



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

BMJ-Z52.040/0002-I 7/2011

An das
Bundesministerium für Wirtschaft,
Familie und Jugend
Stubenring 1
1011 Wien

Adresse
1070 Wien, Museumstraße 7

e-mail
team.z@bmj.gv.at

Telefon Telefax
(01) 52152-0* (01) 52152 2727

Sachbearbeiter(in): Dr. Dietmar Dokalik
*Durchwahl: 2049

Betrifft: Entwurf eines Gaswirtschaftsgesetzes 2011

Zu BMWFJ – 551.100/0003 – IV/1/2011

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, zu dem gegenständlichen Gesetzesentwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

Zu § 8:

Der Verweis in Abs. 1 sollte statt auf das „Rechnungslegungsgesetz“ besser auf das „UGB“ lauten (siehe dazu bereits die Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz zu § 8 EIWOG 2010).

In Abs. 2 sollte anstelle von „handelsrechtlichen (und steuerrechtlichen) Vorschriften“ – der Terminologie des UGB entsprechend – von „unternehmensrechtlichen (und steuerrechtlichen) Vorschriften“ die Rede sein.

Zu §§ 46, 55:

In den genannten Bestimmungen findet sich mehrmals der Begriff „Personengesellschaft des Handelsrechts“. Dieser wäre durchwegs durch den – teilweise ohnehin bereits verwendeten – Begriff „eingetragene Personengesellschaft“ zu ersetzen.

Zu § 52 Z 5:

Die Terminologie dieses Erlöschungsgrundes ist noch nicht an die mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 vorgenommenen Änderungen im Insolvenzrecht angepasst. Anstelle der „Abweisung des Konkurses mangels Masse“ sollte die Wendung „Nichteröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens“ verwendet werden.

Überdies sollte hinterfragt werden, ob darüber hinaus tatsächlich auch die Konkursöffnung als Grund für das Erlöschen der Betriebsberechtigung beibehalten werden muss, zumal nach der Gewerbeordnung 1994 die Konkursöffnung grundsätzlich keinen Grund für die Entziehung der Gewerbeberechtigung darstellt (§ 87 GewO 1994). Eine Orientierung an § 87 GewO 1994 wäre insofern wohl naheliegend, als § 44 des Entwurfs bei der Frage der Genehmigungsvoraussetzungen bereits auf die Ausschlussgründe des § 13 GewO 1994 verweist und demnach bei der Genehmigung bereits die Wertungen der Gewerbeordnung 1994 zur Relevanz von Insolvenzverfahren übernommen werden. Insofern sollte wohl auch bei den Erlöschungsgründen eine Parallelität zur Gewerbeordnung 1994 hergestellt werden.

Zu § 93 Abs. 6 und § 94 Abs. 4:

Diese Bestimmungen sehen für die Genehmigung von Bilanzgruppeverantwortlichen (in Bezug auf frühere oder aktuelle Insolvenzverfahren) deutlich strengere Ausschluss- bzw. Erlöschungsgründe vor als § 44 Abs. 2 und § 52 Z 5 des Entwurfs für Netzbetreiber. Sofern diese Differenzierung geboten erscheint und daher beibehalten wird, sollte dies in den Erläuterungen begründet werden.

Der Verweis auf das Ausgleichsverfahren ist durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 jedenfalls obsolet. Sofern tatsächlich alle Arten von Insolvenzverfahren erfasst werden sollen, müsste der Terminus „Insolvenzverfahren“ (der Konkursverfahren einschließlich der Schuldenregulierungsverfahren sowie Sanierungsverfahren mit und ohne Eigenverwaltung umfasst) verwendet werden. Anstelle „Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens“ sollte (entsprechend der Terminologie des IRÄG 2010) die Formulierung „Nichteröffnung mangels kostendeckenden Vermögens“ verwendet werden, wobei in beiden Fällen (nicht wie derzeit nur in § 94 Abs. 4) die Rechtskraft erwähnt werden sollte.

