



# Rechtsschutz in der elektronischen Kommunikation

Hans Peter Lehofer

Salzburg, 28. August 2018

# ECC – der neue NRF



- Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation (ECC)
- Einigung im Juni 2018, endgültige Beschlussfassung im Herbst zu erwarten
- Umsetzungsfrist: ABl + 2 Jahre → Dez. 2020?
- TKG 2020?
- Adaption, nicht Revolution
- Wenig Neues für Rechtsschutz

# Gliederung



- Ein Blick zurück – jüngere Rechtsprechung von EuGH und VwGH
- Neuer „Neuer Rechtsrahmen“ – altes Thema Rechtsschutz?
- TKG-Novelle
- Entwicklungslinien?

# Ein Blick zurück (Auswahl)



- Zuletzt wenige Entscheidungen des VwGH im Kernbereich der Telekomregulierung: ausjudiziert oder Rückstau beim BVwG?
  - Parteistellung bei Frequenzüberlassung
  - Grundsätzliches zur Versteigerung
  - Regulierungsermessen, Empfehlungen
- EuGH: Befugnis des Gerichts zur rückwirkenden Aufhebung; NRA, Art 7-Verfahren, Frequenzen

# Parteistellung (die x-te)



- EuGH 22.1.2015, C-282/13, *T-Mobile Austria*
- (VwGH 18.2.2015, 2015/03/0001, 2013/03/0116)
- Parteistellung für MNO bei Verfahren zur Frequenzüberlassung und Änderung der Eigentümerstruktur anderer MNOs (nach H3G/Orange-Merger)
- Ähnlich Refarming 22.11.2017, Ro 2016/03/0014

# Frequenzversteigerung



- VwGH 4.12.2014, 2013/03/0149 (zur Multiband-Auktion 2013)
- Ausschreibung / Ausschreibungsunterlagen: gesetzlich vorgesehener besonderer Verfahrensschritt iSd § 39 Abs 2 AVG im Verfahren zur Frequenzzuteilung nach § 55 TKG 2003 – keine gesonderte Anfechtung (VfGH: Sammlung von im Lauf des Verfahrens konkret zu treffenden Verfahrensanordnungen)

# Frequenzversteigerung



- Ebenso Versteigerungsregeln: sollen beabsichtigtes Vorgehen der TTK bei der Auktion darlegen; ziehen keine Rechtswirkungen – über Ausschreibungsunterlagen hinaus – nach sich.
- Abweichen von Ausschreibungsunterlagen nur relevant, wenn damit wesentliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen erfolgt oder Verstoß gegen die in § 55 Abs 2 TKG 2003 festgelegten Verfahrensgrundsätze begründet wird.

# Frequenzversteigerung



- Versteigerung ist geeignete Methode für Ermittlung des Wertes der Funkfrequenzen (EuGH 21.3. 2013, C-375/11, *Belgacom ua*)
- Kein Recht, Frequenzen zum Mindestgebot zu erhalten.
- Auktionsdesign muss bestehenden MNOs nicht in jedem Fall ausreichende Frequenzen für Fortbestand garantieren.



# Frequenzversteigerung



- Konkretes Auktionsdesign (Art der Versteigerung, aber auch Art, Umfang und Zeitpunkt der Information über Bietverhalten) ist Sache der TKK
- Grundsatz der arbiträren Ordnung iSd § 39 AVG (in den insb durch § 55 Abs 2 und 9 TKG 2003 gezogenen Grenzen)
- Kein Rechtsanspruch auf bestimmtes Design

# (Frequenzversteigerung)



- Zur Rolle des Geschäftsführers der RTR:
- Infos im ausdrücklichen Auftrag der TKK oder sonst im Rahmen der Tätigkeit der RTR-GmbH als Geschäftsapparat der TKK gegenüber einer Verfahrenspartei sind grundsätzlich der TKK zuzurechnen
- Ausnahme: wenn man – zB wegen offensichtlich fehlendem Bezug zu Ausschreibungsunterlagen – nicht auf Äußerung vertrauen kann

# Regulierungsermessen



- Bei der „gebührenden Prüfung“ der Regulierungsinstrumente und der Auswahl unter ihnen kommt der Behörde unter Berücksichtigung der Gesetzssystematik und des Normzwecks ein umfassender Beurteilungsspielraum zu (Regulierungsermessen); vgl EuGH 3.12.2009, C-424/07, Kommission/Deutschland, Rn 61: „weitreichende Befugnis“

