



5. März 2018

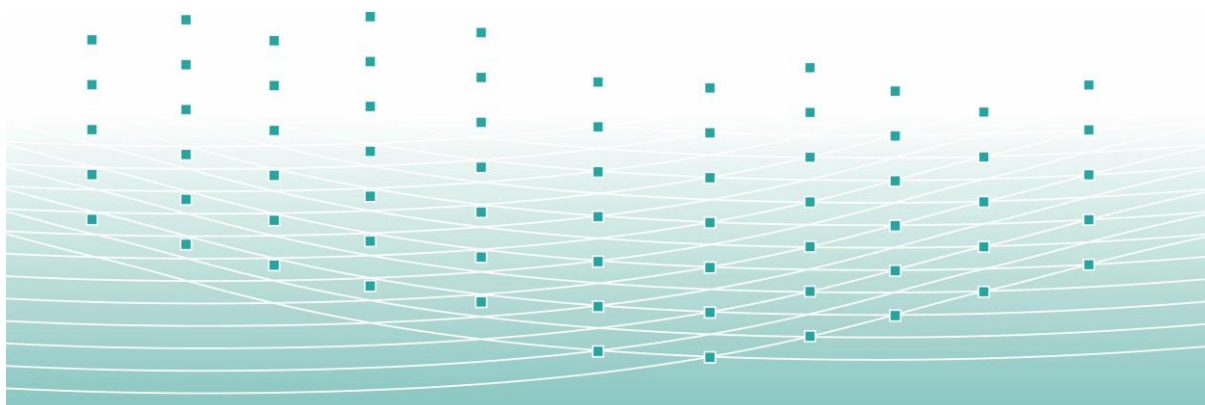
17.058 n Fernmeldegesetz. Revision

Marktbeherrschung und Marktabgrenzung im Fernmeldebereich

Zusatzbericht an die KVF-N

Inhalt

1	Auftrag.....	1
2	Zugangsregulierung und Kartellrecht.....	1
3	Marktbeherrschung im relevanten Markt.....	1
4	Praxis im Rahmen von Zugangsverfahren gemäss FMG	2
5	Praxis der sektorspezifischen Regulierung in der EU	3
6	Zusammenfassung und Fazit	4



1 Auftrag

Die KVF-N hat am 12. Februar 2018 über die Botschaft des Bundesrates zur Teilrevision des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 6. September 2017 beraten und Eintreten beschlossen. Die Verwaltung wurde beauftragt, im Zusammenhang mit den Netzzugangsregeln die Praxis bei der Bestimmung der Markbeherrschung darzustellen. Dabei soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, ob auch geographisch differenziert reguliert werden kann und ob neben Swisscom auch andere Unternehmen eine marktbeherrschende Position in einem Markt einnehmen können.

2 Zugangsregulierung und Kartellrecht

Ziel des im Jahre 1998 revidierten Fernmeldegesetzes (FMG) war es, den bis dato monopolistischen Fernmeldemarkt in einen Wettbewerbsmarkt zu überführen. Das FMG bezweckt die Schaffung von Rahmenbedingungen, damit der Wettbewerb ermöglicht und begünstigt wird und der Bevölkerung und der Wirtschaft in der Folge vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden. Eine besondere Rolle kommt der sektoriellen Zugangsregulierung marktbeherrschender Unternehmen zu. Die Zugangsregulierung ist ein Instrument, den Wettbewerb im Endkundenmarkt zu fördern und in der Folge Markteintritte von weiteren Anbietern zu ermöglichen.

Die sektorspezifische Regulierung tritt zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung des Kartellrechts (KG) hinzu. FMG und KG kommen somit parallel nach den jeweiligen Kriterien zur Anwendung.¹ Während das KG Wettbewerbsabreden und den Missbrauch von Marktmacht wie die Erzwingung unangemessener Preise regelt, ist die fernmelderechtliche Regulierung darauf ausgerichtet, in einem Markt Wettbewerb zu ermöglichen und Markteintrittsbarrieren systematisch zu senken.