Der § 93 Abs. 6 hätte zu lauten:

„(6) Rechtsträger, über deren Vermögen bereits einmal ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels kostendeckenden Vermögens rechtskräftig nicht eröffnet wurde, sind von der Ausübung einer Konzession ausgeschlossen. ...“

Der § 94 Abs. 4 hätte zu lauten:

„(4) Die Genehmigung erlischt, wenn über das Vermögen des Bilanzgruppenverantwortlichen ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels kostendeckenden Vermögens rechtskräftig nicht eröffnet wird.“

Zu § 107:

Beim Wort „Voraussetzungen“, das sich derzeit unmittelbar nach der Überschrift des 2. Hauptstücks des 8. Teils („Entflechtung von Speicherunternehmen“) findet, dürfte es sich richtiger Weise um die Paragrafenüberschrift des § 107 handeln.

Zu § 112 Abs. 9:

Die – offenbar der Umsetzung von Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie 2009/73/EG dienende – Regelung sollte in zweierlei Hinsicht geändert werden: Einerseits erscheint die Bedeutung der Regelung, mag sie auch die Formulierung der erwähnten Richtlinienbestimmung fast wortgleich übernehmen, inhaltlich unklar; gemeint dürfte sein, dass für unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber nur bestimmte Rechtsformen in Betracht kommen. Andererseits wurde die Richtlinie 68/151/EWG mittlerweile kodifiziert und ist nunmehr als Richtlinie 2009/101/EG zu zitieren.

Es würde sich daher z.B. folgende Formulierung anbieten:

„(9) Als unabhängige Fernleitungsnetzbetreiber können nur Gesellschaften in einer der in Art. 1 der Richtlinie 2009/101/EG genannten Rechtsformen benannt werden.“

Zu § 123 Abs. 4:

Sofern die Definition des Verbrauchers jener im KSchG entsprechen soll, sollte der Verweis (in dieser und nachfolgenden Bestimmungen des Entwurfs) auch den § 1 Abs. 3 KSchG umfassen („Verbraucher im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 KSchG“). Dies entspräche den Verweisen in § 1170b Abs. 3 ABGB, § 1336 Abs. 3 ABGB und § 2 Abs. 2 Verbraucherkreditgesetz.

Überdies sollte zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden, ob von den in § 123 Abs. 4 des Entwurfs vorgesehenen Kündigungsmöglichkeiten des Verbrauchers vertraglich zugunsten des Verbrauchers abgewichen werden kann oder ob durchwegs einheitliche Kündigungsmöglichkeiten angestrebt sind. Überdies

sollte klargestellt werden, dass Vereinbarungen unwirksam sind, in denen von den Regelungen zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen wird.

Zu § 132 (Verfahren):

Der Verweis in Abs. 1 auf § 38 KartG geht fehl, weil die zitierte Bestimmung nur die Verfahrensart vor dem Kartellgericht, nicht aber dessen Zuständigkeit festlegt.

Aufgrund der mehr als angespannten Personalsituation der Justiz kann für die derzeit nicht abschätzbaren Fallzahlen hinsichtlich der sukzessiven Gerichtszuständigkeit in Streitschlichtungsangelegenheiten die ressourcen- und planstellenmäßige Bedeckung nicht gewährleistet werden. **Daher spricht sich das Bundesministerium für Justiz nachdrücklich gegen die vorgesehenen Bestimmungen** zur Einführung einer sukzessiven gerichtlichen Zuständigkeit gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde aus.

Abgesehen davon ist noch zu bemerken, dass die vorübergehende Sperre des Zugangs zur ordentlichen Gerichtsbarkeit während der Dauer eines Streitschlichtungsverfahrens durch die Regulierungsbehörde in ihren Varianten in den Abs. 2 und 3 auf drei offenbar verschiedene Zeitpunkte („Zustellung des Bescheides“, „Abschluss“ des Verfahrens vor der Regulierungsbehörde, „Rechtskraft der Entscheidung“) abstellt, ohne dass dem Gesetz unmittelbar oder den Erläuterungen dazu entnommen werden kann, weshalb die einzelnen Fälle diesbezüglich verschieden geregelt sind. Auch das Verhältnis der einschlägigen Regelungen zueinander ist dem Gesetz nicht mit letzter Sicherheit zu entnehmen. Gerade weil es sich um einen zeitlich begrenzten Eingriff in das Menschenrecht auf ein gerichtliches Verfahren handelt, wäre eine einheitliche Regel, allenfalls mit klar umrissenen, begründeten Ausnahmen vorzuziehen.

