



Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und
Kommunikationsrecht der Universität Zürich

Michael Vlcek

Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsver- gleichende Untersuchung

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VI
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	XLV
Einleitung	1
1. Kapitel: Grundlagen	3
I. Begriffe	3
1. Terminierungsdienste in der Telekommunikation	3
A. Allgemeines	3
B. Indirekte Terminierung	5
C. Einleitung zur Regulierung der Terminierungsgebühren	6
D. Ökonomische Grundlagen zu den hinter der Terminierung stehenden Abrechnungssystemen	7
a) Calling Party Network Pays	7
b) Alternativen zu Calling Party Network Pays	8
2. Wettbewerb und Wettbewerbsrecht	9
A. Wettbewerb	9
B. Wettbewerbsrecht	10
a) Verfassungsrechtliche Verortung	10
b) Grundsätze des schweizerischen Wettbewerbsrechts	10
c) Grenzen des Wettbewerbsrechts	11
d) Internationales Wettbewerbsrecht	12
3. Netzwerkeffekte	12
A. Allgemeines	13
	XI

a)	Positive und negative Netzwerkeffekte	13
b)	Reale und virtuelle Netzwerke	14
c)	Direkte und indirekte Netzwerkeffekte	14
B.	Netzwerkeffekte und zweiseitige Märkte	15
C.	Netzwerkeffekte in der wettbewerbsrechtlichen Analyse	16
a)	Netzwerkeffekte und Marktzutrittsschranken	17
b)	Netzwerkeffekte und wettbewerbswidrige Verhaltensweisen	17
D.	Bedeutung der Netzwerkeffekte für die fernmelderechtliche Regulierung	18
II.	Wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen	19
1.	Allgemeines	19
2.	Regulierung von Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung durch das KG	20
A.	Tatbestand	21
a)	Marktbeherrschende Stellung	22
aa)	Marktabgrenzung	24
aaa)	Sachlich relevanter Markt	25
bbb)	Räumlich relevanter Markt	27
ccc)	Zeitlich relevanter Markt	28
bb)	Marktstellung	29
aaa)	Beurteilungskriterien	30
(1)	Marktanteile	31
(2)	Potenzieller Wettbewerb	32
(3)	Stellung der Marktgegenseite	33
bbb)	Kollektive Marktbeherrschung	33
ccc)	Nachfragemacht	34
ddd)	Wirtschaftliche Abhängigkeit als Marktbeherrschung	35
b)	Missbrauch und Wettbewerbswirkung	36
aa)	Missbrauch	37
aaa)	Behinderungs-, Ausbeutungs- und weitere Arten des Missbrauchs	37
bbb)	Problematik der „Doppelgesichtigkeit“	39
ccc)	Generische Missbrauchskriterien unter der Generalklausel?	41
ddd)	Anwendung in der Praxis	43

eee) Weitere traditionelle Kategorisierungsversuche zu den Missbrauchsriterien	45
bb) Beispielkatalog des Art. 7 Abs. 2 KG	46
aaa) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen	47
(1) Einschränkung von Geschäftsbeziehungen	49
(2) Essential-Facility-Doktrin	49
bbb) Diskriminierung	51
ccc) Unangemessene Preise oder Konditionen (Preishöhenmissbrauch)	52
(1) Problematik der Feststellung der Unangemessenheit	54
(2) Grundsätzliches zur Erzwingung, Unangemessenheit und zum Kausalzusammenhang	56
(3) Kein Preishöhenmissbrauch unter dem Sherman Act	58
(4) Zum Preishöhenmissbrauch gemäss Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV in der Praxis des europäischen Wettbewerbsrechts	58
ddd) Kosten-Preis-Schere	63
cc) Wettbewerbswirkung, Kausalität und Erheblichkeit als Tatbestandselemente des Missbrauchs?	65
aaa) Wettbewerbswirkung	65
bbb) Kausalität?	65
ccc) Erheblichkeit?	67
B. Rechtsfolgen im Verwaltungsverfahren	68
a) Grundsätze zu den verwaltungsrechtlichen Rechtsfolgen	69
b) Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen	70
 2. Kapitel: Sektorielle Regulierung und deren Verhältnis zum Wettbewerbsrecht	 72
I. Einführung in die Regulierungstheorie	73
1. Überwindung der Fernmeldemärkte als natürliche Monopole	73

