

## Das Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien aus Schweizer Perspektive

Andreas Heinemann<sup>1</sup>

### A. Einführung

#### I. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft in der Schweiz

Die Staatsquote, also der Anteil der öffentlichen Ausgaben am Bruttoinlandsprodukt, liegt in der Schweiz bei etwa 35 Prozent, in Deutschland bei 45 Prozent und in Frankreich bei 56 Prozent. Hierin kommt ein Unterschied zum Ausdruck, der für das Selbstverständnis der Schweiz von grundlegender Bedeutung ist: Die Rolle des Staates in der Wirtschaft wird kleingeschrieben, und jede Bedeutungszunahme steht unter besonderem Rechtfertigungsdruck. Für das Kartell- und Regulierungsrecht hat dies eine ambivalente Konsequenz: Obwohl das Ziel des allgemeinen und besonderen Wettbewerbsrechts darin besteht, die dezentrale Koordination des wirtschaftlichen Geschehens über Märkte zu gewährleisten und damit private Initiative zu stärken, erfordert das *public enforcement* dieser Rechtsmaterien starke Behörden mit wirksamen Durchsetzungsinstrumenten. Die Einrichtung entsprechender Institutionen wird aber teilweise als Bevormundung der Wirtschaftsakteure verstanden und löst bisweilen staatskritische Ablehnung aus. Solche Reaktionen sind dafür verantwortlich, dass das Kartell- und Regulierungsrecht sich eher langsam entwickelt hat. Gefördert durch einen pragmatischen Grundansatz, der auf Kooperation der Akteure, Kompromissbereitschaft und friedliche Einigung setzt, war die schweizerische Wirtschaft lange Zeit im „System der Gruppenvereinbarungen“ organisiert.<sup>2</sup> Grundlegend war der Befund der Preisbildungskommission aus dem Jahr 1957: Die Kommission stellte einen hohen Kartellierungsgrad in der Schweiz fest, den sie auch "auf den föderalistischen Charakter unserer Demokratie und auf die räumliche Dezentrali-

---

1 Ordinarius an der Universität Zürich; Vizepräsident der schweizerischen Wettbewerbskommission. Der Verfasser gibt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

2 *Schluép*, AJP 1996, 795, 797 ff.

sation und die mannigfaltige Struktur unserer nationalen Wirtschaft" zurückführte.<sup>3</sup>

An diesem Befund änderte sich auch durch die Kartellgesetze von 1962 und 1985 nichts Grundlegendes. Nach 1989 geriet die Schweizer Volkswirtschaft in die Krise. In den frühen 1990er Jahren herrschte Rezession, gefolgt von Wachstumsraten nahe null. Als am 6. Dezember 1992 Volk und Stände den Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ablehnten, wurden Forderungen nach einer Revitalisierung der Schweizer Wirtschaft unüberhörbar.<sup>4</sup> 1995 wurden mehrere ordnungspolitisch bedeutsame Reformprojekte verabschiedet, zu denen auch ein modernes Kartellgesetz gehörte.<sup>5</sup> Es setzte sich die Erkenntnis durch, dass wirtschaftlicher Erfolg eine größere Öffnung nach außen und eine höhere Wettbewerbsintensität im Inneren voraussetzt. Die institutionellen Konsequenzen hieraus wurden 2003 gezogen, als das Kartellgesetz durch die Möglichkeit „direkter Sanktionen“, d.h. Geldbußen für den Verstoß gegen die materiell-rechtlichen Tatbestände, ergänzt wurde.<sup>6</sup> Seit dem Inkrafttreten dieser Reform im Jahr 2004 verfügt die Schweiz über ein Kartellrecht mit wirksamen Durchsetzungsmechanismen, das internationalen Standards entspricht.<sup>7</sup>

Für das Verhältnis von Staat und Wirtschaft ist bemerkenswert, dass das Kartellrecht nicht mehr die besonders begründungswürdige Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist, sondern dass umgekehrt die Bedeutung eines funktionsfähigen und staatlicherseits verteidigten Wettbewerbssystems für die Ausübung wirtschaftlicher Freiheit unterstrichen wird.

---

3 *Preisbildungskommission*, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 1957, 51.

4 S. hierzu *Schluep*, in FS Koller, 1993, 477 ff.

5 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6.10.1995, SR 251; s. hierzu *Zäch*, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005.

6 Bundesgesetz vom 20.6.2003, AS 2004, 1385.

7 Weitere Verbesserungen sind allerdings erforderlich; zu den aktuellen Reformbestrebungen s. beispielsweise *Martenet/Heinemann*, EuZW 2012, 867. Zur Gleichwertigkeit des schweizerischen und des EU-Kartellrechts s. auch das (bereits unterzeichnete, aber bei Manuskriptabschluss noch nicht ratifizierte) Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, 3. Erwägungsgrund: „unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Systeme der Union und der Schweiz für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten“.

## *II. Spielräume der schweizerischen Wirtschaftspolitik*

Die Schweiz ist weder Mitgliedstaat der EU noch Vertragspartei des EWR. Allerdings hat sie mit der EU circa 120 bilaterale Abkommen abgeschlossen.<sup>8</sup> Fundamental ist das Freihandelsabkommen von 1972, das zwischen den Vertragsparteien den Warenverkehr für Industrieprodukte liberalisiert hat.<sup>9</sup> Eine allgemeine Dienstleistungsfreiheit besteht demgegenüber nicht. Kurzzeitige Dienstleistungen werden durch das Freizügigkeitsabkommen von 1999 erleichtert, das auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit zwischen den Parteien herstellt, jedenfalls soweit es nicht um juristische Personen geht.<sup>10</sup>

Aus dem sektoriellen Ansatz des bilateralen Verhältnisses folgt ein großer Spielraum bei der Ausgestaltung des nationalen Rechts.<sup>11</sup> So nimmt die Schweiz nicht an der EWR-Wettbewerbspolitik teil, kann ihr Kartellrecht also nach Belieben formulieren.<sup>12</sup> Derselbe Befund gilt für das Regulierungsrecht: Die Schweiz ist bei dessen Ausgestaltung im Grundsatz frei. Die Schweiz kann ausländisches, insbesondere europäisches Recht aber freiwillig, nämlich autonom übernehmen. Die Anlehnung kann eng sein, in diesem Fall spricht man von „autonomen Nachvollzug“ des EU-Rechts. Oder die nationalen Regeln sind lediglich inspiriert durch EU-

---

8 Nachweis aller bilateralen Abkommen auf der Homepage der Direktion für europäische Angelegenheiten (DEA) des schweizerischen Außenministeriums unter [www.europa.admin.ch/themen/00500/index.html?lang=de](http://www.europa.admin.ch/themen/00500/index.html?lang=de).

9 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22.7.1972, SR 0.632.401.

10 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999, SR 0.142.112.681.

11 Die Kehrseite ist ein Minus beim Marktzugang. Der Europäische Gerichtshof hat am Beispiel des Streits um den Anflug des Zürcher Flughafens entschieden, dass die Auslegung der EU-Grundfreiheiten nicht auf das bilaterale Verhältnis übertragen werden könne. Durch Zurückweisung des Abkommens über den EWR habe die Schweiz nämlich „das Vorhaben eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen mit einem einheitlichen Markt, gestützt auf gemeinsame Regeln für seine Mitglieder, abgelehnt“, EuGH v. 7.3.2013 – Rs. C-547/10 P – *Schweiz/Kommission*, Tz. 78 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

12 Folglich sind die EFTA-Überwachungsbehörde und der EFTA-Gerichtshof nicht für die Schweiz zuständig. Die schweizerische Wettbewerbskommission muss deshalb auch alle grenzüberschreitenden Vorgänge behandeln und wird hierbei nicht durch einen supranationalen Mechanismus unterstützt.

Vorbilder.<sup>13</sup> Häufig wird im Lauf der Gesetzgebung nicht zweifelsfrei klargestellt, wie stark der europarechtliche Einfluss ist.<sup>14</sup> Dann entsteht Streit über die Auslegung des nationalen Rechts.<sup>15</sup> Während das Kartellrecht inzwischen relativ eng an das EU-Recht angelehnt ist, gibt es im schweizerischen Regulierungsrecht eher wenig „autonome Übernahme“ oder „Inspiration“ durch europäische Vorbilder: Hier herrschen eigene Regelungsgrundsätze vor, wie sogleich zu zeigen sein wird.

### *III. Die Regulierung der Netzindustrien*

#### *1. Regulierungsgrundsätze*

Der oben skizzierte Grundansatz zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft hat großen Einfluss auf die Regulierung der Netzindustrien. Da eher der Interventionsaspekt als die Wettbewerbsorientierung staatlicher Regulierung betont wird, fällt die Ausgestaltung des Regulierungsrechts zurückhaltend aus, nämlich im Sinne von „schlanken und von politischem Pragmatismus geprägten Regelungen im Bereich des Service public“.<sup>16</sup> So fand beispielsweise in Bezug auf den Telekommunikationssektor eine intensive Diskussion statt, die sich auch auf die Prinzipien öffentlicher Regulierung bezog und sich mit der Ex-ante-Regulierung der Telekommunikation in der EU befasste. Nach Auffassung des Bundesrats entspricht eine „solche Ex-ante-Kompetenz [...] nicht der schweizerischen Rechtstradition der Subsidiarität von Regulierungen und beinhaltet insbesondere die Gefahr eines übertriebenen Interventionismus des Regulators.“<sup>17</sup> Selbstre-

---

13 Zum Kontinuum von blosser Inspiration bis zur wörtlicher Übernahme von EU-Recht und den Konsequenzen für die Auslegung s. *Heinemann*, in *Fahrländer/Heizmann* (Hrsg.), *Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung*, 2013, 3, 18 ff., 31 ff.

14 Obwohl die Botschaften des Bundesrats (Regierungsbegründungen) seit 1988 „Europakapitel“ enthalten, die Aufschluss über die Europakompatibilität eines Gesetzesvorhabens geben sollen; s. heute Art. 141 Abs. 2 S. 2 lit. a Parlamentsgesetz, SR 171.10.

15 Ein Beispiel ist das Verständnis des kartellrechtliche Preismissbrauchs, das in der Schweiz von der EU-Konzeption abweicht, s. unten C.IV.3.

16 *Bundesrat*, Botschaft zur Volksinitiative „Pro Service public“ vom 14.5.2014, BBl 2014, 3823.

