

Liberalisierung des Fernmelde- marktes: Erste Erfahrungen

Rolf H. Weber

Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich

Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG) und die zahlreichen Ausführungsverordnungen, die auf den 1. Januar 1998 in Kraft getreten sind, haben in Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorgaben die Überführung des Telekommunikationsmarktes von einer monopolistisch strukturierten Ordnung in eine liberalisierte Wirtschaftsordnung massgeblich vorangetrieben. Nach Ablauf von 6 Monaten lässt sich eine erste vorläufige Bestandaufnahme vornehmen, selbst wenn über Erfolg oder Misserfolg der Marktöffnung zur Zeit noch nicht definitiv geurteilt werden kann.

Offensichtliche Marktbelebung

Die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes mit Bezug auf die Netze und die Sprachtelefonie ist im Festnetzbereich nicht toter Buchstabe geblieben, sondern bereits nach 6 Monaten lässt sich feststellen, dass eine beachtliche Zahl neuer Wettbewerber auf den Markt drängt. Teilweise handelt es sich um sog. Vollanbieter (Sunrise, DiAx), teilweise um Unternehmen, welche sich auf gewisse Marktsegmente konzentrieren. Gerade Nischenanbieter sehen gute Chancen, durch spezifische neue Produkte- und Dienstleistungsangebote den Telekommunikationsmarkt zu beleben. Auch die positiven wirtschaftlichen Sekundäreffekte, die durch das Auftreten neuer Wettbewerber entstehen (z.B. Beschäftigung von Angestellten, Werbeeinnahmen für Medien), sind nicht zu unterschätzen.

Die Erwartung, dass mit der Schaffung von Wettbewerbsstrukturen die Fernmelde-tarife sinken würden, hat sich verwirklicht. Ungeachtet früherer Beteuerungen der Swisscom, die Tarife seien marktkonform, sind die neuen Vollanbieter mit Preisreduktionen von bis zu 30% - 40% in den Markt getreten; Nischenanbieter

offerieren ihre Leistungen teilweise sogar noch günstiger. Selbst Swisscom hat kurz nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes die eigenen Tarife durch Sonderangebote nicht unerheblich gesenkt. Der entstehende Wettbewerb dient mithin den Interessen der Konsumenten. Denjenigen Unternehmen, die eine eigene Infrastruktur betreiben (Art. 4 FMG), hat das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) anfangs Januar 1998 kurzfristig eine vorübergehende Konzession erteilt; die Verleihung der definitiven Konzession steht bevor. Sondernutzungskonzessionen von Gemeinden werden insbesondere für die Errichtungen z.B. von Stadtnetzen (etwa in Zürich und Genf) beansprucht. Bisher hat Swisscom mit über zehn Konkurrenten eine Interkonkurrenzvereinbarung abgeschlossen, deren Preisgestaltung zwar im einzelnen weiterhin umstritten ist.

Zur Zeit klärt das BAKOM dies weiter ab, inwieweit durch Vergabe der notwendigen Frequenzen das Ortsnetz der Swisscom durch drahtlose Telefonanschlüsse ersetzt werden kann. Ein solches Funktelefon ist nicht ein traditionelles «Natel», sondern ein schnurloses Gerät, das an einen zentralen Sender-Empfänger ausserhalb des Hauses «angeschlossen» ist. In der Fachsprache wird von einem *wireless local loop* gesprochen; die Wirtschaftlichkeit solcher Anwendungen sind aber zur Zeit noch umstritten und auch von der Besiedlungsstruktur eines Gebiets abhängig. Dem Vernehmen nach prüft das BAKOM gegenwärtig nicht nur die Möglichkeiten für drahtlose Anschlüsse, sondern auch die Vorgehensweise bei der Frequenzvergabe: Nach den - noch zu erläuternden - Schwierigkeiten bei der Vergabe der Mobilfunkkonzessionen steht im Raum, nicht erneut das Vorgehen mit einem Kriterienwettbewerb, sondern die Ausschreibung einer Auktion in Betracht zu ziehen.

Résumé: *La libéralisation du marché par la nouvelle législation sur les télécommunications début 1998 a produit une évidente stimulation avec l'apparition d'une multitude de nouveaux fournisseurs et des baisses de prix. L'ensemble de l'économie et la politique de l'emploi tirent profit de la lente émergence de rapports de concurrence, et cette tendance pourrait encore être renforcée par la privatisation partielle de Swisscom. La fixation des prix d'interconnexion apparaît comme le problème central des premiers mois de la libéralisation. Vu les tarifs élevés de Swisscom, la Commission de la communication a déjà dû ordonner provisoirement une baisse de prix en faveur de Sunrise; la procédure ordinaire se poursuit pour l'heure. L'octroi des concessions pour la téléphonie mobile, autre sujet de discussion de poids, est actuellement attaqué devant le Tribunal fédéral; une multitude de questions juridiques intéressantes attendent une réponse.*

