mobilkom liechtenstein

Amt für Kommunikation
03. Nov. 2010
ERL.

EINSCHREIBEN

An das
Amt für Kommunikation
Amtsleiter Dipl. Ing. Kurt Bühler
Kirchstrasse 10
9490 Vaduz

Vaduz, 2. November 2010

Sonderregulierung Markt M7

Sehr geehrter Herr Bühler!

Wir nehmen Bezug auf die Möglichkeit zu einer Stellungnahme zur dritten, überarbeiteten Fassung der Analyse der Mobilterminierungsmärkte in Liechtenstein.

Für diese Möglichkeit bedanken wir uns und gliedern unsere Stellungnahme wie folgt:

I. Allgemeine Einwendungen und Einreden
II. Art. 38 VKND
III. Marktabgrenzung; Zuständigkeit; Sachlegitimation
III./1 Die länderübergreifenden Märkte mit der Schweiz – Art. 21 Abs. 4 KomG (alt)
III./2 Identität des Mobilfunknetzes der Swisscom; Elemente des Vorgangs der Mobilterminierung; Definition des räumlich relevanten Marktes
a. Identität des Mobilfunknetzes der Swisscom
b. Elemente des Vorgangs der Mobilterminierung
c. Definition des räumlich relevanten Marktes
III./3 Kriterium (vii) des vom Netz erfassten Gebiets
III./4 Kriterium (viii) des Vorhandenseins von Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten
III./5 Anwendung der sonstigen Kriterien – Darlegungen in Abschnitt 5 der Auswertung – Kritikpunkte in methodischer Hinsicht
a. Anwendung der sonstigen Kriterien
b. Darlegungen in Abschnitt 5 der Auswertung
c. Kritikpunkte in methodischer Hinsicht
III./6 Qualifikationsfragen
III./7 Schlussfolgerungen und Zusammenfassung
a. Schlussfolgerungen
b. Zusammenfassung
IV. Anträge
V. Schlussbemerkungen

Der Umfang dieser Stellungnahme erklärt sich damit, dass grundlegende Sach- und Rechtsfragen auch in der dritten Phase des Konsultationsverfahrens unerledigt geblieben sind.

Auf die sachliche und rechtliche Relevanz der am 25.10.2008 geltend gemachten **Feststellungen F1** bis und mit **F10** kommen wir in dieser Stellungnahme nochmals zurück; ebenso auf die von uns an gleicher Stelle ins Feld geführten **Erwägungen E1** bis und mit **E5**.

I. Allgemeine Einwendungen und Einreden

Der vom AK in Aussicht genommenen Sonderregulierung halten wir unsere allgemeinen Einwendungen nach wie vor entgegen und verweisen auf diese[1].

Zudem berufen wir uns nochmals auf jenen Leitsatz, den die Regierung im Jahre 2004 aufgestellt hat und von dem – im Sinne einer auch für das AK allgemein verbindlichen Maxime – nach wie vor auszugehen ist: Dass die Marktteilnehmer auch im Bereich der Sonderregulierung gleich behandelt werden; und zwar

> *„in allen Auflagen und Rahmenbedingungen"*[2].

Zu diesen Marktteilnehmern gehört, mit nach wie vor wachsenden Marktanteilen, insbesondere die seit Ende der achtziger Jahre als Marktführer grenzüberschreitend tätige Swisscom (Schweiz) AG, auf deren parallelen ‚liechtensteinischen' und ‚schweizerischen' Marktauftritt wir uns in dieser Stellungnahme konzentrieren werden.

Dies voraus geschickt halten wir der vom AK in Aussicht genommenen Sonderregulierung im Sinne einer Vorbemerkung die folgenden, insgesamt zehn einzelnen Einreden R1 bis und mit R10 entgegen:

- **Einrede R1**: Wir erinnern daran, dass der liechtensteinische Mobilfunkmarkt für die liechtensteinischen Mobilbetreiber *strukturell verlustbringend ist*[3]; dies – unter anderem – als Folge von mehreren politischen und rechtlichen/regulatorischen Massnahmen im Zuge der Marktöffnung im Jahre 2000, auf die wir in unserer Stellungnahme vom 25.01.2008 bereits hingewiesen haben[4].

  In dieser Bewertung werden wir durch die Studie *‚Kleinzellen Mobilfunk Konzept 2013 für Liechtenstein'* vom 18.09.2009 bestätigt:

  > *„Das Kerngeschäft des nationalen Mobilfunkbetreibers lässt sich weder kurz-, noch langfristig profitabel gestalten"*[5].

  Setzt man die Auswirkungen einer Regulierung der Mobilterminierungsentgelte („Entgeltregulierung") auf das Geschäftsmodell eines Mobilbetreibers und damit auf dessen Wettbewerbsfähigkeit auf dem Endkundenmarkt[6] als (amts-)bekannt voraus[7], bedeutet dies Folgendes:

  Werden die liechtensteinischen Mobilbetreiber, wie vom AK in Aussicht genommen, einer Sonderregulierung unterworfen, die in einem ohnehin schon strukturell verlustbringenden Markt zu regulierungsinduzierten *Entgelten unter Kosten* führt[8]; und wird davon abgesehen, das zu diesem Ergebnis führende Verfahren auf *sämtliche* Marktteilnehmer zu beziehen, werden die Wettbewerbsbedingungen[9] zu Lasten der liechtensteinischen Mobilbetreiber noch weiter verzerrt als dies ohnehin schon der Fall ist. Unterbleibt die von uns seit dem 25.01.2008 postulierte *Gesamtmarktbetrachtung*[10], werden die liechtensteinischen Mobilbetreiber auf dem liechtensteinischen Mobilfunkmarkt noch schlechter gestellt als dies dem ohnehin schon problematischen, heute bestehenden und vom AK nunmehr als *‚fragil'* qualifizierten Zustand entspricht[11].

---

[1] Stellungnahmen vom 25.01.2008 und vom 12.09.2008.
[2] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004, S. 10.
[3] siehe hierzu unsere Stellungnahme vom 25.01.2008, S. 19 samt dortigem Anhang 2; **Feststellung F7**.
[4] **Feststellung F5**.
[5] Studie *‚Kleinzellen Mobilfunk Konzept 2013 für Liechtenstein'* vom 18.09.2009, S. 58.
[6] der in Liechtenstein – noch – einer wettbewerbsintensivsten der Welt ist; **Feststellung F4**.
[7] siehe hierzu, statt vieler, Ruhle/Lundborg/Lichtenberger, *‚Der neue Regulierungsansatz bei den Mobilfunkterminierungsentgelten'*, medien und recht 4/05, S. 285 ff.
[8] **Feststellung F8**.
[9] siehe hierzu z.B. die auf S. 24 der Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – auf S. 24 relevierten *‚signifikanten Netzwerkvorteile'*.
[10] Einbezug der in Liechtenstein tätigen ausländischen Mobilbetreiber, *in concreto* der Swisscom (Schweiz) AG mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt als ‚Swisscom CH' in den räumlich relevanten Markt; **Feststellung F1**.
[11] wie z.B. im Zusammenhang mit dem Entfall von Roaming-Erträgen zu Gunsten unserer ausländischen Konkurrenz. Dass sich die vom AK in Aussicht genommene Sonderregulierung auf die Wettbewerbsverhältnisse auswirken wird, bedarf keiner näheren Erläuterung; **Feststellung F6**.

Damit würde der Gleichheitssatz der Verfassung verletzt (Art. 31 Abs. 1 LV), der Investitionsschutz missachtet (Art. 34 Abs. 1 LV) und einem eigenständigen liechtensteinischen Mobilfunkmarkt die Grundlage entzogen (Art. 36 LV).

Davon abgesehen ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die vom AK auch im 3. Konsultationsdokument in Aussicht genommene Sonderregulierung von *Kleinstnetzen* auf einem *Kleinstmarkt* aus ökonomischer Sicht und mit Blick auf den Sinn und Zweck einer Sonderregulierung i.S.v. Art. 20 Abs. 1, erster Satz, KomG rechtfertigt. Zu dieser Frage legt das AK auch in der dritten Phase des Konsultationsverfahrens in weiten Teilen nichts anderes als eine *Adaption* von Analysen der RTR GmbH/TKK zum *österreichschen* Mobilfunkmarkt vor[12], der mit dem *liechtensteinischen* Mobilfunkmarkt weder in absoluten noch in relativen Zahlen auch nur ansatzweise vergleichbar ist.

Inwiefern diese Analysen aus Österreich auf Liechtenstein übertragbar sein sollen und inwiefern es den liechtensteinischen Mobilbetreibern mit ihren nach wie vor vernachlässigbar kleinen Marktanteilen in einem auch nur ansatzweise nennenswerten Umfang möglich sei, *allokative Verzerrungen* herbeizuführen, *Exklusions-Strategien* zu verfolgen oder Mobilterminierungsentgelte als ein *Instrument für Kollusion* zu missbrauchen[13], wird vom AK nicht auch nur ansatzweise dargelegt[14].

Das Fehlen einer solchen – ökonomischen – Fundierung der vom AK in Aussicht genommen Sonderregulierung[15] hat deren *Unverhältnismässigkeit* zur Folge; dies umso mehr, als jene schweizerischen Mobilbetreiber, die den Markt zu rund zwei Dritteln beherrschen, aus dieser Regulierung *ausgeklammert* werden sollen.

- **Einrede R2**: Auf einem Missverständnis der Art. 20 ff KomG und von Art. 33 VKND sowie des dahinter stehenden EWR-Rechts beruhen die Darlegungen in Abschnitt 4.4.2. der zweiten Auswertung der Stellungnahmen: Bei der gesetzlich zwingend vorgegebenen *positiven Wettbewerbsprognose* geht es nicht, wie vom AK behauptet, um

  „Probleme"

  auf

  „Drittmärkten"[16],

  denen zu begegnen sei; sondern darum, ob die Bekämpfung eines bestimmten Wettbewerbsproblems auf einem bestimmten, der Sonderregulierung unterworfenen Markt (hier: auf dem Markt M7) im Sinne einer *ex ante*-Perspektive und *der Art des aufgetretenen Problems entsprechend* dazu dienen kann, die

  „negativen Folgen"

  dieses Problems für in- oder ausländische

  „Anbieter und Nutzer"[17]

  zu beseitigen oder auch nur zu vermindern.

---

[12] siehe hierzu, beispielhaft, die Abschnitte 2.6 und 3 des Bescheids der TKK in den Rechtssache M15a 03 M1 3a 06 Mobilkom vom 15.10.2007 (http://www.rtr.at/de/tk/Mobilterminierung), mit denen sich der Inhalt von Abschnitt 5 des 3. Konsultationsdokuments fast Wort für Wort deckt.

[13] 3. Konsultationsdokument, S. 57.

[14] So erschöpft sich der Inhalt von Abschnitt 5 des 3. Konsultationsdokuments – in Form einer nahezu *wörtlichen* Anlehnung an die Analysen der RTR GmbH/TKK – in einer allgemeinen Abhandlung von *‚strukturelle(n) Besonderheiten'* des hier interessierenden Marktes M7; dies *ohne Bezugnahme auf die tatsächlichen Marktverhältnisse*, wie sie in Liechtenstein im Unterschied zu Österreich bestehen; insbesondere ohne Bezugnahme auf die *Grössenverhältnisse*. Eine solche allgemeine Abhandlung reicht für eine Sonderregulierung nicht aus; siehe hierzu das Erkenntnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes in der Rechtssache 2004/03/0212 vom 28.02.2007.

[15] wie z.B. anhand der Kriterien des Gemeinsamen EWR-Ausschusses in dessen Beschluss Nr. 11/2004.

[16] zweite Auswertung der Stellungnahmen, S. 22.

[17] Art. 20 Abs. 1, erster Satz, KomG.

In der Praxis der RTR GmbH/TKK, an deren Analysen sich das AK an anderer Stelle fast *Wort für Wort orientiert*, wird dieser Prüfmasstab (Kognition) wie folgt umschrieben: Es geht um eine

> *„qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit"*

zusammen mit einer Erörterung des – was entscheidungswesentlich ist – *Beitrags* dieser Verpflichtungen

> *„zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme"*[18].

Von der Sonderregulierung der Art. 20 ff KomG wird nur *dieses*, in Art. 20 Abs. 1, erster Satz, KomG und in Art. 33 VKND angelegte (Rechtsschutz-)Ziel verfolgt; *ratio legis* einer Sonderregulierung ist nicht der *Selbstzweck* einer Bekämpfung von Wettbewerbsproblemen *per se*, sondern das Ziel einer Milderung der *negativen Folgen* (*„Auswirkungen"*[19]) solcher Probleme im Verhältnis zu dritten Anbietern und Nutzern. Wie jede andere, dem geltenden Recht angehörende Verhaltensvorschrift hat sich auch die Sonderregulierung der Art. 20 ff KomG dazu zu eignen, zumindest generell-abstrakt identifizierbare Dritte vor feststellbaren negativen Folgen eines Wettbewerbsmangels im Sinne eines *ex ante angelegten Rechtsgüterschutzes* zu bewahren. Eine Bekämpfung von Wettbewerbsproblemen *einzig und allein um einer solchen Bekämpfung willen,* wie dies vom AK in der zweiten Auswertung der Stellungnahmen von neuem erwogen wird, ist vom geltenden Recht – dem gerade genannten Art. 20 Abs. 1, erster Absatz, KomG und Art. 33 VKND – nicht gedeckt.

Dies vorausgeschickt wird das AK im Einzelnen nachzuweisen und auf eine genügende Weise zu begründen haben (Art. 83 Abs. 3 LVG), ob das Ziel einer *ex ante* anzustrebenden *Minderung der negativen Folgen der von ihm festgestellten Wettbewerbsprobleme für Dritte* mit der in Aussicht genommenen *Sonderregulierung von Kleinstnetzen auf einem Kleinstmarkt* überhaupt erreicht werden kann[20, 21]. Nachzuweisen und zu begründen wird aber auch sein, mit welchen verfassungs- und insbesondere *verhältnismässigen* Massnahmen zu garantieren ist, dass allfällige negative Folgen *auch tatsächlich gemindert werden*[22].

In concreto wird das AK im Zuge der ihm obliegenden *positiven Wettbewerbsprognose* näher zu erläutern haben, inwiefern ein (Mobilfunk-)Netz mit rund 5'000 angeschalteten Teilnehmern[23] für allfällige negative Folgen i.S.v. Art. 20 Abs. 1, erster Satz, KomG *in der gleichen Schwere* verantwortlich sein kann wie ein (Mobilfunk-)Netz mit mehreren Millionen angeschalteten Teilnehmern[24]; sodass diesen Folgen – wie dies vom AK in Aussicht genommen wird – durch Massnahmen *in der gleichen Intensität* zu begegnen sei[25].

Und es wird im Sinne des ersten, von ihm mehrfach zitierten Prinzips der *ERG Remedies 2006* darzulegen haben, inwiefern es gerechtfertigt werden kann, zur gleichen Zeit die weitaus *grössten in Liechtenstein betriebenen (Mobilfunk-)Netze* mit der weitaus *grössten Anzahl angeschalteter*

---

[18] Bescheide der TKK vom 18.12.2006 in den Rechtssachen M13a bis f/06, dortiger Abschnitt A.

[19] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 31.

[20] **Feststellung F10**.

[21] Entgegen der Argumentation in der zweiten Auswertung der Stellungnahmen erkennt das AK dieses *eigentliche* Ziel seiner Bemühungen im 3. Konsultationsdokument auf der dortigen S. 76 im vorletzten Absatz a.E. rechtlich im Wesentlichen richtig (arg. *„insbesondere aber für die Endnutzer"*): *„Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte sind ... resistente Monopolmärkte, so dass das primäre Ziel der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht die Förderung von Wettbewerb auf den Terminierungsmärkten selbst sein kann, sondern die Beseitigung der in der Marktanalyse identifizierten Wettbewerbsprobleme mit ihren nachteiligen Auswirkungen für den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten, insbesondere aber für die Endnutzer"*.

[22] Um dieses *eigentliche* Schutzinteresse als dem *eigentlichen* Referenzwert der vom Gesetz vorgeschriebenen positiven Wettbewerbsprognose geht es dem AK an anderer Stelle denn auch *prominent*; siehe hierzu die erste Auswertung der Stellungnahmen auf den dortigen S. 15, 16, 27, 28, 34 und 39. Die Argumentation des AK wird in diesem Zusammenhang erst in der dritten Phase des Konsultationsverfahrens, nämlich erst in der zweiten Auswertung der Stellungnahmen a.a.O. umgestellt.

[23] und entsprechend vielen eingehenden Anrufen.

[24] und entsprechend vielen eingehenden Anrufen.

[25] **Erwägung E2**. Wir weisen auf diesen Umstand unter anderem deshalb hin, weil das AK seine Marktanalyse in weiten Teilen *und z.T. Wort für Wort* auf jene der RTR GmbH/TKK für den *österreichischen* Mobilfunkmarkt stützt, der mit dem *liechtensteinischen* Mobilfunkmarkt – was unstrittig sein dürfte und als (amts-)bekannt vorausgesetzt werden kann – nicht zu vergleichen ist: Im Gegensatz zum liechtensteinischen wird der österreichische Mobilfunkmarkt nicht zu rund zwei Dritteln vom Ausland her beherrscht; um nur *einen* – wenn auch entscheidungswesentlichen – Unterschied zu nennen.

Teilnehmer von der Sonderregulierung samt und sonders auszunehmen; insbesondere jenes der Swisscom (Schweiz) AG.

An diesen Anforderungen ist eingedenk der weiter schwindenden Marktanteile der liechtensteinischen Mobilbetreiber *je länger je mehr* festzuhalten. Eine Auferlegung von Massnahmen, deren Effektivität auf der Ziel- oder auch nur auf der Zielerreichungsebene *in Zweifel steht*, widerspricht geltendem Recht[26, 27, 28]. Um die Rechtmässigkeit der von ihm in Aussicht genommenen Sonderregulierung sicherzustellen, wird das AK die *Eignung* der von ihm in Aussicht gestellten Entgeltregulierung unter Berücksichtigung der besonderen Situation Liechtensteins schlüssig nachzuvollziehen haben[29]. Hierzu ist es noch nicht gekommen.

- **Einrede R3**: Am 25.01.2008 haben wir gleich zu Beginn unserer Stellungnahme[30] eine *Gesamtmarktbetrachtung* postuliert und unsere Stellungnahme auf diesen Gesichtspunkt ausgerichtet.

  Zu diesem Ansatz muss es vor allem deshalb kommen, weil die vom AK auf dem Markt M7 verorteten Wettbewerbsprobleme ihre (aggregierte) Ursache auch in einer *ex ante*-Perspektive und auch unter Berücksichtigung der betreiberindividuellen Definition dieses Marktes wenn überhaupt, dann vor allem in der Tätigkeit unserer (aggregierten) ausländischen Konkurrenz haben. Letztere beherrscht den liechtensteinischen Endkundenmarkt mit einem (aggregierten) Anteil von inzwischen rund zwei Dritteln[31] – und damit, einem allgemeinen sektorspezifischen Erfahrungssatz folgend[32], auch den (aggregierten) Vorleistungsmarkt der Mobilterminierung; dies *en bloc*[33].

  Dazu verweisen wir auf die im 1. Konsultationsdokument begründete und im 2. Konsultationsdokument zu Recht beibehaltene Praxis des AK, den *aggregierten Gesamtumsatz aus Mobilterminierung* und dessen Zusammensetzung und Entwicklung in Form von *aggregierten Mobilterminierungsminuten* und damit im Sinne der von uns immer schon relevierten *Gesamtmarktbetrachtung* zu ermitteln[34]. Diesem Ansatz folgt das AK – richtigerweise – auch im 3. Konsultationsdokument; nämlich insbesondere dort, wo es auf S. 112 in der Tabelle 7 einen *‚Gewichteten Durchschnitt'* der *‚aktuellen und zukünftigen Terminierungspreise in der Schweiz'* errechnet.

  Zutreffend ist dieser Ansatz vor allem deshalb, weil sich (nur) an ihm nachvollziehen lässt, welche *Grössenordnung* die vom AK befürchteten Wettbewerbsprobleme in Tat und Wahrheit und in einem absoluten und in einem relativen Sinne haben. Auf dem im internationalen Vergleich ohnehin schon *winzigen* liechtensteinischen Mobilfunkmarkt (Kleinstmarkt) machen die aus der Mobilterminierung erzielten Brutto-Umsätze der einzelnen Mobilbetreiber (Kleinstnetze) nur einen verschwindend kleinen Bruchteil des Gesamtumsatzes aus.

  Bei diesen Grössenverhältnissen haben die nach wie vor zu einem nicht unerheblichen (nämlich *‚stark ausgeprägten'*[35]) Teil

  „aus dem Ausland"[36]

  finanzierten Mobilterminierungsentgelte an jenem Ort, an dem sie bezahlt werden[37], keine nennenswerten oder sonst wie relevanten Wohlfahrtsverluste oder Wettbewerbsverzerrungen zur Folge; jedenfalls nicht in einem Ausmass, mit dem sich eine Sonderregulierung rechtfertigen liesse,

---

[26] nämlich dem Verhältnismässigkeitsprinzip.
[27] ständige Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes; siehe hierzu, statt vieler, die Erkenntnisse in den Rechtssachen 2004/03/0210 vom 28.02.2007 oder 2008/03/0116 vom 17.12.2008.
[28] Aus dem Verhalten des AK seit Ende November 2007 folgt, dass solche Zweifel auch tatsächlich bestehen. Andernfalls wäre es nicht zu – bis zum heutigen Tage – rund drei Jahren Verfahrensdauer gekommen.
[29] Erkenntnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes in der Rechtssache 2004/03/0210 vom 28.02.2007.
[30] nämlich im dortigen zweiten Absatz der Zusammenfassung auf S. 1, Abschnitt 0.
[31] **Feststellung F2**.
[32] siehe hierzu, beispielhaft, die Bescheide der TKK vom 18.12.2006 in den Rechtssachen M13a bis f/06, dortiger Abschnitt B./2.2.
[33] **Feststellung F3**.
[34] wie insbesondere auf den S. 20 f des 2. Konsultationsdokuments und in den dortigen Abbildungen 2-7, 2-8 und 2-9 oder in der Abbildung 4-1 auf der S. 37 des 2. Konsultationsdokuments.
[35] 3. Konsultationsdokument, S. 50.
[36] 2. Konsultationsdokument, S. 38; **Feststellung F9**.
[37] dies dem nach wie vor massgebenden CPP-Prinzip folgend.

die – notwendigerweise und *zu Lasten des Wettbewerbs auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt* – zu einem dann allerdings *irreversiblen* Marktversagen führen würde[38].

Sollte dem nicht so sein, sollte es zu solchen Wohlfahrtsverlusten oder Wettbewerbsverzerrungen in einem *ex ante* auch nur ansatzweise erahnbaren Ausmass also tatsächlich kommen (was durch das AK nachzuweisen und zu begründen ist), hätte das AK einem solchen Effekt durch eine *unternehmensspezifische Regulierung* zu entsprechen[39], wie sie – wie z.B. in Form einer *asymmetrischen Entgeltregulierung* – auch auf anderen Märkten gang und gäbe ist. Durch eine asymmetrischen Entgeltregulierung *nicht unter den liechtensteinischen Mobilbetreibern* (wie dies dem 3. Konsultationsdokument zugrunde liegt), sondern im Verhältnis *zwischen diesen und ihrer ausländischen, insbesondere schweizerischen Konkurrenz.*

Auch hierzu bedarf es allerdings einer *Gesamtmarktbetrachtung*: Es geht darum, die auf dem liechtensteinischen Mobilfunkmarkt tätigen Anbieter einer Sonderregulierung nur *unternehmensspezifisch* zu unterwerfen, nämlich – wie vom AK an anderer Stelle rechtlich richtig erwogen – nur

> *„im Ausmass ihrer eigenen Tätigkeit"*[40].

- **Einrede R4**: Der gerade genannte Ansatz ist, darüber hinaus, deshalb erforderlich, weil andernfalls nicht ersichtlich ist, wie sich der vom AK vorgesehene Gleitpfad mit Blick auf die einzelnen (unternehmensspezifischen) Marktauftritte legitimiert und inwiefern sich die vom AK in Aussicht gestellte Entgeltregulierung in einem ohnehin schon strukturell verlustbringenden Markt bei regulierungsinduzierten *Entgelten unter Kosten* dazu eignen soll, effiziente Infrastrukturinvestitionen der liechtensteinischen Mobilbetreiber zu fördern[41] oder diesen einen angemessenen (unternehmensspezifischen) ROI zu ermöglichen[42]. Eine Auferlegung von Entgelten unter Kosten ist, nochmals sei es gesagt und auch bei der vom AK erwogenen *eventualvorsätzlichen* Anordnung einer solchen Entgeltregulierung (nämlich einer Entgeltregulierung, die [regulierungsinduzierte] Entgelte unter Kosten *in Kauf nimmt*), verfassungswidrig[43].

- **Einrede R5**: Seiner eigenen Aussage nach obliegt es dem AK, allfällige

> *„markante Unterschiede"*[44]

zwischen den auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt tätigen Anbietern angesichts der

> *„direkten Wettbewerbssituation mit den schweizerischen Mobilanbietern auf der Endkundenebene"*[45]

bei einer Entgeltregulierung in Rücksicht zu stellen und in diesem Zusammenhang nur solche Massnahmen zu treffen, die

> *„keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen"*[46].

Stellt man auf diese beiden Kriterien ab, ist nicht nachzuvollziehen, wie das AK den an anderer Stelle anerkannten[47], deutlich nachteiligen Skaleneffekten der liechtensteinischen Mobilbetreiber im Vergleich zu unserer ausländischen Konkurrenz und den sonstigen, als entscheidungswesentlich erkannten

---

[38] **Erwägung E5**. Gleiches gilt, *mutatis mutandis*, für die von der RTR GmbH/TKK identifizierten, in einer *ex-ante*-Perspektive zu befürchtenden und vom AK fast Wort für Wort übernommenen nicht-Entgelt-bedingten (*‚nichtpreislichen'*) Wettbewerbsprobleme.
[39] **Erwägung E4**.
[40] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 31.
[41] Art. 8 Abs. 2 Bst. c der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und Art. 1 Abs. 2 Bst. e KomG.
[42] Art. 38 VKND.
[43] Art. 36 LV.
[44] 3. Konsultationsdokument, S. 88.
[45] 3. Konsultationsdokument, S. 111.
[46] 3. Konsultationsdokument, S. 75.
[47] siehe hierzu die erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 26 oder – nunmehr – das 3. Konsultationsdokument, S. 110.

„markante(n) Unterschiede(n)"[48]

mit der im 3. Konsultationsdokument in Aussicht gestellten Entgeltregulierung gerecht werden will. In diesem Zusammenhang wenden wir zweierlei ein:

Zum einen, dass es dem AK bis anhin nicht gelungen ist, sich einer – der Höhe nach –

„korrekten Festlegung des Zugangspreises"[49]

auch nur ansatzweise anzunähern. Mit dem 3. Konsultationsdokument legt das AK zu dieser Frage den inzwischen *dritten* Ansatz vor, ohne dass erkennbar wäre, inwiefern diesem Ansatz mehr Berechtigung zukommen sollte als den ersten beiden. Mangels Durchführung des in dieser Bestimmung vorgesehenen Verfahrens sind die nach Art. 38 VKND *rechtlich relevanten Kosten der Mobilterminierung* dem AK nach wie vor *nicht auch nur ansatzweise bekannt*; das AK ist sich nicht einmal in der Wahl der richtigen Methodik zur Ermittlung dieser Kosten sicher. Die vom AK in Aussicht gestellte Entgeltregulierung ist nur schon im Ansatz verfehlt (Art. 36 LV).

Zum anderen widerspricht sich das AK im 3. Konsultationsdokument selbst: Waren – um ein Beispiel zu nennen – Diskrepanzen in den Kostenstrukturen der in- und ausländischen Anbieter in den ersten beiden Phasen des Konsultationsverfahrens durch einen nicht unerheblichen *‚Mark-up'* auszugleichen, wird dieser Ausgleich und der dahinter stehende *Anspruch auf Ungleichbehandlung* (Art. 31 Abs. 1 LV) in der dritten Phase aus Gründen, die im 3. Konsultationsdokument nicht genannt werden, *fallengelassen*. Warum es bei der vom AK ins Feld geführten Festlegung des Zugangspreises im Vergleich zu den in der Schweiz verrechneten Mobilterminierungsentgelten keinen *‚Mark-up'* mehr geben soll, sagt das AK mit keinem Wort.

- **Einrede R6**: Im Sinne seiner Praxis zur *Verhältnismässigkeit* einer Auferlegung von Massnahmen der Sonderregulierung im Markt M1[50] wird das AK in Form der oben erwähnten, längst überfälligen Kosten-Nutzen-Analyse[51] zu überprüfen haben, ob es einer Sonderregulierung des Marktes M7 *überhaupt* bedarf.

  Würde eine solche Analyse geleistet[52], hätte eine Sonderregulierung entweder zu *unterbleiben* oder *anders* auszufallen als wie dies im 3. Konsultationsdokument in Aussicht genommen wird; dies aus jenen Gründen, wie sie das AK der Telecom Liechtenstein AG a.a.O. zu gute hält und die auf den hier interessierenden Markt M7 *erst recht zu beziehen sind*[53].

- **Einrede R7**: Wir gehen nach wie vor von dem aus, was in den Materialien des KomG, in diesem Gesetz und in den Durchführungsverordnungen zu diesem Gesetz (insbesondere in den Art. 33 ff VKND) positiv-rechtlich geschrieben steht.

  In diesem Vertrauen haben wir unsere Stellungnahmen vom 25.01.2008 und vom 12.09.2008 strukturiert; insbesondere zum Thema der uns obliegenden, vom AK jedoch zu Unrecht verweigerten umfassenden *Rechtfertigung unserer Kostenrechnung*.

---

[48] 3. Konsultationsdokument, S. 88.

[49] 3. Konsultationsdokument, S. 89 sowie *passim*.

[50] Von der ESA allem Anschein nach geschützte Absicht des AK, die VoB-Anschlüsse der Telecom Liechtenstein AG aus der CS-/CPS-Verpflichtung wegen der angeblichen *Unverhältnismässigkeit* einer solchen Verpflichtung im Vergleich zu den bei ihrer *Aufrechterhaltung* erzielten oder auch nur erzielbaren Effekten *trotz des gesetzlich zwingenden Charakters dieser Verpflichtung* auszunehmen.

[51] Minderung welcher negativen Folgen für welche Anbieter und Nutzer in welchem Ausmass zum Preis eines dann allerdings *irreversiblen* Zusammenbruchs eines eigenständigen liechtensteinischen Mobilfunkmarkts.

[52] dies unter Berücksichtigung einer Selbstregulierung der Marktteilnehmer; **Erwägung E3**.

[53] Gleichzeitig stellt sich die Frage, wie das AK die besondere Situation Liechtensteins nach einem Marktaustritt der liechtensteinischen Mobilbetreiber Alpcom AG, Telecom Liechtenstein AG/Orange Liechtenstein AG und Mobilkom Liechtenstein AG bewertet: Geht das AK für diesen Fall davon aus, dass in Liechtenstein trotz (mindestens) 36'000 aktivierten Mobilteilnehmeranschlüssen und einer Penetrationsrate von rund 100% *keine Mobilterminierungsleistungen mehr erbracht werden?* Davon, dass es in Liechtenstein in diesem Fall *keinen Markt M7 mehr gibt?* Und welche Mobilterminierungsentgelte teilt das AK diesfalls im Zuge von *MTR Snapshots* und dergleichen als für Liechtenstein massgebend mit?

In concreto gehen wir unverändert davon aus, dass der allgemeine (Rechts-)Grundsatz der Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer[54] in das geltende Recht sehr wohl eingeflossen ist und auch nach der Aufhebung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) zum Zuge kommt. Dies neben und zusammen mit jenen Prinzipien, auf die wir schon am 25.01.2008 und am 12.09.2008 hingewiesen hatten und die einen Teil des Wirtschaftsrechts Liechtensteins im Allgemeinen und des sektorspezifischen Rechts im Besonderen bilden (Grössenverträglichkeit, Investitionsschutz und Verbot der Inländerdiskriminierung)[55]. Massgebend sind zudem die vom Gemeinsamen EWR-Ausschuss im geltenden Recht verankerten *Ausnahmeregelungen*, auf die zurückzukommen sein wird.

Wir haben die Rechtslage in diesem Zusammenhang nochmals überprüft und können nach wie vor keinen Grund dafür erkennen, von unserem Standpunkt abzuweichen. Ganz im Gegenteil ersuchen wir das AK, auf sein Verständnis allgemein verbindlicher Vorgaben von Landtag, Regierung und Gemeinsamem EWR-Ausschuss zurückzukommen und es dem anzunähern, was vom geltenden Recht vorgegeben wird. Von Ansätzen, die zu einem Gesetzesvollzug *praeter legem* oder sogar *praeter constitutionem*[56] führen, ist Abstand zu nehmen (Art. 92 Abs. 4 LV).

