

WEKO rangierbares-glasfasernetz-ii-2023-02-02 vom 14. Dezember 2020

WEKO, 2020-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_rangierbares-glasfasernetz-ii-2023-02-02

FR: WEKO rangierbares-glasfasernetz-ii-2023-02-02 du 14 décembre 2020

IT: WEKO rangierbares-glasfasernetz-ii-2023-02-02 del 14 dicembre 2020

Erwägungen

E. 4

Rangierbares Glasfasernetz: Beratung vom 25. Oktober 2022 Rz 3 ff., abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2022/rangierbares_glasfasernetz_beratung_des_sekretariats_vom_25_oktober_2022.pdf.download.pdf/Rangierbares%20Glasfasernetz_Beratung%20des%20Sekretariats%20vom%2025.%20Oktober%202022.pdf.

2

III. Beurteilung

E. 5

Es ist darauf hinzuweisen, dass das Sekretariat bei seiner Beurteilung eine rein kartellrechtliche Optik einnimmt. Bei entsprechenden Vorgaben an ein Glasfasernetz in Bezug auf einen Layer 1-Zugang ist darauf zu achten, dass die Netzbetreiber in ihrer Wirtschaftsfreiheit nur insoweit eingeschränkt werden, wie dies für die Zweckerreichung zwingend notwendig ist. Analog zu den vorsorglichen Massnahmen der WEKO sollten entsprechende Vorgaben dem Netzbetreiber die Wahl überlassen, mit welcher Netzbauweise ein Layer 1-Zugang gewährt wird und es soll die Wirtschaftsfreiheit nicht über das notwendige Mass hinaus eingeschränkt werden.⁵ Zudem bezweckt die Verhaltenskontrolle nach Art. 7 KG nicht das Erlangen oder Aufrechterhalten einer marktbeherrschenden Stellung an sich zu unterbinden, Ziel ist vielmehr die Unterbindung einer unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens.⁶ Dementsprechend beschränkt sich die vorliegende Beratungsantwort auf die Beurteilung, ob der in der Beratungsanfrage beschriebene Bau eines FTTH-Netzes nach dem SFN-Rangiermodell voraussichtlich den Anforderungen an einen Layer 1-Zugang genügt. Dies gilt auch für die nachfolgende Beantwortung der Zusatzfragen.

E. 6

Die WEKO hat in der Anfang 2020 geänderten Netzbaustrategie von Swisscom und der damit verbundenen Verweigerung eines Layer 1-Zugangs für alternative FDA Anhaltspunkte für eine Beschränkung des Wettbewerbs und für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erkannt und mit ihrer Verfügung vom 14. Dezember 2020 gegen Swisscom vorsorgliche Massnahmen erlassen. Sie hat in Dispositiv-Ziffer 2 bezüglich Layer 1-Zugang für Dritte folgendermassen entschieden: Swisscom wird mit sofortiger Wirkung untersagt, ein Glasfasernetz FTTH in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer 1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten.

E. 7

Vor diesem Hintergrund können wir die von Ihnen gestellten Zusatzfragen wie folgt beantworten: Gilt die Einschätzung, wonach das Rangiermodell nicht gegen die vorsorglichen Massnahmen verstösst, sofern die aktuelle und zukünftige Nachfrage nach einem Layer 1 Zugang bedient werden kann, explizit auch für den Fall, dass das Layer 1 Angebot ausschliesslich vom Ko-operationspartner (SFN) basierend auf dem Dual-Feeder-Ansatz (Infrastruktur KNU bzw. EVU) realisiert wird?

E. 8

Das Sekretariat weist darauf hin, dass es in seiner Beratungsantwort vom 25. Oktober 2022 festgehalten hat, dass «soweit das Layer 1-Angebot basierend auf dem rangierbaren Teil des FTTH-Netzes die gesamte Nachfrage aller interessierten FDA decken kann und eine gleichwertige Alternative zu einem Layer 1-Zugang in einer Swisscom Anschlusszentrale darstellt, die Voraussetzungen, dass sich hierüber wirksamer Infrastrukturwettbewerb einstellen kann, aus Sicht des Sekretariats gegeben sein können.»⁷

E. 9

Mit anderen Worten können die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb gegeben sein, wenn ein Layer 1-Angebot basierend auf dem rangierbaren Teil des FTTH-Netzes die

5 RPW 2021/1, 259 Rz 228 ff., Netzbaustrategie Swisscom. 6 LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 N 7 f. 7 Rangierbares Glasfasernetz: Beratung vom 25. Oktober 2022 Rz 17, abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2022/rangierbares_glasfasernetz_beratung_des_sekretariats_vom_25_oktober_2022.pdf.download.pdf/Rangierbares%20Glasfasernetz_Beratung%20des%20Sekretariats%20vom%2025.%20Oktober%202022.pdf.

