

# **Stellungnahme zum Entwurf eines Kartellgesetzes 2005**

Die ISPA als Interessensvertretung der österreichischen Internet Service Provider bedankt sich für die Möglichkeit, ihren Standpunkt darlegen zu können und erstattet zum Entwurf des Kartellgesetzes 2005 folgende Anmerkungen:

## **Allgemeines und Zusammenfassung der wesentlichsten Änderungsvorschläge**

Die ISPA begrüßt im wesentlichen den Entwurf des neuen Gesetzes. Aus Sicht der ISPA sind jedoch folgende Änderungen erforderlich:

- § 5 Abs 1 Z 5 ist dahin gehend zu ergänzen, dass ein Missbrauch insbesondere auch darin bestehen kann, dass ein sachlich nicht gerechtfertigter Verkauf von Dienstleistungen unter den Kosten erfolgt.
- § 27 muss eingeschränkt werden und darf sich nicht auf Verfahren zur Abstellung von Marktmachtmissbräuchen beziehen. Verpflichtungszusagen bei Marktmachtmissbrauch sind weder sinnvoll vorstellbar noch wünschenswert.
- Jeder, dem eine Antragsbefugnis nach § 36 zukommt, hat nach Auffassung der ISPA per se bereits ein berechtigtes Interesse auch an einer Feststellungsentscheidung.
- Eine Verständigung über Beweisaufnahmen außerhalb einer mündlichen Verhandlung ist jedenfalls erforderlich, soll automatisch erfolgen und zwar so rechtzeitig, dass den Parteienvertretern und Parteien eine Beteiligung möglich ist.
- Angesichts der zunehmenden Bedeutung der Kartellgerichtsbarkeit in Österreich (die Marktmachtmissbrauchsaufsicht ist für die Mitglieder der ISPA von zentraler Bedeutung!), ist eine genauere Regelung über die Möglichkeit und das Verfahren der Exekution von Entscheidungen durch von einem Missbrauch betroffenen Unternehmer, die nicht Antragsteller sind, nötig.

## **Zu den einzelnen Bestimmungen**

### **Zu § 2 Absatz 2 Ziffer 1**

Es sollte klargestellt werden, dass nur jene Kartelle Bagatellkartelle sind, an denen "nur" derartige Unternehmer beteiligt sind.

### **§ 5 Absatz 1 Ziffer 5**

Diese Regelung ist dahin gehend zu ergänzen, dass ein Missbrauch insbesondere auch darin bestehen kann, dass ein sachlich nicht gerechtfertigter Verkauf von Dienstleistungen unter den Kosten erfolgt.

Diese Ergänzung ist gerade für den Telekom-Bereich von besondere Bedeutung. Da die sektorspezifische Telekom-Regulierung im Regelfall die Endkundenmärkte nicht erfasst (dies ist jedenfalls im für die ISPA-Mitglieder interessanten Breitbandmarkt nicht der Fall, den auch besondere volkswirtschaftliche Bedeutung beigemessen wird), ist neben der sektorspezifischen Kontrolle eine effektive Wettbewerbskontrolle durch das Kartellgericht über den Marktbeherrscher (Telekom Austria) von besonderer Bedeutung. Ansonsten kommt es zu einem ständigen Price Squeeze für alternative Betreiber, da die Spanne zwischen dem Vorleistungspreis, den der alternative Betreiber an TA zu zahlen hat, und dem am Markt (durch TA vorgegebenen) Endkundenpreis zu gering oder sogar negativ ist. Eine effektive Kartellgerichtsbarkeit in dieser schwierigen Thematik setzt voraus, dass endgültig und eindeutig klargestellt wird, dass auch ein Verkauf von Dienstleistungen unter den Kosten einen Missbrauch darstellt

und im Sinn von Paragraph 5 Absatz 2 zu einer Beweislastumkehr führt.

Entsprechend ist daher auch § 5 Absatz 2 zu adaptieren.

### **Zu § 6**

Hier ist zunächst eine ergänzende Regelung dahingehend vorzunehmen, dass auch eine Anzeige beziehungsweise Anregung eines von einem Missbrauch betroffenen Unternehmers an die Bundeswettbewerbsbehörde oder an den Kartellanwalt, ein Verfahren einzuleiten, nicht zum Anlass genommen werden darf, ihn von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschließen.

Eine weitere Erweiterung ist dahingehen erforderlich, dass auch die Einleitung oder Anregung eines Verfahrens vor einer zuständigen Regulierungsbehörde vom Marktbeherrscher nicht zum Anlass genommen werden darf, den Unternehmer von einer weiteren Belieferung oder Abnahme zu angemessenen Bedingungen auszuschließen.