In diesem Sinne erkennen wir in Art. 38 VKND nach wie vor eine Kodifikation des schon am 25.01.2008 geltend gemachten *Primats der unternehmensspezifischen Regulierung*. Nichts anderes wird, um ein Beispiel zu nennen, in Österreich vertreten, dessen TKG 2003 der VKND in weiten Teilen als *Rezeptionsvorlage* dient[57]. Wir teilen die Auffassung des AK, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber von diesem Prinzip nichts habe wissen wollen, in keiner Weise. Das Gegenteil ist der Fall und steht dies in Art. 38 VKND auch so geschrieben.

Die Anforderungen dieser Bestimmung werden nur schon deshalb einzuhalten sein, weil sich der Marktauftritt der verschiedenen, auf dem liechtensteinischen Mobilfunkmarkt tätigen in- und ausländischen Mobilbetreiber insbesondere in den dahinter stehenden Mengengerüsten (Stückzahlen) und in den daraus resultierenden Kostenstrukturen wesentlich voneinander unterscheidet und damit – insbesondere in den jeweils erzielbaren Skaleneffekten bzw. Skalenvor- und -nachteilen – *per se* unternehmensspezifisch ist; und zwar *markant*[58].

Dass dem so ist, wird nunmehr auch vom AK anerkannt[59]; wofür wir danken.

Dieser Verschiedenartigkeit wird das AK allerdings auch zu entsprechen haben; und zwar vor allem dann, wenn unsere ausländische Konkurrenz (wie von uns seit dem 25.01.2008 postuliert) in das Verfahren einbezogen wird: Sobald die am Verfahren als Partei zu beteiligenden, insbesondere schweizerischen Mobilbetreiber bekannt und als Regulierungssubjekte in Übereinstimmung mit Art. 34 Abs. 1 LVG und § 14 ZPO festgestellt worden sind, ist der Verschiedenheit der auf dem liechtensteinischen Mobilfunkmarkt tätigen in- und ausländischen Anbieter und ihrer Marktauftritte durch eine *unternehmensspezifische Regulierung* in Form einer *asymmetrischen Entgeltregulierung* Rechnung zu tragen, die nicht nur den

> *„nationalen Kontext"*[60]

im Auge hat, sondern – und *vor allem* – den durch die Präsenz unserer ausländischen Konkurrenz herbeigeführten *transnationalen*: Wenn es zu einer Entgeltregulierung *überhaupt* kommen soll, dann in Form einer Gegenüberstellung der liechtensteinischen Mobilbetreiber auf der einen Seite und ihrer ausländischen Konkurrenz auf der anderen.

---

[54] Art. 31 Abs. 1 LV.
[55] **Erwägung E2.**
[56] Verfassung und EWR-Recht.
[57] siehe hierzu, statt vieler, Ruhle/Lundborg/Lichtenberger, a.a.O., S. 288 f.
[58] Die Mobilkom Liechtenstein AG und die Alpcom AG agieren als vertikal integrierte Mobilbetreiber; die ‚Swisscom FL' bei einer rechtlich richtigen Beurteilung als ein *Service Provider*, die Orange Liechtenstein AG als ein MNO, die Telecom Liechtenstein AG als ein MVNO und die in Liechtenstein grenzüberschreitend tätige ‚Swisscom CH' über das Konzept des länderübergreifenden Marktes; wobei sie (die ‚Swisscom CH') ihren Heimmarkt nicht im strukturell verlustbringenden liechtensteinischen hat, sondern im strukturell profitablen schweizerischen.
[59] 3. Konsultationsdokument, S. 110.
[60] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 40.

Dies gilt insbesondere im Verhältnis zur ‚Swisscom CH' mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt: Mit diesem Marktauftritt geniesst die Swisscom – mit Zutun der zuständigen liechtensteinischen Behörden (und zwar *vor allem des AK*; siehe hierzu sogleich) – den Status eines in Liechtenstein grenzüberschreitend tätigen *Marktführers* mit einem entsprechenden, sachlich und räumlich relevanten Mobilterminierungsmarkt und einem Marktanteil (auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt) von inzwischen wohl mehr als 50%; Tendenz steigend.

Auf die Auslegung von Art. 38 VKND kommen wir in Abschnitt II., unten, zurück.

- **Einrede R8**: Zu der von uns immer schon geforderten Anwendung der *Ausnahmeregelungen*[61] des Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 11/2004[62] hat es nicht erst bei der Festlegung eines Gleitpfads[63] zu kommen; und auch nicht durch Überlegungen in Richtung einer angeblichen ‚*indirekten Drittwirkung*'[64] und dergleichen entstellt. Eine Anwendung der *direkt anwendbaren Kriterien* dieses Beschlusses[65] hat der von uns postulierten *Gesamtmarktbetrachtung* einen transparenten, objektiven und nachvollziehbaren Rahmen (Art. 5 Abs. 1 Bst. b KomG), eine gesetzliche Grundlage (Art. 92 Abs. 4 LV) und auf diese Weise Rechts- und Planungssicherheit zu garantieren (Art. 36 LV).

  Diese Kriterien – die, wie jede andere Ausnahmeregelung auch, einer *Vermeidung offensichtlicher Unzweckmässigkeiten* dienen[66] – sind schon bei der *Vorfrage* zu berücksichtigen, ob eine Sonderregulierung den liechtensteinischen Mobilbetreibern *überhaupt* zumutbar ist bzw. ob die ohnehin schon *vernachlässigbar kleinen Effekte* einer solchen Regulierung für allfällige in- oder ausländische Dritte (Anbieter und Nutzer i.S.v. Art. 20 Abs. 1, erster Satz, KomG) *überhaupt* dafür ausreichen, den nach wie vor eigenständigen, jedoch mehr und mehr

  „fragilen"[67]

  liechtensteinischen Mobilfunkmarkt mit unumkehrbaren Folgen insgesamt aufs Spiel zu setzen.

  Dies vorausgeschickt appellieren wir an das AK, (auch) die in das geltende Recht übernommenen Kriterien des Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 11/2004 als das anzuwenden, was sie sind; nämlich als *Ausnahmeregelungen*. Der diesen Kriterien in der ersten Auswertung der Stellungnahmen im dortigen Abschnitt 4.1.1. unterstellte Telos ist – mit *fatalen Folgen für den ohnehin schon fragilen liechtensteinischen Mobilfunkmarkt* – schlicht und einfach *unzutreffend*[68]*;* dies um so mehr dann, wenn die mit Abstand grössten Anbieter[69], wie dies der Absicht des AK entspricht, aus der Sonderregulierung *ausgeklammert werden sollen*.

- **Einrede R9**: Wir halten es für problematisch, das Verfahren auf Differenzierungen zwischen MNO, MVNO, SP und dergleichen zu stützen, die keine gesetzliche Grundlage haben. Dies jedenfalls dann, wenn die am Verfahren zu beteiligenden Unternehmen anhand solcher Unterscheidungen festgestellt werden sollen; und wenn eine solche Selektion nicht nur mit Vorgaben der Regierung in Konflikt gerät, sondern – was sehr viel schwerwiegender ist – auch die Marktanalyse und die Schlussfolgerungen aus dieser von Grund auf *verfälscht*.

  Auf die rechtlich richtige Qualifikation der ‚Swisscom FL' mit ihrem ‚liechtensteinischen' Marktauftritt und der Telecom Liechtenstein AG als MVNO kommen wir in Abschnitt III./6, unten, zurück.

---

[61] siehe hierzu die Landtags-Debatte des Berichts und Antrags Nr. 41/2004 vom 17.06.2004; LTP 2004 II S. 956. Dem AK – dessen Leiter an den zum Beschlusses des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 11/2004 führenden Verhandlungen teilgenommen hat (LTP 2004 II S. 958) – ist der Sinn und Zweck dieses Beschlusses im Einzelnen bekannt.
[62] **Erwägung E1**.
[63] 3. Konsultationsdokument, S. 109 f.
[64] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 13.
[65] arg. *„sind ... zu berücksichtigen"*; Art. 92 Abs. 4 LV.
[66] siehe hierzu Kley, LPS 23, S. 92 f.
[67] 3. Konsultationsdokument, S. 110.
[68] Bei diesen Kriterien handelt es sich um Handlungsanweisungen nicht nur an die ESA, sondern auch an das AK; und nicht nur im Rahmen der Umsetzung von EWR- in *„generell-abstraktes"* innerstaatliches Recht durch die beiden Gesetzgeber Landtag und Regierung, sondern auch im Rahmen der innerstaatlichen *„individuell-konkreten"* Anwendung des Neuen Rechtsrahmens durch das AK als Vollzugsbehörde.
[69] nämlich, vor allem, die ‚Swisscom CH' mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt.

- **Einrede R10**: Wir gehen davon aus, dass ein von der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG[70] und vom KomG[71] eingerichtetes sektorspezifisches (Konsultations-)Verfahren nicht dazu geschaffen worden ist, die zu Beginn des Verfahrens geltenden und für unseren Marktauftritt massgebenden Parameter *an zentraler Stelle zu verschieben* und die Rahmenbedingungen, wie z.B. durch eine Auslegung[72] *contra legem* oder sogar *contra constitutionem*, während der Dauer des Verfahrens entscheidungswesentlich zu ändern.

  Dessen ungeachtet ist es hierzu *gleich mehrfach gekommen*; und zwar nicht zuletzt beim Begriff der *‚Mobilterminierung'* selbst[73].

  Exemplarisch wird in diesem Zusammenhang auf den inzwischen aufgehobenen Art. 21 Abs. 4 KomG i.d.F.d. LGBl. 2006 Nr. 91 hingewiesen („Art. 21 Abs. 4 KomG [alt]"): Zuerst wird es der Swisscom zu Beginn der Marktöffnung, und zwar auch und *insbesondere vom AK* ermöglicht, in Liechtenstein grenzüberschreitend tätig zu sein (Markzulassung in Form einer *Konzession*); dies (i) auf dem *gesamten* Staatsgebiet Liechtensteins, (ii) mit dem Marktvorsprung eines *Incumbent* und (iii) unter späterem einseitigem *Verzicht* auf die ursprünglich vorgesehene Migration in den liechtensteinischen E.164-Nummerierungsraum[74] – womit die Swisscom, mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt (=‚Swisscom CH') und einem Marktanteil von inzwischen wohl mehr als 50% auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt, als *Marktführer* gleichsam *von Amtes wegen* konstituiert worden ist[75, 76].

  In der Folge wird die *Problematik* dieser Situation erkannt und – ein weiteres Mal *vom AK* – in Form eines *Schutzgesetzes*[77, 78] vorgeschlagen, die länderübergreifenden Märkte mit der Schweiz gleich zu behandeln wie jene im Verhältnis zum EWR[79].

  Dies geschieht im Wissen darum, dass wir eine solche transnationale Regulierung im Vernehmlassungsverfahren ausdrücklich befürwortet hatten[80], und mit dem Hinweis darauf, dass

  „die Richtlinien auch länderübergreifende Marktdefinitionen zulassen"[81].

---

[70] dortige Art. 14 ff.

[71] dortige Art. 21 ff.

[72] wie insbesondere von Art. 38 VKND; siehe hierzu Abschnitt II., unten.

[73] Auf mehreren, z.T. entscheidungswesentlichen Abweichungen beruhen, darüber hinaus, die Darlegungen des AK zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes im Dokument *‚Zur geographischen Marktabgrenzung der Mobilterminierungsmärkte (M7) – (Auswertung der Stellungnahmen anlässlich der 2. Konsultation)'*, auf das in Abschnitt III., unten, einzugehen sein wird. Dies insbesondere dort, wo vom AK – zum ersten Mal – ein *‚eigenständiges'* Mobilfunknetz der ‚Swisscom FL' für deren ‚liechtensteinischen' Marktauftritt in den Raum gestellt wird.

[74] Ursprünglich vorgesehen war Folgendes: *„Die bestehenden Mobiltelefonnummern liechtensteinischer Teilnehmer sind noch Teil des schweizerischen Numerierungsraums, werden aber mit interessanten Alternativen und für die Benützer in einer möglichst vertretbaren Weise in den dafür vorgesehenen liechtensteinischen Nummerierungsbereich (+423 7xx xxxx) überführt werden"* (Grundsatzerklärung RA 99/1934-3810 vom 13. Juli 1999 zur nationalen Telekommunikationspolitik im Bereich der Mobilkommunikation, S. 7). D.h. es wurde ursprünglich von einer *obligatorischen* Migration gesprochen (arg. *„werden ... überführt werden")*. In der Folge wurde hiervon *abgewichen*. In Art. 15 Abs. 2 und 3 der Mobilkonzession RA 0/552 der Telecom FL AG vom 22.02.2000 wurden die Kunden (der Swisscom [Schweiz] AG) vor die *Alternative* gestellt, entweder ihre alte schweizerische Nummer bei- oder eine neue liechtensteinische Nummer zu erhalten.

[75] siehe hierzu Abschnitt III./1, unten.

[76] *„Auch heute noch stellt es keine Hemmschwelle für liechtensteinische Kunden dar, Mobildienste unter Verwendungen einer schweizerischen Teilnehmernummer zu nutzen"*; Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – S. 24.

[77] siehe herzu z.B. die Erwägung 34 des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 21.02.2008 in der Rechtssache C-426/05.

[78] Der Schutzzweck von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) liegt – auf der Basis einer teleologischen Interpretation ohne weiteres erkennbar – darin, die beiden Schutzobjekte des Wettbewerbs i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Bst. b KomG und Art. 5 Abs. 2 Bst. a KomG und der Anbieter und Nutzer i.S.v. Art. 20 Abs. 1, erster Satz, KomG vor einer Gefährdung dadurch zu bewahren, dass der Verflechtung der elektronischen Kommunikationsmärkte Liechtensteins und der Schweiz auch und vor allem im Bereich der *Sonderregulierung* Rechnung getragen wird; dies durch *eine transnationale Regulierung* von Anbietern mit Sitz in der Schweiz.

[79] Art. 21 Abs. 4 KomG (alt).

[80] siehe hierzu unser Schreiben (an das AK) vom 21.12.2004: ***„Zu Art. 21:*** *Zu Abs. 4 ersuchen wir um eine Aufklärung über den Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Dies deshalb, weil wir gerade im Mobilfunkbereich eine sehr starke Durchdringung des liechtensteinischen Marktes durch ausländische, und zwar insbesondere durch schweizerische Betreiber erfahren. Regierung und AK ist diese Ausgangslage bekannt. Es interessiert uns deshalb vor allem, zu erfahren, ob und in welchem Umfang Abs. 4 eine transnationale Regulierung insbesondere von schweizerischen Mobilfunkbetreibern auf liechtensteinischem Staatsgebiet vorsieht bzw. möglich machen will. Soll Abs. 4 eine Handhabe dafür bieten, die Tätigkeit eines auch in Liechtenstein marktmächtigen Unternehmens mit Sitz in der Schweiz eine Regulierungsmassnahme des AK (gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit den "zuständigen schweizerischen Behörden") zu ermöglichen, begrüssen wir die Bestimmung von Abs. 4 ausdrücklich"*.

In der Folge muss sich Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) von seinem Urheber, dem AK, aus Gründen, die vor der Verfassung keinen Bestand haben können[82], unter Anmassung des Kassations- und Verwerfungsmonopols des Staatsgerichtshofes[83] und in einem nachgerade klassischen *venire contra factum proprium* als – Zitat –

„unanwendbar"[84]

bezeichnen lassen; womit der Öffentlichkeit nicht nichts anderes vermittelt wird, als dass das, worauf man sich in der Vergangenheit als einer *Geschäftsgrundlage* des liechtensteinischen Mobilfunkmarkts verständigt hatte[85], nach Auffassung des AK – einer *Vollzugsbehörde* – nicht mehr gelte (!).

Und es wird, entgegen dem damals noch in Kraft stehenden Art. 21 Abs. 4 KomG (alt), an gleicher Stelle die Behauptung aufgestellt, das

„liechtensteinische Recht"

sehe

„gerade keine Bestimmungen vor [sic!]*, die Anwendung auf die in Frage stehenden Ausländer finden würden"*[86].

Schliesslich wird die *faktische Durchführbarkeit'* einer Definition länderübergreifender Märkte mit der Schweiz unter Berufung auf nicht näher erläuterte und damit *intransparente* (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KomG)

„Erfahrungen der Regulierungsbehörde"[87]

öffentlich in Abrede gestellt und Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) deshalb aufgehoben, weil die *'praktische Notwendigkeit'* einer transnationalen Regulierung nun doch nicht gegeben sei. Dies, obwohl zuvor noch bekräftigt wurde, dass

„die Schweiz ... ein herausragendes Beispiel für einen länderübergreifenden Markt mit Liechtenstein ist"[88].

Dass Rechts- und Planungssicherheit unter solchen Vorzeichen endet, liegt auf der Hand. Investitionsanreize werden – zum Nachteil der Nutzer (Konsumenten) – auf lange Sicht zunichte gemacht, verfassungsmässig geschützte Rechtspositionen in ihrem Kerngehalt tangiert und ein eigenständiger liechtensteinischer Mobilfunkmarkt unterhöhlt. Dass dies der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, dem KomG und nicht zuletzt auch den Kriterien des Beschlusses Nr. 11/2004 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses zuwiderläuft, bedarf keiner näheren Erläuterung[89]. Übergangen wird zudem die Politische Grundsatzerklärung aus dem Jahre 2004.

Verletzt wird durch eine solche Vorgehensweise aber auch der eingangs relevierte Grundsatz, dass

„alle Marktteilnehmer"

---

[81] Telekommunikationsbericht 2005, S. 49.
[82] siehe hierzu z.B. StGH 2003/33, E. 2.2 oder StGH 2004/49, E. 2.2. Der bisherige, zu Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) sowohl im Vernehmlassungs- als auch im Gesetzgebungsverfahren vertretene Standpunkt überzeugt insgesamt mehr als der neue, wie er der Auswertung zugrunde liegt.
[83] Art. 104 Abs. 2 LV (Aufhebung der Anwendbarkeit i.S.v. Art. 15 KmG); siehe hierzu das Urteil des Staatsgerichtshofes StGH 1993/4 von 30.10.1995, LES 1996, S. 41 ff und zu diesem Urteil Becker, LJZ 1996, S. 25 ff; Wille, LPS 27, S. 68 ff oder Wille, LPS 43, S. 158 ff.
[84] Auswertung, S. 5.
[85] dass die Schweiz und Liechtenstein nämlich – wie insbesondere in der mobilen elektronischen Kommunikation – einen länderübergreifenden Markt bilden.
[86] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 19.
[87] Bericht und Antrag Nr. 110/2009, S. 63 f.
[88] Vernehmlassungsbericht der Regierung vom 29.09.2004 zum neuen Kommunikationsgesetz (KomG), RA 2004/2277-3801.2/03.
[89] Art. 8 Abs. 2 Bst. b der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. b KomG und Art. 5 Abs. 2 Bst. a KomG.

des liechtensteinischen Mobilfunkmarkts

„in allen Auflagen und Rahmenbedingungen"[90]

gleich zu behandeln sind – unter diesen Marktteilnehmern, an erster Stelle, der Marktführer Swisscom (Schweiz) AG mit seinem ‚schweizerischen' Marktauftritt als ‚Swisscom CH'. Das daraus resultierende Problem einer sich noch weiter *beschleunigenden* Re-Monopolisierung des liechtensteinischen Mobilfunkmarktes zu Gunsten von ausländischen, aus der Sonderregulierung vom AK *expressis verbis ausgeklammerten* Anbietern hat sich in der dritten Phase des Konsultationsverfahrens noch weiter und *mit zunehmender Intensität* verschärft.

Die von dieser Praxis begünstigten Unternehmen – unter ihnen, ein weiteres Mal, die Swisscom – werden die damit verschafften *Freiräume* zu einer Benachteiligung der liechtensteinischen Mobilbetreiber in Zukunft noch sehr viel *intensiver* nutzen können, als dies in der Vergangenheit ohnehin schon der Fall gewesen ist[91]; *ohne* dass die Marktaufsichtsbehörde, in dem *von ihr selbst herbeigeführten regulierungsfreien Raum*, gegen eine solche Entwicklung – einem *Exodus* der Wertschöpfung auf dem liechtensteinischen Mobilfunkmarkt in Richtung Schweiz – irgendetwas unternehmen könnte.

Dies voraus geschickt weisen wir die Kritik, mit der wir in den ersten beiden Phasen des Konsultationsverfahrens konfrontiert worden sind, als unzutreffend und in Form und Inhalt als unangebracht zurück. Insgesamt werden die Voraussetzungen für eine Sonderregulierung vom AK von Grund auf zu revidieren sein; wozu der Einbezug jener schweizerischen Mobiletreiber, die zu einer grenzüberschreitenden Tätigkeit vor rund zehn Jahren berechtigt worden sind, auch *nach* der Aufhebung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) *an erster Stelle gehört*.

Im Übrigen halten wir an unseren Stellungnahmen vom 25.01.2008 und vom 12.09.2008 vollumfänglich und Wort für Wort fest. Bevor wir auf die Frage der räumlichen Marktabgrenzung und der Sachlegitimation in Abschnitt III. zu sprechen kommen, gilt Abschnitt II. der rechtlich richtigen Auslegung von Art. 38 VKND.

II. Art. 38 VKND

Dreh- und Angelpunkt der vom AK in Aussicht gestellten Entgeltregulierung ist Art. 38 VKND.

Zu dieser Bestimmung legt das AK in der dritten Phase des Konsultationsverfahrens eine Auslegung vor, die sich nicht auf den *Wortlaut* des Gesetzes stützt, sondern auf *Begründungserwägungen* der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG. Mit diesem Ansatz, der weiterführende Hinweise auf die Lehre und Rechtsprechung vermissen lässt, soll dargelegt werden, dass und aus welchen Gründen auf die von uns geltend gemachte Kostenrechnung nicht einzutreten sei; sondern dass diese Kostenrechnung *von vornherein* als

„vollständig unbrauchbar"[92]

habe verworfen werden können. Dies – allerdings – auf der Grundlage nicht eines gesicherten Wissens, sondern *blosser Vermutungen*[93].

Von einer rechtlich richtigen Auslegung und verfassungs- und insbesondere *verhältnismässigen* Anwendung von Art. 38 VKND hängen zahlreiche entscheidungswesentliche Konsequenzen ab[94]. Der vom AK ins Feld geführten, in mehrfacher Hinsicht unzutreffenden *‚Auslegung'* von Art. 38 VKND ist mit aller Entschiedenheit entgegen zu treten; dies nur schon aus den folgenden Gründen.

---

[90] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004, S. 10.
[91] Die entsprechenden, theoretisch und praktisch möglichen wettbewerbswidrigen Praktiken (*„Taktiken"* in der Terminologie des AK) werden vom AK in seinen Konsultationsdokumenten in aller Ausführlichkeit erörtert, worauf verwiesen werden kann.
[92] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 27.
[93] arg. *„basiert zu sein scheint"*: In der ersten Auswertung der Stellungnahmen erwägt das AK auf S. 27, dass die von uns vorgelegte Kostenrechnung – wir zitieren – *„auf historischen Vollkosten basiert zu sein scheint"*.
[94] auf einzelne dieser Konsequenzen ist in Abschnitt I., oben, bereits eingegangen worden.

- Der normative bzw. der Regelungsgehalt von Art. 38 VKND (dessen *‚Verstand'* i.S.v. § 6 ABGB) ist klar und eindeutig und lässt sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, d.h. auf dem Wege der zu aller erst gebotenen *grammatikalischen Auslegung* (Verbalinterpretation)[95] ohne weiteres erschliessen. Eine *Auslegungsbedürftigkeit* von Art. 38 VKND, wie sie vom AK mit einem Rückgriff auf *Begründungserwägungen* der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ins Feld geführt wird, liegt nicht auch nur ansatzweise vor. Eines solchen Rückgriffs – oder eines Rückgriffs auf ein anderes Auslegungsmittel der juristischen Methodenlehre – bedarf es nicht. Als das vorrangige Auslegungsmittel ist der *Wortlaut* von Art. 38 VKND auch für das AK *allgemein verbindlich*.

- Anders als Art. 38 Abs. 2 VKND und § 42 Abs. 2 TKG 2003 (siehe hierzu sogleich) enthält Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG in seinem ersten Satz ein nicht nur relativierendes, sondern auch einschränkendes *‚gegebenenfalls'*. Welche Bedeutung dieser Vorbehalt für ein rechtlich richtiges Verständnis dieser Bestimmung hat, wird vom AK *bezeichnenderweise* nicht näher erläutert. Stattdessen wird – an der Stelle des *Inhalts* von Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG sowie von Art. 38 Abs. 2 VKND und § 42 Abs. 2 TKG 2003 – auf *considerata* abgestellt; noch dazu auf *considerata*, die jene Bedeutung, die ihnen vom AK unterstellt wird, in keiner Weise haben.

- Wenn das AK sagt, dass die Regelungen von Art. 38 VKND den

  „umzusetzenden staatsvertraglichen Verpflichtungen"[96],

  sprich: dem Inhalt von Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG *widersprächen*, dann ist ihm zweierlei zu erwidern: Erstens, dass ein solcher *‚Widerspruch'* nicht existiert. Und zweitens, dass der Wortlaut von Art. 38 VKND von § 42 TKG 2003 rezipiert worden ist; und zwar insbesondere im Zusammenhang mit dem hier interessierenden Art. 38 Abs. 2 VKND.

  Dass der damit korrespondierende § 42 Abs. 2 TKG 2003 wegen einem *Widerspruch zum EU-Recht* (sprich: wegen einem Widerspruch zu Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG) je in Frage gestellt worden wäre, wird vom AK nicht einmal behauptet. Dem ist auch nicht so. *In Wirklichkeit* sind die *materiell-rechtlich identischen* Art. 38 Abs. 2 VKND und § 42 Abs. 2 TKG 2003 in jeder Hinsicht *richtlinienkonform*[97].

- Nachdem das TKG 2003 im hier interessierenden Kapitel über die Sonderregulierung (§§ 38 bis und mit 42 TKG 2003) den Art. 34 bis und mit 38 VKND als Rezeptionsvorlage gedient hat[98], ist Art. 38 VKND in Liechtenstein so auszulegen und anzuwenden wie § 42 TKG 2003 in Österreich. So schreibt es die ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung des StGH[99] und der VBI/des VGH[100] unter dem Titel der *komparativen Auslegung* (Rechtsvergleichung) auch für das AK ausdrücklich vor. Ein Grund dafür, dass sich das AK über diese Judikatur hinwegsetzen dürfte, ist nicht ersichtlich.

  Folge davon ist, dass nicht die vom AK ins Feld geführte *‚Auslegung'* zum Zuge kommt, sondern dass auf die Praxis der RTR GmbH/TKK abzustellen ist[101]. Auch dies wird in der zweiten Auswertung der Stellungnahmen, methodisch ein weiteres Mal verfehlt, von vornherein übersehen.

- Auf der gleichen materiell-rechtlichen Grundlage wie in Liechtenstein (§ 42 TKG 2003=Art. 38 VKND) entspricht es dieser Praxis in Österreich, dem von einer Entgeltregulierung betroffenen Unternehmen *den Nachweis zu ermöglichen, dass sich seine Entgelte aus den Kosten sowie einer*

---

[95] siehe hierzu Kley, a.a.O., S. 82 ff (S. 84) m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung; ders. in LJZ 1996, S. 74 ff.
[96] zweite Auswertung der Stellungnahmen, S. 13.
[97] Davon abgesehen ist es auch nicht so, dass Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG eine totale Rechtsangleichung bzw. vollständige Harmonisierung nach sich zöge; siehe zu diesen Begriffen, statt vieler, Oppermann, Europarecht, 2. Aufl., München 1999, S. 489, Randziffer 1230.
[98] Das TKG 2003 dient der VKND auch an zahlreichen anderen Stellen als Rezeptionsvorlage.
[99] siehe hierzu die Entscheidung des Staatsgerichtshofes StGH 2002/88 vom 30.06.2003 (n. publ.), mit der diese Rechtsprechung begründet wurde. Siehe für die Rechtsprechung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofes, statt vieler, dessen Beschluss vom 04.04.2002 zu 01 CG.2000.64, LES 2005, S. 100 ff.
[100] Kley, a.a.O., S. 94 f.
[101] An den Überlegungen der RTR GmbH/TKK orientiert sich das AK in seinen Konsultationsdokumenten anderswo z.T. Wort für Wort.

angemessenen Investitionsrendite errechnen (Art. 38 Abs. 2, erster Satz, VKND=§ 42 Abs. 2, erster Satz, TKG 2003=Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG).

Hierzu hat das Unternehmen, in einem ersten (Prozess-)Schritt, seine *zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten* offenzulegen (siehe hierzu sogleich). In einem zweiten (Prozess-)Schritt wird die vom Gesetz vorgegebene Kostenorientierung durch ein Gutachten von Amtssachverständigen ermittelt, das der Entscheidung über die Entgeltregulierung in einem dritten (Prozess-)Schritt zugrunde gelegt wird. Die Einzelheiten dieser Prozedere können den im Internet veröffentlichten Entscheidungen der RTR GmbH/TKK entnommen werden[102].

Dies vorausgeschickt ist festzuhalten, dass sich das AK mit der von ihm ins Feld geführten *‚Auslegung'* nicht nur vom *Text* der massgebenden materiell-rechtlichen Grundlagen entfernt, sondern auch von deren *Handhabung* durch die RTR GmbH/TKK. Die Darlegungen auf S. 11 bis und mit 15 der zweiten Auswertung der Stellungnahmen sind auch aus diesem Grund zurückzuweisen. Warum in Liechtenstein nicht recht sein soll, was in Österreich – bei gleichen materiell-rechtlichen Grundlagen – billig ist, kann nicht nachvollzogen werden. Das AK hat sich, wie jede andere (Vollzugs-)Behörde auch, an dem zu orientieren, was im geltenden Recht geschrieben steht.

- Unzutreffend sind die Darlegungen in der zweiten Auswertung der Stellungnahmen insbesondere dort, wo es auf S. 11 – wie gesagt auf der Basis blosser Vermutungen – heisst, dass das AK

  „ein Kostenrechnungsmodell basierend auf historischen Vollkosten per se als ungeeignet erachtet, die korrekten Kosten der Bereitstellung der Terminierungsleistung zu ermitteln";

  weshalb das AK nicht habe erkennen können,

  „weshalb es der MKL zusätzlich die Möglichkeit hätte einräumen sollen bzw. müssen, ein bereits als vom Grundsatz her als ungeeignet identifiziertes Kostenrechnungsmodell in weiterer Folge im Detail erörtern zu können".

  Diese Darlegungen stehen nur schon dort, wo uns vorgeworfen wird, auf *Vollkosten* abgestellt zu haben, *praeter legem*: Selbst wenn dem so wäre[103], hätten wir damit nicht gegen jene Obliegenheit verstossen[104], die in Art. 38 Abs. 2, erster Satz, VKND (=§ 42 Abs. 2, erster Satz, TKG 2003) zu unseren Gunsten verankert ist und der wir schon am 25.01.2008 entsprochen haben.

- Ganz im Gegenteil: Auf der des Basis dieser Regelung hat das AK, nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung in Österreich (die vom AK – wie oben erwähnt – in Rücksicht zu stellen ist)[105], auf nichts anderes abzustellen als

  „auf die zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten [sic!] *des jeweiligen Betreibers unter Berücksichtigung dessen relativer Marktposition"*;

  wobei nichts anderes zu berechnen ist als

  „die zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten [sic!] *der betroffenen Betreiber"*[106].

  Das Gleiche gilt nach dem Standardwerk zum Neuen Rechtsrahmen von Nihoul/Rodford:

  „Costs may be assessed using historical or current costs"[107];

---

[102] http://www.rtr.at/de/tk/EntscheidungenGesamt.

[103] d.h. selbst wenn wir – wie vom AK ohne Erörterung mit uns im Sinne einer *blossen Vermutung* behauptet – eine Aufstellung von *Vollkosten* vorgelegt hätten.

[104] zu einem Nachweis, dass sich die Entgelte aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen.

[105] siehe hierzu, statt vieler, Polster in Stratil (Hrsg.), TKG 2003, Wien 2004, Randziffer 10 zu § 42, S. 178 ff; Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch, Handbuch des Telekommunikationsrechts, Wien/New York 2006, S. 174 ff; Feiel/Lehofer, TKG 2003, Praxiskommentar, Wien 2004, S. 164 f; Parschalk/Otto/Weber/Zuser, Telekommunikationsrecht, Wien 2006, S. 121 f.

[106] Polster in Stratil, a.a.O., Randziffer 10 zu § 42, S. 184.

[107] Nihoul/Rodford, *EU Electronic Communications Law; Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford 2004, S. 228.

wobei

> *"Operators ... have to demonstrate that their tariffs are not unreasonable ... To that effect, they have to establish their costs and show that the return they obtain in providing access is not unreasonable, taking into account the costs they face"*[108].