3

gesamte Nachfrage aller interessierten FDA decken kann und dieses Angebot eine gleichwertige Alternative zu einem Layer 1-Zugang in einer Swisscom Anschlusszentrale darstellt. Dies ist aus Sicht des Sekretariats auch der Fall, wenn der Layer 1-Zugang nicht in einer Swisscom Anschlusszentrale bereitgestellt wird. In einer solchen Konstellation könnte aufgrund einer valablen Ausweichmöglichkeit das Verhalten von Swisscom möglicherweise nicht als Verstoss gegen Art. 7 KG qualifiziert werden.

E. 10

Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass einzig Swisscom Adressatin der vorsorglichen Massnahmen ist und die WEKO diese aufgrund einer möglichen unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens verfügt hat. Liegen allerdings vergleichbare Konstellationen beim FTTH-Ausbau von anderen Unternehmen vor, könnte ebenfalls ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen. Dies wäre im Einzelfall zu prüfen. Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen müssen aus Sicht des Sekretariats betreffend Preise, Prozesse, Service Level, Übergabepunkte etc. erfüllt sein, dass von einer «gleichwertigen Alternative zu einem Layer 1-Zugang in einer Swisscom Anschlusszentrale» (Antwort-schreiben, S. 6 Abs. 2) ausgegangen werden kann (Layer 1 Äquivalenz)?

E. 11

Die Wettbewerbsbehörden beurteilen die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Verhaltens nach einer umfassenden Sachverhaltsabklärung. In diesem Rahmen können sie nach Abschluss einer Untersuchung gemäss Art. 30 Abs. 1 KG mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen entscheiden. Diese Massnahmen werden grundsätzlich so ausformuliert, dass sie die Wirtschaftsfreiheit geringstmöglich einschränken. Deshalb ist es vorliegend nicht möglich, konkrete Vorgaben oder Bedingungen zu formulieren, welche betreffend Preise, Prozesse, Service Levels, Übergabepunkten usw. erfüllt sein müssen. Es liegt in der unternehmerischen Verantwortung eines jeden Unternehmens sein zukünftiges Verhalten kartellrechtskonform auszugestalten. Dabei leisten die Praxis der Wettbewerbsbehörden und Gerichte sowie die Literatur Orientierung. Ist die Aussage im Antwortschreiben (S. 6 Abs. 3)⁸, wonach «Grundvoraussetzung ist, dass dieses Angebot zu jedem Zeitpunkt allen interessierten FDA mit genügend hohen Kapazitäten der rangierbaren Fasern im Feeder zur Verfügung steht», dahingehend zu interpretieren, dass die Kapazitäten für ein Layer 1 Angebot im Zeitpunkt der Nachfrage zur Verfügung stehen müssen? Lässt dies zu, dass die Kapazitäten nachfrageorientiert zu einem späteren Zeitpunkt geschaffen bzw. erweitert werden (Feeder-Ausbau)? Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen wären dabei zu berücksichtigen?

E. 12

Die Wettbewerbsbehörden haben festgestellt, dass die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG führen kann, wenn keine sachlichen Rechtfertigungsgründen («legitimate business reasons») vorliegen.⁹ Vor diesem Hintergrund und den beschlossenen vorsorglichen Massnahmen der WEKO gegen Swisscom ist die Beratungsantwort so zu verstehen, dass allen interessierten FDA zum Zeitpunkt ihrer Nachfrage ein entsprechender für sie nutzbarer Layer 1-Zugang zur Verfügung stehen muss. Wie dies durch das marktbeherrschende Unternehmen bewerkstelligt wird, weil es sich beispielsweise auf die Bereitstellung eines entsprechenden Layer 1-Zugangs durch eine alternative Netzbetreiberin berufen kann und deshalb keine Behinderung von Wettbewerbern in der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb be-

