

## **Wettbewerbspolitischer Workshop Avenir Suisse**

### **Schnittstellen zwischen Sektorregulierung und Kartellrecht**

18. März 2010

Mani Reinert

---

## Aufgaben: Preisüberwachung

Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 6  
Abs. 1 StromVG

- ElCom überwacht folgende Preise:
  - Elektrizitätstarife für Endverbraucher mit Grundversorgung (bis 2014)
  - Netznutzungsentgelte
- ElCom verfügt von Amtes wegen oder auf Antrag:
  - Untersagung ungerechtfertigter Erhöhungen
  - Rückwirkende Senkung zu hoher Preise

## Aufgaben: Netzzugang

Art. 13 StromVG

- Netzbetreiber müssen Dritten diskriminierungsfreien Netzzugang gewähren

Art. 22 Abs. 2 i.V.m. Art.  
13 StromVG

- ElCom verfügt von Amtes wegen oder auf Antrag bei:
  - Differenzen bezüglich Netzzugang
  - Differenzen bezüglich Netzebene

## Übrige Aufgaben

- Entscheide bei Differenzen in Bezug auf die Auszahlung der kostendeckenden Einspeisevergütung für erneuerbare Energien
- Überwachung der Entbündelung des Übertragungsnetzes
- Überwachung der Versorgungssicherheit
- Überwachung der Einhaltung der internationalen Mindeststandards in Bezug auf den Netzbetrieb
- Internationaler Stromtransport und -handel
  - Regelung der Zuteilung von Netzkapazität bei Engpässen in grenzüberschreitenden Leitungen (z.B. Auktionen)
  - Koordination mit anderen europäischen Regulatoren

## Aufgabenteilung

- Im **nichtregulierten Bereich** ist Weko vollumfänglich zuständig
- Im **regulierten Bereich** ist **Weko bezüglich Preisüberwachung und Netzzugang grundsätzlich nicht zuständig** (Vorbehalt gemäss KG 3 I a). Was heisst das im Einzelnen?
- Weko ist auch im regulierten Bereich **zuständig** für:
  - Beurteilung von Abreden
  - Beurteilung von Zusammenschlüssen
  - Beurteilung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, allerdings mit Ausnahmen (s. nächste Slides)

Botschaft EleG und  
StromVG 2004,  
BBl 2005, 1675

## Aufgabenteilung

- Preisüberwachung:
  - Weko ist **nicht zuständig** zur Beurteilung von:
    - **Excessive Pricing**: Missbräuchlich hohe Netznutzungsentgelte und Elektrizitätstarife für Endverbraucher mit Grundversorgung
    - **Price Squeezing**: Soweit sich der Vorwurf alleine auf ein zu hohes Netznutzungsentgelt des vertikal integrierten Anbieters bezieht
  - Weko ist hingegen **zuständig** zur Beurteilung von:
    - Excessive Pricing gegenüber Grossverbrauchern
    - Predatory Pricing (unter Ausschluss des Price Squeezing Elements)

## Aufgabenteilung

- Netzzugang und Netznutzungsbedingungen
  - Weko ist **nicht zuständig** zur Beurteilung von und Entscheid über:
    - **Verweigerung von Geschäftsbeziehungen:**  
Durchleitungsverweigerungen
    - **Diskriminierung** bei Zugangsbedingungen
    - **Unangemessenen Geschäftsbedingungen** (Excessive Pricing, Streitigkeiten betreffend Netzebene)
    - **Nichtdiskriminierungsaufgaben** bei Zusammenschlüssen
  - Kompatibilität von Swissgrid-Auflagen?
    - Verbot, Elektrizität zu erzeugen, vertreiben oder zu handeln
    - Verbot, Verteilungseinrichtungen zu betreiben oder zu halten  
→ Wohl zulässig, da Art. 18 StromVG Mindestvorschriften vorsieht

REKO/WEF, 20006/2, 345  
E. 5.5, Swissgrid

### Aufgaben

Art. 41 Abs. 1 Bst. a VPG

- Unabhängige Prüfung der Qualität der Dienstleistungen des Universaldienstes und des Zugangs zu diesem

Art. 41 Abs. 1 Bst. b VPG

- Unabhängige Prüfung der Grundsätze der Kosten- und Leistungsrechnung sowie des Quersubventionierungsverbots

Art. 41 Abs. 1 Bst. c VPG

- Behandlung aufsichtsrechtlicher Anzeigen
- Instruktion des Konzessionsverfahrens und Vollzug des Konzessionswesens

Art. 41 Abs. 2 Bst. a VPG /  
Art. 26 Abs. 2 VPG

Art. 41 Abs. 2 Bst. b VPG  
Art. 41 Abs. 2 Bst. c VPG

- Vorbereitung der Preisentscheide des UVEK
- Evaluation der schrittweisen Marktöffnung

## Aufgabenteilung (1/2)

Kommentierung der  
Revision 2004 der  
Postverordnung, S. 25 f.