2.	Grundsätze der Sektorregulierung im Fernmeldebereich	74
3.	Sektorspezifischer Ex-ante-Regulierungsansatz	76
II.	Zu den fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen	77
1.	Einführung zur neueren Schweizer Fernmeldegesetzgebung	77
2.	Regulierungsinstrumente in der Schweiz	78
A.	Regulierungsinstrumente des FMG	78
B.	Interkonnektion	80
a)	Begriff	80
aa)	Interkonnektionsdienste	81
bb)	Zur wettbewerbspolitisch motivierten Interkonnektionsregulierung	82
b)	Interkonnektion aufgrund von Interoperabilitätspflichten	83
aa)	Dienste der Grundversorgung	83
bb)	Mobilfunkdienste sind keine Dienste der Grundversorgung	84
c)	Ex-ante- und Ex-post-Regulierung	85
d)	Terminierung und Terminierungsmonopol	86
e)	Durchsetzung des Interkonnektionsanspruchs gemäss FMG	88
aa)	Verhandlungsprimat und Dispositionsmaxime	88
bb)	Aktivlegitimation	89
cc)	Bisherige Verfahren vor der ComCom zur Mobilfunkterminierung	90
3.	Grundlagen des Regulierungsrahmens in der Europäischen Union	91
A.	Europäischer Rechtsrahmen für die Telekommunikationsregulierung	91
B.	Grundlagen zur Anwendung des Europäischen Rechtsrahmens	98
4.	Grundlagen der Fernmelderegulierung in den Vereinigten Staaten	100
A.	Interkonnektion	101
B.	Regulierung von Mobilfunkterminierungsgebühren	102
III.	Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und sektorieller Fernmelderegulierung	104

1. Schweiz	104
A. Wettbewerbsausschliessende Vorschriften	104
B. Zwecksetzung des KG und des FMG	105
C. Frühe bundesgerichtliche Rechtsprechung	106
D. Spätere bundesgerichtliche Rechtsprechung (Office Connex)	107
E. Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung	108
2. Europäische Union	109
A. Rangordnung der Normen	109
B. Praxis der Europäischen Kommission	110
C. Zum Verhältnis mitgliedstaatlicher Kartell- und Fernmelderegulierung	114
3. Vereinigte Staaten	115
A. Ausdrückliche oder stillschweigende Immunität	115
B. Vorbehaltsklausel des Telecommunications Act	116
4. Zwischenfazit	117
3. Kapitel: Preisrelevante Missbräuche im Fernmeldebereich und der Erzwingungsbegriff	118
I. Kartellrechtliche Kasuistik zu den Terminierungsgebühren in der Schweiz	119
1. Wettbewerbskommission und Sekretariat	119
A. Erste Untersuchung der Mobiltelefoniemärkte	119
a) Marktabgrenzung	120
b) Marktstellung	121
c) Beurteilung der Verhaltensweisen	122
B. Gutachten Mobilfunk 2006	122
a) Marktabgrenzung	123
b) Marktstellung	123
C. Sanktionsverfügung in Sachen Mobilfunkterminierung 2007	124
a) Marktabgrenzung	125
b) Marktstellung	126
c) Beurteilung der Verhaltensweise	127
D. SMS-Large-Account-Terminierung	129
a) Marktabgrenzung und Marktstellung	130
b) Beurteilung der Verhaltensweise	130
E. Rolle der Terminierungsmärkte in der Zusammenschlusskontrolle gemäss Art. 9 ff. KG	131