Die Bestimmung ist weiters zu präzisieren. Es ist festzuschreiben, dass der Antragsteller (beziehungsweise derjenige der ein Verfahren anregt) keinesfalls von einer weiteren Belieferung oder Abnahme ausgeschlossen werden darf, sodass in diesem Fall also gar nicht geprüft werden müsste, ob es sich um "den durch den Missbrauch unmittelbar betroffenen Unternehmer" handelt.

Weiters muss klargestellt werden, dass sich die Bestimmung nicht nur auf Warenlieferungen bezieht, sondern auch auf die Bereitstellung von Dienstleistungen. Dies kann etwa durch die Formulierung "von einer weiter Belieferung mit Waren oder Dienstleistungen oder Abnahme von Waren oder Dienstleistungen" erreicht werden.

Weiter ist festzuschreiben, dass der durch den "behaupteten" Missbrauch betroffene Unternehmer nicht ausgeschlossen werden darf. Die Frage des tatsächlichen Vorliegens des Missbrauchs wird ja erst im Verfahren geprüft.

Schließlich ist das Wort "unmittelbar" zu streichen. Dies führt zu schwierigen Abgrenzungsproblemen und schützt letztlich nur den missbräuchlich agierenden Marktbeherrscher.

### **Zu § 9 und § 24**

Das Zusammenspiel dieser beiden Bestimmungen ist unklar. Eine zusätzliche Prüfung nach dem Auswirkungsprinzip sollte bei Erreichen der Schwellwerte nicht stattfinden. Dies ist klarzustellen. Die Wortfolge in § 24 Absatz 2 "unbeschadet § 9" ist nicht ausreichend klar. Es ist klarzustellen, dass § 24 Absatz 2 nicht für Zusammenschlüsse gilt.

### **Zu § 10**

Eine Anmeldung bei der Bundeswettbewerbskontrolle führt zu einer Anwendung des AVG. Es ist daher einer Anmeldung beim Kartellgericht der Vorzug zu geben, da diesfalls nur eine einzige Verfahrensordnung zur Anwendung käme.

Es könnte diesfalls vorgesehen werden, dass das Kartellgericht dafür zu sorgen hat, dass Gleichschriften am selben Tag bei der Bundeswettbewerbsbehörde einlangen, damit diese die ihr obliegenden Tätigkeiten wahrnehmen kann.

### **Zu § 11 Absatz 1**

Es ist klarzustellen, dass die 4-Wochen-Frist jedenfalls nach Einlangen der Anmeldung zu laufen beginnt und sich die Bundeswettbewerbsbehörde keinesfalls darauf stützen kann, die Anmeldung sei nicht vollständig erfolgt. Es muss gesetzlich klargestellt werden, dass Verbesserungsaufträge erst in der zweiten Phase, also wenn ein Prüfungsantrag gestellt wurde, durch das Kartellgericht erfolgen können. §

43 Kartellgesetz ist diesbezüglich nicht eindeutig genug. Weiters sollte auch in § 10 a des Entwurfs der Novelle zum Wettbewerbsgesetz klargestellt werden, dass durch die Bundeswettbewerbsbehörde keine Zurückweisung wegen sonstiger angeblicher Mängel und auch kein sonstiger Verbesserungsauftrag erfolgen kann.

#### **Zu § 12**

Es sollte eine Bestimmung aufgenommen werden, unter welchen Voraussetzungen es zu einer Einstellung kommt (also insbesondere, wenn der Prüfungsantrag zurückgezogen wurde).

#### **Zu § 17 Absatz 1**

Es sollte geregelt werden, dass das Durchführungsverbot bereits dann wegfällt, wenn alle Prüfungsanträge zurückgezogen wurden, ohne dass eine diesbezügliche Beschlussfassung des Kartellgerichts (und schon gar nicht eine formelle Rechtskraft) abgewartet werden müsste.

#### **Zu § 25 Absatz 2**

Diese Bestimmung ist missglückt. Es geht darum festzuschreiben, dass dieses Bundesgesetz "nicht die Anwendbarkeit anderer Gesetze beeinträchtigt" oder "andere Gesetze unberührt lässt".

Die jetzige Formulierung ist unklar. Wie soll an Hand eines Beispiels erläutert werden: Wenn die Telekom Austria ihre Tarife bei der zuständigen Regulierungsbehörde genehmigen lassen muss, ist sie nach dem TKG nach erfolgter Genehmigung berechtigt, den Tarif gegenüber Endkunden zur Anwendung zu bringen. Dieser Tarif kann dennoch wettbewerbswidrig sein (siehe Entscheidung des Kartellgerichts betreffend TikTak-Tarife).

Eine Umformulierung zur Klarstellung ist daher dringend erforderlich.

#### **Zu § 27**

Es sollte klargestellt werden, dass die Entscheidung über die Verbindlich-Erklärung von Verpflichtungszusagen eine Feststellung über die erfolgte Zuwiderhandlung enthalten muss. Eine solche ausdrückliche Feststellung ist im Sinne der Rechtsklarheit erforderlich.

