Plädoyer für Wettbewerb auf Kommunikationsnetzen

Absprachen zwischen staatsnahen Unternehmen wären nicht zum Wohle der Schweizer Konsumenten

In der Schweiz schreitet der Ausbau des Glasfasernetzes voran. Wenn staatliche und staatsnahe Unternehmen künftig den Markt unter sich aufteilen können, wird der Infrastrukturwettbewerb nicht entstehen.

Rolf H. Weber

Kommunikationsnetze sind das unabdingbare Rückgrat der Informationsgesellschaft. Im Festnetzbereich findet derzeit auf der sogenannten letzten Meile bis zum Hausanschluss der Übergang von den Kupferleitungen zur Glasfaser-Infrastruktur statt; im Mobilfunk steht die Einrichtung neuer für die Übermittlung von Bewegtbildern und anderer «breitbandiger» Inhalte nutzbarer Netze an. Nach allgemeiner Auffassung sinken die Preise und steigt die Qualität, wenn – und nur wenn – Wettbewerbsbedingungen vorhanden sind.

Infrastrukturwettbewerb

Das Kartellgesetz (KG) aus dem Jahr 1995 strebt das Ziel an, einen unverfälschten und unbehinderten Wettbewerb zu ermöglichen, soweit nicht die sachlichen Rahmenbedingungen dagegen sprechen, etwa das Vorhandensein natürlicher Monopolstrukturen. Zwar sind die Ressourcen in den Kommunikationsmärkten quantitativ beschränkt, doch besteht die Möglichkeit, so viele parallele Telekommunikationsnetze einzurichten, dass zumindest Wettbewerb zwischen Festnetz- und Mobilfunkanbietern entstehen kann. Bei der Schaffung des Fernmeldegesetzes im Jahr 1997 hat sich der Gesetzgeber aber auch ausdrücklich zum Infrastrukturwettbewerb im Festnetz bekannt, das heisst, auch auf den Übertragungswegen, nicht nur bei den Diensten, soll ein «Konkurrenzkampf» zwischen dem einstigen Telekommunikations-Monopolisten Swisscom und den früher nur die Übertragung von TV-Programmen vornehmenden Kabelnetzbetreibern aufleben.

Wenn nicht eine besondere staatliche Preis- oder Marktordnung vorliegt (Art. 3 KG), was im Falle der Fest- und Mobilnetze in den Kommunikationsmärkten nicht zutrifft, sind Kartell- und Fernmelderecht parallel anwendbar. Verursachen Unternehmen gewisse Wettbewerbsbeschränkungen, muss somit eine doppelte «Prüfung» in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht stattfinden.

So hat etwa die Wettbewerbskommission (Weko), gestützt auf das Kartellgesetz, im April des vergangenen Jahres den Zusammenschluss von Orange und Sunrise mit dem Hinweis verboten, dass beim Wegfall eines Mobilfunkbetreibers und bei einer dadurch entstehenden Marktstruktur mit nur noch zwei Anbietern ein zu hohes Risiko eines sogenannten kollusiven Marktverhaltens entstehe.

Ähnliche Überlegungen gelten auch für die neuen Glasfasernetze bis zum Endkunden. Zwar ist ein Runder Tisch für Gespräche zwischen allen Betroffenen des Glasfasermarktes eingerichtet worden, der dazu führen soll, den Wettbewerb im Breitbandmarkt zu fördern. Doch schliesst die Möglichkeit der Gesprächsführung nicht aus, dass Wettbewerbsbeschränkungen in der realen Welt eintreten. Technisch stehen drei Wertschöpfungsebenen zur Diskussion: nämlich Layer 1 (Bereitstellung der physikalischen Infrastruktur, zum Beispiel Trasse), Layer 2 (zusätzliche Bereitstellung von Datendienstleistungen, zum Beispiel Router, Gateway) und Layer 3 (Bereitstellung zum Beispiel von Triple-Play-Angeboten).

Kartellrechtliche Probleme

Hauptsächliche Erstellerin von Glasfasernetzen im Bereich der sogenannten letzten Meile ist in der Schweiz die Swisscom. Die Investitionen zur Netzerstellung sind sehr hoch, was zu einer optimalen Amortisierung der Kosten zwingt. Gleichzeitig haben in verschiedenen Städten die Elektrizitätswerke begonnen, Glasfasernetze zu erstellen. Eine Zusammenarbeit vermag nicht nur die Einrichtung eines flächendeckenden Netzes zu erleichtern, sondern auch zu Effizienzvorteilen (Synergieeffekten) zu führen. Derzeit verursachen die Angebote auf der Layer-1-Ebene, nämlich das Anmieten der «nackten» (= unbeleuchteten) Glasfaser, Kontroversen: Absprachen zwischen Swisscom und Elektrizitätswerken erschweren insoweit, ungeachtet der Anzahl der vorhandenen Fasern, den Marktzugang für Dritte (ohne Zusatzdienste).

