



Positionspapier - Infrastructure Sharing in Mobilfunknetzen

Stand: 28.5.2018

Telekom-Control-Kommission (TKK)

bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)

Mariahilfer Straße 77–79
1060 WIEN, ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191

FN 208312t, HG Wien
DVR-Nr.: 0956732

Zusammenfassung der Kernaussagen

Zulässigkeit von Kooperationen

- Passives Sharing
 - Wettbewerbliche Bedenken sind bei passivem Sharing bis zu 50% mit einem Partner unwahrscheinlich
 - keine quantitative Grenze bei zukünftigen Rollouts
- Backhaul
 - allenfalls in Gesamtbetrachtung des Wettbewerbs zu berücksichtigen
- Aktives Sharing
 - Trennung zwischen Versorgungsaufgabe und Verpflichtung zu eigenem Infrastrukturausbau ermöglicht mehr aktives Sharing mit gewissen Einschränkungen
 - Verbot von aktivem Sharing im Freien in Wien, Graz und Linz als große, sehr dicht besiedelte Gebiete
 - in anderen Bereichen wettbewerbsrechtliche Einzelfallprüfung
 - Überlassung von Spektrum möglich (§ 56 TKG Verfahren)
 - Berichts- und Auskunftspflichten über aktives Sharing

Möglichkeiten für verstärkte Kooperationen

- Nicht-Replizierbarkeit als begründete Ausnahme vom Verbot aktiven Sharings
- Zugangsverpflichtung: aktives Sharing ist auch außenstehenden Dritten auf Nachfrage anzubieten:
 - Bei nicht-replizierbaren aktiven Teilen, für die die Ausnahme vom Verbot in Anspruch genommen wird (Wien, Graz, Linz)
 - Bei Sharing von nicht replizierbaren aktiven Teilen des Zugangsnetzes zur indoor Versorgung von innen im gesamten Bundesgebiet
- Sharing von Legacy-Technologien
 - Wettbewerbsrechtliche Einzelfallprüfung
 - 10% bzw 3% Anteil der Legacy-Technologie am Verkehrsvolumen der Dienstleistung als Schwelle für 3 auf 2 bzw 2 auf 1 Reduktion

Unterstützung eines Markteintritts

- Förderung von Neueinsteigern oder MVNOs bei Vergaben möglich
- Regeln dieses Positionspapiers gelten nicht für Kooperationen von oder mit Neueinsteigern

Positionspapier bezieht sich auf Vergaben im Spectrum Release Plan 2016

I. Einleitung und Hintergrund

Der Wettbewerb treibt die Entwicklung des Mobilfunks und gewährleistet dadurch die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen. Gleichzeitig ermöglichen der gemeinsame Aufbau und die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastruktur („Infrastructure Sharing“) eine Netzabdeckung zu geringeren Kosten. Gemeinsame Infrastruktur kann die Wettbewerbsanreize und Entscheidungsfreiheit der einzelnen Mobilfunkbetreiber und damit den Wettbewerb einschränken. Ziele des TKG 2003 sind sowohl Schaffung von preiswerter, moderner Infrastruktur als auch funktionsfähiger Wettbewerb. Es kann somit ein Zielkonflikt zwischen diesen unterschiedlichen Zielsetzungen des TKG 2003 vorliegen.

Vor diesem Hintergrund hat die Telekom-Control-Kommission (TKK) im Jahr 2002 erstmals ein Positionspapier zu Infrastructure Sharing zum Aufbau der 3G-Netze veröffentlicht. 2011 wurde das Papier vor dem Hintergrund der technologischen und wirtschaftlichen Veränderungen und den Herausforderungen einer weitergehenden Versorgung überarbeitet.

Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Positionspapiers (und seit dem Zusammenschluss zweier Betreiber im Jahr 2012) sind drei Betreiber mit eigener Mobilfunkinfrastruktur (MNOs) in Österreich aktiv. Virtuelle Mobilfunkbetreiber (MVNOs) beziehen Vorleistungsangebote von MNOs und verstärken den Wettbewerb am Endkundenmarkt. Diese gegenüber 2011 veränderte Marktstruktur, aber auch anstehende Frequenzvergaben¹ sowie insbesondere die technologische Entwicklung hin zu den Mobilfunkstandards der fünften Generation machen eine Überarbeitung des Positionspapiers aus dem Jahr 2011 erforderlich. Der Mobilfunk der fünften Generation soll unter anderem deutlich höhere Bandbreiten, mehr Flexibilität in der Bereitstellung von Diensten, kürzere Reaktionszeiten sowie die Möglichkeit der intensivierten Anbindung vieler Geräte („Internet of Things“) mit sich bringen. Dies erfordert – neben zusätzlichen Frequenzen – insbesondere Investitionen in weitere Standorte und schnelle Backhaul-Anbindungen.

Vor diesem Hintergrund soll die Position der TKK für die anstehenden Vergaben der Frequenzen und deren anschließender Nutzung dargelegt werden. Sie soll

- den Mobilfunkbetreibern einen möglichst klaren rechtlichen Rahmen für die anstehenden Vergaben und die damit verbundenen Investitionen geben,
- passives Sharing für zukünftige Rollouts erleichtern,
- das notwendige Mindestmaß an Infrastrukturwettbewerb absichern,
- darstellen, wie die Versorgungsziele mit Mobilfunkdiensten Kooperationen nicht ausschließen,
- einen Rahmen für wettbewerbskonforme Kooperationen bei aktiver Infrastruktur schaffen, wenn eine Replikation nicht möglich ist,

¹ Spectrum Release Plan. Zeitplan zu künftigen Frequenzvergaben, RTR, Dezember 2016, <https://www.rtr.at/de/tk/FRQplan>

- effizientere Nutzung von Spektrum durch Kooperationsmöglichkeiten bei auslaufenden Technologien ermöglichen sowie
- gegebenenfalls den Wettbewerb durch neue MNOs und MVNOs fördern.

Davon unabhängig können sich Beschränkungen der Kooperationsmöglichkeiten aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht ergeben. Zusätzlich ist bei der Überlassung von Spektrum im Rahmen der Genehmigung eine wettbewerbliche Prüfung durch die TKK erforderlich.

II. Rechtlicher und wirtschaftlicher Rahmen

a. Ziele und Instrumente der Regulierung

Ziele der Regulierung

Die TKK und deren Geschäftsstelle, die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH, zusammengefasst: die Regulierungsbehörde), haben den gesetzlichen Auftrag, eine Versorgung Österreichs mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen durch Förderung des Wettbewerbs sicherzustellen. Die Regulierung soll dazu dienen, bestehende Infrastruktur und Frequenzen effizient zu nutzen und effiziente Investitionen in Infrastruktur und Innovationen zu fördern.