- Die (Zusammenschaltungs-)Relevanz der uns für die Mobilterminierung entstehenden Kosten haben wir dem AK, auf der Basis eines bei der A1 Telekom Austria schon seit Jahren in Verwendung stehenden und von der RTR GmbH/TKK auf der Basis von § 42 Abs. 2, erster Satz, TKG 2003 (=Art. 38 Abs. 2, erster Satz, VKND) akzeptierten Kostenrechnungsmodells[109], in unserer Stellungnahme vom 25.01.2008 dar- und in unserer Stellungnahme vom 12.09.2008 in Bezug auf ihre Berechnungsweise im Einzelnen auseinandergelegt[110].

  Dies vorausgeschickt weisen wir die Argumentation in Richtung eines angeblich

  > *„bereits ... vom Grundsatz her als ungeeignet identifizierte(n) Kostenrechnungsmodell(s)"*,

  auf das nicht einzutreten sei, in aller Form zurück. Den Vorwürfen auf S. 11 der zweiten Auswertung der Stellungnahmen kommt keine wie auch immer geartete Berechtigung zu; dies umso weniger, als es das AK in den vergangenen drei Jahren unterlassen hat, nach Art. 38 Abs. 2, zweiter und dritter Satz, VKND vorzugehen und uns eine umfassende Rechtfertigung unserer Entgelte zu ermöglichen – oder uns auch nur eine Kostenrechnungsmethode nach Art. 38 Abs. 3 VKND vorzuschreiben (!).

- Stattdessen enthält uns das AK zur Frage der Kostenrechnung und des Nachweises von Art. 38 Abs. 2, erster Satz, VKND (=§ 42 Abs. 2, erster Satz TKG 2003) das grundlegende Verfahrensrecht des rechtlichen Gehörs (Art. 31 Abs. 1 LV) immer noch und mit einer Begründung vor, die weder vor dem Wortlaut noch vor der einhelligen Lehre und ständigen Rechtsprechung (in Österreich) Bestand haben kann. Die vom AK für diese Vorgehensweise in Anschlag gebrachte Argumentation beruht auf einem

  > *„Verständnis"*

  und auf einer

  > *„Interpretation"*[111]

  dieser Bestimmung, die – nochmals sei es gesagt – jenseits des geltenden Rechts unter Einschluss der juristischen Methodenlehre steht. Ein Abstellen auf *Benchmarking* i.S.d. vierten Satzes von Art. 38 Abs. 2 VKND kommt erst dann in Frage, wenn der (Prozess-)Ablauf der ersten drei Sätze dieser Bestimmung eingehalten worden ist (arg. *„In diesem Zusammenhang ..."*). Hierzu ist es bis anhin nicht auch nur ansatzweise gekommen.

- Nur der Vollständigkeit halber weisen wir abschliessend darauf hin, dass der regulierungsinduzierte Marktaustritt eines der Sonderregulierung unterstehenden Anbieters wegen *regulierungsinduzierten Entgelten unter Kosten* auf der Basis von Art. 38 VKND nicht *in Kauf genommen werden darf*, wie dies auf S. 24 der zweiten Auswertung der Stellungnahmen zu Unrecht angedeutet wird.

  Ein durch die Regulierungsbehörde *in Kauf zu nehmendes Marktversagen* ist weder vom Wortlaut noch von der *ratio legis* von Art. 38 VKND gedeckt. Von einem solchen *Eventualvorsatz* steht in

---

[108] Nihoul/Rodford, a.a.O., S. 245. Zu den Absichten, zum Zusammenspiel mit den Begründungserwägungen und zur rechtlich richtigen *'Verstand'* von Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG wird eine Lektüre des Werks von Nihoul/Rodford, Abschnitte 3.163 ff, auch sonst nahegelegt.

[109] Davon, dass wir dieses Modell von der A1 Telekom Austria *nicht* adaptiert, sondern *selbst generiert hätten*, geht das AK denn auch nicht aus.

[110] siehe hierzu den dortigen Abschnitt IV./3, erster Indent, S. 11 f.

[111] zweite Auswertung der Stellungnahmen, S. 13.

Art. 38 VKND *kein Wort geschrieben*[112]. Ganz im Gegenteil: Im Einklang mit Art. 13 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG und § 42 Abs. 2 TKG 2003 schreibt Art. 38 Abs. 2 VKND dem AK gesetzlich zwingend vor, einem der Sonderregulierung unterworfenen Unternehmen für den Fall einer Entgeltregulierung *eine angemessene Investitionsrendite zu garantieren.*

In diesem Sinne konstituiert Art. 38 VKND – dies nur ganz am Rande – den nachgerade klassischen Fall einer positiv-rechtlich niedergelegten *Schrankenschranke* i.S.d. der ständigen Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes zur Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 36 LV[113]. Hierauf wird das AK, das sich zur Frage der Schrankenschanken in der zweiten Auswertung der Stellungnahmen *erstaunlicherweise* nicht geäussert hat, Rücksicht zu nehmen haben.

Wenn Art. 38 VKND, jenseits seines an sich klaren und eindeutigen Wortlauts, einer Sinngebung überhaupt bedarf, dann (i) in Übereinstimmung mit den Kriterien des Gemeinsamen EWR-Ausschusses in dessen Beschluss Nr. 11/2004 und (ii) in Übereinstimmung mit den Vorgaben der für die Ordnungspolitik zuständigen Regierung:

- *Ersterer* hat mit diesen Kriterien eine *Ausnahmeregelung* zu Gunsten der besonderen Situation Liechtensteins und der hier tätigen Marktteilnehmer begründet, die einen *Imperativ*[114] enthält (arg. *„sind"*) und den folgenden Wortlaut hat:

  „Liechtenstein und seine nationale Regulierungsbehörde werden alle angemessenen Anstrengungen unternehmen, um die Bestimmungen dieser Richtlinie umzusetzen, jedoch sind bei der Bewertung der Umsetzung die besondere Situation Liechtensteins und die besonderen Umstände seines sehr kleinen Telekommunikationsnetzes, seiner Marktstruktur, seiner geringen Kundenzahl, seines Marktpotenzials und die Möglichkeit, dass der Markt versagt, zu berücksichtigen".

- *Letztere* ist in ihrer Politischen Grundsatzerklärung aus dem Jahre 2004 für einen *eigenständigen liechtensteinischen Mobilfunkmarkt* eingetreten, der die *Grundversorgung* mit mobiler Kommunikation *langfristig sicher stellt.*

Mit einem Ansatz, der gezwungenermassen[115] zu *regulierungsinduzierten Entgelten unter Kosten* führt, kann diesen Kriterien und Vorgaben nicht entsprochen werden. Ein solcher Ansatz resultiert, notwendigerweise, in einem solchen

„regulierungsinduzierten Marktversagen"[116],

das – so das AK an anderer Stelle – auf jeden Fall abzuwenden sei[117]. Ein eigenständiger liechtensteinischer Mobilfunkmarkt lässt sich nur dann aufrecht erhalten, wenn die *Schlüsselnorm* des Art. 38 VKND korrekt, d.h. verfassungs- und insbesondere *verhältnismässig* (sprich: unternehmensspezifisch) vollzogen wird. *Richtigerweise* hat sich das AK daher nicht an der von ihm ins Feld geführten *‚Auslegung'* von Art. 38 VKND zu orientieren, sondern an dem, was im Gesetz und in den Dokumenten des Gemeinsamen EWR-Ausschusses und der Regierung geschrieben steht. Ein Adressat dieser Dokumente ist auch das AK.

Tut es dies, wird sich das AK mit den von uns vorgelegten Kosten der Mobilterminierung transparent, objektiv und nichtdiskrimierend auseinanderzusetzen haben (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KomG); dies jenem (Prozess-)Ablauf folgend, wie er von den vier einzelnen, inhaltlich aufeinander bezogenen und funktional miteinander verknüpften Sätzen von Art. 38 Abs. 2 VKND gesetzlich zwingend vorgegeben wird.

Erst unter dieser Voraussetzung wird es dem AK möglich sein, einen *unternehmensspezifischen* Schwellenwert zu definieren, unter dem ein *unternehmensspezifischer ROI* nicht mehr möglich ist.

---

[112] und auch nicht in jenem von Art. 36 LV.
[113] zu diesem Thema wird, statt vieler, eine Lektüre der Ausführungen von Höfling, LPS 20, S. 198 ff angeregt.
[114] d.h. eine i.S.v. Art. 92 Abs. 2 LV direkt anwendbare Handlungsanweisung.
[115] nämlich nur schon deshalb, weil uns das AK – entgegen Art. 38 VKND – eine umfassende Rechtfertigung des von uns vorgelegten Kostenrechnungsmodells verwehrt.
[116] 3. Konsultationsdokument, S. 111.
[117] Konsistenz ist in den Überlegungen des AK insofern nicht zu erkennen.

Dem vom AK im 3. Konsultationsdokument in Aussicht gestellten Gleitpfad geht ein solcher Nachweis – wider Art. 38 Abs. 2 VKND und entgegen den *Schrankenschranken* dieser Bestimmung und von Art. 36 LV – nach wie vor und zur Gänze ab.

III. Marktabgrenzung; Zuständigkeit; Sachlegitimation

III./1 Die länderübergreifenden Märkte mit der Schweiz – Art. 21 Abs. 4 KomG (alt)

In Abschnitt 2 seines vom 27.03.2009 datierenden und – seiner eigenen Aussage nach – nach wie vor massgebenden Dokuments mit dem Titel *‚Zur geographischen Marktabgrenzung der Mobilterminierungsmärkte (M7) – (Auswertung der Stellungnahmen anlässlich der 2. Konsultation)'*[118] („Auswertung") befasst sich das AK mit der *‚Definition transnationaler Märkte gemäss EWRA'*. Dabei verwirft es den Inhalt von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) als – Zitat –

> *„unanwendbar"*[119].

Diese Qualifikation erstaunt. Denn geht man den Wurzeln dieser Bestimmung nach, ergibt sich zweierlei: Zum einen, dass es zu dieser Bestimmung deshalb gekommen ist, weil die Schweiz

> *„ein herausragendes Beispiel für einen länderübergreifenden Markt mit Liechtenstein ist"*[120].

Zum anderen resultiert aus den Materialien des KomG, dass Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) *vom AK vorgeschlagen wurde*[121]: Die Aufnahme dieser Norm in das Gesetz entsprach der ursprünglichen, erst im Laufe des Konsultationsverfahrens wieder rückgängig gemachten Rechtsauffassung des AK zur Existenz transnationaler bzw. länderübergreifender Märkte mit der Schweiz.

Das *‚Überlappen'* eines nationalen Marktes durch einen grenzüberschreitenden wird im Neuen Rechtsrahmen mit dem Begriff des *‚transnationalen Marktes'* umschrieben[122], im KomG mit jenem des *‚länderübergreifenden Marktes'*[123].

Von diesen (Legal-)Definitionen ausgehend ist das Konzept eines solchen transnationalen bzw. länderübergreifenden Marktes durch die Regelung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) *auf die Schweiz ausgedehnt* und damit ein Zustand fixiert worden, der materiell-rechtlich ohnehin gilt und von dem *auch ohne diese Norm auszugehen ist*: Dem AK folgend stellt das KomG

> *„EWR-Unternehmen und schweizerische Unternehmen grundsätzlich gleich"*

und betrachtet

> *„die Schweiz nicht als Drittstaat"*[124].

Was mit der Bestimmung des Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) – und zwar, wie oben erwähnt, *insbesondere vom AK* – im Einzelnen gewollt worden war[125], liegt auf der Hand:

- Erstens sollte dem AK ein institutioneller Rahmen für eine transnationale Regulierung von Unternehmen mit Sitz in der Schweiz verschafft werden. Dies, um es zu wiederholen, mit Blick darauf, dass das KomG

---

[118] In Abschnitt 3.5 des 3. Konsultationsdokuments finden sich keine, über die Auswertung hinaus gehenden Erwägungen.
[119] Auswertung, S. 5.
[120] Vernehmlassungsbericht zum neuen Kommunikationsgesetz (KomG) vom 28.09.2004, RA 2004/2277-3801.2/03, S. 27.
[121] Rechenschaftsbericht 2003, S. 329, wonach dem AK auch die Auswertung der Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren oblag.
[122] Nihoul/Rodford, a.a.O., S. 334 f, Randziffer 3.379: "*Suppose that, in the European Union, one NRA is empowered to regulate a market overlapping national markets (these markets are called 'transnational' in the European terminology) ...*"
[123] Art. 3 Abs. 1 Ziff. 44 KomG.
[124] Auswertung, S. 17 (Fussnote 22).
[125] Die Bestimmung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) wurde nicht über Vorschlag eines Anbieters in das Gesetz aufgenommen worden, sondern auf die Initiative des AK hin.

„EWR-Unternehmen und schweizerische Unternehmen grundsätzlich gleich(stellt) und die Schweiz nicht als Drittstaat (betrachtet)"[126].

Vereinfacht gesagt sollte mit Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) eine Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden der Schweiz und Liechtensteins bei der Sonderregulierung grenzüberschreitend tätiger Unternehmen ermöglicht werden (*‚Regulierungsübereinkunft'*)[127].

- Zweitens sollte das AK auf eine *Gesamtmarktbetrachtung* verpflichtet werden, die regulierungsfreie Räume vermeidet und den Marktauftritt schweizerischer Anbieter – aus diesem Grund – in die Sonderregulierung einbezieht. Damit im Einklang wurde die Existenz der transnationalen bzw. länderübergreifenden Märkte mit der Schweiz in Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) und in den Materialien zu diesem Gesetz *nicht in das (Entscheidungs- oder Auswahl-*[128]*)Ermessen des AK gestellt*, sondern gesetzlich zwingend vorgegeben[129]. Die bedeutendste dieser Verflechtungen ist jene auf dem Mobilfunkmarkt im Allgemeinen und auf dem hier interessierenden Markt M7 im Besonderen[130].

- Drittens sollte auf diese Weise sichergestellt werden, dass die von der Regierung postulierte und gesetzlich zwingende *Gleichbehandlung* aller Marktteilnehmer

  „in allen Auflagen und Rahmenbedingungen"[131]

  zu jedem Zeitpunkt gewährleistet werden kann und dass es in Liechtenstein zu keinen Wettbewerbsfehlern *zu Lasten der im EWR tätigen Anbieter und ansässigen Nutzer* kommt[132]. Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) hatte eine *doppelte Implikation*: Eine *Garantie nach innen* (Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer unter Einschluss der schweizerischen Anbieter; Wettbewerbsneutralität im Verhältnis zur Schweiz[133]) und eine *Garantie nach aussen*: Den Mitgliedstaaten des EWRA gegenüber und mit der Verpflichtung, schweizerische Anbieter der Sonderregulierung der Art. 20 ff KomG mit dem Ziel zu unterstellen, den negativen Folgen der *Abwesenheit* einer solchen Regulierung im Europäischen Wirtschaftsraum vorzubeugen.

Zusammengefasst wurde mit Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) die Absicht verfolgt, dem

„historisch engen Verhältnis zur Schweiz im Bereich der elektronischen Kommunikation"[134]

auch im Rahmen der Sonderregulierung nach- und dem Kompetenzdefizit des AK bzw. der

„Beschränkung der Aufsichtskompetenzen des AK auf das Inland"[135]

im Verhältnis zu Unernehmen mit Sitz in der Schweiz durch eine transnationale Regulierung beizukommen; dies wegen einer entsprechenden gesetzlich zwingenden Zuständigkeit des AK (Art. 24 LVG) und, *insbesondere*, im Verhältnis zu den hier interessierenden

---

[126] Auswertung, S. 17 (Fussnote 22).

[127] Kommt es auf einem länderübergreifenden Markt zu Streitigkeiten, hat das AK einen solchen Streit – und zwar auch im Zusammenhang mit Massnahmen der Sonderregulierung – zusammen mit der zuständigen ausländischen Behörde zu schlichten (Art. 59 Abs. 3 KomG). Der Gesetzgeber hat das AK also auch in dieser Hinsicht mit allem ausgestattet, was es zu einer transnationalen Regulierung bedarf. Eine solche Kompetenz setzt die Existenz länderübergreifender Märkte und deren Anerkennung durch den Gesetzgeber voraus, wie dies mit Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) geschehen ist.

[128] siehe hierzu Kley, a.a.O., S. 192.

[129] arg. *„die länderübergreifenden Märte mit der Schweiz"* in Art. 21 Abs. 4 KomG (alt).

[130] Zum einen wurde der (ehemaligen) Telecom PTT, d.h. der (nunmehrigen) Swisscom, im Zuge der Marktöffnung nur der Festnetz- und nicht auch der Mobilfunkmarkt entzogen; im Unterschied zum Festnetzmarkt sollte die Swisscom auf dem Mobilfunkmarkt – grenzüberschreitend – die Rolle eines *Marktführers* auch weiterhin inne haben. Zum anderen haben es Terminierungsmärkte sowohl im Festnetz- als auch im Mobilfunkbereich an sich, dass die räumliche Ausdehnung des in Frage stehenden Netzes die Relevanz des in Frage stehenden Marktes definiert.

[131] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004, S. 10.

[132] Art. 8 Abs. 2 Bst. b der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und Art. 1 Abs. 2 Bst. b KomG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Bst. a KomG.

[133] siehe hierzu Frick, Die Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 36 der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein, Diss. Freiburg i.Ue. 1998, S. 340 oder RA lic. iur. Christoph Büchel, LL.M., Gutachten vom November 2005 zur rechtlichen Situation Liechtensteins im Zusammenhang mit grenzüberschreitender Mobilfunkstrahlung gemäss internationaler Abkommen, S. 71 mit Verweis auf die Rechtsprechung der VBI/des VGH in den Rechtssachen VBI 2000/168, VBI 2001/5 und VBI 2002/21 („Gutachten Büchel").

[134] Bericht und Antrag Nr. 104/2005, S. 50.

[135] 3. Konsultationsdokument, S. 21.

„Tätigkeiten der Swisscom in der Schweiz, selbst wenn diese grenzüberschreitend von liechtensteinischen Kunden genutzt werden"[136].

Also wird der Argumentation in Abschnitt 2 der Auswertung und im 3. Konsultationsdokument mit Blick auf das auch im Prozessrecht geltende Gebot von Treu und Glauben[137] entgegen gehalten, dass sich diese Argumentation mit der *ratio legis* von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) nicht auch nur ansatzweise befasst. Stattdessen wird vom AK, wider besseres Wissen, mit einem Sinn und Zweck dieser Bestimmung operiert, den es nie gegeben hat: Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) sah ein Verfahren der Marktabgrenzung und -analyse *nicht innerhalb des EFTA-Pfeilers des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWRA)* vor, das sich zu inner-liechtensteinischen und/oder zu liechtensteinisch-schweizerischen Zuständigkeitsfragen von vornherein nicht äussert[138], sondern – wie dies aus der Formulierung, aus den Materialien des KomG und aus der Systematik dieser Bestimmung ohne weiteres erkennbar wird[139] – *unabhängig von und parallel zu diesem (dem EWRA)*[140]. Für die Frage der Marktabgrenzung ist Abschnitt 2 der Auswertung *zur Gänze irrelevant*.

Wie oben erwähnt, ist das AK von seiner ursprünglichen, in Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) positiv-rechtlich niedergelegten Rechtsauffassung im Laufe des Konsultationsverfahrens zum hier interessierenden Markt M7 wieder *abgegangen*; dies – allerdings – aus nicht näher erläuterten

„Erfahrungen"[141],

zu denen die Öffentlichkeit mangels Offenlegung dieser Erfahrungen *bedauerlicherweise* keine Stellung nehmen konnte.

Mit dieser Kehrtwende ist es im Zusammenhang mit der *Strukturentscheidung* der Abgrenzung des räumlich relevanten Markts innert kürzester Zeit zu einem *Richtungswechsel* gekommen, der in der Wirtschaftsgeschichte Liechtensteins beispiel- und präzedenzlos ist und der – was sehr viel schwerer wiegt – die oben erwähnte doppelte, sowohl nach innen als auch nach aussen gerichtete Implikation von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) zunichte macht[142].

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden auf das Mobilfunknetz der Swisscom als dem *Paradefall* eines länderübergreifenden Marktes mit der Schweiz i.S.v. Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) eingegangen – wobei es nicht um den ‚liechtensteinischen', sondern um den ‚schweizerischen' Marktauftritt der Swisscom geht; d.h. um den Vertrieb von SIM-Karten und dazugehörenden *pre-paid*- oder *post-paid*-Abonnementen mit schweizerischen Rufnummern[143] und damit zusammenhängenden Mobilfunkdiensten auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins. Beides grenzüberschreitend, d.h. von der Schweiz aus. Es geht um die

„schweizerischen Mobilfunkaktivitäten"

der Swisscom (Schweiz) AG

„unter Verwendung schweizerischer Nummerierungsressourcen"[144].

Mit dieser Vorgehensweise wird, unter dem Gesichtspunkt des anwendbaren Rechts[145], jenes (Rechts-)Objekt definiert, dessen Subsumtion unter den *Rechtsbegriff* des länderübergreifenden Marktes in Frage steht. Auf weitere, für die Marktabgrenzung entscheidungswesentliche Charakteristika des hier in Frage stehenden Netzes und Marktauftritts der Swisscom wird weiter unten eingegangen.

---

[136] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 19.
[137] LES 1999, S. 308 ff (S. 311, rechte Spalte, Mitte).
[138] LES 2000, S. 107 ff.
[139] und zwar auch für den *spiritus rector* dieser Bestimmung, das AK.
[140] arg. *„Abschluss paralleler Vereinbarungen mit der Schweiz"* auf S. 50 des Berichts und Antrags Nr. 105/2004 und arg. *„Pendant"* auf S. 63 des Berichts und Antrags Nr. 110/2009.
[141] Bericht und Antrag Nr. 110/2009, S. 63 f.
[142] Insofern wurde mit der Aufhebung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) nicht nur Verpflichtungen aus dem Verfassungs- sondern auch Verpflichtungen aus dem EWR-Recht zuwidergehandelt.
[143] schweizerische IMSI und schweizerische MSISDN.
[144] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 20 (Fussnote 8).
[145] dies sind, insbesondere, die SMP-Leitlinien.

Dass all dies der *Unerlässlichkeit* einer Erhebung der für die Entscheidung über die Marktabgrenzung erforderlichen *empirischen Nachweise* im Sinne der Praxis sowohl der Europäischen Kommission als auch der ESA dient[146], liegt auf der Hand. Nach diesen Vorgaben der zuständigen europäischen Wettbewerbsbehörden wird auch im vorliegenden Fall vorzugehen sein; und zwar *vor* der Konsultation der ESA und der anderen Mitgliedstaaten des EWRA nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und Art. 24 Abs. 2 KomG.

III./2 Identität des Mobilfunknetzes der Swisscom; Elemente des Vorgangs der Mobilterminierung; Definition des räumlich relevanten Marktes

a. Identität des Mobilfunknetzes der Swisscom

Die Swisscom[147] – ganz gleich, ob man die ‚Swisscom FL' oder die ‚Swisscom CH' im Auge hat[148] – betreibt in Liechtenstein *kein eigenständiges Mobilfunknetz.*

Diese, im Gutachten Otruba/Lichtenberger[149] begründet bestätigte und für eine Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes entscheidungswesentliche Qualifikation stimmt mit der ursprünglich vertretenen Einschätzung des AK überein: Im 1. und im 2. Konsultationsdokument wird vom AK *expressis verbis bekräftigt*, dass das Mobilfunknetz der Swisscom nichts anderes ist als eine

„Erweiterung"

des von diesem Unternehmen betriebenen

„schweizerischen Netzes auf das liechtensteinische Territorium"[150].

Dieser, wie gesagt: *zutreffenden* Einschätzung folgend sind das das schweizerische Staatsgebiet abdeckende ‚schweizerische' und das das liechtensteinische Staatsgebiet abdeckende ‚liechtensteinische' Mobilfunknetz der Swisscom *ein und dasselbe (identische) Netz*: Sowohl in Liechtenstein als auch in der Schweiz existiert *nur ein einziges (identisches) Mobilfunknetz* ein und derselben Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern[151].

Dass dem so ist, impliziert der Begriff der *Erweiterung* sowohl *logisch* als auch *sprachlich*: Eine Erweiterung setzt die *Identität dessen, was erweitert wird*, naturgemäss voraus.

Die Qualifikation des ‚liechtensteinischen' und des ‚schweizerischen' Mobilfunknetzes der Swisscom als das gleiche, d.h. als *ein und dasselbe Netz* resultiert, davon abgesehen, auch aus allgemeinen (eigentums-)rechtlichen Erwägungen: Es gibt nicht zwei voneinander getrennte Rechtssubjekte, die dieses Netz im sachenrechtlichen Sinne eignen würden, sondern es gibt nur einen einzigen (sachenrechtlichen) Eigentümer; nämlich die Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern[152]. Es gibt nur ein einziges Netz, das sich in der Hand ein und desselben Rechtssubjekts befindet; und das von diesem einen Rechtssubjekt geplant, gebaut, betrieben und im *wholesale* oder *retail* vermarktet wird.
Dieses Rechtssubjekt ist die Swisscom (Schweiz) AG.

Nichts anderes resultiert aus den Eintragungen in dem vom AK nach Art. 18 RKV geführten Melderegister: In diesem sind weder eine ‚Swisscom FL' noch eine ‚Swisscom CH' als Betreiber unterschiedlicher Mobilfunknetze verzeichnet; sondern einzig und allein die Firma

---

[146] Randziffer 33 der Bekanntmachung der EFTA-Überwachungsbehörde über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts im Europäischen Wirtschaftraum (EWR), ABl. Nr. L 200 vom 16.07.1998 S. 48 ff.
[147] dies ist die im Handelsregister des Kantons Bern unter der Firmennummer CH-035.3.016.930-9 eingetragene Firma Swisscom (Schweiz) AG.
[148] dies im Sinne der vom AK in das Verfahren eingeführten *Fiktion* zweier unterschiedlicher Unternehmen.
[149] dortige S. 6 ff.
[150] 1. Konsultationsdokument, S. 10; 2. Konsultationsdokument, S. 11.
[151] siehe hierzu auch den Fortschrittbericht der Swisscom (Schweiz) AG vom 28.02.2009, S. 12 (http://www.llv.li/pdf-llv-aus-fortschrittsbericht09_swisscom_bericht.pdf).
[152] siehe hierzu die erste Fussnote unserer Stellungnahme vom 25.01.2008, aus der sich die Sach- und Rechtslage in diesem Zusammenhang ergibt.

„Swisscom (Schweiz) AG"

mit Adresse Alte Tiefenaustrasse 6 in CH-3050 Bern.

Mit dieser Eintragung in ein *mit öffentlichem Glauben* versehenes Register hat das AK der Öffentlichkeit in aller Form bekannt gegeben, dass es in Liechtenstein nur eine einzige Betreiberin des in Frage stehenden Mobilfunknetzes gibt (nämlich die Swisscom [Schweiz] AG). Hierbei muss es sein Beweden haben. Nach Art. 6 Abs. 2 PGR erbringen öffentliche Register für die durch sie bezeugten Tatsachen oder Verhältnisse den vollen Beweis.

Dass in Liechtenstein und in der Schweiz nur ein einziges und nicht mehrere verschiedene (unterscheidbare) Mobilfunknetze der Swisscom existieren, entspricht aber auch allgemeinen *technischen* Erwägungen; wie z.B. den Erkenntnissen der Firma Enorm:

> *„Die Versorgung von swisscom FL und swisscom CH wird von den selben Standorten und auf den selben Frequenzen erreicht. Betreiber 228-01* [='Swisscom CH'] *ist ... versorgungstechnisch identisch mit Betreiber 295-01* [='Swisscom FL'], *die Trennung ist vermutlich nur ‚virtuell' durch eine doppelte Signalisierung"*[153].

Nichts anderes folgt aus den von der Swisscom verrechneten Roaming- und Terminierungsgebühren bzw. -entgelten: Nachdem die Swisscom mit sich selbst – und auf ihrem eigenen und einzigen Mobilfunknetz – naturgemäss keinen Roaming-Vertrag abschliessen kann (und einen solchen auch nicht abgeschlossen hat [die ‚Swisscom FL' hat überhaupt keine Roaming-Verträge abgeschlossen[154]]), bezahlen ‚schweizerische' +41 7xx xxx xxx-Kunden in Liechtenstein sowohl für ab- als auch für eingehende Anrufe *die gleichen Gebühren wie in der Schweiz.* Das gleiche gilt für ‚liechtensteinische' +423 77x xx xx-Kunden. Und *Anrufer* bezahlen immer die gleichen (Terminierungs-)Entgelte; unabhängig davon, ob sie einen schweizerischen oder einen liechtensteinischen Kunden der Swisscom erreichen: In ihrem grenzüberschreitenden schweizerisch-liechtensteinischen Mobilfunknetz bringt die Swisscom überall, d.h. sowohl in Liechtenstein als auch in der Schweiz, *die gleichen Terminierungsentgelte zur Anwendung.*

Eine Folge der gerade genannten, einheitlich verrechneten Roaming-Gebühren ist, dass solche Gebühren auf den Rechnungen der Kunden des ‚schweizerischen' und des ‚liechtensteinischen' Marktauftritts der Swisscom bei einer Nutzung ihres Mobiltelefons auf dem *ununterscheidbaren* schweizerisch-liechtensteinischen Mobilfunknetz (der Swisscom) *weder verzeichnet noch verrechnet werden*: Den Kunden des ‚schweizerischen' Marktauftritts der Swisscom werden Roaming-Gebühren bei einem Roamen in Liechtenstein ebenso wenig fakturiert wie den Kunden des ‚liechtensteinischen' bei einem Roamen in der Schweiz. Aus der Sicht der Swisscom ist das liechtensteinische und das schweizerische Staatsgebiet – in beiden Fällen und in der jeweiligen Konstellation – *ein und dasselbe ‚Roaming-Inland'*[155].

Dementsprechend wird das Staatsgebiet Liechtensteins und jenes der Schweiz auf dem Tarifrechner der Swisscom unter http://www.swisscom-mobile.ch/scm/roa-page-01-de.aspx denn auch nur als *ein und dasselbe Tarifgebiet* behandelt und so bezeichnet; nämlich – und zwar sowohl für ab- als auch für eingehende Anrufe – als

> *„Switzerland / FL"*[156].

Nichts anderes zeigt sich an jenen Roaming-Gebühren, die von Kunden des ‚schweizerischen' und des ‚liechtensteinischen' Marktauftritts der Swisscom *ausserhalb des eigenen Netzes der Swisscom, d.h.*

---

[153] Studie der Firma Enorm, *‚Mobilfunk in Liechtenstein – Studie zur Immissionssituation'*, Teil 1, S. 67 („Studie der Firma Enorm").

[154] *„Swisscom (Switzerland) Ltd (Liechtenstein) (FL GSM) has not declared any active roaming agreements with other network operators to the GSM Association"* (http://www.gsmworld.com/roaming/index.html).

[155] siehe hierzu auch die Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – S. 24: *„Die Tarifpläne sowohl der schweizerischen wie auch der liechtensteinischen Betreiber sehen in der Regel Sondertarife für grenzüberschreitende Anrufe zwischen beiden Ländern vor oder stellen diese gar Inlandsgesprächen gleich"*.

[156] Kasten *„2. Aus welchem Land?"* und Kasten *„3. In welches Land?"*.

ausserhalb der Schweiz oder Liechtensteins zu bezahlen sind: Den Angaben des AK folgend handelt es sich auch bei diesen Gebühren um *ein und dieselben*; diesbezüglich wird auf der *homepage* des AK nicht etwa zwischen Roaming-Gebühren einer ‚Swisscom CH' und Roaming-Gebühren einer ‚Swisscom FL' unterschieden, sondern es wird einzig und allein auf die Roaming-Gebühren der Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern verwiesen[157]. Entgegen den Andeutungen im 3. Konsultationsdokument ist von einer Unterscheidbarkeit der ‚Swisscom CH' und der ‚Swisscom FL' auch an dieser Stelle keine Rede[158].

Eine *unterschiedliche Signalisierung* mit Hilfe unterschiedlicher MSISDN und/oder MNC – wie sie vom AK in der Auswertung *zum ersten Mal* vorgetragen wird – ändert daran nichts: Vereinfacht gesagt betrifft dieser Umstand nur die Identifikation des anrufenden oder angerufenen Teilnehmers[159] an der Luftschnittstelle über die IMSI[160] und bildet, in dieser Eigenschaft, kein *‚Hindernis'* i.S.d. Randziffern 30. und 31. der *Bekanntmachung der ESA über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts im Europäischen Wirtschaftraum (EWR)*[161], das zwei oder mehrere unterscheidbare Märkte induzieren würde. Eine unterschiedliche Signalisierung auf dem *identischen* Mobilfunknetz der Swisscom in Liechtenstein und in der Schweiz ist kein Umstand, aus dem sich unterschiedliche räumlich relevante Märkte ergeben würden; auf diese (Rechts-)Frage bezogen, handelt es sich bei den netz- oder kundenseitig verwendeten Identifikationsmitteln um keine direkt oder indirekt anwendbare *‚regulatory condition'*[162].

Entgegen den Annahmen des AK in der zweiten Phase des Konsultationsverfahrens stellen die den Teilnehmern zugewiesene MSISDN und der in einem Mobilfunknetz verwendete MNC aus rechtlicher Sicht also *kein Kriterium dar*, auf das es bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Markts in irgendeiner Weise ankommen könnte; und erst recht kein Kriterium in Richtung zweier oder mehrerer unterscheidbarer (Mobilfunk-)Netze und/oder -märkte.