# Regulierungsermessen



- Fehlerhaftes Regulierungsermessen:
  - Wenn Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat,
  - wenn in Abwägung nicht alle Gesichtspunkte beachtet werden, die nach Lage des Falles zu beachten wären,
  - Wenn Bedeutung der Gesichtspunkte verkannt oder Ausgleich disproportional zu ihrem objektiven Gewicht

# Regulierungsermessen



- Jedenfalls aber ist es erforderlich, die Interessen der Beteiligten zu ermitteln, alle für die Abwägung notwendigen Gesichtspunkte zu berücksichtigen und keine sachfremden Erwägungen anzustellen (VwGH 20.12.2016, Ro 2014/03/0032; vgl. EuGH 15.9.2016, C-28/15, *Koninklijke KPN NV ua*)
- VwGH 26.3.2014, Ro 2014/03/0024: Revision unzulässig, wenn Überschreitung des in Marktanalyseverfahren gegebenen Spielraums nicht dargelegt

# Reichweite von Empfehlungen



- Gericht kann nur dann von Empfehlung 2009/396 (Kostenrechnung pure BULRIC) abweichen, wenn aufgrund der tatsächlichen Umstände des konkreten Falles geboten
- Konkretisierung der Umstände für Abweichung: Darlegungs- und Behauptungslast desjenigen, der sich auf Besonderheiten beruft
- VwGH 20.12.2016, Ro 2014/03/0049 (nach EuGH 15.9.2016, C-28/15, *Koninklijke KPN NV*)

# EuGH



- Schon erwähnt:
  - 15.9.2016, C-28/15, *Koninklijke KPN NV* – Befugnis zur Abweichung von Empfehlung; Gericht kann nicht verlangen, dass NRA glaubhaft macht, dass mit konkreter Verpflichtung Art 8 R-RL-Ziele tatsächlich verwirklicht werden
  - 22.1.2015, C-282/13, *T-Mobile Austria*

# EuGH – zu Art 4 R-RL



- 13.10. 2016, *UKE und Petrotel*:
- nationales Gericht, das mit Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde befasst ist, muss diese Entscheidung rückwirkend aufheben können, wenn es der Auffassung ist, dass dies zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes für das Unternehmen erforderlich ist, das den Rechtsbehelf eingelegt hat



# EuGH - NRA

- NRA-Unabhängigkeit:
- 19.10.2016: C-424/15 *Ormaetxea Garai und Lorenzo Almendros*: Fusion von nationalen NRAs zulässig, Entlassung wegen Fusion (eher) nicht
- 28.7.2016 C-240/15, *ISTAT*: Unterwerfung der NRA unter allgemeine haushaltsrechtliche Bestimmungen / Ausgabenbremsen zulässig

# EuGH – Art 7 Verfahren



- 16.04.2015, C-3/14, *T-Mobile Polska*:  
NRA muss Art 7-Verfahren auch in Streitbeilegungsverfahren durchzuführen, wenn Zugangspflichten im Raum stehen
- 14.01.2016, C-395/14, *Vodafone*:  
Vor jeder MTR-Genehmigung (aufgrund einer spezifischen Verpflichtung) ist Art 7-Verfahren erneut durchzuführen

# EuGH – Frequenzen



- 26.7.2017, C-560/15, *Europa Way und Persidera*:
- Nichtigerklärung eines Auswahlverfahrens der NRA durch nationalen Gesetzgeber unzulässig.
- Ersatz eines unentgeltlichen durch entgeltlichen Verfahrens zulässig
- Zulassung zu beauty contest begründet keinen Vertrauensschutz
- 26.7.2017, C-112/16, *Persidera*: Keine Begünstigung rechtswidrig betriebener Sender

# EuGH – Empfehlungen



- 20.2.2018, C-16/16 P, *Belgien/Kommission*:
- „besondere Kategorie von Unionshandlungen“, gibt Organen die Befugnis, „Anstöße zu geben und Überzeugungsarbeit zu leisten“
- Nur ausnahmsweise möglich, gegen Empfehlung mit Nichtigkeitsklage vorzugehen: wenn die angefochtene Handlung aufgrund ihres Inhalts keine echte Empfehlung ist.
- [hier Empfehlung zum Glücksspiel]

