

Hans Peter Lehofer

**Der Weg vom Sektorrecht zum
allgemeinen Wettbewerbsrecht
im Lichte der nationalen Rechtsprechung**



Notizen zu einem Vortrag beim
11. Salzburger Telekom-Forum
27. August 2010¹

¹ Ich wurde von den Veranstaltern gebeten, die Präsentation zu meinem Vortrag für die Website zur Verfügung zu stellen; da die Folien allein aber kaum erkennen lassen, worum es im Vortrag konkret ging, habe ich sie hier mit meinen Vortragsnotizen (leicht bearbeitet, aber insbesondere nicht mit einem Anmerkungsapparat versehen) ergänzt.

Der Weg vom Sektorrecht zum allgemeinen Wettbewerbsrecht im Lichte der nationalen Rechtsprechung

Hans Peter Lehofer

27. August 2010

11. Salzburger Telekom-Forum

Das mir zugeordnete Thema lautet „Der Weg vom Sektorrecht zum allgemeinen Wettbewerbsrecht im Lichte der nationalen Rechtsprechung“. Mein erster Impuls dazu war: das wird ein sehr kurzes Referat. Denn sofern es diesen Weg vom Sektorrecht zum allgemeinen Wettbewerbsrecht überhaupt geben sollte, so zeigt sich jedenfalls eines: von der Rechtsprechung wird er kaum beleuchtet. In Österreich etwa komme ich „mit Müh und Not“ – wenn ich einen Ablehnungsbeschluss des VfGH mitzähle – auf drei Gerichtsentscheidungen, die in direktem Zusammenhang mit der Rücknahme von Regulierungsinstrumenten stehen.

DRAMATURGIE

1. Einbahnstraße zum Wettbewerbsrecht?
2. Sektorspezifisches Wettbewerbsrecht als Teil des Sektorrechts
3. Parallelwelten oder Komplementarität
4. Weg vom Sektorrecht?
5. Zur Rolle der Gerichte
6. Beispiele aus der Rechtsprechung
7. Reform des Rechtsrahmens – Ausblick

- (1) In meinem Referat werde ich mich damit beschäftigen, ob es diesen Weg vom Sektor- zum allg. Wettbewerbsrecht überhaupt gibt bzw wo er denn verläuft,
- (2) dann werde ich sektorspezifisches Wettbewerbsrecht als bloßen Teil des Telekommunikationsrechts ansprechen,
- (3) kurz auf das Verhältnis zwischen Sektor- und Wettbewerbsrecht eingehen,
- (4) mich der Frage stellen, wie eigentlich das „Zurückfahren“ sektorspezifischer Regulierung in rechtlicher Hinsicht abläuft
- (5) und welche Rolle der gerichtliche Rechtsschutz dabei zu spielen hat;
- (6) schließlich werde ich Beispiele aus der Rechtsprechung darlegen
- (7) und zuletzt knapp auf den reformierten Rechtsrahmens eingehen.

Der Ordnung halber weise ich darauf hin, dass ich nur meine ganz persönliche Auffassung – und keine Position des Verwaltungsgerichtshofs – darlege. Was der Verwaltungsgerichtshof zu sagen hat, bringt er ausschließlich in seinen Erkenntnissen und Beschlüssen zum Ausdruck. Es versteht sich von selbst, dass ich insbesondere auch zu anhängigen Verfahren nicht sprechen werde.

Der Weg zum allgemeinen Wettbewerbsrecht ist keine Einbahnstraße



1. Der Weg zum allgemeinen Wettbewerbsrecht ist keine Einbahnstraße

Seit es Telekomregulierung gibt, wird deren mehr oder weniger knapp bevorstehende Abschaffung postuliert: Die Regulierung, so hieß es schon Mitte der 90er Jahre, sei nur ein notwendiger Zwischenschritt, um das Aufbrechen bestehender Monopolstrukturen zu ermöglichen. Wenn die Holzhammer-Arbeit erst einmal geleistet wäre, dann käme wieder (ich würde für Österreich

vielleicht eher sagen: erstmals) das allgemeine Wettbewerbsrecht zum Zug. Dieses allgemeine Verständnis – hier etwas vergrößert zusammengefasst - begleitete das Telekomrecht seit den ersten ernsthaften Liberalisierungsschritten mit dem Telekompaket der 90er Jahre.



Verschiedenste Regulatoren gefielen sich in der Rolle von Behörden, deren Ziel es sei, sich selbst überflüssig zu machen. „Sunset legislation“ ebenso wie „sunset regulation“ - also Rechtssetzung bzw Regulierung mit Ablaufdatum – waren nur zwei der gern gebrauchten Worthülsen.

Das europäische Telekomrecht schien sich auch zunächst diesem Verständnis folgend zu entwickeln. Die Weiterentwicklung hin zum allgemeinen Wettbewerbsrecht wurde auch Kern der ersten grundsätzlichen Überarbeitung des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens, die zum (damals neuen) Rechtsrahmen 2002 führte.

„Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das allgemeine Kartellrecht“

(Robert Klotz)

?

„Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das allgemeine Kartellrecht“ – ohne Fragezeichen - lautete etwa der programmatische Titel eines Beitrags über den neuen Rechtsrahmen, geschrieben von Robert Klotz, damals in der GD Wettbewerb der Kommission.

Die Kommission betonte die Bedeutung des mit dem neuen Rechtsrahmen getätigten Schritts zum allgemeinen Wettbewerbsrecht, war stolz insbesondere auf die neue Methodik, in Übereinstimmung mit dem Wettbewerbsrecht die Märkte zu definieren und überhaupt vieles aus der EuGH/EuG-Rechtsprechung und

der Verwaltungspraxis der GD Wettbewerb in der Kommission anwenden zu können. Die Kommission schuf sich auf diese Weise gewissermaßen auch ein Terrain, auf dem sie sich – methodisch, terminologisch, und ganz allgemein aufgrund der vorhandenen einschlägigen Fachkenntnis und Erfahrung – sehr zu Hause fühlte. Und die Kommission war insbesondere gewillt, ihre Möglichkeiten im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens nach Art 7 RahmenRL auch umfassend wahrzunehmen und ihre zentrale Rolle durch die Ausarbeitung der in den RL vorgesehenen soft law Instrumente – insbesondere der Märkteempfehlung und der Marktanalyseleitlinien – selbstbewusst einzunehmen.

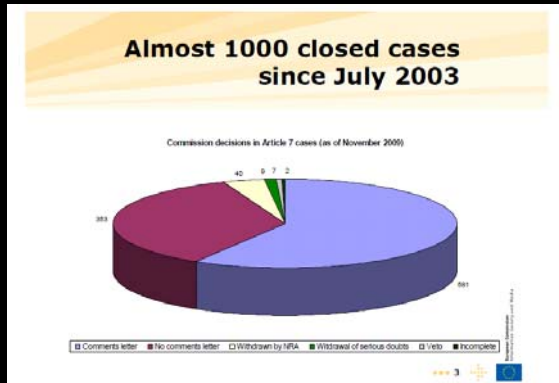
Kaum war der neue Rechtsrahmen allerdings wirksam geworden, häuften sich auch die Zweifel, wie weit man damit wirklich schon auf dem Weg hin zum allgemeinen Wettbewerbsrecht, insbesondere aber zum Zurückfahren der sektorspezifischen Regulierung gekommen war. Skeptische Positionen wurden stärker, zurückhaltend äußerte sich etwa auch der damalige Wettbewerbskommissar Mario Monti im Dezember 2003:

„we have not yet reached market conditions in the electronic communications sector which would allow ex ante regulation to be abandoned.“

(Mario Monti, 2003)

An dieser Situation hat sich im Ergebnis bis heute nichts geändert.

Die Notifizierungen, die ich rief ...



Nicht nur, dass die Wettbewerbsregulierung im engeren Sinne für die nationalen Regulierungsbehörden an Komplexität drastisch zunahm, war auch die Kommission mit dem von ihr geschaffenen System erkennbar überfordert: bei 18 vordefinierten Märkten konnte man immerhin mit rund 500 Notifizierungen in nur einer Runde der periodisch durchzuführenden Marktanalyseverfahren rechnen²

In der Folge wurde auch die Publikation der oft angekündigten neuen Märkteempfehlung immer wieder verschoben und erfolgte schließlich erst 2007.