Im übrigen muss § 27 eingeschränkt werden.

Verpflichtungszusagen bei Marktmachtmissbrauch sind weder vorstellbar noch wünschenswert. Eine passende Verpflichtungszusage könnte ja auch nur in der Zusage einer Abstellung des Missbrauchs liegen. Worin dann aber der Vorteil einer Verpflichtungszusage gegenüber einer Abstellungsentscheidung nach § 26 in Verbindung mit § 5 liegen würde, bleibt im Dunklen.

Im Gegenteil sind lediglich Nachteile (fehlende Transparenz, Probleme bei der Exekutierbarkeit) zu erwarten, sollten tatsächlich Verpflichtungszusagen bei Marktmachtmissbrauch akzeptiert werden.

Die ISPA schlägt daher dringend vor, die Möglichkeit zur Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen statt einer Abstellung lediglich bei Verstößen gegen das Kartellverbot vorzusehen.

#### **Zu § 28 Absatz 1**

Der letzte Halbsatz "soweit daran ein berechtigtes Interesse besteht" ist zu streichen. Dies führt lediglich zu unnötigem Prozessaufwand, da ein Beweisverfahren und eine rechtliche Beurteilung auch hinsichtlich des berechtigten Interesses vorgenommen werden müsste.

§ 36 regelt Antragsbefugnisse mit ausreichender Klarheit. Jeder, dem eine Antragsbefugnis nach § 36 zukommt, hat daher nach Auffassung der ISPA bereits ein berechtigtes Interesse auch an einer Feststellungsentscheidung.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Bedeutung von Feststellungen durch das Kartellgericht gerade für Mitglieder der ISPA, die von Marktmachtmissbräuchen, die zwischenzeitlich beendet wurden, betroffen sind, groß ist und Feststellungsentscheidungen für allfällige Schadenersatzansprüche von besonderer Relevanz sind.

#### **Zu § 28 Absatz 2**

Hier ist zu ergänzen, dass ein solches Interesse vermutet wird, wenn jeder beliebige der in § 36 genannten Antragsberechtigten einen Antrag stellt. Ein berechtigtes Interesse ergibt sich bereits aus der Antragslegitimation, dies hat somit auch für Feststellungsanträge zu gelten. Die Judikatur, wonach ein Feststellungsinteresse allenfalls dann nicht gegeben ist, wenn ein Antrag auf eine Sachentscheidung möglich wäre, kann dadurch unberührt bleiben.

#### **Zu § 34 Absatz 1**

Es sollten auch verbindlicherklärte Verpflichtungszusagen Exekutionstitel sein, und zwar auch zu Gunsten des ursprünglichen Antragstellers in einem Verfahren.

#### **Zu § 34 Absatz 2**

Das Wort "unmittelbar" ist zu streichen; die Exekution soll durch jeden betroffenen Unternehmer möglich sein.

Zu klären ist allerdings wie betroffene Unternehmer von solchen Entscheidungen erfahren können.

Hier ist ein entsprechendes Prozedere und eine Veröffentlichungsfrist, selbstverständlich unter Nennung des Namens und der Anschrift des Antragstellers, vorzusehen.

Darüber hinaus bleibt völlig unklar, welche formellen Voraussetzungen der die Exekution führende „dritte“, „betroffene“ Unternehmer eigentlich beibringen muss. Insbesondere wird dieser typischerweise nicht über eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils verfügen.

#### **Zu § 34 Absatz 3**

Eine Exekution sollte beim Kartellgericht erfolgen; dies ausschließlich. Die Kartellsachverhalte sind typischerweise komplex, sodass auf den Fachverstand des Kartellgerichts zurückgegriffen werden soll.

#### **Zu § 35 Absatz 1**

Es ist klarzustellen, dass Zwangsgelder auch dann verhängt werden können, wenn ein Verfahren wegen Nichteinhaltung einer Verpflichtungszusage wieder aufgenommen wurde. Dennoch soll auf die Einhaltung der Verpflichtungszusage gedrängt werden können.

#### **Zu § 35 Absatz 2**

Die Kriterien, wann eine solche Minderung erfolgen kann, liegen im Dunkeln.

#### **Zu § 36 Absatz 2**

Diese Bestimmung macht deutlich, dass es offensichtlich bei der Durchsetzung von Verpflichtungszusagen ein Rechtsschutzdefizit gibt. Diese können nur durch Zwangsgelder durchgesetzt werden, diese könne jedoch nicht von dem ursprünglichen Antragssteller des Verfahrens beantragt werden. Wie bereits an früheren Stellen dargestellt ist eine Neuregelung dieser Thematik unbedingt erforderlich.

Für Marktmachtmissbrauchsverfahren sind Verpflichtungszusagen unbedingt abzulehnen.

