Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

29. Jahrgang Wien 2002 Heft 2

Philipp LUST

Netzzugang im neuen EU-Telekomrecht

Gliederung:

I. Einleitung
II. Die bisherige sektorspezifische Regulierung
A. Der europäische Ansatz zur Liberalisierung
B. Die Besonderheiten der Telekommunikation
III. Das neue Richtlinienpaket
IV. Netzzugang und Zusammenschaltung wirtschaftlich betrachtet
A. Netzzugang
B. Zusammenschaltung
V. Netzzugang und Zusammenschaltung anhand der neuen Richtlinien
VI. Schlussfolgerung

Deskriptoren: Netzzugang; Nichtdiskriminierung; Preisfestsetzung; Rechtsrahmen EU – Telekom, neuer; Regulierung, sektorspezifische; Spielraum nationaler Gesetzgeber; Telekommunikation; Wirtschaftspolitik; Zusammenschaltung.

I. Einleitung

Telekommunikation ist das Übertragen von Sprache bzw Daten über leitungsgebundene oder elektromagnetische Netze. Sie war der erste Bereich von Netzwerkindustrien, der über ehrgeizige europäische Liberalisierungsprojekte vom klassischen staatlichen Monopol zu einem wettbewerbsfähigen und freien Markt umfunktioniert werden sollte.

Die Liberalisierung dieses Sektors wurde 1998 abgeschlossen.[1] Nunmehr – nach gut 4 Jahren – verfügte die Europäische Union die erste größere Revision der Regelungen, die den Übergang von Staat zu Markt einleiten sollten. Aus Anlass der jüngsten Richtlinien zum neuen europäischen „Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste" soll daher ein kurzer Überblick geboten werden sowie auf einige bevorstehende Probleme im Bereich Netzzugang und Zusammenschaltung hingewiesen werden.

II. Die bisherige sektorspezifische Regulierung

A. *Der europäische Ansatz zur Liberalisierung*

Neben fiskalischen Interessen gab es auch weitere Argumente für staatliche Monopole im Bereich Telefon, Post, Energie und Bahn. Man glaubte, nur so die gewaltigen Investitionen mit sozialen Preisen und zuverlässigen Diensten für Endkunden verbinden zu können.[2]

Netzwerkindustrien zeichnen sich durch hohe Fixkosten, geringe variable Kosten, Größenvorteile etc aus.[3] Gerade die Telekommunikation ist zusätzlich von Netzwerkeffekten geprägt: Je mehr Personen am Netz teilnehmen, desto mehr steigt der Nutzen sämtlicher Teilnehmer. Im Fall des Telefonnetzes können dann nämlich mehr Personen über die vorhandene Infrastruktur erreicht werden.

Aufgrund dieser Besonderheiten muss auch freier Wettbewerb nicht unbedingt zum gewünschten Ziel führen. Daher ist es auch europarechtlich nicht mit der *Liberalisierung*,[4] also dem Recht, selbständig entsprechende Anlagen zu betreiben und die Dienste zu verkaufen, getan.

Da bei Netzwerkindustrien das freie Spiel von Angebot und Nachfrage zu Oligopolen tendiert und weiters aufgrund der Vergangenheit meist bereits ein staatliches, gesetzliches Monopol bestand, wurde die europarechtliche Liberalisierung von einer so genannten *Harmonisierung* begleitet.[5] Dies ist die in Netzwerkindustrien zunehmend gebräuchliche sektorspezifische Re-Regulierung, die regelmäßig Ex-Monopolisten zusätzliche Lasten zugunsten neuer Anbieter auferlegt (asymmetrische Regulierung). Obwohl man sich damit zunehmend von allgemeingültigem Kartellrecht entfernt und komplexe Regelungswerke schafft, möchte man auf diesem Weg die Marktöffnung bzw den Eintritt neuer Anbieter beschleunigen.

Tendenziell geht es in Netzwerkindustrien dem von der Europäischen Kommission geprägten Nichtdiskriminierungsgedanken zufolge regelmäßig um *„gleichberechtigten Zugang"*:[6] Der marktbeherrschende Ex-Monopolist soll gewisse Vorleistungen auch künftigen Wettbewerbern anbieten, damit sie ihm auf nachgelagerter Wertschöpfungsstufe Konkurrenz bieten können. Der Preis dieser Vorleistung soll meist über unabhängige Regulierungsbehörden niedrig gehalten werden und sich an den (leider gerade in tendenziell fixkostenlastigen Netzwerkindustrien kaum eindeutig feststellbaren Nutzungs-) Kosten orientieren, damit der rasche Eintritt neuer Wettbewerber ermöglicht wird.

Der *genaue Rechtfertigungsgrund* für die sektorspezifischen Zugangsregeln wird in den europäischen Richtlinien kaum angegeben. Ein möglicher Grund ist, dass die asymmetrische Regulierung den an sich schwierigen Eintritt neuer Wettbewerber in Netzwerkindustrien erleichtern möchte. Diesfalls muss die Regulierung jedoch auslaufen, sobald eine hinreichende Anzahl neuer Wettbewerber im Markt Fuß gefasst hat.

1 Siehe die Wettbewerbsrichtlinie 96/19/EG v 13. 3. 1996, ABl 1996/L 74/13.

2 Siehe zB grundlegend HEINEMANN, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag (1996) 14ff; WEIZSÄCKER, Wirtschaftspolitische Begründung und Abgrenzung des Fernmeldemonopols, in: Mestmäcker (Hrsg), Kommunikation ohne Monopole (1980) 127; PROSI, Staatliche Monopole oder Wettbewerb privater Unternehmen – eine ökonomische Betrachtung, WuW 1996, 973 (975ff).

3 Siehe zB ARMSTRONG, Competition in Telecommunications, Oxford Review of Economic Policy (Ecopol) 1997, 64; MASON/VALLETTI, Competition in Communication Networks: Pricing and Regulation, Ecopol 2001, 389 (389ff); KLIMISCH/LANGE, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1998, 15 (16f); WEIZSÄCKER, Wettbewerb in Netzen, WuW 1997, 572 (572ff).

4 Diesbezügliche Richtlinien wie zB die Diensterichtlinie 90/388/EWG v 28. 6. 1990, ABl 1990/L 192/10, idgF (s va die Wettbewerbsrichtlinie 96/19/EG v 13. 3. 1996, ABl 1996/L 74/13) stützen sich auf Art 86 Abs 3 EG-Vertrag.