Im Rahmen der Regulierung zur Verfügung stehende Mittel

Der Regulierungsbehörde stehen mehrere regulatorische Mittel zu Erreichung dieser Ziele zur Verfügung:

- Im Rahmen der Zuteilung eines Frequenznutzungsrechts können nach § 55 Abs 10 iVm § 47 Abs 2 Z1 TKG 2003 Pflichten in den Nebenbestimmungen auferlegt werden, um regulatorische Ziele zu erreichen. Im Rahmen dieser Pflichten kann auch Neueinsteigern befristet Zugang zu den Mobilfunknetzen bestehender Betreiber gewährt werden.
- Die Mitbenützung passiver Infrastruktur ist nach § 8 Abs 2 TKG 2003 zu ermöglichen.
- Die Überlassung von Frequenzen erfordert eine regulatorische Genehmigung nach § 56 TKG 2003. Insbesondere ist auch die Auswirkung auf den Wettbewerb zu prüfen. Gegebenenfalls ist die Überlassung zu untersagen oder nur unter Auferlegung von Nebenbestimmungen zu genehmigen.

b. Rolle des allgemeinen Wettbewerbsrechts

Die Regulierungsbehörde prüft gemäß § 127 TKG 2003 Sachverhalte auch nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und stellt gegebenenfalls Anträge an das Kartellgericht. Überdies ist sie nach § 46 KartG 2005 berechtigt, Stellungnahmen in Verfahren im Telekomsektor abzugeben. Die Orientierungshilfe hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Aspekte in diesem Papier basiert auf diesen Kompetenzen

der Regulierungsbehörde und den übergeordneten regulatorischen Grundsätzen des § 1 TKG 2003.

Jedoch sind die allgemeinen Wettbewerbsbehörden für die ex-post Überwachung² des Wettbewerbs zuständig und verfügen über entsprechende Sanktionsmöglichkeiten. Die Regulierungsbehörde kann daher und entsprechend § 2 Abs 4 TKG 2003 deren Entscheidungen nicht vorgeifen. Sie kann aber initiativ werden oder zu Entscheidungen beitragen. Das vorliegende Positionspapier trägt diesen Umständen Rechnung.

Rolle des Wettbewerbs im Mobilfunk

Der Wettbewerbsdruck durch andere Anbieter ist das zentrale Steuerungselement, das die Mobilfunkbetreiber antreibt, ihr Angebot laufend zu verbessern, Kosteneinsparungen zu realisieren, Investitionen zu tätigen und die Kosteneinsparungen und den Zusatznutzen auch an die Konsumenten weiterzugeben.

Wettbewerb in unterschiedlichen zeitlichen Dimensionen

Bei der Beurteilung des Wettbewerbs sind unterschiedliche zeitliche Dimensionen in Erwägung zu ziehen. Das betrifft

- den relativ unmittelbaren und kurzfristigen Wettbewerb bei der Gestaltung eines konkreten Angebots hinsichtlich Preis, Qualität der Dienste, Bandbreite, Datenvolumen und ähnlichen Parametern,³
- die mittelfristigen Entscheidungen etwa über den Ausbau des Mobilfunknetzes und die Ausweitung der Kapazität, die Erhöhung des geographischen Versorgungsgrades oder die Verbesserung der Qualität (etwa Erhöhung der Bandbreite oder Erhöhung der Ausfallsicherheit) sowie
- die langfristigen Entscheidungen über den Eintritt in einen Markt und den Erwerb von Spektrum.

Die Aussicht, gewinnbringenden Absatz zu schützen oder zu erhöhen, indem den Kunden größerer Nutzen (etwa durch eine bessere Versorgung) oder aufgrund von Effizienzsteigerungen ein günstigeres Angebot zur Verfügung gestellt wird, treibt die Investitionen und stellt einen zentralen Anreiz zum Auf- und Ausbau von Mobilfunkinfrastruktur dar. Je größer der eigene Marktanteil, desto geringer ist der Anreiz, solche Investitionen zu tätigen, um zusätzliche Kunden von anderen Wettbewerbern hinzuzugewinnen. Je kleiner der Wettbewerbsdruck anderer, desto geringer ist der Anreiz durch Investitionen und bessere Angebote die bestehenden Kunden zu halten.

² Eine Ausnahme bildet die ex-ante Überprüfung im Rahmen der Fusionskontrolle.

³ Der kurzfristige Wettbewerb umfasst auch MVNOs.

Wettbewerb versus Skaleneffekte bei Kooperationen

Voneinander unabhängige Mobilfunkinfrastrukturen ermöglichen Wettbewerb unabhängig von anderen MNOs. Gleichzeitig sind der gemeinsame Aufbau und der gemeinsame Betrieb von Mobilfunkinfrastruktur in vielen Bereichen mit Einsparungen gegenüber mehreren Infrastrukturen verbunden. Es gibt – insbesondere in Gebieten mit geringer Nutzung – vergleichsweise hohe Skaleneffekte im Mobilfunk. Aufgrund dieser Kostenstruktur ist der Mobilfunk ein Oligopol mit nur wenigen Teilnehmern.

Bewertungsmaßstab für den Wettbewerb nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht

Kooperationsvereinbarungen können zur Entstehung oder Verstärkung der Marktmacht einzelner Betreiber, der Kooperationspartner oder aller Marktteilnehmer (Kollusion) in kurzer, mittlerer oder langer Frist führen und den Eintritt oder die Expansion der Wettbewerber (einschließlich MVNOs) ver- oder behindern.

Nach Art 101 Abs 1 AEUV sind Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken, verboten. Art 101 Abs 3 AEUV enthält eine Ausnahme zum Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen. Daher ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Vereinbarung zwischen MNOs einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck oder eine tatsächliche oder mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung nach Art 101 Abs 1 AEUV hat. In einem zweiten Schritt – der nur zum Tragen kommt, wenn eine Vereinbarung den Wettbewerb beschränkt – ist daher eine Abwägung zwischen den Wettbewerbsbeschränkungen und den wettbewerbsfördernden Wirkungen im Rahmen von Art 101 Abs 3 AEUV vorzunehmen. Die Beweislast obliegt den Unternehmen, die sich auf die Ausnahmeregelung nach Art 101 Abs 3 AEUV berufen.⁴

Die Prüfung nach Art 101 AEUV erfolgt unbeschadet einer etwaigen parallelen Anwendung des Art 102 AEUV auf horizontale Vereinbarungen.

Das österreichische Kartellgesetz (§§ 1 ff KartG 2005) ist parallel anwendbar.

Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV

Bei der Beurteilung, ob eine Vereinbarung in der Mobilkommunikation den Wettbewerb beschränkt, sind folgende Wettbewerbsdimensionen und wettbewerbliche Prämissen besonders zu beachten:

- der kurzfristige Wettbewerb den Endkunden gegenüber,
- der mittel- und langfristige Wettbewerb, insbesondere die Vermeidung von irreversiblen Investitionen und die Aufrechterhaltung von Anreizen und

⁴ Siehe auch: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2011/C 11/01), im Weiteren „Horizontale Leitlinien 2011“; Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (Text von Bedeutung für den EWR), Amtsblatt Nr. C 101 vom 27/04/2004 S. 0097 - 0118

Möglichkeiten zu autonomen Entscheidungen (unabhängig von bestehenden Kooperationen), beispielsweise hinsichtlich der Erschließung neuer Standorte,

- die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung: Der Austausch strategischer Informationen sowie die signifikante Angleichung der variablen Kosten kann die Wahrscheinlichkeit einer Koordination im kurzfristigen Wettbewerb und/oder bei Infrastrukturinvestitionen erhöhen.

Jegliche Kooperation bei Infrastructure-Sharing zwischen MNOs erfordert eine Prüfung, ob die Möglichkeit, untereinander Wettbewerb auszuüben, oder die unabhängige Entscheidungsfindung beschränkt wird. Darüber hinaus können Kooperationsvereinbarungen auch Bedenken einer wettbewerbsbeschränkenden Abschottung erzeugen, insbesondere gegenüber MVNOs.

Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen einer Produktionsvereinbarung sind unwahrscheinlich, wenn die Parteien der Vereinbarung auf dem Markt, für den eine Wettbewerbsbeschränkung geprüft wird, keine Marktmacht haben.⁵ Jedoch besitzen die drei MNOs auf den österreichischen Märkten für die Mobilfunkdienstleistungen für Endkunden, für den Zugang und die Originierung von Anrufen auf öffentlichen Mobilfunknetzen, für internationales Roaming sowie für die Terminierung von mobilen Anrufen in der Regel Marktmacht. Wenn diese Märkte betroffen sind, ist es daher unwahrscheinlich, dass beschränkende Wirkungen schon allein aufgrund des Fehlens von Marktmacht bei einem der drei MNOs ausgeschlossen werden können.

Die Prüfung, ob eine Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, hat im Vergleich zum Wettbewerb, der ohne die Vereinbarung und sämtliche damit verbundenen mutmaßlichen Beschränkungen stattfindet, zu erfolgen. Die bestehende eigene Infrastruktur jedes MNOs ist bei der Frage zu berücksichtigen, ob ein MNO in der Lage ist, das Projekt oder die Tätigkeit, das/die Gegenstand der Vereinbarung ist, unabhängig auszuführen.

Prüfung von Kooperationen mit einer festgestellten Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen von Art 101 Abs 3 AEUV

Wenn eine Vereinbarung eine Beschränkung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV enthält, ist eine Analyse im Rahmen von Art 101 Abs 3 AEUV anwendbar. Für die entsprechende Analyse ist die Prüfung der vier Kriterien des Art 101 Abs 3 AEUV erforderlich:

- Effizienzgewinne
- Unerlässlichkeit
- Weitergabe an die Verbraucher
- Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

⁵ Marktmacht ist nicht mit beträchtlicher Marktmacht gleichzusetzen. Siehe Absatz 168-173 der Horizontalen Leitlinien, 2011

Die Ausnahmeregelung von Art 101 Abs 3 AEUV gilt nur, wenn die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind.⁶

III. Aufbau eines Mobilfunknetzes und Definitionen

Um Kooperationen im Mobilfunk für die Regulierung zu bewerten, ist es notwendig, die wesentlichen Teile eines Mobilfunknetzes für die Zwecke der Regulierung abzugrenzen. Kennzeichnend für den Mobilfunk ist die Anbindung der (über die SIM-Karte identifizierten) Endgeräte per Funk an das Zugangsnetz. Eine möglichst flächendeckende Versorgung mit Funkzellen ist die Grundlage des Mobilfunknetzes. Das Zugangsnetz wird über den Backhaul an das Kernnetz angebunden. Das Kernnetz steuert die Verbindungen der Endgeräte zum Zugangsnetz und stellt auch die Verbindung zu anderen Netzen her.⁷ Im Folgenden wird auf die einzelnen Komponenten des Zugangsnetzes genauer eingegangen.

a. Definition der passiven Teile des Zugangsnetzes

Passive Teile des Zugangsnetzes sind im Wesentlichen alle Teile, die ohne elektrische Energie betrieben werden. Die gemeinsame Nutzung dieser Teile wird als passives Sharing bezeichnet; im Regelbetrieb besteht durch passives Sharing kein unmittelbarer Einfluss auf die wesentlichen Parameter im kurzfristigen Wettbewerb. Zu den passiven Teilen gehören unter anderem die Masten auf den entsprechenden Standorten sowie andere Antennentrageeinrichtungen (etwa auf Hausdächern). Die Energieversorgung selbst sowie eine Behausung fallen ebenfalls darunter. Eine eventuelle Klimatisierung oder etwa eine Beleuchtung – als Teil der Behausung – wäre trotz notwendiger Energieversorgung aufgrund des mangelnden wettbewerblichen Einflusses im Regelbetrieb ebenfalls ein passiver Teil. Parallele Leitungen, wie etwa Glasfaserverbindungen zwischen einzelnen Elementen des Zugangsnetzes, sind ebenfalls passive Teile des Zugangsnetzes.

b. Definition des Backhails: Verbindung zwischen Zugangs- und Kernnetz

Die Sende- und Empfangsstationen im Zugangsnetz sind an das Kernnetz über den Backhaul angebunden. Diese Anbindung kann etwa mit Richtfunk oder Glasfaser erfolgen. Glasfaser ist aufgrund der Verlässlichkeit, der hohen Bandbreite sowie der geringen Latenz für die Anforderungen der Mobilfunknetze der fünften Generation am besten geeignet, erfordert aber oftmals die Verlegung neuer Leitungen. Zwei parallele Leitungen ermöglichen jedenfalls eine jeweils unabhängige Nutzung. Die gemeinsame Nutzung einer Leitung erfordert hingegen oft eine Abstimmung und ein Mindestmaß an Informationsaustausch.

⁶ § 2 Abs (1) KartG 2005 ist parallel anwendbar.