17 *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12.11.2003, BBl 2003, 8002.

gulation und Verhandlungslösungen (nämlich einem *negotiated Third Party Access*, nTPA) wird der Vorrang eingeräumt vor einer vorgängigen Festlegung des Marktzugangs und seiner Konditionen durch einen staatlichen Regulator (*regulated Third Party Access*, rTPA). Die Parteien sollen verhandeln und nur im Fall des Scheiterns eine staatliche Stelle anrufen. Dies wird als Vorrang der Vertragsfreiheit vor dem behördlichen Eingriff interpretiert. Es wird zwar die Gefahr gesehen, dass die Interkonnektionsbedingungen erst mit großer zeitlicher Verzögerung feststehen. Die Ex-ante-Regulierung berge aber ebenfalls Gefahren: So könnten Regulierungsfehler unterlaufen, welche sich nachteilig auf die Innovations- und Investitionsanreize auswirken. Im Übrigen wird auf die allgemeinen Kontrollinstrumente, insbesondere das Kartell- und Lauterkeitsrecht verwiesen.<sup>18</sup> Auf den Zusammenhang zwischen (besonderem) Regulierungsrecht und (allgemeinem) Wettbewerbsrecht wird zurückzukommen sein.<sup>19</sup>

Eine andere Besonderheit betrifft die Intensität der Entflechtung. Es lässt sich – in der Reihenfolge zunehmender Intensität – zwischen informationeller, buchhalterischer, organisatorischer, gesellschaftsrechtlicher und eigentumsrechtlicher Entflechtung unterscheiden.<sup>20</sup> In der Schweiz besteht eine besondere Zurückhaltung in Bezug auf Verstaatlichungen oder Enteignungen. Zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung im Sinne einer nicht nur gesellschaftsrechtlichen Trennung, sondern gänzlichen Abstoßung vertikal integrierter Unternehmensteile ist es deshalb noch in keinem Infrastrukturbereich gekommen.<sup>21</sup>

---

18 Ibid.

19 S.u. C.I.5. Grundlegend zum schweizerischen Regulierungsrecht s. *Weber*, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, 1986.

20 S. *Klaus*, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, 2008, Rdnr. 1019 ff. Im Dritten Energiebinnenmarktpaket der EU wurden weitere Entflechtungsschattierungen hinzugefügt, nämlich der „unabhängige Netzbetreiber“ und der „unabhängige Übertragungsnetzbetreiber“; s. hierzu beispielsweise *Hofmann*, Regulierung und Wettbewerb, 2013, 134 ff.

21 *Klaus*, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, 2008, Rdnr. 1038. Auch die nationale Netzgesellschaft *Swissgrid* ist im Eigentum der Energieversorger verblieben, s.u. B.I.4.

## 2. Netzunternehmen

Der Vorsicht bei der Regulierung entspricht die Zurückhaltung gegenüber den ehemaligen Monopolunternehmen. Zwar wurden, wie im folgenden Teil zu zeigen sein wird, die staatlichen Monopole in den (meisten) Netzindustrien abgeschafft. Dennoch haben die Altsassen (Incumbents) häufig eine starke Stellung behalten. Im Unterschied beispielsweise zu Deutschland stehen diese Unternehmen auch heute noch häufig mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand. Entsprechende Vorgaben sind gesetzlich sogar häufig vorgeschrieben. So muss die nationale Netzgesellschaft *Swissgrid* (direkt oder indirekt) mehrheitlich Kantonen und Gemeinden gehören.<sup>22</sup> An der Schweizerischen Post AG muss der Bund die Mehrheit halten (aktuell: 100 Prozent).<sup>23</sup> Das Gleiche gilt für die Swisscom AG (aktuell: 51 Prozent).<sup>24</sup> Die wichtigen Netzunternehmen sind also durch spezialgesetzliche Vorschriften gegen die (mehrheitliche) Übernahme aus dem Ausland abgesichert. Darüber hinaus unterliegen ausländische Direktinvestitionen aber keinen besonderen Kontrollmechanismen. Im Gegensatz zu Deutschland, das 2009 dem Bundesministerium für Wirtschaft die allgemeine Aufsicht für Unternehmensübernahmen durch Nicht-EU/EFTA-Investoren übertragen hat,<sup>25</sup> ist die Schweiz dem Trend zur Einrichtung solcher Kontrollmechanismen nicht gefolgt.<sup>26</sup>

Die starke Stellung der ehemaligen Staatsmonopole lässt sich nicht nur mit Einfluss interessierter Kreise erklären. Im direkt-demokratisch organisierten Staat kommt hierin offenbar auch eine große Wertschätzung der Bevölkerung für die wichtigen Akteure der Daseinsvorsorge zum Ausdruck. Zwar werden im Rahmen der aktuell anhängigen Volksinitiative „Pro Service public“ Qualitätsverschlechterungen bei Bahn, Post und Telekommunikation kritisiert. Die Initianten leiten hieraus aber nicht die Forderung nach der Einführung von mehr Wettbewerb ab, sondern verlan-

---

22 Art. 18 Abs. 3 Stromversorgungsgesetz, SR 734.7.

23 Art. 6 Postorganisationsgesetz, SR 783.1.

24 Art. 6 Abs. 1 Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG), SR 784.11.

25 Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 18.4.2009, BGBl I 770.

26 Zu diesem Themenkreis s. *Heinemann*, *Journal of International Economic Law* 15 (2012), 843.

gen eine Abkehr von der Gewinnorientierung.<sup>27</sup> Auch wenn der Bundesrat empfiehlt, die Initiative abzulehnen, lässt sich aus allen vertretenen Positionen die starke Unterstützung der für die Grundversorgung relevanten Bundesunternehmen herauslesen. Ein gewisser Widerspruch zum staatsfernen Selbstverständnis lässt sich nicht von der Hand weisen.<sup>28</sup>

### *3. Regulierungsbehörden*

Die Schweiz verfügt über keine integrierte Regulierungsbehörde, sondern über eine Vielzahl spezialisierter Aufsichtskollegien. Für den Stromsektor ist die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) zuständig, für den Postsektor die Eidgenössische Postkommission (PostCom) und für die Telekommunikation die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom). Außerdem existiert die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE), die über den Zugang zum Schienennetz und die Berechnung der hierfür fälligen Entgelte zu entscheiden hat. In der Terminologie des schweizerischen Verwaltungsorganisationsrechts handelt es sich bei diesen Einrichtungen um außerparlamentarische Behördenkommissionen in der Form von marktorientierten Kommissionen, da ihre Aufgabe in der Beaufsichtigung von Märkten und nicht lediglich in der Unterstützung anderer Stellen besteht.<sup>29</sup> Da diese Einrichtungen häufig im „Milizsystem“ betrieben werden, nämlich ihre Mitglieder nebenamtlich tätig sind, werden die Kommissionen durch haupt- oder vollamtliche Sekretariate oder andere Bundesstellen unterstützt. So bereitet das Bundesamt für Energie (BFE) die Geschäfte der ElCom vor, stellt ihr Anträge und vollzieht ihre Ent-

---

27 S. *Bundesrat*, Botschaft zur Volksinitiative „Pro Service public“ vom 14.5.2014, BBl 2014, 3805.

28 S. beispielsweise die Beschreibung der aktuellen Situation durch den *Bundesrat*, *ibid.*, 3822: Die „bundesnahen Unternehmen sind gut positioniert, erbringen Dienstleistungen von hoher Qualität und sind bedeutende und attraktive Arbeitgeber. Die notwendigen Rahmenbedingungen liegen vor, damit sich die Unternehmen im Markt behaupten und mit der in ihrem Sektor bestehenden Markt- und Technologiedynamik Schritt halten können“.

29 S. Art. 8a und 8m Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung, SR 172.010.1.

*Andreas Heinemann*

scheide.<sup>30</sup> Entsprechend bereitet das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Entscheide der ComCom vor und setzt sie um.<sup>31</sup>

#### *4. Wettbewerbsbehörden*

Die Netzindustrien unterliegen auch dem allgemeinen Wettbewerbsrecht. Eine ausschließende Spezialität des Regulierungsrechts besteht nicht. Die Wettbewerbsbehörden sind also auch in diesen Sektoren zuständig.<sup>32</sup>

##### *a) Wettbewerbskommission*

Allgemeine Wettbewerbsbehörde ist die Wettbewerbskommission, die aus zwölf Mitgliedern besteht, von denen die Mehrheit unabhängige Sachverständige sein müssen, während die übrigen Mitglieder von den großen Wirtschaftsverbänden vorgeschlagen werden. Die Mitglieder der Wettbewerbskommission sind nebenberuflich tätig. Die Geschäfte der Wettbewerbskommission werden von ihrem Sekretariat vorbereitet, das über eigenständige Untersuchungskompetenzen verfügt. Die Entscheidkompetenz liegt bei der Kommission, die z.B. Untersagungsverfügungen erlassen und Bußgelder auferlegen kann.

Es bestehen Konsultierungspflichten im Verhältnis von Regulierungsbehörden und Wettbewerbskommission. Beispielsweise müssen BFE und BAKOM die Wettbewerbskommission konsultieren, wenn sich Fragen der Marktbeherrschung stellen.<sup>33</sup>

##### *b) Preisüberwacher*

Eine Besonderheit des schweizerischen Wettbewerbsrechts besteht darin, dass mit dem Preisüberwacher eine spezielle Wettbewerbsbehörde existiert.

---

30 Art. 6 Geschäftsreglement der Elektrizitätskommission, SR 734.74.

31 Art. 8 Geschäftsreglement der Kommunikationskommission, SR 784.101.115. Daneben hat das BAKOM Zuständigkeiten in Rundfunk- und Postfragen.

32 S. hierzu näher unten C.I.5.

33 Art. 6 Abs. 1 lit. c Geschäftsreglement der Elektrizitätskommission; Art. 11a Abs. 2 Fernmeldegesetz (FMG), SR 784.10.

tiert. Der Preisüberwacher, dem ein Mitarbeiterstab zur Verfügung steht, beobachtet die Preisentwicklung und verhindert oder beseitigt die missbräuchliche Erhöhung und Beibehaltung von Preisen, d.h. „wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind“.<sup>34</sup> Der Preisüberwacher und seine Behörde hat eine besondere Expertise für alle preisbezogenen Wettbewerbsverstöße. Bei Zuständigkeitskonflikten zwischen Wettbewerbskommission und Preisüberwacher gehen Verfahren nach dem Kartellgesetz zwar Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz vor.<sup>35</sup> Aufgrund der engen Zusammenarbeit (der Preisüberwacher nimmt an den Sitzungen der Wettbewerbskommission mit beratender Stimme teil<sup>36</sup>) ist diese Regel aber in der Praxis nicht von Bedeutung.

Für die regulierten Sektoren hat das Preisüberwachungsrecht eine besondere Bedeutung, da dessen Anwendungsbereich weiter reicht als derjenige des Kartellrechts. Während das Kartellgesetz nicht auf staatliche Markt- oder Preisordnungen anwendbar ist,<sup>37</sup> ist das Preisüberwachungsrecht auch dann anwendbar, wenn der Staat einen bestimmten Bereich bewusst dem Spiel des (Preis-)Wettbewerbs entzogen hat. Im Bereich der staatlich administrierten Preise und Gebühren ist der Preisüberwacher also durchgängig zu konsultieren.<sup>38</sup> Darüber hinaus hat die zuständige Regulierungsbehörde den Preisüberwacher im Hinblick auf Entgelte und Tarife auch dann zu konsultieren, wenn die Preise in den Netzindustrien nicht staatlich administriert sind.<sup>39</sup> In der Praxis hat die Arbeit des Preisüberwachers große Bedeutung beispielsweise für die Radio- und Fernsehgebühren, Bahntarife, Wasserpreise und die Entgelte im Gesundheitswesen.

---

34 S. Art. 12 Abs. 1 Preisüberwachungsgesetz (PüG), SR 942.20. S. auch Art. 4 PüG: Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit anderer Behörden.