3 Marktbeherrschung im relevanten Markt

Voraussetzung für eine sektorspezifische Netzzugangsregulierung ist das Vorliegen von Marktbeherrschung im relevanten Markt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten gemäss KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten liegt keine Marktbeherrschung vor, wenn in einem bestimmten Markt Markteintritte möglich sind und ein wirksamer Wettbewerb herrscht.

Die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung im Fernmeldebereich stützt sich auf die Bestimmungen im KG. Die Untersuchung einer marktbeherrschenden Stellung bezieht sich auf einen sachlich und räumlich relevanten (Teil-)Markt.

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar, d.h. austauschbar, angesehen werden. Der Fernmeldebereich stellt somit nicht einen einzigen sachlich relevanten Markt dar, sondern besteht aus verschiedenen sachlichen Märkten (wie Zugang zu Teilnehmern oder Zustellung/Terminierung von Sprachanrufen, etc.).

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.² Üblicherweise stellt sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, ob sich die Wettbewerbsverhältnisse in verschiedenen

¹ Urteil des Bundesgerichts 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007, E. 3.2.

² Art. 11 Abs. 3 Bst. b Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen VKU

Gebieten unterscheiden.³ Herrschen überall mehr oder weniger homogene Wettbewerbsverhältnisse, wird von einem einzigen räumlich relevanten (d.h. üblicherweise nationalen) Markt ausgegangen. Werden hingegen regional hinreichend heterogene Wettbewerbsverhältnisse festgestellt, wie z. B. unterschiedlich viele und starke Konkurrenten, sind räumlich abgegrenzte Teilmärkte zu unterscheiden.

Eine marktbeherrschende Stellung ist sodann in jedem einzelnen Markt zu prüfen. Ein sachlich und räumlich relevanter Markt wie auch die Marktstellungen der beteiligten Firmen können sich im Zeitverlauf aufgrund von Anpassungen im Markt oder im Zuge technologischer Entwicklungen verändern.

Bei der Beurteilung von kartellrechtlichen Fragen durch die Wettbewerbskommission (WEKO) stellt die Unterteilung eines sachlich relevanten Marktes in räumlich differenzierte (Teil-)Märkte gängige Praxis dar. Beispielsweise legte die WEKO etwa im Medienbereich regelmässig separate lokale und regionale Märkte aufgrund der Verbreitungsgebiete und der Sprachen fest.⁴

4 Praxis im Rahmen von Zugangsverfahren gemäss FMG

Laut Art. 11a Abs. 1 FMG verfügt die Eidg. Kommunikationskommission (ComCom) die Bedingungen des Zugangs stets auf Gesuch einer Partei, wenn sich Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen einigen (Verhandlungsprimat). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt (BAKOM) die Wettbewerbskommission (Art. 11a Abs. 2 FMG). Eine bereits einmal von der ComCom festgestellte marktbeherrschende Stellung kann vom betroffenen Unternehmen jederzeit wieder bestritten werden, was eine erneute Marktuntersuchung zur Folge hat.

Beim Zugang zur Kupferanschlussleitung und bei der Zustellung/Terminierung von Anrufen auf das Festnetz hat Swisscom bisher eine marktbeherrschende Stellung nicht bestritten, weshalb in diesen Bereichen bislang auch keine Marktuntersuchung durch die ComCom durchzuführen war. Im Bereich der Kabelkanalisationen und im Markt für Mietleitungen hat die ComCom im Jahr 2009 eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom festgestellt, nachdem diese eine solche bestritten hatte.

Bei der Weiterleitung von Anrufen von einer Anbieterin zu einer andern Anbieterin hat die ComCom 2003 festgestellt, dass Swisscom grundsätzlich keine marktbeherrschende Stellung innehat. Ausstehend ist ein Entscheid der ComCom im Bereich der IP-Interkonnektion. Im Rahmen eines Gutachtens für die ComCom hat die WEKO 2017 keine Anzeichen für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom festgestellt, nachdem eine kartellrechtlich relevante Abrede zwischen Swisscom und einem ihrer Vertragspartner aufgelöst wurde. Der Entscheid der ComCom wird in Kürze erwartet.

