

Nikolaus Forgó /  
Georg Götz / Gerald  
Otto

# Die neuen Rahmenbedingungen für Investitionen in die Kommunikationsinfrastruktur

## 1. Einleitung<sup>1)</sup>

Ein Hauptaugenmerk des Reviews durch die Änderungsrichtlinien „Better Regulation“<sup>2)</sup> und „Citizen's Rights“<sup>3)</sup> ist die Sicherstellung geeigneter Rahmenbedingungen für Investitionen in die Infrastruktur und die Schaffung der dafür notwendigen Rechtssicherheit.<sup>4)</sup> Wie die Kommission nämlich sehr deutlich macht, wird (im Interesse auch der Verbraucher liegendes) nachhaltiges Wachstum im Bereich der elektronischen Kommunikation in Zukunft nur mehr „auf der Grundlage neuer innovativer Dienste und Geschäftsmodelle möglich sein. Deshalb muss jetzt unbedingt der Übergang zum Umfeld der nächsten Generation mit seinen neuen Chancen und Herausforderungen vollzogen werden. Dieser Übergang erfordert ganz erhebliche Investitionen in den Ausbau der Kapazitäten der Fest- und Mobilfunknetze.“<sup>5)</sup>

Vor allem bei den Investitionen in die sogenannten Netze der nächsten Generation (NGN) ist ein erhebliches Investitionsvolumen erforderlich.<sup>6)</sup> Besondere Bedeutung gewinnt dieses hohe Volumen durch die große Unsicherheit, denen diese Investitionen insbesondere im Hinblick auf die zu erwartende Nachfrage unterliegen. Zusammen mit der Irreversibilität dieser Investitionen, dh der Unumkehrbarkeit und damit der Unmöglichkeit, eine Amortisation anders als über das ursprüngliche Investitionsprojekt zu erreichen, ergibt sich damit ein enormes Investitionsrisiko. Einem günstigen Investitionsklima kommt vor diesem Hintergrund entscheidende Bedeutung für die Realisierung der von der Kommission verfolgten Ziele zu.<sup>7)</sup>

Die Kommission erkennt die zentrale Bedeutung von Netzen der nächsten Generation (NGN) für die Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandzugängen sowie den Rückstand in der Breitbandpenetration, den Europa im internationalen Vergleich aufweist. Sie will daher neben der Förderung des Wettbewerbs die Planungssicherheit verstärken und das Investitionsrisiko

**Univ.-Prof. Mag. Dr. Nikolaus Forgó** ist Leiter des Instituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover und Leiter des Universitätslehrgangs für Informationsrecht und Rechtsinformation an der Universität Wien, **Univ.-Prof. Dr. Georg Götz** ist Leiter der Professur für Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik und Regulierung an der Justus-Liebig-Universität Gießen und **RA Mag. Dr. Gerald Otto, LL.M.** ist Partner der CABJOLSKY & OTTO RECHTSANWÄLTE OG in Wien.

ausdrücklich angemessen berücksichtigen. Die diesbezüglichen Regelungen sind in der Änderungsrichtlinie

- 1) Dieser Beitrag basiert auf einer Studie betreffend die Auswirkungen der Änderungsrichtlinien „Better Regulation“ und „Citizen's Rights“, die die Autoren unter Mitarbeit von Dipl.-Volkswirt Christian Bender, Justus-Liebig-Universität Gießen, im Auftrag der A1 Telekom Austria AG erstellen.
- 2) Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl L 337/37 vom 18.12.2009.
- 3) Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl L 337/11 vom 18.12.2009.
- 4) [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecommtomorrow/reform/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommtomorrow/reform/index_en.htm): „The new rules bring legal certainty for investment in next generation access (NGA) networks.“
- 5) Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht über den Stand des europäischen Binnenmarkts der elektronischen Kommunikation 2009 (15. Bericht), KOM(2010)253 endg., 2; vgl. auch Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Eine Digitale Agenda für Europa, KOM (2010) 245, 6: „Es muss mehr getan werden, um – mit Hilfe von Festnetz- und Drahtlostechnik – die Einführung und Verbreitung von Breitbandanschlüssen für alle sicherzustellen und Investitionen in die neuen, extrem schnellen, offenen und wettbewerbsbestimmten Internet-Netze zu erleichtern, die den Lebensnerv einer künftigen Wirtschaft bilden werden.“
- 6) Das geschätzte Investitionsvolumen für die flächendeckende Bereitstellung von NGN in Deutschland beträgt 35,9 Mrd. €; vgl. Paul L. Katz, Stephan Vaterlaus, Patrick Zenhäusern und Stephan Suter, Die Wirkung des Breitbandausbaus auf Arbeitsplätze und die deutsche Volkswirtschaft, Polynomics, 2009. Gemäß Schätzungen der OECD betragen die Kosten für den Aufbau von glasfaserbasierten Zugangnetzen zwischen \$500 und \$2500 pro Haushalt; vgl. OECD, Developments in Fibre Technologies and Investment, DSTI/ICCP/CISP (2007)4/FINAL, 2008.
- 7) So soll bis 2012 eine flächendeckende nationale Breitbandabdeckung erreicht und darauf aufbauend eine weitgehende Bereitstellung von NGN Zugängen mit Geschwindigkeiten über 100 Mbps bis 2020 gewährleistet werden. Vgl. Europäische Kommission, A Digital Agenda for Europe, COM (2010) 245, 2010.

„Better Regulation“ enthalten. Neben Risikoprämien sollen explizit auch Ko-Investitionen und Risikoteilungsmaßnahmen gefördert werden.<sup>8)</sup> Zieht man den durchaus kritischen Befund, den die Kommission Österreich hinsichtlich der Breitbandpenetration im europäischen Vergleich ausstellt,<sup>9)</sup> in Betracht, wird die große Bedeutung dieser Ansätze für die weitere Entwicklung in Österreich und die Umsetzung des Reviews in das TKG 2003<sup>10)</sup> noch verdeutlicht.

## 2. Stärkung der Planungssicherheit

### 2.1. Allgemeines

Für die Weiterentwicklung von elektronischen Kommunikationsdiensten sind in der Regel erhebliche Investitionen nötig. Investitionen werden allerdings nur getätigt, wenn in diesem Zusammenhang Planungs- und damit auch Investitionssicherheit bestehen. Um das Wirtschaftswachstum zu steigern, mehr Innovationen zu erreichen und für die Verbraucher mehr Wahlmöglichkeiten zu gewährleisten, sollen (auch) durch die Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen betreffend die Vorhersehbarkeit der Regulierung und die Regulierungszyklen nicht nur der Wettbewerb sondern auch (effiziente) Investitionen gefördert werden.<sup>11)</sup>

### 2.2. Vorhersehbarkeit der Regulierung

Art 8 Abs 5 lit a RahmenRL sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden „die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch fördern, dass sie über angemessene Überprüfungszeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehalten.“

Die Überprüfungszeiträume haben sich uE an den Zyklen der Marktanalyseverfahren nach Art 16 RahmenRL zu orientieren. Es ist daher davon auszugehen, dass während mehrerer Marktanalysezyklen<sup>12)</sup> eine einheitliche Methodik der Regulierung beibehalten werden soll.

