

E-MAIL
Präsidentin des Nationalrates
Mag.^a Barbara PRAMMER
Dr. Karl Renner-Ring 3
A-1010 Wien
barbara.prammer@parlament.gv.at

Univ.-Lektor Dr. Walter Schwartz
Rechtsanwalt und Partner

Dr. Katharina Huber-Medek
Rechtsanwalt und Partner

Dr. Philipp Pallitsch, LL.M.
Rechtsanwalt und Partner

Mag. Harald Küchli
Rechtsanwalt

Mag. Philipp Frölich
Rechtsanwaltsanwärter

Mag. Anna Michaela Satek
Rechtsanwaltsanwärtin

27.02.2012 Sz
T +43 1 513 50 05-20 F +43 1 513 50 05-50
w.schwartz@s-hm.at

Begutachtungsverfahren IKT-Konsolidierungsgesetz (362/ME)

Sehr geehrte Frau Präsidentin!

Am 20.02.2012 wurde als Teil des „Konsolidierungspakets“ auch der Entwurf für ein „Bundesgesetz, mit dem IKT-Lösungen und IT-Verfahren bundesweit konsolidiert werden (IKT-Konsolidierungsgesetz – IKTKonG)“, zur Begutachtung versendet (kurz „IKTKonG-E“). Namens und auftrags eines Mandanten, dessen Unternehmen von diesem Gesetz unmittelbar und dramatisch betroffen wäre, dürfen wir folgende Einwände erheben:

1. GESETZESENTWURF

- 1.1. Gemäß § 4 Abs 1 IKTKonG-E sind die „Entwicklung, Weiterentwicklung und der Betrieb von IKT-Lösungen und IT-Verfahren ... bei der Bundesrechenzentrum GmbH zu beauftragen, sofern das Angebot der BRZ GmbH nachvollziehbar marktkonform ist“. Gemäß § 4 Abs 2 IKTKonG-E ist bei „der Festlegung neuer IKT-Lösungen und IT-Verfahren ... jedenfalls der Betrieb bei der Bundesrechenzentrum GmbH zu beauftragen, sofern das Angebot der BRZ GmbH nachvollziehbar marktkonform ist“.
- 1.2. Den Gesetzesmaterialien lassen sich zu diesen beiden – im Ergebnis: monopolisierenden – Regelungen keine erläuternden Bemerkungen entnehmen; das Vorblatt zu den Erläuternden Bemerkungen vermerkt lediglich, dass die Neuregelung Kosteneinsparungen und Effizienzsteigerungen „sowohl im Verwaltungsbereich als auch bei den Unternehmen“ bewirken soll und der Wirtschaftsstandort Österreich „gestärkt“ werde.

Dies ist – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden – unrichtig: Wenn der IKTKonG-E so in Kraft tritt, wie er jetzt vorliegt, vernichtet er einen gesamten Ge-

schäftszweig. Wir gehen davon aus, dass *das* den Wirtschaftsstandort Österreich *nicht* stärkt.

2. KRITIK

- 2.1. Allgemeines:** Die hier in Rede stehende Regelung schafft ein IT-Monopol der Bundesrechenzentrum GmbH („BRZ GmbH“). § 4 Abs 1 IKTKonG-E verpflichtet nämlich dazu, die „Entwicklung, Weiterentwicklung und der Betrieb von IKT-Lösungen und IT-Verfahren ... bei der Bundesrechenzentrum GmbH zu beauftragen“. Und weiter: Gemäß § 4 Abs 2 IKTKonG-E ist bei „der Festlegung neuer IKT-Lösungen und IT-Verfahren ... jedenfalls der Betrieb bei der Bundesrechenzentrum GmbH zu beauftragen“.

Damit wäre in Hinkunft jedermann (sic! die genannten Bestimmungen enthalten keine Einschränkung auf zB Bundesdienststellen) verpflichtet, seine IT-Lösungen bei der BRZ GmbH zu beschaffen. Dies ist evidentermaßen verfassungs- und unionsrechtswidrig.

