

Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammenhang mit dem Entwurf eines Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetzes 2021

erstellt von

Univ.Prof.DDr. Michael Potacs

I. Ausgangslage und Gutachtensauftrag

Am 11.12.2018 wurde von der EU die Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes¹ (im Folgenden European Competition Richtlinie, kurz ECN-RL) erlassen. Nach ihrem 3. Erwägungsgrund soll diese Richtlinie gewährleisten, „dass die nationalen Wettbewerbsbehörden über die Garantien im Hinblick auf ihre Unabhängigkeit, Ressourcen und die Befugnisse im Bereich der Durchsetzung und der Verhängung von Geldbußen verfügen, die erforderlich sind, um die Artikel 101 und 102 AEUV wirksam anzuwenden“.

Zur Umsetzung dieser Richtlinie wurde vom Bundesministerium für Justiz gemeinsam mit dem Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort ein Ministerialentwurf² eines Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetzes 2021 – KaWeRÄG 2021 (im Folgenden kurz Ministerialentwurf) zur Begutachtung ausgesendet. In diesem Ministerialentwurf ist auch eine Änderung von Regelungen des Wettbewerbsgesetzes (im Folgenden kurz WettbG) vorgesehen. Im Zusammenhang damit stellen sich

¹ ABIL 11/3.

² GZ 2021-0.267.022 (BMJ) und 2021-0.207.307 (BMDW).

folgende Rechtsfragen die dem Gutachter zur Beantwortung vorgelegt wurden:

- Wie weit reicht die gemäß Art 4 ECN-RL vorgesehene Unabhängigkeit und wie ist diese zu verstehen (welche Aufgaben, funktionale oder organisatorische Unabhängigkeit)?
- Wie ist ein gemäß Art 20 Abs 2 B-VG verfassungsrechtlich gebotenes Auskunftsrecht im Hinblick auf Art 4 ECN-RL unionsrechtskonform auszugestalten und entspricht die in § 1 Abs 4 WettbG des Entwurfes eines KaWeRÄG 2021 vorgesehene Formulierung diesen Anforderungen?
- Wie ist die Unabhängigkeit nach Art 5 Abs 3 der ECN-RL bei der Verwendung der Haushaltsmittel zu verstehen und entspricht die derzeitige Rechtslage diesen Anforderungen?
- Können die im Ministerialentwurf vorgesehenen Aufgaben des Beratungsorgans Wettbewerbskommission die Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde gefährden?

II. Reichweite der Unabhängigkeit

Damit ist zunächst einmal auf die erste Frage nach der Reichweite der von Art 4 ECN-RL geforderten Unabhängigkeit einzugehen. Von maßgeblicher Bedeutung ist dafür Art 1 ECN-RL, der den Gegenstand und Geltungsbereich der gesamten Richtlinie umschreibt. Nach der Umschreibung in Art 1 Abs 1 ECN-RL werden in dieser Richtlinie Vorschriften über die Unabhängigkeit, die Ressourcen und die Befugnisse von nationalen Wettbewerbsbehörden festgelegt, „die sie benötigen um die Artikel 101 und 102 AEUV wirksam anzuwenden“, also die in diesen Bestimmungen verankerten Kartell- und Missbrauchsverbote durchzusetzen. Im Einklang damit gilt die Richtlinie gemäß Art 1 Abs 2 ECN-RL „für die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV sowie die parallele Anwendung von Bestimmungen des nationalen Wettbewerbsrechts auf denselben Fall“. Aus dieser Formulierung wird klar, dass sich der Geltungsbereich der Richtlinie nicht schlechthin auch auf das nationale Wettbewerbsrecht bezieht. Die Richtlinie gilt in Bezug auf das nationale Wettbewerbsrecht nur insoweit als die Anwendung der Art 101

und 102 AEUV zu einer „parallelen Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts“ (in Bezug auf das nationale Kartell- und Missbrauchsverbot) führt. Dies wird auch durch den 3. Erwägungsgrund der Richtlinie bestätigt, wo davon die Rede ist, dass sich die Gewährleistungen der Richtlinie „um die Artikel 101 und 102 AEUV wirksam anzuwenden ... unweigerlich auf das von diesen Behörden parallel angewendete nationale Wettbewerbsrecht auswirken“, wobei in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf Art 3 Abs 2 der Verordnung (EG) 1/2003 (Unzulässigkeit des Verbotes unionsrechtlich zulässiger Kartelle durch nationales Wettbewerbsrecht) hingewiesen wird. Nicht zuletzt geht auch aus dem zweiten Satz des Art 1 Abs 2 ECN-RL der eingeschränkte Anwendungsbereich der Richtlinie in Bezug auf nationales Wettbewerbsrecht hervor. Gilt doch danach Art 31 Abs 3 und 4 ECN-RL „auch für die alleinige Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts“. Daraus ist *e contrario* zu schließen, dass die sonstigen Bestimmungen der Richtlinie für die „alleinige“ Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts keine Geltung beanspruchen. Bereits aus Art 1 ECN-RL geht daher hervor, dass die in Art 4 ECN-RL gewährleistete Unabhängigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden grundsätzlich nur in Bezug auf die effektive Anwendung der Art 101 und 102 AEUV sowie die dabei „parallel“ anzuwendenden nationalen Wettbewerbsvorschriften gilt.

Diesem Befund entspricht auch die Formulierung der Verpflichtung der Mitgliedstaaten in Art 4 ECN-RL, deren Zweck nach dem ersten Satzteil in Art 4 Abs 1 ECN-RL darin besteht, „die Unabhängigkeit der für den Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden bei der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV zu gewährleisten“. Dazu haben die Mitgliedstaaten nach der weiteren Formulierung in Art 4 Abs 1 ECN-RL sicherzustellen, „dass diese Behörden ihre Aufgaben und Befugnisse – auf der Grundlage verhältnismäßiger Rechenschaftspflichten und unbeschadet der engen Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsnetzes – unparteiisch und im Interesse der wirksamen und einheitlichen Anwendung *dieser Artikel* wahrnehmen“³. Damit wird in dieser Bestimmung ganz unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sich die Gewährleistung der Unabhängigkeit auf jene „Aufgaben und Befugnisse“ beschränkt, die der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV dienen. Als „Aufgabe“ der Wettbewerbsbehörden kann schon vor dem Hintergrund der Formulierung des Art 1 und des Art 4 Abs 1 ECN-RL nur die

³ Hervorhebungen nicht im Original.

wirksame Anwendung der Art 101 und 102 AEUV (und allenfalls parallel anzuwendender nationaler Wettbewerbsvorschriften) verstanden werden. Deutlich bekräftigt wird dies auch durch die demonstrative Aufzählung (*argumentum „insbesondere“* bzw in der englischen Sprachfassung „in particular“) der Maßnahmen, auf die sich die zu gewährleistende Unabhängigkeit „mindestens“ (in der englischen Sprachfassung „at a minimum“) beziehen muss, wo durchwegs auf die Sicherstellung der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV Bezug genommen wird. Unter „Befugnisse“ im Sinne von Art 4 Abs 1 ECN-RL sind gemäß dem Grundsatz der „Einheit der Rechtsprache“⁴ jene „Befugnisse“ der Wettbewerbsbehörden zu verstehen, die diesen nach den Art 6 ff der Richtlinie einzuräumen sind.