Davon abgesehen ist dem AK bei seinen – nunmehrigen – Verweisen auf eine unterschiedliche Signalisierung von Anfang an bewusst gewesen, welche Identifikationsmittel (MSISDN; MNC) von der Swisscom (Schweiz) AG für ihren ‚liechtensteinischen' und für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt netz-[163] und kundenseitig[164] verwendet werden: Die entsprechenden, der Swisscom (Schweiz) AG zugeteilten *liechtensteinischen* Identifikationsmittel sind auf der *website* des AK publiziert; die *schweizerischen* auf jener des BAKOM. Zum Thema ‚Signalisierung' steht der Sachverhalt also schon *seit langem fest*[165, 166]. An diesem Sachverhalt ist auch in der dritten Phase des Konsultationsverfahrens festzuhalten[167].

Dies voraus geschickt hat das AK zur Identität des Mobilfunknetzes der Swisscom in den ersten beiden Phasen des Konsultationsverfahrens abschliessend und, darüber hinaus, *zutreffend* Stellung bezogen; wobei es, wohlgemerkt, auch auf den Gesichtspunkt der netz- und kundenseitigen *Signalisierung* abgestellt hat.

---

[157] http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-mobilfunk/llv-ak-roaming.htm.

[158] Eine solche Inklusion Liechtensteins in das Tarif-Inland der Schweiz – d.h. die Verrechnung ein und derselben (Nutzungs-)Entgelte sowohl in Liechtenstein als auch in der Schweiz – steht in der Tradition der grenzüberschreitenden Infrastruktur- und Dienstleistungsmärkte des liechtensteinisch-schweizerischen Wirtschaftsraums; siehe hierzu Geiger, Krisenzeit, Band 2, Zürich 1997, S. 27. Der freie Warenverkehr (mit Telekommunikationsendgeräten) ist zwischen Liechtenstein und der Schweiz aufgrund des Zollvertrages ohnehin garantiert.

[159] der ein eigener Kunde oder der Kunde eines anderen Anbieters sein kann.

[160] siehe hierzu Conrads, Telekommunikation – Grundlagen, Verfahren, Netze, 5. Aufl., S. 355 ff, S. 355.

[161] ABl. Nr. L 200 vom 16.07.1998 S. 48 ff, insbesondere Randziffern 29. bis und mit 31. und 44. ff.

[162] Bei keinem dieser beiden Umständen handelt es sich um jene *„regulatory conditions of providing electronic communications services"*, auf die es bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes im Sinne der Lehre (Zitat nach de Streel, *The Integration of Competition Law Principles in the New European Regulatory Framework for Electronic Communications*, 2003, S. 501) auch nur ansatzweise ankommen würde.

[163] MNC.

[164] MSISDN.

[165] In Fragen der Identifikationsmittel arbeitet das AK zudem mit dem BAKOM zudem zusammen; sodass auch vor diesem Hintergrund davon auszugehen ist, dass die Marktverhältnisse, was die Signalisierung im Mobilfunknetz der Swisscom betrifft, dem AK seit langem bewusst sind.

[166] siehe für die liechtensteinischen MSISDN http://www.llv.li/pdf-llv-ak-20100428_nationale_mobilnummern_de.pdf und für den liechtensteinischen MNC http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-adressierung/llv-ak-adressierung-mobile_network_code_(mnc).htm.

[167] Eine ‚Swisscom FL' (im Unterschied zu einer ‚Swisscom CH'), die in Liechtenstein – von der Signalisierungsseite her – ein Mobilfunknetz mit einer *‚eigenen'* bzw. *‚eigenständigen'* Identität betreiben würde, existiert in den Registern und in den sonstigen amtlichen bzw. offiziellen Unterlagen des AK *nicht*: Der *Inhaber* der MSISDN/MNC bzw. der Adressat der entsprechenden Zuteilungsverfügungen (des AK) ist in beiden Fällen die *Netzbetreiberin*, die Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern; sodass sich eine Unterscheidung in zwei verschiedene Netze auch unter diesem Gesichtspunkt verbietet.

Infolgedessen wurde der Öffentlichkeit und den am Verfahren Beteiligten *richtigerweise* mitgeteilt, dass das Mobilfunknetz der ‚Swisscom FL' nichts anderes repräsentiert als eine *Erweiterung des Mobilfunknetzes der ‚Swisscom CH' auf das liechtensteinische Territorium*; dies

> *„unter Benützung des liechtensteinischen Mobile Country Codes (MCC) 295 an der Luftschnittstelle auf inländischen Basisstationen (Base Transceiver Stations - BTS) .... Liechtensteinischen Kunden mit Liechtensteiner Rufnummern ist ein Subscriber Identity Modul (SIM) mit einer IMSI-Teilnehmeridentifikation unter Verwendung des liechtensteinischen MCC 295 zuzuteilen"*[168].

Diese, (auch) zur Signalisierung bisher vertretene Qualifikation ist nur schon aus *rechtlichen* Gründen beizubehalten[169]: In einem öffentlich durchgeführten Konsultationsverfahren ist es dem AK nur schon aus Gründen des *Vertrauensschutzes* verwehrt, einmal so und einmal anders zu argumentieren[170]. Vielmehr ist auf feststehende und (amts-)bekannte[171] Gegebenheiten abzustellen, auf deren Basis die Eigenständigkeit eines Mobilfunknetzes nicht einmal verneint und einmal bejaht werden kann[172]. An den im 1. und im 2. Konsultationsdokument vertretenen und der Öffentlichkeit bekannt gegebenen Standpunkt[173] ist das AK für den Rest des Verfahrens präkludiert[174].

Das gleiche gilt aus den oben erwähnten *technischen* Gründen; eine eigene oder eigenständige Identität des ‚liechtensteinischen' Mobilfunknetzes der Swisscom wird durch das Vorhandensein unterschiedlicher MSISDN und/oder MNC eben gerade *nicht* begründet[175, 176].

Zusammengefasst ist die der Auswertung *zum ersten Mal* zugrunde gelegte Annahme eines *‚unterscheidbaren'* Netzes als *unzutreffend* und, darüber hinaus, auch als im Widerspruch zur Einschätzung der Regierung zurückzuweisen[177]. Das Mobilfunknetz der Swisscom ist in Liechtenstein weder netz- noch kundenseitig ein Netz mit einer wie auch immer gearteten eigenen bzw. eigenständigen Identität. Eine solche *‚Eigenständigkeit'* gibt es nicht; der gegenteilige, vom AK erst in der dritten Phase des Konsultationsverfahrens eingenommene Standpunkt hat in der Wirklichkeit keinen Halt.

Stattdessen hat es bei jener Bewertung zu bleiben, die dem

> *„derzeitige(n) GSM-Netz der Swisscom FL in Liechtenstein"*

bis anhin zugrunde gelegt wurde; dass dieses Netz nämlich – so das AK *Wort für Wort* –

---

[168] 1. Konsultationsdokument, S. 10; 2. Konsultationsdokument, S. 11.

[169] siehe hierzu den im Verwaltungsverfahrensrecht subsidiär anwendbaren Nichtigkeitsgrund des § 446 Abs. 1 Ziff. 9 ZPO sowie zu diesem Nichtigkeitsgrund, statt vieler, Pimmer in Fasching/Konecny², Randziffer 67 zu § 477 öZPO oder 5 Ob 155/08t.

[170] Zu ein und derselben Frage *„in widersprüchlicher Weise bald in der einen und bald in der gegenteiligen Richtung zu argumentieren"*, läuft Art. 2 Abs. 2 PGR zuwider; siehe hierzu, beispielhaft, den Beschluss des Fürstlichen Obersten Gerichtshofes vom 29.11.1993, S 8/93-26, LES 1994, S. 26 ff (S. 31, linke Spalte, zweiter Absatz).

[171] § 269 ZPO.

[172] Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die ‚Swisscom FL' einen Teil ihrer Versorgungspflichten, dem Vernehmen nach, von Sendeanlagen aus erfüllt, die *in der Schweiz gelegen sind* und auf denen der liechtensteinische MNC 295 implementiert ist (dem Vernehmen nach handelt es sich um eine Versorgung eines Teils des [Gemeinde-]Gebietes der Gemeinde Triesen). Der Grenzziehung des AK zu Gunsten eines – angeblich – *‚eigenständigen'* Netzes der Swisscom wird auch durch diesen Umstand die Grundlage entzogen.

[173] keine eigene bzw. eigenständige Identität des Mobilfunknetzes der Swisscom auf dem Staatsgebiet Liechtensteins.

[174] § 480 Abs. 1 ZPO sowie die dazu ergangene ständige Rechtsprechung in LES 2005, S. 29 oder LES 2008, S. 126 f *per analogiam*.

[175] Dort, wo das AK im 1. und im 2. Konsultationsdokument eine Unterscheidung zwischen dem Marktauftritt eines MVNO und jenem eines SP vornimmt, stellt es auf das Vorhandensein einer Mobilfunk-Kernnetz-Infrastruktur ab. Würde das AK dieses Kriterium auf die Frage zur Anwendung bringen, ob die ‚Swisscom FL' in Liechtenstein ein eigenständiges Mobilfunknetz betreibt oder ob dies nicht der Fall ist, müsste es auch anhand dieses Kriteriums zum Ergebnis gelangen, dass von einem eigenständigen Mobilfunknetz der ‚Swisscom FL' in Liechtenstein keine Rede sein kann: In Liechtenstein befindet sich keine einzige Komponente einer solchen Infrastruktur.

[176] Zudem ist – nochmals – an die Situation i.S. Verrechnung von Roaming-Gebühren zu erinnern: Sowohl netz- als auch kundenseitig treten bei der Verrechnung solcher Gebühren *nicht zwei verschiedene Mobilfunknetze* in Erscheinung, sondern *nur ein einziges*. In jenem einheitlichen liechtensteinisch-schweizerischen *‚Roaming-Inland'*, das durch das Mobilfunknetz der Swisscom in Liechtenstein und in der Schweiz *ununterscheidbar* aufgespannt wird, werden *keine Roaming-Gebühren verrechnet*; d.h. solche Gebühren, die – in einem *‚Roaming-Ausland'* – für die Nutzung eines *fremden Netzes* mit einer *fremden Identität* entstehen.

[177] siehe hierzu die Zitate in der Fussnote 225.

"nicht als selbstständiges Netz betrieben (wird)"[178].

Im Ergebnis ist für den ‚liechtensteinischen' und für den ‚schweizerischen' Marktauftritt der Swisscom – und für die Frage, ob diese beiden Markauftritte unter Einschluss der Vorleistung der Mobilterminierung auf ein und demselben Netz vertrieben werden – von *einem einzigen Mobilfunknetz* auszugehen, das sowohl eigentumsrechtlich als auch technisch als auch von der Abrechnungsseite her *identisch* ist. Unterscheidungen in Richtung eines ‚liechtensteinischen' und eines ‚schweizerischen' Mobilfunknetzes (der Swisscom) verbieten sich.

b. Elemente des Vorgangs der Mobilterminierung

Aufgrund der betreiberindividuellen Definition des hier interessierenden Marktes M7 wird die Frage, ob im Kontext der Mobilterminierung im (einheitlichen) schweizerisch-liechtensteinischen Mobilfunknetz der Swisscom von einem liechtensteinischen (nationalen) oder von einem länderübergreifenden (transnationalen) Markt auszugehen ist, durch das hier interessierende *Netz* determiniert. Dieser Umstand ist entscheidungswesentlich; weshalb er – in der Terminologie des AK – in seinem Wortlaut wiederzugeben ist:

> *„Der räumlich relevante Markt ist dasjenige geographische Gebiet, auf dem das relevante Produkt unter hinreichend ähnlichen oder homogenen Wettbewerbsbedingungen angeboten und nachgefragt wird"*[179];

wobei für eine Abgrenzung dieses Marktes – neben anderen Kriterien (siehe hierzu sogleich[180]) –

> *„nur die räumliche Ausdehnung des Netzes ... (in Betracht kommt)"*[181].

Nach geltendem Recht ist das AK für eine (Sonder-)Regulierung all jener Sachverhalte zuständig, zu denen es auf dem Staatsgebiet Liechtensteins kommt (*Inlandsachverhalte*; Art. 24 LVG). Hierzu gehört auch die Mobilterminierung auf Rufnummern des ‚schweizerischen' und des ‚liechtensteinischen' Marktauftritts der Swisscom (Schweiz) AG.

Entscheidungswesentlich ist dieser Umstand – auf den in Abschnitt III./4, unten, zurückzukommen sein wird – vor allem deshalb, weil ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' *den gleichen Vorgang der Mobilterminierung praktizieren*[182]; sodass es in diesem Zusammenhang zu keiner sachlich gerechtfertigten Ungleichbehandlung kommen darf (Art. 31 Abs. 1 LV): ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' haben

> *„die Kontrolle über die Vermittlungseinrichtung"*,

in der

> *„die entsprechenden mobilen Rufnummernbereiche eingerichtet sind"*[183],

am gleichen Ort (in der Schweiz) inne, wo – demzufolge – auch das der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' gemeinsame

> *„Terminierungsmonopol des Terminierungsnetzbetreibers (besteht)"*[184].

---

[178] 1. Konsultationsdokument, S. 10; 2. Konsultationsdokument, S. 11.
[179] Abschnitte 3.2 des 1. und des 2. Konsultationsdokuments.
[180] A.a.O. (erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 22) nennt das AK in diesem Zusammenhang die folgenden drei Kriterien: Konzession, Bewilligung zur Frequenznutzung und physischen Ausdehnung des in Frage stehenden Netzes.
[181] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 22 f.
[182] Auf den S. 32 und 33 des 3. Konsultationsdokuments spricht das AK – auf die Swisscom (Schweiz) AG als einer *‚Muttergesellschaft'* der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' bezogen – davon, dass die ‚Swisscom FL' weitgehend dieselben Komponenten des Kernnetzes verwende wie die ‚Swisscom CH'. Woraus sich der Vorbehalt *‚weitgehend'* ableitet, wird vom AK nicht näher erläutert.
[183] 3. Konsultationsdokument, S. 12.
[184] 3. Konsultationsdokument, S. 29.

Dies voraus geschickt ist für eine Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes, was das Mobilfunknetz der Swisscom betrifft, von Folgendem auszugehen:

Zum einen von der *Netzarchitektur* eines Mobilfunknetzes der zweiten Generation (2G; GSM), das sich – vereinfacht gesagt – aus den drei Funktionsebenen (Subsystemen) des RAN[185, 186], des NSS[187] und des OSS[188] zusammensetzt (***Abbildung 1***[189]):

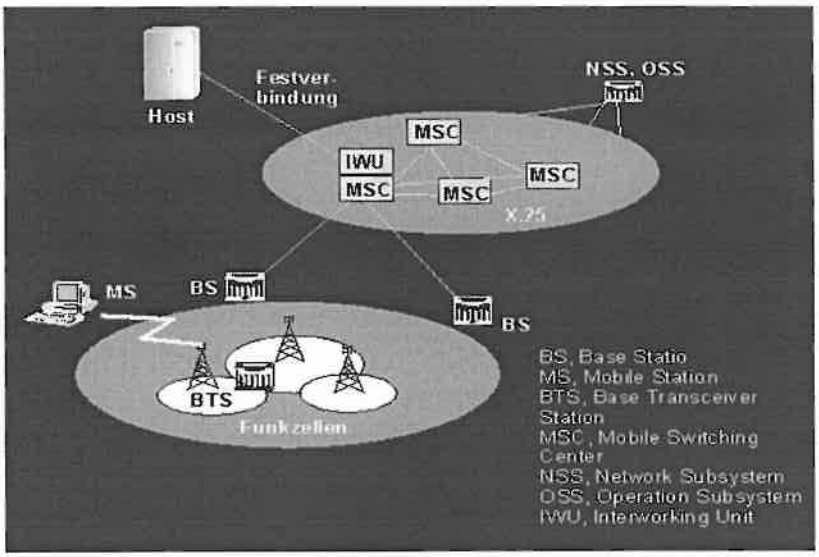

Abbildung 1: *Funktionsebenen (Subsysteme) eines Mobilfunknetzes der 2. Generation (GSM)*

Diese Aufteilung findet sich auch im Mobilfunknetz der Swisscom wieder[190]; ein UMTS-Mobilfunknetz hat die Swisscom auf dem Staatsgebiet Liechtensteins noch nicht errichtet[191].

Zum anderen ist auf die folgenden beiden Definitionen (des AK) hinzuweisen:

- Erstens darauf, dass der Begriff der *‚Mobilterminierung'* im 2. Konsultationsdokument im Vergleich zum 1. Konsultationsdokument in der Weise *modifiziert* wurde, dass es seit der zweiten Phase des Konsultationsverfahrens nicht darauf ankommt, ob der Anruf im Netz jenes Mobilbetreibers terminiert wird, dessen Kunde der oder die Angerufene ist. Zum Vorgang einer *‚Mobilterminierung'* kommt es vielmehr auch dann, wenn der oder die Angerufene in einem *anderen* Netz als dem eigenen eingebucht ist. Dieses andere Netz kann sich innerhalb oder ausserhalb Liechtensteins befinden.

- Zweitens darauf, dass den Abbildungen 3-1 der Konsultationsdokumente zu entnehmen ist, dass der mit einem blauen Vektor charakterisierte Vorgang der Mobilterminierung *zwei verschiedene Funktionsebenen eines Mobilfunknetzes* und damit zwei verschiedene Elemente erfasst: Der Darstellung des AK folgend impliziert dieser Vorgang sowohl das *Core Network* (Beschriftung ‚MNO'[192] in roter Farbe; ovaler Kreis mit grün gehaltenem ‚A' in der Mitte; rechts von der Trennlinie[193]) als auch das *Radio Access Network* (grün gehaltener Teil in der linken Hälfte[194]; ***Abbildung 2***):

---

[185] *Radio Subsystem.*
[186] *Radio Access Network.*
[187] *Network and Switching Subsystem.*
[188] *Operation Subsystem.*
[189] http://www.itwissen.info/definition/lexikon/GSM-Netz-GSM-network.html.
[190] http://www.bakom.admin.ch/themen/technologie/01182/index.html?lang=de.
[191] Liechtensteiner Volksblatt vom 07.09.2010, S. 5.
[192] Den Definitionen des AK entsprechend ist ein MNO *„(Mobile Network Operator – (MNO) ... ein Kommunikationsnetzbetreiber ..., der Mobilfunkdienste anbietet, ein eigenes Funknetz sowie Kernnetz betreibt und Frequenznutzungsrechte zugewiesen bekommen hat"*. Für einen MNO massgebend ist also – unter anderem – das Vorhandensein eines *Core Network*; eines *Core Network* im Kontrast zu dem in der Abbildung 3-1 der beiden Konsultationsdokumente ebenfalls relevierten *Radio Access Network.*
[193] =die obere ovale Scheibe in der ***Abbildung 1***
[194] =die untere ovale Scheibe in der ***Abbildung 1***.

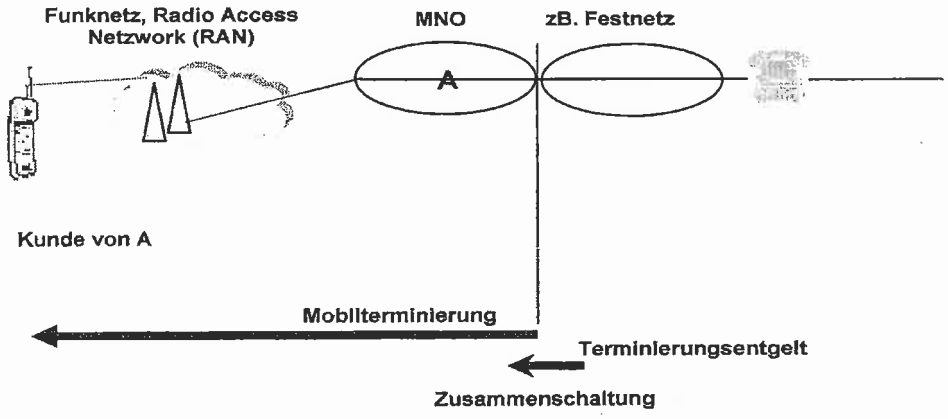

***Abbildung 2**: Vorgang der Mobilterminierung in der Definition des AK*

Auf die Bedeutung dieser rechtlichen und technischen Definition des Begriffs der *‚Mobilterminierung'* für die hier interessierende Frage nach der räumlichen Marktabgrenzung wird zurück zu kommen sein. Die Involvierung zweier Netzebenen – des *Core Network* für den Vorgang der Zusammenschaltung und des *Radio Access Network* für den Vorgang der Anrufzustellung – entspricht dem im Neuen Rechtsrahmen allgemein gültigen Verständnis des Begriffes der *‚Mobilterminierung'*[195].

Jetzt schon hervorzuheben ist allerdings, dass jene beiden Vorgänge, die der Begriff der Mobilterminierung beinhaltet, Netzbestandteile des Mobilfunknetzes der Swisscom nicht nur in Liechtenstein beschlagen, sondern – wie von uns schon am 25.01.2008 releviert[196] – auch und vor allem *in der Schweiz*. Auch auf das Mobilfunknetz der Swisscom bezogen liegt, der Definition des AK folgend, ein *zweigliedriger* Vorgang der Mobilterminierung vor, der sich durch ein ‚liechtensteinisches' Element im *Radio Access Network* und durch ein ‚schweizerisches' Element im *Core Network* konstituiert[197].

Infolgedessen kommt es bei dem vom AK zweigliedrig definierten Vorgang der Mobilterminierung – was das Mobilfunknetz der Swisscom und deren beide Marktauftritte als ‚Swisscom FL' und als ‚Swisscom CH' betrifft – sowohl zu einem *Inlandsacheverhalt* (Anrufzustellung in dem in Liechtenstein gelegenen *Radio Access Network*) als auch zu einem *Auslandsachverhalt* (Zusammenschaltung in dem in der Schweiz gelegenen *Core Network)*. Dieser Umstand wirkt sich, unter anderem, auf die oben erwähnte, gesetzlich zwingende Zuständigkeit des AK i.S.v. Art. 24 LVG aus, auf die – wie gesagt – in Abschnitt III./ç, unten, zurückzukommen sein wird.

c. Definition des räumlich relevanten Marktes

Nachdem das Mobilfunknetz der Swisscom sowohl in der Schweiz als auch in Liechtenstein als *ein und dasselbe (identische)* Netz zu qualifizieren[198] und nachdem in diesem Netz ein ‚liechtensteinisches' und ein ‚schweizerisches' Element des Vorgangs der Mobilterminierung zu unterscheiden ist[199], sind einer Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes nach Massgabe des 1.[200] und des 2.[201] Konsultationsdokuments die folgenden Kriterien zugrunde zu legen[202]:

---

[195] siehe hierzu, statt vieler, Ruhle/Lundborg/Lichtenberger, a.a.O., S. 285.
[196] dortige S. 10.
[197] Der Einfachheit halber werden diese beiden Elemente mit den folgenden beiden Vorgängen gleichgesetzt: Das ‚liechtensteinische' Element mit dem Vorgang der *Anrufzustellung* und das ‚schweizerische' Element mit dem Vorgang der *Zusammenschaltung*. Anrufzustellung und Zusammenschaltung bilden gemeinsam jenen Vorgang der Mobilterminierung, um den es beim hier interessierenden Markt M7 geht und der – um es vorwegzunehmen – sowohl beim ‚schweizerischen' als auch beim ‚liechtensteinischen' Marktauftritt der Swisscom *ein und derselbe ist*.
[198] Unterabschnitt b.
[199] Unterabschnitt c.
[200] dortige S. 22 f.
[201] dortige S. 26 f.
[202] siehe hierzu die beiden ersten Konsultationsdokumente a.a.O.

- das **Kriterium (i)** der Kleinheit des Staatsgebiets Liechtensteins;
- das **Kriterium (ii)** der Homogenität der Bedingungen für Angebot und Nachfrage;
- das **Kriterium (iii)** der Beschränkung der Konzessionen und Berechtigung zur Frequenznutzung der Mobilfunkbetreiber auf das liechtensteinische Hoheitsgebiet;
- das **Kriterium (iv)** der betreiberindividuellen Definition des in Frage stehenden Marktes;
- das **Kriterium (v)**, dass die schweizerischen Mobilfunkbetreiber nicht der Regulierungshoheit des Amtes für Kommunikation unterstehen;
- das **Kriterium (vi)**, dass sich der betreiberindividuell definierte Markt beim Vorliegen eines transnationalen Marktes auf zwei Staatsgebiete erstrecken müsste;
- das **Kriterium (vii)** des vom Netz erfassten Gebiets;
- das **Kriterium (viii)** des Vorhandenseins von Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten.

Umschrieben werden diese Kriterien vom AK wie folgt:

> ***„3.5 Definition des räumlich relevanten Marktes***
>
> *Der räumlich relevante Markt ist dasjenige geographische Gebiet, auf dem das relevante Produkt unter hinreichend ähnlichen oder homogenen Wettbewerbsbedingungen angeboten und nachgefragt wird.*
>
> *In Abschnitt B des Anhangs zur Marktabgrenzungs-Kundmachung wird der räumlich relevante Markt für die gegenständliche Analyse als das gesamte Staatsgebiet Liechtensteins definiert. Dies steht im Einklang mit der Kleinheit des Staatsgebietes* **[=Kriterium (i)]** *und den homogenen Bedingungen für Angebot und Nachfrage* **[=Kriterium (ii)]** *sowie der Beschränkung der Konzessionen und Berechtigung zur Frequenznutzung der Mobilfunkbetreiber auf das liechtensteinische Hoheitsgebiet* **[=Kriterium (iii)]**.
>
> *Obwohl, wie weiter vor ausgeführt, eine enge faktische Verflechtung der Mobilfunkmärkte Liechtensteins und der Schweiz besteht, ist der liechtensteinische Markt dennoch nicht weiter zu fassen als das Staatsgebiet Liechtensteins. Dies schon deshalb, weil die Mobilterminierungsmärkte betreiberindividuell definiert sind* **[=Kriterium (iv)]** *und die Konzessionen bzw. Bewilligungen zur Frequenznutzung sich nur auf das liechtensteinische Staatsgebiet erstrecken* **[=Kriterium (iii)]**. *Ebenso wenig sind daher die schweizerischen Mobilfunkbetreiber in die Marktdefinition mit ein zu beziehen, zumal sie überdies nicht der Regulierungshoheit des Amtes für Kommunikation unterstehen* **[=Kriterium (v)]**. *Diese Definition schliesst ebenfalls das Vorliegen eines transnationalen Marktes aus, müsste sich der betreiberindividuell definierte Markt doch auf zwei Staatsgebiete erstrecken* **[=Kriterium (vi)]** *"*[203].

Im Einklang mit dem ursprünglichen, d.h. mit dem zu Beginn des Konsultationsverfahrens gewählten Ansatz des AK[204] und der Praxis der Europäischen Kommission folgend[205] sind diese Kriterien in jene Rangordnung zu stellen, die von den SMP-Leitlinien vorgegeben wird. Also ist zunächst von den beiden **Kriterien (vii)** und **(viii)** auszugehen: Nach Massgabe von Randziffer 60. der SMP-Leitlinien definiert sich der räumlich relevante Markt in der elektronischen Kommunikation insbesondere nach

---

[203] 2. Konsultationsdokument, S. 26 f.

[204] arg. *„insbesondere"* in der Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – S. 24: *„In Abschnitt B des Anhangs zur Marktabgrenzungs-Kundmachung wird die räumliche Dimension des relevanten Vorleistungsmarktes Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen als das gesamte Staatsgebiet Liechtensteins definiert. Dies steht einerseits im Einklang mit der Kleinheit des Staatsgebietes und den homogenen Bedingungen für Angebot und Nachfrage auf der Endkundenebene im Inland, insbesondere aber mit dem räumlichen Geltungsbereich der Konzessionen der Mobilfunkbetreiber, deren Berechtigung zur Frequenznutzung und der Regulierungshoheit des Amtes für Kommunikation, die sich jeweils auf das liechtensteinische Staatsgebiet beschränken".*

[205] siehe hierzu, statt vieler, die Rechtssachen COMP/M.4034 vom 22.12.2005, Randziffer 15 und COMP/M.4035 vom 10.01.2006, Randziffer 11.

„a) dem von einem Netz erfassten Gebiet"

und

„b) den bestehenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten"[206].

Diesen, *in erster Linie massgebenden* und vom AK nunmehr als *‚alternativ'*[207] bezeichneten Kriterien folgend ist nach dem vom Mobilfunknetz der Swisscom erfassten Gebiet (Abschnitt III./3, unten)[208] und nach dem Vorhandensein von Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten zu fragen, die dem Mobilfunknetz der Swisscom gelten und auf den sachlich relevanten Markt der Mobilterminierung Anwendung finden (Abschnitt III./4, unten). Auf die **Kriterien (i), (ii), (iii), (iv), (v)** und **(vi)** wird in den Abschnitten III./5 und III./6, unten, eingegangen.

III./3 Kriterium (vii) des vom Netz erfassten Gebiets

Legt man der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes – im Einklang mit den SMP-Leitlinien[209] – die oben erwähnte (Netz-)Architektur des Mobilfunknetzes der Swisscom zugrunde, zieht man zu diesem Zweck den Inhalt der Fussnoten 44 und 45 der SMP-Leitlinien heran und hält man sich die Reichweite dieses Netzes auf dem Staatsgebiet Liechtensteins nach Massgabe der ***Abbildung 3*** und der ***Abbildung 4*** vor Augen, gelangt man – was dessen geographische Tragweite betrifft (sprich: das vom Mobilfunknetz der Swisscom erfasste Gebiet i.S.v. Randziffer 60. der SMP-Leitlinien) – zu Folgendem. Die Fussnoten 44 und 45 der SMP-Leitlinien lesen sich wie folgt:

„(44) Dieses Gebiet [das von einem Netz erfasste Gebiet] *entspricht normalerweise dem Gebiet, in dem ein Betreiber tätig sein darf ...*

(45) Die Tatsache, dass Mobilfunkbetreiber nur in den Gebieten Dienste anbieten können, für die sie über eine Lizenz verfügen, und die Tatsache, dass eine Netzarchitektur die geografische Tragweite der Mobilfunklizenzen widerspiegelt, erklärt, warum Mobilfunkmärkte als nationale Märkte angesehen werden. Die zusätzlichen Verbindungs- und Kommunikationskosten, die die Verbraucher bei Auslandsgesprächen tragen müssen, gekoppelt mit dem Verlust bestimmter zusätzlicher Leistungen (z.B. keine Voice Mail) untermauern noch diese Definition ...".

In Abschnitt III./1, oben, ist darauf hingewiesen worden, dass der Begriff des länderübergreifenden Marktes mit einer Situation gleichzusetzen ist, in der ein oder mehrere nationale Märkte in geographischer Hinsicht *‚überlappt'* werden. Dies entspricht herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung, von der auch im Verhältnis zwischen Liechtenstein und der Schweiz auszugehen ist: Dem AK folgend stellt das KomG

„EWR-Unternehmen und schweizerische Unternehmen grundsätzlich gleich"

und betrachtet die Schweiz

„nicht als Drittstaat"[210].

Trotz dieser Ausgangslage sind den Dokumenten des AK so gut wie keine Feststellungen zu entnehmen, die sich mit der räumlichen Ausdehnung des Mobilfunknetzes der Swisscom in Funktion seiner Netzarchitektur und mit der geographischen Tragweite dieses Netzes im Sinne der Fussnote 45 der SMP-Leitlinien auseinandersetzen. Dies, obwohl die Regierung in den vergangenen Jahren zahlreiche Studien in Auftrag gegeben hat, die solchen Feststellungen zugrunde gelegt werden können. Greift man auf diese Quellen zurück, zeigt sich das folgende Bild.

---

[206] SMP-Leitlinien, Randziffer 60.
[207] 3. Konsultationsdokument, S. 38.
[208] **Kriterium (vi).**
[209] Randziffer 60. der SMP-Leitlinien, insbesondere Fussnoten 44 und 45.
[210] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 17 (Fussnote 22).

Aus der in der ***Abbildung 1*** dargestellten Netzarchitektur des Mobilfunknetzes der Swisscom resultiert, dass von diesem Netz auf dem Staatsgebiet Liechtensteins nur einzelne (Netz-)Bestandteile des RAN realisiert sind (‚liechtensteinisches' Element des Vorgangs der Mobilterminierung); nämlich nur einzelne Sendeanlagen (*Base Transceiver Stations* [BTS]; Basisstationen; Sendestandorte). Auf dem Staatsgebiet Liechtensteins *nicht* realisiert ist das BSS als ein Subsystem des RAN; in Liechtenstein betreibt die Swisscom nur einzelne BTS, nicht jedoch einen BSC. Bis auf diese BTS sind alle höher gelegenen Schlüsselelemente (Funktionsebenen; Subsysteme) *in der Schweiz gelegen*; nämlich insbesondere das NSS und das OSS[211] (‚schweizerisches' Element des Vorgangs der Mobilterminierung).