Eine «Zusammenarbeit» ist kartellrechtlich problematisch, wenn dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wird. Eine «Sonderkontrolle» durch die Weko findet – wie erwähnt – bei Unternehmenszusammenschlüssen statt (Art. 9 KG); bei Kooperationen stellt sich die Frage, ob eine wettbewerbsbeschränkende Abrede vorliegt (Art. 5 KG); ist ein Unternehmen marktmächtig, darf es sich nicht missbräuchlich verhalten (Art. 7 KG).

In der Praxis haben offenbar, wie bereits bekannt geworden ist, Swisscom und einzelne Elektrizitätswerke im Rahmen von Zusammenarbeitsverträgen auch Exklusivitätsabsprachen getroffen, welche den Versorgern Exklusivität für Angebote auf der Layer-1-Ebene zusichern.

In einem 2-Faser-Modell schliesst die Zuweisung je einer Glasfaser an die Swisscom und an das Elektrizitätswerk (eventuell verbunden mit Weiterverwendungs-Beschränkungen) den Wettbewerb grundsätzlich aus, weil ein drittes Unternehmen damit gar keinen Direktzugriff auf die Fasern mehr hat. Im 4-Faser-Modell tritt dann eine besondere Problematik ein, wenn alle vier Fasern in einer bestimmten Weise (zum Beispiel je 2) unter den beiden Vertragspartnern Swisscom und Elektrizitätswerk zur Aufteilung gelangen. Exklusivitätsabsprachen sind auch grundsätzlich und in allen Marktsegmenten eine Abredeart, die von der Wettbewerbskommission besonders kritisch hinterfragt wird.

Exklusivitätsabsprachen

Exklusivitätsabsprachen können den Wettbewerb ganz beseitigen (Art. 5 Abs. 3 KG) oder den Wettbewerb zumindest erheblich beschränken (Art. 5 Abs. 1 KG). Wettbewerb lässt sich nur herstellen, wenn Drittunternehmen Zugang zu den Glasfasern zu nichtdiskriminierenden Preisen haben. Sichern sich Swisscom und Elektrizitätswerke gegenseitig Exklusivrechte zu, verhindern sie das Entstehen von Wettbewerb, was kartellgesetzwidrig ist, jedenfalls wenn die beiden Unternehmen, welche die Exklusivitätsabsprache treffen, nicht die gesamte Kapazität für eigene Zwecke beanspruchen.

Das Wettbewerbsrecht muss deshalb so in die Vertragsbeziehungen eingreifen, dass ein optimales Ausmass an Wettbewerb trotz der Knappheit der vorhandenen Ressourcen noch gewährleistet werden kann. Aus anderen Marktsegmenten etwa sind Beispiele für kritische Vertragsklauseln durchaus bekannt:

➤ **1.** Sehr lange Laufzeiten von mehr als 10 Jahren für Zusammenarbeitsverträge mit Exklusivabsprachen sind ausgesprochen problematisch, insbesondere wenn nach Ablauf noch Weiterverlängerungsoptionen bestehen oder sehr lange Kündigungsfristen vorgesehen sind. Die Problematik verstärkt sich noch, wenn das technische Umfeld, wie in Infrastrukturmärkten, fortwährend einem erheblichen Wandel unterworfen ist.

➤ **2.** Vorkaufs- und Vorbenutzungsrechte des anderen Vertragspartners, wenn der eine Vertragspartner nicht die ganze vorhandene Kapazität beansprucht, führen zu einer erheblichen Erschwerung des Netzzugangs für Drittunternehmen, insbesondere dann, wenn der vorberechtigte Vertragspartner die Kapazität vorsorglich beansprucht – nicht zuletzt mit dem Ziel, keine Kapazität für ein Drittunternehmen übrig zu lassen.

➤ **3.** Die Problematik eines Vorkaufs- oder Vorbenutzungsrechts wird noch verstärkt, wenn für die berechtigte Vertragspartei besonders günstige Preisbedingungen formuliert sind oder Gebietsabsprachen bestehen.

➤ **4.** Die von Drittunternehmen zu bezahlenden Entgelte für den Zugang zum Glasfasernetz müssen fair und angemessen, das heisst kostenorientiert sein; im Gegensatz zu den erwähnten Aspekten lässt sich insoweit auf das sektorspezifische Fernmelderecht und die Praxis zu den bisherigen Interkonnektionspreisen zurückgreifen.

Kritische Staatsbeteiligung

Die bereits geschilderte wettbewerbsrechtliche Problematik verschärft sich noch dadurch, dass die beteiligten Vertragsparteien der Exklusivitätsabsprachen dem öffentlichen Bereich zuzuordnen sind, nämlich die Swisscom als vom Bund mehrheitlich kontrollierte Gesellschaft und die Elektrizitätswerke, die überwiegend in direktem oder indirektem Staatseigentum stehen. Die Gestaltung der Strompreise durch Elektrizitätsunternehmen steht bekanntlich schon seit Jahren unter besonderer Beobachtung durch den Preisüberwacher; umso wichtiger ist es dann, dass die Elektrizitätswerke nicht wenig profitable Geschäftsaktivitäten im Kommunikationsbereich durch Tariferhöhungen im Strombereich kompensieren.