5 Harmonisierungsrichtlinien beruhen auf der Kompetenzgrundlage von Art 95 EG-Vertrag. Im Bereich der Zusammenschaltung sind neben der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG v 30. 6. 1997, ABl 1997/L 199/32, idgF va die ONP-Rahmenrichtlinie 90/387/EWG v 28. 6. 1990, ABl 1990/L 192/1, idgF und die ONP-Sprachtelefonrichtlinie 98/10/EG v 26. 2. 1998, ABl 1998/L 101/24, zu erwähnen.

6 Der englische Rahmenbegriff nennt sich „Open Network Provision" (ONP). In weiterer Folge kommen meist noch „Kostenorientierung" und „Entbündelung" hinzu. In vielen Fällen rühren die Begriffe aus dem Kartellrecht her, werden jedoch im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung extrem weit verstanden.

Ein anderer möglicher Grund ist, dass ohne Zugangsregelungen niemals an freien Wettbewerb geglaubt wird: Geht man von einem natürlichen Monopol aus, muss man sich damit abfinden und damit trösten, in bestimmten Teilbereichen durch Regulierung ermöglichten Pseudo-Wettbewerb einzuführen und auf diesem Wege das eigentliche Monopol zumindest auf seinen Kern zu reduzieren. Diesfalls stellt sich ein langfristiges Legitimationsproblem: Geht man davon aus, dass Leitungen für den Energietransport aus finanziellen wie auch ökologischen Gründen nicht multipliziert werden sollen, müssen die zu erwartenden Effizienzsteigerungen im Bereich der vorgelagerten Energiegewinnung bzw des nachgelagerten Verkaufs den Regulierungsaufwand eindeutig übersteigen.[7] Gleichzeitig erhebt sich trotz aller Liberalisierungseuphorie in diesem Fall die Frage, ob das Kernmonopol auf Netzebene tatsächlich besser privatisiert als vom Staat verwaltet werden sollte.[8]

B. Die Besonderheiten der Telekommunikation

Telekommunikation ist aus drei Gründen besonders interessant für eine Analyse der europarechtlichen Liberalisierung:

Erstens sind hier stark ausgeprägte Netzwerkeffekte vorhanden, die auch bei Vorhandensein paralleler Netze vielleicht ein langfristiges regulatorisches Eingreifen notwendig machen.[9]

Zweitens sprechen viele Indizien gegen das Vorhandensein eines natürlichen Monopols, sodass – abgesehen von periphärer Regulierung aufgrund von Netzwerkeffekten – ein Auspendeln der auf Zugangsverpflichtungen ausgelegten sektorspezifischen Regulierung möglich erscheint:[10] In der Mobilkommunikation sind parallele Netzwerke verschiedener Betreiber ebenso Realität wie in weiten Bereichen der drahtgebundenen Telekommunikation. Dass im Bereich der drahtgebundenen „letzten Meile" zum Endkunden ebenfalls kein natürliches Monopol besteht, scheint mE bereits hinreichend erwiesen: Vielfach besteht parallele Kabel-TV-Infrastruktur oder Abdeckung durch mobile Betreiber. Dass nur wenige drahtgebundene Alternativen bestehen, kann zu einem nicht unbeträchtlichen Teil der Re-Regulierung zugeschrieben werden: Da nämlich das „Abmieten" der Leitung vom Ex-Monopolisten günstig möglich ist, besteht – jedenfalls bei Privatkunden – kein sonderlicher Anreiz für eine alternative Erschließung.[11]

Drittens spielt der Faktor Zeit eine große Rolle: Telekommunikation ist bereits am längsten liberalisiert, sodass von der Europäischen Union bereits ein revidierter Rechtsrahmen vorgeschrieben wurde. Es ist daher besonders interessant zu sehen, inwieweit man dem Ziel, die sektorspezifische Regulierung auspendeln zu lassen und durch einen Ansatz zu ersetzen, der herkömmlichem Kartellrecht eher entspricht, tatsächlich nähergekommen ist.

III. Das neue Richtlinienpaket

Das neue auf Art 95 EG-Vertrag gestützte „Harmonisierungspaket" ist am 24. 4. 2002 in Kraft getreten und mit 25. 7. 2003 vom nationalen Gesetzgeber umzusetzen.[12] Eine neue auf Art 86 Abs 3 gestützte Wettbewerbsrichtlinie sollte demnächst erscheinen und im Wesentlichen den bislang verstreuten Liberalisierungsinhalt in einer Richtlinie kodifizieren.[13] Die angestrebten Ziele waren ua die Anpassung an bisherige Erfahrungen, ein Angleichen an allgemeines Wettbewerbsrecht, Technologieneutralität und Vereinfachung.

Die Vereinfachung wird kurzfristig jedenfalls nicht erreicht, da der entscheidende, komplexe bisherige Rechtsbestand materiell vorläufig weitergilt (Art 27 Rahmenrichtlinie und Art 7 Zugangsrichtlinie). Es ist zu hoffen, dass diese doppelt komplexe Periode kurz ausfällt und die durch eine geringere Zahl von Richtlinien tatsächlich vereinfachte Periode bald eintritt.

Die deutlichste Änderung der neuen Richtlinien in Richtung herkömmliches Kartellrecht betrifft den *Marktmachtbegriff*, der Auslöser für die zusätzlichen asymmetrischen Pflichten ist. Während bisher eine recht starr gehandhabte Marktanteilsgrenze von 25% herangezogen wurde, soll nun der über Jahrzehnte von Judikatur und Lehre geprägte Begriff des europäischen Wettbewerbsrechts herangezogen werden.[14] Nach Art 14 Abs 2 der Rahmenrichtlinie hat ein Unternehmen beträchtliche „Marktmacht, wenn es [. . .] eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d.h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten."

Dieser Rahmen erlaubt bei prinzipiell höherer „Ansprechschwelle" in der Gegend von 50% ein flexibleres Eingehen auf Einzelfälle, zumal dem Marktanteil höchstens eine Indizfunktion zukommt. Obwohl auch bisher Flexibilität möglich war, jedoch offenbar aus Gründen der Einfachheit teils vernachlässigt wurde,[15] ist künftig auf eine kartellrechtliche Einstellung der Re-

---

7 Für eine ansatzweise Eröterung und weitere Fundstellen, s LUST, Die Essential Facilities-Doktrin im Telekommunikationsrecht (2001) 224ff. Auch die Zulässigkeit europarechtlich eingeschränkter Privatautonomie bedürfte wohl weiterer Erörterung.