35 Art. 3 Abs. 3 KG.

36 Art. 5 Abs. 2 PüG.

37 Art. 3 Abs. 1 lit. a KG.

38 Art. 14 PüG.

39 S. allgemein Art. 15 PüG. Die Pflicht der ElCom zur Konsultation des Preisüberwachers findet sich auch in Art. 3 Abs. 2 Geschäftsreglement der Elektrizitätskommission, SR 734.74.

*Andreas Heinemann*

#### *IV. Gang der Darstellung*

Im Folgenden soll der schweizerische Regulierungsansatz am Beispiel der drei wichtigen Sektoren Strom, Post und Telekommunikation veranschaulicht werden (B). Der Überblick macht den Wunsch nach zurückhaltender Regulierung augenfällig. Regelmäßig wird darauf verwiesen, dass allfällige Regulierungslücken durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrechts geschlossen werden können. Es ist deshalb in einem weiteren Teil zu untersuchen, wie das schweizerische Kartellrecht in den Netzindustrien gehandhabt wird (C). In einem Ausblick werden Schlussfolgerungen aus diesem Befund gezogen (D).

#### *B. Ausgewählte Netzindustrien*

##### *I. Strom*

###### *1. Grundinformationen*

Gem. Art. 4 Abs. 2 EnG<sup>40</sup> ist die Energieversorgung „Sache der Energiewirtschaft. Bund und Kantone sorgen mit geeigneten staatlichen Rahmenbedingungen dafür, dass die Energiewirtschaft diese Aufgabe im Gesamtinteresse optimal erfüllen kann.“ Art. 1 StromVG<sup>41</sup> macht – neben der Versorgungssicherheit – einen „wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt“ zur Grundlage der einschlägigen Gesetzgebung. 58 Prozent des Stroms in der Schweiz wird durch Wasserkraft (Lauf- und Speicherkraftwerke), 36 Prozent durch Kernenergie (in den fünf Schweizer Kernkraftwerken) gewonnen.<sup>42</sup> Da über das Jahr mehr Strom produziert als im Inland verbraucht wird, existiert ein Stromexportüberschuss. Im Winter verhält es sich dagegen umgekehrt: Da in der kalten Jahreszeit weniger Wasserkraft zur Verfügung steht, wird der fehlende Strombedarf durch Importe gedeckt. Im Anschluss an den Reaktorunfall in Fukushima hat wie Deutschland auch die Schweiz den Ausstieg aus der Atomenergie beschlossen. Angesichts des relativ hohen Anteils der Kernenergie am ge-

---

40 Energiegesetz (EnG) vom 26.6.1998, SR 730.0.

41 Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) vom 23.3.2007, SR 734.7.

42 *Bundesamt für Energie*, Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2013, 2014, 3.

samen Elektrizitätsaufkommen stellt der Ausstieg die schweizerische Energiepolitik vor besondere Herausforderungen.

## *2. Eigentumsverhältnisse*

Es gibt in der Schweiz etwa 700 Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die häufig auch auf dem Gebiet der Wasser- und Gasversorgung tätig sind.<sup>43</sup> Auch wenn diese Unternehmen von sehr unterschiedlicher Größe sind, gibt es keine Konzentration auf sehr wenige große Gesellschaften wie in Deutschland. Die Stromwirtschaft ist eine Domäne öffentlicher Unternehmen: Es wird geschätzt, dass 88 Prozent des Grundkapitals der Stromunternehmen im Eigentum von Kantonen und Gemeinden, sowie über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) auch im Eigentum des Bundes stehen. Der tatsächliche Anteil der öffentlichen Hand ist allerdings noch größer, da zahlreiche Elektrizitätsunternehmen auf kommunaler Ebene nicht gesondert ausgewiesen werden, sondern in die Gemeindefinanzen integriert sind.<sup>44</sup> Zielkonflikte sind die Folge: Einerseits existiert politischer Druck in Richtung niedrigerer Strompreise. Andererseits profitieren die Gebietskörperschaften von Gewinnausschüttungen und dem Wasserzins für die hydraulische Energiegewinnung.<sup>45</sup> Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Privatisierungsgrad der schweizerischen Energiewirtschaft niedrig ist.

## *3. Marktöffnung*

Die Stromversorgung war ursprünglich durch kantonales Recht geregelt. Auf der Grundlage kantonalen oder kommunalen Konzessionen wurden den öffentlichen Elektrizitätsunternehmen Monopole für die Elektrizitätsversorgung eingeräumt. Unter dem Einfluss der Strommarktliberalisierung

---

43 S. die Informationen auf der Homepage des Bundesamts für Energie <[www.bfe.admin.ch/themen/00612/index.html?lang=de](http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/index.html?lang=de)>.

44 *Bundesamt für Energie*, Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2013, 2014, 43.

45 *Scruzzi*, NZZ v. 27.5.2014, 21; zur rechtlichen Grundlage des Wasserzinses s. Art. 48 ff. Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG), SR 721.80 und die Verordnung über die Berechnung des Wasserzinses (Wasserzinsverordnung, WZV), SR 721.831.

*Andreas Heinemann*

in der EU, die in den 1990er Jahren einsetzte, wurden auch in der Schweiz Schritte zur Marktöffnung unternommen. Gegen das vom Parlament verabschiedete Elektrizitätsmarktgesetz wurde allerdings das Referendum ergriffen; das Gesetz wurde vom Volk 2002 verworfen.<sup>46</sup> Das Stromversorgungsgesetz von 2007<sup>47</sup> sieht deshalb eine gemäßigte, nämlich zweistufige Marktöffnung vor. Seit 2009 haben Großverbraucher (Jahresverbrauch ab 100 MWh) das Recht, Netzzugang zu verlangen, d.h. von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen.<sup>48</sup> Es besteht darüber hinaus die Absicht, auch den Kleinverbrauchern Netzzugang zu gewähren. Der Zeitpunkt steht allerdings noch nicht fest. Eine Vernehmlassung zur gänzlichen Strommarktöffnung ist für den Herbst 2014 geplant. Auch die zweite Stufe der Strommarktliberalisierung untersteht dem fakultativen Referendum.<sup>49</sup> Insgesamt lässt sich festhalten, dass der schweizerische Elektrizitätsmarkt derzeit lediglich teilliberalisiert ist.

#### *4. Regulierungsrecht*

Das Strommarktrecht ist durch die Ziele der Versorgungssicherheit, Nachhaltigkeit und der internationalen Wettbewerbsfähigkeit charakterisiert. Es gelten die Gebote der Kooperation und Subsidiarität: Die staatlichen Stellen arbeiten mit den betroffenen „Organisationen“, also insbesondere den Elektrizitätsunternehmen, zusammen und prüfen freiwillige Maßnahmen.<sup>50</sup> Nach Möglichkeit werden Vereinbarungen der Unternehmen in das Ausführungsrecht übernommen. Es gilt also ein Vorrang der Selbstregulierung.<sup>51</sup>

Zu den Regulierungsinstrumenten zählen die Entflechtung und der bereits erwähnte Netzzugang. Für die Entflechtung der Netze ist zwischen Übertragungsnetz (also dem Höchstspannungsnetz auf Netzebene 1) und den Verteilnetzen (Hoch-, Mittel- und Niederspannungsnetze) zu unterscheiden. Das 6.700 Kilometer lange Übertragungsnetz auf gesamtschwei-

---

46 Zur Entwicklung s. *Hännli/Stöckli*, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, Rdnr. 1304 ff.

47 Oben Fn. 41.

48 Art. 13 ff. i. V. m. Art. 4 Abs. 1 lit. d StromVG.

49 Art. 34 Abs. 3 StromVG.

50 Art. 3 StromVG.

51 Zu den Gefahren, insbesondere wettbewerbswidriger Absprachen, s. *Weber/Kratz*, Stromversorgungsrecht, 2009, § 2 Rdnr. 42.

zerischer Ebene wird von der nationalen Netzgesellschaft, nämlich der bereits erwähnten<sup>52</sup> *Swissgrid* betrieben, die 2013 das Eigentum am Schweizer Übertragungsnetz übernommen hat. Die Entflechtung des Übertragungsnetzes ist allerdings nur in gesellschaftsrechtlicher, nicht in eigentumsrechtlicher Hinsicht erfolgt: Bei den Aktionären von *Swissgrid* handelt es sich um Elektrizitätsunternehmen, die über die Anteile an *Swissgrid* weiter am Übertragungsnetz beteiligt sind.

Im Gegensatz zum Übertragungsnetz ist für die Verteilnetze lediglich informationelle, buchhalterische und organisatorische Unabhängigkeit vorgeschrieben.<sup>53</sup> Eine Quersubventionierung zwischen Netzbetrieb und anderen Unternehmensbereichen ist also nicht statthaft.<sup>54</sup> Da keine gesellschaftsrechtliche Entflechtung der Verteilnetze angeordnet ist, existiert im Gegensatz zu *Swissgrid* keine *Localgrid*.<sup>55</sup>

Die Energieversorgungsunternehmen müssen Tarifierhöhungen für Endverbraucher mit Grundversorgung (also im nicht geöffneten Bereich) der ElCom melden.<sup>56</sup> Es besteht aber kein Genehmigungserfordernis. Die Aufsicht erfolgt vielmehr *ex post*: Die ElCom überprüft die Elektrizitätstarife von Amts wegen und kann Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen.<sup>57</sup> Außerdem entscheidet sie im Streitfall über den Netzzugang und die Netznutzungsbedingungen und -tarife.

## 5. Stromabkommen Schweiz – EU

Der Begriff der Ware im Sinne des Freihandelsabkommen von 1972<sup>58</sup> umfasst zwar auch die Elektrizität. Besondere Beachtung hat sie aber nicht

---

52 S.o. bei Fn. 22.

53 Art. 10 StromVG, s. *Klaus*, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, 2008, Rdnr. 1687.

54 Art. 10 Abs. 1 StromVG.

55 Vgl. *Klaus*, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, 2008, Rdnr. 1707, der die Gründung eines solchen zentralen Verteilnetzbetreibers fordert (Rdnr. 1710).

56 Art. 4 Abs. 3 Stromversorgungsverordnung (StromVV), SR 734.71.

57 Art. 22 Abs. 2 lit. b StromVG; in Bezug auf die vorgängige Untersagungsmöglichkeit besteht ein *ex ante*-Element, das aber nicht im Sinn einer Genehmigungspflicht zu verstehen ist; s. die Diskussion bei *Weber/Kratz*, Stromversorgungsrecht, 2009, § 6 Rdnr. 38 ff.

58 S.o. Fn. 9.

*Andreas Heinemann*

gefunden, auch nicht in den Bilateralen Verträgen I und II.<sup>59</sup> Seit 2007 wird zwischen der Schweiz und der EU über ein separates Strom- bzw. Energieabkommen verhandelt. Der tatsächlich starken Vernetzung zwischen den beiden Parteien soll hierdurch eine tragfähige rechtliche Grundlage gegeben werden. Der grenzüberschreitende Stromhandel soll geregelt und Sicherheitsstandards sollen harmonisiert werden. Fragen der erneuerbaren Energien spielen eine wachsende Rolle. Schließlich wird die Aufnahme der Schweiz in die einschlägigen Gremien thematisiert.