Schon aus einer Wortsinninterpretation der Art 1 und 4 der ECN-RL geht somit hervor, dass die Richtlinie *keine umfassende organisatorische* („*institutionelle*“) *Unabhängigkeit* der gesamten nationalen Wettbewerbsbehörden fordert. Vielmehr bezieht sich die zu gewährleistende Unabhängigkeit nur auf die Aufgabe der Wettbewerbsbehörde zur wirksamen Anwendung der Art 101 und 102 AEUV und die Ausübung der den Wettbewerbsbehörden dazu nach der Richtlinie einzuräumenden Befugnisse. Durch die Richtlinie wird demnach eine *funktionelle Unabhängigkeit* der nationalen Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf die von ihnen nach der Richtlinie wahrzunehmenden Aufgaben und die durch diese Richtlinie eingeräumten Befugnisse sichergestellt.

Diese dahingehend verstandene Verpflichtung zur Gewährung einer Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden wird auch durch die Wortwahl in den Erwägungsgründen verdeutlicht, wo mehrfach von einer (bloß) „operativen Unabhängigkeit“ und nicht von einer Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden schlechthin gesprochen wird. So heißt es etwa in Erwägungsgrund 17, dass die „operative Unabhängigkeit der für Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden“ gestärkt werden soll, „um eine wirksame und einheitliche Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV zu gewährleisten“. Nach Erwägungsgrund 22 sollte die „operative Unabhängigkeit der für den Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden“ weder einer gerichtlichen noch einer parlamentarischen Kontrolle entgegenstehen. Das Adjektiv „operativ“ macht überhaupt nur Sinn, wenn durch die Richtlinie keine vollständige, sondern eben nur eine auf das „operative“

⁴ Siehe zu diesem Grundsatz in der Rechtsprechung des EuGH zB *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht (1994) 78.

Handeln eingeschränkte Unabhängigkeit sichergestellt werden soll. Seinem Inhalt nach besagt das Wort „operativ“, dass es dabei um die funktionalen Aufgaben und die damit verbundenen Befugnisse der Behörden nach der Richtlinie geht. Auch die Erwägungsgründe der Richtlinie bestätigen daher den sich bereits aus ihren Vorschriften ergebenden Befund, dass sich die von der Richtlinie geforderte Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden nur auf die *funktionale („operative“) Unabhängigkeit* im Sinne der Wahrnehmung ihrer Aufgabe zur Anwendung der Art 101 und 102 AEUV und der ihnen dabei nach der Richtlinie einzuräumenden Befugnisse beschränkt ist. Hingegen machen auch die dargelegten Erwägungsgründe deutlich, dass die ECN-RL keine darüberhinausgehende „institutionelle“ Unabhängigkeit verlangt.⁵

Es ist zu betonen, dass sich in dieser Hinsicht die von Art 4 der ECN-RL für die staatlichen Wettbewerbsbehörden geforderte Unabhängigkeit von jener unterscheidet, die für die Aufsichtsbehörden nach Art 52 DSGVO vorgesehen sind. Im Unterschied zu Art 4 ECN-RL verlangt Art 52 DSGVO, dass die Aufsichtsbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und bei der Ausübung ihrer Befugnisse „völlig unabhängig“ handeln. Aus der Wortwahl „völlig unabhängig“ wird abgeleitet, dass die Aufsichtsbehörde nach der DSGVO nicht nur eine funktionelle, sondern auch eine institutionelle Unabhängigkeit aufweisen muss.⁶ Die weniger weitgehende Unabhängigkeit gemäß Art 4 ECN-RL gegenüber jener gemäß Art 52 DSGVO kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass Art 4 ECN-RL anders als Art 52 DSGVO eine Unabhängigkeit „auf der Grundlage verhältnismäßiger Rechenschaftspflichten“ vorsieht, was sich durchaus in das Bild einer bloß funktionellen (operativen) und nicht auch institutionellen Unabhängigkeit fügt. Abgerundet wird dieses Bild auch dadurch, dass die Aufsichtsbehörde nach Art 52 Abs 6 DSGVO über „eigene jährliche Haushaltspläne“ verfügt, während Art 4 Abs 3 ECN-RL lediglich gewährleistet, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden „unbeschadet der nationalen Haushaltsvorschriften“ bei der Verwendung der ihnen zur Aufgabenerfüllung zugewiesenen Haushaltsmittel Unabhängigkeit besitzen⁷.

⁵ So auch *Harsdorf/Ummenberger-Zierler/Reidlinger*, Europäische Vorgaben für Befugnisse und Unabhängigkeit von nationalen Wettbewerbsbehörden, ÖBl 2019, 63 (65).

⁶ *ZB Polenz*, Art 52, in *Simitis/Hornung/Döhmman* (Hrsg), Datenschutzrecht (2019) Rz 5; *Zavadil* in *Knyrim, DatKomm* Art 52 DSGVO (Stand 1.3.2021, rdb.at) Rz 10.

⁷ Siehe dazu unter IV.

Anzumerken ist überdies, dass die durch Art 4 ECN-RL gewährleistete Unabhängigkeit insoweit jener gleicht, die in Art 35 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG⁸ für Regulierungsbehörden vorgesehen ist. Ebenso wie in Art 4 ECN-RL verlangt auch Art 35 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG, dass diese Befugnisse „unparteiisch und transparent“ ausgeübt werden.⁹ Allerdings fordert diese zuletzt genannte Bestimmung ebenfalls lediglich eine Unabhängigkeit „bei der Wahrnehmung der durch diese Richtlinie und zugehörige Rechtsvorschriften übertragenen Regulierungsaufgaben“. In gleicher Weise wie von Art 4 ECN-RL wird daher auch von Art 35 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG bloß eine funktionelle und nicht auch eine institutionelle Unabhängigkeit gefordert. Aus diesem Grund sah es der VwGH auch als mit dieser Bestimmung als vereinbar an, wenn die E-Control „teilweise“ (also soweit es nicht ihre Regulierungsaufgaben betrifft) einer „Weisungsbindung“¹⁰ unterliegt. Denn die „Festschreibung einer Weisungsbindung der E-Control für Bereiche, in denen unionsrechtlich eine Unabhängigkeit nicht gefordert ist, führt nach Ansicht des VwGH nicht dazu, dass die E-Control als nicht in unionsrechtskonformer Weise unabhängig eingerichtet anzusehen ist.“¹¹ In Übereinstimmung damit steht es daher auch im Einklang mit Art 4 ECN-RL, wenn der Leiter der Wettbewerbsbehörde insoweit den Weisungen der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort unterworfen bleibt, als es nicht um die Wahrnehmung der Anwendung von Art 101 und 102 AEUV und die Ausübung der den Wettbewerbsbehörden durch die ECN-RL gewährleisteten Befugnisse geht. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass diese funktionelle Unabhängigkeit auch die Genehmigung von Dienstreisen der MitarbeiterInnen der Wettbewerbsbehörden iZm der Anwendung des Art 101 und 102 AEUV umfasst, was aber gemäß § 1 Abs 3 iVm § 8 Abs 5 WettbG in Bezug auf die BWB ohnehin sichergestellt ist.¹²

Insgesamt ist daher zu Art 4 ECN-RL festzustellen, dass die darin vorgesehene Unabhängigkeit in einem funktionalen und nicht in einem institutionellen Sinn zu verstehen ist und sich auf die Wahrnehmung der Anwendung

⁸ ABI L 211/55.