8 Obwohl staatliche Betriebe selten für ihre Effizienz gelobt werden, gibt es auch bereits Beispiele fehlgeschlagener Privatisierungen wie zB die Schienengesellschaft Railtrack in Großbritannien (s zB UHLIG, in NZZ 9. 10. 2001, 9) sowie die kalifornische Energieversorgung (s zB TZERMIAS, in NZZ 17. 8. 2000, 10; 27. 12. 2000, 11, und 16. 1. 2001, 11). Dadurch, dass Regulatoren regelmäßig Preise drücken sollen, besteht die Gefahr, dass privat agierende Infrastrukturunternehmen entweder Investitionen zurückschrauben oder in Konkurs gehen. Außerdem wird von Brüsseler Seite offenbar kaum zugelassen, dass bestimmte Leistungen durch Liberalisierung teurer werden.

9 Zur aktuellen Situation in Österreich, s LUST, Externe Effekte bei Zusammenschaltung – oder: Wer mobil funkt, hat's gut, MR 2002, 122, mwN.

10 Siehe auch VELJANOVSKI, Market Definitions in Telecommunications – The Confusing Proliferation of Competitive Standards, CTLR 1999, 25 (31); SONDHOF/THEUERER, Wettbewerb in lokalen Fernmeldemärkten – dargestellt am Beispiel der USA, WuW 1996, 177 (179f); SCHWINTOWSKI, Zugang zu wesentlichen Einrichtungen – Einige kritische Bemerkungen zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung der amerikanischen und europäischen Kartellrechtspraxis, WuW 1999, 842 (849); WEIN, Wäre weniger mehr – Reformbedarf für die Missbrauchsaufsicht über die Deutsche Telekom?, WuW 2000, 1187 (1191ff); SCHULZ, Der Zugang zum „blanken Draht" im Telekommunikationsrecht: Wettbewerb im Netz oder Wettbewerb zwischen Netzen? (2001) 255ff.

11 Als jüngstes Indiz sei auf die offene Stellungnahme von WIESER vom mittlerweile größten alternativen Anbieter Tele2, in Die Presse 25. 2. 2002, 13, verwiesen. Zur schlechten Situation echter alternativer Infrastrukturanbieter siehe zuletzt Die Presse 1. 6. 2002, 25.

12 Es ist am 24. 4. 2002 im ABl 2002/L 108 erschienen und besteht aus Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG und Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG. Gleichzeitig wurde die Frequenzentscheidung Nr 676/2002/EG erlassen.

13 Für den Entwurf der Kommission, s ABl 2001/C 96/2 v 27. 3. 2001.

14 Siehe hierzu zB GRILL, in: Lenz (Hrsg), EG-Vertrag² (1999) Art 82; DE BRONNET, in: Wiedemann (Hrsg), Handbuch des Kartellrechts (1999) § 22; JUNG/DESELAERS, in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt) Art 82.

15 Siehe zB LUST (FN 7) 154ff (insb Fn 371 und 373). Für Marktmachtbestimmung im Bereich der Telekommunikation sei beispielsweise BUNTE, Marktabgrenzung und Marktbeherrschung auf Mobilfunkmärkten, MMR Beilage 1/2002, 1, mwN empfohlen.

gulierungsbehörden zu hoffen. Es bleibt weiters zu hoffen, dass die ebenfalls in Art 14 erwähnten verbundenen Märkte sowie die über Leitlinien der Kommission näher definierbare gemeinsame Marktbeherrschung in einer Weise behandelt werden, wie sie auch mit herkömmlichem Wettbewerbsrecht vereinbar wäre.[16]

Der durchwegs verstärkte Einfluss der Europäischen Kommission auf die Vorgänge in den Mitgliedstaaten kann im Rahmen dieser Darstellung leider nicht weiter erörtert werden (s zB Art 7 Rahmenrichtlinie und Art 8 Zugangsrichtlinie). In gewissen Grenzen lässt sich die wachsende Kompetenz der Kommission durch das bisher nur mittelbar angestrebte Ziel, einen grenzüberschreitenden und vereinheitlichten europäischen Markt für Telekommunikation zu erreichen, erklären.

IV. Netzzugang und Zusammenschaltung wirtschaftlich betrachtet

Leider werden die wirtschaftlich grundverschiedenen Begriffe von Netzzugang und Zusammenschaltung häufig vermischt.[17] Während in Brüssel „Lobbyieren" nichts ungewöhnliches ist, konnte bereits im April 2002 auch in Österreich festgestellt werden, dass die verschiedenen Gruppierungen angesichts der Ende Juli 2003 umzusetzenden Reform des Telekommunikationsgesetzes (TKG) bereits eifrig dabei sind, um einen wohlwollenden Gesetzgeber zu werben.[18] Da der regelmäßig nur mittelbar betroffene Konsument im Lobbyingprozess prinzipbedingt untervertreten ist, soll an dieser Stelle kurz der Versuch unternommen werden, einige wirtschaftliche Zusammenhänge darzustellen:

A. *Netzzugang*

Die neue Zugangsrichtlinie definiert Zugang in Art 2 lit a als „Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten [. . .] zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste." Zur Gewährung von Netzzugang sind – nach Art 12 iVm 8 der neuen Zugangsrichtlinie ebenso wie nach § 34 und § 37 des derzeitigen TKG – nur marktmächtige Unternehmen verpflichtet. Netzzugang ist durch *Einseitigkeit* gekennzeichnet: Der Marktbeherrscher – tendenziell der Ex-Monopolist – muss gegen ein von der Regulierungsbehörde festsetzbares Entgelt Teile seines Netzes an seine Konkurrenten vermieten.

So kann ein alternativer Anbieter Leistungen vom Ex-Monopolisten auf Großhandelsebene einkaufen und dann an Endkunden weiterverkaufen. Ebenso kann er zB eine Leitung anmieten und sie eigenständig um schnelles ADSL-Internet aufwerten, ehe er sie dem Endkunden anbietet.

Am Anfang der Marktöffnung macht über Regulierung erzwungener und somit tendenziell unter dem möglichen Marktwert verfügter Netzzugang durchaus Sinn: Der günstige Zugang lockt neue Marktteilnehmer an und ermöglicht ihnen das Anbieten von Leistungen, ehe sie ihr eigenes Netz vollständig errichtet haben. Darüber hinaus wird der aufgrund des hohen Marktanteils bestehende Größenvorteil des Ex-Monopolisten über den asymmetrischen Regulierungsansatz gemindert.