Im geltenden TKG 2003 ist die Vorhersehbarkeit der Regulierung nicht als Regulierungsziel festgelegt. Daher ist die Tätigkeit der Regulierungsbehörde auch nicht explizit diesem Grundsatz unterworfen. Wie die Richtlinie zeigt, reichen (auch nach Ansicht des Richtliniengebers) der allgemeine Grundsatz, dass Entscheidungen der Regulierungsbehörde nur auf Grundlage des geltenden Rechts getroffen werden dürfen,<sup>13)</sup> sowie der allgemeine Grundsatz des Verbots willkürlicher Entscheidungen<sup>14)</sup> allein nicht aus, diese Vorhersehbarkeit sicherzustellen.

Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, bestehen doch auch in anderen Rechtsgebieten insbesondere in Deutschland seit Langem Diskussionen darüber, ob und inwieweit Normunterworfenen vor überraschenden und/oder rückwirkenden Judikaturänderungen bei gleich gebliebener gesetzlicher Ausgangslage wegen des Rechtsstaatlichkeitsprinzips geschützt werden können und geschützt werden müssen.<sup>15)</sup> Die Problematik verlangt ua eine Beantwortung der Frage, wer Adressat der Entscheidung des rechtsanwendenden Organs ist: nur die

Parteien des Verfahrens oder die Gemeinschaft der Rechtsunterworfenen.

Erst recht umstritten ist, aber von einigen bejaht wird, die Frage, ob ein Wandel, mit dem eine langjährige Rechtsprechungspraxis aufgegeben wird, vorab, insbesondere in einem obiter dictum, angekündigt werden muss. Mit guten Gründen lässt sich hier vertreten, dass die Auswirkungen der konkreten (höchstgerichtlichen) Entscheidung auf den gesamten Rechtsverkehr es von Verfassung wegen erforderlich machen, zumindest einen auf die Fortsetzung der bisherigen Spruchpraxis bestehenden Vertrauenstatbestand pro futuro durch ein obiter dictum zu zerstören.<sup>16)</sup> Daraus wiederum lässt sich wohl eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Verankerung eines Vertrauensschutzes vor nicht zu erwartenden, überraschenden Judikaturänderungen ableiten.<sup>17)</sup>

Ähnliche Überlegungen lassen sich auch für die Verwaltung, deren Praxis ja die normierende Aufgabe übernimmt, wo das Gesetz endet, anstellen. Daher wird von manchen mit guten Gründen vertreten, dass die Verwaltung gerade dort, wo sie Spielräume hat, aus Gleichheits- und Rechtssicherheitsgründen verpflichtet ist, durch Verwaltungsvorschriften in abstrakt-genereller

8) Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Eine Digitale Agenda für Europa, KOM (2010) 245, 23 f.

9) COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. Europe's Digital Competitiveness Report, ICT Country Profiles, Vol. II, SEC (2010) 627, 8: „Fixed broadband penetration is increasing at a low rate, Austria still being below the EU average. This is partly offset by the relatively large take-up of mobile internet, especially on laptops. In terms of the population, fixed broadband penetration is 22.7 % as opposed to the EU average of 24.8 %. In terms of household penetration, Austria performs slightly better than the average with 65 % of households having an internet connection, and 56 % having a broadband subscription. Internet penetration among enterprises has been progressing very slowly, reaching only 77 % by 2009. DSL coverage is at average levels, but progress is slow as well. As for wireless connectivity, despite the further growth in mobile internet markets, Austria's ranking has somewhat worsened.“

10) Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003), BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 50/2010.

11) Vgl ErwGr 53 Better RegulationRL.

12) Diese sind nach Art 16 Abs 6 RahmenRL grundsätzlich innerhalb von drei Jahren nach Verabschiedung einer vorherigen Maßnahme im Zusammenhang mit diesem Markt und für „neue“ Märkte innerhalb von zwei Jahren durchzuführen; siehe hierzu unten Punkt 2.3.

13) Legalitätsgrundsatz gemäß Art 18 B-VG.

14) Willkürverbot resultierend aus Art 7-B-VG.

15) Vgl etwa Clemens Höpfner, Vertrauensschutz und Richterrecht – Zur Zulässigkeit rückwirkender Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, RdA 2006, 156 ff.; Rolf Lamprecht: Obiter dictum – Arabeske oder Ballast? NJW 1998, 1039 ff.; Franz Dötsch, Vertrauensschutz gegen die rückwirkende Anwendung einer zum Nachteil des Bürgers wirkenden Änderung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung durch die Rechtsprechung, DStR 2009, 409 ff.

16) So auch Clemens Höpfner, Vertrauensschutz und Richterrecht – Zur Zulässigkeit rückwirkender Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, RdA 2006, 156 ff, 159 mwN.

17) Clemens Höpfner, aaO, 163.

Form – nach offengelegten Grundsätzen – die Bearbeitung von Einzelfällen voraus zu bestimmen.<sup>18)</sup> Obwohl dies nicht direkt durch die europarechtlichen Vorgaben indiziert sein mag, könnte im Hinblick auf die Vorgaben zur Vorhersehbarkeit der Regulierung auch angedacht werden, die Regulierungsbehörde zur Veröffentlichung des Regulierungskonzepts für künftige Zeiträume zu verpflichten.

Unabhängig von den obigen Überlegungen bedarf es aufgrund der europarechtlichen Vorgaben, um die Einheitlichkeit einer Methodik über mehrere Marktanalysezyklen zu gewährleisten und um den verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelten grundsätzlichen Gedanken des Vertrauensschutzes zu festigen, uE jedenfalls einer Änderung des TKG 2003 und einer expliziten Festlegung dieses Ziels.

Im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit der Regulierung ist weiters festzuhalten, dass es aufgrund der parallelen Anwendung von sektorspezifischem (ex-ante) und allgemeinem (ex-post) Wettbewerbsrecht im Kommunikationssektor in der Praxis zu unterschiedlichen Entscheidungen in sektorspezifischen und allgemein wettbewerbsrechtlichen Verfahren kommen kann. Die sektorspezifische Regulierung liefert somit keine Rechtssicherheit, aber hohe Eingriffsintensität. Dies beeinträchtigt die ökonomische Agitation der Betreiber in erheblichem Ausmaß negativ, insbesondere weil künftige Investitionen auf Basis der ex-ante von der Regulierungsbehörde getroffenen Entscheidungen kalkuliert werden. Eine nachträgliche, divergente kartellrechtliche Entscheidung könnte diese Kalkulation jedoch zunichte machen. Die mit der mangelnden Rechtssicherheit einhergehende Gefahr verringert jedenfalls den Anreiz für Investitionen. Dies ist vor dem Hintergrund der europarechtlich vorgegebenen Ziele einer Vorhersehbarkeit der Regulierung<sup>19)</sup> und der Förderung von Investitionen nicht wünschenswert.<sup>20)</sup>

Zwar bestehen bereits Regelungen, die eine Zusammenarbeit der Regulierungsbehörde und der BWB bzw der Kartellgerichte ermöglichen bzw festlegen,<sup>21)</sup> doch schaffen diese uE keine Zusammenarbeit, die den Anforderungen der Betreiber an die Planungssicherheit genügt, insbesondere weil die Zusammenarbeit in vielen Fällen nicht verpflichtend ist (so ist den Kartellgerichten, dem Bundeskartellanwalt und der BWB im Marktanalyseverfahren zwar Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben,<sup>22)</sup> doch sind diese nicht verpflichtet, eine solche abzugeben). Auch die grundsätzliche Möglichkeit festzustellen, ob ein Sachverhalt dem KartG 2005 unterliegt,<sup>23)</sup> kann die gebotene Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit nicht garantieren, weil erst geplante, aber (noch) nicht praktizierte Verhaltensweisen grundsätzlich nicht Gegenstand eines Feststellungsantrags sein können<sup>24)</sup> und sich das rechtliche Risiko vor Investitionsentscheidung somit nicht ausreichend zuverlässig bestimmen lässt.