Art. 18 VPG

- Grundsatz:
  - Weko zuständig für allgemeine Wettbewerbsfragen
  - PostReg zuständig für Fragen der Anwendung der Postgesetzgebung
- Konfliktpotentiale
  - Quersubventionierung:
    - Beispiel: Post betreibt Predatory Pricing im Wettbewerbsdienst durch Quersubventionierung aus dem Monopolbereich
    - Ist Weko an die Beurteilung der PostReg gebunden, was die Quersubventionierung anbelangt?
    - In der Praxis allerdings begrenztes Konfliktpotential, da Quersubventionierung kein konstitutives Merkmal des Missbrauchs ist

### **Aufgabenteilung (2/2)**

Art. 22 Bst. b VPG

- Einhaltung branchenüblicher Arbeitsbedingungen
  - Was gälte bei Abreden zwischen Post und Konzessionären betreffend Löhnen?

## Aufgaben

Art. 11 f. FMG  
Art. 21 FMG

Art. 28 FMG

Art. 24a FMG

Art. 14 ff. FMG  
Art. 28 ff. FMG

Art. 58 FMG  
Art. 60 FMG

- Festlegung der Zugangsbedingungen (Entbündelung, Interkonnektion, Bitstromzugang, Mietleitungen, Verzeichnisdaten usw.), wenn die Anbieterinnen in Verhandlungen keine Einigung erzielen
- Regelung der Modalitäten der Nummernportabilität und der freien Wahl der Dienstanbieterin
- Vergabe von Konzessionen für die Nutzung des Funkfrequenzspektrums
- Erteilung der Grundversorgungskonzession
- Genehmigung der nationalen Nummerierungspläne
- Entscheid über Aufsichtsmaßnahmen und Verwaltungssanktionen

### Aufgabenteilung Zugangsbedingungen (1/2)

BGE 2A.142/2003 vom  
5.9.2003, E. 4.1.3; BGE  
2A.503/2000 vom  
3.10.2001, E. 6c