Im Wesentlichen zusammengefasst unterhält die Swisscom in Liechtenstein nur Systemkomponenten des *Radio Access Network*; das *Core Network* liegt – insgesamt und, was den MSC/GMSC betrifft, *gesetzlich zwingend* (siehe hierzu sogleich) – in der Schweiz. Ohne die zum *Core Network* gehörenden Schlüsselelemente kann ein Mobilfunknetz nun aber nicht betrieben und ein Anruf auf dem Staatsgebiet Liechtensteins nicht zugestellt werden[212]; beide Vorgänge hängen vielmehr *untrennbar miteinander zusammen*. Über einen ISPC verfügt die Swisscom nur in der Schweiz, nicht aber auch in Liechtenstein[213].

Dieser Umstand zieht die folgenden beiden entscheidungswesentlichen Konsequenzen nach sich:

- Als *erste* Konsequenz, dass die räumliche Ausdehnung des Mobilfunknetzes der Swisscom – wie dies von der Randziffer 60. und von den Fussnoten 44 und 45 der SMP-Leitlinien vorausgesetzt wird – *per se* grenzüberschreitend ist; nämlich nur schon aus Gründen der oben erwähnten (Netz-)Architektur von Mobilfunknetzen der zweiten Generation.

- Als *zweite* Konsequenz, dass die Swisscom den Dienst der Mobilterminierung *sowohl in Liechtenstein als auch in der Schweiz* erbringt; nämlich auch in den in der Schweiz gelegenen NSS- und OSS-Funktionsebenen ihres Mobilfunknetzes (*Core Network*), ohne die das in Liechtenstein gelegene *Radio Access Network* nicht betrieben werden kann.

Von diesen beiden Schlussfolgerungen ausgehend ist einer Anwendung des *Rechtsbegriffs* des räumlich relevanten Marktes ein Mobilfunknetz – nämlich jenes der Swisscom (Schweiz) AG – zugrunde zu legen, das aus zwei *länderübergreifend angelegten Systemkomponenten* (Funktionsebenen) besteht: Aus einem ‚schweizerischen' und aus einem ‚liechtensteinischen' Teil; wobei die beiden Bestandteile so miteinander verknüpft sind, dass der hier interessierende Vorgang der Mobilterminierung *zweierlei Tatbestände in zwei verschiedenen Staaten impliziert*: Vereinfacht gesagt den Vorgang der *Anrufzustellung* in dem in Liechtenstein gelegenen *Radio Access Network* und den Vorgang der *Zusammenschaltung* in dem in der Schweiz gelegenen *Core Network*.

Dies leitet zu Folgendem über: Wie von der Firma Enorm im Jahre 2005 aufgezeigt, nutzt die Swisscom an der schweizerisch-liechtensteinischen Landesgrenze eine Reihe von grenznah gelegenen Sendeanlagen, um ihr Mobilfunknetz – und zwar auch mit dem Ziel ihres ‚schweizerischen' Marktauftritts (=‚Swisscom CH') – auf das Staatsgebiet Liechtensteins räumlich auszudehnen (***Abbildung 3***[214]):

---

[211] siehe hierzu die Grundsatzerklärung RA 99/1934-3810 vom 13. Juli 1999 zur nationalen Telekommunikationspolitik im Bereich der Mobilkommunikation, S. 7.
[212] siehe hierzu, statt vieler, Conrads, a.a.O., S. 355 ff (S. 362 für den Vorgang der Mobilterminierung).
[213] http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-adressierung/llv-ak-adressierung-international_signaling_point_code_(ispc).htm.
[214] Quelle: Studie der Firma Enorm, Teil 2, S. 28, Abb. 19.

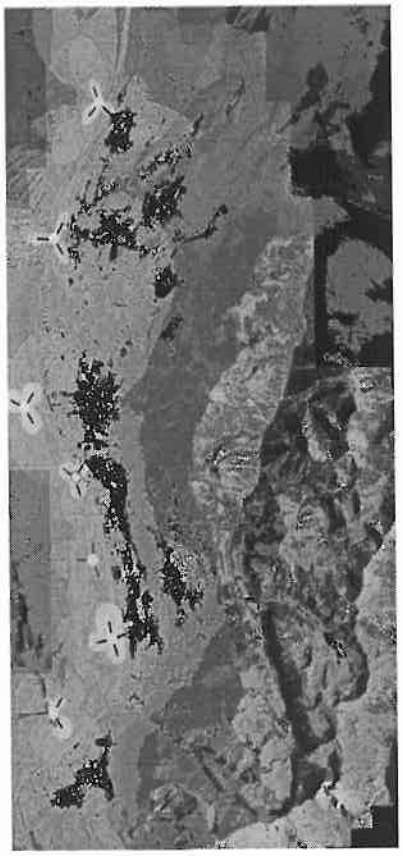

***Abbildung 3**: Ausgewählte grenznah gelegene linksrheinische schweizerische Sendeanlagen und deren Empfangspegel auf dem Staatsgebiet Liechtensteins (Stand: 26.09.2005)*

Die Legende zu dieser Abbildung liest sich wie folgt:

> *„Gegenwärtige Verteilung des Empfangspegels für ausgewählte linksrheinische Schweizer Standorte im GSM 900 Band. Fast in allen Wohngebieten ist auch innerhalb von Gebäuden ein stabiler Empfang möglich (dunkelgrüne bis gelbe Bereiche)'.*

Die *Besonderheit* dieser Situation besteht darin, dass das Staatsgebiet Liechtensteins – von den schweizerischen Sendeanlagen der Swisscom aus – *in gleicher Weise* (mit-)versorgt werden kann und in Tat und Wahrheit auch mitversorgt wird, wie dies durch die liechtensteinischen Mobilbetreiber sicherzustellen ist: Von den grenznah gelegenen linksrheinischen schweizerischen Sendeanlagen aus ist die *Indoor*-Versorgung in fast allen Wohngebieten auf dem Staatsgebiet Liechtensteins garantiert[215];

> *„um eine ausreichende Abdeckung* [des Staatsgebiets Liechtensteins] *zu erzielen, wären ... keine nationalen Basisstationen erforderlich. Solche würden aus Sicht eines Schweizer Betreibers lediglich zur Vermeidung von Kapazitätsengpässen benötigt"*[216].

Oder, in den Worten des AK:

> *„Aufgrund der topographischen Verhältnisse (keine Ausbreitungshindernisse und geringe Ausdehnung) ist es möglich, den Grossteil des liechtensteinischen Siedlungsgebietes im Rheintal grenzüberschreitend durch Mobilfunksendestandorte entlang der schweizerischen Seite des Rheins mit zu versorgen"*[217].

---

[215] Studie der Firma Enorm, Teil 2, a.a.O., S. 28.
[216] Studie der Firma Enorm, Teil 2, a.a.O., S. 40. Dies gilt auch für das Mobilfunknetz der Swisscom: Von ihren schweizerischen Sendeanlagen aus kann die Swisscom ihr Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins in gleicher Weise wie auf das – grenznahe – Staatsgebiet der Schweiz erstrecken; und sie tut dies auch.
[217] Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – S. 24.

Möglich ist dies deshalb, weil

> *„Schweizerische Vorzugsfrequenzen ... an der Landesgrenze bis zu 15km in das liechtensteinische Staatsgebiet – und somit zur Versorgung der bevölkerungsreichen liechtensteinischen Rheintalseite – verwendet werden (können). Allfällige Versorgungsprobleme sind hauptsächlich im Bereich der Inhouse-Versorgung und der Bereitstellung ausreichender Verkehrskapazitäten zu suchen"*[218].

Hierauf hatten wir schon am 25.01.2008 hingewiesen.

Weitere Darstellungen zur Reichweite des Mobilfunknetzes der Swisscom auf dem Staatsgebiet Liechtensteins (und zu den dort gemessenen Empfangspegeln) sind unter http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-mobilfunk/llv-ak-nis-messungen-2.htm sowie in den beiden Studien der Firma Enorm enthalten; aber auch in Erläuterungen des AK, in denen – wenn auch auf die Roaming-Situation an der Landesgrenze und auf *österreichische* Mobilbetreiber bezogen – richtigerweise darauf hingewiesen wird, dass

> *„das Roaming ... besonders in den grenznahen Gebieten Liechtensteins grosse Bedeutung (hat), da stärkere Mobilfunksender ... die mit schwächeren Signalen operierenden liechtensteinischen Mobilfunksender überlagern"*[219].

Im Ergebnis ist diesen Darstellungen und Erläuterungen zu entnehmen, dass sich die räumliche Ausdehnung des Mobilfunknetzes der Swisscom auf das *gesamte* Staatsgebiet Liechtensteins erstreckt; und zwar sowohl in geographischer als auch in qualitativer und quantitativer Hinsicht *in gleicher Weise wie die Netze der liechtensteinischen Mobilbetreiber.* Dort, wo dies nicht der Fall sein sollte (wie z.B. im Alpengebiet Steg/Malbun), ist vom oben erwähnten *‚Roaming-Inland'* auszugehen: Kunden der ‚Swisscom CH' können das Mobilfunknetz der Swisscom an diesem Ort *in gleicher Weise* nutzen wie Kunden der ‚Swisscom FL'; nämlich insbesondere zu den *gleichen*; d.h. *nicht* zu erhöhten (Roaming-)Gebühren.

Davon abgesehen stellt die Swisscom – was entscheidungswesentlich ist – Anrufe auf (schweizerische) +41 7xx xxx xxx-Nummern in Liechtenstein *in gleicher Weise* zu wie Anrufe auf (liechtensteinische) +423 7xx xx xx-Nummern; nämlich über die Luftschnittstelle von *in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen*: Das ‚liechtensteinische' Element des Vorgangs der Mobilterminierung realisiert sich in beiden Fällen deshalb *in gleicher Weise*, weil es in beiden Fällen zu einer Nutzung *ein und derselben Netzbestandteile* des in Liechtenstein gelegenen *Radio Access Network* (der Swisscom) kommt.

Auf diesen Umstand, der den bisher erschienen Konsultationsdokumenten bedauerlicherweise nicht zu entnehmen ist, wird in Abschnitt III./4, unten, zurückzukommen sein.

Zusammengefasst erstreckt sich das Mobilfunknetz der Swisscom in seiner Reichweite auf das *gesamte* Staatsgebiet Liechtensteins; dies sowohl aus der Sicht der Nutzer des ‚liechtensteinischen' Marktauftritts der ‚Swisscom FL' als auch aus der Sicht der Nutzer des ‚schweizerischen' der ‚Swisscom CH'[220]. Folge davon ist, dass der hier interessierenden (Markt-)Analyse des Marktes M7 nicht nur die landesweiten Mobilfunknetze der drei liechtensteinischen Mobilbetreiber Alpcom AG, Telecom Liechtenstein AG/Orange Liechtenstein AG und Mobilkom Liechtenstein AG zugrunde zu legen sind, sondern auch das landesweite der Swisscom (Schweiz) AG: Beiderlei Netze dienen der Mobilfunkversorgung Liechtensteins *in gleicher Weise*; beiderlei Netze werden in Liechtenstein für die Erbringung von Mobilfunkdiensten *in gleicher Weise genutzt* und in beiderlei Netzen werden Anrufe auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins *in gleicher Weise zugestellt* (nämlich über *in Liechtenstein gelegene* Sendeanlagen).

---

[218] Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – S. 24 (Fussnote 51).

[219] http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-mobilfunk/llv-ak-roaming.htm.

[220] Dieser Umstand bildet denn auch einen der *Hauptgründe* dafür, dass der ‚schweizerische' Marktauftritt der Swisscom neben dem ‚liechtensteinischen' nicht nur konkurrieren, sondern – und zwar mit einer *nach wie vor steigenden Tendenz* – auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt einen Marktanteil von inzwischen wohl mehr als 50% für sich in Anspruch nehmen kann.

Zur Veranschaulichung dieser Situation – und nur mit diesem Ziel – wird auf offizielle schweizerische Dokumente verwiesen, in der das Staatsgebiet Liechtensteins, was die Versorgung mit Mobilfunkdiensten betrifft, *gleich* wie jenes der Schweiz behandelt wird; nämlich *ohne irgendeinen Unterschied* (***Abbildung 4***[221, 222]).

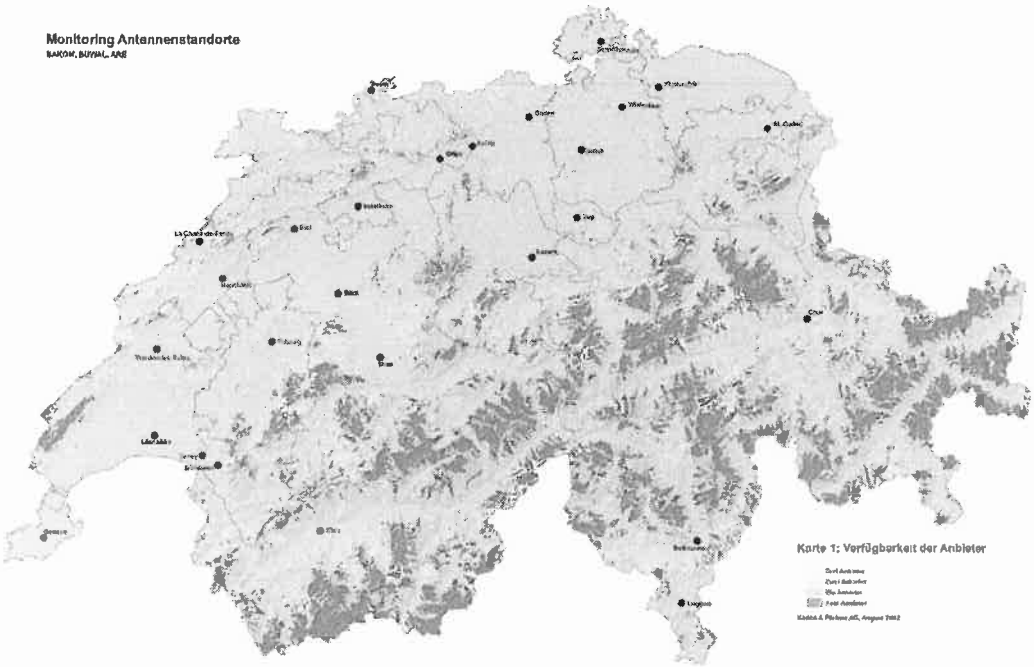

Abbildung 4: *Karte ‚Verfügbarkeit der Anbieter in der Schweiz und in Liechtenstein'*

All dies bedeutet Folgendes: Wenn der hier interessierende, räumlich relevante Markt mit dem sachlich relevanten, betreiberindividuell definierten ‚*Sachmarkt pro Betreiber*' (Markt M7; Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen [Mobilterminierung]) in der Weise korrespondiert, dass – Zitat –

> *„nur die räumliche Ausdehnung des Netzes ... (in Betracht kommt)"*[223],

dann erweist sich das Mobilfunknetz der Swisscom und der von diesem Netz aufgespannte, betreiberindividuell definierte Markt M7 für beide Elemente des Vorgangs der Mobilterminierung als *grenzüberschreitend* bzw. als *die Staatsgebiete Liechtensteins und der Schweiz umfassend*; wobei dieser Umstand in der ***Abbildung 4*** als ein *farblich homogenes Territorium* in Erscheinung tritt.

Das erste, für die Qualifikation eines länderübergreifenden Marktes nach Randziffer 60. der SMP-Leitlinien wesentliche Kriterium ist damit – auf die ‚Swisscom CH' und deren hier interessierenden ‚schweizerischen' Marktauftritt bezogen – *erfüllt*.

III./4 Kriterium (viii) des Vorhandenseins von Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten

Im Zuge der Liberalisierung des liechtensteinischen Mobilfunkmarktes vor rund zehn Jahren ist die Swisscom (Schweiz) AG dazu berechtigt worden, Frequenzen auf in der Schweiz gelegenen Sendeanlagen so zu nutzen, dass sie ihr Mobilfunknetz – und damit (auch) ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt

---

[221] http://www.bakom.admin.ch/themen/frequenzen/01341/01351/index.html?lang=de.

[222] In dieser Karte wird das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins in die Netzabdeckung der schweizerischen Anbieter *unterschiedslos integriert*; was in der Weise zu verstehen ist, dass die schweizerischen Behörden ebenfalls davon auszugehen scheinen, dass die Swisscom dazu *berechtigt* ist, in Liechtenstein (und zwar auf dem *gesamten* Staatsgebiet Liechtensteins) Mobilfunkdienste zu erbringen.

[223] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 22 f.

als ‚Swisscom CH' – auf das Staatsgebiet Liechtensteins jederzeit uneingeschränkt erweitern kann (siehe hierzu sogleich).

Damit hat die Swisscom von den zuständigen liechtensteinischen Behörden (Regierung und AK) im Sinne der SMP-Leitlinien[224] das *Recht* bzw. eine *‚Lizenz'* dazu erhalten, ihr Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins räumlich auszudehnen. Ein Recht bzw. eine *‚Lizenz'*, das bzw. die von der Swisscom für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt (=‚Swisscom CH') seit rund zehn Jahren sowohl *de facto* als auch *de jure* und als *Marktführer* mit einem Marktanteil von inzwischen wohl mehr als 50% in Anspruch genommen wird.

Darüber hinaus ist entscheidungswesentlich, dass ein Kunde des ‚schweizerischen' Marktauftritts der Swisscom (=‚Swisscom CH'), der sich innerhalb der Landesgrenzen Liechtensteins befindet und im Mobilfunknetz der Swisscom telefoniert, in der Regel das *in Liechtenstein gelegene Radio Access Network* der Swisscom nutzt[225]: Ein solcher Kunde tätigt seine ab- und eingehenden Anrufe über Sendeanlagen, die *in Liechtenstein gelegen sind*[226].

Zur Veranschaulichung dieser Situation, auf die wir schon in unserer Stellungnahme vom 25.01.2008 verwiesen hatten[227], kann die unter http://www.funksender.ch/webgis/bakom.php?lang=de publizierte interaktive Übersichtskarte der linksrheinischen schweizerischen und der rechtsrheinischen liechtensteinischen Sendeanlagen dienen (***Abbildung 5***[228]):

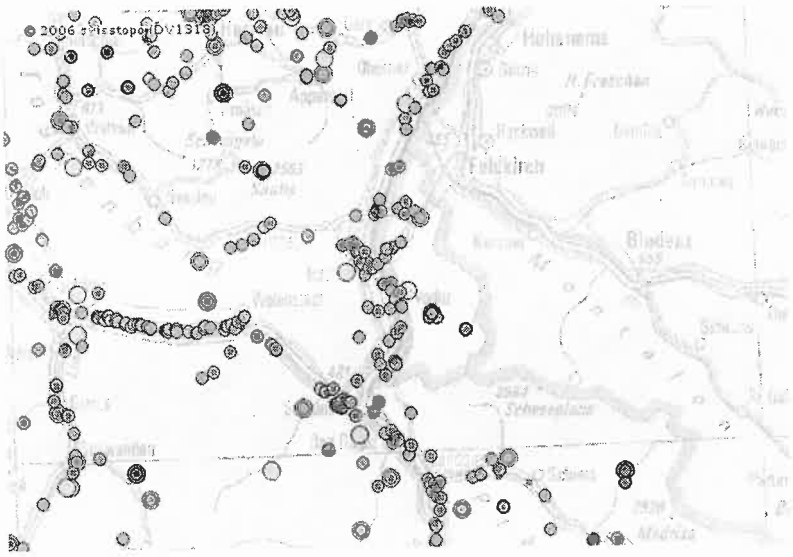

***Abbildung 5**: Übersichtskarte ‚Standorte von Sendeanlagen' (Stand: August 2010)*

In dieser Karte tritt die – in der Terminologie des AK – *‚Erweiterung'* des Mobilfunknetzes der Swisscom auf das Staatsgebiet Liechtensteins wie folgt in Erscheinung:

- *Zum einen* in den in der Schweiz gelegenen *schweizerischen* Sendeanlagen, die sich an der hellrot eingezeichneten Autobahn A13 nur wenige Meter von der schweizerisch-liechtensteinischen Landesgrenze entfernt befinden.

---

[224] *‚Konzession'* im Sprachgebrauch des TelG und des KomG.

[225] Auskunft der Swisscom (Schweiz) AG vom 20.08.2010; Studie der Firma Enorm, Teil 1, S. 67. Anschaulich hierzu auch die Erläuterungen der Regierung an den Landtag in der Landtags-Debatte vom 17.06.1999, LTP 1999 I S. 1001: *„Die 00423 im Mobilbereich bringt, was das Netz ... anbelangt, keine Änderungen mit sich. Es ist das gleiche Netz, über die gleichen Masten, über die gleichen Abwicklungen. Es ist nur die Zuordnung, dass dann einfach zugeordnet wird, das ist jemand, der unter 00423 spricht mit Wohnsitz in Liechtenstein, sonst ändert sich nichts"*; und a.a.O., S. 991: *„Egal ob es jetzt 004179 ist oder 00423, netzmässig ist es genau die gleiche Abwicklung, weil wir selbstverständlich über das entsprechende Swisscom-Netz abgewickelt werden, und immer noch die gleichen Basisstationen hier in Liechtenstein stehen, d.h. technisch macht es keinen Unterschied"*.

[226] Darauf, dass diese ein- und abgehenden Anrufe von der Swisscom sowohl auf der *retail*- als auch auf der *wholesale*-Ebene (Terminierung) in gleicher Weise verrechnet werden wie Anrufe von oder auf Endgeräte von Kunden ihres ‚liechtensteinischen' Marktauftritts, ist in Unterabschnitt III./2/b., oben, bereits eingegangen worden.

[227] dortige S. 10 und 11 f.

[228] http://www.funksender.ch/webgis/bakom.php?lang=de.

- *Zum anderen* in den in Liechtenstein gelegenen, auch der Mobilterminierung dienenden *liechtensteinischen* Sendeanlagen, bei denen es sich um acht[229] von insgesamt einundzwanzig Standorten handelt (***Abbildung 6***[230]):

***Abbildung 6**: Übersichtskarte ‚Mobilfunkstandorte in Liechtenstein' (Stand: August 2004)*

Im Zuge der ‚*Erweiterung*' des Mobilfunknetzes der Swisscom auf das Staatsgebiet Liechtensteins dienen die durch die Swisscom (Schweiz) AG genutzten schweizerischen und liechtensteinischen Sendeanlagen dem hier interessierenden Vorgang der Mobilterminierung *in gleicher Weise*, nämlich

- für eine Anrufzustellung auf Mobiltelefone *von Kunden des ‚schweizerischen' Marktauftritts der* ‚Swisscom CH'[231]

ebenso wie

- für eine Anrufzustellung auf Mobiltelefone *von Kunden des ‚liechtensteinischen' Marktauftritts der* ‚Swisscom FL'[232].

Von dieser (Versorgungs-)Situation ausgehend setzt sich das Mobilfunknetz der Swisscom über die Landesgrenzen zwischen der Schweiz und Liechtenstein nicht nur rechtlich und technisch[233], sondern auch *physisch* fort; und zwar nicht nur für den ‚liechtensteinischen', sondern – was entscheidungswe-

---

[229] Eschen Manioca (16); Schaan-Hilcona (13); Vaduz-Telecom Liechtenstein AG (10); Vaduz-Post (9); Malbun (7); Balzers-Unaxis (1); Schaan-LKW (4) und Schaanwald/Nendeln (18).
[230] http://www.llv.li/pdf_llv_ak_informationsbroschuere_rfl_mobilfunk.pdf.
[231] d.h. auf Endgeräte von Teilnehmern mit einer schweizerischen IMSI bzw. mit einer schweizerischen MSISDN (+41 7xx xxx xxx).
[232] d.h. auf Endgeräte von Teilnehmern mit einer liechtensteinischen IMSI bzw. mit einer liechtensteinischen MSISDN (+423 77x xx xx).
[233] siehe hierzu die Abschnitte III./2/b. und /c., oben.

sentlich ist – *auch für den ‚schweizerischen' Marktauftritt* der Swisscom (Schweiz) AG. Vereinfacht gesagt – und um es zu wiederholen – stellt die Swisscom Anrufe auf schweizerische +41 7xx xxx xxx-Nummern (=‚schweizerischer' Marktauftritt; ‚Swisscom CH') in Liechtenstein in gleicher Weise zu wie Anrufe auf liechtensteinische +423 7xx xx xx-Nummern (=‚liechtensteinischer' Marktauftritt; ‚Swisscom FL'); nämlich über die Luftschnittstelle von *in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen*.

Infolgedessen steht das AK auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins (und im identischen Mobilfunknetz der Swisscom) *zwei Mobilterminierungsvorgängen* gegenüber, die sich *nicht voneinander unterscheiden*. Entgegen den Annahmen im 1., 2. und 3. Konsultationsdokument und in der Auswertung kommt es in Liechtenstein nicht nur zu Mobilterminierungsleistungen der liechtensteinischen Mobilbetreiber Alpcom AG, Telecom Liechtenstein AG/Orange Liechtenstein AG und Mobilkom Liechtenstein AG, sondern auch zu solchen der ‚Swisscom CH' im Rahmen ihres ‚schweizerischen' Marktauftritts; wobei der Vorgang der Mobilterminierung bei diesem und beim ‚liechtensteinischen' Marktauftritt der Swisscom (=‚Swisscom FL') *ein und derselbe* ist. Die Swisscom stellt Anrufe in Liechtenstein in beiden Fällen *unterschiedslos* zu; nämlich – nochmals sei es gesagt – unter Nutzung von *in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen* ihres einheitlichen (identischen) grenzüberschreitenden Mobilfunknetzes.

Dass dem so ist, wird vom AK nach wie vor verkannt[234].

Folge davon ist unter anderem, dass die vom AK sowohl in der Auswertung als auch im 3. Konsultationsdokument ins Feld geführte Praxis der Europäischen Kommission in der Rechtssache SG-Greffe (2007) D/20 7396 einen *anderen Sachverhalt beschlägt* als wie dies vom AK behauptet wird; nämlich den Fall einer

> *„grenzüberschreitende(n) Abdeckung"*[235]

nur vom Ausland und nicht auch vom im Inland aus. Ein Abstellen auf diese Praxis geht nur schon aus diesem Grund fehl. Auf die Rechtssache SG-Greffe (2007) D/20 7396 wird in Abschnitt III./5, unten, auch unter anderen Gesichtspunkten zurückzukommen sein.

Zur Begründung des Obenstehenden wird – unter anderem – auf die Fragerunde im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens zur Vergabe von Mobilkonzessionen im Fürstentum Liechtenstein aus dem Jahre 1999 hingewiesen.

Im Rahmen dieser Fragerunde hat das AK am 20.08.1999 auf die Frage, ob es

> *„zulässig (ist), für die Abdeckung des Territoriums von Liechtenstein Basisstationenstandorte auch ausserhalb von Liechtenstein zu benützen ...?"*,

die folgende Antwort gegeben:

> *„Ja, solange die Regulierung der effizienten Nutzung und der Verwaltung des Frequenzspektrums sowie im Allgemeinen die Kontrolle und die Durchsetzung der Einhaltung der in den individuellen Konzessionen festgelegten Auflagen und Verpflichtungen sichergestellt ist und die in der Ausschreibungsunterlage geforderten Kriterien erfüllt bzw. Bedingungen nicht verletzt werden"*.

Auf der Grundlage dieser Zusicherung des AK[236], die eine verfassungsmässig geschützte und gerichtlich durchsetzbare *Vertrauensgrundlage* (Rechtsposition) schafft[237] und die nicht nur auf die am Ausschreibungsverfahren Beteiligten, sondern auch auf die an diesem Verfahren nicht beteiligte Swisscom (Schweiz) AG[238] zu beziehen ist (um deren Frequenzen es geht)[239], besteht für letztere (die Swisscom

---

[234] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 22.
[235] 3. Konsultationsdokument, S. 38.
[236] des AK als der für die Frequenzveraltung und für die Konzessionserteilung im Auftrag der Regierung zuständigen liechtensteinischen Verwaltungsbehörde.
[237] siehe hierzu Kley, a.a.O., S. 234 f; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., § 22 Randziffer 3 oder Höfling, a.a.O., S. 226. Siehe hierzu auch LES 2005, S. 269 oder VGH 2010/005.
[238] verstanden als ‚Swisscom FL' *und* ‚Swisscom CH'.

[Schweiz] AG) in gleich welcher Konstellation das Recht, ihr Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins zu erstrecken: Setzt man voraus, dass die in Liechtenstein tätigen Mobilbetreiber schweizerische, der Swisscom zustehende (Vorzugs-)Frequenzen nutzen[240], darf die Swisscom dies wahlweise

- mit *schweizerischen* Frequenzen von *schweizerischen* Sendeanlagen aus[241];
- mit *liechtensteinischen* Frequenzen von *schweizerischen* Sendeanlagen aus[242];
- mit *liechtensteinischen* Frequenzen von *liechtensteinischen* Sendeanlagen aus[243].

Damit stehen der Swisscom im engen grenzüberschreitenden schweizerisch-liechtensteinischen Talraum (Rheintal) *alle theoretisch und praktisch denkbaren* Varianten (Versorgungsszenarien) für eine *‚Erweiterung'* ihres in der Schweiz gelegenen Mobilfunknetzes

„auf das liechtensteinische Territorium"[244]

zur Verfügung; dies sowohl für ihren ‚liechtensteinischen' als auch – was entscheidungswesentlich ist – für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt, d.h. auch für eine Terminierung von Anrufen auf Endgeräte bzw. SIM-Karten *mit einer schweizerischen Rufnummer (MSISDN/IMSI).*

Die aus dieser Option resultierende und der Swisscom gewährte *Dispositionsfreiheit* beruht auf liechtensteinischen Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten[245, 246] und entspricht einer der Swisscom (genauer: *der ‚Swisscom CH' für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt*) in Form einer *‚Lizenz'* eingeräumten Rechtsposition[247] i.S.v. Randziffer 60. Bst. b der SMP-Leitlinien[248]. Sie steht der Swisscom (Schweiz) AG unabhängig davon zur Verfügung, ob sie liechtensteinische oder, wie dies derzeit der Fall ist, schweizerische (Vorzugs-)Frequenzen nutzt. Die Swisscom kann ihr in der Schweiz gelegenes Funkzugangsnetz (*Radio Access Network*) auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins sowohl faktisch als auch rechtlich und vor allem auch physisch *jederzeit uneingeschränkt erstrecken*; und zwar auch für den hier interessierenden Dienst der Mobilterminierung im Rahmen ihres hier interessierenden ‚schweizerischen' Marktauftritts (=‚Swisscom CH').

---

[239] Art. 5 Abs. 1 Bst. b KomG; Gleichstellung der Schweiz mit den Mitgliedstaaten des EWR.

[240] Schreiben des AK vom 17.03.2008, S. 5 (http://www.telefonie.li/downloads.html): *„Einleitend ist zu erwähnen, dass es sich bei den durch die liechtensteinischen Mobilfunkbetreiber benützten Frequenzen im 900MHz und 1800 MHz Bereich um Vorzugsfrequenzen der Schweiz handelt ... Die aktuelle Frequenznutzung der vier liechtensteinischen Mobilfunkkonzessionen (Swisscom FL, Orange, Tele2 und Mobilkom) stützt sich nicht auf die HCM Vereinbarung ab, da Liechtenstein bei diesem Dreiländerabkommen nicht Vertragspartei ist, sondern beruht auf der Kulanz der Schweiz, die ihre Vorzugsfrequenzen Liechtenstein zur Verfügung gestellt hat"*.

[241] siehe hierzu Abschnitt III./3, oben, unter Einschluss der ***Abbildung 3***.

[242] Dies ist die gerade genannte Konstellation nach Massgabe der Antwort auf die Frage 10. der Fragerunde im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens zur Vergabe von Mobilkonzessionen im Fürstentum Liechtenstein. Die schweizerischen, d.h. die in der Schweiz gelegenen Sendeanlagen, zu deren Nutzung die Swisscom berechtigt ist, um ihr Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins zu erstrecken, sind bei einer rechtlich richtigen Beurteilung als *liechtensteinische Sendeanlagen* zu qualifizieren und dem AK als solche entgegenzuhalten. Dies der oben erwähnten, vom AK im Zuge des Ausschreibungsverfahrens gegebenen *Zusicherung* wegen, mit der eine entsprechende, verfassungsmässig geschützte und gerichtlich durchsetzbare Rechtsposition geschaffen wurde. Eine Konsequenz dieser Rechtsposition ist, dass auch eine Anrufzustellung auf den in Frage stehenden schweizerischen, d.h. in der Schweiz gelegenen Sendeanlagen in rechtlicher Hinsicht als ein *Inlandsachverhalt* zu qualifizieren ist, für den das AK gesetzlich zwingend zuständig ist.

[243] Dies ist der gerade genannte Fall einer Nutzung der oben erwähnten, insgesamt acht in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen.

[244] 2. Konsultationsdokument, S. 11, zweiter Absatz.