Die Rechtssicherheit für die Betreiber könnte daher uE erheblich gesteigert werden, wenn die Wettbewerbsbehörden bzw Kartellgerichte in die ex-ante Entscheidungen der Regulierungsbehörden verpflichtend eingebunden würden und letztere bei Bedenken auch

eine Stellungnahme abzugeben hätten. Dies gäbe den Betreibern zumindest insofern Sicherheit, als sie ihre Kalkulationen und Investitionen nicht nur aufgrund der sektorspezifischen Entscheidung treffen könnten, sondern auch aufgrund einer allgemein wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ex ante (die einer abweichenden allfälligen Beurteilung ex post nicht entgegenstände).

Eine stärkere Einbindung der Wettbewerbsbehörden bzw Kartellgerichte könnte auch die Gefahr von problematischen Spannungsverhältnissen oder gar Unvereinbarkeiten zwischen Entscheidungen der Behörden untereinander und zu jenen der Kartellgerichte vermindern. Es ist davon auszugehen, dass diese Möglichkeit einer frühzeitigen Annäherung der Standpunkte im Hinblick auf das in Art 94 B-VG normierte Gebot der Trennung von Justiz und Verwaltung auch im Interesse der Regulierungsbehörde und der Kartellgerichte sein sollte.

Es erscheint daher zweckmäßig, die BWB und den Bundeskartellanwalt in den Marktanalyseverfahren und in den Verfahren zur Prüfung von Vereinbarungen betreffend die Risikodiversifizierung (siehe hierzu unten Punkt 3.3.) verpflichtend einzubinden und eine begründete Stellungnahme vorzusehen. Dies entspricht uE auch dem Ziel der Einrichtung der BWB, eine die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und den Zusammenhang mit Entscheidungen der Regulatoren wahrende Anwendung des KartG 2005 zu gewährleisten.<sup>25)</sup> Da die BWB zur Erreichung dieser Ziele ua Amtshilfe in Wettbewerbsangelegenheiten gegenüber Regulatoren zu leisten hat,<sup>26)</sup> ist diese uE auch schon de lege lata abstrakt hierzu befugt.

### 2.3. Verlängerte Regulierungszyklen

Die wesentlichsten Änderungen betreffend das Marktanalyseverfahren nach Art 16 RahmenRL sind die neuen bzw ergänzten Vorschriften betreffend die Notifizierung bzw Konsolidierung nach Art 7 RahmenRL und die verlängerten Regulierungszyklen.

Dabei ist gerade die Verlängerung der Regulierungszyklen auch für die Planungssicherheit von erheblicher Bedeutung, weil selbst im besten Fall einer einheitlichen Regulierungsmethodik nur die Vorhersehbarkeit gesteigert wird, jedoch keine Sicherheit über die künftigen regulatorischen Rahmenbedingungen und Entscheidungen besteht. Somit besteht neben dem Marktrisiko aufgrund der Nachfrageunsicherheit bei neuen Technologien auch ein regulatorisches Risiko, das die Investitions-

18) Vgl *Pietzcker*, Selbstbindungen der Verwaltung NJW 1981, 2087.

19) Art 8 Abs 5 lit a RahmenRL.

20) Art 8 Abs 5 lit d RahmenRL.

21) §§ 37 Abs 5, 126, 127 TKG 2003 sowie §§ 1 Ab 1 lit b, 2 Abs 1 Z 4, 10 Abs 1 WettbG.

22) § 37 Abs 5 TKG 2003.

23) § 28 KartG 2005.

24) Vgl OGH 20.12.2004, 16 Ok 19/04 sowie OGH 17.12.1997, 16 Ok 19/97.

25) § 1 WettbG; dies ist auch im Sinn des Zusammenarbeitsgebots der Regulatoren und der BWB, vgl ErlRV 1411 BlgNR 22. GP zu § 2 Abs 1 Z 6 WettbG.

26) § 2 WettbG.

anreize zusätzlich verzerren kann. Gerade bei Investitionen in neue Netze besteht ein langer Amortisationszeitraum, dessen Planung eine Vorhersehbarkeit der regulatorischen Rahmenbedingungen, wie insbes der Entgeltentscheidungen, über einen langen Zeitraum erforderlich macht. Teile dieses Risikos können dadurch abgemildert werden, dass der Zeitraum, innerhalb dessen regulatorische Planungssicherheit besteht, verlängert wird.

Längere Regulierungszyklen sind im Übrigen nicht nur für investierende Netzbetreiber relevant. Da angesichts der hohen Investitionsunsicherheit anders als in der Regulierung des althergebrachten Festnetzes nicht mehr von einer quasi automatischen Verringerung der Zugangsentgelte für zukünftige Vorleistungen in jedem Regulierungszyklus ausgegangen werden kann, profitieren auch Zugangswerber im Fall von längeren Regulierungszyklen von höherer Planungssicherheit. Ganz allgemein gilt natürlich, dass Zugangswerber von besseren Bedingungen für Infrastrukturinvestitionen schon dadurch profitieren, dass im Fall unterbleibender Investitionen auch kein Geschäftsmodell existiert, das auf Vorleistungen aus solchen Investitionen basiert.

Nach den neuen Regelungen über das Marktanalyseverfahren ist grundsätzlich „innerhalb von drei Jahren“ nach der Verabschiedung einer Maßnahme eine Marktanalyse durchzuführen und ein entsprechender Maßnahmenentwurf zu „notifizieren“.<sup>27)</sup> Nach dem Wortlaut der Richtlinie wäre zwar auch die Festlegung eines kürzeren Zeitraums durch den nationalen Gesetzgeber möglich. Die Bestimmung über die Regulierungszyklen darf uE jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr ist aufgrund des Regulierungsziels der Vorhersehbarkeit der Regulierung<sup>28)</sup> davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der neuen, zwei- bzw dreijährigen<sup>29)</sup> Überprüfungszeiträume in das nationale Recht angehalten sind. Dies entspricht auch den auf die Förderung von Investitionen abzielenden ErwGr 55 zur Better RegulationRL, wonach die Investoren Planungssicherheit über ihre Investitionen haben sollten.

Der das Marktanalyseverfahren regelnde § 37 TKG 2003 verpflichtet die Regulierungsbehörde derzeit, in regelmäßigen Abständen, längstens innerhalb von zwei Jahren, eine Marktanalyse durchzuführen. Aufgrund des Grundsatzes der Vorhersehbarkeit der Regulierung und der Planungssicherheit für Investoren ist ein Umstieg auf einen Dreijahreszyklus im nationalen Recht uE einerseits europarechtlich indiziert und andererseits auch volkswirtschaftlich sinnvoll.