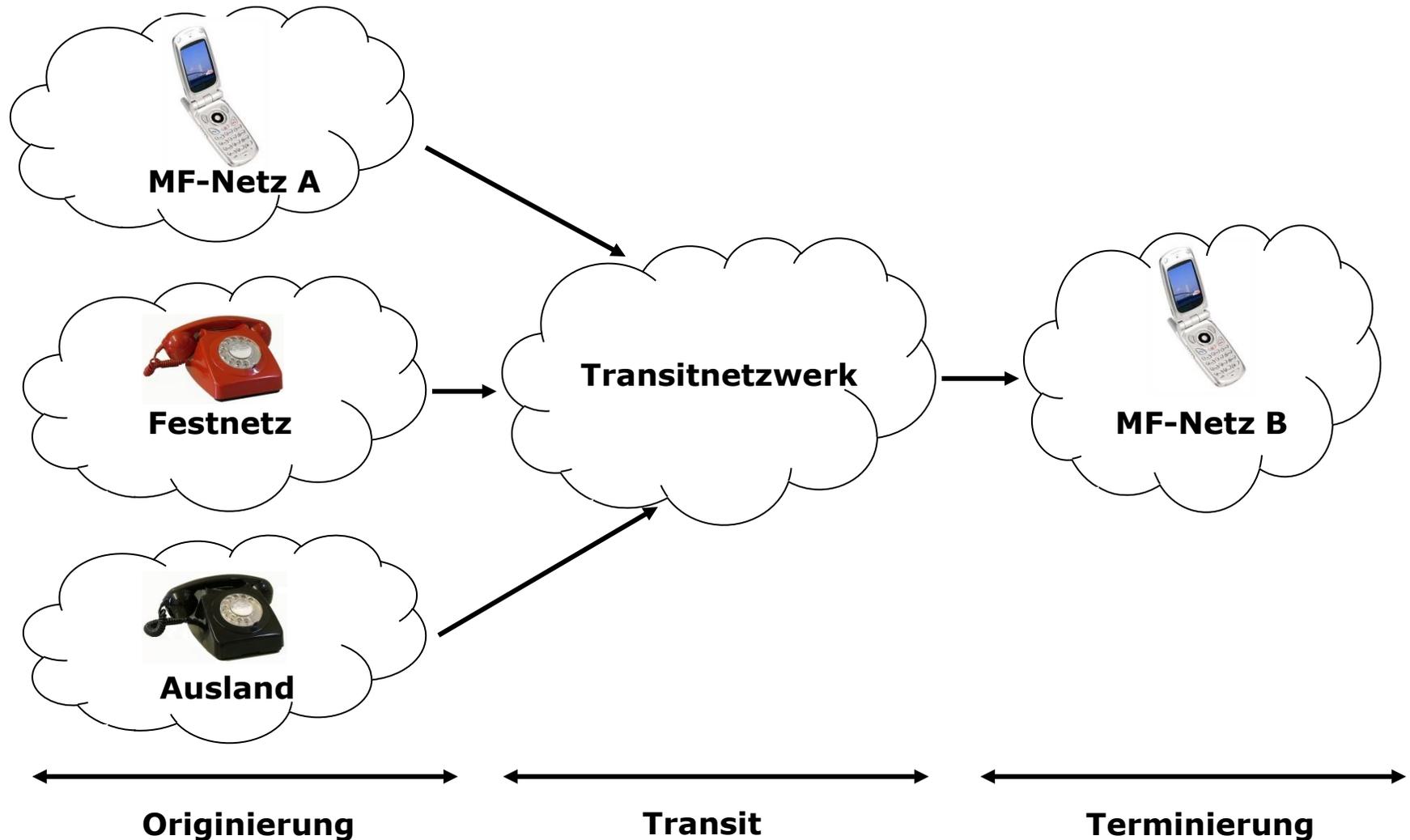
Art. 11a Abs. 2 FMG

- Grundsätzlich parallele Anwendbarkeit von Fernmelderecht und Kartellrecht
- BAKOM muss bei Fragen der Marktbeherrschung die Weko konsultieren
- Weko bleibt zuständig zur Beurteilung von:
  - Abreden
  - Zusammenschlüssen
  - Missbrauch marktbeherrschender Stellung (siehe folgendes Slide)

### Aufgabenteilung Zugangsbedingungen (2/2)

- Missbrauch marktbeherrschender Stellung
  - Excessive Pricing
  - Price Squeezing
  - Verweigerung von Geschäftsbeziehungen: Verweigerung des Zugangs
  - Diskriminierung bei Zugangsbedingungen
  - Unangemessenen Geschäftsbedingungen (z.B. technische Bedingungen)
- Allerdings offene Fragen im Rahmen von KG 7:
  - Beurteilungsmassstab der Angemessenheit von Preisen bei Excessive Pricing: LRIC, PÜG 13?
  - Kann ein von der ComCom verordneter Preis missbräuchlich i.S.v. KG 7 sein?
  - Rück- und Drittwirkung von Interkonnectionsentscheiden über KG 7?
  - Price Squeezing aus Preisobergrenzen nach FDV 22 I a und dem Preis für den entbündelten Zugang gemäss FDV 58 III?

## Beispiel Swisscom MF-Terminierung (1/6)



### Beispiel Swisscom MF-Terminierung (2/6)

- Untersuchung wegen überhöhter Terminierungsgebühren (KG 5 oder KG 7)
- Parteien bestreiten Zuständigkeit der Weko, da es sich um einen Interkonnektionssachverhalt gemäss Art. 11 aFMG handele
- Weko stellt auf Antrag der Parteien in einer Zwischenverfügung fest, dass sie zuständig ist, den Sachverhalt zu beurteilen (17.2.2003)
- REKO/WEF weist Beschwerde dagegen ab. Art. 11 aFMG stellt keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von KG 3 I a dar.
- Am 1.6.2005 senkt Swisscom ihre MF-Terminierungsgebühren um ca. 40%

RPW 2003/2, 387 ff.,  
Terminierungsgebühren im  
Mobilfunkmarkt – Swisscom

REKO/WEF, RPW 2004/1,  
221 ff. E. 6, Swisscom  
Mobile/Wettbewerbskommission

### Beispiel Swisscom MF-Terminierung (3/6)

RPW 2007/2, 241 ff.,  
Terminierung Mobilfunk

- Am 5.2.2007 erlässt Weko Bussverfügung für Zeit vom 1. 4.2004 bis 31.5.2005 gegen Swisscom mit folgendem Inhalt:
  - Es bestehen drei sachlich relevante Märkte für in die MF-Netze von Orange, Sunrise und Swisscom eingehenden Fernmeldedienste
  - Swisscom war in ihrem MF-Netz bis am 31. Mai 2005 marktbeherrschend, Orange und Sunrise nicht
  - Swisscom hat ihre marktbeherrschende Stellung durch die Erzwingung unangemessener Preise missbraucht (KG 7 II c)
  - Busse von CHF 333 Mio.

### Beispiel Swisscom MF-Terminierung (4/6)

- Am 24.2.2010 heisst das Bundesverwaltungsgericht die von Swisscom erhobene Beschwerde gut:
  - Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes der Weko ist korrekt
  - Swisscom war im relevanten Zeitraum marktbeherrschend
  - Aber: Es liegt keine Erzwingung im Sinne von KG 7 II c vor, da die Mobilfunkanbieter kostenorientierte Terminierungsgebühren gestützt auf Art. 11 aFMG hätten verlangen können. Weko setzt "verlangen" unrichtigerweise mit "erzwingen" gleich.

