

Aktuelle wettbewerbsrechtliche Entwicklungen

Wolfgang Feiel

Leiter Recht



Worüber zu diskutieren ist ...

- Ausgangslage
- Der „Review“
- Empfehlungsentwurf der EK zu NGA
- TKG 2003
- (Allgemeines) Wettbewerbsrecht
- Schlussfolgerungen



Ausgangslage

Der „Review“

NGA-Empfehlung

TKG 2003

Wettbewerbsrecht

Schlussfolgerungen

Ausgangslage



Es besteht Rechtsunsicherheit in Bezug auf NGA

- Klare und stabile Rahmenbedingungen sind ein wesentlicher Entscheidungsfaktor für Investitionen
- Derzeitiger Rechtsrahmen wird in Bezug auf NGA als
 - „unklar“, „unsicher“ (Betreiber, EK, NRB)
 - bzw als „hinderlich“ empfunden (zB § 9a dTKG für „neue“ Märkte)
- Hinzu kommen zT widersprüchliche Aussagen der Politik
 - zB Bewertung der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates
- Es ist Aufgabe des „Rahmengebers“ (Politik, Gesetzgeber, Regulatorien), Klarheit zu schaffen
- Die folgenden Ausführungen sind ein Versuch, den status quo des Rahmens zu beschreiben



Ausgangslage

Der „Review“

NGA-Empfehlung

TKG 2003

Wettbewerbsrecht

Schlussfolgerungen

Der „Review“



Der Review trägt NGA-Aspekten Rechnung

- EK: Vorschlag für ein „Überprüfungspaket“ des Rechtsrahmens vom 13.11.2007; geänderter Vorschlag 6.11.2008
- Unter den strittigsten Fragen: „Regelungsrahmen für Netze der nächsten Generation (NGN)“
- Rat: Eine Aktualisierung des Rechtsrahmens wäre vorteilhaft,
- würde Entscheidungen über umfangreiche Investitionen beispielsweise in NGN ermöglichen,
- kann aber eher durch eine Verbesserung der geltenden Vorschriften als durch Schaffung alternativer Mechanismen erreicht werden.
- *Standpunkt des Rates, 16.2.2009*



Neues Regulierungsprinzip für NGA

- Zugangsverpflichtungen für NGA-Infrastruktur müssen auch die Umstände der Investitionsentscheidung berücksichtigen, zB
 - Roll out-Kosten
 - erwarteten Endkundenpreis

- Planungssicherheit: konsistente Zugangsbedingungen über mehrere Marktanalysen, einschl. Entgeltvereinbarungen

- NRB muss effiziente Investitionen und Innovationen in neue und erweiterte Infrastruktur fördern durch
 - angemessene Berücksichtigung des Investitionsrisikos
 - Erlauben von Kooperationsverträgen zwischen Investoren und Zugangswerbern, um das Investitionsrisiko breiter zu fächern
 - unter Aufrechterhaltung der Wettbewerbsstrukturen und der Nichtdiskriminierung
- *Art 8 Abs 4(a) lit d RahmenRL, Stand 7.4.2009*



Gewisse Bedenken der EK bleiben

- EP hat in Bezug auf NGA Vorschläge zu „risk-sharing“ unterbreitet
- „long term“ versus „short term“-access arrangements für NGA
 - Long term: Zugangsentgelte niedrig, jedoch exklusiv für solche Zugangswerber, die sich an der notwendigen Investition beteiligen
 - Short term: höhere Zugangsentgelte für spätere Zugangswerber; margin squeeze wäre zulässig
- EK: diese Form des risk-sharing verstößt gegen zwei Grundprinzipien des EU-Rechts: Nichtdiskriminierung und margin squeeze
- Besser wäre: „return on fibre investment“ einschl. Risikoprämie
 - Zugangspreise sollten ausreichend hoch sein (angemessene Berücksichtigung des Risikos), um Investitionen in NGA attraktiv zu machen,
 - unter Anwendung des margin squeeze-Tests
- Joint ventures und andere Kooperationen grundsätzlich zulässig



Gemeinsame Nutzung von Einrichtungen: Erweiterung

- BISHER: NRB „fördern“ die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen
- Mitbenutzung von Kommunikationslinien nur subsidiär (§ 8 TKG 2003)
- NEU: NRB können die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen (zB Hausverkabelung, ducts, cabinets, Einstiegsschächte etc) „anordnen“
 - gegenüber Inhabern von Leitungsrechten
 - und auch gegenüber Eigentümern von Hausverkabelungen, wenn eine Verdoppelung der Infrastruktur ökonomisch unsinnig wäre
- NEU: (mögliche) Informationspflicht für alle Betreiber betreffend Vorhandensein und Lage von Einrichtungen für eine gemeinsame Nutzung
- *Art 12 RahmenRL, Stand 1.4.2009*



Der Zeitplan wird knapper

- 21.4.2009: COREPER, ITRE-Ausschuss
- 5.5.2009: Abstimmung im EP-Plenum
- 12.6.2009: Beschluss im Rat

- Veröffentlichung im ABL im Sommer
- Umsetzungsfrist zuletzt 15 Monate
- Damals: kein „Vorziehen“ von RL-Bestimmungen durch nationales Recht

- TKG 2010/2011



Empfehlungsentwurf der EK zu NGA



„Broadband is a key Community objective“

- Die Entwicklung und Aufrüstung von Hochgeschwindigkeitsnetzen gänzlich oder teilweise mit Glasfaserkabeln ermöglicht die Versorgung mit innovativen und besseren Breitbanddiensten
- Erfordernis eines effizienten und zeitgerechten Überganges zu Zugangsnetzen auf Basis Glasfaser
- Hauptziel der NGA-Empfehlung: Förderung Anwendung konsistenter Regulierungsmaßnahmen für NGA in der EU

- Konsultation abgeschlossen
- Weitere Behandlung nicht vor Oktober 2009 (?)