Gleichzeitig muss aber bedacht werden, dass günstiger Netzzugang in der Telekommunikation nur eine *Übergangserscheinung* sein sollte. Andernfalls würde es aufgrund Vertrauens in den Fortbestand der Regelungen nämlich nicht zum an sich zu fördernden Aufbau paralleler Netzinfrastrukturen der alternativen Betreiber führen.[19] Nur sie sind jedoch ein Garant für einigermaßen unreguliert funktionsfähigen Wettbewerb auf allen Ebenen.

Dass der reine Weiterverkauf von Leistungen des Ex-Monopolisten nur äußerst beschränkte Vorteile für langfristigen Wettbewerb bringt, ist ziemlich eindeutig. Leider sieht es aber auch mit der Aufwertung von Grundleistungen des Ex-Monopolisten nicht viel anders aus: Muss der Ex-Monopolist gezwungen werden, die Leistung zur Verfügung zu stellen, kann dies den Hintergrund haben, dass der Preis zu niedrig ist oder dass der Ex-Monopolist eine ähnliche Leistung ohnehin anbietet. Im ersten Fall werden ineffiziente Markteintritte gefördert bzw Investitionsanreize in alternative Infrastruktur gemindert und somit der Markt verzerrt; im zweiten Fall ist der Vorteil für den Endkunden – der eher Schutzobjekt des Kartellrechts ist als die Wettbewerber[20] – nicht eindeutig.[21]

Selbst wenn alternative Betreiber ADSL auf Leitungen des Ex-Monopolisten anbieten, sind sie mangels eigener Leitungen vom Regulator abhängig: Nur solange der Zugang günstig genug ist, um eine hinreichende Spanne bei gleichzeitigem Unterbieten des Preises des Ex-Monopolisten zu ermöglichen, haben alternative Anbieter ohne Netz eine Chance. Letztendlich liegt ihr Erfolg in der Gunst des Regulators, solange sie keine eigene Infrastruktur haben. Gleichzeitig werden jedoch in den Bereichen, in denen der Regulator für günstigen Zugang sorgt, Anreize zu alternativen Investitionen gemindert, da die Miete vom Ex-Monopolisten ohnehin günstiger ist.[22] Daher ist es auch nicht erstaunlich, wenn die „letzte Meile" zum Endkunden bislang „wettbewerbsarm" ist und oft als „natürliches Monopol" qualifiziert wird.[23]

---

16 Etwas ausführlicher, jedoch auf den Entwürfen beruhend, LUST (FN 7) 140 ff.

17 Hier macht auch die österreichische Regulierungsbehörde, die damit zugleich ihren Ermessensspielraum vergrößert, leider keine Ausnahme, obwohl das TKG deutlich differenziert (s zB § 3 Z 7 und Z 16, aber auch § 37 Abs 1 und § 41 Abs 3). Siehe dazu auch PARSCHALK/ZUSER, Netzzugang und Zusammenschaltung im Telekommunikationsrecht, MR 1999, 44 (46); LUST (FN 7) 177.

18 Siehe zB Der Standard 13. 4. 2002, 22; Die Presse 29. 4. 2002, 14, 30. 4. 2002, 25, sowie 28. 5. 2002, 28.

19 Erwägungsgrund 19 und 20 der Zugangsrichtlinie zufolge ist man sich dieser Problematik bewusst.

20 Siehe zB Generalanwalt JACOBS, 28. 5. 1998, im Fall des EuGH Bronner/Mediaprint, Rs C-7/97, Slg 1998, I-7791, Rz 58; JUNG/DESELAERS (FN 14) Art 82 Rz 6 ff, 356 (s auch 337, 349, 352).

21 Ein vergleichbares Produkt wäre dann ohnehin vorhanden, sodass es aufgrund Angewiesenheit auf dieselbe Vorleistung weniger um Innovationen als um nur kurzfristigen Preiswettbewerb ginge. Dass dieser trotz einer Vielzahl von Anbietern auch nicht unbedingt funktioniert, zeigt die regelmäßig um Monate verzögerte Weitergabe von seitens der Regulierungsbehörde verfügten Preisvorteilen auf Großhandelsebene an die Endkunden. Es bleibt abzuwarten, ab wann die Vielzahl von Anbietern den Privatkundenpreis für Zusammenschaltung zum Netz der Mobilkom von derzeit 20 bis 25 Eurocent (rund 3 öS) pro Minute auf etwa 15 Eurocent bzw 2 öS inkl USt reduziert, wie es seit 1. 4. 2002 über den Bescheid der TKC-Kommission v 5. 11. 2001, Z 5/01 – 112 und Z 7/01 – 111, möglich wäre. Siehe auch LUST (FN 7) 182 f und Fn 441 f; VOGELSANG, Behandlung von Optionstarifen im Rahmen der Price-Cap-Regulierung, MMR 2000, 731 (739).

22 Siehe Die Presse 25. 2. 2002, 13, wonach der auf selbständigen Netzausbau bedachte Betreiber UTA bereits vom auf günstigen Zugang vertrauenden Anbieter Tele2 überholt wurde. Zur allgemeinen diesbezüglichen Netzzugangsproblematik s beispielsweise HEFEKÄUSER, Telekommunikationsmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb, MMR 1999, 144; ENGEL, Der Weg der deutschen Telekommunikation in den Wettbewerb, MMR-Beilage 3/1999, 7, sowie relativierend KOENIG/KÜHLING, Funktionsfähiger Wettbewerb und Regulierungsperspektiven auf den Telekommunikationsmärkten – Eine Kritik am Sondergutachten der Monopolkommission, WuW 2000, 596.

23 Die Sinnhaftigkeit der europäischen Entbündelungsverordnung Nr 2887/2000 v 18. 12. 2000, ABl 2000/L 336/4 ist daher zweifelhaft; nicht anders ist es daher um die Glaubwürdigkeit der zuletzt aus Brüssel verkündeten Schlagworte „De-Regulierung" und „Technologieneutralität" bestellt. Siehe zB LUST (FN 7) 129 ff; LAFFONT/TIROLE, Competition in Telecommunications (2000) 208.