# Neuer neuer Rahmen



- Wesentliche Änderung seit NRF 2002:  
Inkrafttreten der GRC – Art. 47 macht Art. 4 R-RL  
– nun: Art. 31 ECC – eigentlich überflüssig
- Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht
- „durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten“

# ECC – Rechtsbehelf



- Art. 31 ECC bringt gegenüber Art. 4 R-RL keine substantiellen Neuerungen
- lediglich Klarstellung, dass Rechtsbehelf bei allen behördlichen Entscheidungen nach dem ECC bestehen muss, auch wenn nicht ECS, sondern zB zugehörige Einrichtungen betroffen sind.
- Erwägungsgründe: “Appeal bodies should also be entitled to request available information published by BEREC”

# ECC – NRAs



- Es bleiben auch Mindestzuständigkeiten der NRAs, u.a. Gewährleistung der Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen (nicht: zwischen Unternehmern und Verbrauchern!)
- Neu: MS fördern die Stabilität der Kompetenzen der NRAs bei Umsetzung des ECC: was wenn der Behörde Kompetenzen genommen werden? zB durch Neuorganisation der NRAs?

# ECC – NRAs



- Verstärkte Unabhängigkeitsregeln für NRAs
- Allgemeine Pflicht der NRAs, Leitlinien, Stellungnahmen, gemeinsamen Standpunkten, Empfehlungen und „best practices and methodologies“ von BEREC weitgehend Rechnung zu tragen – wie weit kann das justiziabel sein?
- Keine besonderen Neuerungen im Art. 7 bzw. 7a-Verfahren




# ECC – CC, ADR




- Entwicklung und Überwachung von Verhaltenskodizes und Betriebsstandards, zur Verbesserung der Dienstqualität (Art. 24 ECC), durch Industriekreise, unter Führung der NRA
- Keine großen Veränderungen im Bereich ADR (siehe zu den Grenzen von ADR insb EuGH 18.3.2010, C-317/08, *Alassini ua*, darf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nicht beeinträchtigen)

# ECC – grenzüberschreitende Streitigkeiten



- NRAs notifizieren Streitfall an BEREC,
- BEREC: Stellungnahme mit „Einladung“ zu bestimmtem Vorgehen – aber keine verbindliche Entscheidung
- NRAs haben innerhalb eines Monats zu entscheiden (aber keine Gewähr, dass alle betroffenen NRAs gleich entscheiden)

# ECC – grenzüberschreitende Streitigkeiten




- Bei schädlichen Störungen in der Frequenz-Nutzung: Vermittlung der RSPG
- Allenfalls Stellungnahme der RSPG
- Entscheidung des Konflikts durch Beschluss der Kommission
- Wohl an MS gerichtet, Rechtsschutz für betroffene Unternehmen durch Nichtigkeitsklage bei EuG?

# ECC – Strafen, Bußen




- Art. 29 ECC: auch Geldbußen (wie im Wettbewerbsrecht) sind vorzusehen
- Österreich: wohl nach Vorbild des § 29 KartG; fraglich: Verbandsstrafen?

# ECC – Verpflichtungszusagen



- Art. 74 ECC: „very high capacity“-Netzelemente: Absehen von Regulierung im Fall von Verpflichtungszusagen (nach wettbewerbsrechtlichem Vorbild)
- NRA prüft und erklärt als bindend, kontrolliert Einhaltung, verhängt Geldbußen
- Besondere Verfahrensregeln (Art. 76bis ECC)

# ECC – einheitliche Frequenzzuteilung




- Neu: Gemeinsames Genehmigungsverfahren für individuelle Frequenzzuteilungen
- Wurde gegenüber Kommissionsvorschlag „entschärft“, kein Antragsrecht der Unternehmen, nur Informationspflicht
- Daher wohl weder bei Durchführung noch bei Nichtdurchführung anfechtbar

# ECC – Frequenzen



- Kooperationspflicht der MS bei zeitlichem Ablauf, aber nicht – wie in Kommissionsvorschlag – Möglichkeit für Durchführungsrechtsakte der Kommission
- Insgesamt stärkere Harmonisierung, aber keine wesentlichen neuen Fragen für Rechtsschutz
- Insb keine zwingende Vereinheitlichung der Vergabeverfahren

# ECC – transnationale Märkte



- Art. 73 ECC: Beschluss der Kommission, auch auf Antrag von mindestens 2 NRAs!
- Gemeinsame Durchführung der Marktanalyse durch NRAs – war bisher nicht üblich, könnte aber durch Antragsrecht der NRAs aktualisiert werden.