Wie oben dargestellt, gehen längere Marktanalysezyklen mit höherer Planungssicherheit und damit in der Regel mit höheren Investitionsanreizen einher. Um im Fall wesentlicher Änderungen bei längeren Zyklen dennoch regulatorisch reagieren zu können, kann die Möglichkeit eines Eingreifens der nationalen Regulierungsbehörden, zB in Form einer Marktanalyse, vorgesehen werden. Dieses sollte aus ökonomischer Sicht jedoch nur in einer Weise erfolgen, bei der negative Wirkungen auf die Rentabilität der im entsprechenden Zyklus getätigten Investitionen ausgeschlossen sind.

### 3. Förderung von effizienten Investitionen und Innovationen im Infrastrukturbereich

#### 3.1. Allgemeines

Vor dem Hintergrund, dass der Ausbau der Infrastrukturen maßgeblich für nachhaltigen Wettbewerb ist, wird mit der Better RegulationRL der schon in der alten Fassung der RahmenRL bestehende Grundsatz der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen nunmehr verstärkt und durch ein Konzept zur Risikoteilung ergänzt:

Der geänderte Art 8 Abs 5 lit d RahmenRL sieht nunmehr einerseits vor, dass „bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird“. Andererseits sind „verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern“ zuzulassen.

#### 3.2. Ökonomische Aspekte

Die Zugangsregulierung steht in engem Zusammenhang mit den Investitionsanreizen. Aufgrund wechselseitiger Beziehungen ist eine isolierte Betrachtung nur eingeschränkt möglich. Grundsätzlich kann jedoch angemerkt werden, dass ein Zielkonflikt zwischen der Förderung von Dienstleistungswettbewerb mittels strikter Zugangsregulierung und der Förderung von Investitionsanreizen besteht und die in den ErwGr der Better RegulationRL genannten Ziele nur bedingt miteinander vereinbar sind.<sup>30)</sup> Dem europäischen Gesetzgeber ist dieser Schumpeterianische Zielkonflikt zwischen statischer und dynamischer Effizienz offensichtlich bewusst. So folgt zB auf den Hinweis auf Verpflichtungen zur Festsetzung kostenorientierter Preise der Verweis auf die Notwendigkeit, hinreichende Investitionsanreize sicherzustellen.<sup>31)</sup> Anders als im Rechtsrahmen vor der Better RegulationRL geht es nicht mehr in erster Linie um die optimale Regulierung eines bestehenden Netzes, sondern um die Förderung von Investitionen in neue Netzinfrastruktur. Die direkten und indirekten positiven Effekte von Investitionen in Telekommunikationsinfrastrukturen für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung realisieren sich nur, wenn sie aufgrund adäquater Investitionsanreize

27) Art 16 Abs 6 lit a RahmenRL.

28) Art 8 Abs 5 lit a RahmenRL.

29) Gemäß Art 16 Abs 6 lit a bis c RahmenRL.

30) So zeigen *Hans Friederiszick, Michael Grajek* und *Lars-Hendrik Röller*, *Analyzing the Relationship between Regulation and Investment in the Telecom Sector*, ESMT White Paper Nr. WP-108-01, 2008, dass striktere Zugangsregulierungen mit einem Rückgang der Investitionen sowohl seitens des dominanten als auch eintretender Unternehmen einhergeht. *Leonard Waverman, Meloria Meschi, Benoit Reillier* und *Kalyan Dasgupta*, *Access regulation and infrastructure investment in the telecommunication sector: An empirical investigation*, LECG Analysis with support of ETNO, 2007, zeigen, dass striktere Zugangsregulierungen in einer Infrastruktur die Investitionsanreize in alternativen Infrastrukturen überproportional vermindern.

31) Vgl Art 2 Better RegulationRL hinsichtlich der Änderung von Art 13 Abs 1 Satz 2 ZugangsRL.

auch getätigt werden.<sup>32)</sup> Gerade das bei den anstehenden Infrastrukturinvestitionen besonders hohe Investitionsrisiko erfordert höchste Sorgfalt bei der Justierung der verschiedenen Instrumente der Zugangsregulierung. Es gilt hier – vor allem auch im Sinne von alternativen Netzbetreibern, die selber Investitionen tätigen – sicherzustellen, dass das Geschäftsmodell der investierenden Unternehmen nicht durch reine Wiederverkäufer, die keinerlei Investitionsrisiko tragen, unrentabel gemacht wird.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der technologische Fortschritt einerseits und die bestehenden kostenbasierten Zugangsentgelte andererseits zu einer asymmetrischen Risikoverteilung zwischen investierenden und später mittels (regulierten) Zugangs in den Markt eintretenden Unternehmen führen, so dass eine Verzerrung der Investitionsanreize entstehen kann.<sup>33)</sup> Der Vorteil nicht investierender Unternehmen liegt hierbei im Wesentlichen in der Möglichkeit, den Markteintritt erst vorzunehmen, wenn die Marktnachfrage nach Diensten, die durch die neue Infrastruktur möglich werden, sicher ist. Dadurch tragen die investierenden Unternehmen das gesamte Risiko der Infrastrukturinvestition, weil im Falle einer positiven Marktentwicklung die möglichen Gewinne durch den Dienstleistungswettbewerb eingeschränkt sind, wohingegen die investierenden Unternehmen im Falle einer negativen Marktentwicklung die Investitionskosten alleine tragen würden.<sup>34)</sup>

Die asymmetrische Risikoallokation kann über drei Ansätze vermindert werden. Einerseits besteht die Möglichkeit, bei der Festlegung der Zugangsentgelte einen Risikozuschlag zu implementieren (Risikoprämie), andererseits können so genannte „risk-sharing“-Modelle zur Anwendung kommen, bei denen nicht investierende Unternehmen durch entsprechende Zugangskonditionen einen Teil des Risikos übernehmen. Eine dritte Möglichkeit stellen Kooperationen von Unternehmen beim Bau neuer Infrastrukturen dar.<sup>35)</sup> Hierzu im Detail:

- a) Die Einführung einer Risikoprämie beinhaltet die Verteilung des Investitionsrisikos durch einen einheitlichen Aufschlag auf die Zugangsentgelte pro Einheit, um den investierenden Unternehmen eine dem Risiko angemessene Rendite zu ermöglichen. Alternativ kann eine Risikoprämie derart implementiert werden, dass diese flexibel an die Gesamtmarktentwicklung angepasst wird.

Durch die Risikoprämie soll sichergestellt werden, dass jeder Marktteilnehmer entsprechend seiner Nachfrage nach Zugang Anteil am Investitionsrisiko trägt. Es ist dabei aber einzuwenden, dass die Einführung einer Risikoprämie das grundsätzliche Problem der asymmetrischen Risikoverteilung zwischen investierenden und später eintretenden Unternehmen kaum ändert. Sofern die Nachfrage nach Diensten in den neuen Netzen gering ist, wird die Nachfrage nach Zugang durch nicht investierende Unternehmen ebenfalls gering sein und die investierenden Unternehmen entsprechend niedrige Einnahmen auf

Basis der Risikoprämie erhalten. Die Investitionsanreize, die von der Einführung einer Risikoprämie ausgehen, können somit als eingeschränkt eingestuft werden. Sie bewirken voraussichtlich lediglich eine Beschleunigung sowieso vorgesehener Investitionen.