Nachdem nunmehr eine Vielzahl von Anbietern am Markt Fuß gefasst hat und einige reine Wiederverkäufer auch wieder vom mittlerweile einigermaßen konsolidierten Markt verschwunden sind,[24] wäre es an der Zeit, die sektorspezifischen Zugangsregelungen zu reduzieren. Dieses Auspendeln ließe sich am einfachsten erreichen, indem die *Preisregulierung* des Regulators *gelockert* wird, sodass zunehmend *höhere* und schließlich marktgerechte und frei verhandelte Preise für Netzzugang verrechnet werden könnten.[25]

Der Konsument hätte dann vermutlich vereinzelt mit vorübergehenden Preiserhöhungen zu rechnen, könnte aber gerade in der Telekommunikation mittelfristig auf erhöhte Auswahl, mehr Innovationen und die positiven Effekte von Wettbewerb auf allen Ebenen vertrauen. Gleichzeitig gäbe es positive Auswirkungen auf den letzten Endes vom Bürger getragenen Staatshaushalt: Die staatsnahe Telekom Austria hätte bei geringerer asymmetrischer Regulierung geringere Verluste bzw einen erhöhten Unternehmenswert,[26] und auch die Kosten der Regulierung wären geringer.

B. Zusammenschaltung

Die in Art 2 lit b der Zugangsrichtlinie sowie § 3 Z 16 TKG definierte Zusammenschaltung soll ihrem Wesen nach die *wechselseitige* Kommunikation zwischen verschiedenen vorhandenen Netzen ermöglichen. Sie ist zB nötig, wenn ein Telefonat vom Festnetz zu einem mobilen Betreiber durchgestellt werden soll oder umgekehrt.

Für Kunden bringt die Erreichbarkeit über Netzgrenzen hinweg jedenfalls Vorteile, da sie einen vergrößerten Teilnehmerkreis erreichen können und somit der *positive Netzwerkeffekt* vergrößert wird. Durch die Zusammenschaltungspflicht, die nach Art 4 und 5 der Zugangsrichtlinie ebenso wie nach § 41 TKG nicht nur Marktbeherrscher trifft, erhalten weiters auch neue bzw kleine Netzbetreiber eine reale Chance, am Markt teilzunehmen: Größere Betreiber können ihre Marktmacht dem Gesetz zufolge nicht dadurch missbrauchen, dass sie einfach die Zusammenschaltung verwehren. Könnte man nämlich nicht oder nur zu erhöhten Preisen über Netzgrenzen hinweg telefonieren, wäre der Anreiz für Neukunden, sich bei dem Betreiber, der die meisten Kunden hat, anzumelden, sehr hoch.[27]

Für die Kostenorientierung gerade hinsichtlich marktbeherrschender Betreiber[28] gibt es hier ein weiteres Argument: Nachdem sich die wechselseitigen Gespräche zwischen den verschiedenen Netzen in etwa ausgleichen, stellen die Gebühren für Zusammenschaltung auf Großhandelsebene theoretisch ein Nullsummenspiel dar.[29] Gleichzeitig liefern hohe fiktive Kosten auf Großhandelsebene ein gutes Argument, um dem Kunden tatsächlich hohe Preise zu verrechnen. Da die in Netzwerkindustrien meist übersichtlich kleine Anzahl von Betreibern in diesem Bereich somit durch *kollusives Verhalten* erhöhte Gewinne zu Lasten des Kunden realisieren könnte, wäre hier erhöhte regulatorische Vorsicht geboten.

Trotz mehrerer mobiler Betreiber hat die Erfahrung gezeigt, dass in diesem Bereich die selbstregulierenden Kräfte des Wettbewerbs äußerst gering sind. Leider dürfte auch die Telekom-Control-Kommission hier teilweise eher auf der Seite der mobilen Betreiber stehen als auf der Seite der nach § 1 Abs 2 TKG zu schützenden Konsumenten und darauf bedacht sein, dass die Margen aus Mobilfunkzusammenschaltung nicht zu gering ausfallen.[30]

Im Bereich der Zusammenschaltung wäre daher künftig genauer darauf zu achten, dass es zu angemessenen Preisen kommt und nicht derjenige, der ein Mobiltelefon anruft, zur Quersubventionierung des angerufenen Mobilfunkbetreibers gezwungen wird. In diesem Bereich scheint mir auch der Ansatz lediglich variabler Kosten durchaus sinnvoll: Dadurch würde jeder Teilnehmer eher die Fixkosten seines eigenen Betreibers als die des angerufenen Netzes tragen. Tendenziell müssten die Zusammenschaltungsgebühren zum Mobilfunk daher jedenfalls *sinken* und sich denen des Festnetzes angleichen. Vermutlich wäre hier der Regulierungsschwerpunkt eher zum Mobilfunk zu verlagern,[31] in dem die Anzahl von Betreibern aufgrund von Frequenzknappheit schon rein technisch beschränkt ist.

Aus der bisherigen Darstellung geht klar hervor, dass *Netzzugang und Zusammenschaltung* von ihrem Hintergrund her *grundverschieden* sind: Ersteres müsste mit zunehmender Marktöffnung durch weniger intensives regulatorisches Eingreifen verringert bzw auf Freiwilligkeit verlagert werden; im zweiten Fall ist hingegen zu befürchten, dass langfristige Marktaufsicht nötig ist und bisher gerade im Mobilfunk seitens der nicht gera-

24 Siehe zB RUHLE, Anforderungen an die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, MR 2000, 49 (50), wonach hinter den meisten größeren Betreibern finanzkräftige internationale Konzerne stehen.

25 An sich müssen hierbei gar nicht die Regelungen an sich, sondern nur die Preisbemessung angepasst werden. Einen knappen Überblick über die verschiedenen Preisbemessungsmethoden bieten MASON/VALLETTI (FN 3) 389 (391 ff); zur Anwendung im Bereich Netzzugang und Zusammenschaltung sei ARMSTRONG (FN 3) 64 (73 ff) empfohlen sowie seine detaillierteren Ausführungen in: ARMSTRONG, The Theory of Access Pricing and Interconnection, in: Cave/Majumdar/Vogelsang (Hrsg), Handbook of Telecommunications Economics (in Druck). Siehe weiters LAFFONT/TIROLE (FN 23) 97 ff. Zur gerichtlichen Einschätzung der nötigen Kostendeckung in Deutschland s GERSTNER, Preiskontrolle beim Infrastrukturzugang, WuW 2002, 131; die Entscheidung des VwGH 2000/03/0195 v 6. 9. 2001 hilft leider in der Sache nur beschränkt weiter.