# ECC – Preisregulierung



- Direkte Preisregulierung – als „Ausreißer“ gegenüber dem sonst stark wettbewerblich/wettbewerbsrechtlich aufgebauten ECC für
  - MTR/FTR
  - Intra-EU-Anrufe
- Terminierungsentgelte: delegierter Rechtsakt der Kommission bis 31.12.2020 (Art. 73 ECC) – zu erlassen im Prüfverfahren (dh mit COCOM)
- Rechtsschutz?

# ECC – Preisregulierung



- Intra-EU-Anrufe: max. 0,19 €/Min, 0,06 €/SMS
- Ab 15.5.2019
- Strafen sind von MS vorzusehen
- Ausnahmemöglichkeit für Anbieter, wenn sie Inlandspreise nicht aufrechterhalten können (sehr eingeschränkt)
- Rechtsschutz? Vgl. EuGH 8.6.2010, C-58/08, *Vodafone*, zur Roaming-VO

# TKG-Novelle



- Begutachtungsfrist Ende Juli abgelaufen
- Reorganisation der Fernmeldebehörden: aus vier Fernmeldebüros und dem Büro für Funkanlagen wird ein Fernmeldebüro
  - Keine wesentl. Änderungen für Rechtsschutz
- RTR ausdrücklich Regulierungsbeh. iSd NN-VO
- Begleitmaßnahmen zur NN-VO, inkl. Strafen
  - klarstellend

# TKG-Novelle



- Frequenzvergabeverfahren: Zuteilung mit angemessen befristetem Mandatsbescheid, schon wenn „Nachteile für die Parteien“ entstehen
- § 6 Abs. 3a: nachträgliche Überprüfung der Preisangemessenheit einer vertraglich vereinbarten Abgeltung durch Regulierungsbeh.
  - Verfassungsrechtlich bedenklich

# Entwicklungslinien?



- Was bisher geschah: Aufbrechen des Monopols, versuchte Belebung des Wettbewerbs
- Was nun verstärkt geschieht: Versuch, das Angebot durch gesetzliche Bestimmungen, Beihilfen, und durch NRA-Tätigkeit (insb. Informationsbereitstellung, Identifikation von „digitalen Ausschlusszonen“ etc.) zu verbessern
- Daneben: kurzfristige populistische Maßnahmen (Roaming, Intra-EU-Calls)

# Entwicklungslinien?



- Geänderte Stoßrichtung des Rechtsrahmens ändert auch Funktion u. Art des Rechtsschutzes
- Für Beihilfenbereich ist klassischer nachlaufender Rechtsschutz wenig hilfreich (bzw. nur zum Verhindern der Beihilfe an andere, nicht zum Erreichen einer Beihilfe – ordentliche Justiz)
- Bei populistischer Preisregulierung ist die Methodik mittlerweile verfeinert (zB durch Ausnahmemöglichkeiten) – schwerer angreifbar

# Entwicklungslinien?



- Verstärkte Internationalisierung und Verlagerung zu BEREC: zwar noch keine Kompetenz für Entscheidungen (wie von Kommission vorgesehen), aber verstärkte Bedeutung der Empfehlungen etc. – Frage des wirksamen Rechtsschutzes, der sich erst gegen individuelle Entscheidung der NRA richten kann
- Weitere „Verrechtlichung“ von BEREC: wenn Empfehlungen wichtiger werden, wird deren Entstehung schwieriger


# Entwicklungslinien?



- (Nicht nur) im Hinblick auf delegierte bzw Durchsetzungsrechtakte könnte auch die Frage der Gültigkeit verstärkt in den Fokus rücken – Vereinbarkeit mit Primär/Sekundärrecht
- Absehbar sind auch Streitigkeiten über Abfrage und Austausch von Informationen (auch internat.)



# Zum Abschluss: wann wissen wir mehr?



- Beim EuGH sind derzeit zB zwei Verfahren anhängig, in denen eine seit 2002 strittige Frage geklärt werden soll: sind Skype bzw GMail ein elektronischer Kommunikationsdienst (C-142/18, *Skype Communications*, C-193/18, *Google*)
- Der ECC sollte diese Frage regeln, ist bis 2020 umzusetzen
- Realistischer Zeithorizont für erste Antworten des EuGH zum ECC: nicht vor 2022, eher 2025



Danke für die Aufmerksamkeit