⁸ Rangierbares Glasfasernetz: Beratung vom 25. Oktober 2022 Rz 17, abrufbar unter: https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2022/rangierbares_glasfasernetz_beratung_des_sekretariats_vom_25_oktober_2022.pdf.download.pdf/Rangierbares%20Glasfasernetz_Beratung%20des%20Sekretariats%20vom%2025.%20Oktober%202022.pdf. ⁹ RPW 2021/1, 252 Rz 178, Netzbaustrategie Swisscom.

4

steht, oder indem es einen Layer 1-Zugang beispielsweise basierend auf einer in P2P-Netzarchitektur ausgebauten Netzinfrastruktur anbietet, ist Sache des marktbeherrschenden Unternehmens. Wäre es zulässig, von einer Nachfragerin eines Layer 1-Zugangs ab einem gewissen Marktanteil bzw. bei der sich daraus ergebenden Wirtschaftlichkeit (Rentabilität) zu verlangen, diesen nicht in den Anschluss- bzw. Ortszentralen von SFN sondern – vorausgesetzt die betriebliche und technische Realisierbarkeit – in den vorgelagerten Quartierverteilern zu beziehen [...]? Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen wären dabei zu berücksichtigen?

E. 13

Bei der Beurteilung, ob ein unzulässiges Verhalten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG vorliegt, sind auch sachliche Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Es ist allerdings Sache des marktbeherrschenden Unternehmens sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder Ausbeutungsmisbrauchs hinreichend detailliert vorzutragen.¹⁰ Eine pauschale Aussage genügt nicht. Aufgrund der vorliegenden Informationen kann keine abschliessende Abschätzung darüber abgegeben werden, ob und inwiefern ein Layer 1-Zugang in den vorgelagerten Quartierverteilern unter gewissen Umständen als Substitut bzw. als sachlicher Rechtfertigungsgrund im Sinne des KG angesehen werden könnte.

E. 14

In diesem Zusammenhang ist jedoch auf die Ausführungen in der Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 im Zusammenhang mit der Möglichkeit des physischen Zugangs für Dritte ab Splitter im Schacht bzw. BEP hinzuweisen, welcher grundsätzlich nicht als angemessenes Substitut zum physischen Zugang ab der Anschlusszentrale von Swisscom bzw. dem ALO Angebot anzusehen ist.¹¹ Wäre es zulässig, die Layer 1 Zugang nachfragenden Anbieterinnen bei einem allfälligen Kapazitätsausbau im rangierbaren Feeder an den Kosten zu beteiligen? Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen wären dabei zu berücksichtigen?

E. 15

Je nach Umfang und Ausgestaltung könnte eine Überwälzung der Investitionskosten des Kapazitätsausbaus auf andere unter Umständen zu einer Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs führen. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig, wenn es ohne sachliche Gründe Wettbewerber in der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb behindert. Ein sachlicher Grund könnte etwa darin bestehen, dass die zu tätigenen Investitionskosten über die Laufzeit nicht amortisiert werden können. Es ist Sache des marktbeherrschenden Unternehmens und es liegt in seiner Wirtschaftsfreiheit diejenige Methode für die Amortisierung der Investitionskosten zu wählen, die dem Unternehmen am ehesten entspricht und nicht zu einer Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs führt. Ab welchem Zeitpunkt darf Swisscom nach Ansicht des Sekretariats im Rangiermodell die bereits realisierten P2MP-Anschlüsse vermarkten? Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen wären dabei zu beachten?

E. 16

Hierzu kann grundsätzlich auf die Beantwortung der Zusatzfrage 1 verwiesen werden. Eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung, ob und wenn ja welche Vorlaufzeit bis zur Inbetriebnahme eines Layer 1-Zugangs notwendig ist, um wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 7 KG zu gewährleisten, muss im Einzelfall abgeklärt werden und kann nicht pauschal über eine Beratungsanfrage beantwortet werden.

¹⁰ BGer, 2C.596/2019 vom 2.11.2022, E. 8.2.2. ¹¹ RPW 2021/1, 244 Rz 122, Netzbaustrategie Swisscom.