Kreis der zum Prüfungsantrag Berechtigten erweitert. Ein legitimer Zweck dieser Erweiterung ist nicht erkennbar.

⁶ Verordnung (EG) 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags [heute Art 101 und 102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln

⁷ Die Tatsache, dass KG/BWB/BKANw und Regulierungsbehörde gelegentlich denselben Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesetzen zu prüfen haben (zB OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 12/04), könnte man demgegenüber als parallele Zuständigkeit im weiteren Sinn bezeichnen.

⁸ Mit der KartG-Nov 2002 übertrug der Gesetzgeber den Regulatoren umfangreiche Antragsrechte, va weil er sich Beiträge zur Missbrauchsaufsicht erwartete (RV 1005 BlgNr 21.GP 26). (Ua) Der in § 127 Abs 3 des Entwurfs angesprochene Prüfungsantrag wurde – bewusst – nicht erfasst. Der Gesetzgeber schrieb diese Entscheidung auch mit dem KartG 2005 fort.

- (7) Auch aus den Erläuterungen zu § 127 Abs 3 des Entwurfs ergibt sich nichts anderes: die dortigen Angaben beschränken sich auf den Hinweis, es solle einer parallelen rechtlichen Beurteilung vorgebeugt werden. Die (nicht näher konkretisierten) Befürchtungen sind unbegründet, wie sich einerseits aus der seit 2002 bestehenden Praxis, andererseits aus dem sehr eng begrenzten Prüfungsgegenstand des bei die Telekommärkte betreffenden Zusammenschlussvorhaben gelegentlich relevanten § 56 TKG (Überlassung von Frequenznutzungsrechten) und darüber hinaus aus der Rsp des OGH⁹ ergibt.

3 Ergebnis

- (8) Aus diesen Gründen sollten die Bestimmungen §§ 38 Abs 5 und 127 Abs 3 des Entwurfs entfallen.
- (9) Sollte tatsächlich (in welcher Form auch immer) eine Neuordnung der Antrags- und Entscheidungsbefugnisse in Erwägung gezogen werden, wäre sorgfältige und offene Vorbereitungsarbeit der beteiligten Kreise voranzustellen.

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

Mit freundlichen Grüßen

Der Generaldirektor:

Dr Theodor Thanner

⁹ OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 12/04