⁹ Nunmehr Art 57 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL (EU) 2019/944, ABI L 158/125, wo die Unabhängigkeit in gleicher Weise gewährleistet wird.

¹⁰ VwGH 23.11.2016, Ro 2016/04/0013.

¹¹ Ebenda, Rz 28.

¹² Zu den Befugnissen eines Dienststellenleiters nach BDG zählt auch die Entscheidung über Dienstreisen; vgl *Fellner*, BDG, § 1 DVG Rz 9 (Stand 1.5.2016, rdb.at).

der Art 101 und Art 102 AEUV und die Ausübung der den Wettbewerbsbehörden dazu nach den Art 6 ff ECR-RL einzuräumenden Befugnissen beschränkt. Eine umfassende organisatorische Unabhängigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden wird dagegen von der ECN-RL nicht verlangt.

III. **Auskunftsrecht**

A. Allgemeines

Gemäß Art 4 Abs 2 lit b) ECN-RL dürfen die MitarbeiterInnen und Personen, die bei den nationalen Wettbewerbsbehörden in Ausübung der Befugnisse nach den Artikeln 10 bis 13 und 16 der ECN-RL Entscheidungen treffen, „bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse im Zusammenhang mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV keinerlei Weisungen der Regierung oder einer anderen öffentlichen oder privaten Stelle einholen oder entgegennehmen“. Zur Umsetzung dieser Bestimmung in Österreich ist zunächst einmal festzustellen, dass die Bundeswettbewerbsbehörde (im Folgenden kurz BWB) gemäß § 1 Abs 1 WettbG als Organ des Bundes eingerichtet ist. Nach der Rechtsprechung des VfGH unterstellt Art 20 Abs 1 B-VG „innerhalb der Verwaltungsorganisation des Bundes“ sämtliche Organe unmittelbar den Weisungen der obersten Bundesorgane.¹³ Es besteht gemäß Art 20 Abs 2 B-VG jedoch die Möglichkeit, dass durch Gesetz Bundesorgane für die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben weisungsfrei gestellt werden, wozu gemäß Art 20 Abs 2 Z 5 B-VG auch die „Sicherung des Wettbewerbs“ gehört. Dies ist in § 1 Abs 3 WettbG im Hinblick auf den Generaldirektor für Wettbewerb als Leiter der Wettbewerbsbehörde auch erfolgt, der nach dieser Bestimmung in gewissem Umfang („bei der Besorgung der in § 2 genannten Aufgaben“) weisungsfrei gestellt wurde. Außerhalb des von § 1 Abs 3 WettbG erfassten Ausnahmereiches ist der Generaldirektor auf Grund der unmittelbaren Geltung von Art 20 Abs 1 B-VG an die Weisungen der Ministerin gebunden.

¹³ VfSlg 16400/2001.

In Bezug auf den weisungsfrei gestellten Bereich ist allerdings gemäß Art 20 Abs 2 B-VG von Verfassungs wegen als Ausgleich¹⁴ zur einfachgesetzlichen Weisungsfreistellung ein „angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, *zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten*“. Dieser verfassungsrechtlichen Anforderung soll nach dem vorliegenden Ministerialentwurf durch Einfügung eines Abs 4 in § 1 WettbG Rechnung getragen werden, der lautet:

„Die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort hat das Recht, sich jederzeit über alle Gegenstände der Geschäftsführung und Aufgabenerfüllung der Bundeswettbewerbsbehörde zu unterrichten. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort unverzüglich und auf Verlangen schriftlich alle diesbezüglichen Anfragen zu beantworten, soweit dies nicht der Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde bei der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV im Sinne von Art 4 der Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. Nr. L 11 vom 14.1.2019 S. 3, widerspricht.“

Auch wenn ein Auskunftsrecht von Art 20 Abs 2 B-VG gefordert wird, stellt sich dennoch die Frage, ob es den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden gemäß Art 4 ECN-RL entspricht, zumal nach der Rechtsprechung des VfGH der Vorrang von Unionsrecht grundsätzlich auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht besteht.¹⁵ Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob das nach dem vorliegenden Ministerialentwurf in § 1 Abs 4 WettbG vorgesehene Auskunftsrecht mit der von der ECN-RL geforderten Unabhängigkeit der staatlichen Wettbewerbsbehörden im Einklang steht.

B. *EuGH*

Diese Frage stellt sich nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass der EuGH im Jahre 2012 ein Auskunftsrecht des Bundeskanzlers gegenüber der weisungsfrei gestellten Datenschutzkommission (im Folgenden DSK) nach dem DSG 2000 für unvereinbar mit der Datenschutz-RL 95/46/EG¹⁶ erachtete. Es ist allerdings hervorzuheben, dass auch diese Richtlinie (wie nunmehr auch

¹⁴ ZB *Kahl/Khakzadeh/Schmid* (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2021) 456, Rz 24.

¹⁵ Dazu zB *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) 93, mwN.

¹⁶ ABl L 281/31.

Art 52 Abs 1 DSGVO) in ihrem Art 28 vorsah, dass die Kontrollstelle die ihr zugewiesenen Aufgaben in „völliger Unabhängigkeit“ wahrzunehmen hat und sich dadurch entscheidend von der durch die den nationalen Wettbewerbsbehörden nach der ECN-RL gewährleisteten Unabhängigkeit unterscheidet.¹⁷ Allerdings brachte der EuGH in diesem Urteil ganz allgemein zum Ausdruck, dass ein umfassendes Auskunftsrecht die Unabhängigkeit einer Einrichtung zu beeinträchtigen vermag, weshalb dieses Urteil auch für den vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sein könnte. Nach dem damals geltenden § 38 Abs 2 DSG 2000 hatte der Bundeskanzler ein uneingeschränktes Recht „sich jederzeit über alle Gegenstände der Geschäftsführung (der DSK) beim Vorsitzenden und dem geschäftsführenden Mitglied zu unterrichten“. Für den EuGH war entscheidend, „dass das Unterrichtsrecht zum einen sehr weit gefasst ist, da es sich auf `alle Gegenstände der Geschäftsführung´“ der DSK erstreckte, „und dass es zum anderen unbedingt“ war. Unter diesen Umständen stand für den Gerichtshof dieses Auskunftsrecht der durch die Datenschutz-RL 95/46/EG gewährleisteten Unabhängigkeit der „Kontrollstelle“ entgegen, „deren Handlungen unter allen Umständen über jeden Verdacht der Parteilichkeit erhaben sind“¹⁸. Der EuGH sah daher eine Vertragsverletzung darin, dass „der Bundeskanzler über ein *unbedingtes Recht* verfügt, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der DSK zu unterrichten“¹⁹.