Zu §§ 159 ff.:

Warum die in § 159 Abs. 1, 2 und 3 vorgesehenen Verwaltungsstraftatbestände gegenüber dem Geldbußentatbeständen des § 164 subsidiär sein sollen, ist völlig unverständlich. Strafbar nach § 159 sollen offenbar nur natürliche Personen sein, nach dem Geldbußensystem des § 164 hingegen juristische Personen. Warum die Tatsache, dass eine Handlung für eine juristische Person einen Geldbußentatbestand erfüllt, die handelnde Person ihrer Strafbarkeit entheben soll, ist nicht nachvollziehbar. Auch im gerichtlichen Strafrecht wird die Strafbarkeit einer natürlichen Person durch das VbVG nicht berührt.

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb **Subsidiaritätsbestimmungen** zwar in den §§ 159 und 162, nicht jedoch in den **§§ 160 und 161** enthalten sind. Auch für die Verwaltungsstraftatbestände des §§ 160 und 161 ist eine Subsidiaritätsbestimmung zu fordern („Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet...“).

Zu §§ 149 Abs. 6, 164 GWG:

Der Entwurf sieht die Zuständigkeit des Kartellgerichts für die Verhängung der Geldbußen vor, lässt aber jeglichen Hinweis für den mit diesen Aufgaben verbundenen Aufwand der Justiz und dessen Abdeckung sowie dafür vermissen, weshalb das Kartellgericht mit diesen – keinesfalls dem Vollzug des Kartellrechts dienenden – Aufgaben betraut werden sollte bzw. weshalb hierfür nicht etwa die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde vorgesehen werden könnte. **Aus diesen Gründen lehnt das Bundesministerium für Justiz die §§ 149 Abs. 6, 164 GWG ausdrücklich ab.**

Zur **Geldbuße** ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das System des KartG mit seinem Verweis auf das AußStrG und der teilweisen Anwendung auch des WettbewerbsG und der ZPO an die Grenzen seiner praktischen Anwendbarkeit gelangt ist. Die Einführung weiterer Geldbußen mit vom KartG abweichenden Sonderbestimmungen, wie dem Antragsrecht der Regulierungsbehörde oder der Übernahme der Bestimmung des § 10 VbVG über die Rechtsnachfolge, ist daher kritisch zu hinterfragen und bedarf einer vertieften Analyse und Diskussion unter Einbeziehung des Kartellgerichts und Kartellobergerichts. Beispielsweise wirft das völlig offen bleibende Verhältnis zwischen den Geldbußentatbeständen des KartG und dem § 164 grundsätzliche Fragen auf, die eine grundlegende Überarbeitung der §§ 164 ff. erforderlich erscheinen lassen. So dürfte insbesondere das Verhältnis zwischen dem vorgesehenen Diskriminierungstatbestand des § 164 Abs. 1 und dem Missbrauchstatbestand des § 29 Z 1 lit. a in Verbindung mit 5 Abs. 1 Z 2 KartG, wonach die Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen mit Geldbuße bedroht ist, kaum lösbare Abgrenzungsfragen aufwerfen, die im Hinblick auf die unterschiedlichen Antragsberechtigten (Regulierungsbehörde nach dem GWG, Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt nach dem KartG) Zweifel an der Anwendbarkeit dieser Bestimmung aufkommen lassen. Auch der vom KartG abweichende Verschuldensgrad (grobe Fahrlässigkeit nach § 164 Abs. 1, einfache

Fahrlässigkeit nach § 29 KartG) ist schwer verständlich. Aus grundsätzlichen Überlegungen sollte diese nicht nachvollziehbare Differenzierung aufgegeben und die Strafbarkeit wie in § 29 KartG an einfache Fahrlässigkeit anknüpfen.