- b) Bei der Einführung von „risk-sharing“-Modellen soll die asymmetrische Risikoverteilung hinsichtlich der Marktentwicklung reduziert werden, indem eintretende Unternehmen bereits vor Beginn bzw. vor Abschluss der Investition am Investitionsrisiko beteiligt werden.<sup>36)</sup> Dies soll durch den Abschluss von Risikobeteiligungsverträgen erreicht werden, bei denen die späteren Zugangsbedingungen ex ante für eine bestimmte Laufzeit festgelegt werden. Zudem sollen die vereinbarten Entgelthöhen und Zugangskonditionen das übernommene Risiko widerspiegeln, so dass sich die Zugangskonditionen zwischen den Unternehmen unterscheiden können.

Die Übernahme des Investitionsrisikos kann dabei auf unterschiedliche Weisen erfolgen, beispielsweise durch Anfangszahlungen an die investierenden Unternehmen, durch unterschiedliche Vertragslaufzeiten oder durch bestimmte Abnahmemengen. Je höher die ex ante Risikobeteiligung, also je höher die Anfangszahlung, je länger die Vertragslaufzeit oder je größer die vereinbarte Abnahmemenge, desto niedriger sollen die eigentlichen Zugangsentgelte angesetzt werden. Folglich sind aufgrund der besseren Risikoallokation zwischen den Unternehmen und der höheren Planungssicherheit für die investierenden Unternehmen höhere Investitionsanreize zu erwarten.

- 32) Lars-Hendrik Röller und Leonard Waverman, Telecommunications infrastructure and economic development: A simultaneous approach, AER 2001, 91(4), 909ff, zeigen, dass Investitionen in Telekommunikationsinfrastrukturen in entwickelten OECD-Staaten positive externe Effekte („Spillovers“) auf das gesamtwirtschaftliche Wachstum beinhalten. Raul L. Katz, Stephan Vaterlaus, Patrick Zenhäusern, Stephan Suter und Philippe Mahler, The Impact of Broadband on Jobs and the German Economy, [http://www.polynomics.ch/dokumente/Polynomics\\_Broadband\\_Study\\_E.pdf](http://www.polynomics.ch/dokumente/Polynomics_Broadband_Study_E.pdf), 2009, untersuchen die Effekte von Investition in NGN in Deutschland und prognostizieren positive Effekte auf das Wirtschaftswachstum und die Schaffung neuer Arbeitsplätze als Folge der verbesserten Telekommunikationsinfrastrukturen.
- 33) Zu den Effekten kostenbasierter Zugangsregulierung auf die Investitionsanreize vgl bspw Gerhard Clemenz und Georg Götz, Die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte auf Basis der Forward Looking Long Run (Average) Incremental Costs (FL-LRAIC) – Eine kritische Analyse, 2003, <http://wiwi.uni-giessen.de/dl/det/goetz/14382/>, oder Paula Sarmento und Antonio Brandão, Access Pricing: A comparison between full deregulation and two alternative instruments of access regulation, cost-based and retail-minus, TP 2007, 31, 236ff.
- 34) Vgl Ingo Vogelsang, Incentive regulation, investments, and technological change, CESifo Working Paper Series No. 2964, 2010, S.10.
- 35) Vgl Jürgen Kühling, Ulrich Heimeshoff und Tobias Schall, Künftige Regulierung moderner Breitbandinfrastrukturen, K&R, Beiheft 1/2010, S.11 ff.
- 36) Damit würde auch eine angemessene Beteiligung der Unternehmen am ex ante Risiko gewährleistet, die den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers iSd ErwGr 55 der Better RegulationRL entspricht.

- c) Eine weitere Möglichkeit der Risikodiversifikation liegt in der Kooperation von Unternehmen beim Aufbau neuer Infrastrukturen.<sup>37)</sup> Grundsätzlich können solche Kooperationsvereinbarungen auf zwei Arten erfolgen: Die Unternehmen bauen Infrastruktureinrichtungen gemeinsam auf und nutzen diese gemeinsam<sup>38)</sup> oder die Unternehmen koordinieren ihre Investitionen dergestalt, dass jedes Unternehmen in bestimmten Gebieten alleine die Infrastruktur aufbaut und sich die beteiligten Unternehmen gegenseitig Zugang gewähren.<sup>39)</sup>

Hinsichtlich der Risikoallokation stellen Kooperationen im Allgemeinen ein adäquates Vorgehen dar. Sie schaffen ausreichende Investitionsanreize. Beide Kooperationsansätze beschränken aber potentiell den Infrastrukturwettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen.

Die obige Analyse zeigt, dass Risikoprämien ein gutes Instrument sein können, um die Investitionen in jenen Gebieten zu forcieren, in denen ein Aufbau von neuen Infrastrukturen (wie zB NGN) wenig Risiko beinhaltet und in denen beträchtliche Investitionen auch ohne zusätzliche Anreize zu erwarten sind. Dies ist insbesondere in urbanen Gebieten mit hoher Bevölkerungsdichte der Fall, in denen die Nachfrageunsicherheit aufgrund der höheren Bevölkerungsdichte geringer ist. Für Gebiete außerhalb der urbanen Ballungsgebiete, in denen maximal ein Infrastrukturbetreiber investiert, so genannte „graue Flecken“,<sup>40)</sup> stellen Risikoprämien jedoch kein geeignetes Mittel zur Schaffung ausreichender Investitionsanreize dar. An dieser Stelle ist es wichtig darauf zu verweisen, dass von einem potentiellen Investor jedes zusätzliche Investitionsprojekt gesondert betrachtet und in der Regel nur dann durchgeführt wird, wenn es zumindest kostendeckend ist. Gerade durch die Liberalisierung im Telekommunikationssektor und die Einführung von Wettbewerb wurde die Möglichkeit von Quersubventionierungen entscheidend eingeschränkt. Hohe Risikoprämien, die gegebenenfalls zu höheren Einnahmen in urbanen Gebieten führen, haben somit keinen Einfluss auf die Investitionsentscheidungen in anderen Gebieten. In schwächer besiedelten Regionen sind damit andere Instrumente zur Sicherstellung der Investitionsanreize nötig; „risk-sharing“-Modelle sowie Kooperationen sind in dieser Hinsicht überlegen.

Im Hinblick auf „risk-sharing“-Modelle können die Implementierung von Anfangszahlungen und von Mindestabnahmeverträgen und die damit bewirkte Risikoübernahme eine Diskriminierung kleinerer Anbieter gegenüber größeren bewirken. Dieser Aspekt wird auch in den ErwGr der Better RegulationRL explizit angeführt.<sup>41)</sup>

Kooperationen von Unternehmen scheinen vor allem im Hinblick auf die Abdeckung von dünn besiedelten Gebieten sinnvoll, die unter wettbewerblichen Bedingungen kaum ausreichend Investitionsanreize bieten. Zunächst ist hier festzuhalten, dass ökonomisch betrachtet, in diesem Fall zur Sicherstellung entsprechender Investitionsanreize eine temporäre Monopol-

stellung der Infrastrukturinvestoren durchaus wünschenswert wäre.<sup>42)</sup> Zu verweisen ist hier auf die Argumente von Joseph Alois Schumpeter, der die Bedeutung von Pioniergewinnen für die Investitions- und Innovationsaktivitäten ausführlich dargelegt hat.<sup>43)</sup> Können Investoren aber zum Beispiel aufgrund einer national einheitlichen Preissetzung oder aufgrund regulatorischer Vorgaben in Regionen mit hohen Kosten und hohen Risiken keine entsprechend hohen Preise realisieren, dann können Kooperationen durch Kosten- und Risikoteilung Investitionen sicherstellen. Zu berücksichtigen ist

37) Vgl ErwGr 55 der Better RegulationRL und Art 8 Abs 5 lit d RahmenRL.