Mit diesen Feststellungen brachte der EuGH allerdings gleichzeitig zum Ausdruck, dass ein eingeschränktes („bedingtes“) Auskunftsrecht auch mit den Anforderungen einer „völligen Unabhängigkeit“ gemäß der Datenschutz-RL 95/46/EG (ebenso wie gemäß Art 52 DSGVO) in Einklang stehen kann. Dementsprechend ist auch in § 19 Abs 3 der derzeit geltenden Fassung des DSG grundsätzlich vorgesehen, dass sich der Bundesminister „beim Leiter der Datenschutzbehörde über die Gegenstände der Geschäftsführung unterrichten“ kann. Allerdings wird diesem Auskunftsrecht die von der EU-Kommission akzeptierte²⁰ Einschränkung hinzugefügt, dass der Leiter der Datenschutzbehörde einem solchen Verlangen nur insoweit zu entsprechen hat, „als dies nicht der völligen Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde im Sinne von Art 52 DSGVO widerspricht“.

¹⁷ Siehe unter II.

¹⁸ EuGH Rs C- 614/10 (*Kommission/Österreich*), Rz 64.

¹⁹ Ebenda, Rz 66 (Hervorhebungen nicht im Original).

²⁰ Dazu *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG (2018) § 19 Rz 6.

Die prinzipielle unionsrechtliche Zulässigkeit eines eingeschränkten Auskunftsrechts in Bezug auf die Aufsichtsbehörden im Datenschutzrecht ist für den vorliegenden Zusammenhang von maßgeblicher Bedeutung: denn ist ein eingeschränktes Auskunftsrecht selbst mit der durch die Datenschutz-RL 95/46/EG bzw Art 52 DSGVO gewährleisteten „völligen Unabhängigkeit“ und damit funktionellen und institutionellen Unabhängigkeit vereinbar, dann gilt dies *argumentum a maiori ad minus* umso mehr für Einrichtungen wie nationale Wettbewerbsbehörden nach der ECN-RL, die zwar „unabhängig“ und damit funktionell unabhängig, aber eben nicht „völlig unabhängig“ und damit zusätzlich auch institutionell unabhängig zu sein haben.

C. VwGH

Diese Einschätzung wird durch ein VwGH-Erkenntnis aus dem Jahre 2016 klar bestätigt. Konkret ging es in diesem Verfahren um die Vereinbarkeit des Auskunftsrechts des Bundesministers gemäß § 5 Abs 3 E-ControlG mit der durch Art 35 Abs 4 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG²¹ gewährleisteten Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden. Dabei ist daran zu erinnern²², dass auch durch Art 35 Abs 4 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG keine „völlige Unabhängigkeit“ gefordert wird. Vielmehr wird auch von dieser Richtlinie lediglich eine funktionelle und nicht auch eine institutionelle Unabhängigkeit verlangt, weshalb der VwGH auch eine „teilweise“²³ Weisungsbindung der Regulierungsbehörde als unproblematisch ansah.

Vor allem aber hegte der VwGH auch gegen ein Auskunftsrecht des Ministers gegenüber der Regulierungsbehörde keine prinzipiellen Bedenken. Dieses war nach der für den VwGH maßgeblichen Rechtslage in § 5 Abs 3 E-ControlG noch ohne Einschränkung formuliert. Der VwGH ging zwar auf Grund des Urteiles des EuGH zur DSK davon aus, dass ein derart unbeschränktes Auskunftsrecht nicht dem Unionsrecht entspricht. Doch führte gerade im Hinblick auf die Unabhängigkeitsgarantien der Richtlinie für ihn der „Umstand, dass die E-Control in Beachtung des Anwendungsvorrangs vor Unionsrecht aus eigenem zu beurteilen hat, ob einem Auskunftsersuchen

²¹ ABI L 211/55.

²² Siehe bereits unter II.

²³ VwGH 23.11.2016, Ro 2016/04/0013, Rz 27 f.

die unionsrechtlich gebotene Unabhängigkeit entgegensteht nicht dazu, dass sie als nicht unabhängig (im Sinne des Art 35 Abs 4 der Richtlinie 2009/72/EG) eingerichtet und somit als unzuständig anzusehen ist²⁴. Dabei betonte der VwGH zu Recht, dass diese Sichtweise auch mit dem Urteil des EuGH zur DSK im Einklang steht, weil der Gerichtshof in diesem Urteil lediglich ein „unbedingtes“ Auskunftsrecht als unionsrechtswidrig erachtete.²⁵ In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH ist daher auch der VwGH der Ansicht, dass ein Auskunftsrecht insbesondere einer vom Unionsrecht in funktioneller (und nicht auch institutioneller) Hinsicht geforderten Unabhängigkeit nicht entgegensteht, sofern das Auskunftsersuchen bei Widerspruch zu der vom Unionsrecht geforderten Unabhängigkeit verweigert werden kann.

D. Auskunftsrecht gemäß § 1 Abs 4 WettbG idF des Ministerialentwurfes

In Entsprechung der Entscheidungen des EuGH und des VwGH wurde § 5 Abs 3 E-ControlG umformuliert. Demnach haben gemäß § 5 Abs 3 E-ControlG nunmehr alle Organe dem Minister „unverzüglich und auf Verlangen schriftlich alle diesbezüglichen Anfragen zu beantworten, soweit dies nicht der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde im Sinne von Art 35 Abs 4 der Richtlinie 2009/72/EG und Art 39 Abs 4 Richtlinie 2009/73/EG widerspricht“. Damit ist das Auskunftsrecht im E-ControlG in gleicher Weise in Bezug auf Art 35 Abs 4 der Richtlinie 2009/72/EG eingeschränkt wie das Auskunftsrecht gemäß § 1 Abs 4 WettbG nach dem vorliegenden Ministerialentwurf im Hinblick auf Art 4 der ECN-RL.

Schon auf Grund der Rechtsprechung des EuGH und des VwGH ist daher nicht zu bezweifeln, dass die Ausgestaltung des Auskunftsrechtes in § 1 Abs 4 WettbG nach dem Ministerialentwurf jedenfalls den unionsrechtlichen Anforderungen einer funktionalen Unabhängigkeit, wie sie von Art 4 ECN-RL gefordert wird, entspricht. Hinzu kommt bei Art 4 ECN-RL, dass diese Unabhängigkeit gemäß seinem Abs 1 ausdrücklich „auf der Grundlage verhältnismäßiger Rechenschaftspflichten“ sicherzustellen ist. Die nähere Regelung dieser Rechenschaftspflichten bleibt dabei den Mitgliedstaaten überlassen. Es ist nicht zu erkennen, weshalb ein unter dem Vorbehalt des

²⁴ Ebenda, Rz 29.

²⁵ Ebenda, Rz 30.

Verbots der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit vorgesehene Auskunftsrecht keine verhältnismäßige Ausgestaltung dieser „Rechenschaftspflicht“ darstellen sollte. Denn bereits seinem Wortsinn nach gehen Rechenschaftspflichten über eine bloße Verpflichtung zur regelmäßigen Berichterstattung hinaus. Außerdem ist mit den „Rechenschaftspflichten“ gemäß Art 4 Abs 1 ECN-RL eine bloße Berichterstattung auch deshalb kaum gemeint, weil eine solche Berichterstattungsverpflichtung in Art 5 Abs 4 ECN-RL ausdrücklich vorgesehen ist. Würde sich die Bedeutung der „Rechenschaftspflicht“ gemäß Art 4 Abs 1 ECN-RL auf solche regelmäßigen Berichtspflichten beschränken, dann wäre die Normierung der „Rechenschaftspflichten“ in Art 5 Abs 4 ECN-RL überflüssig. Nach allgemein anerkannten Auslegungsregeln ist aber eine überflüssige Anordnung nicht anzunehmen.²⁶ Daher ist davon auszugehen, dass die „Rechenschaftspflichten“ gemäß Art 4 Abs 1 ECN-RL über bloße regelmäßige Berichterstattungspflichten hinaus gehen können und etwa in Form eines die Unabhängigkeit wahren Auskunftsrechtes ausgestaltet werden dürfen. Auch die Textierung der ECN-RL selbst spricht daher für die Zulässigkeit eines Auskunftsrechtes wie es in § 1 Abs 4 WettbG nach dem Ministerialentwurf vorgesehen ist.