Ergänzend dazu merkte die Kommission, dass der neue Rechtsrahmen doch nicht die Antwort auf alle als wichtig beurteilten Probleme bereithielt, und dass auch das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht alle Probleme lösen konnte. Letzteres vielleicht auch, weil die Kommission nach Niederlagen vor dem EuG in bedeutenden Fällen – Stichworte etwa: T-342/99 Airtours, T-77/02 Schneider/Legrand – nicht gerade besonders motiviert oder mutig schien. Insbesondere die Sektoruntersuchung der GD Wettbewerb zum internationalen Roaming war ja in mehr als sechs Jahren vollkommen versandet.

Roaming-VO statt

- Abschluss der roaming sector inquiry
- Vorgehen nach RahmenRL/ZugangsRL



Konsequenz war die Erlassung der Roaming-VO, einer eklatanten Abweichung vom Grundkonzept der Regulierung, wie es in der RahmenRL zum Ausdruck kommt, und zumindest indirekt auch ein Eingeständnis der Kommission, mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts dem Problem überhöhter Roaming-entgelte nicht beigekommen zu sein.

Gerade in den ad hoc-Maßnahmen der Union wie insbesondere in der Roaming-VO zeigte sich aber, dass nicht zuletzt auch die Kommission das Sektorrecht zunehmend nicht bloß als eine vorübergehende Spezialform des allgemeinen

Wettbewerbsrechts sah, sondern als ein Feld, in dem durchaus eigenständige, über den Interventionskanon des allgemeinen Wettbewerbsrechts hinausgehende Maßnahmen zur Erreichung verschiedenster policy-Ziele möglich – und manchmal durchaus politisch opportun – waren.

² De iure können es deutlich mehr Notifizierungen sein, wenn man die Terminierungsmärkte in einzelne Netze getrennt zählt oder etwa Streitschlichtungsentscheidungen, etwa über die Zusammenschaltung, hinzukommen.

Klar wurde jedenfalls: Wettbewerbsrecht und Telekomrecht ergänzten einander; wo das Wettbewerbsrecht nicht ausreichte (oder die Kommission aus welchen Gründen auch immer nicht weiterkam), war man auch bereit, tiefere regulatorische Einschnitte vorzunehmen. Zugleich arrogierte sich das Unionsrecht weitere Aspekte des Telekomrechts, die früher noch überwiegend national geregelt waren; etwa in den Bereichen Nummerierung oder Frequenzverwaltung.

Rot heißt stehen, grün heißt gehen?

Von einem Zurückdrängen des sektorspezifischen Regulierungsrechts kann daher nur in sehr begrenztem Maße – nämlich bei der Anzahl der regulierten Märkte – die Rede sein, was man in dieser bekannten Übersicht der GD INFSO sieht: grün ist regulierungsfrei, rot ist reguliert

	NEW RECOMMENDATION							OLD RECOMMENDATION									
	Access to PSTN for res. & non-res.	Call orig. on fixed network	Call term. on fixed network	Unbund. access	Broadb. access	Term. segments LL	Voice call term. on mobile networks	Localnat. call for res.	Internat. call for res.	Localnat. call for non-res.	Internat. call for non-res.	Retail LL	Transit on fixed network	Trunk segments LL	Access & call orig. on mobile network	Broadcast Transmis.	
	Market 1	Market 2	Market 3	Market 4	Market 5	Market 6	Market 7	ex-Mkt 3	ex-Mkt 4	ex-Mkt 5	ex-Mkt 6	ex-Mkt 7	ex-Mkt 10	ex-Mkt 14	ex-Mkt 15	ex-Mkt 18	
Austria	3	3	3	3	2	3	3	1	2	3	2	2	1	2	1	2	
Belgium	1	1	1	1	1	1	1	2	2	2	2	1	1	1	1	w	
Bulgaria	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
Cyprus	1	1	2	2	2	1	2	2	2	2	2	1	1	2	2	2	
Czech Republic	2	2	2	2	2	1	2	2	2	2	2	1	1	1	1	1	
Denmark	1	1	1	2	2	2	2	1	2	1	1	1	1	1	1	1	
Estonia	2	2	2	2	2	1	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
Finland	1	2	2	2	3	1	1	1	1	1	1	2	2	1	V	2	
France	2	2	2	2	2	2	2	1	1	1	1	1	1	2	W	2	
Germany	2	2	2	2	1	1	2	2	2	2	2	2	2	1	1	1	
Greece	1	2	2	2	2	1	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
Hungary	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	1	
Ireland	2	2	2	2	1	2	1	2	2	2	2	2	2	2	1	1	
Italy	2	2	2	2	2	2	1	2	2	2	2	2	2	2	2	1	
Latvia	1	2	2	1	2	2	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
Lithuania	1	1	2	1	1	1	1	2	1	2	1	1	1	1	1	2	
Luxembourg	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
Malta	1	1	2	1	1	1	2	2	2	2	2	1	1	1	1	1	
Netherlands	2	2	2	2	2	2	1	2	2	2	2	2	2	2	1	2	
Poland	1	1	2	1	1	1	2	1	1	1	1	1	1	1	1	2	
Portugal	1	1	1	1	2	1	2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
Romania	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
Slovakia	2	2	1	1	1	1	2	1	1	1	1	2	2	1	1	2	
Slovenia	2	2	2	2	2	2	1	1	1	1	1	2	2	1	2	2	
Spain	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	1	2	1	2	
Sweden	2	2	2	2	2	1	1	1	1	1	1	1	2	1	1	2	
UK	2	2	2	1	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	1	1	

Zugleich werden bestehende Regulierungen verfeinert bzw. ausdifferenziert (Stichwort zB: zunehmende Bedeutung regionaler Marktabgrenzung). Und trotz formaler Reduktion der Anzahl der Märkte in der Märkteempfehlung ist in den Notifikationen der Mitgliedstaaten durchaus Kreativität erkennbar, neue oder anders abgegrenzte Märkte zu schaffen, etwa im Bereich SMS-Terminierung oder beim Peering.

“... the original assumption that informed the design and scope of early network regulation – that sector-specific rules should give way to general competition law – has not been possible to maintain.”

(Hancker/Larouche, 2010)

Auch Pierre Larouche ist in einem Aufsatz gemeinsam mit Leigh Hancker jüngst zum Ergebnis gekommen, dass die ursprüngliche Annahme, sektorspezifische Regeln würden dem allgemeinen Wettbewerbsrecht Platz machen, nicht zu halten war.

Es kann also keine Rede davon sein, dass es einen klaren Weg vom Sektorrecht hin zum allgemeinen Wettbewerbsrecht gibt: zwar weisen manche Aspekte in diese Richtung, insbesondere die zweite Version der Märkteempfehlung, doch gibt es auch gegenläufige Tendenzen, etwa in der Roaming-VO.

Mit anderen Worten: der Weg vom Sektorrecht zum allgemeinen Wettbewerbsrecht ist jedenfalls keine Einbahnstraße.

Sektorspezifisches Wettbewerbsrecht ist nur ein Teil des Sektorrechts

2. Sektorspezifisches Wettbewerbsrecht ist nur ein Teil des Sektorrechts

Das Verhältnis zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und „Telekom-Sektorrecht“ bzw sektorspezifischem Sonderwettbewerbsrecht ist heute in unterschiedlicher Form Thema der Referate von Eilmansberger, Zehetner und mir.

So interessant und wichtig dieses Thema ist, so ist aber doch festzuhalten, dass sich das Telekomrecht, auch das „Telekom-Regulierungsrecht“, nicht im sektorspezifischen Sonderwettbewerbsrecht erschöpft.