26 Siehe LUST (FN 7) 182, 227 ff (insb Fn 571).

27 Siehe FN 9.

28 Siehe Art 12 und 13 der Zugangsrichtlinie sowie § 41 Abs 3 TKG. Nach Art 5 Abs 3 und 4 der Zugangsrichtlinie kann die Regulierungsbehörde jedoch – wie schon bisher nach Art 9 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG – auch bei nicht marktmächtigen Betreibern von sich aus eingreifen und angemessene Bedingungen verfügen.

29 Dies trifft freilich nur zu, wenn die wechselseitigen Bedingungen vergleichbar sind. Aufgrund intensiver Preisregulierung im Festnetzbereich und milderer regulatorischer Eingriffe im Bereich des Mobilfunks dürfte in diesem Bereich ein derartiges Gleichgewicht fehlen.

30 Siehe LUST (FN 9) zum „Aufschlag für externe Effekte" sowie LUST, Zusammenschaltung im Mobilfunk – Eine Analyse anhand der Bescheide der TKC vom 31. 7. 2000, MR 2000, 333 (336 ff), zum „Investitionsschutz". Vor „industry-mindedness" des Regulators hat RITTALER bereits 1996, Der Wettbewerb in der Telekommunikation – Einige Anmerkungen zum Sondergutachten der Monopolkommission, WuW 1996, 699 (704 und Fn 24), gewarnt; s auch LAFFONT/TIROLE (FN 23) 56 ff.

31 Im Bereich der Zusammenschaltung, die die Großzahl der Kunden betrifft und bei der es aus Sicht des Kunden kaum Alternativen zur unfreiwilligen Quersubventionierung gibt, wenn man einen Teilnehmer erreichen möchte, scheinen daher sowohl ökonomische wie auch politisch-soziale Argumente für eine Regulierung der von Netzwerkeffekten geprägten Telekommunikation zu sprechen. In anderen Bereichen wie zB bei grenzüberschreitendem mobilen Roaming, das durchaus als komfortables Luxusgut angesehen werden kann, sieht die Sache jedoch anders aus: Hier wird die Leistung aufgrund hohen Nutzens trotz hohen Preises angenommen und auch seitens der Betreiber wird demnach gerne Zugang gewährt. In diesem Bereich gibt es – da jeder Kunde selbst entscheiden kann, ob ihm der durch Roaming gebotene Komfort das Entgelt wert ist – weniger Gründe, sich auf Kostenorientierung gemäß variablen Kosten zu fixieren. Da in der Telekommunikation auch die überwiegenden Fixkosten gedeckt werden müssen, spricht hier nichts dagegen, in diesem in gewissen Grenzen preisinelastischen Gebiet einen höheren Deckungsbeitrag zuzulassen und sich mit dem natürlichen Prinzip von Netzwerkindustrien abzufinden, dass eher der durch innovative Dienste ermöglichte Mehrwert als die tatsächlich anfallenden Kosten die Grundlage für die Bepreisung bilden. Wirtschaftlich ist unbestritten, dass eine effiziente Leistungsbereitstellung teils erst durch „Preisdiskriminierung" ermöglicht wird. Siehe zB LAFFONT/TIROLE (FN 23) 60 ff; KNIEPS, Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt, MMR-Beilage 2/2000, 1 (12 f); VOGELSANG (FN 21) 731 (732); grundlegend zB SCHERER/ROSS, Industrial Market Structure and Economic Performance[3] (1990) Kapitel 13; VARIAN, Intermediate Microeconomics[4] (1996) Kapitel 24.

de am Gesetzeswortlaut fixierten Regulierungsbehörde wohlwollend „ein Auge zugedrückt" wurde, womit teilweise leider recht klar gegen die gesamtwirtschaftliche Effizienz und die Interessen des Kunden entschieden wurde.[32] Das TKG hat bislang – völlig zu Recht – die beiden Begriffe unterschieden. Eine Vermischung würde notgedrungen zu zu niedrigen Zugangsgebühren führen, wodurch alternative Investitionen gehemmt werden, oder zu zu hohen Zusammenschaltungspreisen, wodurch größeren Betreibern zu Lasten der Kunden sichere Einnahmen garantiert werden.[33]

V. Netzzugang und Zusammenschaltung anhand der neuen Richtlinien

Die neue europäische Zugangsrichtlinie enthält im Wesentlichen ähnliche Bestimmungen wie der bisherige Rechtsrahmen.[34] Aufgrund der *Flexibilitätsbemühungen,* die das Auspendeln sektorspezifischer Regulierung ermöglichen sollen, lassen sich die sektorspezifischen Regelungsinstrumente dosierter als bisher anwenden (Art 8 ff der Zugangsrichtlinie). Leider schwingt trotz vermeintlicher „Technologieneutralität", die bereits durch eine starke Anhäufung detaillierter technischer Fachbegriffe relativiert wird, eine gewisse Tendenz zur Ausweitung des ehemals sektorspezifischen Telekommunikationsrechts auf sämtliche „elektronischen Kommunikationsdienste" mit.[35]

Aufgrund der weiterhin vagen Bestimmungen zu Netzzugang und Zusammenschaltung hat der nationale Gesetzgeber weiterhin Spielraum bei der Umsetzung und könnte nötigenfalls bestehende Regelungen inhaltlich weitgehend beibehalten. In einem Bereich scheint es flüchtig betrachtet jedoch eine Einschränkung zu geben. In Art 3 Abs 2 der Zugangsrichtlinie heißt es nämlich: „[. . .] die Mitgliedstaaten [heben] Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf, mit denen Netzbetreiber verpflichtet werden, bei der Gewährung des Zugangs oder der Zusammenschaltung verschiedener Unternehmen unterschiedliche Bedingungen für gleichwertige Dienste anzubieten [. . .]". Diese aus dem ursprünglichen Vorschlag der Europäischen Kommission stammende Formulierung ist leider auch Teil der endgültigen Richtlinie geworden.