Damit stellt sich die Frage, wann eine Auskunft im Einklang mit der Formulierung von § 1 Abs 4 WettbG gemäß dem Ministerialentwurf der Unabhängigkeit gemäß Art 4 ECN-RL widersprechen würde und damit auch nicht erteilt werden müsste. Eine Antwort auf diese Frage lässt sich aus Sinn und Zweck der durch Art 4 ECN-RL gewährleisteten Unabhängigkeit gewinnen, wobei auch hier wieder die Textierung dieser Vorschrift aufschlussreich ist. Denn nach dem Konzept der funktionalen Unabhängigkeit dient diese gemäß Art 4 Abs 1 ECN-RL dazu, die unparteiliche, effektive und einheitliche Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV zu gewährleisten. Bei Erfüllung dieser Aufgabe ist den nationalen Wettbewerbsbehörden Unabhängigkeit zu gewährleisten, die keinerlei Einflussnahme anderer staatlicher Stellen zulässt. Demnach haben die Mitgliedstaaten gemäß Art 4 Abs 2 lit a ECN-RL sicherzustellen, dass die Wettbewerbsbehörden „in der Lage sind, ihre Aufgaben und Befugnisse im Zusammenhang mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV unabhängig von politischer und anderer externer Einflussnahme wahrzunehmen“. Außerdem haben die Mitgliedstaaten gemäß Art 4 Abs 2 lit b ECN-RL zu gewährleisten, dass die Wettbewerbsbehörden „bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse im Zusammenhang

²⁶ Siehe etwa die Nachweise aus der Judikatur von EuGH, VfGH und VwGH zu diesem Auslegungsgrundsatz bei *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 98 ff, 117 ff, 125 ff.

mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV keinerlei Weisungen der Regierungen oder einer anderen öffentlichen oder privaten Stelle einholen oder entgegennehmen“.

Dementsprechend darf auch das Auskunftsrecht die Unabhängigkeit von „politischer und anderer externer Einflussnahme“ bei der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV durch die Wettbewerbsbehörden sowie bei der Ausübung der diesen Behörden durch die Richtlinie eingeräumten Befugnisse nicht gefährden. Daraus folgt, dass ein Widerspruch zur durch Art 4 ECN-RL gewährleisteten Unabhängigkeit vorliegen würde, wenn das Auskunftsrecht laufende oder geplante Ermittlungen der Wettbewerbsbehörde bei der Anwendung von Art 101 und 102 AEUV gefährden würde. Zu betonen ist daher, dass sich das Auskunftsrecht nicht etwa auf konkrete laufende oder geplante Hausdurchsuchungen beziehen darf.

Allerdings ist auch zu bedenken, dass die Mitgliedstaaten für die effektive Umsetzung von Richtlinien verantwortlich sind.²⁷ Das gilt selbstverständlich auch für die ECN-RL und wird in Erwägungsgrund 27 dieser Richtlinie auch ausdrücklich angesprochen, wenn darin davon die Rede ist, dass die Mitgliedstaaten „eine wirksame Überwachung der Umsetzung der Richtlinie zu gewährleisten“ haben und daher für regelmäßige Berichte der nationalen Wettbewerbsbehörden zu sorgen haben. Der Gewährleistung einer „wirksamen Überwachung“ vermag aber auch ein Auskunftsrecht zu dienen, dem im Übrigen zur Gewährleistung der ordnungsgemäßen Ausführung der Geschäfte gemäß § 76 Abs 3 GOG auch die mit den Garantien der Unabhängigkeit ausgestatteten ordentlichen Gerichte unterliegen. Denn Auskünfte vermögen durchaus Aufschluss darüber zu geben, ob die Wettbewerbsbehörden die Erfüllung ihrer Aufgaben in wirksamer Weise wahrzunehmen in der Lage sind. Solche Auskünfte können sich beispielsweise auch auf die Auslastung einzelner MitarbeiterInnen mit der Aufgabenerfüllung zur Anwendung der Art 101 und 102 AEUV oder auf die Inanspruchnahme von MitarbeiterInnen mit damit nicht im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten beziehen, oder von geplanten oder laufenden Ermittlungen losgelöste Vollzugspraktiken betreffen, um Aufschlüsse für die legistische Arbeit zu bekommen. Da die Richtlinie nur eine funktionale Unabhängigkeit gewährleistet, ist überdies davon auszugehen, dass sich ein solches Auskunftsrecht in unionsrechtskonformer Weise auch auf Tätigkeiten der Behörde erstrecken kann, die nicht der Aufgabenerfüllung gemäß Art 4 ECN-RL dienen (wie

²⁷ Siehe dazu allgemein etwa *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 125.

etwa die Durchführung bestimmter Dienstreisen oder Veranstaltungen) oder gar nicht in den Anwendungsbereich der ECN-RL fallen (zB Fusionskontrolle etc). Im Sinne der Einschränkung, dass die Unabhängigkeit bei der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV nicht in Frage gestellt wird, spricht auch nichts dagegen, dass die Auskunft, wie im Ministerialentwurf vorgesehen, „unverzüglich“ zu erteilen ist.²⁸

Insgesamt ist daher festzustellen, dass die Ausgestaltung des Auskunftsrechtes in § 1 Abs 4 WettbG nach dem vorliegenden Ministerialentwurf unionsrechtskonform ist. Demnach sind zum einen Auskünfte über die effektive funktionale Aufgabenerfüllung der Behörde und zum anderen über die über Art 101 und 102 hinausgehenden Tätigkeiten zu erteilen. Auskünfte über laufende oder geplante Ermittlungen sind davon nicht erfasst. Außerdem ist hinzuzufügen, dass auch das Ministerium gem Art 20 Abs 3 B-VG bezüglich der erteilten Auskünfte der Amtsverschwiegenheit unterliegt.

IV. Haushaltsmittel

A. Ressourcen

Gemäß Art 5 Abs 1 ECN-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden „über eine ausreichende Zahl qualifizierter Mitarbeiter und ausreichende finanzielle, technische und technologische Ressourcen verfügen, die sie für die wirksame Erfüllung ihrer Aufgaben und für die wirksame Ausübung ihrer Befugnisse im Zusammenhang mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV“ benötigen. Diese Verpflichtung wird in Art 5 Abs 2 ECN-RL dahingehend präzisiert, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden „mindestens in der Lage“ sein müssen, „Untersuchungen im Hinblick auf die Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV durchzuführen, Entscheidungen zur Anwendung dieser Artikel auf der Grundlage des Artikels 5 der Verordnung (EG) Nr 1/2002 zu erlassen und im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsnetzes eng zusammenzuarbeiten, um die wirksame und einheitliche Anwendung der Artikel 101 und

²⁸ Siehe in diesem Zusammenhang § 5 Abs 3 E-ControlG, wo ebenfalls „unverzüglich“ Auskunft zu erteilen ist.