[245] Zu diesen Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten gehören neben der Mobilkonzession der Swisscom vom 08.11.2005, RA 2005/2637-3817, unter anderem auch die vom AK zur Frequenz-Koordinierung abgeschlossenen (Verwaltungs-)Vereinbarungen, die im LGBl. allerdings nicht publiziert sind. Bei diesen Vereinbarungen dürfte es sich insbesondere um die Berliner Vereinbarung vom 14.09.2001, um die HCM-Vereinbarung vom 12.10.2005, um die Wiener Vereinbarung vom 30.06.2002 sowie um die „Vereinbarung 2003" vom 28.01.2003 handeln. Welche dieser Vereinbarungen das AK abgeschlossen hat, entzieht sich – insbesondere In Bezug auf die Wiener Vereinbarung – unserer Kenntnis. Auf die für die Frequenz-Koordination sowohl sachlich als auch rechtlich relevanten internationalen Abkommen geht die Information der Regierung des Fürstentums Liechtenstein vom November 2004 mit dem Titel *‚Mobilfunk in Liechtenstein'*, auf den S. 4 f ein.

[246] siehe hierzu Kley, a.a.O. oder LES 2008, S. 166 ff. Andernfalls wäre das AK dazu gehalten, einem dem entgegen stehenden *‚rechtlosen'* Marktauftritt entgegen zu treten. Dies ist jedoch – dem Vernehmen nach – nicht der Fall.

[247] Gutachten Büchel, S. 32 und 79.

[248] Nicht zu unterschätzen ist zudem die *normative Kraft des Faktischen*: Dem Marktführer ‚Swisscom CH' mit seinem ‚schweizerischen' Marktauftritt und einem Marktanteil von inzwischen wohl mehr als 50% auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt eine Marktzulassung zu verweigern, ist in der Praxis – gelinde gesagt – undenkbar.

Damit befindet sich die Swisscom in einer *weitaus kompetitiveren Situation* als die liechtensteinischen Mobilbetreiber: Die Swisscom (Schweiz) AG geniesst nicht nur das Privileg, ihr in der Schweiz gelegenes Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins räumlich auszudehnen (dies über grenznahe schweizerische Sendeanlagen); darüber hinaus nutzt sie die oben erwähnten, insgesamt acht *in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen*, um in Liechtenstein qualitativ und quantitativ die gleichen Mobilfunkdienste zu erbringen wie die liechtensteinischen Mobilbetreiber Alpcom AG, Telecom Liechtenstein AG/Orange Liechtenstein AG und Mobilkom Liechtenstein AG; dies mit einem nach wie vor wachsenden Marktanteil auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt von inzwischen wohl mehr als 50%.

Eine solche Situation konstituiert den *Inbegriff* eines länderübergreifenden Marktes; d.h. jenen Sachverhalt, der mit der Bestimmung des Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) im Sinne eines *Schutzgesetzes* aufgefangen werden sollte und der *materiell-rechtlich* auch *ohne* eine Regelung gilt, wie sie in Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) enthalten gewesen war.

Nichts anderes resultiert, wendet man auf das Obenstehende die Praxis der Europäischen Kommission in der Rechtssache COMP/38.370 an[249] und hält man sich in diesem Zusammenhang – unter anderem – die nahezu gleichlautenden Regelungen über Bau und Betrieb von Sendeanlagen in der Schweiz und in Liechtenstein vor Augen (*‚Planungsvorschriften'*)[250], [251]: Tut man dies, induziert die Nutzung von *in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen* den Tatbestand eines (grenzüberschreitenden) räumlich relevanten Markts, der durch die (grenzüberschreitende) Reichweite des Funkzugangsnetzes (*Radio Access Network*) der Swisscom herbeigeführt wird[252], *per se* und ist aus dieser Nutzung auf einen räumlich relevanten (Mobilterminierungs-)Markt *auch sonst* zu schliessen[253, 254].

Vor allem aber liegt in Bezug auf das in Liechtenstein gelegene Funkzugangsnetz *(Radio Access Network)* der Swisscom in jenem Umfang, in dem dieses Netz für den ‚schweizerischen' Marktauftritt der Swisscom genutzt wird (=‚Swisscom CH'), ein *Inlandsachverhalt* vor, der wie jedes andere, im Inland gelegene und für den Dienst der Mobilterminierung genutzte Mobilfunknetz und wie jeder andere, in den Geltungsbereich des KomG fallende Inlandsachverhalt auch, *der Jurisdiktion Liechtensteins bzw. der sachlichen, räumlichen und funktionellen Zuständigkeit des AK i.S.v. Art. 24 LVG i.V.m.d. Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 2, Art. 5, Art. 20 ff, Art. 55 und Art. 56 KomG sowie den Art. 1, Art. 4, Art. 6 und Art. 24 RKV untersteht*[255, 256].

Die in diesen Bestimmungen verankerte, dem allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Wirkungsstatut[257] entsprechende, verfassungsmässig normierte[258] und für das AK nicht disponible (d.h. nicht im Ermes-

---

[249] Rechtssache COMP/38.370 vom 30.04.2003, Randziffer 52.

[250] insbesondere im Zusammenhang mit dem Inhalt und Vollzug der NIS-Gesetzgebung; aber auch im Hinblick auf die grundsätzlich ebenbürtigen Planungsvorschriften für die Errichtung von Sendeanlagen auf Landes- und Gemeindeebene. Siehe hierzu, statt vieler, LES 2002, S. 24 ff, LES 2002, S. 142 ff oder das Gutachten Büchel.

[251] siehe hierzu auch das Gutachten Büchel, S. 71 mit Verweis auf die Rechtsprechung der VBI/des VGH zur Wettbewerbsneutralität im Wirtschaftsraum Schweiz-Liechtenstein in den Rechtssachen VBI 2000/168, VBI 2001/5 und VBI 2002/21.

[252] Zur Veranschaulichung sei nochmals auf die ***Abbildung 4*** verwiesen: In dieser Abbildung erstreckt sich das Funkzugangsnetz (*Radio Access Network*) der Swisscom auf das (gesamte) schweizerische ebenso wie auf das (gesamte) liechtensteinische Staatsgebiet; wobei die Swisscom auf diesem Territorium (Markt) als Anbieter grenzüberschreitend tätig sein und Anrufe auf Mobiltelefone ihrer Kunden grenzüberschreitend zustellen darf; und zwar – worauf es ankommt – nicht nur für ihren ‚liechtensteinischen' Marktauftritt als ‚Swisscom FL', sondern auch für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt als ‚Swisscom CH'.

[253] Im 2. Konsultationsdokument steht auf S. 26 in Fussnote 50 das Folgende geschrieben (Blickrichtung Liechtenstein-Schweiz): *„Dieser Schlussfolgerung tut kein Abbruch, dass aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarung Präferenzfrequenzen an der Landesgrenze von den Betreibern so genützt werden dürfen, dass aufgrund der vorliegenden Topographie das gegenüberliegende schweizerische Rheintal mitversorgt werden kann. Ohnehin müssen sich die Basisstationen auf inländischem Staatsgebiet befinden‟*. In einem Umkehrschluss (Blickrichtung Schweiz-Liechtenstein) ist aus dieser Bewertung das Vorliegen eines länderübergreifenden Marktes dann zu folgern, wenn sich ein Mobilfunknetz aus einem Staat A (hier: Schweiz) auf einen Staat B (hier: Liechtenstein) über Sendeanlagen erstreckt, die im Staat B gelegen sind und vom Staat A aus betrieben werden.

[254] Art. 24 LVG i.V.m. § 23 JN. Siehe hierzu die Praxis der Europäischen Kommission in der Rechtssache COMP/M.4035 vom 10.01.2006, Randziffer 11: *"The market for mobile call termination as well as the market for fixed call termination is considered to be essentially national in scope because of regulatory barriers according to which authorisations to operate a network are only granted for territories which are not wider than national. Mobile as well as fixed networks normally provide national coverage and the scope of the wholesale offer is thus national'*.

[255] siehe hierzu Kley, a.a.O., S. 261 ff.

[256] vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. c UWG *per analogiam.*

[257] LES 1990, S. 17 ff.

[258] Art. 33 Abs. 1 LV.

sen des AK stehende) *Regulierungshoheit* hat, wie dies in der Vernehmlassungsvorlage zu einem Kartellgesetz vom 11.05.2004 vorgesehen war, nichts anderes zur Folge, als dass für

„Sachverhalte, ... die sich in Liechtenstein auswirken",

auch dann eine Zuständigkeit (des AK) besteht, wenn diese Sachverhalte – wie dies beim ‚schweizerischen' Marktauftritt der ‚Swisscom CH' und der Mobilterminierung auf dem hier interessierenden Markt M7 der Fall ist –

„im Ausland veranlasst werden"[259, 260].

Im Einlang mit diesen Prinzipien heisst es in der ersten Auswertung der Stellungnahmen auf der dortigen S. 37 denn auch *richtigerweise*, dass das AK jedes wettbewerbswidrige Verhalten zu ahnden hat,

„das grenzüberschreitend im EWR-Binnenmarkt negative Auswirkungen zeitigt";

wobei es *nicht* darauf ankommen kann, *von wo aus* dieses wettbewerbswidrige Verhalten gesetzt wird (ob von einem Mitgliedstaat des EWRA oder von der Schweiz aus): Dem AK folgend stellt das KomG

„EWR-Unternehmen und schweizerische Unternehmen grundsätzlich gleich"

und betrachtet

„die Schweiz nicht als Drittstaat"[261].

Dementsprechend wird das AK die ‚Swisscom CH' mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt in das Verfahren nur schon bei der ihm nunmehr obliegenden *Marktabgrenzung* einzubeziehen haben, will es keine regulierungsfreien Räume schaffen[262] und sich keine formelle Rechtsverweigerung zuschulden kommen lassen[263]. Bei der Mobilterminierung durch die Swisscom auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins liegt,

„im Vergleich zu einem rein ausländischen"[264],

auch für den ‚schweizerischen' Marktauftritt (der Swisscom; ‚Swisscom CH') ein *Binnentatbestand* vor, der die von Amtes wegen festzustellende[265] Zuständigkeit des AK bei sonstiger *Nichtigkeit* des Verfahrens gesetzlich zwingend zur Folge hat.

Dieser, in unserer Stellungnahme vom 25.01.2008 an zentraler Stelle ins Feld geführte und nach wie vor *entscheidungswesentliche* Befund[266] bildet nichts anderes als die *Kehrseite* des Umstands, dass die Swisscom (Schweiz) AG auch mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt (‚Swisscom CH') zum Markt zugelassen worden ist und nach wie vor zugelassen wird; dies als *Marktführer* mit einem Marktanteil von inzwischen wohl mehr als 50% und als ein – um sich der Terminologie des AK ein weiteres Mal anzuschliessen –

„in Liechtenstein konzessioniertes Unternehmen"[267].

---

[259] Art. 2 Abs. 2 der Vernehmlassungsvorlage vom 11.05.2004 zu einem Kartellgesetz (KG).
[260] Nicht anderes resultiert aus einem Schluss *a fortiori*: Wenn das AK nach Art. 59 Abs. 3 KomG zu einer *fakultativen* grenzüberschreitenden *Schlichtung* kompetent ist, dann ist es zu einer *obligatorischen* grenzüberschreitenden *Sonderregulierung* erst recht kompetent; und zwar *auch im Verhältnis zur Schweiz* im Zuge einer *ex ante*-Regulierung der negativen Folgen des ‚schweizerischen' Marktauftritts der ‚Swisscom CH' i.S.v. Art. 21 Abs. 1, erster Satz, KomG. In diesem Zusammenhang wird an den Sinn und Zweck sowie, insbesondere, an die *doppelte Implikation* von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) erinnert (siehe hierzu Abschnitt III./1, oben), deren Begründetheit durch die Aufhebung dieser Bestimmung berührt worden ist. Für einen solchen Fall ist neben der sachlichen und der funktionellen auch die *räumliche* Zuständigkeit des AK gegeben.
[261] Auswertung, S. 17 (Fussnote 22).
[262] Dieser Teil der Tätigkeit der Swisscom auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins ist durch das AK zu regulieren. Das BAKOM oder die ComCom ist dazu nicht legitimiert.
[263] Kley, a.a.O., S. 247 und S. 264 m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.
[264] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 20.
[265] siehe hierzu, statt vieler: LES 2002, S. 193 ff.
[266] dortige S. 11.
[267] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 18.

Umso überraschender sind Aussagen wie:

> *„Die Tätigkeiten der Swisscom in der Schweiz, selbst wenn diese grenzüberschreitend von liechtensteinischen Kunden genutzt werden, unterliegen der Regulierungshoheit der schweizerischen Behörden. Dies ist sowohl im bilateralen Verhältnis mit der Schweiz wie auch im multilateralen mit den EWR-Vertragsstaaten so. Jeder Staat ist mit der Regulierung der Aktivitäten in seinem Hoheitsgebiet betraut"*[268]

und der daraus gezogene Schluss in Richtung einer

> *„Beschränkung der Aufsichtskompetenzen des AK auf das Inland"*[269],

die zur Folge habe, dass

> *„die Swisscom für ihre schweizerischen Mobilfunkaktivitäten gerade nicht der liechtensteinischen Regulierungshoheit unterliegt"*[270].

Diesem Schluss kommt keine Berechtigung zu: Die zum liechtensteinischen Mobilfunkmarkt zugelassene ‚Swisscom CH' (=‚schweizerischer' Marktauftritt der Swisscom [Schweiz] AG) untersteht der Zuständigkeit des AK i.S.v. Art. 24 LVG *sehr wohl* und *unabhängig davon*, welche Identifikationsmittel sie nutzt: Anknüpfungspunkt der Sonderregulierung der Art. 20 ff KomG ist nicht eine netz- oder kundenseitige Verwendung bestimmter in- oder ausländischer Identifikationsmittel[271], sondern eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise*, die sich – in einer *ex ante*-Perspektive – mit den Auswirkungen bzw. mit den möglichen negativen Folgen der in Frage stehenden Tätigkeit für dritte Anbieter und Nutzer befasst[272].

Die Mobilkonzession der Swisscom vom 08.11.2005, RA 2005/2637-3817 (=‚liechtensteinischer' Marktauftritt der Swisscom; ‚Swisscom FL'), steht dem Obenstehenden nicht entgegen; ganz im Gegenteil: Nach Art. 15 Abs. 1 dieser Konzession kann die Swisscom ihr Mobilfunknetz sowohl mit Sendeanlagen betreiben,

> *„die sich auf liechtensteinischem Staatsgebiet befinden"*[273],

als auch mit solchen, bei denen dies *nicht* der Fall ist[274]. Auf letzteren muss sie nicht einmal den liechtensteinischen MNC implementieren[275].

Nichts anderes ergibt sich aber auch (und vor allem) aus jener *provisorischen Kontinuitätskonzession*, die der Swisscom[276] im Jahre 1999 für die Aufrechterhaltung ihres ‚schweizerischen' Marktauftritts (=‚Swisscom CH') auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins erteilt worden ist[277]:

> *„Nach der Beendigung des PTT-Vertrages wurde der Telecom FL AG, einer liechtensteinischen Tochtergesellschaft der Swisscom AG, eine provisorische Kontinuitätskonzession zur weiteren Erbringung von Mobilkommunikationsdiensten in Liechtenstein erteilt"*[278].

Von dieser Konzession ausgehend war und ist die Swisscom – in Liechtenstein – zu einer grenzüberschreitenden Tätigkeit seit jeher *berechtigt*[279] und liegt auch in dieser Hinsicht der Tatbestand einer

---

[268] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 19.
[269] 3. Konsultationsdokument, S. 21.
[270] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 20.
[271] siehe hierzu Abschnitt III./2/a., oben.
[272] Art. 20 Abs. 1, erster Satz, KomG.
[273] Art. 15 Abs. 1 der Mobilkonzession der Swisscom vom 08.11.2005, RA 2005/2637-3817.
[274] Umkehrschluss aus dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 der Mobilkonzession der Swisscom vom 08.11.2005, RA 2005/2637-3817.
[275] Umkehrschluss aus dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 der Mobilkonzession der Swisscom vom 08.11.2005, RA 2005/2637-3817 sowie Abschnitte 2. und 3.4 der Politischen Grundsatzerklärung Nr. 55/2004.
[276] bzw. der damaligen Tochtergesellschaft der Swisscom, der damaligen Firma Telecom FL AG.
[277] Grundsatzerklärung RA 99/1934-3810 vom 13. Juli 1999 zur nationalen Telekommunikationspolitik im Bereich der Mobilkommunikation, S. 7, sowie Ausschreibungsunterlage RA 99/1934 vom 30.07.1999, S. 19.
[278] Grundsatzerklärung RA 99/1934-3810 vom 13. Juli 1999 zur nationalen Telekommunikationspolitik im Bereich der Mobilkommunikation, S. 7.

‚Lizenz' i.S.v. Randziffer 60. Bst. b der SMP-Leitlinien vor. Nachdem die für den Betrieb eines Mobilfunknetzes erforderlichen Frequenzzuteilungen grundsätzlich *unbefristet* erfolgen (Art. 90 IFV), ist die Dauer dieser Rechtsposition *unbeschränkt*.

Hinzu kommt, dass die von Regierung und AK im Jahre 1999 vorgesehene Migration der

> *„bestehenden Mobiltelefonnummern liechtensteinischer Teilnehmer ... in den dafür vorgesehenen liechtensteinischen Nummerierungsbereich (+423 7xx xxxx)"*[280]

nicht durchgeführt wurde: Einer entsprechenden ausdrücklichen Ankündigung zu Beginn des Ausschreibungsverfahrens zuwider[281] wurden die Kunden (der Swisscom [Schweiz] AG) in Art. 15 Abs. 3 der Mobilkonzession RA 0/552 der Telecom FL AG vom 22.02.2000 vor die *Wahlmöglichkeit* gestellt, entweder ihre alte schweizerische Nummer bei- oder eine neue liechtensteinische Nummer zu erhalten:

> *„Bestehende Kunden ..., die bis zum 31. Dezember 2000 nicht ausdrücklich und in schriftlicher Form erklärt haben, dass sie schweizerische Kunden der Swisscom AG unter entsprechender Verwendung schweizerischer Nummerierungsressourcen bleiben möchten, erhalten auf diesen Zeitpunkt hin ... automatisch eine neue liechtensteinische Teilnehmernummer zugeteilt. Kunden, die eine ausdrückliche Erklärung in bezug auf die Beibehaltung des bisherigen Status (Nummerierung und direkte Kundenbeziehung zur Swisscom AG) abgeben, sind separierbar zu verwalten und in den liechtensteinischen Benutzerverzeichnissen nicht aufzuführen";*

dies – so das AK in der ersten Auswertung der Stellungnahmen –

> *„aus augenscheinlichen Gründen"*[282].

Mit dieser, in einer Mobilkonzession der *Tochtergesellschaft* (der Telecom FL AG) verankerten Wahlmöglichkeit wurde der *Muttergesellschaft* (der Swisscom [Schweiz] AG mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt; ‚Swisscom CH') die Marktzulassung in Liechtenstein *auf Dauer garantiert* – sodass die Swisscom ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt neben dem ‚liechtensteinischen' auch unter diesem Gesichtspunkt ungehindert weiter vorantreiben konnte:

> *„Ein Grossteil der liechtensteinischen Mobilkunden der Swisscom behielt nach der Einführung der liechtensteinischen Landeskennzahl 423 ihre bisherige schweizerische Mobilnummer bei"*[283].

Auch auf diese, in eine *‚Lizenz'* .S.v. Randziffer 60. Bst. b der SMP-Leitlinien eingebettete Garantie hatten wir schon in unserer Stellungnahme vom 25.01.2008 hingewiesen – ohne dass sie vom AK aufgegriffen worden wäre.

Die Regierung geht mit dem Obenstehenden einig. So wird in der Dokumentation mit dem Titel *‚Mobilfunk in Liechtenstein – eine Information der Regierung des Fürstentums Liechtenstein'* zur Tragweite des Wiener Abkommens[284] für die Frequenzsituation auf dem Staatsgebiet Liechtensteins das Folgende ausgeführt:

> *„Für Liechtenstein bedeuten diese internationalen Abkommen insbesondere, dass das liechtensteinische Staatsgebiet nicht nur von den in Liechtenstein konzessionierten Mobilfunk-*

---

[279] siehe hierzu, sinngemäss, das Gutachten Büchel, S. 45.

[280] Grundsatzerklärung RA 99/1934-3810 vom 13. Juli 1999 zur nationalen Telekommunikationspolitik im Bereich der Mobilkommunikation, S. 7.

[281] Ausschreibungsunterlage RA 99/1934 vom 30.07.1999, S. 14: *„Die Telecom FL AG, die im Jahre 1997 gegründete 100%-ige Tochtergesellschaft der Swisscom AG, wird ausserhalb des vorgesehenen Ausschreibungsverfahrens eine Mobilkonzession erhalten und durch die Übernahme der bestehenden Kunden der Swisscom AG in Liechtenstein ... die Stellung eines marktmächtigen Unternehmens einnehmen"*.

[282] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 20.

[283] Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – S. 24.

[284] heute: HCM-Vereinbarung.

betreibern alleine versorgt wird. Mobilfunkstandorte im benachbarten Ausland versorgen Teile des liechtensteinischen Staatsgebietes in ähnlicher Qualität wie die lokale Versorgung".

Das Gleiche wird in der Politischen Grundsatzerklärung aus dem Jahre 2004 wiederholt[285].

Mit dieser Einschätzung – auf die wir, ein weiteres Mal, schon am 25.01.2008 hingewiesen hatten und die in der ersten Auswertung der Stellungnahmen zu Unrecht als unerheblich verworfen wird[286] – hat sich die Regierung dem Standpunkt des AK zur Zulässigkeit einer Nutzung von Sendeanlagen in der Schweiz für eine Versorgung des Staatsgebiets Liechtensteins mit Mobilfunkdiensten angeschlossen: Neben jener gültigen und wirksamen Zusicherung, die der Swisscom im Zuge des Ausschreibungsverfahrens aus dem Jahre 1999 in diesem Zusammenhang gegeben wurde, gewähren auch die bestehenden liechtensteinisch-schweizerischen Abreden über die *Frequenzkoordinierung* der Swisscom das *Recht*, ihr Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins zu erstrecken. Dass die, in den Augen des AK, *wichtigste rechtliche Marktzugangsschranke* für die Swisscom dadurch *beseitigt* worden ist, wird an dieser Stelle nur ganz am Rande bemerkt[287].

Infolgedessen wird von der Regierung in ihrer Postulatsbeantwortung Nr. 57/2006 vom 30.05.2006 auf S. 45 denn auch als bekannt vorausgesetzt, dass es bei *‚Versorgungslücken'* in Liechtenstein dazu kommen könnte, dass das Staatsgebiet Liechtensteins von

„zusätzlichen Masten"

aus versorgt werden würde; von zusätzlichen Masten im Grenzgebiet der Schweiz und zusätzlich zu den insgesamt acht, in Liechtenstein gelegenen und auch von der ‚Swisscom CH' für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt genutzten Sendeanlagen. Damit wird das Obenstehende bekräftigt: Dass es der Swisscom *jederzeit uneingeschränkt möglich ist*, neben den rechtsrheinischen liechtensteinischen auch ihre linksrheinischen schweizerischen Sendeanlagen (und zwar auch *zusätzliche*, d.h. erst noch zu erstellende) zu nutzen, um ihr Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins zu erstrecken[288, 289].

Nur der Vollständigkeit halber ist schliesslich auf die EFTA-Konvention hinzuweisen, die Liechtenstein auch aus der Sicht des Staatsvertrags- bzw. Völkerrechts dazu zwingt, eine grenzüberschreitende Tätigkeit von Anbietern mit Sitz in der Schweiz hinzunehmen; darunter der Swisscom (Schweiz) AG[290]. Der ‚schweizerische' Marktauftritt der Swisscom (=‚Swisscom CH') ist in Liechtenstein auch insofern abgesichert[291].

---

[285] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004 (dortige Beilage mit dem Titel *‚GRUNDLAGEN ZUM MOBILFUNK'*, S. 4).

[286] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 20.

[287] Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – S. 38: *„Die wesentlichste rechtliche Marktzutrittsbarriere im Mobilfunk ist die Verfügbarkeit entsprechender Frequenznutzungsrechte. Auf Grund physikalischer Restriktionen sowie nationaler und internationaler Frequenzwidmungen bzw. Nutzungsvereinbarungen mit den Nachbarstaaten ist – und bleibt in absehbarer Zukunft – das für Mobilfunkdienste zur Verfügung stehende Spektrum grundsätzlich beschränkt".*

[288] Zu präzisieren ist in diesem Zusammenhang nur, dass die Frequenznutzung im GSM-Band zwischen der Schweiz und Liechtenstein nicht nur auf der Wiener bzw. auf der HCM-Vereinbarung beruht, sondern – auch – auf informellen Absprachen zwischen Liechtenstein und der Schweiz: Auf informellen Absprachen, die dazu dienen sollen, *„die ausreichende Verfügbarkeit von Spektrum für die Aufnahme der Diensteerbringung der erfolgreichen Bewerber in diesem Verfahren sicherzustellen"* (siehe hierzu Abschnitt 3.2.2.1 der Ausschreibungsunterlage des AK vom 30.07.1999 zur Ausschreibung und Vergabe von Konzessionen für die Einrichtung und den Betrieb von Mobilkommunikationsnetzen sowie zur Erbringung von Mobilkommunikationsdiensten im Fürstentum Liechtenstein). In der Politischen Grundsatzerklärung Nr. 55/2004 steht dazu auf S. 9 Folgendes geschrieben: *„Liechtenstein verfügt über eigene Ressourcen, die allen konzessionierten Unternehmen per Konzession oder Entscheidung gleichwertig zur Verfügung stehen. Liechtenstein verfügt allerdings noch nicht über das volle, ihm zur Verfügung stehende Frequenzspektrum. Dies hat zur Folge, dass zwischen der Schweiz und Liechtenstein ein spezielles Abkommen zur vorübergehenden Nutzung von schweizerischen Ressourcen zu Nicht-Vorzugsbedingungen gilt. Alle konzessionierten Betreiber sind grundsätzlich verpflichtet, nur diese von der liechtensteinischen Regulierungsbehörde zugewiesenen Ressourcen zu verwenden. Vorbehalten bleiben die schweizerischen Frequenzen zu Nicht-Vorzugsbedingungen".*

[289] Fussnote 45 der SMP-Leitlinien.

[290] Die in Liechtenstein konzessionierten Mobilfunkanbieter – unter ihnen die Mobilkom Liechtenstein AG – nützen im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht liechtensteinische, sondern schweizerische (GSM-Vorzugs-)Frequenzen; d.h. Frequenzen aus dem Frequenzraum der Schweiz, die von der Schweiz zur Verfügung gestellt werden.

[291] Nur der Vollständigkeit halber wird in Ergänzung des Obenstehenden darauf hingewiesen, dass die Vorbehalte (*‚Reservations'*) Liechtensteins nach Massgabe von Anhang M, Abschnitt II, Unterabschnitt II./C., der EFTA-Konvention nicht durchschlagen können.

Für die Anwendung des zweiten, von der ESA in der Randziffer 60. der SMP-Leitlinien vorgegebenen Kriteriums ist aus dem Obenstehenden zu schliessen, dass die Swisscom (‚Swisscom CH') mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt auf dem Staatsgebiet Liechtensteins ohne irgendein Hindernis, d.h. ohne irgendeine rechtliche oder technische Marktzutrittschranke tätig sein kann[292]; und dass sie im Sinne der Fussnote 45 der SMP-Leitlinien auch in Liechtenstein

„über eine Lizenz"

verfügt, die sie dazu berechtigt, auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins Mobilfunkdienste unter Einschluss des Dienstes der Mobilterminierung zu erbringen; nämlich Mobilfunkdienste unter Verwendung schweizerischer Rufnummern (‚schweizerischer' Marktauftritt; ‚Swisscom CH') *und unter Nutzung von in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen.*

Diese Rechtsposition (der Swisscom) geht sehr viel weiter und ist sehr viel stärker ausgestaltet als jede andere, einem Unternehmen aus der Schweiz bis anhin gewährte[293]. Im Ergebnis handelt es sich nicht nur bei der ‚Swisscom FL' mit deren ‚liechtensteinischem' Marktauftritt, sondern auch bei der ‚Swisscom CH' mit deren ‚schweizerischem' Marktauftritt um ein

„in Liechtenstein konzessioniertes Unternehmen"[294];

soll an der *Fiktion zweier unterschiedlicher Unternehmen*, dem AK folgend, festgehalten werden. ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' sind zwei *in Liechtenstein konzessionierte Unternehmen*, deren Tätigkeit auch beim Vorgang der Mobilterminierung zu

„Sachverhalte(n)"

führt, die in jeder Hinsicht

„gleichgelagert"[295]

sind und die das AK – will es sich nicht unüberbrückbaren Wertungswidersprüchen und, letztlich, auch in diesem Zusammenhang nicht dem Vorwurf eines *venire contra factum proprium* aussetzen – nur schon aus diesem Grund *gleich zu behandeln haben wird*[296]. In dem vom AK im Auftrag der Regierung durchgeführten[297] Ausschreibungsverfahren aus dem Jahre 1999 hatte es noch geheissen, dass es der Absicht der Regierung und des AK entspräche, der

„aufgrund der zumindest in der ersten Entwicklungsphase des liberalisierten Marktes zu erwartenden marktmächtigen Stellung der Telecom FL AG"

durch

„besondere Auflagen"

auszugleichen,

„die sich als den allgemeingültigen Wettbewerbsbestimmungen ableiten und diese ergänzen"[298].

Hieran ist festzuhalten.

Entscheidungswesentlich sind zudem die folgenden beiden Erkenntnisse:

---

[292] siehe hierzu die Fussnote 44 der SMP-Leitlinien m.w.H. auf die Praxis der Europäischen Kommission.
[293] vgl. die der SUISA gewährte Rechtsposition: Baur/ Seeger, Das Urheberrecht im Fürstentum Liechtenstein, Gedenkschrift Erich Seeger, S. 103 ff (S. 134 ff).
[294] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 18.
[295] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 17.
[296] wie dies in der ersten Auswertung der Stellungnahmen auf der dortigen S. 17 angekündigt wird.
[297] Interpellationsbeantwortung Nr. 29/2000, S. 8.
[298] Ausschreibungsunterlage RA 99/1934 vom 30.07.1999, S. 14.

- Zum einen ist die oben erwähnte *‚Lizenz'* der ‚Swisscom CH' (=‚schweizerischer' Marktauftritt) zu einer grenzüberschreitenden Tätigkeit (der Swisscom) *mit Wissen und Wollen des AK herbeigeführt worden*: Im Auftrag der Regierung hat das AK im Jahre 2000 jenen Zustand eines länderübergreifenden Marktes begründet, der von der Swisscom (Schweiz) AG für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt (=‚Swisscom CH') seither sowohl faktisch als auch rechtlich und mit einem Marktanteil von inzwischen wohl mehr als 50% auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt in Anspruch genommen wird; und dessen transnationale Regulierung durch den inzwischen aufgehobenen Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) sichergestellt werden sollte.

- Zum anderen hat sich herausgestellt, dass die ‚Swisscom CH' (=‚schweizerischer' Marktauftritt) in Liechtenstein in gleicher Weise terminiert wie die ‚Swisscom FL' (=‚liechtensteinischer' Marktauftritt); nämlich über in Liechtenstein gelegene Sendeanlagen. Damit partizipieren ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' am (aggregierten) liechtensteinischen Mobilterminierungsmarkt im Verhältnis ihrer jeweiligen Marktanteile auf dem Endkundenmarkt in gleicher Weise: Der – an seinen aggregierten Marktanteilen gemessen (‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH zusammen) – mit Abstand grösste, auf dem Markt tätige Anbieter ist das verbundene Unternehmen der Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern; dies *mit Kenntnis und Billigung des AK*.

Diese, von ihm selbst geschaffene (Markt-)Situation muss das AK, einem auch im liechtensteinischen (Verwaltungs-)Recht allgemein verbindlichen Rechtsgrundsatz folgend (§ 7 ABGB), *gegen sich gelten lassen und seinem eigenen Verhalten zugrunde zu legen* – und zwar auch im Bereich der Sonderregulierung i.S.d. Art. 20 ff KomG. Es ist dem AK auch mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 PGR[299] *verwehrt*, die ‚Swisscom CH' mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt im Jahre 2000 zum Markt zuzulassen und rund zehn Jahre später einzuwenden, dass dieser, von ihm selbst auch auf dem Markt M7 geschaffene Zustand von ihm nicht zu beachten sei. Das Gegenteil ist der Fall.

Im Ergebnis ist – auf die ‚Swisscom CH' und deren ‚schweizerischen' Marktauftritt bezogen – auch das zweite, für die Qualifikation eines länderübergreifenden Marktes nach Randziffer 60. der SMP-Leitlinien wesentliche Kriterium *erfüllt* und auch unter dem Blickwinkel des **Kriteriums (viii)** von einem länderübergreifenden Markt auszugehen: Die Konzessions- und Frequenznutzungsrechte der Swisscom *berechtigen* diese auch im Rahmen ihres ‚schweizerischen' Marktauftritts dazu (=‚Swisscom CH'), ihre Mobilfunkdienste im gesamten Gebiet zu erbringen, auf das sich ihr Mobilfunknetz erstreckt. Die

„Netzarchitektur"[300]

des Mobilfunknetzes der Swisscom und die

„geografische Tragweite"

der

„Mobilfunklizenzen"[301]

der Swisscom sind in dem Sinne *identisch*[302], dass sie sich sowohl beim ‚liechtensteinischen' als auch beim ‚schweizerischen' Marktauftritt auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins beziehen, auf dem dann auch, und zwar *über im Inland gelegene Sendeanlagen*, mobil terminiert wird.