38) Ein Beispiel für dieses Vorgehen bietet das Angebot von Swiss-Com, sich an den Investitionen regionaler Stromversorger beim Aufbau von FttH-Netzen zu beteiligen; vgl zB [http://www.inside-it.ch/frontend/insideit?\\_d=\\_article&site=ii&news.id=18423](http://www.inside-it.ch/frontend/insideit?_d=_article&site=ii&news.id=18423).

39) Ein Beispiel für derartige Kooperationen ist die Kooperation von Vodafone und der Deutschen Telekom im Bereich VDSL; vgl zB Heise vom 10.07.2009, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Auftakt-fuer-VDSL-Kooperation-von-Vodafone-und-Telekom-748248.html>.

40) Gebiete, in denen nur ein Anbieter profitabel eine Infrastruktur aufbauen kann werden auch als „graue“ Flecken und Gebiete, in denen die Infrastruktur nicht profitabel installiert werden kann als „weiße Flecken“ bezeichnet, vgl bspw Commission of the European Communities 2009, Community Guidelines for the application of State aid rules in relation to rapid deployment of broadband networks. Für eine theoretische Analyse vgl Tommaso Valletti, Pedro P. Barros und Steffen Hoernig, Universal Service and Entry: The Role of Uniform Pricing and Coverage Constraints, JRE 2002, 21 (2), 169ff oder Georg Götz, Competition, Regulation, and Broadband Access to the Internet, MAGKS Discussion Paper No. 24, 2009.

41) Nach dem ErwGr 55 der Better RegulationRL können diese Bedingungen „von Umfang oder Geltungsdauer des Vertrags abhängige Preissetzungsvereinbarungen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht beinhalten, sofern diese Vereinbarungen keine diskriminierenden Auswirkungen haben.“

42) Siehe zB Götz (FN 40). Die Argumentationen verläuft hier analog zum Patent- und Urheberrecht: Die Aussicht auf temporäre Monopolgewinne verleitet die Unternehmen dazu auch größere Risiken einzugehen. Vgl idZ auch die Entscheidung des Supreme Court of the United States, Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP vom 13.01.2004, in der ua Folgendes festgehalten wird: „*The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.*

*Firms may acquire monopoly power by establishing an infrastructure that renders them uniquely suited to serve their customers. Compelling such firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities. Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing – a role for which they are ill-suited. Moreover, compelling negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion.“*

43) Vgl Joseph Alois Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, 1942.

hier auch das regulatorische Risiko, dem Investoren insbesondere im Fall einer Monopolstellung ausgesetzt sind. Da sich Politik und Regulatoren typischerweise nicht langfristig binden können, besteht die Gefahr, dass nach der Investition und bei einer positiven Marktentwicklung eine striktere Zugangsregulierung eingeführt wird, welche das ex ante Risiko (und möglicherweise irreversible Kosten) nicht ausreichend berücksichtigt. Kooperationen mildern dieses Problem deutlich ab.

Kooperationen zwischen potentiellen Wettbewerbern könnten allerdings zu Einschränkungen des Wettbewerbs führen.<sup>44)</sup> Dabei scheinen Kooperationen von Wettbewerbern, die auf Basis der gleichen Infrastruktur anbieten, wenig bedenklich. Kritischer ist hier möglicherweise eine Kooperation von potentiellen Infrastrukturwettbewerbern, zB einem Telefonfestnetz- und einem Kabelnetzbetreiber, zu sehen.<sup>45)</sup>

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass es gerade im Sinne der alternativen Netzbetreiber und im Hinblick auf die Förderung von Investitionen eine hinreichende Spreizung zwischen den verschiedenen Instrumenten geben muss. Die Zugangswerber, die erhebliches unternehmerisches Risiko tragen wollen, profitieren von „*risk-sharing*“-Modellen, bei denen ihnen durch an das übernommene Risiko angepasste Zugangskonditionen kein Nachteil gegenüber Unternehmen entsteht, die nicht an der Investition und damit auch nicht am damit verbundenen Risiko direkt beteiligt sind. Vergleichbares gilt für Kooperationsvereinbarungen, wobei die beteiligten Unternehmen in diesem Fall ja das gesamte Investitionsrisiko tragen.

Vor diesem Hintergrund ist aus ökonomischer Sicht Folgendes empfehlenswert:

- a) Bei der Abwägung zwischen der Förderung des (Dienstleistungs-)Wettbewerbs einerseits und der Schaffung ausreichender Investitionsanreize sollte aufgrund der positiven Externalitäten von Investitionen in Telekommunikationsinfrastrukturen die Gewährleistung ausreichender Investitionsanreize besonders beachtet werden.
- b) Die Einführung einer Risikoprämie im Rahmen der Zugangsentgelte kommt als Maßnahme zur Förderung von Investitionen in jenen Gebieten in Betracht, in denen das Investitionsrisiko überschaubar scheint und signifikante Investitionen auch ohne zusätzliche Anreize absehbar sind. Durch die ex post Verringerung der Risikoasymmetrie zwischen investierenden und später eintretenden Unternehmen können Investitionsvorhaben jedoch beschleunigt und gesamtwirtschaftliche Gewinne erzielt werden.
- c) Die Einführung einer Risikoprämie alleine ist nicht ausreichend um Investitionsanreize in allen Gebieten zu schaffen, so dass der Einsatz von „*risk-sharing*“-Modellen wünschenswert ist. Vorstellbar wäre das Angebot eines Menüs an Verträgen durch das investierende Unternehmen vor Abschluss der Investition, die unterschiedliche Laufzeiten, Abnahmemengen oder Anfangszahlungen und entsprechend angepasste Zugangsentgelte enthalten. Solche Verträge

müssen allerdings zu einer unterschiedlichen Behandlung der Betreiber führen, weil die jeweilige Risikoübernahme durch entsprechend niedrigere Zugangsentgelte angerechnet wird.

- d) Zum Aufbau neuer Infrastrukturen erscheinen Kooperationen zwischen Unternehmen insbesondere im Hinblick auf die Abdeckung von dünn besiedelten Gebieten sinnvoll und in vielen Fällen wettbewerblich unbedenklich.

### 3.3. Vereinbarungen zur Risikodiversifizierung

Art 8 Abs 5 lit d RahmenRL bestimmt die Zulässigkeit von „*verschiedenen Kooperationsvereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangswerbern*“. Dabei ist allerdings weiterhin „*der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung*“ zu wahren.