102 AEUV zu gewährleisten“. Demnach müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden mit jenen Ressourcen ausgestattet werden, die ihnen eine effektive Anwendung der Art 101 und 102 AEUV ermöglicht.

Allerdings heißt es in Art 5 Abs 2 letzter Satz ECN-RL weiters: „Außerdem müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden, soweit dies im nationalen Recht vorgesehen ist, öffentliche Einrichtungen und Stellen zu Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die sich auf den Wettbewerb im Binnenmarkt auswirken könnten, gegebenenfalls beraten können und die Öffentlichkeit verstärkt für die Artikel 101 und 102 AEUV sensibilisieren“. Es mag bei dieser Formulierung der deutschen Sprachfassung nicht ganz klar sein, ob sich der Vorbehalt „soweit dies im nationalen Recht vorgesehen ist“ nur auf die Beratungstätigkeit oder auch auf Öffentlichkeitsarbeit der Wettbewerbsbehörden bezieht. Doch bereits ein Blick in Erwägungsgrund 24 der ECN-RL zeigt, dass sich der Vorbehalt auf beide Fälle bezieht. Heißt es dort doch, dass sich das Gebot der hinreichenden Ressourcenausstattung schlechthin für „den Fall“ gilt, „dass die Aufgaben und Befugnisse nach nationalem Recht ausgeweitet werden“. Ebenso geht aus der englischen Sprachfassung von Art 5 Abs 2 ECN-RL klar hervor, dass sich der Vorbehalt auf Beratungstätigkeiten und Öffentlichkeitsarbeit bezieht. Denn die englische Fassung lautet: „To the extent provided for under national law, national competition authorities shall also be able to advise public institutions and bodies, where appropriate, on legislative, regulatory and administrative measures which may have an impact on competition in the internal market as well as promote public awareness of Articles 101 and 102 TFEU.“ Insbesondere die Worte „as well“ bringen deutlich zum Ausdruck, dass sich der Vorbehalt staatlicher Aufgabenzuweisung sowohl auf die Beratungs- als auch auf die Öffentlichkeitsarbeit bezieht. Da weder im geltenden WettbG noch im Ministerialentwurf eine entsprechende Aufgabenzuweisung an die Wettbewerbsbehörde vorgesehen ist, bleibt in Bezug auf die BWB das Gebot zur Ressourcenausstattung auf die effektive Anwendung der Art 101 und 102 AEUV beschränkt.

B. Autonomie

Dabei ist aber auch zu bedenken, dass gemäß Art 5 Abs 3 ECN-RL die Mitgliedstaaten „unbeschadet der nationalen Haushaltsvorschriften und –

verfahren“ sicherzustellen haben, dass den nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Verwendung der zur Erfüllung ihrer Aufgaben zugewiesenen „Haushaltsmittel Unabhängigkeit gewährt wird“. In Erwägungsgrund 26 der Richtlinie wird dazu in gleichem Sinne festgestellt, dass die Unabhängigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden dadurch gestärkt werden soll, „dass ihnen ermöglicht wird, selbständig über die Verwendung der zur Erfüllung ihrer Aufgaben bestimmten Mittelzuweisungen zu entscheiden, und zwar unbeschadet nationaler Haushaltsregeln- und verfahren“.

Im vorliegenden Ministerialentwurf finden sich im Gesetzestext des WettbG keine haushaltsrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf die BWB. Vielmehr heißt es dazu in den Erläuterungen:

„Die Ressourcen der Bundeswettbewerbsbehörde werden in einem eigenen Detailbudget in der UG 40 abgebildet. Die Bewirtschaftung von Detailbudgets erfolgt gemäß BHG 2013 unter Wahrung der Ziele und Grundsätze der Haushaltsführung durch die haushaltsleitende Stelle, die für die Bundeswettbewerbsbehörde die Leiterin oder der Leiter der zentralen Budgetabteilung im Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort wahrnimmt. In dieser Funktion erfüllt sie oder er die in § 7 Abs 2 BHG 2013 geregelten Aufgaben betreffend die Steuerung des finanziellen Mitteleinsatzes für den betrieblichen Sach- und Personalaufwand (zB Berechnung der jährlichen Fixkosten, wie zB Personal, Miete, IT, und Sicherstellung deren Bedeckung). In die Verwendung des `disponiblen Budgets` (= veranschlagte Auszahlungen abzüglich Fixkosten) greift die haushaltsführende Stelle nicht ein, sofern die Ziele und Grundsätze der Haushaltsführung gewahrt sind. Die Bundeswettbewerbsbehörde verfügt daher bereits jetzt über eine weitest gehende Budgetautonomie im Sinne der Richtlinie und im Sinne nationaler Haushaltsvorschriften, bei gleichzeitiger Entlastung von administrativen, gestaltungsfernen Verwaltungstätigkeiten.“²⁹

Im Rahmen dieses Gutachtens wird die Frage untersucht, ob die in diesen Erläuterungen geschilderte Vorgangsweise den Anforderungen einer korrekten Umsetzung von Art 5 ECN-RL entspricht. Dazu ist zunächst einmal festzustellen, dass Art 5 Abs 3 ECN-RL eine Sicherstellung der Unabhängigkeit der Mittelverwendung „unbeschadet der nationalen Haushaltsvorschriften und –verfahren“ vorsieht. Die Gebarung der Wettbewerbsbehörden hat demnach grundsätzlich im Rahmen des allgemeinen nationalen Haushaltsrechts zu erfolgen. Insoweit unterscheidet sich ECN-RL auch in diesem Punkt von der DSGVO, die in Art 52 Abs 6 eine Verfügung der Aufsichtsbehörde „über eigene, öffentliche, jährliche Haushaltspläne“ verlangt. Daraus wird abgeleitet, dass die Aufsichtsbehörde selbst einen Haushaltsvoranschlag für die von

²⁹ Erläuterungen, S 3.

ihr als erforderlich angesehenen Aufgaben erstellen und diese Aufgaben selbst gewichten kann³⁰, wodurch die Ressourcenhoheit der Aufsichtsbehörde besonders gestärkt wird³¹. Aber darin kommt eben auch zum Ausdruck, dass die Aufsichtsbehörde nach Art 52 DSGVO im Gegensatz zur Wettbewerbsbehörde nach der ECN-RL sowohl funktionell als auch institutionell unabhängig ist. Vor diesem Hintergrund macht es durchaus Sinn, dass den Wettbewerbsbehörden durch Art 5 ECN-RL keine so weitgehende haushaltsrechtliche Autonomie eingeräumt wird und in Bezug auf die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich eine Mittelverfügung im Rahmen der allgemeinen haushaltsrechtlichen Vorschriften und Verfahren vorzunehmen ist.