---

[299] siehe hierzu, beispielhaft, den gleich gelagerten Fall in LES 2008, S. 256 ff. Das AK kann nicht ein Unternehmen zum Markt zulassen (gemeint: die ‚Swisscom CH' mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt) und in der Folge – nämlich dann, wenn es zu Massnahmen der Sonderregulierung kommen soll – die Sachlegitimation ein und desselben Unternehmens bestreiten.
[300] Fussnote 45 der SMP-Leitlinien.
[301] Fussnote 45 der SMP-Leitlinien.
[302] Fussnote 45 der SMP-Leitlinien.

III./5 Anwendung der sonstigen Kriterien – Darlegungen in Abschnitt 5 der Auswertung – Kritikpunkte in methodischer Hinsicht

a. Anwendung der sonstigen Kriterien

Aufgrund des Obenstehenden ist der vom Mobilfunknetz der Swisscom aufgespannte, betreiberindividuell definierte Mobilterminierungsmarkt auch auf Liechtenstein zu beziehen; und zwar für die ‚Swisscom FL' und für die ‚Swisscom CH' *in gleicher Weise*. Im grenzüberschreitenden schweizerisch-liechtensteinischen Mobilfunknetz der Swisscom kommt es zum ‚liechtensteinischen' und zum ‚schweizerischen' Element der Mobilterminierung bei beiden Marktauftritten *in gleicher Weise*.

Dass es sich bei dem von der Swisscom für ihren ‚schweizerischen' Marktautritt (=‚Swisscom CH') aufgespannten (Mobilterminierungs-)Markt um einen *länderübergreifenden* handelt, folgt aber auch aus einer – rechtlich richtigen – Anwendung der sonstigen, vom AK ins Feld geführten **Kriterien (i)**, **(ii)**, **(iii)**, **(iv)**, **(v)** und **(vi)**. Zur Begründung wird auf das Nachstehende verwiesen.

Kriterium (i) *– Kleinheit des Staatsgebiets Liechtensteins:* Die Kleinheit des Staatsgebiets Liechtensteins ist kein geeignetes Kriterium für eine Antwort auf die Frage nach der rechtlich richtigen Marktabgrenzung. Weder die ESA noch die Europäische Kommission stellen in ihrer Praxis auf die territoriale Gross- oder Kleinräumigkeit einer Gebietskörperschaft ab. Dies tut auch die ERG (der BEREC) nicht. Das vom AK ins Feld geführte Kriterium liegt ausserhalb des geltenden Rechts.

Anzufügen ist immerhin, dass es für die Swisscom (Schweiz) AG ohne weiteres möglich ist, sich das kleine liechtensteinische Staatsgebiet – und damit den liechtensteinischen Mobilfunkmarkt *als solchen* – von der Schweiz aus zu erschliessen; zumal die entsprechenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumente und eine entsprechende *‚Lizenz'* im Sinne einer *Marktzulassung* vorhanden sind.

In jenem Umfang, in dem die Kleinheit des Staatsgebiets Liechtensteins im Sinne der *Homogenität der Bedingungen für Angebot und Nachfrage* herangezogen wird, wird auf das Nachstehende verwiesen.

Kriterium (ii) *– Homogenität der Bedingungen für Angebot und Nachfrage:* Nach den SMP-Leitlinien, Randziffer 57., müssen sich die Wettbewerbsbedingungen in einem bestimmten, räumlich als relevant definierten Markt entweder

> *„einander gleichen"*

oder

> *„hinreichend homogen"*

sein und von solchen Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen. Nur solche Gebiete (hier: Liechtenstein und Schweiz), in denen die Wettbewerbsbedingungen *heterogen* sind, können *nicht* als ein einheitlicher Markt angesehen werden[303].

Diese Vorgaben werden vom AK dort, wo sich die Auswertung mit der

> *„Homogenität der Wettbewerbsbedingungen"*[304]

befasst, verkannt. An dieser Stelle argumentiert das AK mit den folgenden drei Erwägungen:

- Erstens mit der für die ‚Swisscom FL' angeblich bestehenden Möglichkeit zu einer Festlegung von Terminierungsentgelten *‚unabhängig von jenen in der Schweiz'*[305] (erster und zweiter Abschnitt auf S. 11 der Auswertung – *Erste Erwägung*);

[303] Randziffer 57. der SMP-Leitlinien.
[304] Auswertung, S. 11.
[305] Auswertung, S. 11.

- zweitens mit angeblich unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen zwischen der Schweiz und Liechtenstein bzw. mit angeblich *‚gänzlich anderen rechtlichen Rahmenbedingungen und Voraussetzungen'* für die ‚Swisscom FL' im Vergleich zur ‚Swisscom CH' im Zusammenhang mit dem *‚Anbieten von Mobilfunkleistungen an liechtensteinische Kunden in Liechtenstein'*; dies i.S. Rufnummernraum, MNC, Frequenzen, Bedingungen und Voraussetzungen der Interkonnektion sowie Rechtsgrundlagen und regulatorische Rahmenbedingungen in Liechtenstein als einem Mitgliedstaat des EWR[306] (erster und zweiter Abschnitt auf S. 11 der Auswertung – *Zweite Erwägung*);

- drittens mit der angeblichen Eigenschaft der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' als ‚verbundene Unternehmen'[307], die noch nicht dazu geführt habe, dass Unternehmens- bzw. Konzernmärkte definiert worden seien (letzter Absatz auf S. 12 und erster Absatz auf S. 13 der Auswertung – *Dritte Erwägung*).

Diesen drei Erwägungen ist Folgendes entgegen zu halten.

Zur Ersten Erwägung: In ihrer Stellungnahme vom 24.01.2008[308] hat die Swisscom dem AK auf S. 6, unten, und S. 7, oben, in aller Form bekannt gegeben, dass sie sich – Zitat –

> *„dazu entschlossen (hat) dieselben Terminierungstarife im Fürstentum Liechtenstein wie in der Schweiz zur Anwendung zu bringen, da es zu kostspielig wäre, für das Fürstentum diesbezüglich separate Organisationsabläufe einzurichten"*.

A.a.O. wird dem AK zudem zur Kenntnis gebracht, dass die Swisscom, der Telecom Liechtenstein AG gegenüber, vor rund zweieinhalb Jahren eine entsprechende vertragliche *Verpflichtung* eingegangen ist[309].

Dieser *betriebliche Entschluss* und diese *vertragliche Verpflichtung* der Swisscom zu einer Anwendung einheitlicher Terminierungsentgelte sowohl für ihren ‚liechtensteinischen' als auch für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt sind vom AK als eine *Tatsache* bzw. als ein empirischer Nachweis im Sinne der Praxis der ESA und der Europäischen Kommission zu respektieren und seiner Tätigkeit zugrunde zu legen.

Dies umso mehr, als die ohnehin schon geringe und rasant schrumpfende Kundenzahl der ‚Swisscom FL' im Verhältnis zu jener der ‚Swisscom CH' zur Folge haben wird, dass die Entscheidung der Swisscom, für ihren ‚liechtensteinischen' Marktauftritt die gleichen Terminierungsentgelte zur Anwendung zu bringen wie für ihren ‚schweizerischen', in Zukunft *erst recht* Bestand haben wird; die von der Swisscom praktizierte *Anwendung einheitlicher Terminierungsentgelte (-preise; -tarife)* ist durch nichts anderes als durch die höheren Kosten jeder anderen Lösung und damit durch *ebenso stringente wie zwingende Erwägungen* bedingt[310].

Eine unterschiedliche Festsetzung der Terminierungsentgelte in Liechtenstein und in der Schweiz macht für die Swisscom *weder jetzt noch zukünftig* Sinn; dem entgegen stehende Überlegungen in Richtung einer

> *„Möglichkeit* [der Swisscom] *zur differenzierten Setzung von Terminierungsentgelten"*[311],

wie sie, *erstaunlicherweise*, auch im 3. Konsultationsdokument aufrecht erhalten werden, übergehen jene tatsächlichen Gegebenheiten, die der Regulierungsbehörde ebenso wie der Öffentlichkeit und den am Verfahren Beteiligten von der Swisscom ausdrücklich und, nochmals sei es gesagt, in aller Form bekannt gegeben wurden. Zudem laufen sie Erwartungen (des AK) zuwider, die an anderer Stelle geäussert werden[312].

---

[306] Auswertung, S. 12.
[307] Auswertung, S. 12.
[308] http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-marktanalysen/llv-ak-marktanalysen-konsultationen/llv-ak-marktanalysen-konsultationen-marktempfehlung_alt/llv-ak-marktanalysen-konsultationen-m16.htm.
[309] Stellungnahme der Swisscom (Schweiz) AG vom 24.01.2008, S. 7 (Fussnote 13).
[310] arg. *„zu kostspielig"* in der Stellungnahme der Swisscom vom 24.01.2008.
[311] Auswertung, S. 18.
[312] nämlich in der Fussnote 160 auf S. 101 des 3. Konsultationsdokuments.

Davon abgesehen ist nicht ersichtlich, warum das AK beim Thema der von der Swisscom in der Schweiz und in Liechtenstein *einheitlich verrechneten Terminierungsentgelte* nicht dem folgt, was es anderswo stipuliert: Eine

> *„reine Möglichkeit (ist) ... mit der Wahrscheinlichkeit, dass dies auch geschieht (nicht gleichzusetzen)"*[313];

wobei anzufügen ist, dass die ‚Swisscom FL' im Zusammenhang mit der hier interessierenden Thematik *weder faktisch noch rechtlich* auch nur die *Möglichkeit* dazu besitzt, von den von der ‚Swisscom CH' verrechneten Terminierungspreisen abzuweichen; und dies – wie vom AK im 3. Konsultationsdokument erwartet – auch nicht tut: Faktisch aus den oben erwähnten, dem AK mitgeteilten betrieblichen und vertraglichen Gründen und rechtlich deshalb nicht, weil die ‚Swisscom FL' – den Verzeichnissen des AK folgend ein rechtliches *Nullum* – im Vergleich zur ‚Swisscom CH' *kein eigenständig auftretendes Rechtssubjekt ist*, das Interkonnektionsverträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschliessen könnte. ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' wenden für ihre jeweiligen Marktauftritte *die gleichen Interkonnektionsverträge mit den gleichen Terminierungsentgelten* an.

Vor diesem Hintergrund wird an das AK appelliert, der ihm obliegenden Marktabgrenzung nicht *fiktive*, sondern *reale* Gegebenheiten zugrunde zu legen. Auf die bis in das Jahr 2005 praktizierte, seither jedoch *aufgegebene* Praxis unterschiedlicher Terminierungsentgelte der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' kommt es nicht mehr an: Seit dem Jahre 2005 haben sich die Umstände in diesem Zusammenhang – wie vom AK im 3. Konsultationsdokument festgestellt – *geändert*.

Zur Zweiten Erwägung: Beim Kriterium der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen geht es um die (Vor-)Leistung der Mobilterminierung auf dem identischen, grenzüberschreitenden schweizerisch-liechtensteinischen Mobilfunknetz der Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern: Nach den Worten des AK korrespondiert der hier interessierende Markt mit dem sachlich relevanten, betreiberindividuell definierten

> *„Sachmarkt pro Betreiber"*

in der Weise, dass für die Definition des räumlich relevanten Markts

> *„nur die räumliche Ausdehnung des Netzes des betroffenen Betreibers (in Betracht kommt)"*[314].

An dieser Definition ist – und zwar auch in Bezug auf die hier einzig und allein interessierende ‚Swisscom CH' – festzuhalten.

Inwiefern die Wettbewerbsbedingungen auf diesem Netz *‚heterogen'* sein sollen, geht aus den Überlegungen in der Auswertung, die sich *irrigerweise* nicht auf die ‚Swisscom CH', sondern auf die ‚Swisscom FL' beziehen[315], nicht hervor und ist eine solche Heterogenität auch nicht nachvollziehbar. Das Gleiche gilt für die Überlegungen in den Abschnitten 4.1 und 4.2 der Auswertung, die sich mit der Abgrenzung des *räumlich* relevanten Marktes nicht befassen.

Überhaupt stellt sich die Frage, auf welche Referenzgrössen sich die a.a.O. ins Feld geführten angeblich

> *„völlig andere(n) Rechtsgrundlagen und regulatorische(n) Rahmenbedingungen"*[316]

im Sinne einer *Homogenität der Bedingungen für Angebot und Nachfrage* beziehen: Auf die Endkundenmärkte in Liechtenstein und in der Schweiz? Auf den hier interessierenden Sachmarkt (Vorleis-

---

[313] Auswertung der Stellungnahmen im Rahmen der nationalen Konsultation zur Analyse des Festnetzoriginierungsmarktes (M2) vom 25.11.2009, S. 8.
[314] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 22 f.
[315] siehe hierzu die Darlegungen in Abschnitt 4.3 der Auswertung, die sich nur mit der ‚Swisscom FL' befassen; siehe hierzu aber auch die 4. und 5. Zeile, die 13. und die 25. Zeile auf S. 11 sowie die 6. und 11. Zeile auf S. 12 der Auswertung, für de das Gleiche gilt.
[316] Auswertung, S. 12.

tungsmarkt) in unterschiedlichen, betreiberindividuell definierten Mobilfunknetzen und wenn ja, in welchen Netzen oder auch nur in welchem einzelnen Netz? Auf das ‚liechtensteinische' oder auf das ‚schweizerische' Element des Vorgangs der Mobilterminierung[317]? Auf sonst eine Referenzgrösse und wenn ja, auf welche?

Antworten auf diese (Grundsatz-)Fragen sind der Auswertung, *bedauerlicherweise*, nicht zu entnehmen.

Nicht ersichtlich ist aber auch, inwiefern für die von der Swisscom (Schweiz) AG für die ‚Swisscom FL' und von der ‚Swisscom CH' *einheitlich erbrachte Leistung* der Mobilterminierung unterschiedliche (Wettbewerbs-)Bedingungen gelten sollten:

- In beiden Fällen wird die Leistung durch das gleiche Rechtssubjekt erbracht (nämlich durch die Swisscom [Schweiz] AG); hierzu wird – der Anschaulichkeit halber – auf die Ausführungen der Regierung in der Landtagssitzung vom 21.04.1999 verwiesen:

  „Gerade im Bereich der Mobiltelefonie ... möchte ich darauf hinweisen, dass ja die Kontinuität gegeben ist; über die Telecom FL AG werden ja weiterhin die Swisscom-Dienste angeboten ..."[318].

  Dieser Befund gilt nach wie vor: Diesbezüglich wird – beispielhaft und im Anschluss an die Vorgehensweise des AK im 3. Konsultationsdokument auf der dortigen S. 67, Fussnote 112 – auf die *Homogenität* der Vermarktung der Produkte-Palette „NATEL© Liberty" der Swisscom unter dem Slogan ‚*Zum Stundentarif telefonieren*' verwiesen. Auf der Endkunden-Ebene wird dieses Angebot – was den ‚liechtensteinischen' (***Abbildung 7***[319]) und den ‚schweizerischen' (***Abbildung 8***[320])

[317] siehe hierzu Abschnitt III./2/a., oben.
[318] LTP 1999 I S. 361.
[319]

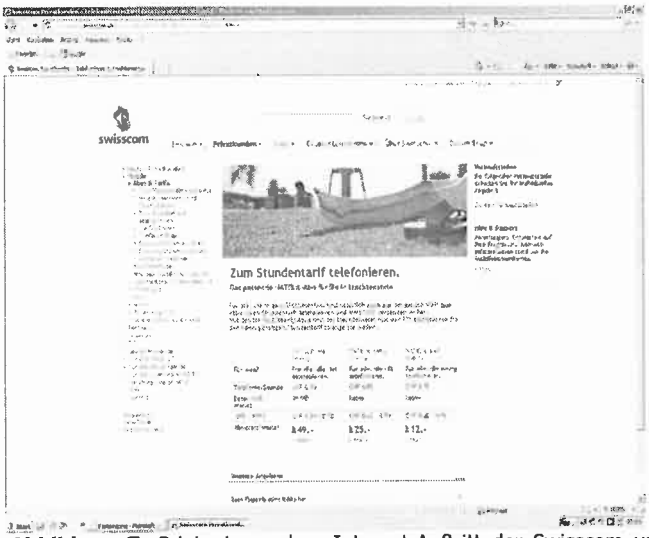

Abbildung 7. *Printout* aus dem Internet-Auftritt der Swisscom unter: http://www.swisscom.ch/res/mobile/tarife/tarife-fl/index.htm?languageId=de (=‚liechtensteinischer' Marktauftritt).
[320]

Marktauftritt (der Swisscom) betrifft – in Liechtenstein und in der Schweiz *auch in Bezug auf die Tarifangaben ohne irgendeinen Unterschied* vertrieben.

- An ihrem Sitz in Bern unterliegt die Swisscom (Schweiz) AG, für die Erbringung des ‚schweizerischen' Elements des Vorgangs der Mobilterminierung, den gleichen Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten.

- Nichts anderes gilt, *mutatis mutandis*, für das ‚liechtensteinische' Element des Vorgangs der Mobilterminierung; nämlich für den Bau und Betrieb von insgesamt acht, in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen.

- Die Leistung der Mobilterminierung wird auf ein und demselben Mobilfunknetz und im Rahmen der gleichen räumlichen Ausdehnung dieses Netzes erbracht; nämlich auf dem in Liechtenstein und in der Schweiz identischen Mobilfunknetz der Swisscom.

- Für die grenzüberschreitende Erbringung dieser Leistung nutzen ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' die gleichen Sendeanlagen und die gleichen Frequenzen:

  „Die Versorgung von swisscom FL und swisscom CH wird von den selben Standorten und auf den selben Frequenzen erreicht"; beide Marktauftritte sind *„versorgungstechnisch identisch"*[321].

- Dritten, d.h. den die Vorleistung der Mobilterminierung nachfragenden Fest-, Mobil- oder Verbindungsnetzbetreibern (oder VoIP-Anbietern), wird von der Swisscom (Schweiz) AG in beiden Fällen das gleiche (Terminierungs-)Entgelt angeboten und verrechnet; d.h. sowohl bei Anrufen auf liechtensteinische als auch bei Anrufen auf schweizerische Rufnummern[322].

- Für die Erbringung der – grenzüberschreitenden – Leistung der Mobilterminierung verfügt die Swisscom sowohl für ihren ‚liechtensteinischen' als auch für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt über eine *‚Lizenz'* im Sinne der SMP-Leitlinien; wobei aus den jeweiligen, für die ‚Swisscom FL' und für die ‚Swisscom CH' geltenden *‚Lizenz'*-Bedingungen in Bezug auf den hier interessierenden Dienst der Mobilterminierung keine einander entgegen gesetzten oder auch nur unterschiedliche (Wettbewerbs-)Bedingungen abgeleitet werden können. ‚Swisscom CH' und ‚Swisscom FL' sind zwei *in Liechtenstein konzessionierte Unternehmen*, die der Regulierungshoheit des AK nur gemeinsam unterstehen oder nicht unterstehen können.

Infolge der Vermischung des ‚liechtensteinischen' Marktauftritts der Swisscom (=‚Swisscom FL') mit dem Umstand, dass die Swisscom in Liechtenstein und der Schweiz ein und dasselbe Mobilfunknetz

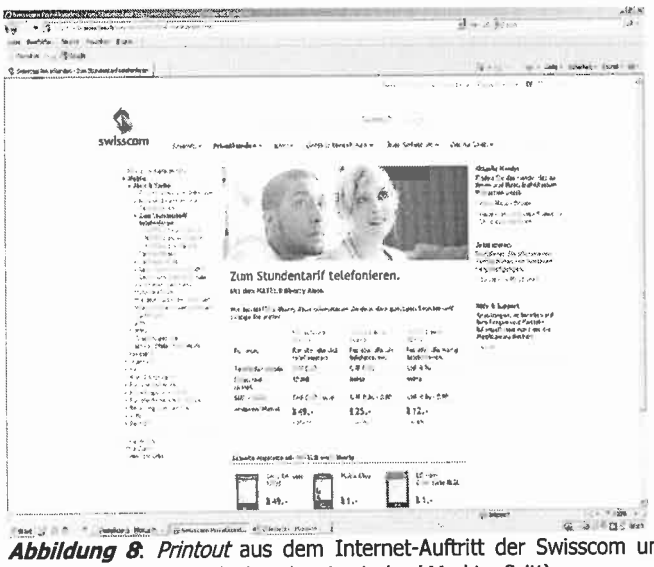

Abbildung 8: *Printout* aus dem Internet-Auftritt der Swisscom unter: http://www.swisscom.ch/res/mobile/tarife/tarife-fl/index.htm?languageId=de (=‚schweizerischer' Marktauftritt).

[321] Studie der Firma Enorm, Teil 1, S. 67.

[322] Stellungnahme der Swisscom vom 24.01.2008, S. 6, unten, und S. 7, oben (Randziffer 18.) sowie S. 14 (Randziffer 49.).

betreibt[323], besteht für die Differenzierung zwischen MVNOs und MNOs auf S. 11 der Auswertung kein Raum: Eine solche Differenzierung scheitert nur schon an der *Einheitlichkeit* (Identität) dieses Netzes; davon abgesehen wird im zweiten Abschnitt auf S. 11 der Auswertung in Übereinstimmung mit dem 1. und 2. Konsultationsdokument zu Recht darauf hingewiesen, dass die Swisscom in Liechtenstein

> *„über kein eigenständiges Netz ... verfügt"*[324].

Mit dieser – zutreffenden – Einschätzung muss es sein Bewenden haben; es wird auf das Obenstehende verwiesen.

Unzutreffend ist demgegenüber, dass die ‚Swisscom FL'

> *„Zusammenschaltungsverträge"*[325]

eingegangen sei. Sie hat dies nur schon deshalb nicht, weil die Fiktion einer ‚Swisscom FL' als einem neben der ‚Swisscom CH' stehenden unabhängigen, rechts- und geschäftsfähigen Gebilde in der Realität nicht existiert. Existent und im Melderegister eingetragen ist einzig und allein die Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern, von der die Terminierungspreise für ihre beiden Marktauftritte nicht differenziert werden. Das auch an dieser Stelle der Auswertung verortete

> *„Potential zur diesbezüglichen Diskriminierung"*[326]

ist ein weiteres Mal nicht real, sondern – und zwar auch für die Zukunft –*fiktiv* und damit unerheblich bzw. rechtlich nicht relevant.

Im Übrigen ist die Frage der *Ausübung von Marktmacht,* wie vom AK richtig erkannt, kein Gegenstand der *Marktabgrenzung,* sondern ein Gegenstand der *Marktanalyse.* Dementsprechend ist nun aber unerfindlich, inwiefern die Darlegungen im dritten Absatz von S. 11 der Auswertung zur Definition des räumlich relevanten Marktes etwas beitragen könnten.

Wenn das AK auf S. 11, unten, und S. 12, oben, der Auswertung eine *angebliche Unterschiedlichkeit* der Wettbewerbsbedingungen *zwischen der Schweiz und Liechtenstein* zum Thema macht, dann ist ihm entgegenzuhalten, dass es seinen Darlegungen die *Prämisse zweier verschiedener Netze zweier unterschiedlicher Unternehmen* zugrunde legt. Diese Annahme ist *unbegründet* und beschlägt auch nicht jenen Sachmarkt, um den es geht und der *betreiberindividuell* definiert wird. Richtig ist nur, dass die

> *„wettbewerblichen Gegebenheiten der Mobilkommunikation in der Schweiz"*[327]

(welche Gegebenheiten sind dies?) für die Frage der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen (welche Wettbewerbsbedingungen hat das AK diesbezüglich im Auge?) auf dem *identischen* Netz der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' keine Bedeutung haben.

Die Themenbereiche des *‚Rufnummernraums'*[328] und des *‚Mobile Network Code'*[329] bilden keinen Anhaltspunkt dafür, von einer *Heterogenität* der Wettbewerbsbedingungen auszugehen. Beide Kriterien liegen den SPM-Leitlinien denn auch nicht zugrunde; sodass sich die Frage nach der materiell-rechtlichen Grundlage dieser Überlegungen stellt.

Wenn behauptet wird, dass die

> *„Bedingungen und Voraussetzungen der Interkonnektion"*

---

[323] zu dieser Verwechslung kommt es im zweiten Absatz auf S. 11 der Auswertung.
[324] Auswertung, a.a.O.
[325] Auswertung, S. 11.
[326] Auswertung, S. 11.
[327] Auswertung, S. 12.
[328] Auswertung, S. 12.
[329] Auswertung, S. 12.

in Liechtenstein und in der Schweiz

„anders (sind)"[330],

dann ist daran zu erinnern, dass die Swisscom (Schweiz) AG auf dem Staatsgebiet Liechtensteins keinen MSC/GSMC[331] betreibt noch je betrieben hat; und dies aus Gründen des schweizerischen Rechts auch gar nicht darf[332].

Und es stellt sich auch hier die Frage, wovon gesprochen wird: Sowohl unter dem ‚liechtensteinischen' Marktauftritt der Swisscom (=‚Swisscom FL') als auch unter dem ‚schweizerischen' (=‚Swisscom CH') kommt es bei eingehenden Anrufen zu einer Zusammenschaltung *in der Schweiz* (=‚schweizerisches' Element des Vorgangs der Mobilterminierung) – wo die Wettbewerbsbedingungen auf ein und demselben, betreiberindividuell definierten Netz (der Swisscom) nun aber zweifellos *homogen* sind; und zwar homogen auch für den Dienst der Mobilterminierung. *Homogen* ist aber auch das ‚liechtensteinische' Element des Vorgangs der Mobilterminierung; nämlich der Vorgang der Anrufzustellung in den insgesamt acht, in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen der Swisscom.

Dies leitet zu Folgendem über:

Wenn sich der Vorgang der Mobilterminierung bei Anrufen auf liechtensteinische Rufnummern der ‚Swisscom FL' und bei Anrufen auf schweizerische Rufnummern der ‚Swisscom CH' *nicht unterscheidet* (beiderlei Vorgänge erfolgen in ein und demselben *identischen* Mobilfunknetz der Swisscom und sowohl im ‚liechtensteinischen' als auch im ‚schweizerischen' Element auf die gleiche Weise), und wenn das

„Terminierungsmonopol"[333]

sowohl der ‚Swisscom FL' als auch der ‚Swisscom CH' *am gleichen Ort besteht* (nämlich im *Core Network* der Swisscom [Schweiz] AG in der Schweiz), dann bedeutet dieser Umstand für die Frage nach der Notwendigkeit eines *Einbezugs der Swisscom in die Marktanalyse* aus allgemeinen verfassungs- und verfahrensrechtlichen[334] Gründen nichts anderes, als dass auf dem hier interessierenden Sachmarkt der Mobilterminierung nur *beide ‚parallele' Marktauftritte* (der Swisscom) *gemeinsam* Adressaten von Massnahmen der Sonderregulierung sein können[335]; d.h. nur ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' *insgesamt*[336].

Kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses – eines Rechts und einer, was entscheidungswesentlich ist, *Pflicht* des Landes Liechtenstein zur Durchsetzung von Massnahmen der Sonderregulierung gegen Unternehmen, die auf seinem Staatsgebiet im Bereich der Mobilterminierung tätig und in einer *ex ante*-Perspektive für Wettbewerbsmängel verantwortlich sind[337, 338] – und infolge der *Gleichartigkeit* des Vorgangs der Mobilterminierung bei beiden Marktauftritten (der Swisscom) im *identischen* Mobilfunknetz der Swisscom[339] handelt es sich, zwischen dem AK auf der einen und der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' auf der anderen Seite, um den nachgerade klassischen Fall einer *Identität und Untrennbarkeit des Streitgegenstandes*[340].

Unter anderem auch *wegen* dieser Identität und Untrennbarkeit des Streitgegenstandes treten ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' – der Regulierungsbehörde gegenüber – *in derselben Parteirolle* auf; näm-

---

[330] Auswertung, S. 12.
[331] siehe hierzu Conrads, a.a.O., S. 362.
[332] Art. 45 AEFV *per analogiam*. Siehe hierzu das Schreiben des BAKOM [ohne Datum] mit dem Titel *‚Nutzung des schweizerischen MCC auf liechtensteinischem Staatsgebiet'*, S. 3.
[333] 3. Konsultationsdokument, S. 29.
[334] Art. 31 Abs. 1 LV (Gleichheitssatz), Art. 31 Abs. 3 und 4 LVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 LVG und § 14 ZPO.
[335] vgl. RIS-Justiz RS0125593.
[336] vgl. EvBl 1963 Nr. 291=4 Ob 303/63.
[337] Art. 20 Abs. 1 und 2 KomG; siehe hierzu, statt vieler, das Erkenntnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes in der Rechtssache 2005/03/0109 vom 22.11.2005.
[338] Art. 10 Abs. 2 Bst. c UWG *per analogiam*.
[339] übereinstimmendes ‚schweizerisches' *und* ‚liechtensteinisches' Element des Vorgangs der Mobilterminierung; gemeinsames Terminierungsmonopol.
[340] LES 2002, S. 302 ff.

lich als *ein* Unternehmen, das für zwei parallele Marktauftritte (Produkte; *Label*) gleich gelagerte Terminierungsleistungen erbringt)[341] – wobei sich die Wirkung der zu treffenden Massnahmen auf das dieser Regulierung unterworfene Rechtssubjekt[342] und damit *auf beide Parteien* ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH'[343] *insgesamt* zu erstrecken hat:

- Wegen des *identischen* Mobilfunknetzes, das von der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' für den Dienst der Mobilterminierung *in gleicher Weise in Anspruch genommen wird*,

- wegen dem *gleichen Vorgang der Mobilterminierung bei beiden Marktauftritten* der Swisscom in Liechtenstein und in der Schweiz und

- wegen der Urheberschaft dieses Vorgangs bei ein und demselben Rechtssubjekt, der Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern,

liegt ein der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' *gemeinschaftliches faktisches und rechtliches Verhältnis* vor, das notwendigerweise *nur gegen alle Gemeinschafter gemeinsam* festgestellt und – durch das AK und im Sinne einer entsprechenden internationalen Zuständigkeit[344] – durchgesetzt werden kann[345]. Es kommt zu einer *Gemeinschaftlichkeit der rechtserzeugenden, d.h. der zu einer Sonderregulierung gesetzlich zwingenden Tatsachen*, die zwangsläufig zu einer *Einheitlichkeit der Entscheidung* führen muss[346].

Alles andere würde in die bereits angesprochenen *unüberbrückbaren Wertungswidersprüchen* münden: Anders als vom AK angenommen[347], kann zwischen dem ‚liechtensteinischen' und dem ‚schweizerischen' Marktauftritt der Swisscom *nicht differenziert werden*, ohne dass *Gleiches* – ein paralleler Marktauftritt ein und desselben Unternehmens – *ungleich* behandelt würde (Art. 31 Abs. 1 LV). ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' sind zwei in Liechtenstein konzessionierte Unternehmen, die im Inland mobil terminieren und dies auf dem gleichen Netz in der gleichen Weise tun. Darauf, dass eine unterschiedliche netz- und kundenseitige Signalisierung in diesem Zusammenhang *keinen und erst recht keinen zulässigen Differenzierungsfaktor bildet*[348], ist in Abschnitt III./2/a., oben, bereits hingewiesen worden.

Also kann die *‚Prozessführung'* (des AK) und ein einheitliches Erkenntnis (des AK) im hier interessierenden Fall einer Sonderregulierung von marktmächtigen Unternehmen auf dem betreiberindividuell definierten Markt M7 von vornherein *nur unter Einschluss von und gegen all jene* Unternehmen erfolgen, die auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins Mobilterminierungsdienste erbringen (Art. 32 Abs. 4 VKND[349])[350]. Letzteres ist, wie sich aus dem Obenstehenden ergibt, bei den beiden (materiellen) Streitgenossen ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH', die in Tat und Wahrheit nichts anderes als zwei Produkte (*Label*) *ein und desselben Anbieters* sind[351], auf dem in der Schweiz und in Liechtenstein *identischen* Mobilfunknetz der Swisscom *in gleicher Weise* der Fall[352]. Der Fiktion des AK in Richtung von zwei unterschiedlichen Unternehmen folgend stehen ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' in der Position von zwei *‚Miteigentümern'* eines *einheitlichen* wenn auch *parallelen* Marktauftritts der Swisscom (Schweiz) AG und damit in jener einer *anspruchsgebundenen einheitlichen Streitpartei*[353].