Aus rechtlicher Sicht ist daher in diesem Spannungsfeld von den nationalen Regulierungsbehörden ein Ausgleich zwischen den Interessen aller Anbieter zu finden – dies insbesondere im Fall von Bottleneck-Ressourcen oder Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Da ansonsten der neu formulierte Regulierungsgrundsatz unterlaufen werden würde, ist uE davon auszugehen, dass nach dem neu formulierten Regulierungsgrundsatz auch bei Bottleneck-Ressourcen und/oder Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Vereinbarungen zur Risikodiversifizierung grundsätzlich zulässig sind, sofern „*der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden*“.<sup>46)</sup> Dies könnte zB dadurch geschehen, dass grundsätzlich jedem Marktteilnehmer der Eingang einer solchen Kooperationsvereinbarung angeboten wird bzw anzubieten ist oder die Vereinbarungen vorab einer Überprüfung durch die Regulierungsbehörde unterzogen werden.

Da nach der RahmenRL „*verschiedene Kooperationsvereinbarungen*“ zulässig sein sollen, ist uE davon auszugehen, dass sowohl Risikobeteiligungsverträge („*risk-sharing*“-Modelle) als auch Kooperationsvereinbarungen zum Aufbau von Infrastrukturen zulässig sind.

Die Zulässigkeit von Kooperationsvereinbarungen ist im TKG 2003 nicht vorgesehen. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen besteht zwar grundsätzlich Vertragsfreiheit auch hinsichtlich solcher Vereinbarungen. Diese Vertragsfreiheit wird jedoch, insbesondere bei Unternehmen mit beträchtlicher Markt-

44) Vgl Kühling, Heimeshoff und Schall (FN 36: S 20ff).

45) Beispielsweise sieht die deutsche Bundesnetzagentur Kooperationen zwischen Wettbewerbern der Deutschen Telekom AG generell als unkritisch, während Kooperationen zwischen der DTAG und Wettbewerbern einer Prüfung unterzogen werden sollten; vgl BNetzA, Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, 2009, S.13. Insbesondere die Kooperationen zwischen Infrastrukturwettbewerbern, wie bspw. der DTAG und Vodafone als größtem Mobilfunkbetreiber, sollten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kritisch überprüft werden.

46) Art 8 Abs 5 lit d letzter Satz RahmenRL.

macht, durch das Wettbewerbsrecht<sup>47)</sup> und den Grundsatz der Nichtdiskriminierung<sup>48)</sup> weitgehend eingeschränkt.

Die durch Kooperationsvereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos bedingte Ungleichbehandlung von Marktteilnehmern beim Zugang nach (!) Abschluss einer solchen Vereinbarung korrespondiert auch mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz.<sup>49)</sup> Die rechtliche Differenzierung gegenüber Investoren korrespondiert nämlich mit den tatsächlichen Unterschieden (Kapitaleinsatz der Investoren und das damit verbundene Risiko) und ist daher nicht nur sachlich gerechtfertigt (nämlich zur Förderung der Infrastruktur),<sup>50)</sup> sondern auch ökonomisch geboten.

Vor allem im Hinblick auf die Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach § 38 TKG 2003 sowie die Verpflichtungen zur Entgeltkontrolle und der Kostenrechnung für den Zugang nach § 42 TKG 2003, die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden können, ist es uE erforderlich, die Zulässigkeit von Kooperationsvereinbarungen ausdrücklich vorzusehen. Im Hinblick auf die ökonomischen Ausführungen oben sollten dabei sowohl Risikobeteiligungsverträge („risk-sharing“-Modelle) als auch Kooperationsvereinbarungen beim Aufbau von Infrastrukturen explizit für zulässig erklärt werden.

Damit der Investor und der Zugangswerber Rechtssicherheit über die von ihnen abgeschlossenen bzw abzuschließenden Vereinbarungen haben, empfehlen wir, vorzusehen, dass die Zulässigkeit der konkreten Vereinbarungen auf diesbezüglichen Antrag im Vorhinein von der Regulierungsbehörde dahingehend geprüft werden muss, ob sie mit den europäischen und nationalen Bestimmungen vereinbar sind.

Aufgrund der parallelen Anwendung von sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht im Kommunikationssektor in der Praxis und der immanenten Relevanz der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit solcher Vereinbarungen empfehlen wir, auch in diesem Zusammenhang die BWB und den Bundeskartellanwalt einzubinden. Widrigenfalls würde die aus telekommunikationsrechtlicher Sicht intendierte Rechtssicherheit durch die (nachprüfende) Kontrolle der Wettbewerbsbehörden bzw Kartellgerichte unterlaufen.

### 3.4. Berücksichtigung von Investitionsrisiken (Risiko-prämie)

Hinsichtlich der Zugangsbedingungen sollen nach dem ErwGr 57 zur Better RegulationRL die nationalen Regulierungsbehörden bei der Auferlegung von Maßnahmen zur Preissteuerung dafür sorgen, dass die Investoren eine angemessene Rendite erhalten, insbesondere bei neuen Investitionsprojekten. Der europäische Gesetzgeber anerkennt in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass dabei insbesondere bei neuen Zugangsnetzen Risiken bestehen können, wenn sie zur Bereitstellung von Produkten dienen, für die die Nachfrage zum Zeitpunkt der Investition ungewiss ist.<sup>51)</sup> Die Zugangsbedingungen zu neuen und verbesserten Infrastrukturen selbst sollten die der Investitionsentscheidung zugrundeliegenden Um-

stände widerspiegeln, zu denen insbesondere die Aufbaukosten, die voraussichtliche Inanspruchnahme der neuen Produkte und Dienstleistungen und die voraussichtlichen Endkunden-Preisniveaus gehören.

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen bestimmt der generelle Regulierungsgrundsatz des Art 8 Abs 5 lit d RahmenRL, dass „*bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird*“.<sup>52)</sup>

In diesem Zusammenhang sind weiters auch die Änderungen in Art 13 ZugangsRL, der die spezifische Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht regelt, von Relevanz. Danach können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, die ihre Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten, hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle auferlegt werden. Durch die Änderungen der Better RegulationRL wird dabei im Vergleich zur bisherigen Fassung dieses Artikels die Berücksichtigung von Investitionen in NGN vorgegeben: „*Um zu Investitionen der Betreiber auch in Netze der nächsten Generation anzuregen, tragen die nationalen Regulierungsbehörden den Investitionen des Betreibers Rechnung und ermöglichen ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital, wobei gegebenenfalls die spezifischen Risiken im Zusammenhang mit einem bestimmten neuen Netzprojekt, in das investiert wird, zu berücksichtigen sind.*“<sup>53)</sup>

Hieraus geht zunächst klar hervor, dass bei den Investitionen in NGN die spezifischen Risiken zu berücksichtigen sind. Die Verzinsung des investierten Kapitals muss umso höher sein, je höher das Risiko der Investition, dh des Geschäftsmodells oder des jeweiligen Dienstes, ist (Risikoprämie). Aufgrund der vorliegenden tiefgreifenden Unsicherheit, insbesondere im Hinblick auf die Güternachfrage, gilt hier, dass die angemessene Rendite im Sinn einer Eigenkapitalverzinsung nicht einfach dem risikobereinigten Zinssatz entspricht, wie er zum Beispiel auf Basis des sogenannten Capital Asset Pricing Modells (CAPM) abgeleitet werden kann.<sup>54)</sup> Jedenfalls ist auch der sogenannte Optionswert zu berücksichtigen, der sich aus der in Anbetracht der Nachfrageunsicherheit ergebenden asymmetrischen Risikoverteilung zwischen Investoren und Zugangssuchenden

47) Vgl insb das Kartellverbot nach § 1 KartG 2005 und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 5 KartG 2005.