Der Fortgang der Verhandlungen wird durch zwei Faktoren gestört: Die EU schließt weitere Marktzugangsabkommen mit der Schweiz aus, solange bestimmte institutionelle Fragen nicht geklärt sind.<sup>60</sup> Außerdem hat die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative am 9. Februar 2014 das gesamte Gebäude der Bilateralen Verträge in Gefahr gebracht. Die weitere Entwicklung bleibt also abzuwarten. Die Schweiz verweist auf die starken gemeinsamen Interessen: Elf Prozent des europäischen Stroms gehen durch die Schweiz. Außerdem kommt dem „Wasserschloss Europas“ mit seinen Pumpspeicherkraftwerken eine wichtige Rolle als „Batterie“ für überschüssige Elektrizität zu. Die Schweiz ist ihrerseits an grenzüberschreitenden Handelsplattformen und an einer Teilnahme am europäischen Energiebinnenmarkt interessiert.

Die Unsicherheiten des bilateralen Abkommens haben spürbare Auswirkungen auf den Rechtsrahmen in der Schweiz: Da nicht absehbar ist, welche Konsequenzen ein solches Abkommen beispielsweise in Bezug auf Entflechtungsanforderungen hätte, werden inländische Reformschritte verzögert.

## *II. Post*

### *1. Grundinformationen*

Mit der Gründung des schweizerischen Bundesstaats im Jahr 1848 wurde das Postwesen zur Bundesaufgabe erklärt. 1874 folgte die Telegraphie,

---

<sup>59</sup> *Weber/Kratz*, Elektrizitätswirtschaftsrecht, 2005, § 4 Rdnr. 21 ff.

<sup>60</sup> Insbesondere geht es um die Anpassung des bilateralen Rechts an den EU-Acquis, die einheitliche Auslegung, die Überwachung und die Streitbeilegung. Die Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU zu diesen Themen wurden am 22.5.2014 offiziell aufgenommen.

1878 die Telefonie. Ab 1920 wurden die verschiedenen Dienste zur Post-, Telegraf- und Telefonverwaltung (PTT) zusammengelegt.<sup>61</sup> Die PTT wurde als staatlicher Regiebetrieb geführt und mit Monopolrechten ausgestattet. Bis 1990 wurden die Postdienstleistungen durch Erträge aus dem Telefonbereich quersubventioniert. 1998 wurde die PTT in die Schweizerische Post (zunächst als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts) und die Swisscom AG aufgespalten. Wie bereits erwähnt, steht die Post zu 100 Prozent im Bundeseigentum.<sup>62</sup> Eine formelle Privatisierung erfolgte 2013 durch Umwandlung der Post in eine Aktiengesellschaft.

## *2. Marktöffnung*

Seit 2004 ist der Paketmarkt liberalisiert, ab 2006 erfolgte eine schrittweise Liberalisierung bei den Briefen. Es besteht heute noch ein Monopol der Schweizerischen Post für Briefe bis zu einem Gewicht von 50 Gramm.<sup>63</sup> Aber auch im liberalisierten Bereich ist der Wettbewerb von privater Seite noch relativ schwach: Die Schweizerische Post hat bei den Paketen nach wie vor einen Marktanteil von ca. 80 Prozent.<sup>64</sup> Was die Briefe betrifft, so stehen aufgrund des Monopols bis 50 Gramm lediglich 26 Prozent aller Sendungen dem Wettbewerb offen. Der Anteil der Schweizerischen Post hieran beträgt 99 Prozent.<sup>65</sup>

Der Bundesrat hat die Auswirkungen der beschränkten Marktöffnung in der Schweiz und der vollständigen Marktöffnung in Europa zu evaluieren und bis 2015 einen Bericht mit Vorschlägen für das weitere Vorgehen vorzulegen.<sup>66</sup> Die Postmärkte sind durch die technischen Umwälzungen und die hieraus resultierenden Nachfrageänderungen besonders betroffen. Auch in der Schweiz ist die Zahl der Postsendungen erheblich gesunken,

---

61 Mit Verantwortung für die Post- und Fernmeldedienste von Liechtenstein seit 1921.

62 S.o. bei Fn. 23. Der Post gehören wiederum 100 Prozent an der PostFinance AG und der PostAuto Schweiz AG.

63 Art. 18 Postgesetz (PG), SR 783.0. Ausnahmen bestehen für Express-Sendungen und abgehende Auslandsbriefe.

64 *PostCom*, Jahresbericht 2013, 25 ff.

65 *PostCom*, Jahresbericht 2013, 29.

66 Art. 35 PG.

nämlich seit dem Jahr 2000 um 65 Prozent bei den Briefen und um 47 Prozent bei den Paketen.<sup>67</sup>

### *3. Regulierungsrecht*

Die Post hat den gesetzlichen Auftrag zur Grundversorgung, wozu die landesweite Beförderung von Briefen, Paketen, Zeitungen und Zeitschriften gehört.<sup>68</sup> Der „reservierte Dienst“, nämlich das Briefmonopol bis 50 Gramm, dient der Finanzierung der Grundversorgung. Die Erträge aus dem Monopolbereich dürfen nur zur Deckung der Kosten aus der Grundversorgung verwendet werden. Im Übrigen sind Quersubventionierungen verboten.<sup>69</sup> Da die Grundversorgung außerhalb des Monopolbereichs im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbracht wird, ist also auch die Quersubventionierung von Wettbewerbsdiensten erlaubt. Zur Einhaltung der Vorgaben schreibt das Gesetz buchhalterische Entflechtung vor.<sup>70</sup> Weitergehende Entflechtungsvorgaben bestehen hingegen nicht.

Die PostCom überwacht die Erfüllung der Anforderungen aus dem Postgesetz, beispielsweise die Einhaltung des gesetzlichen Auftrags zur Grundversorgung und des Quersubventionsverbots.<sup>71</sup> Zu diesem Zweck hat sie auch eine Sanktionskompetenz.<sup>72</sup> Die PostCom ist allerdings nicht zuständig für die Preise. Für den Monopolbereich legt der Bundesrat (nach Vorarbeit des BAKOM) Obergrenzen fest.<sup>73</sup> Im Übrigen hat der Preisüberwacher zu kontrollieren, ob die Preise für Dienstleistungen in der Grundversorgung den gesetzlichen Vorgaben entsprechen, nämlich „nach wirtschaftlichen Grundsätzen“ festgelegt wurden.<sup>74</sup> So hat der

---

<sup>67</sup> *Bundesrat*, Botschaft zur Volksinitiative „Pro Service public“ vom 14.5.2014, BBl 2014, 3811.

<sup>68</sup> Art. 13 ff. PG; die Konkretisierung der Postdienste der Grundversorgung erfolgt in den Art. 29 ff. Postverordnung (VPG), SR 783.01. Außerdem hat die Post eine landesweite Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs sicherzustellen, Art. 32 Abs. 1 PG.

<sup>69</sup> Art. 19 Abs. 1 PG.

<sup>70</sup> Art. 19 Abs. 2 PG.

<sup>71</sup> Art. 22 PG.

<sup>72</sup> Art. 25 und 31 PG.

<sup>73</sup> Art. 18 Abs. 3 S. 2 und 3 PG. Für andere Leistungen der Grundversorgung kann der Bundesrat solche Obergrenzen bestimmen, Art. 16 Abs. 8 PG.

<sup>74</sup> Art. 16 Abs. 1 PG. Im Monopolbereich wird der Preisüberwacher angehört.

Preisüberwacher 2012 die Preise der Schweizerischen Post im Bereich der Brief- und Paketpost beanstandet. In einer einvernehmlichen Regelung hat sich die Post zu Preissenkungen für einzelne Dienstleistungen sowie zum Verzicht auf (angekündigte) Preiserhöhungen für Briefe und Pakete bis 2016 verpflichtet. Jeder Haushalt in der Schweiz erhält überdies vier Ein-Franken-Briefmarken zugestellt.<sup>75</sup>

### *III. Telekommunikation*

#### *1. Grundinformationen*

Wie bereits erwähnt, kam es 1998 zur organisatorischen und gesellschaftsrechtlichen Entflechtung von Post und Telekommunikation und damit zur Entstehung der *Swisscom AG*, auf welche die Telekommunikationsinfrastruktur, insbesondere das Fernmeldenetz der PTT übertragen wurde. Wie die Post (und die SBB) ist sie eine „spezialgesetzliche Aktiengesellschaft“, d.h. eine Kapitalgesellschaft, auf die in Ergänzung zum allgemeinen Aktienrecht die Vorschriften eines besonderen Gesetzes anwendbar sind.<sup>76</sup> Dieses Gesetz ordnet an, dass der Bund die kapital- und stimmenmäßige Mehrheit an der Gesellschaft halten muss.<sup>77</sup> Derzeit beträgt der Anteil des Bundes an der *Swisscom AG* circa 51 Prozent.

#### *2. Marktöffnung*

Die Liberalisierung der schweizerischen Telekommunikationsmärkte war stark durch die Entwicklungen in Europa beeinflusst und erfolgte in drei Stufen.<sup>78</sup> 1992 wurden die Märkte für Endgeräte und Mehrwertdienste geöffnet. 1998 (also zeitgleich mit Schaffung der *Swisscom AG*) wurde das Monopol- durch ein Konzessionssystem (mit Anspruch auf Erteilung) er-

---

75 *Preisüberwacher*, Medienmitteilung vom 21.1.2014. Die einvernehmliche Regelung ist abrufbar unter <[www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00050/00051](http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00050/00051)>.

76 Nämlich das TUG, s.o. Fn. 24.

77 Art. 6 Abs. 1 TUG.

78 S. den Überblick bei *Amgwerd*, *Netzzugang in der Telekommunikation*, 2008, Rdnr. 12 ff. mwN.

setzt, und zwar sowohl in Bezug auf die Sprachdienste als auch in Bezug auf das Netz. Interkonnektionspflichten wurden angeordnet, es war allerdings nicht zweifelsfrei geklärt, ob diese auch den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss umfassten.<sup>79</sup> Eine solche Marktöffnung der „letzten Meile“ erfolgte erst 2007, d.h. knapp zehn Jahre später als in Deutschland. Im Zuge dieser Reform wurde auch das allgemeine Konzessionserfordernis durch eine bloße Meldepflicht ersetzt. Nur in Bezug auf die Grundversorgung und die Nutzung des Funkfrequenzspektrums besteht das Konzessionssystem fort.<sup>80</sup>

Trotz Marktöffnung sind die Marktanteile des Altsassen hoch geblieben: Nach Angaben des BAKOM hatte *Swisscom* im Jahr 2012 einen Marktanteil von 64 Prozent bei der Festnetztelefonie, von 53,7 Prozent beim breitbandigen Internet und von 58,9 Prozent beim Mobilfunk.<sup>81</sup>

### 3. Regulierungsrecht

Zur Grundversorgung gehören Telefonie, Fax, Datenübertragung, Breitband-Internetübertragung (Basisdienst mit mindestens 1 Mbit/s), Zugang zu Notrufdiensten, öffentliche Sprechstellen und besondere Dienste für Behinderte, nicht aber der Mobilfunk.<sup>82</sup> Es können eine oder mehrere (zeitlich beschränkte) Grundversorgungskonzessionen verliehen werden.<sup>83</sup> Tatsächlich besteht aber nur eine Grundversorgungskonzession, die der *Swisscom AG* für den Zeitraum von 2008 bis 2017 erteilt wurde.