Bisher war es jedenfalls möglich, (1.) die – schon aus Überlegungen des Kundenschutzes ebenso wie des Schutzes kleiner Anbieter – vorrangig zu ermöglichende Zusammenschaltung preislich besonders niedrig zu halten. Darüber hinaus (2.) konnte – wirtschaftlichen Effizienzüberlegungen folgend – Betreibern, die eifrig in eigene Netzinfrastruktur investieren, ziemlich günstiger Netzzugang gewährt werden, um einerseits ihren Ehrgeiz zu belohnen und andererseits ihnen das Schließen von Lücken ihrer im Aufbau befindlichen Netze zu erleichtern. Reinen Zugangsnachfragern ohne Infrastrukur konnte hingegen (3.) – dem Primat des frei verhandelten Zugangs folgend – ein der Miete ähnlicher, höherer Preis verrechnet werden. Innerhalb der letzten Gruppe können von fremden Leistungen zehrende reine Wiederverkäufer nur kurzfristig Nischen besetzen, während besonders innovative Anbieter, die sich auf ihre innovative und demnach lukrative Spezialtätigkeit konzentrieren wollen, eher mit freien Kapazitäten rechnen können; schließlich bieten Letztere dem dort nicht tätigen Ex-Monopolisten auch weniger unmittelbare Konkurrenz und belasten ihn demnach weniger.

Die Möglichkeit dieser ökonomisch indizierten und daher zu begrüßenden, grob dreistufigen, *Preisdifferenzierung* wird durch Art 3 Abs 2 sowie Art 12, der den Zugang nicht so deutlich von der im selben Artikel behandelten Zusammenschaltung trennt, *auf den ersten Blick eingeengt.*[36] Hatte die Kommission tatsächlich im Sinn, die tendenziell niedrig zu haltenden Zusammenschaltungspreise mit der tendenziell über höhere Preise auszupendelnden Netzzugangsregulierung in einen Topf zu werfen, gäbe es dafür in erster Linie zwei mögliche Erklärungen: Einerseits könnte sie aufgrund hohen industriepolitischen Lobbyingdrucks vom legitimen Hintergrund der sektorspezifischen Regulierung und Harmonisierung nach Art 95 EG-Vertrag abgekommen sein. Dabei könnte sie mitunter vernachlässigt haben, dass gerade in der Telekommunikation parallele Netze möglich und für langfristig zielführenden Wettbewerb unerlässlich sind.[37] Andererseits dürfte sie die europarechtlich hochgehaltene Nichtdiskriminierung in Verkennung zugrunde liegender wirtschaftlicher Zusammenhänge im Bereich von Netzwerkindustrien über die Maßen anzuwenden versuchen:[38] Das „gerechte" Aufteilen der überwiegenden Fixkosten auf die verschiedenen Teilnehmer sowie langfristige Innovationen sind nur in einem Umfeld möglich, das wirtschaftlich sinnvolle Preisdiskriminierung sowie Bepreisung anhand des Wertes und nicht nur anhand der (variablen) Kosten zulässt.[39]

Eine *genauere Betrachtung* der Richtlinien zeigt jedoch, dass der erste Eindruck glücklicherweise trügt und auch die neuen Richtlinien hinsichtlich Netzzugang und Zusammenschaltung durchaus zu wirtschaftlich *sinnvollen Ergbnissen* führen können:

Art 3 Abs 2 der neuen Zugangsrichlinie spricht nämlich von „gleichwertigen" und nicht von „gleichartigen" Diensten.[40] Die *technische* Verwandtschaft von Zusam-

32 Die eindeutigsten Beispiele in Österreich sind meines Wissens im Bereich Festnetzzugang die Verfügung der TKC-Kommission 2. 7. 1999, Z 1/99, 145, s dazu LUST (FN 7) 181 ff, sowie im Bereich Mobilfunkzusammenschaltung der Aufschlag für externe Effekte. Er wurde erstmals in den Bescheiden der TKC-Kommission v 5. 11. 2001, Z 5/01-112 und Z 7/01-111 sowie Z 14/01-103 und Z 15/01-106 verfügt, s hierzu LUST (FN 9).

33 Siehe FN 9.

34 Für eine etwas umfassendere Darstellung der bisherigen wie auch der im Jahr 2000 vorgeschlagenen und nunmehr weitgehend unveränderten neuen Bestimmungen zu Netzzugang und Zusammenschaltung, s beispielsweise LUST (FN 7) 87 ff, mwN.

35 So wird der europarechtlich „harmonisierte" Zugangsbegriff des Art 2 lit a auch auf die bislang ohne aufwendige sektorspezifische Regulierung auskommende EDV-Branche erweitert, indem „Zugang zu einschlägigen Softwaresystemen, einschließlich Systemen für die Betriebsunterstützung" ausdrücklich hervorgestrichen wird. Siehe auch v MEIBOM/v DEM BUSSCHE, Notwendigkeit einer Rückführung der TK-Regulierung, MMR 2000, 206 (210); SCHÜTZ/ATTENDORN, Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union – Was muss Deutschland ändern?, MMR-Beilage 4/2002, 16 f. Es ist zu hoffen, dass die neue Flexibilität in der Praxis vorwiegend im Sinne einer Beschränkung auf kartellrechtsnahe Eingriffe ausgeübt wird.

36 In diese Richtung zeigen auch der 3. und 7. Erwägungsgrund.

37 Ist man hingegen der Meinung, dass das Heil in einem einzigen, für jeden zugänglichen, offenen, aber in Privateigentum stehenden Netz liegt, kommt man in der Telekommunikation dem theoretisch vielleicht zielführenden, aber praktisch stets gescheiterten, zentralverwalteten Marxismus bedenklich nahe.

38 Siehe diesbezüglich auch VELJANOVSKI, E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission's View of the Network Economy Right?, ECLR 2001, 115 (insb 118 f); AHLBORN/EVANS/PADILLA, Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?, ECLR 2001, 156 (162 ff); LAFFONT/TIROLE (FN 23) 131 ff. Zum Hintergrund s FN 31.

39 So gesehen gab es durchaus gewisse Gründe für die früheren staatlichen Monopole, die unter anderem die Verteilung der überwiegend fixen Kosten auch nach sozialen anstatt nach rein technischen Gesichtspunkten durchzuführen versuchten. Siehe auch FN 25.