48) Vgl die Gleichbehandlungsverpflichtung nach Art 10 ZugangsRL bzw § 38 TKG 2003.

49) Art 7 Abs 1 B-VG.

50) Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 762.

51) ErwGr 57 der Better RegulationRL.

52) Unterstreicherung durch Verfasser.

53) Art 13 Abs 1 letzter Satz ZugangsRL.

54) Das CAPM wird in der österreichischen Regulierungspraxis zur Bestimmung der Kapitalkosten verwendet. Siehe dazu zB RTR-GmbH, Kommunikationsbericht 2001 136.

ergibt.<sup>55</sup>) Bei sehr riskanten Projekten, also bei solchen die in Anbetracht der bestehenden Nachfrageunsicherheit aufgrund eines ungünstigen Verhältnisses zwischen Marktpotential und Investitionskosten mit hoher Wahrscheinlichkeit unrentabel werden, tritt ein noch fundamentaleres Problem auf. Das Risiko kann sinnvoll bestenfalls durch Kooperationen oder „risk-sharing“-Verträge, nicht aber durch Risikozuschläge auf eine wie auch immer bestimmte risikobereinigte Rendite kompensiert werden.

Da Art 8 Abs 5 lit d RahmenRL ausdrücklich auf „jegliche“ Zugangsverpflichtung abzielt, ist davon auszugehen, dass das Investitionsrisiko nicht nur bei Zugangsverpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, sondern allgemein bei der Festlegung von Zugangsbedingungen zu berücksichtigen ist. Insbesondere können die von den nationalen Regulierungsbehörden festzulegenden Bedingungen auch vom Umfang oder der Geltungsdauer abhängige Preisfestsetzungsvereinbarungen beinhalten.<sup>56</sup>)

In jedem Fall ist das Investitionsrisiko uE nach den europarechtlichen Vorgaben unabhängig davon zu berücksichtigen, ob eine Kooperationsvereinbarung zur Risikodiversifizierung vorliegt oder nicht.<sup>57</sup>) Die Kooperationsvereinbarungen sollen ja zu einer Teilung des Risikos führen, welches für die Vertragspartner in Summe jedoch (auch betreffend die Summe des eingesetzten Kapitals) in derselben Höhe besteht wie im Fall, dass die Investition ohne eine solche Kooperationsvereinbarung nur von einem Anbieter getragen wird.

Bei der Erklärung der Zulässigkeit von Vereinbarungen zur Risikodiversifizierung einerseits und der Berücksichtigung des Investitionsrisikos bei der Festlegung der Zugangsentgelte (Risikoprämie) andererseits handelt es sich daher sowohl aus ökonomischer als auch aus rechtlicher Sicht um unterschiedliche Ansätze, die beide in regulatorischer Hinsicht zu berücksichtigen sind.

Aufgrund des durch die Better RegulationRL klar hervorgehobenen Grundsatzes der Vorhersehbarkeit der Regulierung<sup>58</sup>) ist in diesem Zusammenhang weiters davon auszugehen, dass die Beibehaltung der Bedingungen über mehrere Marktanalysezyklen hinweg angezeigt sein kann. Dies entspricht auch den ErwGr zur Better RegulationRL, wonach die nationalen Regulierungsbehörden befugt sein sollten, die Bedingungen für den Zugang festzulegen, die während angemessener Überprüfungszeiträume kohärent bleiben, damit die Investoren Planungssicherheit haben.<sup>59</sup>)

Im geltenden TKG 2003 ist zwar allgemein als Ziel der Regulierung die „Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie die Sicherstellung von bestehenden und zukünftigen Investitionen in Kommunikationsnetze und -dienste durch Berücksichtigung der Kosten und Risiken“ festgehalten,<sup>60</sup>) doch wird in Folge nur im Rahmen der Auferlegung von Verpflichtungen nach § 41 Abs 3 TKG betreffend den Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen klargestellt, dass auf die „Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken“ Bedacht zu nehmen ist. Bei den Investitionen, auf die die

adaptierten Regulierungsgrundsätze der RahmenRL abzielen, handelt es sich jedoch primär um solche für „neue und verbesserte Infrastrukturen“<sup>61</sup>) und somit nicht (bloß) um Anfangsinvestitionen im eigentlichen Sinn. Diesbezüglich sollte uE jedenfalls eine Klarstellung im nationalen Recht erfolgen.

Weiters ist derzeit auch nicht klar festgelegt, dass bei Investitionen in Netze der nächsten Generation die Berücksichtigung der spezifischen Risiken durch Risikozuschläge, die – abhängig von der jeweiligen Investition – über eine im Sinn des CAPM risikobereinigte Rendite im Sinn einer Eigenkapitalverzinsung hinausgehen, zu erfolgen hat („Risikoprämie“). Diesbezüglich ist uE eine Klarstellung empfehlenswert.

Darüber hinaus ist im Rahmen der allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung nach §§ 48f TKG 2003 eine Bedachtnahme auf die Investitionsrisiken nicht vorgesehen. Da jedoch nach den Vorgaben der RahmenRL bei „jeglicher“ Zugangsverpflichtung auf das Investitionsrisiko Bedacht zu nehmen ist, ist dies uE auch explizit im TKG 2003 zu verankern.

#### 4. Zusammenfassung

Ein Hauptanliegen des Review ist die Weiterentwicklung von elektronischen Kommunikationsdiensten und -netzen. Der europäische Gesetzgeber anerkennt die hierfür notwendige Planungs- und Investitionssicherheit und normiert dazu einerseits den Grundsatz der Vorhersehbarkeit der Regulierung und andererseits verlängerte Regulierungszyklen.

Daneben ergänzt der europäische Gesetzgeber den bereits bestehenden Grundsatz der Förderung von Investitionen durch die Vorgabe, dass einerseits dem Risiko der investierenden Unternehmen bei Zugangsverpflichtungen Rechnung zu tragen ist und andererseits verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zulässig sein müssen. Aus ökonomischer Sicht kann die asymmetrische Risikoallokation bei Investitionen in Infrastrukturen insbesondere durch Risikoprämien bei der Berechnung der Zugangsentgelte, „risk-sharing“-Modelle, bei denen nicht investierende Unternehmen durch entsprechende Zugangsbedingungen einen Teil des Risikos übernehmen, und Kooperationen beim Bau neuer Infrastrukturen vermindert werden. Um wie vom europäischen Gesetzgeber gefordert, ausreichende Investitionsanreize zu schaffen, bedarf es der parallelen Anwendung dieser drei Ansätze und einer entsprechenden Umsetzung im TKG 2003.

55) Zur Bedeutung und Bestimmung dieses Optionswertes siehe zB Jerry A. Hausman, Valuing the effect of regulation on new services in telecommunications, Brookings papers on economic activity 1997, 1ff, oder, mit detaillierter Diskussion der österreichischen Regulierungspraxis Clemenz und Götz (FN 33).

56) Vgl ErwGr 55 der Better RegulationRL.

57) Zu diesen Kooperationsvereinbarungen siehe oben Punkt 3.3.

58) Siehe oben Punkt 2.2.

59) Vgl ErwGr 55 der Better RegulationRL.

60) § 1 Abs 2 Z 2 lit c TKG 2003.

61) Vgl ErwGr 55 der Better RegulationRL.