⁷ Die Unterscheidung zwischen Zugangs- und Kernnetz orientiert sich an der funktionalen Abgrenzung der 3GPP in der aktuellen Fassung (3GPP TS 23.002 V14.1.0).

c. Definition der aktiven Teile des Zugangsnetzes

Die aktiven Teile des Zugangsnetzes werden in der Regel mit elektrischer Energie betrieben und sind unter anderem für die Signalerzeugung, -verarbeitung und -verstärkung sowie die Steuerung verantwortlich. Dazu gehören unter anderem die Sender und Empfänger, die Hardware und Software, die das Funksignal erzeugt, steuert und verstärkt bzw empfängt und dekodiert, oder die elektronische Steuerung der Antennenausrichtung. Antennen, die elektrische Energie erfordern – also etwa solche mit einem elektrischen Verstärker oder einer elektrischen Steuerung der Ausrichtung – sind ein aktiver Teil. Vereinbarungen, die anderen Betreibern die Nutzung aktiver Teile erlauben (etwa National Roaming) sind in der Bewertung im Rahmen dieser Position aktivem Sharing gleichgesetzt.

d. Frequenzen

Exklusive Nutzungsrechte an Frequenzen werden Mobilfunkunternehmen zugeteilt. Der Erwerb eines exklusiven Rechts zur Nutzung eines Frequenzbereichs ist eine Voraussetzung für den eigenständigen Betrieb eines Mobilfunknetzes mit hoher Qualität.

e. Erwartete zukünftige Entwicklung der Mobilfunknetze

Die Abgrenzung zwischen Zugangs- und Kern-Netz sowie der Aufbau der Netze selbst sind über die verschiedenen Technologien und die Zeit hinweg einem Wandel unterworfen. In Zukunft sollen technologische Entwicklungen die Mobilfunkinfrastrukturbetreiber auch in die Lage versetzen, mehrere, in gewissem Ausmaß voneinander unabhängige, Funknetzwerke gleichzeitig zur Verfügung zu stellen. Jedes einzelne Funknetzwerk soll individualisierte Serviceparameter (etwa Bandbreite, Ausfallsicherheit) aufweisen und somit genau den Bedürfnissen des jeweiligen Kundensegments entsprechen und quasi ein privates Subnetz bilden oder ermöglichen. Einzelne Funktionen innerhalb des Mobilfunknetzes sollen per Software auf lokal unterschiedlichen Hardware-Einheiten ausgeführt werden können. Dadurch sollen bestimmte Serviceparameter verbessert werden können oder manche Funktionen zentral oder auf ausgelagerten Rechnern und somit kostengünstiger ausgeführt werden. Weitere absehbare technologische Veränderungen sind der Trend, mehrere Antennen parallel zu verwenden, um damit die Datenübertragungskapazität zu erhöhen oder die Versorgung zu verbessern.

Im Zuge dieser Entwicklung kann es auch zu innovativen Formen von Kooperationen bei der Mobilfunkinfrastruktur kommen, die nicht zwingend zwischen bestehenden Mobilfunkbetreibern erfolgen müssen.

IV. Zulässigkeit von Kooperationen

Bevor auf die Zulässigkeit von Kooperationen eingegangen wird, ist auf die derzeitige Absicherung des Infrastrukturwettbewerbs einzugehen.

Infrastrukturwettbewerb insbesondere durch Multibandauktion 2013 abgesichert

Die Zuteilung von Spektrum ist die Voraussetzung für den Aufbau eines Mobilfunknetzes. Im Rahmen der Vergabe strebt die Regulierungsbehörde eine Mindestanzahl an Wettbewerbern, ein Mindestmaß an mittel- und langfristig voneinander unabhängiger Infrastruktur und damit infrastrukturbasiertem Wettbewerb sowie eine weitgehende und/oder rasche Versorgung weiter Teile der Bevölkerung mit Mobilfunkdienstleistungen an. Insbesondere im Rahmen der Multibandauktion 2013 wurde durch die Nebenbestimmungen bei der Vergabe der Bänder abgesichert, dass eine weitgehende Versorgung mit selbstbetriebenem Netz zu erfolgen hat.⁸ Ein selbstbetriebenes Netz erfordert, dass jedes MNO sein Netz mit eigenem aktivem Zugangsnetz betreibt, und verbietet daher aktives Sharing. Diese auferlegte Versorgungspflicht mit selbstbetriebenem Netz ist mit der Nutzungsdauer dieser Bänder verbunden und läuft bis Ende 2029 bzw. Ende 2034.

Weiters verfügen die einzelnen MNOs über eine hohe Anzahl an Standorten und passive Infrastruktur jeweils unabhängig voneinander und sind so grundsätzlich in der Lage, Standorte und passive Infrastruktur selbst neu zu planen und zu erschließen.

a. Passives Sharing

Vor diesem Hintergrunde erwägt die Regulierungsbehörde derzeit nicht, Regeln zu passivem Sharing in die Nebenbestimmungen von Frequenzzuteilungsbescheiden aufzunehmen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist anwendbar, im Rahmen ihrer Kompetenzen gibt die Regulierungsbehörde eine Orientierungshilfe.

Derzeit verfügen alle drei MNOs bei passiver Infrastruktur über ein erhebliches Ausmaß an Unabhängigkeit und sind in der Lage, neue Standorte unabhängig von den Wettbewerbern einzurichten. Dies dient als Ausgangspunkt, wenn im Rahmen einer Bewertung einer Vereinbarung zu passivem Sharing die Erstellung eines hypothetischen Vergleichsszenarios ohne eine Vereinbarung erforderlich ist.

Für passives Sharing von bis zu 50% der bestehenden Standorte mit einem Partner ist es unwahrscheinlich, dass wettbewerbliche Bedenken bestehen. Darüber hinaus würde die Regulierungsbehörde eine Einzelfallbeurteilung anwenden.

Für zukünftige Rollouts – also die Errichtung weiterer Standorte (unabhängig von der Technologie) - gibt die Regulierungsbehörde keine zahlenmäßige Grenze für die Kooperation zweier MNOs mehr an. Die folgenden Punkte sind (unter anderem) für die Bewertung relevant, ob passives Sharing den Wettbewerb im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV beschränkt:

- Wenn eine Infrastructure Sharing Vereinbarung die daran beteiligten MNOs in ihrer Fähigkeit, einzelne Standorte unabhängig zu planen, zu entwickeln

⁸ Siehe Abschnitt 4) Versorgungspflichten in der Frequenzzuteilungsurkunde im Bescheid F 1/11-283 vom 19.11.2013, https://www.rtr.at/de/tk/F_1_11/30230_Zuteilungsurkunde_F_1_11.pdf.

und zu betreiben, beschränkt, liegt wahrscheinlich eine Beschränkung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV vor. Umgekehrt macht der Nachweis der Fähigkeit und des Anreizes, in wettbewerblicher Unabhängigkeit Mobilfunkversorgung auf- und auszubauen, es wahrscheinlicher, dass keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV vorliegt.

- Das geplante Ausmaß an unabhängigen Investitionen in passive Infrastruktur.
- Einheitliche Netzplanung, gegenseitige Andienungspflicht, verpflichtende Vorabinformation, Beschränkung des Zugangs für dritte Wettbewerber oder ähnliche Einschränkungen sind wahrscheinlich Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV.