Zusammenfassung:
Die Marktliberalisierung durch die neue Fernmeldegesetzgebung hat seit anfangs 1998 zu einer offensichtlichen Marktbelebung mit einer Vielzahl neuer Anbieter und sinkenden Preisen geführt; das langsame Entstehen von Wettbewerbsverhältnissen ist auch gesamtwirtschaftlich und arbeitsplatzpolitisch ein Gewinn, welcher durch die Teilprivatisierung der Swisscom noch verstärkt werden dürfte. Als ein zentrales Problem der ersten Liberalisierungsmonate hat sich die Festlegung der Interkonnectionspreise herausgeschält; die Kommunikationskommission musste angesichts der hohen Tarife der Swisscom bereits vorsorglich eine Preissenkung zugunsten von Sunrise anordnen; das ordentliche Verfahren läuft zur Zeit. Ein gewichtiges Diskussions-thema ist überdies die Vergabe von Mobilfunkkonzessionen gewesen, die gegenwärtig beim Bundesgericht angefochten ist; eine Vielzahl rechtlich interessanter Fragen harret der Beantwortung.

Umstrittene Interkonnectionspreise

Erwartungsgemäss sind die neuen Wettbewerber mit den von Swisscom vorgeschlagenen Interkonnectionspreisen nicht zufrieden gewesen. Um aber kurzfristig Dienstleistungen anbieten zu können, ist es zu vorübergehenden «Preiseinigungen» gekommen. Sunrise hat jedoch als erster in den Wettbewerb mit Swisscom tretender Vollanbieter bei der Kommunikationskommission um sachgemässe Festsetzung der Interkonnectionspreise nachgesucht. Innert der kurzen Frist von 1 Monat hat die Kommunikationskommission das Gesuch von Sunrise um vorsorgliche Massnahmen geschützt und rückwirkend tiefere Preise angeordnet (vgl. im einzelnen dazu die Auszüge aus dem Entscheid in sic! 3/1998, 290 ff); der Massnahmeentscheid ist unangefochten geblieben.

Materiell geht die Kommunikationskommission davon aus, dass der Swisscom - auch gemäss den Untersuchungen der Wettbewerbskommission - eine marktbeherrschende Stellung im leitungsgebundenen Telekommunikationsmarkt zukomme. Mit dieser Annahme ist gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG die Voraussetzung erfüllt, dass anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnection zu gewähren ist. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erweist sich als verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich eintretenden Nachteil abzuwenden, wenn sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen; diese Anforderungen hat die Kommunikationskommission als erfüllt angesehen.

Kernstück des Entscheids bildet die Prüfung der Frage, ob im Rahmen der notwendigen Erfolgsprognose von der Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden könne, dass die von Sunrise für die vorsorglichen Massnahmen gestellten Rechtsbegehren durch den später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt wür-

den. Die Kommunikationskommission hat also darüber befinden müssen, ob die Kostenorientierung der Swisscom-Interkonnectionspreise wahrscheinlich und genügend glaubhaft gemacht worden sei. Der Entscheid sieht ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Interkonnectionspreise der Swisscom im Vergleich mit Tarifen im Ausland nicht kostenorientiert sind. Die im Auftrag des BAKOM von der Firma OVUM durchgeführte Untersuchung zu den Interkonnectionspreisen in bereits liberalisierten Ländern hat zum Schluss geführt, dass die Preise in der Schweiz um bis zu 30 % höher liegen und zudem auch die oberste Limite des von der Europäischen Union empfohlenen Preisbandes übersteigen. Im Rahmen dieser Überlegungen hat die Kommunikationskommission auch die Gesetzmässigkeit der Beweislastregelung von Art. 47 Abs. 3 FDV bejaht, d.h. die marktbeherrschende Fernmeldeanbieterin muss die Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 34 FDV nachweisen.

Im besonderen ist die Kommunikationskommission des weitern davon ausgegangen, die neuen Wettbewerber müssten die Markteintrittsbedingungen, z.B. die Interkonnectionspreise, möglichst frühzeitig kennen, weil sonst die Gefahr der Etablierung eines faktischen Monopols (der Swisscom) bestehe. Auch die Dringlichkeit des Erlasses von vorsorglichen Massnahmen hat die Kommunikationskommission bejaht, und zwar mit dem Hinweis darauf, dass die rasche Umsetzung der Liberalisierung und eines funktionierenden Wettbewerbs sich auch der Ermächtigung an die Kommunikationskommission entnehmen lasse, sogar von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Überdies erscheinen nach Auffassung der Kommunikationskommission die Interessen der Swisscom angesichts ihrer starken Stellung auf dem Markt und dem geringen Marktanteil der Sunrise durch eine Preisreduktion nicht ernsthaft tangiert. Konkret hat die Kommunikationskommission sich bei der Festsetzung der Preise auf die OVUM-Studie bezogen und verfügt, die vorsorglich geltenden Interkonnectionstarife müssten auf dem Prinzip des Benchmark-Grundtarifs, verbunden mit einem Zuschlag von 10% für die Bewältigung von Altlasten, beruhen.