Gesuche um Regulierung und Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung wurden in der Vergangenheit nicht ausschliesslich gegen Swisscom eingereicht. Namentlich im Bereich der Terminierung auf Mobilfunknetze sind ab 2006 mehrere Gesuche um Regulierung marktbeherrschender Unternehmen bei der ComCom eingegangen. Alle Mobilfunknetzbetreiber waren in mindestens einem Verfahren Gesuchsgenerin.

In einem Gutachten für die ComCom hat die WEKO im Jahre 2006 für alle drei Mobilnetzbetreiber eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.⁵ Allerdings hatte die ComCom dazu keinen Entscheid

³ Z.B. Zusammenschlussvorhaben Migros / Globus, RPW 1997/3, https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2006/01/rpw_1997-3.pdf.download.pdf/rpw_1997-3.pdf, 20.02.2018

⁴ Z.B. Tamedia/PPSR (2009), RPW 2009/3, https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2009/12/rpw_2009-3.pdf.download.pdf/rpw_2009-3.pdf, 20.02.2018

⁵ <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-8550.html>, 05.03.2018

zu fällen, da die Gesuche gegen alle drei Firmen kurz nach der Marktuntersuchung wieder zurückgezogen wurden. Im Mobilfunk wurden in der Schweiz gegenwärtig weder für Swisscom noch für die anderen zwei Mobilfunknetzbetreiber die Bedingungen des Zugangs von der ComCom festgelegt.

Das Konzept geographisch differenzierter Märkte kam in der Schweiz im Fernmeldemarkt bislang im Bereich der Mietleitungen zum Einsatz. Mit Entscheid der ComCom 2009 werden seither nur Mietleitungen in Gebieten von geringer oder ausbleibender Konkurrenz kostenorientiert reguliert. Mietleitungen in Gebieten mit ausreichendem Wettbewerb verbleiben unreguliert.

Die nachfolgende Tabelle gibt einen zusammenfassenden Überblick über marktbeherrschende Stellungen im Fernmeldebereich in der Schweiz.

Markt/Bereich	Unternehmen	Marktbeherrschung	Entscheid ComCom
Festnetz-Terminierung	Swisscom	nicht bestritten	1998
Transit	Swisscom	nein	2003
Zugang Teilnehmer	Swisscom	nicht bestritten	2007
Mietleitungen	Swisscom	teilweise ja, teilweise nein	2009
Kabelkanalisationen	Swisscom	ja	2009
Mobilfunkterminierung	Swisscom, Sunrise, Orange	offen	kein
IP-Interkonnektion	Swisscom	?	Entscheid ausstehend

Tabelle 1: Überblick marktbeherrschende Stellungen im Fernmeldebereich

5 Praxis der sektorspezifischen Regulierung in der EU

Die EU-Kommission führt in einer Empfehlung⁶ eine Liste relevanter Fernmelde-Märkte, welche insbesondere für eine Vorab-Regulierung in Betracht kommen. Diese Märkte werden in den EU-Mitgliedsstaaten regelmässig analysiert und beim Auffinden von signifikanter Marktmacht ex ante reguliert. Wollen Mitgliedsstaaten einen nicht auf dieser Liste genannten Markt regulieren, haben sie höhere Hürden zu überwinden, um die Notwendigkeit einer Regulierung nachzuweisen. Die Liste der in der EU für eine Vorabregulierung in Frage kommenden Märkte wurde seit 2003 nach zwei Überprüfungen in den Jahren 2007 und 2014 von 18 auf gegenwärtig 4 reduziert.

Die Zugangsregulierung betrifft nicht in jedem Fall nur die ehemaligen Monopolanbieterinnen. Im Bereich Mobilfunkterminierung wurde in den EU-Mitgliedsstaaten bei vielen alternativen Netzbetreiberinnen signifikante Marktmacht festgestellt. In Belgien und Dänemark unterstehen auch Kabelnetzanbieterinnen einer Regulierung. In Rumänien hingegen wurde beim Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen bei keinem Unternehmen signifikante Marktmacht festgestellt.