Wenn eine Vereinbarung den Wettbewerb beschränkt, sind insbesondere die folgenden möglichen Punkte bei der Bewertung von passivem Sharing nach Art 101 Abs 3 AEUV zu beachten:

- Ausmaß des Einsparungspotentials, insbesondere in dünnbesiedelten Gebieten beim Aufbau neuer Standorte.
- Verringerte Auswirkungen auf die Umwelt und ein öffentliches Interesse an passivem Sharing.
- Schnellere Versorgung mit einer neuen Technologie bzw einem neuen Band durch die Kombination von Standorten mehrerer Betreiber.
- Schnellerer Rollout, günstigere Kosten und höhere Qualität durch die gemeinsame Anbindung eines Standorts mit Glasfaserleitungen.⁹

Eine wettbewerbsrechtlich gebotene Einschränkung von passivem Sharing widerspricht nicht der Pflicht, die Mitbenutzung eines einzelnen Antennentragemastens nach § 8 Abs 2 TKG 2003 anzubieten. Nicht die einzelne Mitbenutzung, sondern das gesamte Ausmaß an Mitbenutzung kann einen erheblichen Effekt auf den Wettbewerb haben.

b. Backhaul

Die Regulierungsbehörde erwägt derzeit nicht, Regeln zu Backhaul Sharing in die Nebenbestimmungen von Frequenzuteilungsbescheiden aufzunehmen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist anwendbar, im Rahmen ihrer Kompetenzen gibt die Regulierungsbehörde eine Orientierungshilfe.

Die gemeinsame Verlegung getrennter Leitungen (etwa zweier Glasfaserpaare) und der getrennte Betrieb (die getrennte Nutzung der Glasfasern) fallen ohnehin unter passives Sharing und die (obengenannten) entsprechenden Regeln. Bei gemeinsamer Nutzung einer Leitung sind oftmals eine Abstimmung und ein Informationsaustausch erforderlich. Dies kann in der Regel allenfalls dann problematisch werden, wenn es Auswirkungen in einer Gesamtbetrachtung des Wettbewerbs gibt. Insbesondere ist bei einem Informationsaustausch im Rahmen von Backhaul Sharing zu prüfen, ob kollusive Effekte auf andere, verbundene Märkten bestehen. Im Rahmen eines regulierten Vorleistungsangebots von Backhaul ist auch ein Mindestmaß an

⁹ Die Bewertung einer Kooperation beim Backhaul erfolgt weiter unten.

Informationsaustausch erforderlich und somit wettbewerblich akzeptiert. Dies ist bei der Bewertung zu berücksichtigen.

c. Aktives Sharing

Die Regulierungsbehörde erwägt, aktives Sharing im Rahmen der Nebenbestimmungen von Frequenzzuteilungsbescheiden nach § 55 Abs 10 iVm § 47 Abs 2 Z1 TKG 2003 zu regeln. Darüber hinaus ist das allgemeine Wettbewerbsrecht anwendbar, im Rahmen ihrer Kompetenzen gibt die Regulierungsbehörde eine Orientierungshilfe.

Auf Basis der oben angeführten Gründe geht die Regulierungsbehörde für die im Rahmen des Spectrum Release Plan 2016 anstehenden Vergaben von einem derzeit in ruralen Gebieten weitgehend abgesicherten mittelfristigen Wettbewerb aus. Sie wird daher in Erwägung ziehen, dort die Verpflichtung zur Bereitstellung von Diensten ohne eine umfangreiche eigene Mindestinfrastruktur vorzusehen.

Kein aktives Sharing in Wien, Graz und Linz als große, sehr dicht besiedelte Gebiete

In den drei größten Städten Wien, Graz und Linz als großen, sehr dicht besiedelten Gebieten ergeben sich aus Sicht der Regulierungsbehörde nur geringe Skaleneffekte bei der Errichtung und beim Betrieb gemeinsamer aktiver Teile des Zugangsnetzes für die Versorgung im Freien (inklusive der Versorgung von Gebäuden von außenliegenden Standorten aus). Daher erwägt die Regulierungsbehörde, in den Nebenbestimmungen von Frequenzzuteilungsbescheiden die Erbringungen von Dienstleistungen in Wien, Graz und Linz nur in Form jeweils eines Zugangsnetzes ohne aktives Sharing für die Versorgung im Freien (inklusive der Versorgung von Gebäuden von außenliegenden Standorten aus) zu erlauben, um so ein Mindestmaß an Infrastrukturwettbewerb sicherzustellen. Dieses Verbot gilt für Kooperationen zwischen bestehenden MNOs (auch wenn über Dritte abgewickelt), die über ein Mindestmaß an Spektrum verfügen.

Je nach Bandeigenschaften, den Vergabemodalitäten und den wirtschaftlich-technologischen Möglichkeiten und gegebenenfalls anderen Gründen, wie etwa dem Risiko von Hortung, kann die Regulierungsbehörde auch in anderen Gebieten aktives Sharing (auch zur Erfüllung von Versorgungsaufgaben) in den Nebenbestimmungen von Frequenzzuteilungsbescheiden ausschließen. Eine regionale Vergabe kann etwa ein Mindestmaß an Infrastrukturinvestitionen auf regionaler Basis erfordern, um regional eine Dienstleistungserbringung für Kunden auf wettbewerblich voneinander unabhängigen Infrastrukturen zu sichern.

Aktives Sharing wird durch Versorgungsaufgaben nicht ex-ante ausgeschlossen

Versorgungsaufgaben dienen einem expliziten Regulierungsziel, indem sie den raschen oder bestimmte Gebiete umfassenden Rollout eines neuen Bands mit entsprechender Technologie sicherstellen. Dabei kann auch die Verpflichtung zur Versorgung von Gebieten auferlegt werden, die wirtschaftlich per-se nicht rentabel sind. Ob die Versorgung nur bei Erwerb eines bestimmten Frequenzpakets oder etwa

bei Erwerb einer Mindestfrequenzmenge eines Bandes auferlegt wird, ist im Rahmen der jeweiligen Vergabe zu entscheiden.

In Gebieten, wo aktives Sharing nach dem jeweiligen Frequenzzuteilungsbescheid nicht untersagt ist – im Wesentlichen betrifft dies in der Vergabe der Frequenzen 3410-3800 MHz Kooperationen in Gebieten außerhalb von Wien, Graz und Linz sowie innerhalb dieser Gebiete bei Vorliegen von Nicht-Replizierbarkeit im Freien bzw im Indoor-Bereich – ergibt sich für die MNOs ein Entscheidungsspielraum, ob sie eine Versorgung mit jeweils eigenem aktivem Zugangnetz oder im Wege einer Infrastrukturkooperation erbringen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht bleibt dabei anwendbar – auch durch die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer Kompetenzen.

Berichts- und Auskunftspflichten über aktives Sharing

Aktives Sharing ohne die Überlassung von Frequenzen und außerhalb der Versorgung im Freien in Wien, Graz und Linz bzw. gegebenenfalls in anderen Gebieten erfordert demnach keine Genehmigung der Regulierungsbehörde. Die Regulierungsbehörde muss jedoch rechtzeitig das Ausmaß und bei Bedarf die Details der unterschiedlichen Kooperationen kennen, um die Auswirkungen auf den Wettbewerb entsprechend abschätzen zu können.