Die Regelung der Geldbuße nach § 164 ff. StGB lässt darüber hinaus völlig offen, nach welchen **Verfahrensbestimmungen** das Kartellgericht vorzugehen hat. Zumindest bedürfte es einer Bestimmung, wonach das KartG sinngemäß anzuwenden ist.

Weiters ist es unerlässlich, die Anwendung des Verfahrens zur Bestimmung der Gerichtsgebühren im Bußgeldverfahren des KartG (§§ 50 ff. KartellG) jedenfalls klarzustellen. Es ist keinerlei sachliche Rechtfertigung dafür ersichtlich, dieses Gerichtsverfahren gebühren- und kostenfrei zur Verfügung zu stellen. Dies würde nicht nur dem Gleichheitsgebot, sondern auch allen haushaltsrechtlichen Grundsätzen zur Kostenwahrheit widersprechen. Es kann daher keinesfalls hingenommen werden, derartige mit hohem Aufwand durch die Gerichte zu ahndende Vergehen von jedem Kostenbeitrag und Kostenersatz auszunehmen. Es sollte daher **jedenfalls die sinngemäße Anwendung des IV. Hauptstücks des KartG** in § 164 des Entwurfs **angeordnet werden** (vom Gericht festzusetzende Rahmengebühr bis zu 30.000 Euro zuzüglich des Ersatzes der Gerichtskosten für Sachverständige etc.).

Zu diesem Zweck könnte § 164 Abs. 3 des Entwurfs wie folgt lauten:

„Die Regulierungsbehörde hat in Verfahren gemäß Abs. 1 und 2 Parteistellung. In diesen Verfahren sind auch die Bestimmungen des vierten Hauptstückes des Kartellgesetzes sinngemäß anzuwenden.“

Zu § 167:

Die Nummerierung des Abs. 1 in **§ 167** hätte ersatzlos zu entfallen.

Zu § 168:

Der gerichtliche Tatbestand der widerrechtlichen Offenbarung oder Verwertung von Daten nach **§ 168** erscheint angesichts des § 51 DSGVO überflüssig und sollte daher entfallen. Jedenfalls verfehlt ist der Verweis in Abs. 1 auf § 129 Abs. 1, weil diese Bestimmung – im Gegensatz zu den §§ 11, 69 Abs. 3 und 123 Abs. 3 - keine Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung von Daten enthält. In sprachlicher Hinsicht ist zu dieser Bestimmung anzumerken, dass – der üblichen Formulierung von Strafbestimmungen folgend – das „und“ in Absatz 1 und der damit verbundene

Wechsel des Subjekt entfallen müsste („...Daten offenbart oder verwertet, **und** deren Offenbarung oder Verwertung geeignet ist,...“).

Die Notwendigkeit einer Spezialbestimmung zum Ausschluss der Öffentlichkeit in **§ 168 Abs. 2** erscheint angesichts § 229 Abs. 1 Z 2 StPO, der den Ausschluss der Öffentlichkeit unter anderem zum Schutz von Geheimnisbereichen erlaubt, äußerst fraglich. Die grammatikalisch verfehlte Formulierung des Abs. 2 wäre jedenfalls durch den Entfall des Wortes „von“ zu sanieren („wenn das im Interesse der Verfahrensbeteiligten oder **von** am Verfahren nicht beteiligter Personen geboten ist.“).

Zu § 170:

Der Entwurf enthält in § 170 Abs. 15 zwar eine **Übergangsbestimmung** für Verwaltungsübertretungen, nicht jedoch für den gerichtlich strafbaren Tatbestand des § 168. Schließlich fehlen für das neue Bußgeldverfahren vor dem Kartellgericht Übergangsbestimmungen.

Zu § 171:

Der Verweis in Z 2 auf § 60 Abs. 6 geht ins Leere.

18. Februar 2011
Für die Bundesministerin:
Dr. Maria Wais

Elektronisch gefertigt