#### **Zu § 36 Absatz 4 Ziffer 4**

Hier sollte klargestellt werden, dass die Antragsbefugnis nicht nur für jede Unternehmervereinigung, die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat, besteht, sondern auch für jede Unternehmervereinigung, deren Mitglieder ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben.

#### **Zu § 37**

Es ist - an dieser oder anderer geeigneter Stelle - vorzusehen, dass Entscheidungen des Kartellgerichts generell im RIS zu veröffentlichen sind, und zwar nicht nur zweitinstanzliche Entscheidungen, sondern auch erstinstanzliche Entscheidungen.

Jedenfalls ist die Veröffentlichung jeglicher rechtskräftiger Entscheidungen unter Nennung des Antragsgebers erforderlich, um eine Exekution im Sinn von § 34 Absatz 2 zu ermöglichen.

#### **Zu § 38 und § 58 Absatz 2**

Es ist klarzustellen, dass da Kartellobergericht als Rekursgericht nicht als Revisionsrekursgericht entscheidet. Demnach sollte auch eine mündliche Verhandlung sowie eine Umwürdigung von Beweisen stattfinden können; die Bestimmungen über das Rekursverfahren sollten also auch vom OGH anwendbar sein.

Weiter sollte die Bestimmung, dass eine Verständigung über Beweisaufnahmen außerhalb einer mündlichen Verhandlung eine Verständigung der Parteien beziehungsweise ihrer Vertreter nach § 20 AußStG nur über Antrag erfolgt, für das Kartellverfahren für nicht anwendbar erklärt werden.

Eine solche Verständigung ist jedenfalls erforderlich, soll automatisch vorab erfolgen und hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass den Parteienvertretern und Parteien eine Beteiligung möglich ist.

#### **Zu § 41**

Die ISPA begrüßt die Beibehaltung der bisherigen Bestimmungen über den Kostenersatz.

#### **Zu § 43**

Wie bereits erwähnt, ist klarzustellen, dass die BWB keinesfalls berechtigt ist, Verbesserungsaufträge zu erteilen und dass auch der Fristenlauf für die Stellung des Prüfungsantrags durch allfällige Mängel oder Unvollständigkeiten der Anmeldung nicht berührt wird.

Dass diesfalls möglicherweise "unnötige" Prüfungsanträge von der BWB „vorsichtshalber“ gestellt werden, ist im Sinne einer Raschheit des Verfahrens in Kauf zu nehmen.

#### **Zu § 47**

Wie bereits erwähnt soll eine automatische Verständigung auch von Beweisaufnahmetagsatzungen im Vorhinein und rechtzeitig stattfinden.

#### **Zu § 48 Absatz 2**

Es ist klarzustellen, ob die Rekurspflicht gegen eine einstweilige Verfügung zwei oder vier Wochen beträgt.

#### **Zu § 50 Ziffer 2 und Ziffer 3**

Der Verfahrensaufwand im Verfahren über eine Abstellung eines Missbrauchs dürfte der selbe sein wie in einem Verfahren über die Feststellung, dass ein Missbrauch stattgefunden hat; grundsätzlich aber auch im Verfahren über sonstige Feststellungen.

Es besteht daher kein Bedarf für eine niedrigere Rahmengebühr in Ziffer 3.

Im übrigen ist der Wortlaut in Ziffer 2 jedenfalls zu ändern, sodass § 28 Absatz 1 nicht nur als Klammerausdruck, sondern auch von der Wortwahl her ausdrücklich erfasst wird.

Es nicht einzusehen, warum ihre Marktmacht missbräuchlich ausübende Marktbeherrscher bei der Rahmengebühr geschont werden sollten.

## **Zum Entwurf der Novelle zum Wettbewerbsgesetz**

### **Zu § 10 a Absatz 1**

Es ist klarzustellen, dass eine Zahlung auch über das bestehende Einzugsermächtigungssystem für Rechtsanwälte erfolgen kann.

### **Zu § 10 a Absatz 2**

Es ist klarzustellen, dass in anderen Fällen keine Zurückweisung durch die BWB erfolgen kann, insbesondere auch nicht bei angeblichen sonstigen Mängeln; sowie dass keine sonstigen Verbesserungsaufträge durch die Bundeswettbewerbsbehörde erfolgen dürfen.

### **Zu § 10 b Absatz 3**

Es ist klarzustellen, dass sämtliche erstinstanzliche Entscheidungen ebenfalls in das RIS zu stellen sind. Im übrigen ist vorzusehen, dass eine Veröffentlichung des Namens/Anschrift des unterlegenen Antragsgegners entweder im RIS oder auf der Website der Bundeswettbewerbsbehörde erfolgt, um die Möglichkeit einer Exekution gemäß § 34 Absatz 2 Kartellgesetz 2005 auch faktisch zu sichern.