Daher zieht die Regulierungsbehörde in Erwägung, den Nutzern einer Frequenz in den Nebenbestimmungen von Frequenzzuteilungsbescheiden in Übereinstimmung mit § 90 TKG 2003 eine Berichtspflicht aufzuerlegen, um das Ausmaß von aktivem Sharing rechtzeitig zu kennen. Die Regulierungsbehörde erwägt daher, ein Formular zu erstellen, das jeder Betreiber auszufüllen hätte. Einmal im Jahr hätte demnach jeder Betreiber der Regulierungsbehörde über den Partner, den geplanten Zeitrahmen, die auf der gemeinsamen Infrastruktur eingesetzten Frequenzpakete, die Technologie, das Ausmaß der gemeinsam benutzten aktiven Teile einschließlich einer technischen Beschreibung, die Anzahl und Lage der gemeinsam genutzten Standorte sowie die über die gemeinsame Infrastruktur abgewickelte Verkehrsmenge des letzten Jahres zu berichten. Für jedes aktive Sharing im Rahmen der Ausnahmeregelung vom Verbot (siehe weiter unten) würde jeder MNO den Grund für die Ausnahmeregelung sowie das geografische Ausmaß darzulegen haben.

Darüber hinaus wird eine umfassende und vollständige Auskunftspflicht auf Ersuchen in Erwägung gezogen, um der Regulierungsbehörde eine wettbewerbliche Bewertung und die Prüfung der Ausnahmeregelung zu ermöglichen. Demnach können die Nebenbestimmungen von Frequenzzuteilungsbescheiden bei zukünftigen Vergaben vorsehen, dass die Betreiber auf Ersuchen der Regulierungsbehörde jederzeit sämtliche Informationen (einschließlich vertraglicher Vereinbarungen) zu aktivem Sharing bereitstellen müssen, um eine wettbewerbliche Bewertung zu ermöglichen.

Wettbewerbsrechtliche Einzelfallprüfung

Wie angeführt, ist bei der Beurteilung von Kooperationen zunächst zu prüfen, ob bei einer Kooperation mit aktivem Sharing eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV vorliegt.

In Übereinstimmung mit der Multibandauktion 2013 haben alle drei MNOs über eine Versorgung von 90% oder 95% (Breitband) bzw. 98% (Schmalband) der Bevölkerung zu verfügen. Innerhalb dieses Gebiets mit bereits erreichter Netzabdeckung mit eigenem aktivem Zugangsnetz könnte jeder MNO in der Lage sein, in wettbewerblicher Unabhängigkeit neue oder wiederholte Investitionen in aktive Ausrüstung zu tätigen. Aktives Sharing (auch bei einer logischen Trennung der Netzwerke) reduziert wahrscheinlich die Fähigkeit zur unabhängigen Entscheidungsfindung, weil viele mittelfristige Entscheidungen – etwa der Rollout eines neuen Standorts oder die Installation neuer Geräte – oftmals eine Abstimmung zwischen Wettbewerbern erfordern. Wenn eine Wettbewerbsbeschränkung festgestellt wird, müssen die Kriterien des Art 101 Abs 3 AEUV kumulativ für eine Ausnahme vom Verbot erfüllt sein. Die Beweislast für die Ausnahme liegt dabei bei den kooperierenden MNOs.

Gegeben sei der Fall, einzig die Vereinbarung oder ein Teil davon (und all die einzelnen potentiell beschränkenden Klauseln) ermöglicht den Partnern die Ausführung eines Projekts oder einer Tätigkeit. Somit wäre das kontrafaktische Vergleichsszenario ohne die Vereinbarung oder eines Teils davon die Unmöglichkeit, ein Projekt oder eine Tätigkeit in wettbewerblicher Unabhängigkeit auszuführen. In diesem Fall kann es sein, dass die Vereinbarung oder ein Teil davon den Wettbewerb im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV nicht beschränkt.

Ermöglicht eine Vereinbarung oder ein Teil davon in der räumlichen Netzabdeckung eine zusätzliche Versorgung über die bestehende Versorgung (insbesondere aufgrund der Nebenbestimmungen der Multibandauktion 2013) und die Versorgungspflichten hinaus, so ist es wahrscheinlich, dass keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Jedoch ist zu beachten, dass eine Vereinbarung, die Kollusion fördert, dennoch wettbewerbsbeschränkend sein kann. Zum Beispiel kann eine Vereinbarung, die nur ein kleines Gebiet oder ein spezielles Projekt betrifft, dennoch eine kollusive Wirkung in größerem Umfang haben.

Wird eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV festgestellt, liegt die Beweislast einer Rechtfertigung nach Art 101 Abs 3 AEUV bei den MNOs.

Überlassung von Spektrum nicht ex-ante ausgeschlossen, Prüfung nach § 56 TKG 2003

Die Überlassung von Spektrum kann in Gebieten, wo nur ein Kooperationspartner ausgebaut hat, Kapazitätserweiterungen bringen. Gleichzeitig nimmt man dem/den weiteren Kooperationspartner/n den Anreiz, selbst Standorte in diesem Gebiet auszubauen. Das ist oftmals kurzfristig effizient, beschränkt aber wahrscheinlich den mittel- und langfristigen Infrastrukturwettbewerb. Bei aktivem Sharing mit

Überlassung von Frequenzen ist jedenfalls die TKK aufgrund von § 56 TKG 2003 damit zu befassen. Ohne Genehmigung ist solches Sharing nicht erlaubt. Die Regulierungsbehörde ist verpflichtet, den Sachverhalt auch entsprechend dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu prüfen.

d. Kein Sharing im Kernnetz

Die Regulierungsbehörde ist der Ansicht, dass eine gemeinsame Nutzung der wesentlichen Funktionen des Kernnetzes durch die bestehenden MNOs keine signifikanten Kosteneinsparungen im Verhältnis zu den Gesamtkosten des Betriebs eines Mobilfunknetzes mit sich bringen dürfte. Gleichzeitig ist es wahrscheinlich, dass die gemeinsame Nutzung der wesentlichen Funktionen des Kernnetzes eine intensive operative Koordinierung erfordert, die den Gesamtwettbewerb zwischen den MNOs einschränken könnte. Darüber hinaus könnte der erforderliche Informationsaustausch für die gemeinsame Nutzung von wesentlichen Funktionen des Kernnetzes Kollusion im Wettbewerb zwischen den MNOs fördern.

Aus Sicht der Regulierungsbehörde ist es somit wahrscheinlich, dass eine Kooperation zwischen bestehenden Mobilfunkinfrastrukturbetreibern bei wesentlichen Funktionen des Kernnetzes mit dem erforderlichen Mindestmaß an Infrastrukturwettbewerb nicht vereinbar ist. Daher erwägt die Regulierungsbehörde, in den Nebenbestimmungen von Frequenzzuteilungsbescheiden eine solche Kooperation zwischen MNOs, die über ein Mindestmaß an Spektrum verfügen, zu untersagen.

e. Bewertung der erwarteten zukünftigen Entwicklung der Mobilfunknetze

Hinsichtlich der zukünftigen technologischen Entwicklungen zieht die Regulierungsbehörde derzeit keine weiterführenden bzw. gesonderten Regeln zu Infrastructure Sharing in Erwägung. Grundsätzlich sind technologische Verbesserungen und Einsparungsmöglichkeiten zu fördern, solange der Wettbewerb aufrecht erhalten bleibt. Sollten derzeitige Regelungen technologische Entwicklungen in inakzeptabler Weise einschränken, wird die Regulierungsbehörde entsprechende Anpassungen vornehmen.