Selbst wenn man aber annimmt, dass der Gesetzgeber eine solche Monopolisierung lediglich für Bundesdienststellen vorsehen wollte, bestehen gravierende verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken (vgl Pkte 3.2. ff). Daran vermag auch der – in beiden monopolisierenden Regelungen zu findende – Beisatz nichts zu ändern, dass eine Beauftragung der BRZ GmbH nur dann zu erfolgen habe, „sofern das Angebot der BRZ GmbH nachvollziehbar marktkonform ist“. Dies zum einen deshalb nicht, weil IT-Lösungen so komplex sein können, dass es einen Vergleichsmarkt gar nicht gibt („maßgeschneiderte Lösungen“). Wenn die monopolisierenden Regelungen so in Kraft treten, wie sie jetzt vorliegen, gibt es zum anderen einen solchen Vergleichsmarkt schon deshalb nicht mehr, weil sich die derzeitigen Anbieter aus ihm zwangsläufig zurückziehen werden.

- 2.2. Verfassungswidrige Monopolisierung (Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG):** Die Kompetenzbestimmung des Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG ermächtigt den Bundesgesetzgeber dazu, das Monopolwesen einfachgesetzlich zu regeln. Dabei ist in der Lehre umstritten, wie weit diese Ermächtigung reicht: Während die ältere Lehre von einer „sachlich offenen“ Kompetenz-Kompetenz ausgegangen ist, welche die Monopolisierungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers nicht auf bestimmte Sachmaterien beschränkt, geht die neuere Lehre davon aus, dass es auch hinsichtlich dieser Monopolisierungsbefugnis Grenzen geben müsse; die Reichweite des Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG sei – wie die aller anderen Kompetenzbestimmungen auch – im Wege der Versteinerungstheorie und der intrasystematischen Fortentwicklung zu ermitteln.

Folgt man dieser jüngeren Auffassung, so ist die Kompetenzwidrigkeit der hier in Rede stehenden Bestimmung evident: Zu keinem Zeitpunkt hat es in Österreich eine

materiell ähnliche Beschränkung gegeben; eine Kompetenz zur Schaffung eines derartigen „IT-Monopols der BRZ GmbH“ kann mithin auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Interpretation oder einer intrasystematischen Fortentwicklung hergeleitet werden. Die monopolisierenden Regelungen des § 4 Abs 1 und Abs 2 IKTKonG-E sind mithin kompetenzwidrig.

- 2.3. Verletzung des Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG, Art 2 StGG):** Für eine solche Monopolisierung gibt es auch keine sachliche Rechtfertigung, sie verstößt daher gegen das allgemeine Sachlichkeitsgebot (Art 7 B-VG, Art 2 StGG). Insb ist auch das in den Gesetzesmaterialien erwähnte „Verwaltungsreformprojekt Bundesclient“ kein „vernünftiger Grund“, private und öffentliche Auftraggeber zur ausschließlichen Beauftragung der BRZ GmbH zu verpflichten.

Dies gilt auch dann, wenn der Gesetzgeber tatsächlich nur die Bundesdienststellen (und nicht: jedermann) verpflichten wollte: Beim „Verwaltungsreformprojekt Bundesclient“ handelt es sich nämlich um „die Festlegung von verbindlichen und möglichst plattformunabhängigen Mindeststandards für IT-Arbeitsplätze (Hard- und Software)“. Wenn man Mindeststandards vorgibt: Warum sollen diese nur von der BRZ GmbH erfüllt werden (dürfen)? Mindeststandards dienen doch normalerweise dazu, einheitliche Vorgaben zu machen, damit sich mehrere Bieter um einen Auftrag bewerben können.

Die hier in Rede stehende Regelung lässt sich sachlich nicht rechtfertigen; eine solche Rechtfertigung lässt sich weder dem Text des IKTKonG-E noch den Materialien entnehmen noch ist sie sonst erkennbar. Die monopolisierenden Regelungen des § 4 Abs 1 und Abs 2 IKTKonG-E verstoßen mithin gegen das verfassungsrechtliche Sachlichkeitsgebot.