In den Schweizer Medien wird denn auch immer wieder die Frage thematisiert, ob nicht die Elektrizitätswerke die Swisscom subventionierten. Diese negative Entwicklung tritt vor allem dann ein, wenn den Elektrizitätswerken, wie der Basler Regierungsrat erst kürzlich bemerkt hatte, ein in der langen Frist gefestigter, positive Resultate bringender «Businessplan» fehlt. Insoweit macht sich die allgemeine Tatsache, dass die Schweiz, ganz im Gegensatz zur Europäischen Union, über kein griffiges Beihilferecht (Subventionsrecht) verfügt, besonders schmerzlich bemerkbar. Die Weko muss diesem Problem ein besonderes Augenmerk schenken.

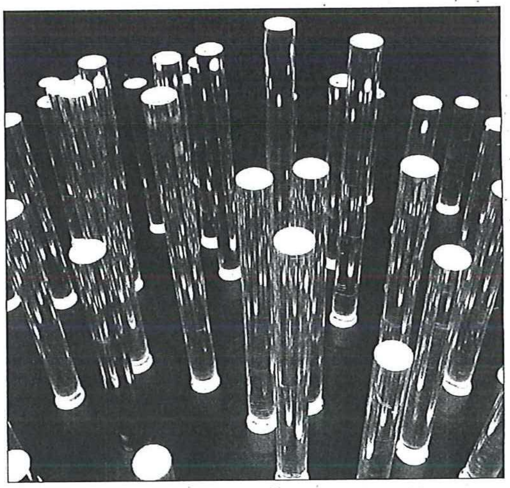
Wenn jedoch staatliche und staatsnahe Unternehmen künftig den Glasfasermarkt unter sich «aufteilen» können, vermag der vom Gesetzgeber vor rund einem Jahrzehnt angestrebte Infrastrukturwettbewerb überhaupt nicht zu entstehen. Eine solche Entwicklung würde nicht nur den Wettbewerbseifer der privaten Konkurrenten, die sich auf dem Markt für ihre Investitionen finanzieren müssen, wohl merklich zurückdämmen, sondern wäre letztlich auch zum Nachteil der Schweizer Konsumenten, die auf diese Weise um den Vorteil eines echten Preiswettbewerbs gebracht würden.

Prof. Dr. **Rolf H. Weber** ist Lehrstuhlinhaber für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich.

Noch viel Arbeit für die Weko

Mue. · In der Schweiz schreitet der Ausbau des Glasfasernetzes voran. Bis 2015 sollen 30% der Haushalte an das Breitbandnetz angeschlossen sein, durch das grosse Datenmengen in kurzer Zeit übermittelt werden können und das das Kupferkabelnetz ablösen wird. Allerdings ist der Wettbewerbskommission (Weko) die Zusammenarbeit der Elektrizitätswerke mit Swisscom in einigen Städten ein Dorn im Auge. Sowohl beim Bau des Glasfasernetzes in St. Gallen als Weko bei gewissen Klauseln wettbewerbsrechtliche Klauseln nicht auszuschliessen. Im Kanton Freiburg prüft die Weko die geplante Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der Swisscom und der Groupe E vertieft. Da in anderen Städten – Basel, Bern und Luzern – ähnliche Kooperationsverträge bestehen, kommt auf die Weko offenbar noch einige Arbeit zu. In der Regel finanziert die Swisscom 60% der Investitionskosten und die Stadtwerke steuern

ANZEIGE



Edmond de Rothschild *Pri*fund:
unsere alternativen Fonds de Fonds

Performance*	2009	2010
*Pri*fund Alpha Uncorrelated	+16,5%	+9,3%
*Pri*fund Alpha Diversified	+14,9%	+8,7%
*Pri*fund Alpha Traders	+11,2%	+10,0%
*Pri*fund Alpha Europa	+18,8%	+9,1%

Teilfonds mit besonderen Risiken
**Klassen A in USD für alle Teilfonds. Die Berechnung der Performance der Teilfonds erfolgt auf Basis des Nettoinventarwerts zum 31. Dezember 2010.*

Kumulierte Performance seit Auflage:
*Pri*fund Alpha Uncorrelated (23.05.2001): +97,1%
*Pri*fund Alpha Diversified (30.04.2006): +57,0%
*Pri*fund Alpha Traders (28.04.2003): +77,6%
*Pri*fund Alpha Europa (24.11.2006): +11,5%

+41 58 818 95 68 - infoprifund@bper.ch
www.edmond-de-rothschild.ch - www.edr-prifund.ch

BANQUE PRIVÉE
EDMOND DE ROTHSCHILD
*pri*fund

Banque Privée Edmond de Rothschild S.A. / 18, rue de Hesse / CH 1204 Genf / T. +41 58 818 91 11