- *Empfehlungsentwurf der EK an COCOM, 1.10.2008*



Die Empfehlung wird Transparenz verlangen

- SMP-Betreiber erstellen ein Standardangebot
 - Bedingungen für Zugang
 - Lage und Kapazität von ducts
 - Ex ante Entgeltkontrolle durch NRB
 - 6 Monate ab Beschluss über Empfehlung
- Rechtzeitige Information über Pläne zur Änderung des Netzwerkes
 - Soweit für die Planung und Koordinierung der Investitionen der Zugangswerber erforderlich
- NRB erleichtern „build-and-share“-Projekte zwischen SMP und ANB bei Investitionen von Kabeln, ducts und anderen Einrichtungen
- NRB fördern Glasfaserausbau an Stelle von Kupfer-Netzwerken
- NRB überprüfen Regulierungsmaßnahmen, um Ausbau von Kupfernetzwerken zusätzlich zu Glasfaser zu verhindern



OPTA hat schon auf Empfehlungsentwurf reagiert

- OPTA: „Policy Rules“ für Entgeltregulierung für entbündelten Glasfaserzugang (Dez 2008)
- schon in Umsetzung der NGA-Empfehlung
- Abwägung: Stärkung des Wettbewerbs – Förderung von Investitionen
- Wettbewerbsprobleme bei NGA durch
 - Preisdiskriminierung
 - margin squeeze
 - exzessiv hohe Preise
- Förderung von Investitionen in „local fibre loops“ durch Reduktion von regulatorischen Risiken
 - Berücksichtigung systematischer Risiken bei Glasfaser durch „fibre premium“ und einer „minimum fixed premium“ im WACC



Ausgangslage

Der „Review“

NGA-Empfehlung

TKG 2003

Wettbewerbsrecht

Schlussfolgerungen

TKG 2003

TKG: Sondervorschrift für innovative Technologien ...

- ... aber nicht inhaltlich, sondern bloß an prominenter Stelle (§ 1 Abs 3 TKG)
- „Innovative Technologien ... sowie neu entstehende Märkte unterliegen nur jener Regulierung, die erforderlich ist, um Verzerrung des Wettbewerbs zu vermeiden und die erforderlich ist, um die Ziele dieses Gesetzes zu erreichen“
- Bedeutungsgehalt ist unklar, weil
 - einerseits kein Unterschied zu „herkömmlichen“ Technologien oder Märkten erkennbar ist,
 - andererseits nicht unterstellt werden darf, dass der Gesetzgeber Sinnloses anordnen wollte.
 - Keine EB durch Verkehrsausschuss
- Gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation: regulatorische Zurückhaltung, aber keine Marktabschottung („foreclosure“)
- Erwg 7 Märkteempfehlung: Schrittweiser Ausbau bestehender Netzinfrastrukturen geht nur selten mit einem neuen oder sich abzeichnenden Markt einher



Ausgangslage

Der „Review“

NGA-Empfehlung

TKG 2003

Wettbewerbsrecht

Schlussfolgerungen

(Allgemeines) Wettbewerbsrecht



Allgemeines Wettbewerbsrecht bleibt anwendbar

- Parallelität von sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht
 - § 2 Abs 4 TKG; OGH 19.1.2009, 16 Ok 13/08 (st Rsp)
 - gilt sinngemäß auch für das Verhältnis von NRB und EK bei der Bewertung von Art 82 EG (EuGe I 10.4.2008, T-271/03 – Deutsche Telekom, unter Hinweis auf EuGH 14.12.2000, C-344/98)

- Grundsätze: Kartellverbot (§ 1 KartG), Missbrauchsverbot (§ 5 KartG)
 - Ausnahmen vom Kartellverbot „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn ... zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ (§ 2 KartG)

- Für EK sind Ausnahmen vom margin squeeze-Test (Missbrauchsverbot, Art 82 EG) bei NGA-Investitionen offenbar nicht denkbar



Ausgangslage

Der „Review“

NGA-Empfehlung

TKG 2003

Wettbewerbsrecht

Schlussfolgerungen

Schlussfolgerungen



Aus rechtlicher Sicht gibt es Handlungsoptionen

- Der Empfehlungsentwurf zu NGA könnte bereits angewandt werden
 - Laut EK eine Auslegungsvariante des bestehenden Rechtsrahmens

- EK geht klar in Richtung
 - Berücksichtigung des spezifischen NGA-Investitionsrisikos durch Aufschlag bei Zugangspreisen
 - unter Beibehaltung der Grundsätze von Nichtdiskriminierung und Missbrauchsverbot (margin squeeze).
 - Grundsätzliche Zulässigkeit von Ausbau-Kooperationen und joint ventures
 - Zurückhaltung der Regulierung bei sich entwickelnden oder neuen Märkten, aber kein zeitweiser Entfall der Regulierung

- Verstärkte gemeinsame Nutzung von Einrichtungen: TKG-Änderung

- Kohärente Anwendung des Wettbewerbsrechts durch NRB und NWB

Aktuelle wettbewerbsrechtliche Entwicklungen

Wolfgang Feiel

Leiter Recht