a)	France Télécom/Sunrise	131
b)	Apax/Orange	132
2.	Bundesverwaltungsgericht	133
a)	Marktabgrenzung	133
b)	Marktstellung	134
c)	Beurteilung der Verhaltensweise	135
3.	Bundesgericht	137
a)	Europarechtskonforme Auslegung?	137
b)	Höchstgerichtliche Auslegung des Erzwingungsbegriffs	138
c)	Keine Erzwingung in casu	138
II.	Internationale Kasuistik mit Relevanz für die kartellrechtliche Regulierung der Mobilfunkterminierung	139
1.	Rechtsprechung des EuGH und des EuG mit Bezug auf unangemessene Preise im Fernmeldebereich	139
A.	EuGH in Sachen TeliaSonera	140
a)	Normtechnische Einordnung	140
b)	Zur Beurteilung der Verhaltensweise	141
aa)	Zur Bedeutung der bestehenden Sektorregulierung	141
bb)	Zum Nachweis wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen	141
B.	Weitere Rechtsprechung des EuGH und des EuG	142
a)	DTAG	142
b)	Wanadoo und Telefonica	144
2.	Weitere Verfahren in Europa betreffend unangemessen hohe Preise im Fernmeldebereich	144
A.	Europäische Kommission	145
a)	Wettbewerbsrechtliche Prüfung von Terminierungspreisen in Mobil- und Festnetze	145
b)	Kosten-Preis-Schere in der Mobilfunkterminierung	145
c)	Unangemessen hohe Preise in Wholesalemärkten betreffend Roaming	146
d)	Unangemessen hohe Preise betreffend Teilnehmerverzeichnisdaten	147
e)	Unangemessene Bedingungen betreffend ADSL-Wholesaledienste	148

B.	Zwischenfazit	150
C.	Mitgliedstaatliche Wettbewerbsverfahren: Der belgische Fall Base/BMB	151
3.	Wettbewerbsrechtliche Bundesrechtsprechung in den Vereinigten Staaten zum Fernmeldebereich	153
A.	Trinko	153
B.	Linkline	154
4.	Zwischenfazit	155
III.	Analyse des Elements der Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG	157
1.	Bedeutung der Europakompatibilität im Schweizer Wettbewerbsrecht	157
2.	Erkenntnisse zum Missbrauchs begriff des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG	162
A.	Allgemeines	162
a)	Beispiele des Art. 7 Abs. 2 KG als Tatbestand?	162
b)	Folgen für die Praxis der Wettbewerbskommission	164
B.	Überlegungen zur vom Ausbeutungsmissbrauch betroffenen Marktseite und Marktstufe – Ausbeutung von Endkunden	166
a)	Ausgangslage	166
b)	Problematische Ausblendung von Missbrauchswirkungen	167
C.	Gegenseitiger Einfluss von allgemeinem und sektorspezifischem Wettbewerbsrecht	169
a)	Ausgangslage	169
b)	Verschiedene Wertparitätskontrollen und deren Bedeutung für das KG	170
c)	Probleme der Umwegtheorie	172
D.	Zum Begriff der Erzwingung gemäss bundesgerichtlicher Auslegung	174
a)	Auslegeordnung	176
aa)	Grammatikalische Auslegung	176
bb)	Historische Auslegung	177
cc)	Systematische Auslegung	177
dd)	Teleologische Auslegung	179
b)	Zwischenfazit	181
c)	Zur Bedeutung der Ausweichmöglichkeiten	181

aa) Praxis der Wettbewerbskommission	182
bb) Bundesverwaltungsgerichtspraxis	182
cc) Bundesgerichtspraxis und Analyse	182
d) Zum bundesgerichtlichen Verständnis von TeliaSonera	184
e) Ausweichmöglichkeiten aus der Perspektive kleinerer FDA	185
f) Kausalität	187
aa) Generell	187
bb) Vorgaben des Bundesgerichts und Analyse	189
g) Zwischenfazit zum Erzwingungselement	191
Zusammenfassung der Analysresultate	193