V. Möglichkeiten für verstärkte Kooperationen und Zugangsverpflichtungen

In gewissen Bereichen kann die Errichtung von Infrastruktur des Zugangsnetzes für MNOs nur derart eingeschränkt möglich sein, dass eine verstärkte Kooperation erforderlich ist. Bei eingeschränkter Verfügbarkeit besteht gleichzeitig das Risiko, dass einzelne Wettbewerber vom Zugang zu diesen essentiellen Inputs ausgeschlossen werden. Daher wird im Folgenden der Begriff der Nicht-Replizierbarkeit für aktive Teile des Zugangsnetzes definiert. Darauf aufbauend wird einerseits eine Ausnahmeregel für das Verbot vom aktiven Sharing, andererseits die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung unter bestimmten Voraussetzungen erwogen.

Darüber hinaus werden Überlegungen für Kooperationen bei Legacy-Technologien dargelegt.

a. Nicht replizierbare aktive Teile des Zugangsnetzes

Aktive Teile des Zugangsnetzes gelten dann als „nicht replizierbar“, wenn aktives Sharing für effektiven Wettbewerb unter den Mobilfunkbetreibern objektiv notwendig ist. Für die objektive Notwendigkeit ist zu prüfen, ob Wettbewerber die betroffenen aktiven Teile des Zugangsnetzes in absehbarer Zeit replizieren können, um so eine wettbewerbliche Beschränkung am Markt ausüben zu können. Zusätzlich muss eine entsprechende Nachfrage nach Dienstleistungen bestehen und die betroffenen aktiven Teile des Zugangsnetzes müssen für die Bereitstellung dieser Dienstleistungen unerlässlich sein.

So können beispielsweise auch gesetzliche Regelungen im Einzelfall die gemeinsame Nutzung aktiver Teile des Zugangsnetzes zwingend erfordern. Sofern die Nicht-Replizierbarkeit nur für einzelne aktive Teile des Zugangsnetzes zutrifft, sind ausschließlich diese von im Folgenden dargestellten Regelungen umfasst.

b. Ausnahme vom Verbot von aktivem Sharing und Zugangsverpflichtung

Die Regulierungsbehörde erwägt, für solche nicht replizierbare aktive Teile des Zugangsnetzes eine Ausnahme vom Verbot von aktivem Sharing in Wien, Graz und Linz für die Versorgung im Freien (inklusive der Versorgung von Gebäuden von außenliegenden Standorten aus) vorzusehen.

Gleichzeitig kann die Abschottung von solchen nicht-replizierbaren aktiven Teilen des Zugangsnetzes den effektiven Wettbewerb einschränken. Nicht-replizierbare aktive Teile des Zugangsnetzes sind in der Regel insbesondere dort von Bedeutung, wo die Versorgung von durch besondere bauliche Maßnahmen abgegrenzten Bereichen, die nicht von außenliegenden Standorten ausreichend versorgt werden können (z.B. Tunnels, U-Bahnen, Stadien, Einkaufszentren), erforderlich ist. Insbesondere Kooperationen mehrerer bestehender MNOs können daher dritte bestehende MNOs oder Neueinsteiger von solchen nicht-replizierbaren aktiven Infrastrukturen ausschließen und somit wettbewerbsbehindernd wirken.

Daher erwägt die Regulierungsbehörde bei Vorliegen der folgenden Voraussetzungen die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung, sodass im Rahmen der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten Dritten auf Nachfrage diskriminierungsfreier Zugang zu gewähren ist.

1. Die aktiven Teile dienen entweder der Versorgung von durch besondere bauliche Maßnahmen abgegrenzten Bereichen, die nicht von außenliegenden Standorten ausreichend versorgt werden können (im gesamten Bundesgebiet, z.B. Tunnels, U-Bahnen, Stadien, Einkaufszentren) oder in Wien, Graz und Linz wird die Ausnahme vom Verbot von aktivem Sharing für die Versorgung im Freien (inklusive der Versorgung von Gebäuden von außenliegenden Standorten aus) in Anspruch genommen.

2. Die aktiven Teile sind nicht replizierbar.
3. Die gemeinsame Nutzung erfolgt mit den zu vergebenden Frequenzen.
4. Es kooperieren zumindest zwei bestehende MNOs.
5. Das Zugang nachfragende dritte Unternehmen hat Nutzungsrechte in einem Frequenzbereich, der sich für eine flächendeckende Versorgung mit Mobilfunkdiensten eignet (z.B. 700 MHz, 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2100 MHz FDD), inne.

Punkt 4. legt fest, dass es im Rahmen der Nebenbestimmungen von Frequenzuteilungsbescheiden keine Möglichkeit zur Inanspruchnahme eines Zugangsrechts gibt, wenn der Ausbau und die Nutzung der aktiven Teile des Zugangsnetzes nur durch einen einzelnen MNO erfolgt. Dies stellt sicher, dass der wettbewerbliche Anreiz für zusätzliche Versorgung für einzelne MNOs durch eine Zugangsverpflichtung nicht allgemein eingeschränkt wird. Zwei bestehende MNOs verfügen über deutlich höhere Marktmacht und somit über ein höheres Ausmaß an Fähigkeit und Anreiz zur Abschottung Dritter.

Jedenfalls ist auch eine wettbewerbsrechtliche Prüfung erforderlich, im Rahmen derer die hier angeführten Überlegungen relevant sein können. Eine wettbewerbsrechtliche Prüfung kann etwa auch ergeben, dass auch ein einzelner MNO anderen MNOs eine nicht-replizierbare Infrastruktur diskriminierungsfrei anzubieten hat. Eine kollektive Vereinbarung, einen bestimmten Ausbau nicht durchzuführen, wird mit hoher Wahrscheinlichkeit gegen Art 101 (1) AEUV verstoßen.