---

79 S. Amgwerd, Netzzugang in der Telekommunikation, 2008, Rdnr. 173 ff. Das Bundesgericht hob eine Verfügung der ComCom zur vollständigen Entbündelung mangels ausreichender Rechtsgrundlage auf, s. BGer v. 30.11.2004 – 2A\_178/2004 – *Swisscom Fixnet/TDC Switzerland*, BGE 131 II 13.

80 Hänni/Stöckli, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, Rdnr. 1223. Zur Missverständlichkeit des Begriffs „Grundversorgungskonzession“ s. Klaus, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, 2008, Rdnr. 1322 ff., der stattdessen den Terminus „Universaldienstpflicht“ vorschlägt. Die Grundversorgungskonzession ist nämlich mit der Auflage verbunden, im Konzessionsgebiet alle oder bestimmte Dienste der Grundversorgung allen Bevölkerungskreisen anzubieten, Art. 14 Abs. 2 FMG.

81 BAKOM, Amtliche Fernmeldestatistik 2012, abrufbar unter <[www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746)>.

82 Art. 16 FMG, 15 ff. Verordnung über Fernmeldedienste (FDV), SR 784.101.1.

83 Art. 14 Abs. 1 S. 2 FMG.

Alle Anbieter von Diensten der Grundversorgung müssen Interoperabilität gewährleisten.<sup>84</sup> Darüber hinaus gilt asymmetrische Regulierung in dem Sinn, dass nur marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten dazu verpflichtet sind, anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten zu gewähren.<sup>85</sup> Betroffen ist in der Praxis der ehemalige Monopolist. Die Pflicht zur Zugangsgewährung beinhaltet insbesondere die Interkonnektion und den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss.<sup>86</sup> Diese Vorgaben unterliegen einer *ex post*-Regulierung: Die ComCom wird bei den Themen Netzzusammenschaltung und Entbündelung erst auf Gesuch einer Partei tätig.<sup>87</sup> Zuvor müssen die betreffenden Telekomunternehmen drei Monate erfolglos über die Zugangsbedingungen verhandelt haben. Die Regulierungsbehörde entscheidet innerhalb von sieben Monaten nach Eingang des Gesuchs.<sup>88</sup> In den Gesetzgebungsarbeiten wurde die Frage *ex post* oder *ex ante* intensiv diskutiert. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für ein Verhandlungsprimat und die mildere *ex post*-Variante entschieden.<sup>89</sup> Ein späterer Vorstoß von ComCom, Wettbewerbskommission und Preisüberwacher im Jahr 2008, der Regulierungsbehörde zumindest das Recht einzuräumen, von Amts wegen einzuschreiten, wenn der Zugang nicht ordnungsgemäß gewährt wird, hatte keinen Erfolg.<sup>90</sup>

Marktbeherrschende Anbieter dürfen ihre Dienste bündeln, sofern sie die einzelnen Dienste auch separat anbieten. Außerdem müssen Dienste

---

84 Art. 21a FMG.

85 Art. 11 Abs. 1 FMG.

86 Zu den anderen Formen der Zugangsgewährung s. die Aufzählung in Art. 11 Abs. 1 FMG. Hervorzuheben ist, dass der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss nach der ausdrücklichen Definition in Art. 3 lit. d<sup>bis</sup> FMG nur die Doppelader-Metalleitung, also das Kupferkabel betrifft, nicht aber die Glasfaser. Hier besteht also eine (absichtliche) Regulierungslücke.

87 Aufgrund dieser „Dispositionsmaxime“ kann die ComCom nicht von Amts wegen tätig werden. Dies ist eine empfindliche Regulierungslücke, insbesondere wenn alle Antragsberechtigten ein Interesse an hohen Preisen haben, s. *Vlcek*, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2013, Rdnr. 241. Zu einem Änderungsvorschlag s. sogleich im Text.

88 Art. 11a FMG.

89 S. *Amgwerd*, Netzzugang in der Telekommunikation, 2008, Rdnr. 173 ff.

90 *Vlcek*, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2013, Rdnr. 240 f.

nicht einzeln angeboten werden, wenn sachliche Gründe hierfür bestehen.<sup>91</sup> Entflechtungsvorgaben bestehen im Fernmelderecht kaum. Netz und Betrieb müssen nicht getrennt werden; eine gesellschaftsrechtliche oder gar eigentumsrechtliche Entflechtung ist nicht vorgeschrieben. Nur wenn es um die Zugangspflichten geht, müssen Bedingungen und Preise gesondert ausgewiesen werden.<sup>92</sup> Insofern besteht also zumindest eine buchhalterische Entflechtung.<sup>93</sup>

Für Mehrwertdienste<sup>94</sup> und einige Grundversorgungsdienste<sup>95</sup> wurden Preisobergrenzen festgelegt. Es bestehen aber keine solchen Vorgaben für Mobilfunk- und Roaminggebühren.<sup>96</sup> Was die Preise für den Zugang zu den Einrichtungen und Diensten des marktbeherrschenden Unternehmens betrifft, so gilt der Grundsatz der Kostenorientierung.<sup>97</sup> Die Wiederbeschaffungskosten von modernen, funktionsäquivalenten Anlagen<sup>98</sup> sind zugrunde zu legen. Entscheidend sind die langfristigen Zusatzkosten des Netzzugangs,<sup>99</sup> zuzüglich eines Anteils an den Gemeinkosten und eines branchenüblichen Kapitalertrags. Irrelevant sind die historischen Kosten des Netzaufbaus. Der Entbündelungspreis liegt in der Schweiz immer noch deutlich höher als in der EU.<sup>100</sup>

---

91 Art. 12 FMG.

92 Art. 11 Abs. 2 FMG.

93 Klaus, DeRegulierung der netzbasierten Infrastruktur, 2008, Rdnr. 1587.

94 Art. 12b FMG.

95 Art. 17 Abs. 2 FMG, 22 FDV.

96 Allerdings laufen parlamentarische Initiativen zur Kontrolle der Roaminggebühren. Der Bundesrat wird bis Ende 2014 einen Bericht über die Mobilfunkpreise für Auslandsverbindungen vorlegen. Solange ist auch die Behandlung einer entsprechenden Motion im Parlament sistiert; s. die Nachweise zum Postulat „Entwicklung der Roaming-Gebühren in nächster Zukunft“ unter <[www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20133009](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133009)>.

97 Hierzu und zum folgenden s. Art. 54 ff. FDV.

98 Modern equivalent assets, MEA.

99 Nämlich die long run incremental costs (LRIC). Seit dem 1.7.2014 wird nicht mehr auf den hypothetischen Neubau eines Kupfer-, sondern eines Glasfasernetzes abgestellt. Zu den Hintergründen s. *Wettbewerbskommission*, Gutachten zur vorgeschlagenen Anpassung der Verordnung über Fernmeldedienste vom 27.1.2014, erhältlich unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)>.

100 S. BAKOM, Medienmitteilung vom 19.12.2013: Der monatliche Mietpreis für die Hausanschlussleitung beträgt für das Jahr 2013 15,20 CHF; der europäische Mittelwert liegt vier Franken tiefer.

#### *IV. Fazit*

Das Regulierungsrecht in den ausgewählten Netzindustrien zeichnet sich durch große Heterogenität aus. Für jeden Sektor besteht eine eigene Regulierungsbehörde. Die Kompetenzen der drei Behörden sind höchst unterschiedlich ausgestaltet. So hat der Postregulator keine Zuständigkeit für die Preise. Diese Aufgabe wurde dem Preisüberwacher übertragen, woraus sich eine enge Verschränkung von Wettbewerbs- bzw. Preisüberwachungsrecht und Regulierungsrecht ergibt. Die Strom- und Telekomregulatoren sind zwar auch für die Preise und Tarife zuständig; es gilt hier aber – im Gegensatz zur EU – der Grundsatz der *ex post*-Aufsicht. Ein weiterer Unterschied zur EU besteht im Grad der Liberalisierung. In der Schweiz wurden nur die Telekommunikationsmärkte vollständig für den Wettbewerb freigegeben. Strom und Post sind demgegenüber nur teilliberalisiert. Diese beiden Sektoren werden denn auch durch öffentliche Unternehmen dominiert. Ähnlich verhält es sich trotz der vollständigen Liberalisierung im Telekommunikationssektor: Hier hat der Altsasse beträchtliche Markt-macht behalten und ist bedeutend stärker als beispielsweise die ehemaligen Monopolisten in Deutschland und Frankreich.

#### *C. Das Kartellrecht der Netzindustrien*

##### *I. Das Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*

###### *1. Die Ziele von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*

Nach neuem Verständnis bezweckt nicht nur das Wettbewerbsrecht, sondern auch das Regulierungsrecht, wirksamen Wettbewerb zu fördern.<sup>101</sup> Das Regulierungsrecht verfolgt daneben weitere Ziele. So wird mit der Grundversorgung ein bestimmtes Marktergebnis angestrebt, nämlich eine flächendeckende und bestimmte Mindestleistungen umfassende Versorgung mit Infrastrukturgütern und -dienstleistungen. Hinzu können – je nach reguliertem Sektor – andere Ziele hinzutreten, im Elektrizitätssektor beispielsweise Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit, in der Telekommunikation die Störungsfreiheit sowie die Achtung der Persönlich-

---

101 Art. 1 Abs. 1 StromVG, Art. 1 Abs. 3 lit. b PG, Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG.

Andreas Heinemann

keits- und Immaterialgüterrechte.<sup>102</sup> Regulierungsrecht ist in seiner Zielsetzung also heterogener als das Wettbewerbsrecht.

## 2. Aufrechterhaltung und Schaffung von Wettbewerb

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Materien besteht in der Grundaussage. Wettbewerbsrecht dient im Grundsatz der Abwehr von Wettbewerbsbeschränkungen, während es im Regulierungsrecht auch (und immer noch) darum geht, Wettbewerb auf den hierzu geeigneten Märkten überhaupt erst herzustellen. Der Unterschied ist auf die Formel gebracht worden, dass das Wettbewerbsrecht marktschützend sei, das Regulierungsrecht hingegen marktschaffend.<sup>103</sup>

Auch wenn die Grundaussage dieser Beschreibung zutreffend ist, muss vor Missverständnissen gewarnt werden. Aus der unterschiedlichen Perspektive folgt nicht, dass das marktschützende Kartellrecht einen bloß statischen Charakter hat im Gegensatz zum dynamischen Charakter des marktschaffenden Regulierungsrechts. Auch im Kartellrecht müssen die Folgen bedacht werden, die seine Anwendung beispielsweise auf die Innovations- und Investitionsanreize der Marktteilnehmer hat. Insoweit nimmt auch das Kartellrecht Einfluss auf die Verfassung des Wettbewerbs in der Zukunft.

## 3. Wirkungsweise *ex post* und *ex ante*

Für das Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht werden häufig die Kategorien *ex post* und *ex ante* verwendet. Das Wettbewerbsrecht trete in der Regel nachträglich auf den Plan und schreite gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein, die bereits begangen worden sind. Es handele sich also um eine *ex post*-Intervention. Regulierungsrecht wirke demgegenüber typischerweise *ex ante*, da es zur Festlegung einer Vielzahl von Wettbewerbsparametern behördlicher Genehmigung bedürfe und es um Schaffung von Wettbewerb in der Zukunft gehe.