Davon ausgehend steht es grundsätzlich auch im Einklang mit Art 5 ECN-RL, wenn die Ressourcen der BWB in einem Detailbudget abgebildet werden, das gemäß § 7 Abs 2 Z 4 BHG auch prinzipiell von einer Leiterin oder einem Leiter einer haushaltsführenden Stelle bewirtschaftet wird, die bzw. der in der zentralen Budgetabteilung des zuständigen Ressorts angesiedelt sein kann. Allerdings ist auch zu bedenken, dass den nationalen Wettbewerbsbehörden gemäß Art 5 Abs 3 ECN-RL bei der Verwendung der ihnen für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß Art 101 und 102 AEUV zugewiesenen Mittel Unabhängigkeit zu gewähren ist, sofern die (in § 2 BHG geregelten) Ziele und Grundsätze der Haushaltsführung gewahrt sind. Dabei handelt es sich um eine Verbürgung in einer Richtlinienbestimmung, die nach der Rechtsprechung des EuGH durch Vorschriften mit „zwingendem Charakter“ umzusetzen ist, wozu grundsätzlich eine bloße Behördenpraxis aber nicht zählt.³² Vielmehr bedarf es dazu in Österreich nach der Rechtsprechung des VfGH prinzipiell einer gesetzlichen Regelung.³³ Doch ist auch zu bedenken, dass auf die förmliche Umsetzung einer Richtlinienbestimmung nach der Judikatur des EuGH verzichtet werden kann, wenn dieser Vorschrift innerstaatlich bereits entsprochen wird.³⁴ Dies ist auch dann anzunehmen, wenn die innerstaatliche Rechtslage einer richtlinienkonformen Interpretation zugänglich ist.³⁵ Davon wird in Bezug auf Art 5 Abs 3 ECN-RL auch in den Erläuterungen des Ministerialentwurfes ausgegangen. Ermöglicht doch danach § 7 Abs 2 BHG schon bisher dahingehend einen Gebahrungsvollzug, dass in die Verwendung des „disponiblen Budgets“ der BWB

³⁰ Zavadil in Knyrim, DatKomm Art 52 DSGVO, Rz 27, mwN.

³¹ Polenz, in Simitis/Hornung/Döhmman, Rz 26.

³² Potacs, EU-Recht⁷ 128, mwN.

³³ Potacs, EU-Recht⁷ 129 f.

³⁴ Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 128, mwN.

³⁵ Siehe Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 103 ff.

grundsätzlich nicht eingegriffen wird, sofern die (in § 2 BHG geregelten) Ziele und Grundsätze der Haushaltsführung gewahrt sind. Dabei ist insbesondere auf § 7 Abs 2 Z 4 lit b) BHG hinzuweisen, wo ganz allgemein „die Erteilung und der Widerruf von Anordnungen im Gebarungsvollzug“ vorgesehen ist, was eine flexible Handhabung ermöglicht, die auch die in den Erläuterungen angesprochene Gewährung einer autonomen Mittelverwendung durch die Wettbewerbsbehörde umfasst und dieser auch nichtentgegensteht. Nunmehr ist wegen Art 5 Abs 3 ECN-RL freilich davon auszugehen, dass auf Grund einer richtlinienkonformen Auslegung von § 7 Abs 2 BHG eine Verpflichtung zu einem entsprechenden Vollzug dieser Regelung besteht und daher der BWB von Gesetzes wegen verpflichtend Autonomie bei der Verfügung über Mittel in den von Art 101 und 102 AEUV erfassten Bereichen hinsichtlich der Vollziehung der Art 101 und 102 AEUV einzuräumen ist, um den unionsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen.

Insgesamt ist daher die Unabhängigkeit gemäß Art 5 Abs 3 ECN-RL in Bezug auf Österreich dahingehend zu verstehen, dass der BWB durch gesetzliche Vorschriften eine autonome Verwendung über Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben und Ausübung ihrer Befugnisse zur wirksamen Anwendung der Art 101 und 102 AEUV zu gewährleisten ist, wobei eine Bindung an allgemeine haushaltsrechtliche Grundsätze, wie sie in § 2 BHG festgeschrieben sind, zulässig ist. Diesen Anforderungen entspricht die derzeitige Rechtslage bei richtlinienkonformer Auslegung.

V. Wettbewerbskommission

Schon nach der geltenden Rechtslage ist im WettbG eine Einbindung der Wettbewerbskommission, die auf Vorschlag der Sozialpartner besetzt wird³⁶, vorgesehen. Gemäß § 16 Abs 2 WettbG erstattet diese im Auftrag der BWB oder der Bundesministerin Gutachten über allgemeine wettbewerbspolitische Fragestellungen und kann Empfehlungen zu angemeldeten Zusammenschlüssen gemäß § 17 WettbG abgeben. Auf Vorschlag der Sozialpartner soll diese schon bisher vorhandene Mitwirkung der Wettbewerbskommission nach dem vorliegenden Ministerialentwurf nunmehr aufgewertet werden und zwar in folgender Hinsicht:

³⁶ Siehe § 16 Abs 3 und 4 WettbG.

- Die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) sieht einen „Beratenden Ausschuss“ vor, der sich gemäß Art 19 Abs 4 der Verordnung aus Vertretern der „zuständigen Behörden“ der Mitgliedstaaten zusammensetzt. Welche Behörden die Mitgliedstaaten für die Fusionskontrolle auf unionsrechtlicher Ebene zuständig macht, ist grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten. Allerdings sieht Art 19 Abs 4 EG-Fusionskontrollverordnung letzter Satz auch vor, dass „mindestens“ einer der Vertreter auch für „Kartell- und Monopolfragen zuständig sein“ muss. In § 3 Abs 2 WettbG des Ministerialentwurfes ist dazu vorgesehen, dass die Vertretung Österreichs im Beratenden Ausschuss „ein Vertreter oder eine Vertreterin der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort gemeinsam mit der Bundeswettbewerbsbehörde“ wahrnimmt. Für den vorliegenden Zusammenhang ist vor allem von Bedeutung, dass gemäß § 3 Abs 2 WettbG des Ministerialentwurfes bei Fusionskontrollen „mit überragender wirtschaftspolitischer Bedeutung für Österreich“ überdies „der Wettbewerbskommission Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben“ ist.
- Weiters ist nach der geltenden Fassung des § 17 Abs 1 WettbG die Wettbewerbskommission „berechtigt“ gegenüber der Wettbewerbsbehörde eine „begründete schriftliche Stellungnahme zu angemeldeten Zusammenschlüssen“ nach dem WettbG zu erstatten. Gemäß § 17 Abs 3 WettbG ist nach der derzeit geltenden Fassung umgekehrt die BWB „berechtigt“ der Wettbewerbskommission eine Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme zu geben. Nach dem vorliegenden Ministerialentwurf soll nunmehr gemäß § 17 Abs 3 WettbG die Wettbewerbsbehörde „verpflichtet“ sein, der Wettbewerbskommission Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- Korrespondierend damit soll nach dem Ministerialentwurf eine Änderung im § 10 Abs 5 lit b) WettbG vorgenommen werden. Diese Regelung bezieht sich auf die Vorgangsweise der BWB bei „Modifikationen“ des ursprünglichen Zusammenschlussvorhabens. Nach der geltenden Rechtslage hat die BWB der Wettbewerbskommission nur dann Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn diese eine Empfehlung gemäß § 17 WettbG abgegeben hat. Nunmehr soll nach dem Ministerialentwurf der Wettbewerbskommission auch in diesem Zusammenhang verpflichtend eine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden.