Überlassung von Frequenzen kann in eingeschränktem Umfang unbedenklich sein

Frequenzüberlassungen erfordern weiterhin eine Genehmigung durch die TKK. Diese können aber bei einem gemeinsam genutzten aktiven Zugangsnetz im Rahmen der Ausnahmeregelung bzw. der Zugangsverpflichtung in eingeschränktem Umfang unbedenklich sein – etwa um die Kapazität zu erhöhen. Die Regulierungsbehörde hat eine solche Überlassung auf Antrag nach § 56 TKG 2003 zu prüfen. Bei der Prüfung der wettbewerblichen Auswirkung ist insbesondere die vertragliche Ausgestaltung wesentlich. Die Regulierungsbehörde ist verpflichtet, den Sachverhalt auch entsprechend dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu prüfen.

c. Sharing von Legacy-Technologien

Wenn in den spezifischen Regelungen der Nutzungsbedingungen einer Frequenz keine Technologie vorgeschrieben ist, ist der gemeinsame Betrieb, also das Sharing, von Legacy Technologien grundsätzlich möglich. Aufgrund des technologischen Wandels werden alte Technologien (2G, 3G) in Zukunft möglicherweise weniger genutzt werden. Der Weiterbetrieb existierender Technologien kann – bei sinkender Abnahmemenge – mit höheren Grenzkosten verbunden sein. Auch Spektrum als begrenzte Ressource kann mit neuesten Technologien oft effizienter genutzt werden.

Das allgemeine Wettbewerbsrecht gilt auch für eine Kooperation betreffend Legacy-Technologien. In einem ersten Schritt ist eine Prüfung erforderlich, ob eine Kooperation betreffend Legacy-Technologien den Wettbewerb im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV beschränkt. Somit ist der Vergleich der Szenarien mit und ohne die Vereinbarung wesentlich. Erstens hat eine Einschätzung des erwarteten mittel- und langfristigen Wettbewerbs für die Legacy Technologie (zum Ausbau des Netzwerks und der Kapazität sowie zur Verbesserung der geografischen Netzabdeckung und der Dienstqualität), also hinsichtlich der Investitionen, zu erfolgen. Zweitens wäre zu prüfen, ob die geografische Netzabdeckung und die Dienstleistungen zu Legacy-Technologien aufrechterhalten bleiben würden. Drittens wäre zu prüfen, ob der Dienstwettbewerb zwischen den drei MNOs und den MVNOs aufrechterhalten bleiben würde. Bei diesen drei Punkten darf die Vereinbarung keine Verschlechterung bringen. Dies ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass keine wettbewerbliche Beschränkung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV vorliegt. Darüber hinaus ist auch zu beachten, dass eine Kooperation bei Legacy Technologien, die für die Beteiligten fixe Kosten in variable umwandelt, die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung im kurzfristigen Wettbewerb erhöht, und dadurch gegebenenfalls den Wettbewerb im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV beschränkt.

Wird eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV festgestellt, liegt die Beweislast einer Rechtfertigung nach Art 101 Abs 3 AEUV bei den MNOs.

10% bzw 3% Anteil der Legacy-Technologie am Verkehrsvolumen der Dienstleistung als Schwelle für 3 auf 2 bzw 2 auf 1 Reduktion

Wenn weniger als 10% des Verkehrs einer bestimmten Dienstleistung bei den jeweiligen MNOs (etwa Sprachtelefonie oder Datenübertragung mit einer gewissen Mindestbandbreite) nur mehr alleine über eine Technologie abgewickelt werden kann, kann eine Reduktion auf zwei unabhängige Infrastrukturbetreiber für die Technologie zu rechtfertigen sein. Fällt der Anteil dieses Verkehrs auf unter 3%, kann eine einzige einheitliche Infrastruktur für die Technologie und Dienstwettbewerb unter allen drei Betreibern und den MVNOs ausreichend sein.

Eine wettbewerbsrechtliche Einzelfallprüfung ist jedenfalls notwendig. Auch spezifischen Nutzungen wie etwa Roaming oder Notfalldienste sind dabei zu berücksichtigen. Wird auch die Überlassung von Spektrum vereinbart, hat eine Prüfung nach § 56 TKG 2003 durch die TKK zu erfolgen.

VI. Unterstützung eines Markteintritts oder des kurzfristigen Wettbewerbs

Derzeit sind drei Mobilfunkbetreiber auf dem österreichischen Markt als Wettbewerber mit jeweils eigener Infrastruktur aktiv. Sie verwenden Spektrum in unterschiedlichen Frequenzbereichen und verfügen über ein österreichweites Netz an Mobilfunkstandorten. Auf dieser Basis können sie eine entsprechende flächendeckende Versorgung anbieten und für Wettbewerb sorgen.

Förderung sowohl von Neueinsteigern als auch von MVNOs bei Vergaben möglich

Im Rahmen von Frequenzvergaben besteht die Möglichkeit für Neueinsteiger, Spektrum zu erwerben. Ein Neueinsteiger benötigt Jahre, um eine entsprechende eigenständige Versorgung aufzubauen. Abhängig von der Entwicklung des Wettbewerbs auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt kann die TKK im Zuge der Vergabe von Frequenzen Maßnahmen zur Förderung eines Neueinsteigers ergreifen. Zu diesen Maßnahmen kann auch verpflichtendes Infrastructure Sharing für eine bestimmte Zeit (z.B. ein temporäres verpflichtendes National Roaming Angebot für Neueinsteiger¹⁰) gehören.

Davon unabhängig kann die Regulierungsbehörde Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs am Endkundenmarkt ergreifen. Zur Förderung von MVNOs kann etwa ein verpflichtendes Wholesale-Angebot für MVNOs gehören.

Regeln dieses Positionspapiers gelten nicht für Kooperationen mit Neueinsteigern

Ein Neueinsteiger kann auch in spezifischen Segmenten in den Markt eintreten – etwa bei der regionalen Versorgung, in spezifischen Versorgungsbereichen (indoor) oder als Spezialist für bestimmte Dienste. Jedenfalls gelten die Regeln dieses Positionspapiers für einen Neueinsteiger nicht, die Regeln sind im Einzelfall festzulegen. Eine Kooperation eines Neueinsteigers mit einem bestehenden MNO oder zweier Neueinsteiger miteinander wird in der Regel für zusätzlichen Dienst- und Infrastrukturwettbewerb sorgen. Daher wird eine solche Kooperation wahrscheinlich den Wettbewerb nicht im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV beschränken.

VII. Gültigkeit dieses Positionspapiers

Dieses Positionspapier bezieht sich auf die anstehenden Vergaben laut Spectrum Release Plan 2016. Jede Kooperation ist anhand des konkreten Einzelfalls zu prüfen. Bei gegebenem Anlass kann die TKK dieses Positionspapier jederzeit überarbeiten. Eine Überprüfung ist jedenfalls im Rahmen des nächsten Spectrum Release Plans geplant.

¹⁰ 2013 hatten die Nebenbestimmungen der Frequenznutzungsbestimmungen für einen Neueinsteiger in der 800 MHz Vorauktion eine geografische Netzabdeckung von 95% innerhalb von 8 Jahren vorgesehen. Siehe Kapitel 3.4.2.1.1, Ausschreibungsunterlage im Verfahren betreffend Frequenzuteilungen in den Frequenzbereichen 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz, https://www.rtr.at/de/tk/multibandauktion_AU/27890_F1_11_Ausschreibungsunterlage_Multibandauktion_2013_ohne_Anhaenge.pdf.