BVGE, E. 9.5

BVGE, E. 10

BVGE, E. 12

### Beispiel Swisscom MF-Terminierung (5/6)

- Kritik:
  - Der Umstand, dass keine Partei ein Verfahren nach Art. 11a FMG einleitet, heisst nicht, dass die Zugangspreise nicht erzwungen sind ("*Kleinere Interkonnektionspartner sind nicht ohne weiteres in der Lage, selbst ein aufwendiges Interkonnektionsverfahren zu führen*")
  - Das Tatbestandsmerkmal des Erzwingens hat in Art. 102 AEUV keine eigenständige Bedeutung; es wird i.S. von "Auferlegen" gelesen.
  - Die Mitteilung der EU-Kommission zu Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich macht im Hinblick auf Excessive Pricing keine Ausnahme im Hinblick auf regulierte Preise

BGE 132 II 289 E. 6.4

Vgl. Möschel, in  
Immenga/Mestmäcker, Art.  
82 N 138

Mitteilung über die  
Anwendung der  
Wettbewerbsregeln auf  
Zugangsvereinbarungen im  
Telekommunikationsbereich  
, ABl. 1998 C 265/17 f. Rz.  
105 ff.

### Beispiel Swisscom MF-Terminierung (6/6)

REKO/WEF, RPW 2004/1,  
224 f. E. 6.4, Swisscom  
Mobile AG/Weko

- Kritik (Fortsetzung):
  - 2004 bejahte die REKO/WEF die Anwendbarkeit des KG u.a. mit dem Argument, dass im Interkonnektionsverfahren gemäss aFMG 11 nicht geprüft werden könne, ob ein Missbrauch kollektiver Marktbeherrschung bestehe
  - Allenfalls Vorbehalt i.S. von KG 3 I a infolge des Verhandlungsprimats (Analogie zu BGE 4C.404/2006, 16.2.2007, E.4.3 betreffend Zugang zu letzter Meile)? Allerdings hat REKO/WEF dies rechtskräftig verneint.
- Hauptproblem:
  - Institut des Verhandlungsprimats
  - Fehlende Ex-ante-Regulierung in der Schweiz

Vgl. gemeinsame  
Presseerklärung von Weko,  
ComCom und  
Preiseüberwacher vom  
28.8.2008  
([http://www.news-  
service.admin.ch/NSBSubscriber/  
message/de/20926](http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/de/20926))

- Wettbewerbs- und Regulierungsbehörde haben **parallele Zuständigkeiten**
- Wettbewerbs- und Regulierungsbehörde sind **je im eigenen** Bereich zuständig:
  - Wettbewerbsbehörde: Kartellrecht
  - Regulierungsbehörde: Sektorregulierung
- **Wettbewerbsbehörde** ausschliesslich zuständig für Kartellrecht und Sektorregulierung
- Die **Regulierungsbehörde** ausschliesslich zuständig für Kartellrecht und Sektorregulierung

- Vorteile einer einheitlichen Behörde:
  - Kohärenz in der materiellen Beurteilung eher gewährleistet (z.B. gleicher Beurteilungsmassstab der Angemessenheit von Preisen: LRIC, Vergleichsmarkt oder Kriterien gemäss PüG 13 etc.)
  - Fach- und Marktexpertise der Regulierungsbehörde kommt auch im Kartellrecht zum Tragen
  - Keine unkoordinierten Verfahren zum gleichen Untersuchungsgegenstand mit Mehrfachbelastung für Unternehmen
  - Schnellere Verfahren: Gegenseitige Konsultationsverfahren entfallen (BAKOM, Preisüberwacher, Weko)
  - Wettbewerbsgedanke bekommt mehr Bedeutung (?)

- Nachteile/Schwierigkeiten einer einheitlichen Behörde
  - Kulturelle Unterschiede (z.B. Wettbewerbsbehörden regulieren nicht gerne Preise), Priorisierung verschiedener Regulierungsziele
  - Eine einheitliche Behörde ist wohl nur auf Basis einer materiell in sich kohärenten Regulierung sinnvoll. Besteht hierzu der politische Wille? Gefahr der Verwässerung des Kartellrechts?
  - Weniger schlanke Behörde mit den daraus resultierenden Ineffizienzen
  - Nebeneinander verschiedener Abteilungen, die im regulatorischen Bereich wenig Überschneidungen aufweisen

- Institutionelle Fragen scheinen weniger ein Problem zu sein
- Die wesentlichen Knackpunkte liegen im materiellen Recht und damit ausserhalb der Kompetenzen der zuständigen Behörden