Das Recht der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste ist ein durchaus vielfältiges Rechtsgebiet: von der (Allgemein)Genehmigung für die Erbringung von Diensten angefangen, über Frequenzverwaltung, Nummerierung, Aufsicht, Leitungs- und Mitbenutzungsrechte, Endgeräte, Funkanlagen, Datenschutz, Nutzerrechte, Streitschlichtung bis hin zum Universaldienst tut sich ein weites Feld des Telekomrechts auch außerhalb des engeren sektorspezifischen Wettbewerbsrechts nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 auf, in dem - überwiegend nach unionsrechtlichen Vorgaben - der Regulierungsbehörde Aufgaben zugewiesen sind.

Führt man sich diesen weiten Aufgabenkreis vor Augen, so wird deutlich, dass sich die Frage nach einer möglichen Ablöse des Sektorrechts durch allgemeines Wettbewerbsrecht nur in einem verhältnismäßig kleinen Bereich des Telekomrechts überhaupt stellen kann. Ganz wesentliche Bereiche des Telekomrechts lassen sich nämlich selbst theoretisch nicht mit Instrumenten des allgemeinen Wettbewerbsrechts „regulieren“.

Telekom-Regulierung wird also selbst dann nicht verschwinden, wenn die sektorspezifische Wettbewerbsregulierung im engeren Sinne – ex ante-Regulierungsmaßnahmen gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf bestimmten vorweg abgegrenzten Märkten bzw Wettbewerbsregulierung im Sinne des 5. Abschnitts des TKG - nicht mehr bestehen sollte.

Wer daher vom Aufgehen der nationalen Regulierungsbehörden in einer allgemeinen Wettbewerbsbehörde fantasiert – auch solche Szenarien hört man gelegentlich -, hat sich mit der gesamten Dimension des Telekomrechts nie ernsthaft beschäftigt.

Auch ohne sektorspezifischen Wettbewerbsregeln bleibt genug übrig



§ 34 TKG 1997

§ 34. (1) Ein Anbieter, der auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, hat Wettbewerbern auf diesem Markt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität Leistungen bereitzustellen, die er am Markt anbietet oder die er für seine eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt.

...
(3) Die Regulierungsbehörde kann einem Anbieter, der gegen Abs. 1 verstößt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen und Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären, soweit dieser Anbieter seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt. Vor einem solchen Schritt hat die Regulierungsbehörde die Beteiligten aufzufordern, den beanstandeten Missbrauch abzustellen.
...

Und noch eine Anmerkung ist mir wichtig, weil diese Rechtsänderung aus dem Jahr 2003 noch nicht bei allen, die sich gelegentlich auch zum Telekomrecht literarisch oder gutachterlich äußern, angekommen scheint: § 34 TKG 1997, der ein etwas allgemeineres Missbrauchsverbot enthielt, hat im TKG 2003 keine Entsprechung. Rechtsprechung zu dieser Bestimmung des alten TKG 1997 ist auf die Rechtslage nach dem TKG 2003 nicht übertragbar.

Das österreichische TKG enthält übrigens auch kein allgemeines Missbrauchsverbot nach dem Vorbild des § 42 dTKG³!

3. Keine Parallelwelten, sondern Komplementarität in der Praxis: sektorspezifische Regulierung und allgemeines Wettbewerbsrecht

sektorspezifische Regulierung und
allgemeines Wettbewerbsrecht:

keine Parallelwelten, sondern
Komplementarität in der Praxis:

Mit dem Verhältnis von sektorspezifischem Sonderwettbewerbsrecht zum allgemeinen Wettbewerbsrecht hat sich heute schon Thomas Eilmansberger – vor allem de lege ferenda – gewidmet.

Ich möchte mich bei diesem Punkt nicht allzu lang aufhalten, da die Angelegenheit in der Praxis klar ist: klar aus den Rechtstexten und klar aus der Rechtsprechung, auf nationaler wie auf Unionsebene.⁴ Die beiden Rechtsgebiete – Sektorrecht und allgemeines Wettbewerbsrecht – stehen zueinander in einem Verhältnis der Komplementarität.

Oder - mit den Worten von Generalanwalt Mazák, der wiederum Vorbringen der Kommission aufgreift: es bestehen zwei Schranken „Die Reglerstellung stellt eine der Schranken dar; sie ist beachtet, wenn die Rechtsmittelführerin die Reglervorschriften einhält ... Die zweite Schranke besteht in Art. 82 EG“. Betreiber müssen sich also innerhalb der Schranken des Wettbewerbs- wie auch und des Reglerrechts bewegen:



³ § 42 dTKG: „Ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten ..., der über beträchtliche Marktmacht verfügt, oder ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf seine Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt werden.“

⁴ Dass der EuGH in der Rs C-280/08 P Deutsche Telekom von den Schlussanträgen des Generalanwalts (und dem Urteil des EuG) abweicht, halte ich für äußerst unwahrscheinlich.

„... wurde auf Anregung der TKK untersucht, ob bestimmte von Telekom Austria TA AG im Rahmen des Ausbaus ihres Telekommunikationsnetzes gesetzte Maßnahmen die von Entbündelungspartnern erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen beeinträchtigen konnten ...“

BWB, über ein Verfahren, in dem vom Kartellgericht eine Geldbuße von € 1,5 Mio verhängt wurde



Das mussten manche Betreiber natürlich „auf die harte Tour“ lernen, ob Deutsche Telekom (T-271/03, Rechtsmittel anhängig zu C-280/08 P) oder Telefónica (Verfahren noch anhängig beim EuG, T-336/07), vielleicht TeliaSonera (Vorabentscheidungsverfahren C-52/09) oder auch die Telekom Austria TA AG (Stichworte zB Kombipaket, Schnurlostelefone, oder „bestimmte Maßnahmen“, die laut Bundeswettbewerbsbehörde von TA gesetzt wurden und die immerhin eine Geldbuße von €1,5 Mio nach dem KartG gerechtfertigt haben).

Es ist verständlich, dass sich in einer derartigen Situation der Wunsch nach einer – aus Sicht der betroffenen marktmächtigen Unternehmen – einfacheren, einer besseren Welt ergibt: Ich kann es also durchaus nachvollziehen, wenn in einer Art Paralleluniversum davon geträumt wird, dass nur eine der beiden Schranken gelten möge. Wenn wir aber versuchen, die Realität zu bewältigen, in der sich die Praktiker – oft durchaus zu deren Bedauern – aufhalten müssen, dann muss man wohl davon ausgehen, dass nach der bestehenden (und auch nach der in absehbarer Zeit – mit der Umsetzung des EU-Reformpakets - zu erwartenden) Rechtslage der komplementären Anwendung von sektorspezifischem Sonderwettbewerbsrecht auf der einen Seite und allgemeinem Wettbewerbsrecht auf der anderen Seite nicht zu entgehen sein dürfte.

Wenn wir über das Verhältnis von Sektorrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht sprechen, so scheint mir die Position des größten österreichischen Telekom-Unternehmens, das natürlich am ehesten von der komplementären Anwendung beider Rechtsmaterien betroffen ist, bemerkenswert. War dieses Unternehmen zu Beginn der sektorspezifischen Regulierung massiv daran interessiert, gerade dieser Regulierung zu entkommen und ihre Tätigkeit allein dem – damals in Österreich nicht gerade exzessiv angewandten – allgemeinen Wettbewerbsrecht zu unterwerfen, so nimmt man in letzter Zeit eine andere Position wahr: mit der sektorspezifischen Regulierung an sich – natürlich nicht mit konkreten Entscheidungen – scheint man sich im Wesentlichen eher abgefunden zu haben.

Regulierung als Kartellrechts-Leo?

Österreichisch : *Leo, im Leo sein*
Deutsch : *sich an einem Ort in Sicherheit befinden, z.B. beim kindlichen FangerIn-Spiel*

Quelle: <http://www.ostarrichi.org/wort-8522-at-Leo,+im+Leo+sein.html>

Dafür sind die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts in den letzten Jahren – etwa durch die Etablierung von Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt und Einführung der Geldbußen - doch etwas schärfer geworden. Besonders die Kooperation von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden kann in diesem Zusammenhang die faktische Wirkungsmacht der Wettbewerbsbehörden noch erweitern. Nimmt man den Ansatz von Potacs – Regulierung verdrängt Kartellrecht - als Indiz für Überlegungen bei der TA, so wirkt dies fast, als möchte man sich unter dem Dach der Regulierung gewissermaßen im „Kartellrechts-Leo“ befinden, wie man es auf österreichisch sagen könnte.