Damit stellt sich die Frage, ob durch diese im Ministerialentwurf vorgesehene verstärkte Einbindung der Wettbewerbskommission die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde gefährdet werden könnte. Dazu ist zunächst einmal festzustellen, dass eine Beantwortung dieser Frage die Gewährleistungen der ECN-RL außer Betracht lassen kann. Denn diese Richtlinie einschließlich der darin gewährleisteten Unabhängigkeit, gilt wie eingehend dargelegt, nur für die wirksame Anwendung der Art 101 und 102 AEUV. Seit jeher ist zweifelhaft, ob diese Regelungen auch die *präventive Fusionskontrolle* umfassen.³⁷ Deshalb wurde die Fusionskontrolle auch stets in eigenen Verordnungen geregelt, die nicht vorrangig auf Art 103 AEUV (bzw deren Vorgängerbestimmungen) gestützt wurden³⁸. Vor diesem Hintergrund wäre zu erwarten gewesen, dass in der ECN-RL ausdrücklich auch auf die Fusionskontrolle Bezug genommen worden wäre, wenn diese Richtlinie auch für Fusionskontrolle Geltung beanspruchen sollte. Dies ist aber weder in den Vorschriften noch in den Erwägungsgründen der ECN-RL der Fall, weshalb die Richtlinie auch nicht auf die EU-Fusionskontrolle und schon gar nicht auf die rein innerstaatliche Fusionskontrolle anzuwenden ist. Nur auf die Verfahren der Fusionskontrolle beziehen sich aber die geltenden und in Aussicht genommenen Vorschriften über die Einbindung der Wettbewerbskommission. Anzumerken ist, dass diese Einbindung der Wettbewerbskommission lediglich bei der Fusionskontrolle und nicht auch bei der Kartell- und Missbrauchsaufsicht vor dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz unbedenklich erscheint. Handelt es sich bei der Fusionskontrolle im Gegensatz zur Kartell- und Missbrauchsaufsicht doch um ein System der präventiven Kontrolle und dem Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, für verschiedene Ordnungssysteme unterschiedliche Regelungen vorzusehen.³⁹

Auch ist es den Mitgliedstaaten durch die ECN-RL keineswegs verwehrt, den nationalen Wettbewerbsbehörden auch außerhalb des Anwendungsbereiches der ECN-RL Unabhängigkeit einzuräumen. Dies ist § 1 Abs 3 iV mit § 2 Abs 1 Z 1 WettbG in Bezug auf die staatliche Fusionskontrolle auch geschehen. Nicht zuletzt im Hinblick darauf erscheint daher ganz unabhängig von den Anforderungen des Unionsrechts die Frage nicht unberechtigt, ob durch die im Ministerialentwurf verstärkt vorgesehene Mitwirkung der

³⁷ ZB *Brinker*, Art 103 AEUV, in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar⁴ (2019) 1441, Rz 11.

³⁸ Siehe Erwägungsgrund 6 der Verordnung (EWG) Nr 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und Erwägungsgrund 7 der derzeit geltenden EG-Fusionskontrollverordnung.

³⁹ ZB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 771 f.

Wettbewerbskommission bei der Fusionskontrolle die Unabhängigkeit der BWB gefährdet werden könnte.

Dazu ist zunächst einmal festzustellen, dass die Einbindung der Wettbewerbskommission in den einschlägigen Bestimmungen lediglich in Form von „Empfehlungen“ und „Stellungnahmen“ zu erfolgen hat. Schon nach dem Wortsinn dieser Begriffe haben diese Äußerungen der Wettbewerbskommission für die BWB keine verbindliche Wirkung. Dies wird auch durch eine historische Interpretation klar bestätigt. Heißt es doch in den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu § 17 WettbG in seiner Stammfassung, die darin vorgesehenen Empfehlungen „im Lichte der Unabhängigkeit der Behörde natürlich *nicht bindend* sein können“⁴⁰. Sind aber schon solche Empfehlungen „nicht bindend“, dann kann kaum anderes für die Stellungnahmen in § 10 Abs 5 lit b) WettbG gelten. Es ist überhaupt kein Anhaltspunkt zu erkennen, dass der Ministerialentwurf von diesem Verständnis der Stammfassung abweichen sollte. Vielmehr ist nach der überzeugenden Judikatur des VwGH davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Novellierung eines Gesetzes insoweit keine Änderung der bisherigen Rechtslage vornehmen wollte, als er dabei Begriffe aus der alten Rechtslage übernimmt.⁴¹ Es muss daher angenommen werden, dass „Empfehlungen“ und „Stellungnahmen“ nach dem „Ministerialentwurf“ sowie schon nach der Stammfassung des WettbG für die BWB „nicht bindend“ sind. Nur ergänzend ist daher noch hinzuzufügen, dass auch nach der Rechtsprechung des VwGH gesetzlich vorgesehene Stellungnahmen oder Empfehlungen für die Behörde „nicht bindend“, sondern bei deren Entscheidung nur mit zu berücksichtigen sind⁴².

Insgesamt ist daher festzustellen, dass die im Ministerialentwurf eines KaWeRÄG 2012 vorgesehenen Aufgaben des Beratungsorgans Wettbewerbskommission die Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission nicht gefährden.

⁴⁰ RV 1005 BlgNR 21. GP, S (Hervorhebungen nicht im Original).

⁴¹ ZB VwGH 15.10.1980, 3242/79.

⁴² Siehe zB VwGH 16.9.1997, 95/08/0233; 10.12.2014, Ro 2014/09/0056; 27.1.2016, Ro 2015/08/0017.

VI. Ergebnis

Auf Grund der vorangegangenen Ausführungen ist zu den eingangs gestellten Fragen zusammenfassend zu antworten:

1. Die gemäß Art 4 ECN-RL gewährleistete Unabhängigkeit ist in einem funktionellen (operativen) und nicht in einem institutionellen Sinn zu verstehen. Sie gewährleistet den nationalen Wettbewerbsbehörden daher auch nicht in jeder Hinsicht Unabhängigkeit, sondern nur bei der Wahrnehmung der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV sowie der Ausübung der den Wettbewerbsbehörden nach der ECN-RL eingeräumten Befugnisse.
2. Die Ausgestaltung des gemäß Art 20 Abs 2 B-VG gebotenen Auskunftsrechts durch § 1 Abs 4 WettbG nach dem Ministerialentwurf eines KaWeRÄG 2021 steht mit den Anforderungen der ECN-RL im Einklang und ist daher unionsrechtskonform.
3. Die Unabhängigkeit gemäß Art 5 Abs 3 ECN-RL ist dahingehend zu verstehen, dass die Rechtslage so ausgestaltet sein muss, dass den staatlichen Wettbewerbsbehörden eine autonome Verwendung über Mittel zur Durchsetzung der Art 101 und 102 AEUV gewährleistet ist, wobei eine Bindung an allgemeine haushaltsrechtliche Grundsätze erlaubt ist. Diesen Anforderungen entspricht die derzeitige Rechtslage.
4. Die im Ministerialentwurf eines KaWeRÄG 2021 vorgesehenen Aufgaben des Beratungsorgans Wettbewerbskommission gefährden die Unabhängigkeit der BWB nicht.

Wien, 26.5.2021

Michael Pl