40 Ein Blick in die Entstehungsgeschichte zeigt, dass das von der Kommission vorgeschlagene Adjektiv „gleich" in der endgültigen Richtlinie immerhin zu „gleichwertig" umgeändert werden konnte und dass hier die Wortwahl durchaus relevant ist.

menschaltung bzw Netzzugang zwischen Netzbetreibern und Zugang für Diensteanbieter ohne Netz ist daher nicht ausschlaggebend. Vielmehr ist aufgrund der vorangegangenen *wirtschaftlichen* Analyse klar, dass die unterschiedlichen Formen eben *nicht* „gleich*wertig*" sind und daher auch in einem um Nichtdiskriminierung bedachten Rechtsrahmen unterschiedlich zu behandeln sind. Schließlich ist die auf wirtschaftlichen Besonderheiten beruhende sektorspezifische Wirtschaftslenkung auch teleologisch auf die ökonomisch indizierten Zusammenhänge zurückzuführen.[41]

Diese – der Gesamteffizienz und dem Konsumenten zugute kommende – *enge Auslegung von Art 3 Abs 2 der Zugangsrichtlinie* wird auch durch andere Auslegungsmethoden bestätigt: Neben dem inhärenten Bestreben der flexibleren neuen Zugangsrichtlinie, die sektorspezifische Regulierung auf das notwendige Maß zurückzuführen, betont bereits Art 1 Abs 1 den Vorrang für „nachhaltigen Wettbewerb und [...] Interoperabilität [...] und die Interessen der Verbraucher". Diese verbindlichen Ziele, die auch in Art 5 der Zugangsrichtlinie und Art 8 der Rahmenrichtlinie an prominenter Stelle bekräftigt werden, bedingen eben eine enge Auslegung von Art 3 Abs 2 der Zugangsrichtlinie. Darüber hinaus wären andernfalls die zentralen Zugangsregelungen (s va Art 12 Abs 2 lit a und d) und vor allem die – nunmehr in einem eigenen Artikel geregelten – Bestimmungen zur Preiskontrolle nicht umsetzbar (s va Art 13 Abs 2).

Der *Gesetzgeber* sollte bei der Umsetzung der neuen Richtlinien ins nationale Recht daher nicht in die Falle tappen: Er wird darauf achten müssen, die verschiedenen Formen des Zugangs untereinander sowie das Verhältnis von Netzzugang und Zusammenschaltung *klar zu trennen*. Aufgrund der bisherigen Erfahrung der Regulierung in Österreich wäre ein verstärktes Herausarbeiten der Unterschiede wünschenswert und der Spielraum der neuen Richtlinien zu nützen. Durch genauere gesetzliche Bestimmung könnte man die Rechtssicherheit fördern und die nicht immer zielführenden „rechtssetzenden Bescheide"[42] des Regulators eindämmen.[43] Gleichzeitig käme es wohl nicht nur zu einer Entlastung der Regulierungsbehörde, sondern auch des derzeit regelmäßig angerufenen aber naturgemäß mit Verzögerung entscheidenden VwGH.

Da es sich in diesem Bereich um *prinzipielle* – teils auch politisch beeinflusste – Entscheidungen handelt, wären hierzu weder allzu technikbezogene Regelungen nötig, noch wäre zu befürchten, dass das Gesetz allzu oft anzupassen wäre. Klare wirtschaftliche Preisbemessungskriterien – zB Grenzkosten für Zusammenschaltung, tatsächliche Vollkosten für Zugang bei engagierten Netzbetreibern und Ramseyüberlegungen bzw Efficient Component Pricing Rule für Zugang ohne Netz[44] – wären ausreichend. Die Regelungen für engagierte Netzbetreiber wären freilich zeitlich zu beschränken, um die Ernsthaftigkeit des „Engagements" zu fördern. Damit wäre ein deutlicher Schritt in Richtung *De*-Regulierung und allgemeingültigerem Wettbewerbsrecht getan, ohne auf die gewohnten Zugangsformen verzichten zu müssen.

VI. Schlussfolgerung

Der Gesetzgeber ist also gefordert, sich möglichst früh in der Gesetzesentstehungsphase eingehend mit den wirtschaftlichen Zusammenhängen auseinanderzusetzen. Inwieweit er dem Druck der Telekom-Industrie widerstehen und die langfristigen Interessen des Konsumenten berücksichtigen kann, wird man spätestens in einem Jahr sehen. Gleichzeitig ist zu hoffen, dass das Prinzip des Auspendelns sektorspezifischer Regulierung nicht verloren geht und dass aufgrund einer kritischen Auseinandersetzung mit der bisherigen Regulierungstätigkeit ein entsprechend engeres rechtliches Korsett für den Regulator gestrickt wird.

41 In diese Richtung zeigt auch der 13. Erwägungsgrund.

42 Diesen Begriff haben GEBHART/VARTIAN, Rechtliche Regelungen und Liberalisierung des österreichischen Telekommunikationsmarktes, MMR 1999, 153 (154), zu Beginn der Liberalisierung noch im positiven Sinne verwendet.

43 Schließlich sollten die Entscheidungen weitgehend vom politisch verantwortlichen Gesetzgeber ausgehen, sodass die nach Art 133 Z 4 B-VG unabhängigen Behörden nur die tatsächlich unerlässlichen Spielräume in richterlicher Funktion auslegen müssten. Siehe auch VfSlg 14.256/1995 und 15.888/2000.

44 Siehe FN 25 mwN.

Erich WOLF

Der Mantelkauf im Österreichischen Abgabenrecht

Gliederung:

I. Einleitung
II. Die zu untersuchende Bestimmung im § 8 Abs 4 Z 2 KStG
III. Verlust der wirtschaftlichen Identität infolge Strukturänderungen
A. Änderungen der Gesellschaftsstruktur
B. Änderungen in den Organisationsstrukturen
C. Änderungen in der wirtschaftlichen Struktur
IV. Gestaltungsstrategien gegen den Verlust des Verlustabzuges wegen Mantelhanf
V. Die Escape-Klausel: Sanierung zur Arbeitsplatzerhaltung
VI. Conclusio

Deskriptoren: Abgabenrecht; Auslegung Mantelkauf; Auslegung Verfassungskonformität; Gestaltungsstrategien, steuerliche; Körperschaftssteuer; Mantelkauf; Sanierungsklausel; Tatbestandselemente Mantelkauf; Verlustabzug.

I. Einleitung

Der Anwendungsbereich bzw die Interpretation der sogenannten „Anti-Mantelkauf"-Bestimmung des § 8 Abs 4 Z 2 KStG im österreichischen Körperschaftsteuergesetz gehört zu einem der schwierigsten Kapitel des gesamten Abgabenrechts. Nach dem Mantelkauftatbestand soll der Verlustabzug einer Körperschaft untergehen, wenn die (wirtschaftliche) Identität des Steuerpflichtigen nicht mehr gegeben ist. Der nachfolgende Beitrag versucht eine Systematisierung darzustellen und beleuchtet diese Thematik auch aus verfassungsrechtlicher Sicht.

Die Thematik der Verwertung steuerlicher Verluste gehört in der Beratungspraxis, in wissenschaftlichen Diskussionen und für die Steuerpolitik sicherlich zu den