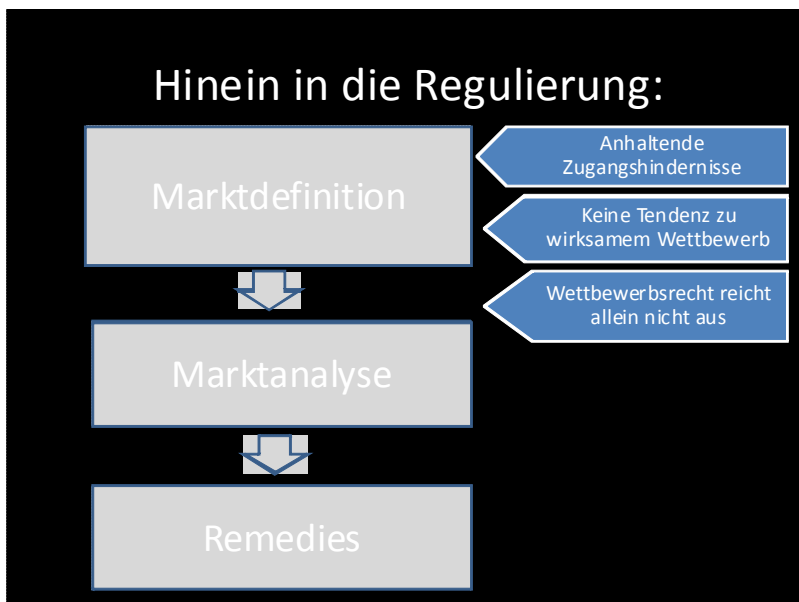
Die Berührung mit dem Zauberstab der Regulierung schützt allerdings nach der gegenwärtigen Rechtslage nicht gegen die Anfeindungen der harten Wirklichkeit des Wettbewerbsrechts.

4. Weg vom Sektorrecht?



Nach meinen bisherigen Ausführungen sollte deutlich geworden sein, dass meines Erachtens das im Titel dieses Referats anklingende Bild eines Wegs – im Sinne einer linearen Entwicklung vom sektorspezifischen Wettbewerbsrecht hin zum allgemeinen Wettbewerbsrecht - nicht zutrifft. Es ist eben nicht so, dass zunächst das Sektorrecht und nach einer gewissen Übergangszeit später dann das Wettbewerbsrecht anzuwenden wäre, sondern das Wettbewerbsrecht gilt vor, während und nach einer allfälligen Zurücknahme sektorspezifischer Interventionen. Wie schnell der Hase also auch laufen mag, der manchmal stachelige Igel des Wettbewerbsrechts steht am Start genauso wie er schon am Ziel wartet.

Aber wie kann es überhaupt zur Zurücknahme der sektorspezifischen Regulierung kommen? Wie kommt man weg vom Sektorrecht? Bevor man darauf antwortet, muss man zunächst wohl fragen: wie wird man als Betreiber überhaupt der Regulierung unterworfen?



Angelpunkte, um der hier zu behandelnden sektorspezifischen Regulierung im engeren Sinne, also ex ante auferlegten spezifischen Verpflichtungen als marktmächtiges Unternehmen, unterworfen zu werden, sind einerseits die Marktdefinition und andererseits die Marktanalyse mit der darauf aufbauenden Auferlegung spezifischer Verpflichtungen.

Erster und unverzichtbarer Schritt ist also die Festlegung, welche Märkte der sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden - das Marktdefinitionsverfahren, das unionsrechtlich in Art 15 RahmenRL und in Österreich in § 36 TKG 2003 geregelt ist.

Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörde ist es, unter Beachtung insbesondere der Märkteempfehlung der Kommission, die relevanten Märkte festzulegen. Für die Regulierung relevant sind dabei nicht alle irgendwie wettbewerbsrechtlich abgrenzbaren Märkte, sondern nur jene Märkte, die dem 3 Kriterien Test, wie er in der Märkteempfehlung dargelegt wird, standhalten.

Die der Regulierung unterliegenden, relevanten Märkte müssen also (kumulativ!)

1. beträchtliche anhaltende Zugangshindernisse aufweisen und
2. nicht innerhalb des relevanten Zeitraums zu einem wirksamen Wettbewerb tendieren, außerdem ist erforderlich, dass
3. dem betreffenden Marktversagen mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln allein nicht entgegengetreten werden kann

§ 36 TKG 2003 (iVm § 115, 117 und 120 TKG) weist die Aufgabe der Märkteffinition nach gegenwärtigem österreichischem Telekomrecht entweder der RTR-GmbH oder der KommAustria, somit also weisungsgebundenen Verwaltungsbehörden zu, die dazu eine Verordnung zu erlassen haben. Ob das der Weisheit letzter Schluss ist, möchte ich hier dahingestellt lassen, nicht zuletzt weil sich die Kommission schon öfter kritisch geäußert hat, was die Möglichkeit der Telekom-Control-Kommission betrifft, im Zuge des Marktanalyseverfahrens Fragen der Marktabgrenzung aufzugreifen.

Zweiter Schritt ist die Marktanalyse, also die Untersuchung und Feststellung, ob auf dem relevanten Markt einem oder mehreren Unternehmen beträchtliche Marktmacht zukommt. Werden solche Unternehmen identifiziert, sind ihnen spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen. Im Fachjargon werden diese Verpflichtungen "remedies" genannt, was ihre wesentliche Aufgabe, Wettbewerbsdefiziten abzuhelpfen, gut auf den Punkt bringt.



Soviel zum Weg in die Regulierung hinein - um aus der sektorspezifischen Regulierung wieder herauszufinden, muss man logischerweise diesen Weg umkehren.

Erster Ansatzpunkt ist wiederum bereits bei der Märkteffinition: die periodisch vorzunehmende Neubewertung kann zum Ergebnis führen, dass vielleicht einzelne Märkte von selbst zu wirksamem Wettbewerb tendieren oder – realistischer – dass für verbleibende Wettbewerbshindernisse oder -gefahren die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts ausreichen.

Der zweite Ansatzpunkt liegt wieder bei der Marktanalyse: diese Analyse der festgelegten Märkte kann zum Ergebnis führen, dass kein Unternehmen mehr über beträchtliche Marktmacht verfügt und daher bestehende spezifische Verpflichtungen (Remedies) aufzuheben sind. Oder aber es könnten nach entsprechender Marktanalyse einzelne Remedies ganz oder teilweise zurückgenommen werden (in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes könnten anstelle besonders eingriffsintensiver Remedies weniger eingriffsintensive Verpflichtungen auferlegt werden).

Märkteverordnungen

- TKMVO 2003 (17.10.2003)
- TKMV 2008 BGBl II 2008/505 (30.12.2008); erstmals auch ein regional definierter Markt, Entfall einzelner Märkte (zB Transit)
- TKMV-Novellen BGBl II 2009/93 und 468 (Neufassung Breitband-Vorleistungsmarkt)
- RFMVO 2004 und 2009

Wegfall eines relevanten Marktes

Die Entwicklung der Märkteffinitions-Verordnungen zeigt in der Neuerlassung der TKMV 2008 und den nachfolgenden Novellen ein differenziertes Bild: Märkte sind weggefallen, manche Märkte wurden neu definiert bzw anders (auch regional) abgegrenzt. Wir sehen jedenfalls eine Zurücknahme der der Regulierung unterliegenden Märkte durch die TKMV 2008.

Auf der Seite der Rundfunkmarktverordnung, die ja auf der Grundlage der selben nationalen und unionsrechtlichen Grundlagen, allerdings von der KommAustria erlassen wird, gab es ebenfalls eine Evolution, bei der ein in RFMVO 2004 enthaltener Markt in der RFMVO 2009 nicht mehr enthalten ist und ein weiterer in der RFMVO 2004 enthaltener Markt nur mehr teilweise in der neuen RFMVO 2009 aufrecht blieb. Anders als im Telekombereich verringerte sich allerdings im Rundfunkbereich die Zahl der Märkte nicht, sondern es kam sogar ein weiterer Markt dazu.