Das ordentliche Verfahren ist zur Zeit noch im Gange; eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Argumentation der Kommunikationskommission muss der Beurteilung des Entscheids im Hauptverfahren vorbehalten bleiben.

Vergabe von Mobilfunkkonzessionen

Nach recht umfangreichen Vorarbeiten im Jahre 1997 hat das BAKOM Ende Dezember 1997, mithin bereits kurz vor Inkrafttreten des FMG, die Ausschreibungsunterlagen für die beiden zur Verfügung stehenden Mobilfunkkonzessionen im Bundesblatt publiziert (BBl 1997 IV 1599). Die Gesuchsteller hatten bis Mitte Februar 1998 die umfangreichen Bewerbungsunterlagen (300-400 Seiten) einzureichen, der Entscheid der Kommunikationskommission ist Mitte April 1998 ergangen, und zwar durch Erteilung der ersten Mobilfunkkonzession an DiAx und der Zweiten an Orange. Anfangs Juli hat Sunrise je eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die beiden Konzessionserteilungen an das Bundesgericht eingereicht, Orange und DiAx sind mit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Konzessionserteilung an das jeweilige andere Unternehmen gefolgt.

Der Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens lässt sich selbstredend nicht prognostizieren; zur Zeit ist auch ungewiss, ob den Verwaltungsgerichtsbeschwerden die aufschiebende Wirkung gewährt wird. Aus Konsumentensicht bleibt aber nicht zu übersehen, dass der Auftritt neuer Wettbewerber im Mobilfunkmarkt und damit die erwünschte Senkung der Mobiltelefonatarife sich um einige Monate verzögert.

Immerhin bleibt zu erwähnen, dass die Verfahrensgestaltung durch das BAKOM resp. die Kommunikationskommission in einzelnen Punkten etwas «ungewöhnlich» anmutet, obwohl diesen Behörden zugute zu halten ist, dass die ausserordentlich speditive Bearbeitung der Bewerbungsunterlagen im Interesse einer schnellen Marktöffnung erfolgt ist. Vorerst fällt auf, dass (soweit ersichtlich ohne Begründung) ein Kriterienwettbewerb, nicht eine Auktion durchgeführt wurde. Überdies stellen sich verschiedene

(v.a. formale) Fragen, die gegebenenfalls interessanter Gegenstand des bundesgerichtlichen Entscheids werden könnten: Die Kommunikationskommission hat offenbar den einzelnen Gesuchstellern nicht im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 4 BV) die Möglichkeit verschafft, zu den Bewerbungsunterlagen der übrigen Gesuchsteller (allenfalls unter Abdeckung von besonders geheimniswürdigen Informationen) sowie insbesondere zum Evaluationsbericht der Experten und dem Antrag des BAKOM an die Kommunikationskommission Stellung zu nehmen.

- Formal hat das BAKOM die Experten beigezogen und nicht - wie gesetzlich vorgesehen (Art. 10 FDV) - die Kommunikationskommission (z.B. zur Einholung einer unabhängigen Stellungnahme).
- Die Kommunikationskommission hat wohl kein (streitiges) Mehrparteienverfahren durchgeführt und insbesondere zwei (unbegründete) Positivverfügungen und sieben einzelne Negativverfügungen erlassen, obwohl von der Sache her betrachtet (wie im Submissionswesen) die fünf Gesuchsteller untereinander im «Wettbewerb» gestanden sind und nicht vornehmlich ein Anspruch jedes Gesuchstellers «gegen» die Kommunikationskommission zur Diskussion zu beurteilen stand.
- Die Kommunikationskommission hat gewisse Kriterien (z.B. technische Leistungsfähigkeit) zum Gegenstand des Kriterienwettbewerbs gemacht, obwohl es sich dabei um ohnehin zu erfüllende allgemeine Konzessionsvoraussetzungen handelt; dafür sind andere Kriterien, wie z.B. die bereits in Art. 1 FMG als Zielsetzung formulierte angemessene Preisbestimmung, überhaupt nicht in Betracht gezogen worden.

Mit der Durchführung des Mobiltelefonkonzessionsverfahren haben die Behörden mutig und risikobehaftet Neuland betreten; im Interesse des liberalisierten Fernmeldemarktes wäre es nunmehr wünschbar, wenn das Bundesgericht - auch im Hinblick auf künftige Verfahren - die offenen Rechtsfragen möglichst bald und auch möglichst klar beantworten könnte. ■