Die Unterscheidung zwischen *ex post*- und *ex ante*-Gesetzgebung ist allerdings nicht trennscharf. Im Kartellrecht steht mit der Fusionskontrolle

---

102 Art. 1 Abs. 2 lit. a StromVG, Art. 1 Abs. 2 lit. b FMG.

103 Hofmann, Regulierung und Wettbewerb, 2013, 195 mwN.

ein Pfeiler zur Verfügung, der auf der Grundlage von Meldepflicht und Vollzugsverbot *ex ante*-Charakter hat. Außerdem verengt die Rede vom *ex post*-Charakter das Kartellrecht auf seine verwaltungsrechtliche Dimension, die in der Tat durch nachträgliches Einschreiten der Kartellbehörden gegen Wettbewerbsverstöße geprägt ist. Betrachtet man das Kartellrecht hingegen aus privatrechtlicher Perspektive, so wird bereits aus der *ex tunc*-Nichtigkeit kartellrechtswidriger Rechtsgeschäfte deutlich, dass das Kartellrecht nicht erst im Nachhinein greift.<sup>104</sup>

Auch in Bezug auf das Regulierungsrecht ist die *ex ante*-Zuschreibung nicht zwingend. Zwar hat die EU ihre Mitgliedstaaten in den meisten Regulierungsbereichen auf eine *ex ante*-Regulierung festgelegt (was *ex post*-Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden nicht ausschließt). Der schweizerische Gesetzgeber hat demgegenüber, wie oben gezeigt, zumeist den *ex post*-Eingriff vorgezogen. Zwar sind Zweifel erlaubt, ob eine solche mildere Regulierung die gleiche Wirksamkeit wie eine *ex ante*-Genehmigungspflicht entfaltet. Jedenfalls wird aus dem Unterschied deutlich, dass keine begriffsnotwendige Verknüpfung zwischen Regulierungsrecht und *ex ante*-Prinzip existiert.

#### *4. Einzelfallbetrachtung und sektorweite Gestaltung*

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Kartellrecht in besonderem Maß einfallorientiert ist. Was das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen betrifft, so sind allgemeine Interessenabwägungen vor dem Hintergrund der speziellen Fallgestaltung erforderlich. Aber auch beim Kartellverbot stellen sich – gerade auch im Hinblick auf die Effizienzrechtfertigung – singuläre Fragen. Regulierungsrecht strukturiert demgegenüber einen gesamten Wirtschaftsbereich. Auf die im vorliegenden Zusammenhang besonders wichtigen Fragen der Marktöffnung gibt Regulierungsrecht eine allgemeinverbindliche Antwort. Bei der Anwendung von Kartellrecht ist demgegenüber im einzelnen Fall zu beurteilen, ob die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung gegen das Kartellrecht verstößt.

---

104 Im schweizerischen Kartellzivilrecht war die Frage des Zeitpunkts der kartellrechtlichen Nichtigkeit lange Zeit umstritten. Das Bundesgericht hat im Jahr 2008 die *ex tunc*-Nichtigkeit anerkannt, BGer v. 12.6.2008 – 4A\_16/2008 – Konsortialvertrag, BGE 134 III 438, 442.

### 5. Folgerungen für die Verhältnisfrage

Im EU-Recht folgt bereits aus der primärrechtlichen Verankerung des Kartellrechts, dass dieses nicht durch das Regulierungsrecht, das lediglich auf der Stufe des EU-Sekundärrechts bzw. des nationalen Rechts steht, verdrängt werden kann.<sup>105</sup> Unabhängig hiervon sollte allgemein von der parallelen Anwendbarkeit von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht ausgegangen werden.<sup>106</sup> Entgegen der Rede vom „besonderen“, nämlich sektorspezifischen Regulierungsrecht und vom „allgemeinen“, nämlich sektorübergreifenden Wettbewerbsrecht besteht kein Spezialitätsverhältnis zwischen den beiden Rechtsmaterien. Wie gezeigt wurde, sind die Ziele und Instrumente des Regulierungs- und des Wettbewerbsrechts nicht deckungsgleich.

Im schweizerischen Recht ist das Verhältnis der beiden Regelungsmaterien zueinander nicht abschließend geklärt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Anspruch auf Netzzugang im Stromversorgungsrecht<sup>107</sup> *lex specialis* zum Kartellrecht sein.<sup>108</sup> Für den Telekommunikationssektor hat das Bundesgericht entschieden, dass dem fernmelderechtlichen Kontrahierungszwang (für den Spezialfall des schnellen Bitstromzugangs) ein Vorrang vor kartellrechtlichem Kontrahierungszwang zukomme. Da bis 2007 im Regulierungsrecht keine Interkonnektionspflicht auf der letz-

---

105 Grundlegend EuGH v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P – *Deutsche Telekom/Kommission*, Slg. 2010, I-9555, Tz. 80 ff.: Europäisches Kartellrecht wäre nur dann nicht anwendbar, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten durch nationales Recht vorgeschrieben wäre oder kein Handlungsspielraum besteht. Dies ist selbst nach Tarifgenehmigung durch eine nationale Regulierungsbehörde nicht der Fall, da eine Tarifänderung hätte beantragt werden können. Die Existenz der Entgeltregulierung wird lediglich als mildernder Umstand bei der Bemessung der Geldbuße berücksichtigt. Zum (faktischen) Vorrang des Regulierungsrechts gegenüber dem Antitrustrecht in den USA s. hingegen *Hofmann*, Regulierung und Wettbewerb, 2013, 236 ff.

106 Anders die Rechtslage in Deutschland: Hier besteht teilweise ein Vorrang des Regulierungsrechts vor (nationalem) Kartellrecht, vgl. § 111 EnWG und § 2 Abs. 4 TKG mit § 2 Abs. 3 PostG.

107 Art. 13 ff. StromVG.

108 *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3.12.2004, BBl 2004, 1611, 1650: „Die Netzzugangsregelung nach Artikel 13 ist eine spezialgesetzliche Regelung, welche die Anwendung des Kartellgesetzes ausschließt“.

ten Meile bestand,<sup>109</sup> könne aus Kartellrecht kein Kontrahierungszwang abgeleitet werden.<sup>110</sup> Im Übrigen erkennt das Gericht aber an, dass „die kartell- und die fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren nebeneinander zur Anwendung gelangen. Insbesondere bildet das Interkonnectionsregime in diesem Sinne lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschließt“.<sup>111</sup>

Diese Grundsätze sollten auch auf die anderen Netzindustrien erstreckt werden. Im schweizerischen Recht ist das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Vorschriften ausdrücklich geregelt. Die Voraussetzungen für ein Zurücktreten des Kartellgesetzes sind hoch: Es muss entweder eine staatliche Markt- oder Preisordnung bestehen, oder einzelne Unternehmen wurden zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet, Art. 3 Abs. 1 KG.<sup>112</sup> Für die erste Variante ist es erforderlich, dass es „tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten“.<sup>113</sup> Die zweite Variante ist nur dann einschlägig, wenn die Anwendung des Kartellrechts die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben nicht nur erschwert, sondern gänzlich verunmöglicht.<sup>114</sup> Im Bereich der Netzindustrien liegen diese Voraussetzungen nicht vor, da die einschlägigen Gesetze die Herstel-

---

109 S.o. bei Fn. 79.

110 BGer v. 16.2.2007 – 4C\_404/2006 – *TDC Switzerland/Swisscom*, sic! 2007, 552. Zu Recht kritisch *Lüthi*, sic! 2007, 554 und *Nobel/Weber*, Medienrecht, 3. Aufl. 2007, 367, die auf die Gefahr hinweisen, dass eine enge Auslegung des Regulierungsrechts dazu führen könne, dass die allgemeinen Grundprinzipien des Wettbewerbsrechts ausgehöhlt werden, und dass neue Entwicklungen nicht sachgerecht erfasst werden. *Amgwerd* (Netzzugang in der Telekommunikation, 2008, Rdnr. 544 Fn. 1227) kritisiert den Entscheid zu Recht als „in sich widersprüchlich“, da einerseits parallele Anwendbarkeit, andererseits Spezialität angenommen wird.

111 BGer v. 11.4.2011 – 2C\_343/2010 – *Swisscom Terminierungspreise*, BGE 137 II, 199, 207. So bereits *Ducrey*, in *Bovet* (Hrsg.), *Libéralisation des télécommunications*, 1999, 19 ff.

112 Art. 3 Abs. 2 KG regelt das Verhältnis des Kartellrechts zum Recht des geistigen Eigentums; Art. 3 Abs. 3 KG ordnet einen grundsätzlichen Vorrang von Verfahren nach dem Kartellgesetz vor Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz an.

113 *Bundesrat*, Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995, 539.

114 Wie in Art. 106 Abs. 2 AEUV, s. z.B. BGer v. 17.6.2003 – 2A\_520/2002 – *EEF/Watt* und *Migros*, BGE 129 II 497, 530.

Andreas Heinemann

lung wirksamen Wettbewerbs jeweils als eines der verfolgten Ziele nennen.<sup>115</sup>

Sicherlich stellen sich bei einer parallelen Anwendung Verhältnisfragen. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, gelingt die Anwendung des Kartellrechts in den Netzindustrien im Allgemeinen aber zufriedenstellend.<sup>116</sup> Defizite entstehen allerdings dann, wenn die Komplementarität zwischen den beiden Regelungsmaterien verkannt wird.

## II. Strom

Der kartellrechtliche Leitentscheid für den Elektrizitätssektor betraf die Stromversorgung im Kanton Freiburg. Das öffentliche Unternehmen *Entreprises électriques fribourgeoises (EEF)* versorgte den Kanton Freiburg mit Elektrizität. Die *Migros* kündigte den für ihre Freiburger Filialen mit der *EEF* abgeschlossenen Stromversorgungsvertrag, um sich von einer anderen Gesellschaft mit Strom beliefern zu lassen. *Migros* verlangte von der *EEF*, den Strom des anderen Anbieters über ihr Stromnetz passieren zu lassen, was von der *EEF* abgelehnt wurde. Die Wettbewerbskommission stellte fest, dass die *EEF* im Besitz einer marktbeherrschenden Stellung sei, und dass die Verweigerung des Netzzugangs den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstelle.<sup>117</sup> Das Bundesgericht bestätigte diese Beurteilung in letzter Instanz. Das Kartellgesetz sei auf die Elektrizitätsmärkte anwendbar, da aus der faktischen Monopolstellung eines kantonalen Stromversorgers nicht folge, dass der Wettbewerb in diesem Bereich ausgeschlossen sei. Das Gericht schloss sich der *essential facilities*-Doktrin an: „Als missbräuchlich ist das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens einzustufen, das als einziges über die für das Erbringen einer Leistung notwendigen Infrastrukturen verfügt und sich ohne objektive Gründe weigert, sie seinen Konkurrenten zugänglich zu machen.“<sup>118</sup> Das Vorliegen dieser Voraussetzungen im konkreten Fall wurde bejaht.

---

115 S. die Nachweise oben in Fn. 101.

116 Divergenzen werden auch durch die Kooperationspflichten zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden vermieden.

117 *Wettbewerbskommission*, 5.3.2001 – *Watt/Migros – EEF*, RPW 2001, 255.