Was passiert wenn ein Markt wegfällt oder geändert wird?

Unterschied zur Aufhebung von Remedies nach Marktanalyse

Das TKG 2003 enthielt bis zur Novelle BGBl I 2009/65 keine ausdrückliche Regelung zum Schicksal jener spezifischen Verpflichtungen, die marktbeherrschenden Unternehmen auf jenen Märkten auferlegt worden waren, die durch eine Novellierung der TKMV nicht mehr – oder nur mehr teilweise – der Regulierung unterworfen sein sollten. Seit dem Inkrafttreten der Novelle BGBl I 2009/65 (16.7.2009) heißt es nun in § 37 TKG 2003:

„Bei Wegfall eines durch Verordnung festgelegten Marktes gemäß § 36 Abs. 1 entfallen auch die für diesen Markt auferlegten spezifischen Verpflichtungen.“

Erläuterungen zu dieser durch Initiativantrag zustande gekommenen Bestimmung gibt es nicht. Nach dem Wortlaut offen bleibt zunächst, ob der Wegfall materiell oder formell zu verstehen ist (mit anderen Worten: was passiert, wenn ein Markt in der neuen Verordnung wiederum enthalten ist, während die alte Verordnung aufgehoben wird?), und was – wenn man die Bestimmung materiell versteht – im Fall nicht des gänzlichen Wegfalls, sondern nur einer engeren Umschreibung des Marktes zu geschehen hat.

Das Unionsrecht hilft in diesem Zusammenhang nur wenig weiter, denn auch die RahmenRL enthält keine ausdrückliche Regelung, was bei Wegfall bisher definierter relevanter Märkte zu erfolgen hat. Das vermag allerdings nur auf den ersten Blick zu überraschen, zumal zumindest die Kommission davon ausgehen dürfte, dass im Regelfall die logisch getrennten Verfahrensschritte – Marktdefinition und Marktanalyse – in einem einheitlichen Verfahren – von einer einheitlichen Behörde – zusammengefasst werden.

Aufhebung oder Änderung von Remedies im Marktanalyseverfahren

Der zweite Weg, um dem Sektorrecht zu entkommen, ist – nach dem Motto, neues Spiel, neues Glück – im Rahmen der periodisch, „längstens in einem Abstand von zwei Jahren“ durchzuführenden Marktanalyse gegeben.⁵

Kommt die nationale Regulierungsbehörde nach Durchführung der Marktanalyse zum Schluss, dass auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht, dürfen weder spezifische Verpflichtungen auferlegt noch beibehalten werden; bestehende Verpflichtungen werden für die Unternehmen *auf diesem relevanten Markt* aufgehoben (Art 16 Abs 3 RahmenRL bzw § 37 Abs 3 TKG 2003). Das TKG 2003 spezifiziert, dass die Aufhebung per Bescheid zu erfolgen hat. Die Telekom-Control-Kommisison hat auch in einem Fall, in dem ein „relevanter Markt“ aufgrund der geänderten TKMV 2008 weggefallen ist, die bestehenden Verpflichtungen ebenfalls bescheidmäßig aufgehoben.

Besteht zwar auch nach der neuerlichen Analyse des relevanten Marktes kein effektiver Wettbewerb, reicht aber nach dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit ein weniger

⁵ Neue Rechtslage: drei Jahre ab einer früheren Festlegung (in Ausnahmefällen und bei Nichtwiderspruch durch die Kommission: sechs Jahre).

eingriffsintensives Remedy, so hat die nationale Regulierungsbehörde die spezifischen Verpflichtungen zu ändern. Das Verfahren dazu ist dasselbe wie das Verfahren zur Auflegung oder (unveränderten) Beibehaltung von Remedies.

Wie das Ordnungsverfahren, durch das ein Markt sozusagen wegdefiniert werden kann, entspricht also auch das Verfahren zur Aufhebung von Remedies im Wesentlichen jenem Verfahren, mit dem diese Remedies zunächst auferlegt wurden. Es ist naheliegend, dass damit auch die Rechtsfragen und Verfahrensprobleme durchaus ähnlich sind.

Zur Rolle der Gerichte



5. Zur Rolle der Gerichte

Damit komme ich endgültig zur Rolle der Gerichte bei diesem Zurückfahren von Regulierung – und ich kann zunächst einmal festhalten, dass die Rolle der Gerichte hier keine andere ist als beim „Hochfahren“ der Regulierung: **Aufgabe der Gerichte ist da wie dort schlicht die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Regulierungsentscheidungen.**

Wie Sie wissen, postuliert Art 4 RahmenRL das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, der allen offenstehen muss, die von einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde

betroffen sind. Die Mitgliedstaaten haben nach Art 4 RahmenRL einen gewissen Ausgestaltungsvorbehalt, wie sie das Rechtsbehelfsverfahren einrichten wollen – klar ist aber, dass irgendwo in der Rechtsbehelfskette ein Gericht nach Art 267 AEUV (ex-Art 234 EG) zu entscheiden hat. Zur Frage, wer von Regulierungsentscheidungen betroffen ist, hat der VwGH dem EuGH bekanntlich eine Vorabentscheidungsfrage vorgelegt, deren Beantwortung im Ergebnis zur deutlichen Erweiterung des Kreises der Personen geführt hat, die nach österreichischem Recht Parteistellung im Marktanalyseverfahren genießen (C-426/05).

- Recht auf Rechtsbehelf (Art 4 RahmenRL)
- Grundsatz effektiven Rechtsschutzes als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts (nun auch: Art 47 GRC)

Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes kommt aber nicht nur in Art 4 RahmenRL zum Ausdruck, sondern ist, wie der EuGH jüngst auch in dem eine Auslegung der Universaldienstrichtlinie betreffenden Urteil Alassini (C-317/08) ausgesprochen hat, ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, in den Art. 6 und 13 EMRK verankert ist und im Übrigen von Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union bekräftigt worden ist.

Der gerichtlichen Kontrolle ist also nicht zu entkommen. Dass die gerichtliche Überprüfung nicht auf ungeteilte Freude stößt, weder bei den nationalen Regulierungsbehörden, noch bei den betroffenen Parteien, ist evident.

Unberechenbare Gerichte?

“uneasy triangular relationship between the Commission, the national regulatory authorities (NRAs) and national courts”

“national courts can also be something of a ‘loose cannon’ in the general scheme of EC law”

(Larouche/Visser 2006)



Pierre Larouche, den ich heute schon einmal zitiert habe, spricht in einem anderen Aufsatz (mit Maartje de Visser) im Zusammenhang mit dem Verfahren nach Art 7 RahmenRL ausdrücklich von der „unbehaglichen Dreiecksbeziehung zwischen Kommission, nationalen Regulierungsbehörden und nationalen Gerichten“, und davon, dass nationale Gerichte in diesem Zusammenhang auch als „loose cannon“, also als unberechenbar, wie lose Kanonen an Deck eines Schiffs, gesehen werden.

Übersetzt man „loose cannon“ allerdings getreulich mit „unberechenbar“, so mag Larouche tatsächlich

Recht haben: denn Gerichte sind in gewisser Weise unberechenbar, ganz einfach weil sie unabhängig sind und sich weder durch Lobbyingaktivitäten, noch durch Imponiergehabe, Drohgebärden oder auch durch „politische Lösungen“ in ihrer Entscheidungsfindung beeinflussen lassen.

Die Kontrolltätigkeit der Gerichte in der Wettbewerbsregulierung hat bei nationalen Regulierungsbehörden europaweit ebenso wie bei der Kommission manchmal auch wirklich für Unbehagen gesorgt: in Schweden etwa, weil dort zu Beginn der sektorspezifischen Regulierung die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln der Regelfall war und die Regulierung daher für lange Zeit praktisch gar nicht greifen konnte. Oder in den Niederlanden, wo der Eifer einer sehr ambitionierten nationalen Regulierungsbehörde immer wieder einen Dämpfer erhielt, weil im Wege des gerichtlichen Rechtsschutzes so gut wie alle angefochtenen Entscheidungen fast „routinemäßig“ aufgehoben wurden.