- 2.4. Verletzung des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG):** Das Unternehmen unseres Mandanten bietet seit vielen Jahren IKT- und IT-Lösungen am österreichischen Markt an. Der Bundesdienst ist eine seiner wesentlichsten Auftraggebergruppen. Verpflichtet man den Bundesdienst nun dazu, nur mehr die BRZ GmbH mit IKT- und IT-Lösungen zu beauftragen, dann verlieren das Unternehmen unseres Mandanten eine unserer wichtigsten Geschäftssparten.

Im Ergebnis käme eine solche Regelung einem Verbot gleich, ein befugtermaßen angetretenes Gewerbe weiter auszuüben. Eine sachliche Rechtfertigung für einen derart schweren – und noch dazu: ohne Übergangsfrist verfügt (vgl § 7 Abs 1 IKTKonG-E) – Eingriff in unsere Erwerbsfreiheit ist nicht ersichtlich (vgl Pkt 2.3.). Damit verstoßen die monopolisierenden Regelungen des § 4 Abs 1 und Abs 2 IKTKonG-E gegen Art 6 StGG.

- 2.5. Verletzung des Grundrechts auf Unverletzlichkeit des Eigentums (Art 5 StGG):** Ähnliches gilt hinsichtlich des Eigentumsrechts: Mit der „überfallsartigen“ Einführung einer Alleinzuständigkeit des BRZ für den gesamten IKT- und IT-Bedarf des Bundes (oder aller Kunden?) vernichtet der Gesetzgeber mit einem Federstrich eine der ertragreichsten Geschäftsparten unseres Mandanten. Die Auswirkungen – sowohl auf das Unternehmen unseres Mandanten als auch auf den Wirtschaftsstandort Österreich – wären fatal. Damit greift der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich geschützte Eigentumspositionen ein und verletzt – mangels sachlicher Rechtfertigung – das durch Art 5 StGG geschützte Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums.
- 2.6. Kartellrechtliche Bedenken:** Die BRZ GmbH ist durch Gesetz eingerichtet (§ 1 BRZ GmbH-G [BGBl I 757/1996 idF BGBl I 71/2003]). Neben den ihr durch Gesetz oder Verordnung übertragenen Aufgaben ist die BRZ GmbH gemäß § 2 Abs 7 BRZ GmbH-G „weilers berechtigt, IT-Leistungen im öffentlichen Wettbewerb national und international zu erbringen“. Ihr durch Gesetz ein Monopol (bundesweites Gebietskartell?) oder einen zwingenden Wettbewerbsvorteil einzuräumen, scheint in Hinblick auf die kartellrechtlichen Vorgaben des Art 101 AEUV bedenklich.
- 2.7. Beihilfenrechtliche Bedenken:** Ähnliches gilt für das Beihilfenverbot des Art 107 AEUV: § 4 Abs 1 und Abs 2 IKTKonG-E bescheren der BRZ-GmbH eine – gesetzlich abgesicherte – Auftragslage. Bei einem Unternehmen, das sich nicht nur auf Dienstleistungen für den Bund beschränkt, sondern auch auf dem freien Markt tätig wird (vgl § 2 Abs 7 BRZ GmbH-G), stellt schon allein *das* eine Beihilfe dar. Es ist zu erwarten, dass die Einnahmen aus dem „sicheren Bundesgeschäft“ quersubventionierend verwendet werden und so zu einer wesentlichen Markbeeinträchtigung führen.

Aus unserer Sicht besteht kein Zweifel, dass das nunmehr vorliegende IKTKonG-E – soweit es der BRZ GmbH ein Monopol auf die IKT- und IT-Versorgung der Bundesdienststellen (oder: aller Kunden?) einräumt – verfassungs- und unionsrechtswidrig ist. Die damit für die IT-Branche verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen wären dramatisch. Ganz abgesehen davon sollte überlegt werden, was mit dem Forschungsstandort Österreich passiert, wenn den – die Forschung tragenden – privaten Unternehmen verboten wird, maßgeschneiderte Lösungen für Bundesdienststellen zu entwickeln und an diese zu verkaufen. Fazit: Will man kompetitive Unternehmen im Land behalten, darf man die Märkte nicht monopolisieren.

Mit freundlichen Grüßen



Walter Schwartz