⁶ Empfehlung der Kommission vom 9. Oktober 2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0710>, 16.02.2018

Der Blick in die EU zeigt weiter, dass geographisch differenzierte Zugangsregulierungen zum Instrumentarium von Regulierungsbehörden gehören. Gemäss der Empfehlung der EU-Kommission zu den relevanten Märkten sollten die nationalen Regulierungsbehörden bei der Definition von Märkten ein geografisches Gebiet ermitteln, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind. Der zugehörige erklärende Bericht führt dazu aus, dass in Fällen, wo regionale Unterschiede zur Abgrenzung unterschiedlicher geografischer Märkte nicht ausreichen, in ein und demselben Markt auch geografisch unterschiedliche Regulierungsmassnahmen vorgesehen werden können.

Im Fernmeldebereich sind in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten wie z. B. in Spanien, Portugal, Grossbritannien, Deutschland, Finnland, Frankreich oder Dänemark regional differenzierte Märkte und/oder Regulierungsmassnahmen zu beobachten. Das hat dazu geführt, dass Preisvorgaben oder Angebotspflichten teilweise regional unterschiedlich erlassen wurden. In einigen Ländern wurde beispielsweise für entbündelte Glasfaserleitungen die Regulierung der Preise regional aufgehoben. In anderen Ländern der EU sind regional unterschiedliche Preisvorgaben zu beobachten.

In Deutschland wurde 2015 die Regulierung von Bitstromprodukten aufgrund von lokalem Wettbewerb in mehreren Städten aufgehoben. In Spanien, Portugal und Grossbritannien wurde ein Vorleistungsmarkt in unterschiedliche sub-nationale Märkte unterteilt und entsprechend jeweils mehr als die Hälfte des Netzes dereguliert. In Frankreich sind grundsätzlich regulierte Zugangsprodukte je nach Wettbewerbsverhältnissen in bestimmten Gebieten nicht kostenorientiert anzubieten.

6 Zusammenfassung und Fazit

Die Zugangsregulierung soll in vorausschauender Weise Markteintrittshürden senken und den Wettbewerb begünstigen. Voraussetzung für eine sektorspezifische Regulierung ist gemäss FMG eine marktbeherrschende Stellung in einem bestimmten Markt. Dieser Markt ist in Bezug auf den sachlichen Gegenstand und das geografische Gebiet abzugrenzen.

Die Praxis im Fernmeldebereich in der Schweiz hat gezeigt, dass Swisscom als ehemalige Monopolanbieterin durch die ComCom nicht in jedem Fall und nicht zwingend überall als marktbeherrschende Anbieterin beurteilt wurde.

Die räumliche Unterteilung eines sachlichen Marktes in verschiedene Teilmärkte ist in der Schweiz und auch im Ausland übliche Praxis. Im Fernmeldebereich wurde in der Schweiz bisher ein Markt, namentlich der Markt für Mietleitungen, in einen nicht kompetitiven regulierten Teilmarkt sowie in einen kompetitiven und somit nicht regulierten Teilmarkt unterteilt.

Ein Blick in die EU zeigt im Fernmeldebereich ein vielfältiges Bild: In verschiedenen Ländern sind geografisch differenzierte Märkte und/oder Regulierungsmassnahmen zu beobachten – Tendenz steigend. Es gibt ehemalige Monopolisten, welche in gewissen Märkten flächendeckend reguliert werden aber auch ehemalige Monopolisten, welche gebietsweise oder in bestimmten Märkten nicht der Regulierung unterliegen. Weiter gibt es auch alternative Anbieterinnen, bei welchen signifikante Marktmacht festgestellt wurde und welche deshalb einer Regulierung unterliegen.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Revision des FMG sieht für die technologie neutrale Zugangsregulierung bei einer marktbeherrschenden Stellung ein flexibles Regulierungsinstrumentarium vor. Im Zusammenspiel mit der üblichen Praxis der räumlichen Abgrenzung von Märkten werden regional unterschiedlich Regulierungseingriffe ermöglicht, welche nur dort wo nötig vorgenommen werden und sich auf das mildeste noch wirksame Mittel beschränken können. In Gebieten mit ausreichendem Wettbewerb könnte auf eine sektorspezifische Regulierung entweder vollständig oder auch teilweise verzichtet werden, während in anderen Gebieten der Wettbewerb durch gezielte Regulierungseingriffe gefördert werden könnte.