Dass insbesondere die Anwendung nationalen Verfahrensrechts zu solchen Ergebnissen führen kann, damit wird man freilich leben müssen, jedenfalls solange nicht auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht stärkere Vorgaben für die Mitgliedstaaten geschaffen werden – was wiederum in einem heiklen Spannungsfeld zur nationalen Verfahrens- und Organisationsautonomie stünde.⁶

Ein erster Ansatzpunkt für ein Sonderverfahrensrecht wurde bei einstweiligen Maßnahmen gefunden, hier wurde als Reaktion auf die oft exzessive Gewährung von suspensiver Wirkung schon im Rechtsrahmen 2002 zunächst ein Regel-Ausnahmeverhältnis gegen die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen verankert (Art 4 Abs 1 letzter Satz RahmenRL).⁷ Damit sollten die exzessiven Rechtsmittel zur Verhinderung von Regulierung, die oft trotz evidenter Aussichtslosigkeit einfach zur Verzögerung erhoben wurden, etwas eingedämmt werden. Dass im Regelfall die Entscheidung der Behörde zunächst Bestand hat, führt allerdings dazu, dass nun auch die Zurücknahme von Regulierungsmaßnahmen diesem Regime unterliegt und die Aufhebung einer spezifischen Verpflichtung in der Regel gleich wirksam wird, die Regulierung also unmittelbar wegfällt, auch wenn sich Betroffene dagegen gerichtlich zur Wehr setzen.

⁶ Vom Europäischen Parlament wurde übrigens im Zuge der Beratungen über das jüngste Reformpaket dazu auch der eher skurrile Vorschlag der Einbindung von GEREK in nationale gerichtliche Verfahren ins Spiel gebracht.

⁷ „Bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens bleibt der Beschluss der nationalen Regulierungsbehörde in Kraft, sofern nicht die Beschwerdeinstanz anders entscheidet“. In der Fassung des Reformpakets nun: „Bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens bleibt die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde wirksam, sofern nicht nach Maßgabe des nationalen Rechts einstweilige Maßnahmen erlassen werden.“

Weitergehende Regelungen des gerichtlichen Verfahrens, geschweige denn spezifische Regeln zum gerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit der Zurücknahme von Regulierungsmaßnahmen, finden sich im Rechtsrahmen nicht, auch nicht im Reformpaket, das bis zum Mai 2011 umzusetzen ist (sieht man einmal von der in Hinkunft zu führenden Rechtsbehelfsstatistik ab).

Beispiele aus der Rechtsprechung



6. Beispiele

Nun endlich noch einige wenige Beispiele aus der Rechtsprechung. Wenige Beispiele deshalb, weil es wie schon eingangs erwähnt kaum Rechtsprechung zum Zurückfahren der Regulierung gibt. Praktisch lassen sich freilich die meisten Erkenntnisse, die zum Hochfahren, Beibehalten oder Ändern der Regulierung ergangen sind, auch auf Entscheidungen zur Beendigung des Regulierungsregimes umlegen. Denn es stellen sich eben vielfach die gleichen Rechtsfragen, von der Parteistellung bis zur Bedeutung, die verschiedenen Indikatoren für

die Marktmacht zukommt, und natürlich ähneln sich auch zahlreiche Verfahrensfragen, etwa zur Schlüssigkeit von Gutachten oder zur Sachverhaltsermittlung usw. Zu solchen Fragen in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes habe ich vor drei Jahren hier in Salzburg vorgetragen, und ich darf daher auch auf die damals referierte Rechtsprechung verweisen.

Transitmarkt

- VwGH 17.4.2009, 2008/03/0146
- VfGH 8.6.2010 B 1145/09 (Ablehnung)
– Zum Verständnis dazu VfGH 14.12.2009, V 33/09

Keine unmittelbare Betroffenheit eines Betreibers durch Märkteverordnung, da noch Bescheid nach § 37 TKG zu erlassen ist (vor TKG-Novelle 2009)

Wie sieht das seit der TKG-Novelle 2009 aus?



Transitmarkt

Damit zu zwei konkreten Entscheidungen, die im Zusammenhang mit der Zurücknahme von spezifischen Verpflichtungen ergangen sind.

VwGH

Zunächst zum Transitmarkt, auf dem die Telekom-Control-Kommission ja schon 2004 (vorläufig) zum Ergebnis gekommen war, dass wirksamer Wettbewerb bestehe. Dieser Maßnahmenentwurf war dann jedoch Gegenstand eines Vetos der Kommission und die Telekom-Control-Kommission konnte ihren Entwurf daher nicht beschließen.

In einem folgenden Anlauf ist die Telekom-Control-Kommission Anfang des Jahres 2007 neuerlich zum Ergebnis gekommen, dass auf dem Transitmarkt wirksamer Wettbewerb bestehe. Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme zu diesem zweiten Anlauf im Artikel 7-Verfahren etwas Interessantes gemacht: sie hat ausgeführt, dass auf diesem Markt eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb bestehe und daher der Markt den 3-Kriterien-Test nicht erfüllen würde, sodass es letztlich dahingestellt bleiben konnte, ob ein Unternehmen auf diesem Markt beträchtliche Marktmacht haben würde. Die Kommission hat daher der Aufhebung der Verpflichtungen zugestimmt, und die Telekom-

Control-Kommission hat die Verpflichtungen des auf diesem Markt zuvor marktbeherrschenden Unternehmens in der Folge bescheidmäßig aufgehoben.

Erst nach einem entsprechenden Zustellungsantrag hat die Telekom-Control-Kommission den Bescheid auch einem Mitbewerber zugestellt, der dagegen Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhob. Da er dem vorangegangenen Aufhebungsverfahren nicht als Partei beigezogen worden war, aber in seiner Beschwerde dargelegt hatte, dass er entsprechendes Vorbringen hätte erstatte können, wurde der Bescheid wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben (VwGH 17.4.2009, 2008/03/0146).

Der Konsequenz - dass die Verpflichtungen auf dem Transitmarkt wieder aufleben würden - begegneten die Regulierungsbehörden nicht nur durch die TKMV 2008, die den Transitmarkt nicht mehr als relevanten Markt enthielt, sondern auch durch einen weiteren Bescheid, in dem die Verpflichtungen ausdrücklich - unter analoger Anwendung des § 37 Abs 3 TKG 2003 - aufgehoben wurden.

VfGH zur TKMV

Dies führt mich auch schon zur nächsten Entscheidung, denn dieser Bescheid wurde von einem Mitbewerber des früher marktbeherrschenden Unternehmens vor dem Verfassungsgerichtshof angefochten. In der Bescheidbeschwerde wurde insbesondere auch die Gesetzwidrigkeit der Verordnung geltend gemacht.

Der VfGH hat die Behandlung dieser Beschwerde mit Beschluss vom 8. Juni 2010 abgelehnt, und wie üblich ist auch dieser Ablehnungsbeschluss - der, wie es bei Ablehnungen der Regelfall ist, vom VfGH auch nicht veröffentlicht wurde - sehr knapp begründet.

Der VfGH verweist zunächst darauf, dass die TKMV 2008 von der zuständigen Behörde unter Bedachtnahme auf die Märkteempfehlung erlassen wurde - der VfGH hat also keine Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit der RTR-GmbH zur Erlassung der Verordnung und er sieht auch keinen Anlass für inhaltliche Zweifel an der Gesetzmäßigkeit der Verordnung. Ob der diesbezügliche Verweis auf die Märkteempfehlung kausal oder illustrativ zu verstehen ist, also im Sinne von "weil Bedacht genommen wurde", oder im Sinne von "zumal Bedacht genommen wurde", bleibt offen, ebenso ob die Bedachtnahme nur formal gesehen wurde (im Sinne einer aus den Verwaltungsakten nachvollziehbaren Auseinandersetzung mit der Empfehlung) oder doch eher materiell (weil die Verordnung der Märkteempfehlung diesbezüglich inhaltlich entspricht).