118 BGer v. 17.6.2003 – 2A\_520/2002 – *EEF/Watt und Migros*, BGE 129 II 497. Zum Entscheid des Bundesgerichts s. *Weber*, SZW 2004, 147.

Der *EEF*-Fall war von erheblicher Bedeutung, da er zu einer faktischen Marktöffnung führte, die von Kritikern auch „wilde Liberalisierung“ genannt wird.<sup>119</sup> Bemerkenswert ist die Tatsache, dass sich das Bundesgericht zugunsten von kartellrechtlichen Durchleitungspflichten aussprach, obwohl das Volk in einem Referendum die Neuordnung der Strommärkte abgelehnt hatte.<sup>120</sup> Der Fall macht klar, dass weder die An- noch die Abwesenheit sektorweiter Regulierung die einzelfallbezogene Kartellrechtsanwendung ausschließt. Hierdurch entsteht eine starke Dynamik: Der Gesetzgeber gerät unter Zugzwang, da legislatorische Abstinenz zu kartellrechtlicher Marktöffnung führt. Er kann entweder die kartellrechtlichen Einzelentscheidungen durch eine wettbewerbsausschließende Gesetzgebung korrigieren. Oder er kann sich dem Ziel der Marktöffnung anschließen und das Regulierungsrecht entsprechend anpassen. Kartellrecht erweist sich in dieser Hinsicht als ein Instrument, das Bewegung in ein von starken Interessen geprägtes Dickicht bringt.<sup>121</sup>

### *III. Post*

Die Bedeutung des Preisüberwachungsrechts als besonderes Kartellrecht im Postsektor wurde bereits unterstrichen.<sup>122</sup> Zurückhaltende Regulierung wird auch damit begründet, dass die Kontrolle durch den Preisüberwacher zur Verfügung steht.<sup>123</sup> Aber auch das allgemeine Kartellrecht ist von Bedeutung. So läuft momentan eine Untersuchung der Wettbewerbskommission, in der es um das Preissystem der Post für Geschäftskunden in Bezug auf den Briefverkehr geht. So sollen Geschäftskunden ab einem Jahresumsatz von 100.000 CHF besondere Vergünstigungen erhalten. Hierdurch könnten konkurrierende Postdienstleister behindert werden.<sup>124</sup> Das Beispiel zeigt, dass sich allgemeine kartellrechtliche Fragen auch in regulier-

---

119 Vgl. NZZ v. 19.11.2003, 13.

120 S.o. bei Fn. 46.

121 In diesem Sinn auch *Rentsch*, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, 2000, 235.

122 S.o. B.II.3.

123 *Bundesrat*, Botschaft zur Volksinitiative „Pro Service public“ vom 14.5.2014, BB1 2014, 3812: „Zudem kann auch die im Januar 2014 getroffene einvernehmliche Regelung der Post mit dem Preisüberwacher als Beispiel einer schlanken und pragmatischen Regelung des Service public genannt werden“ (mit Bezug auf den oben in Fn. 75 erwähnten Fall).

124 *Wettbewerbskommission*, Medienmitteilung v. 18.7.2013.

*Andreas Heinemann*

ten Sektoren stellen. Gleichzeitig illustriert der Fall, wie wichtig die Anwendung des Kartellrechts in Bereichen ist, die erst kürzlich für den Wettbewerb geöffnet wurden.

#### *IV. Telekommunikation*

Der Telekommunikationssektor ist diejenige Netzindustrie, in der es zu den meisten Kartellverfahren gekommen ist. Die vier wichtigsten seien im Folgenden vorgestellt.

##### *1. Zusammenschlussvorhaben Orange – Sunrise*

Für die Marktstruktur in der schweizerischen Telekommunikation ist das Verbot des Zusammenschlusses zwischen *France Télécom SA (Orange)* und *Sunrise Communications AG* von großer Bedeutung. In der Schweiz existieren drei Mobilfunkunternehmen mit eigenem Netz, nämlich neben dem ehemaligen Monopolisten *Swisscom* die beiden Wettbewerber *Orange* und *Sunrise*. Bei dem Zusammenschlussvorhaben zwischen diese beiden Unternehmen ging es also um einen *3-to-2-merger*, der zu einem Duopol auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt geführt hätte. Die Wettbewerbskommission kam zu dem Ergebnis, dass durch den Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der zwei verbleibenden Anbieter entstanden wäre. Bei hohen Marktzutrittsschranken sei es für die beiden Konkurrenten vorteilhafter, ein hohes Preisniveau beizubehalten als den Versuch zu unternehmen, sich gegenseitig Marktanteile abzunehmen. Folglich untersagte die Behörde den Zusammenschluss.<sup>125</sup>

Befürworter des Zusammenschlussvorhabens argumentierten, dass nur ein fusionierter Anbieter dazu in der Lage sei, dem Altsassen eine wirksame Konkurrenz zu liefern und die nötigen Investitionen zu stemmen. Die Wettbewerbskommission war demgegenüber der Auffassung, dass durch den Zusammenschluss der aktivste Marktteilnehmer ausscheiden und es auch deshalb nicht zu wirksamem Wettbewerb kommen werde. Die Kon-

---

125 *Wettbewerbskommission*, 19.4.2010 – *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, RPW 2010, 499.

sumenten würden deshalb vom Zusammenschluss nicht profitieren. Geeignete Auflagen konnten nicht identifiziert werden.<sup>126</sup>

## 2. Glasfaserkooperationen

Ebenfalls von großer marktstruktureller Bedeutung sind die Entscheidungen der schweizerischen Wettbewerbskommission in Bezug auf Glasfaserkooperationen. *Swisscom* und die Elektrizitätswerke der großen schweizerischen Städte planen den gemeinsamen Aufbau einer Glasfaserinfrastruktur in der Form des *Fiber to the Home (FttH)*. Die Unternehmen legten die entsprechenden Verträge der Wettbewerbskommission im Widerspruchsverfahren vor.<sup>127</sup> Die Wettbewerbskommission identifizierte mehrere Vertragsklauseln, die als Kernbeschränkungen qualifiziert wurden. So hätte die „Layer 1-Exklusivität“ den Energieversorgungsunternehmen das ausschließliche Recht gegeben, anderen Fernmeldediensteanbietern ein Layer 1-Angebot zu unterbreiten, diesen also Zugang zur unbeleuchteten Glasfaser, der untersten Übertragungsschicht, zu gewähren. Ein Monopol der Elektrizitätswerke wäre die Folge gewesen. Investitionsschutzklauseln sahen zugunsten der *Swisscom* die Meistbegünstigung im Verhältnis zu anderen Unternehmen vor. Ein Ausgleichsmechanismus hätte Kompensationszahlungen zwischen den Vertragspartnern ausgelöst, sobald die tatsächlichen Nutzungsanteile von den ursprünglichen Investitionsbeteiligungen abgewichen wären. Die Kartellbehörde sah in diesen Klauseln Abreden über Preise und Mengen und die ernsthafte Gefahr einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Zugang zur physi-

---

126 In der EU sind in der letzten Zeit eine Reihe von Zusammenschlüssen zwischen Mobilfunkbetreibern unter Auflagen genehmigt worden, s. zuletzt *Europäische Kommission v. 2.7.2014 – Telefónica Deutschland/E-Plus*, M.7018. Bei keinem dieser Zusammenschlüsse handelt es sich allerdings um einen *3-to-2-merger*. In der Regel ging es um eine Verringerung der Anbieter von vier auf drei, und die jeweiligen Auflagen sollen dazu führen, dass mittelfristig wieder ein vierter Anbieter hinzutritt.

127 Das Widerspruchsverfahren ist in Art. 49a Abs. 3 lit. a KG geregelt. Wenn ein Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet, entfällt die Möglichkeit der Sanktionierung. Die Sanktionierbarkeit lebt wieder auf, wenn die Wettbewerbsbehörden innerhalb von fünf Monaten ein Verfahren eröffnen. Das Widerspruchsverfahren ähnelt der Bußgeldimmunität im europäischen Kartellverfahren nach Art. 15 Abs. 5 und 6 der VO 17, die bis zum 30.4.2004 in Kraft war.

*Andreas Heinemann*

schen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten.<sup>128</sup>

Die Verträge wurden in der Folge abgeändert: Die beanstandeten Klauseln wurden entfernt. Warnungen im Vorfeld, nach denen die betreffenden Klauseln notwendig für die großen Investitionen seien und eine kartellrechtliche Intervention den Glasfaserausbau gefährde, haben sich nicht bewahrheitet. Die Glasfaserverfahren veranschaulichen, dass es einer genauen Analyse des Einzelfalls bedarf, um zu entscheiden, in welchem Ausmaß Wettbewerbsbeschränkungen für den Ausbau der Netzindustrien erforderlich sein mögen. Es reicht zur Rechtfertigung volkswirtschaftlich nachteiliger Wettbewerbsbeschränkungen nicht aus, pauschal auf die Investitions- und Innovationsanreize zu verweisen. Diese können auch als Vorwand dienen, um Wettbewerbsbeschränkungen zu rechtfertigen, die nicht im volkswirtschaftlichen Interesse sind.

### *3. Terminierungspreise im Mobilfunk*

Unter Terminierung versteht man die Verbindung des Netzes eines angerufenen Teilnehmers mit dem Netz des Anrufenden. Der Betreiber des originierenden Netzes hat dem Betreiber des terminierenden Netzes ein Entgelt für die Terminierungsdienstleistung zu zahlen. Die Wettbewerbskommission stellte fest, dass die *Swisscom* ihre marktbeherrschende Stellung durch die Erzwingung unangemessen hoher Mobilterminierungspreise in Höhe von 33,5 Rappen pro Minute missbraucht habe.<sup>129</sup> Die Entscheidung der Wettbewerbskommission wurde von den Gerichten aufgehoben. Diese setzten nicht an der in Fällen des Ausbeutungsmissbrauchs regelmäßig kontrovers diskutierten Frage an, ab welcher Höhe ein Preis missbräuchlich ist, sondern argumentierten mit dem Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht: Eine „Erzwingung“ unangemessener Preise liege nicht vor, wenn die Marktgegenseite die Möglichkeit habe, nach Fernmelderecht eine amtliche Preisfestsetzung zu verlangen, hierauf aber verzich-

---

128 Sekretariat der Wettbewerbskommission, 5.9.2011 – *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*, RPW 2012, 209.

129 Art. 7 Abs. 2 lit. c KG.

tet habe.<sup>130</sup> In der Tat hatten die „Kunden“ auf den Terminierungsmärkten, also die anderen Fernmeldediensteanbieter, nicht von der (oben erläuterten<sup>131</sup>) Möglichkeit Gebrauch gemacht, bei der ComCom um Anpassung der Entgelthöhe nachzusuchen.

Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der Verzicht anderer Marktteilnehmer auf Einschaltung einer Regulierungsbehörde das Vorliegen eines Ausbeutungsmissbrauchs ausschließt. Im europäischen Kartellrecht werden keine besonderen Anforderungen an die Modalitäten der Preisausbeutung gestellt.<sup>132</sup> Die europäischen Gerichte haben – im Gegenteil – klargestellt, dass das (europäische) Kartellrecht selbst dann Anwendung findet, wenn eine nationale Regulierungsbehörde bestimmte Tarife genehmigt hat.<sup>133</sup> Die Abweichung von der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Erzwingung im EU-Kartellrecht rechtfertigte das Bundesgericht damit, dass vom Recht der Europäischen Union unabhängiges schweizerisches Recht grundsätzlich autonom auszulegen sei. Nach Auffassung des Gerichts wollte der schweizerische Gesetzgeber „bei der damaligen Revision des Kartellgesetzes [...] nicht in erster Linie zwecks Herstellung einer Europarechtskonformität autonom das EU-Recht nachvollziehen“. Auch aus der Verwendung des identischen Begriffs des „Erzwingens“ lasse sich „nicht ableiten, dass zwingend eine identische Regelung angestrebt war.“<sup>134</sup>

Die Ausführungen des Bundesgerichts überzeugen nicht: An zahlreichen Stellen der Gesetzesbegründung finden sich Hinweise darauf, dass mit dem Kartellgesetz von 1995 eine Annäherung an europäisches Kartellrecht erfolgen sollte.<sup>135</sup> Dies gilt ganz besonders für den Tatbestand des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. Die Botschaft weist ausdrücklich auf die Parallelen zum europäischen Kartellrecht bei der Formu-

---

130 BVerf. v. 24.2.2010 – B-2050/2007 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010, 242; BVerf. v. 11.4.2011 – 2C\_343/2010 – *Swisscom Terminierungspreise*, BGE 137 II 199.

131 S.o. B.III.3.

132 S. z.B. *Bulst*, in Langen/Bunte (Hrsg.), *Kartellrecht – Kommentar*, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV Rdnr. 158.

133 S.o. Fn. 105.

134 BVerf. v. 11.4.2011 – 2C\_343/2010 – *Swisscom Terminierungspreise*, BGE 137 II 199, 209.

135 S. z.B. *Bundesrat*, Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995, 468, 471, 531, 632 f.

lierung der Missbrauchstatbestände hin.<sup>136</sup> Für die Fallgruppe des Preismissbrauchs tritt die Tatsache hinzu, dass das Kartellgesetz von 1985 noch keinen entsprechenden Tatbestand enthielt und Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nahezu wortgleich mit Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV übereinstimmt, insbesondere denselben Terminus der „Erzwingung“ enthält. Das Bundesgericht nahm übrigens in der Folge eine Kehrtwende vor, was die europäische Ausrichtung des schweizerischen Kartellrechts betrifft. Im *Publigroupe*-Entscheid befand das Gericht, dass „das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert“, weshalb auch die Praxis zu Art. 102 AEUV bei der Auslegung von Art. 7 KG zu berücksichtigen sei.<sup>137</sup>

Für das Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht ist der Terminierungsfall von besonderem Interesse. Einerseits geht das Bundesgericht davon aus, dass Regulierungsrecht die Anwendung des Kartellrechts nicht ausschliesse, sondern dass beide Regelungsmaterien „nebeneinander zur Anwendung gelangen“.<sup>138</sup> Andererseits könne bei „der Anwendung des Kartellrechts [...] die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht unbeachtet bleiben. Die beiden Rechtsordnungen stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig. Sinn macht daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führt.“<sup>139</sup>

Das Ziel, nämlich eine konsistente Auslegung beider Rechtsmaterien, ist unstrittig, wird aber durch den Weg des Bundesgerichts verfehlt. Es ist nicht überzeugend, die Anwendbarkeit des Kartellrechts neben dem Regulierungsrecht grundsätzlich zu bejahen, um dann über eine enge Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände doch zu einem faktischen Vorrang des Regulierungsrechts zu gelangen. Gegen diese Vorgehensweise spricht gerade das „Gesamtsystem“: Der zurückhaltende schweizerische Regulierungsansatz, der beispielsweise in der Ausgestaltung als *ex post*-Aufsicht zum Ausdruck kommt, wird auch mit dem Argument begründet, dass immer noch das allgemeine Wettbewerbsrecht zur Korrektur unerwünschter

---

136 Ibid., 468, 531, 570.

137 BGer v. 29.6.2012 – 2C\_484/2010 – *Publigroupe*, BGE 139 I 72, 89.

138 S.o. Fn. 111.

139 BGer v. 11.4.2011 – 2C\_343/2010 – *Swisscom Terminierungspreise*, BGE 137 II 199, 212.

Ergebnisse zur Verfügung stehe.<sup>140</sup> Es ist dann unstimmig, übertrieben hohe Anforderungen an dessen Tatbestände aufzustellen. Die Abwesenheit einer *ex ante*-Regulierung macht das Bedürfnis nach kartellrechtlicher Kontrolle noch größer.

#### *4. Kosten-Preis-Schere bei ADSL*

Die Wettbewerbskommission hat im Jahr 2009 gegen *Swisscom* ein Bußgeld in Höhe von ca. 220 Millionen CHF wegen einer Kosten-Preis-Schere verhängt.<sup>141</sup> Der geringe Abstand zwischen dem Preis für das vom Marktbeherrscher angebotene Vorleistungsprodukt und den ADSL-Endkundenpreisen habe es Wettbewerbern nicht erlaubt, Endkunden Breitbandinternet profitabel anzubieten. Gegen die Entscheidung der Wettbewerbskommission ist Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben worden, die derzeit noch hängig ist. Der Ausgang des Verfahrens wird große Bedeutung für die Anwendung des Kartellrechts in den Netzindustrien haben.

Inzwischen wurde eine besondere Vorschrift zur Kosten-Preis-Schere in das Regulierungsrecht eingefügt.<sup>142</sup> Auch hier sollte parallele Anwendbarkeit von Kartell- und Regulierungsrecht angenommen werden, da beide Rechtsmaterien verschiedene Anliegen verfolgen und über unterschiedliche Instrumente verfügen.<sup>143</sup>

---

140 S. bereits oben A.III.1 sowie *Vlcek*, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2013, Rdnr. 240. S. außerdem BVGer v. 3.10.2001 – 2A\_503/2000 und 2A\_505/2000 – *Interkonnektion V*, sic! 2002, 18, 23 f.: Eine weite Auslegung der fernmelderechtlichen Interkonnektionspflicht wird unter Hinweis auf die parallele Anwendbarkeit von Kartell-, Wettbewerbs- und Preisregulierungsrecht abgelehnt.

141 *Wettbewerbskommission*, 19.10.2009 – *Preispolitik Swisscom ADSL*, RPW 2010, 116.

142 Nämlich Art. 52 Abs. 2<sup>bis</sup> FDV in der Fassung der Verordnung vom 14.3.2014, in Kraft seit 1.7.2014 (AS 2014, 729): „Die Differenz zwischen den von der marktbeherrschenden Anbieterin angebotenen Zugangspreisen und ihren Endkundenpreisen muss einer vergleichbaren, effizienten Anbieterin erlauben, kostendeckende Erträge zu erwirtschaften“.

143 *Wettbewerbskommission*, Gutachten zur vorgeschlagenen Anpassung der Verordnung über Fernmeldedienste (oben Fn. 99), 12 f.

D. Ausblick

Die Netzindustrien sind in der Schweiz weniger liberalisiert, privatisiert und reguliert als in der EU. Grundlegende Fragen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft werden hierdurch aufgeworfen. Was bedeutet im Zusammenhang mit Regulierungsrecht eigentlich ein Mehr oder Weniger an Staat? Führt ein Mehr an Regulierung nicht zu größeren Spielräumen für den Wettbewerb und damit zu mehr dezentraler Steuerung und Staatsferne? Kommt zurückhaltende Regulierung nicht eher den ehemaligen staatlichen Monopolen zugute? Das Beispiel der Schweiz mit ihren starken Altsassen veranschaulicht diesen Fragenkreis plastisch.<sup>144</sup> Eine grundsätzliche staatskritische Skepsis geht hier eine Verbindung mit hoher Wertschätzung für den *service public* ein. Zurückhaltung bei der Regulierung wird mit der Ablehnung übermäßiger Intervention begründet. Für das Verhältnis von besonderem Regulierungsrecht zu allgemeinem Wettbewerbsrecht ergeben sich hieraus besondere Anforderungen: Die Zurückhaltung bei der Regulierung wird häufig damit gerechtfertigt, dass eventuelle Regulierungslücken durch die Anwendung des Kartell- und Preisüberwachungsrechts zu schließen sind.<sup>145</sup> Dem Kartellrecht wird also eine gesteigerte Bedeutung als Lückenfüller regulierungsrechtlicher Karenz zugemessen.

Die Frage nach der richtigen Ausgestaltung des Regulierungsrechts verlangt eine umfassende Diskussion unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Netzindustrie, die im vorliegenden Zusammenhang nicht geleistet werden kann.<sup>146</sup> Es sei nur folgender Aspekt hervorgehoben, der sich mit dem Problem der optimalen Regulierungsdauer beschäftigt: Eine Grundsatzdebatte beschäftigt sich mit der Frage, ob das sektorspezifische Regulierungsrecht von Dauer sein soll, oder ob es lediglich Übergangscharakter hat, nämlich bis zu dem Zeitpunkt gelten soll, in dem wirksamer Wettbewerb hergestellt sein wird. Für die verschiedenen Netz-

---

144 Es besteht auch die Gefahr von Interessenkonflikten, wenn der Bund gleichzeitig als Gesetzgeber, Eigentümer der ehemaligen Monopolbetriebe und Marktteilnehmer auftritt. So beliefen sich beispielsweise die Gewinnausschüttungen von Post und Swisscom an den Bund im Jahr 2013 auf 830 Millionen CHF, s. *Bundesrat*, Botschaft zur Volksinitiative „Pro Service public“ vom 14.5.2014, BBl 2014, 3821.

145 Vgl. z.B. *ibid.*, 3812.

146 S. hierzu beispielsweise die in den vorstehenden Fußnoten zitierten Dissertationen von *Amgwerd*, *Hofmann* und *Klaus*.

industrien wird diese Diskussion mit unterschiedlichen Akzenten geführt.<sup>147</sup> Ein zurückhaltender Regulierungsansatz könnte mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass hierdurch ein Phasing-out vorweggenommen wird. Anstelle einer eingriffsintensiven Regulierung wird ein extensiver Ansatz gewählt, da am Ende des Übergangsprozesses ohnehin ein Absterben der Regulierung stehen soll.

Die These von der Abkürzung ist allerdings zweifelhaft, da sie den volkswirtschaftlichen Schaden nicht berücksichtigt, der durch einen Regulierungsverzicht entstehen kann. Die Nachteile der Vermachtung von Märkten und der Verzögerung bei der Herstellung wirksamen Wettbewerbs sind unkalkulierbar. Jedenfalls setzt der regulierungskritische Ansatz voraus, dass es zu einer konsequenten Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts kommt. Die Praxis respektiert leider nicht immer diesen Zusammenhang.

---

147 Während im Telekommunikationssektor die Tendenz eher in Richtung Übergangscharakter geht, wird dem Energieregulierungsrecht eine lange Zukunft prognostiziert; s. einerseits *Amgwerd*, Netzzugang in der Telekommunikation, 2008, Rdnr. 546 ff., und andererseits *Hofmann*, Regulierung und Wettbewerb, 2013, 203 f., jeweils mwN.