Der zweite vom VfGH in diesem Ablehnungsbeschluss angesprochene Aspekt ist die Frage nach dem Tribunal: dass die Verordnung nicht von einem Tribunal erlassen wurde (was im Übrigen verfassungsrechtlich problematisch wäre), ist demnach unbeachtlich, da die eigentliche Aufhebung der Verpflichtungen erst durch Bescheid der Telekom-Control-Kommission als Tribunal erfolgt.

Der VfGH folgt damit im Ergebnis der Linie, die er in seinem ersten Erkenntnis zur Märkteffinition (14.12.2009, V 33/09), begonnen hatte. Dort ging es allerdings noch nicht um das Zurückfahren, sondern das Beibehalten von ex ante-Regulierung: Der VfGH hatte den Individualantrag eines Unternehmens zu beurteilen, das sich durch die TKMV 2008 unmittelbar verletzt erachtete und keinen zumutbaren Umweg fand, die Frage der Verfassungskonformität an den VfGH heranzutragen. Dieses Unternehmen, das vielleicht nicht ganz ohne Grund der Auffassung war, es werde möglicherweise in einem auf die Märkteffinition folgenden Marktanalyseverfahren als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beurteilt, sah sich durch die Verordnung der RTR-GmbH unmittelbar betroffen; es machte auch geltend, dass ihm ein Rechtsbehelf gegen diese - in Verordnungsform ergangene - Regulierungsentscheidung zustehen müsse.

Der VfGH hat dagegen darauf verwiesen, dass die antragstellende Partei von der TKMV 2008 nicht unmittelbar und aktuell in ihrer Rechtsposition betroffen sei:

„Die einzige Rechtsfolge der Festlegung eines relevanten Marktes durch die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH besteht in der Anwendbarkeit der Regelungen des TKG 2003 betreffend die sektorspezifische Regulierung auf den Markt, auf deren Grundlage den Unternehmen spezifische Verpflichtungen auferlegt werden können. Insofern kann allein die Festlegung eines relevanten Marktes nicht in die Rechtssphäre der Unternehmen, die auf dem Markt tätig sind, eingreifen.“

Liest man dieses Erkenntnis im Zusammenhang mit dem zuvor referierten Ablehnungsbeschluss, so kann man wohl erwarten, dass der VfGH auch den Entfall eines Marktes ähnlich beurteilen könnte. Ob dies auch nach der TKG-Novelle 2009, in der der automatische Wegfall der Verpflichtungen bei Wegfall eines Marktes aus der Verordnung festgelegt wurde, so gelten kann, wird der VfGH in absehbarer Zeit zu entscheiden haben, da ihm ein Individualantrag, gerichtet auf Aufhebung des § 4 TKMV idF BGBl II 2009/468, bereits vorliegt (V 65/10).⁸

Breitband-Vorleistungsmarkt

- TKK: de facto Regulierungsfreistellung bestimmter Regionen
- VfGH 17.12.2008, 2008/03/0116: bei bundesweit festgelegtem Markt bundesweite Regulierung notwendig; regionale Differenzierung möglich, Remedies müssen aber geeignet sein



Breitband-Markt:

Mit einer interessanten Form der Zurücknahme von Regulierung hatte sich der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 17.12.2008, 2008/03/0116, zu befassen. Inhaltlich ging es um den Breitband-Vorleistungsmarkt nach § 1 Z 17 der alten TKMVO 2003. Die Telekom-Control-Kommission hatte hier zwar die beträchtliche Marktmacht der Telekom Austria im gesamten – räumlich das ganze Bundesgebiet umfassenden – Markt festgestellt, spürbare spezifische Verpflichtungen allerdings nur in bestimmten Regionen auferlegt (für das restliche Gebiet gab es nur die Verpflichtung zur

getrennten Buchführung). De facto sollte damit in bestimmten Subregionen, in denen jeweils mindestens drei "große Betreiber" auf dem Markt tätig waren, der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht von der Regulierung freigestellt werden.

Der Bescheid war schon wegen inhaltlicher Unbestimmtheit aufzuheben, weil – vereinfacht gesagt – der Bedingungseintritt (mindestens drei „große Betreiber“) nicht klar festzustellen war. Inhaltlich wesentlich sind freilich die weiteren Ausführungen in diesem Erkenntnis:

„Die belangte Behörde hat nicht schlüssig begründet, warum die Auferlegung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung allein – ohne Hinzutreten weiterer spezifischer Verpflichtungen – geeignet sei, den Wettbewerbsproblemen, die sich aus dem Fehlen

⁸ Die Anfechtung richtet sich gegen § 4 TKMV 2008 idF BGBl II 2009/468, mit dem die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser TKMV-Novelle noch verbliebenen Bestimmungen der TKMVO 2003 aufgehoben worden waren, also konkret gegen die Aufhebung des (umfassenden) Breitbandmarkts zugunsten des doch deutlich engeren Marktes „Breitbandvorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden.“ Der Individualantrag war offenbar erforderlich, da die Verordnung nach Inkrafttreten der TKG-Novelle 2009 erfolgt ist und damit nach dem Gesetzeswortlaut kein Bescheid mehr zu erlassen war (§ 37 Abs 2 letzter Satz TKG 2003).

effektiven Wettbewerbs infolge beträchtlicher Marktmacht eines einzelnen Unternehmens auf dem gesamten - nationalen - Markt ergeben, effektiv zu begegnen. Der von ihr in diesem Zusammenhang wiederholt berufene **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** verlangt zwar bei Vorhandensein mehrerer geeigneter potentieller Maßnahmen die Wahl der am wenigsten belastenden Maßnahme, **rechtfertigt aber nicht die Auswahl einer Maßnahme, deren Effektivität in Zweifel steht.** ...

Den **Leitlinien** und der Empfehlung kommt - schon wegen der spezifischen Regelungen in Art 15 Abs 1 und 3 der Rahmenrichtlinie, durch die einerseits die Kommission mit der Erlassung der Empfehlung - inhaltlich zudem eng determiniert - beauftragt wird, und die andererseits ein ausdrückliches Berücksichtigungsgebot für die nationalen Regulierungsbehörden - verbunden mit Verfahrensvorschriften für den Fall des Abweichens - festlegt, **höchste Bedeutung** für die nationalen Regulierungsbehörden zu. Den Leitlinien entsprechend hat die Marktdefinition dem Homogenitätsgebot zu folgen. ... Dass sich an diesen Rahmenbedingungen ("objektiv ähnliche Wettbewerbsbedingungen im gesamten Bundesgebiet") seit Erlassung der TKMVO Entscheidendes geändert hätte, wird von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid nicht dargelegt. Im Gegenteil ...

Solange aber der Markt nach § 1 Z 17 TKMVO in geographischer Hinsicht das gesamte Bundesgebiet umfasst und solange auf diesem (bundesweiten) Markt ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, also kein effektiver Wettbewerb besteht, solange sind von der Behörde bundesweit effektive Regulierungsmaßnahmen vorzunehmen. Dies schließt zwar nicht eine regionale Differenzierung per se aus, wohl aber eine Differenzierung derart, dass in Teilen des Marktes keine geeigneten Verpflichtungen auferlegt werden."

Dt. Bundesverwaltungsgericht

- 28.1.2009, 6 C 39.07 – Bitstrom-Markt
- 27.1.2010, 6 C 22.08 – VDSL-Ausbau
- (jeweils BNetzA großteils bestätigt, aber in Teilen wegen ungenügender Begründung aufgehoben; insbesondere muss BNetzA bei der Auferlegung von Remedies die Verhältnismäßigkeit nachvollziehbar prüfen)

Deutscher Bitstrommarkt /VDSL-Ausbau - BVerwG

Weil im Referatstitel allgemein von nationalen Gerichten die Rede ist, darf ich ganz kurz auf exemplarische gerichtliche Verfahren in anderen Mitgliedstaaten hinweisen.⁹

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 28.1.2009 zwar die Regulierungsbedürftigkeit (das nennt man in Deutschland wirklich so!) des Vorleistungsmarkts für den Bitstrom-Zugang bestätigt, aber das Remedy - die Entgeltgenehmigungs-

pfligt - nicht akzeptiert, da die BNetzA nicht abgewogen hatte, ob ein anderes weniger belastendes Remedy ausgereicht hätte (vgl den ähnlichen Zugang in den Erkenntnissen des VwGH vom 6.9.2005, 2005/03/0088, und insbesondere vom 22.11.2005, 2005/03/0109, wo das Gebot der Subsidiarität der Endkundenentgelte festgehalten wurde - man sieht auch hier, dass die nationalen Gerichte in vergleichbaren Konstellationen zu ähnlichen Ergebnissen kommen). Ähnlich kritisch zur Begründungspflicht der nationalen Regulierungsbehörde BVerwG 27.1.2010, 6 C 22.08 zum VDSL-Ausbau (in einem Teilaspekt - Glasfasern zwischen HVt und Kabelverzweiger - fehlte eine hinreichende Begründung für die Regulierungsmaßnahmen).

⁹ Ich gehe dabei nicht ein auf die zahlreichen Verfahren zu Mobilterminierungsentgelten, zumal diese wenig Bezug zur Frage der Rücknahme von Regulierungsmaßnahmen haben.

Schweizer Bundesverwaltungsgericht

- BVerG verwehrt der Wettbewerbskommission, ex post gestützt auf das Kartellgesetz mit einer Sanktion korrigierend auf den – aus ihrer Sicht – unzulänglichen Preisbildungsprozess (Mobilterminierung) einzugreifen

(B 2050/2007, 24.2.2010, Swisscom)



Preisbildungsprozess einzugreifen" (ex ante-Regulierung nach EU-Muster ist in der Schweiz nicht vorgesehen) wurde vom BVerG nicht zugelassen.

Schweiz - Mobilterminierung

Dass es eine andere Welt gibt, in der Telekom- und Wettbewerbsrecht nicht komplementär angewandt werden, zeigt - auch abgesehen von Trinko und Bell v. Linkline in den USA - das Urteil des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts vom 24.2.2010 in der Sache Swisscom gegen Wettbewerbskommission über ein von der WEKO der Swisscom auferlegtes Bußgeld wegen überhöhter Terminierungsentgelte.

Der von der WEKO unternommene "Versuch, ... ex post gestützt auf das Kartellgesetz mit einer Sanktion korrigierend auf den – aus ihrer Sicht – unzulänglichen

Niederlande

- CBb 18.8.2010 – Entbündelung analoger Rundfunkübertragungsdienste im Kabel-TV
- CBb 25.9.2007 – Rundfunkübertragungsdienste



umstritten gewesene Maßnahme der OPTA, für den analogen Fernsehmarkt eine Entbündelungsregelung zu treffen, aufgehoben hat. Dass die Kommission – die der Maßnahme zuvor lange skeptisch gegenübergestanden war - im Art 7-Verfahren zugestimmt (bzw richtig: kein Veto erhoben) hatte, half der OPTA dabei nicht: entscheidend war, dass die Richter mit der räumlichen – auf einzelne Kabelversorgungsgebiete abgestellten – Marktabgrenzung durch OPTA nicht einverstanden waren.

Während hier also eine Verschärfung der Regulierung vor Gericht keinen Bestand hatte, war die Situation in einem früheren Verfahren (Urteil vom 25.9.2007, AWB 06/676) umgekehrt. Hier hatte OPTA, auch in einem Markt für Rundfunkübertragungsdienste, kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt, und wurde vom CBb ebenfalls

Niederlande - analoges Kabel und Rundfunkübertragungsdienste

Die Niederlande habe ich schon erwähnt: hier werden zahlreiche Entscheidungen der OPTA vom College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) aufgehoben. Ich erwähne die Niederlande hier vor allem zur Illustration, dass gerichtliche Entscheidungen den Weg weg vom Sektorrecht genauso beschleunigen wie auch bremsen können:

Jüngstes Beispiel ist eine erst am 18.8.2010, getroffene Entscheidung (AWB 09/536, 09/539, 09/541, 09/548), in der das CBb die lange

wieder zurück an den Start geschickt. Beide Entscheidungen sind recht illustrativ für die vom CBB ausgeübte Rechtmäßigkeitskontrolle, in der meines Erachtens – entgegen einzelnen kritischen Anmerkungen – keine „Schlagseite“ zugunsten (oder zulasten) der Beibehaltung von Regulierungsmaßnahmen erkennbar ist, sondern vielmehr die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Kernaufgabe des Gerichts: dem Messen der regulierungsbehördlichen Entscheidungen am Maßstab des materiellen Rechts ebenso wie des Verfahrensrechts (und es ist auch in den Niederlanden häufig das auf komplexe mehrpolare „Regulierungsverhältnisse“ nicht immer einfach anwendbare Verfahrensrecht, das zur Aufhebung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde führt).

Zum Verhältnis Kommission / NRB

- Derzeit anhängig vor EuG: T-226/10 UKE
- Erste inhaltliche Prüfung des Kommissionshandelns in Art 7 Verfahren aufgrund einer Nichtigkeitsklage durch eine NRB

Offen: UKE / Kommission

Abschließend möchte ich noch auf ein aktuell anhängiges Verfahren vor dem Gericht (EuG, früher: Gericht erster Instanz) verweisen, das möglicherweise für die zukünftige Entwicklung des sektorspezifischen Regulierungsrechts von größerer Bedeutung sein könnte.

Der Sache nach geht es hier zwar um den Versuch einer nationalen Regulierungsbehörde, einen Markt der Regulierung zu unterwerfen und das Bemühen der Kommission, diesen Markt regulierungsfrei zu halten. Diese Rollen sind aber auch schon umgekehrt zu

beobachtet gewesen – ich erinnere an die erste Runde betreffend den österreichischen Transitmarkt. Das Verfahren ist daher durchaus auch für Vorhaben zur Zurücknahme der Regulierung interessant.

In diesem Verfahren vor dem EuG (T-226/10) wendet sich nun erstmals eine nationale Regulierungsbehörde (Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej) direkt mit Nichtigkeitsklage gegen einen Veto-Beschluss der Kommission in einem Artikel 7 Verfahren. Ich gehe nicht auf die Details ein (es geht um Marktabgrenzungsfragen im Zusammenhang mit IP-Peering und IP-Transit); spannend wird jedenfalls sein, wie das EuG die Aufgaben und Befugnisse der Kommission im Rahmen des Art 7-Verfahrens sieht. Immerhin macht die UKE unter anderem Verfahrensängel der Kommission im Hinblick auf die Sachverhaltsfeststellung und das Erfordernis einer ausreichenden Begründung geltend, sodass wohl auch der Überprüfungs- bzw Beurteilungsmaßstab der Kommission im Artikel 7-Verfahren erstmals einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen wird.

7. Perspektiven im reformierten Rechtsrahmen

Wird sich mit dem Reformpaket etwas ändern? Meines Erachtens sind substantielle Änderungen nicht zu erwarten. Ja, das Art 7 Verfahren (und das Artikel 7a-Verfahren) wird komplizierter werden und es wird länger dauern. Die Kommission wird eine noch stärkere Rolle spielen und das GEREK wird als neuer Talking Shop die Situation – zumindest in verfahrenstechnischer Sicht – auch nicht vereinfachen.

Für die nationalen Gerichte ändern sich damit aber nur einzelne Tatbestandselemente, die der letztlich zu überprüfenden Regulierungsentscheidung zugrundegelegt werden.

Eine substantielle Änderung für die rechtsprechende Tätigkeit ist damit nicht abzusehen, und zwar egal ob die nationalen Regulierungsbehörden neue Regulierungsmaßnahmen ergreifen oder alte Interventionen zurücknehmen.

Wird sich etwas ändern?



Zusammenfassend: Die Aufgabe der Gerichte hat sich nicht verändert: sie spielen dieselbe Rolle bei der Zurücknahme wie bei der Einführung der sektorspezifischen Regulierung. Diese Aufgabe wird sich auch nach der Umsetzung des Reformpakets nicht ändern: Aufgabe der Gerichte bleibt der Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden, dabei haben die Gerichte die formelle und materielle Rechtmäßigkeit zu prüfen und unter Beachtung des Unionsrechts insbesondere auch die den Betroffenen durch Unionsrecht eingeräumten Rechte zu wahren.