---

[341] vgl. 5 Ob 103/09x.
[342] dieses Rechtssubjekt ist die Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern.
[343] vgl. 8 Ob 579/89.
[344] LES 2008, S. 420 ff.
[345] vgl. RIS-Justiz RS0013678.
[346] vgl. RIS-Justiz RS0035496.
[347] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 18.
[348] wie dies vom AK in der zweiten Phase des Konsultationsverfahrens anders als noch wie in der ersten behauptet wird.
[349] Art. 32 Abs. 4 VKND in der Auslegung der Antwort auf die erste Vorlagefrage des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 21.02.2008 in der Rechtssache C-426/05.
[350] siehe hierzu für das deutsche Recht NVwZ 2007, 1207 Randziffer 6 m.w.H.
[351] siehe hierzu Abschnitt III./6, unten.
[352] Zudem löst sich – dies nur ganz am Rande – die Fiktion einer Unterscheidbarkeit von ‚Swisscom FL' und „Swisscom CH' *in Richtung eines einzigen, der Sonderregulierung unterworfenen Unternehmens* auch wegen der einheitlichen Wirkung der zu treffenden Massnahmen auf die Swisscom (Schweiz) AG auf, die sowohl den ‚liechtensteinischen' als auch den ‚schweizerischen' und damit beide Marktauftritte *parallel'* betreibt; und wegen der *Ununterscheidbarkeit* des Vorgangs der Mobilterminierung im Rahmen dieses parallelen ‚liechtensteinischen' und ‚schweizerischen' Marktauftritts.
[353] siehe hierzu, statt vieler, Fucik in Rechberger, ZPO, 2. Aufl., Randziffer 2 zu § 14, S. 392 m.w.H. oder RIS-Justiz RS0015643 und RS0012098.

Das Gleiche gilt aufgrund des sektorspezifischen Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 Bst. b KomG, auf dessen Grundlage die Regierung

> *„alle Marktteilnehmer"*

und damit auch die ‚Swisscom CH' mit deren ‚schweizerischen' Marktauftritt

> *„in allen Auflagen und Rahmenbedingungen"*[354]

gleich behandelt haben will. Das Gleiche gilt aber auch als Folge der dem KomG zugrunde liegenden *Gleichstellung der Schweiz mit den Mitgliedstaaten des EWR*[355]: Was den jeweils erbrachten Dienst der Mobilterminierung und dessen Einbezug in das Verfahren betrifft, sind die ‚Swisscom FL' und die ‚Swisscom CH' in ihrer Eigenschaft als Partei(en) im materiellen Sinne[356] *auch nach der Aufhebung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt)* und *unabhängig* von der Frage, ob im vorliegenden Fall ein transnationaler Markt i.S.d. SMP-Leitlinien besteht, als eine *materiell einheitliche Streitpartei*[357] i.S.d. aufgrund von Art. 31 Abs. 3 und 4 LVG subsidiär anwendbaren § 14 ZPO zu behandeln; und zwar *von Amtes wegen* (Art. 34 Abs. 1 LVG; Art. 32 Abs. 4 VKND) und bei sonstiger Nichtigkeit.

Hierauf hatten wir mit dem Hinweis auf eine *Zusammenfassung* der beiden parallelen Marktauftritt der Swisscom schon in unserer Stellungnahme vom 25.01.2008 hingewiesen[358]. *Eventualiter* wird es zu einer *notwendigen Beiladung* der ‚Swisscom CH' mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt nach Art. 34 Abs. 5 LVG kommen müssen; dies aus den im Wesentlichen gleichen Gründen[359]. Das Interesse (des Landes Liechtenstein) an einem Einbezug beider Marktauftritte in das Verfahren ist in beiden Fällen *ident*[360].

Vor diesem, vom AK mit Blick auf den an sich klaren und eindeutigen Inhalt der Prozessgesetze[361] erstaunlicherweise noch nicht in Rücksicht gestellten Hintergrund ist es rechtlich irrrelevant, ob die Swisscom dazu verpflichtet ist,

> *„die Zusammenschaltung physisch an einem Zusammenschaltungspunkt in Liechtenstein bereitzustellen"*[362].

Dem ist auch gar nicht so; eine solche angebliche, vom AK *auch an dieser Stelle erstmals geltend gemachte Verpflichtung* besteht *de lege lata* nicht[363]. Eine solche Verpflichtung, der Swisscom *de lege ferenda* auferlegt, liefe elementarsten Ver- und Geboten des KomG[364], der Wirtschaftsverfassung Liechtensteins[365], des EWRA und der EFTA-Konvention zuwider[366] und wäre *weder faktisch noch rechtlich durchsetzbar* – sodass sich *auch an dieser Stelle* die Frage stellt, wie opportun es ist, eine Konsultation oder die daraus resultierende Sonderregulierung auf Überlegungen *praeter constitutionem* zu gründen[367].

Davon abgesehen ist es aber auch nicht so, dass

---

[354] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004, S. 10.
[355] Auswertung, S. 17 (Fussnote 22).
[356] siehe hierzu, statt vieler, schon Gögl, Die Parteien im Verfahren ausser Streitsachen, ÖJZ 1957, S. 80 ff und S. 113 ff (S. 80 f und S. 117).
[357] siehe hierzu, statt vieler, schon Holzhammer, Bemerkungen zur einheitlichen Streitpartei, ÖJZ 1959, S. 619 ff.
[358] dortige S. 9.
[359] siehe hierzu für das deutsche Recht den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 6 C 16.07 (VG 1 K 3918/06) vom 31.03.2008 oder § 65 Abs. 2 VwOG.
[360] LES 2003, S 78 ff.
[361] Art. 31 Abs. 3 und 4 LVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 LVG und § 14 ZPO; Art. 32 Abs. 4 VKND.
[362] Auswertung, S. 14.
[363] in den in der Auswertung a.a.O. relevierten Art. 23 Abs. 1 Bst. d KomG und Art. 37 Abs. 1 Bst. h VKND.
[364] Art. 4 KomG (Freiheit der elektronischen Kommunikation).
[365] Art. 36 LV; siehe hierzu Frick, a.a.O., S. 121 ff (insbesondere S. 134 ff).
[366] Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.
[367] Auch an dieser Stelle kommt es vielmehr – um es zu wiederholen – einzig und allein darauf an, dass die Swisscom in Liechtenstein zu keinem Zeitpunkt einen MSC/GSMC betrieben hat und einen solchen in Liechtenstein auch heute nicht betreibt; d.h. weder für ihren ‚liechtensteinischen' noch für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt. Ein Teil der vom AK *als ‚Zusammenschaltungsleistung'* charakterisierten Mobilterminierung, nämlich der das *Core Network* betreffende (=‚schweizerisches' Element), erfolgt daher – zwingend – *in der Schweiz.*

„für das Anbieten von Mobilfunkleistungen an liechtensteinische Kunden in Liechtenstein durch die Swisscom FL gänzlich andere rechtliche Rahmenbedingungen und Voraussetzungen gegeben sind"[368]:

Zum einen geht es beim hier interessierenden Sachmarkt nicht um den Fall eines Anbietens von Mobilfunkleistungen auf dem *Endkundenmarkt*, sondern um den Fall eines Anbietens von Mobilterminierungsleistungen auf dem *Vorleistungsmarkt*; das AK irrt sich im sachlich relevanten Markt[369]. Zum anderen sind die Rahmenbedingungen und Voraussetzungen, die für die ‚Swisscom FL' und für die ‚Swisscom CH' i.S. Mobilterminierung gelten, ein und dieselben. Und zwar deshalb, weil es sich bei dem in Frage stehenden Mobilfunknetz und bei dem in Frage stehenden Vorgang (Mobilterminierung) um ein und dieselben Tatbestand in ein und derselben rechtlich/regulatorischen Umgebung handelt; nämlich um eine ununterscheidbare Zusammenschaltung[370] und Anrufzustellung[371] im *identischen* Mobilfunknetz ein und desselben Betreibers.

Im Übrigen wird in der Auswertung nicht (jedenfalls nicht ausreichend; Art. 83 Abs. 3 LVG) dargelegt, inwiefern die

„Bedingungen von Angebot und Nachfrage auf der Vorleistungsebene"

auf jenem Netz, um das es geht (dies ist das Mobilfunknetz der Swisscom),

„merklich bzw. nennenswert unterschiedlich (sind)"[372];

in diese Richtung wird vom AK – bedauerlicherweise – nichts substantiiert[373].

Hinzuweisen ist schliesslich darauf, dass der Auswertung nicht zu entnehmen ist, *von welchen Rechtsgrundlagen und regulatorischen Rahmenbedingungen* aus der Sicht des *liechtensteinischen Rechts* überhaupt ausgegangen wird: Die der ‚Swisscom FL' erteilte GSM-Mobilkonzession kann Vorgaben im Zusammenhang mit der Mobilterminierung nur schon deshalb nicht enthalten, weil diese Konzession schon vor rund fünf Jahren in eine Allgemeingenehmigung i.S.d. Neuen Rechtsrahmens hätte überführt werden müssen[374]; was – dem EWR-Recht und der Politischen Grundsatzerklärung aus dem Jahre 2004[375] zuwider – bis zum heutigen Tage nicht geschehen ist. Auf diese Konzession kann daher nicht mehr abgestellt werden, und zwar auch nicht in Richtung einer angeblichen Heterogenität.

Zur Dritten Erwägung: Die zu dieser Erwägung angestellten Überlegungen beruhen auf der Prämisse eines Nebeneinanders von ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' als zwei verschiedener, unabhängig voneinander operierender

„Unternehmen"[376]

mit eigenen Entscheidungs- und Managementstrukturen. Ein solches Nebeneinander gibt es nicht. Und zwar nur schon deshalb nicht, weil es keine solchen unterschiedlichen juristischen Personen gibt: Die ‚Swisscom FL' oder die ‚Swisscom CH' sind in den mit öffentlichem Glauben versehenen Registern des AK als Anbieter von Kommunikationsnetzen oder -diensten *nicht* verzeichnet[377].

Davon abgesehen unterschätzt das AK die Tragweite des von der ESA aufgestellten Postulats einer *generellen vorausschauenden Analyse der Struktur und des Funktionierens des in Frage stehenden*

---

[368] Auswertung, S. 12.
[369] Auswertung, S. 12.
[370] =‚schweizerisches' Element des Vorgangs der Mobilterminierung.
[371] =‚liechtensteinisches' Element des Vorgangs der Mobilterminierung.
[372] alle Zitate nach der Auswertung, S. 12.
[373] § 446 Abs. 1 Ziff. 9 ZPO. Im Übrigen sind die Bedingungen von Angebot und Nachfrage auf der Vorleistungsebene weder merklich noch nennenswert unterschiedlich: Auf der hier interessierenden, betreiberindividuell definierten Vorleistungsebene sind die Bedingungen von Angebot und Nachfrage ein und dieselben; die ‚Swisscom CH' ist auf dem hier interessierenden Sachmarkt der Mobilterminierung sowohl technisch als auch kommerziell in der gleichen Lage wie die ‚Swisscom FL'.
[374] Art. 17 der Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG.
[375] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004, S. 14.
[376] Auswertung, S. 13, erster Absatz, siebte und neunte Zeile (arg. *„beide Unternehmen"*).
[377] http://www.llv.li/amtsstellen/llv-ak-melderegister_konzessionen.htm.

Marktes[378]: Wenn das AK auf die der ‚Swisscom FL' erteilte GSM-Mobilfunkkonzession vom 08.11.2005 verweist, wird von ihm verkannt, dass diese Konzession schon sehr bald erlöschen wird – wenn die Bestimmung des Art. 73 Abs. 3 KomG nicht ohnehin schon EWR-rechtswidrig ist[379]. Damit werden aber auch alle, mit dieser Konzession verknüpften Pflichten *erlöschen*; und zwar auch jene im Zusammenhang mit einer Nutzung liechtensteinischer Identifikationsmittel. Ein Abstellen auf Gesichtspunkte, die mit *Identifikationsmitteln* im Zusammenhang stehen, verbietet sich auch aus diesem Grund: Solche Gesichtspunkte sind für die dem AK auferlegte vorausschauende Analyse (und räumliche Marktabgrenzung) sowohl faktisch als auch rechtlich *irrelevant*.

Wenn sich Abschnitt 4.3 der Auswertung darauf bezieht, dass die ‚Swisscom CH'

> *„nicht ... direkter Adressat regulatorischer Verpflichtungen sein (könnte)"*,

dann gilt auch hier: Die ‚Swisscom CH' ist jene Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern, die der direkte Adressat jener regulatorischen Verpflichtungen sein wird, die der ‚Swisscom FL' auferlegt werden sollen. ‚Swisscom CH' und ‚Swisscom FL' sind ein und dasselbe Rechtssubjekt. Eine andere rechtliche Beurteilung als im Verhältnis zur ‚Swisscom FL' verbietet sich nur schon aus diesem Grund[380].

Im Übrigen ist nochmals daran zu erinnern, dass der räumlichen Marktabgrenzung, und zwar insbesondere zur Höhe der von der Swisscom für die ‚Swisscom FL' und für die ‚Swisscom CH' einheitlich verrechneten Terminierungsentgelte, nicht *fiktive*, sondern *reale* Gegebenheiten zugrunde zu legen sind: Das AK hat das Fehlen eines rechtlichen Könnens und eines rechtlichen Dürfens und – darüber hinaus – auch eines faktischen Wollens der ‚Swisscom FL' im Verhältnis zur ‚Swisscom CH' in Rücksicht zu stellen und nicht von *fiktiven* Marktteilnehmern auszugehen, sondern von *realen*. Zu regulieren ist nach Art. 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und nach Art. 5 KomG nicht ein fiktiver, sondern der reale Markt. Das Gleiche setzen die SMP-Leitlinien voraus[381].

Im Ergebnis ist den Darlegungen zur nachfrage- und angebotsseitigen Substituierbarkeit auf Vorleistungsebene in Abschnitt 4.3 der Auswertung *nichts* zu entnehmen, das *gegen* die Annahme eines vom Mobilfunknetz der Swisscom aufgespannten länderübergreifenden Marktes spräche. Das Fazit, zu dem das AK gelangt, fällt rechtlich unrichtig aus: *Entgegen* den ohnehin nur *abstrakten* Erwägungen des AK ist die Frage der Homogenität der Bedingungen für Angebot und Nachfrage – auf das *konkrete* Mobilfunknetz der Swisscom bezogen – *sehr wohl* in Richtung eines durch dieses Netz aufgespannten betreiberindividuellen länderübergreifenden Mobilterminierungsmarkts auszulegen.

Kriterium (iii) *– Beschränkung der Konzessionen und Berechtigung zur Frequenznutzung der Mobilfunkbetreiber auf das liechtensteinische Hoheitsgebiet:* Wie in den Abschnitten III./C und III./D, oben, aufgezeigt, verfügt die Swisscom (Schweiz) AG für die Erweiterung ihres Mobilfunknetzes auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins über eine *‚Lizenz'* i.S.d. Randziffer 60. der SMP-Leitlinien; und zwar auch für eine rechtliche, technische und physische Erweiterung ihres Funkzugangsnetzes (*Radio Access Network*) für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt als ‚Swisscom CH'.

Dementsprechend verhält es sich keineswegs so, dass sich

> *„die Konzessionen bzw. Bewilligungen zur Frequenznutzung ... nur auf das liechtensteinische Staatsgebiet erstrecken"*[382].

Das *Gegenteil* ist der Fall: Als ein Mobilbetreiber mit Sitz in der Schweiz ist die Swisscom (Schweiz) AG auf der Grundlage der geltenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumente ohne weiteres dazu berechtigt, ihr in der Schweiz gelegenes Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins zu erstrecken, um auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins Mobilfunkdienste anbieten

---

[378] siehe hierzu das Erkenntnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes in der Rechtssache 2007/03/0211 vom 25.06.2008.

[379] Art. 73 Abs. 3 KomG widerspricht der Fristsetzung von Art. 17 der Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG.

[380] Davon abgesehen hätte das Vollzugsdefizit zwischen der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' durch die Bestimmung des Art. 21 Abs. 4 KomG (alt), die einem Vorschlag des AK entspricht, im Sinne einer transnationalen Regulierung ausgeglichen werden sollen. Bedauerlicherweise ist die durch diese Bestimmung geschaffene Kompetenz ersatzlos gestrichen worden.

[381] dies mit dem Verweis in diesen Leitlinien auf die *‚Nachweise'*, die bei der Marktabgrenzung zu erheben sind.

[382] 2. Konsultationsdokument, S. 26 f.

zu können (‚schweizerischer' Marktauftritt der Swisscom; ‚Swisscom CH'); dies in Konkurrenz zu den liechtensteinischen Mobilbetreibern, unter Einschluss von insgesamt acht, in Liechtenstein gelegen Sendeanlagen und *auch für den Dienst der Mobilterminierung.*

Nicht nachzuvollziehen ist schliesslich der Inhalt der Fussnote 43 des 1. und der Fussnote 50 des 2. Konsultationsdokuments[383]: *In casu* interessiert nicht die Versorgung des gegenüberliegenden *schweizerischen* Rheintals von Liechtenstein aus, sondern einzig und allein die Versorgung des – gesamten – Staatsgebiets *Liechtensteins* aus der Schweiz.

Kriterium (iv) *– Betreiberindividuelle Definition des in Frage stehenden Marktes:* Die betreiberindividuelle Definition des in Frage stehenden Marktes der Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen (hier: im Mobilfunknetz der Swisscom) zwingt – im Gegensatz zu den auch insofern unzutreffenden Darlegungen des AK – zur Annahme eines länderübergreifenden Marktes *eben gerade.*

Dies nur schon deshalb, weil das in Frage stehende Mobilfunknetz *ein und dasselbe Netz des gleichen Betreibers* ist, nämlich das Mobilfunknetz der Swisscom (Schweiz) AG; und weil der Vorgang der Mobilterminierung in beiden Fällen – bei der Zusammenschaltung und Anrufzustellung auf liechtensteinische Rufnummern der Swisscom und bei der Zusammenschaltung und Anrufzustellung auf schweizerische Rufnummern der Swisscom – *der gleiche ist.*

So, wie die betreiberindividuellen Mobilfunknetze der liechtensteinischen Mobilbetreiber im 1. und im 2. Konsultationsdokument als räumlich relevanter Markt definiert worden sind, hat dies daher auch in Bezug auf das betreiberindividuelle Mobilfunknetz der Swisscom zu erfolgen. Ein betreiberindividuelles Mobilfunknetz der ‚Swisscom FL' oder der ‚Swisscom CH' nur in Liechtenstein *gibt es nicht*; es gibt nur ein einziges – grenzüberschreitendes – der Swisscom (Schweiz) AG.

Kriterium (v) *– Regulierungshoheit des AK:* Ins Leere geht aber auch der Einwand, dass die schweizerischen Mobilbetreiber der Regulierungshoheit des AK nicht unterstünden.

Zum einen ist dem nicht so; diesbezüglich wird auf das Obenstehende verwiesen. Zum anderen hat man die *vom AK selbst vorgeschlagene* Norm des Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) in das Gesetz aufgenommen, um der Existenz länderübergreifender Märkte mit der Schweiz eben gerade Rechnung zu tragen[384, 385]; dies mit den Mitteln einer gesetzlich zwingenden transnationalen Regulierung und auf einer entsprechenden staatsvertraglichen Grundlage (nämlich auf der Basis einer *‚Regulierungsübereinkunft'* zwischen Liechtenstein und der Schweiz). Seinen eigenen Angaben zufolge

> *„hat das AK auch wettbewerbswidriges Verhalten zu ahnden, das grenzüberschreitend im EWR-Binnenmarkt negative Auswirkungen zeitigt"*[386].

Hieran ist auch nach der Aufhebung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) festzuhalten.

Davon abgesehen unterliegt das AK nach wie vor einem Irrtum, wenn es hofft, die ‚Swisscom FL' seiner Regulierungshoheit unterstellen zu können: Die vom AK auf S. 19 der ersten Auswertung der Stellungnahmen in Richtung angeblicher

> *„ausreichender rechtlicher Sanktionsmassnahmen"*[387]

---

[383] *„Dieser Schlussfolgerung tut kein Abbruch, dass aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarung Präferenzfrequenzen an der Landesgrenze von den Betreibern so genützt werden dürfen, dass aufgrund der vorliegenden Topographie das gegenüberliegende schweizerische Rheintal mitversorgt werden kann. Ohnehin müssen sich die Basisstationen auf inländischem Staatsgebiet befinden".*

[384] Mit anderen Worten: Für den – wie man sieht – aus rechtlichen Gründen erforderlichen Einbezug der Swisscom (Schweiz) AG in das Verfahren hat der Gesetzgeber den Weg von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) vorgesehen. Entgegen den Äusserungen im Vernehmlassungs- und im Gesetzgebungsverfahren hat man diesen Weg in der Folge (und zum Nachteil der liechtensteinischen Mobilbetreiber) jedoch nicht beschritten. Stattdessen ist die Bestimmung des Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) wegen unseren Einwendungen im Zuge der KomG-Revision 2009 aufgehoben worden.

[385] Nur der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) mit dem nach wie vor aufrechten Art. 59 Abs. 3 KomG korrespondiert: Ohne eine Anerkennung länderübergreifender Märkte macht die Bestimmung des Art. 59 Abs. 3 KomG, was das Kapitel IV. des KomG über die Sonderregulierung betrifft, keinen Sinn.

[386] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 30.

[387] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 19.

ins Feld geführten Argumente können von der Swisscom nur schon durch eine Migration ihrer Kunden von der ‚Swisscom FL' zur ‚Swisscom CH' ohne weiteres unterlaufen werden. Solche Massnahmen dürften sich in der Praxis als mehr oder weniger *wirkungslos* erweisen; von ihrer fehlenden *politischen* und damit *praktischen* Durchsetzbarkeit ganz zu schweigen[388]. Will man sich auf Sanktionsmöglichkeiten berufen, haben solche Optionen real und nicht fiktiv zu sein.

Zu guter letzt nutzt das AK das Argument der Grenzen seiner Regulierungshoheit an dieser Stelle auf eine unzulässige Weise (Art. 2 Abs. 2 PGR): Zuerst schlägt das AK die Norm des Art. 21 Abs. 4 KomG (alt), mit der seine *im Verhältnis zur Schweiz fehlende Regulierungshoheit* durch Vereinbarungen mit den zuständigen schweizerischen Behörden *kompensiert* werden sollte, aus eigenem Antrieb vor; dann erklärt es den von ihm selbst vorgeschlagenen Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) auf unsere Einwendungen hin als *‚unanwendbar'*, nur um die Existenz änderübergreifender Märkte mit der Schweiz mit der Begründung abzutun, dass man – den in Liechtenstein grenzüberschreitend tätigen, von ihm selbst zum Markt zugelassenen schweizerischen Mobilbetreibern gegenüber – keine Eingriffsbefugnisse habe.

Eine solche Argumentation ist kein Ausdruck einer berechenbaren Amts- und Regulierungstätigkeit. Mit einer solchen Argumentation wird das Abgehen von der von Art. 21 Abs. 4 (alt) postulierten Zusammenarbeit mit den zuständigen schweizerischen Behörden in einen Grund dafür umgewandelt, die Existenz länderübergreifender Märkte mit der Schweiz zu negieren – und um damit nicht weniger als jene Prämisse zu bestreiten, auf deren Grundlage man die Bestimmung des Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) *selbst vorgeschlagen hatte* (!).

Kriterium (vi) *– Erstrecken des betreiberindividuell definierten Marktes beim Vorliegen eines transnationalen Marktes auf zwei Staatsgebiete:* Bei diesem Kriterium geht es darum, dass ein transnationaler Markt auf zwei Staatsgebiete erstreckt wird[389], *eben gerade.* An dieser Stelle hält das AK diesem Markt genau das entgegen, was ihn konstituiert: Den Umstand nämlich, dass es sich bei diesem Markt um einen *länderübergreifenden* handelt, der sich auf zwei Staatsgebiete erstreckt. Eine solche Argumentation ist nicht nachvollziehbar.

b. Darlegungen in Abschnitt 5 der Auswertung

Zu Abschnitt 5.1 der Auswertung: In Liechtenstein betreibt die Swisscom keinen MSC/GMSC. Ein solcher wird, gesetzlich zwingend, nur in der Schweiz betrieben[390].

Davon abgesehen legt die Auswertung mit keinem Wort dar, inwiefern die Swisscom (Schweiz) AG in Liechtenstein über eine

> *„entsprechende Infrastruktur"*[391]

verfügt, die sich zu einer Interkonnektion eignen würde. Das *Gegenteil* ist der Fall: Die – wie es in der Fussnote 19 der Auswertung artikuliert wird –

> *„zusammenschaltungsfähige Kernnetzinfrastruktur"*

der Swisscom ist *nicht* in Liechtenstein belegen, sondern – für den parallelen ‚liechtensteinischen' *und* ‚schweizerischen' Marktauftritt der Swisscom in gleicher Weise – *in der Schweiz.*

Auf diesen, vom AK a.a.O. zu Recht als *entscheidungswesentlich* erkannten Umstand der Belegenheit der für die Interkonnektion geeigneten *Core Network*-Infrastruktur kommt es an zentraler Stelle an: Wegen der gesetzlich zwingenden Belegenheit des *Core Network* der Swisscom *in der Schweiz* finden

> *„Nachfrage und Angebot nach direkten Terminierungsleistungen auf dem gegenständlichen Mobilterminierungsmarkt"*[392]

---

[388] A.a.O. wird vom AK übersehen, dass die *„Frequenzressourcen"*, die es der Swisscom im *„Widerhandlungsfall"* entziehen will, dem Vernehmen nach solche der Swisscom und nicht der Regierung i.S.v. Art. 31 Abs. 1, erster Satz, KomG sind.
[389] nämlich der betreiberindividuell definierte Mobilterminierungsmarkt der Swisscom (Schweiz) AG.
[390] nämlich in Chur im Kanton Graubünden.
[391] Bericht und Antrag Nr. 104/2005, S. 58.

nicht (nur) in Liechtenstein statt, sondern – wohlgemerkt und entgegen den Annahmen des AK – *(auch) in der Schweiz*. Die Vorleistung der Mobilterminierung muss, und zwar sowohl bei Anrufen auf liechtensteinische Rufnummern der ‚Swisscom FL' als auch bei Anrufen auf schweizerische Rufnummern der ‚Swisscom CH', *in der Schweiz* bezogen werden; nämlich bei dem diese Vorleistung anbietenden Unternehmen Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz und *Core Network* (*Interconnection Facilities*; PoI [*Point of Interconnetion*]) in der Schweiz.

Damit gewinnt der Vorgang der Mobilterminierung auf dem identischen Mobilfunknetz der Swisscom auch in dieser *kommerziellen* Hinsicht eine grenzüberschreitende Dimension. Und es erweist sich, dass neben der ‚Swisscom FL' auch die ‚Swisscom CH' in das Verfahren einzubeziehen ist: In beiden Fällen bzw. auf beiderlei Marktauftritte bezogen liegt, was den Vorgang der Mobilterminierung betrifft, rechtlich, technisch, physisch und *kommerziell* ein und derselbe Tatbestand vor. Differenzierungen zwischen einer ‚Swisscom FL' und einer ‚Swisscom CH' sind ausgeschlossen; es wird auf das Obenstehende verwiesen.

Umso erstaunlicher ist, dass zu diesem Umstand immer noch von Annahmen ausgegangen wird (nämlich insbesondere zur *‚zusammenschaltungsfähige(n) Kernnetzinfrastruktur'*[393] der Swisscom), die der Wirklichkeit widersprechen. Dass das AK a.a.O. erwägt, Anbieter mit Sitz im *Ausland* einer Interkonnektionspflicht im *Inland* zu unterstellen, erstaunt.

Im Übrigen erfolgt die Zusammenschaltung zwischen den in Liechtenstein tätigen Mobilbetreibern nicht direkt, sondern nur indirekt (nämlich über die Telecom Liechtenstein AG)[394]. Ebenso wenig ist die Swisscom zu einer Interkonnektion in Liechtenstein rechtlich verpflichtet; die auf S. 13 im letzten Absatz der Auswertung zum ersten Mal relevierte

> *„allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung"*

nach Art. 26 KomG und den Art. 44 ff VKND

> *„trifft"*

die Swisscom (Schweiz) AG, die ihren Sitz im Ausland hat, eben gerade *nicht*[395]:

> *„Als Besonderheit des liechtensteinischen Mobilterminierungsmarktes ist zu erwähnen, dass keiner der Mobilbetreiber über eine direkte Zusammenschaltung mit einem anderen Mobilbetreiber verfügt. Sämtlicher Interkonnektionsverkehr wird somit über die LTN Liechtenstein TeleNet AG als Transitnetzbetreiber oder über andere Transitnetzbetreiber im Ausland (z.B. über den Konzern/Mutterunternehmen) terminiert"*[396].

Damit fallen die Schlussfolgerungen in Abschnitt 5.1 der Auswertung in sich zusammen bzw. liegt diesen Schlussfolgerungen das *Gegenteil* dessen zugrunde, was sowohl faktisch als auch rechtlich vorgegeben ist.

Zu Abschnitt 5.2 der Auswertung: An dieser Stelle reklamiert das AK – im Widerspruch zu den Feststellungen im 1. und im 2. Konsultationsdokument – *zum ersten Mal* eine eigene (*‚unterschiedliche und unterscheidbare'*[397]) bzw. eine

> *„eigenständige"*[398]

Identität des Funkzugangsnetzes (*Radio Access Network*) der Swisscom in Liechtenstein im Vergleich zu dem in der Schweiz gelegenen.

---

[392] Auswertung, S. 14.
[393] Fussnote 19 der Auswertung.
[394] Stellungnahme der Swisscom (Schweiz) AG vom 24.01.2008, S. 12 (Randziffer 37).
[395] alle Zitate nach Auswertung, S. 13.
[396] S. 25 des 1. und S. 27 des 2. Konsultationsdokuments.
[397] Auswertung, S. 15.
[398] Auswertung, S. 17.

Dieser Richtungswechsel widerspricht den von der Regierung eingeholten Analysen:

> *„Betreiber 228-01* [='Swisscom CH'] *ist ... versorgungstechnisch identisch mit Betreiber 295-01* [='Swisscom FL'], *die Trennung ist vermutlich nur ‚virtuell' durch eine doppelte Signalisierung*"[399].

Darüber hinaus impliziert der vom AK modifizierte Begriff der *‚Mobilterminierung'*, von dem – nunmehr – auszugehen ist[400], aufgrund der Netzarchitektur des Mobilfunknetzes der Swisscom einen solchen Vorgang *auch in der Schweiz* und damit eine grenzüberschreitende Dimension dieses Netzes im Sinne eines länderübergreifenden Marktes *per se*. Unabhängig davon, ob sie Kunden der ‚Swisscom FL' oder der ‚Swisscom CH' sind, haben die Kunden der Swisscom (Schweiz) AG in deren grenzüberschreitenden Mobilfunknetz *keine zusätzlichen Verbindungs- und/oder Kommunikationskosten zu tragen*. Von einem *eigenen* oder gar *eigenständigen* Mobilfunknetz der Swisscom kann in Liechtenstein nur schon deshalb keine Rede sein, weil die in Liechtenstein gelegenen Systemkomponenten ohne die in der Schweiz gelegenen erstens nicht betrieben werden können und weil die Verrechnungspreise auf beiden Netzen zweitens ein und dieselben sind[401, 402].

Gestützt wird dieser Befund durch den Inhalt von Fussnote 45 der SMP-Leitlinien, nach deren Massgabe die folgenden beiden *‚Tatsachen'* erklären,

> *„warum Mobilfunkmärkte als nationale Märkte angesehen werden"*.

Dies ist

- zum einen deshalb der Fall, weil *„Mobilfunkbetreiber nur in den Gebieten Dienste anbieten können, für die sie über eine Lizenz verfügen"*;

- und zum anderen deshalb, weil *„eine Netzarchitektur die geografische Tragweite der Mobilfunklizenzen widerspiegelt"*.

Aus diesen beiden *‚Tatsachen'*, die das AK – entgegen den Konklusionen 1 bis 4 in der Auswertung – an anderer Stelle *ebenfalls* als die *vor allem massgebenen Kriterien* bezeichnet[403], resultiert der von der Swisscom aufgespannte transnationale Sachmarkt *e contrario*: Zum einen verfügt die Swisscom nicht nur für ihren ‚liechtensteinischen', sondern auch für ihren ‚schweizerischen' Marktauftritt über eine *‚Lizenz'*, um auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins Mobilfunkdienste unter Einschluss des Dienstes der Mobilterminierung anbieten zu können (erste *‚Tatsache'*). Zum anderen spiegelt die Netzarchitektur des Mobilfunknetzes der Swisscom dessen geographische Reichweite wieder, die sich sowohl für den ‚liechtensteinischen' als auch für den ‚schweizerischen' Marktautritt auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins erstreckt (zweite *‚Tatsache'*).

Zu beidem wird nochmals auf die ***Abbildung 4*** verwiesen, in der die *‚Lizenz'* und die geographische Tragweite des Mobilfunknetzes der Swisscom farblich homogen in Erscheinung tritt und in der sich das *‚Lizenz'*-Gebiet der Swisscom für ihren parallelen ‚schweizerischen' und ‚liechtensteinischen' Marktauftritt auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins erstreckt[404].

---

[399] Studie der Firma Enorm, Teil 1, S. 67.

[400] und von dem auf S. 14, unten, und S. 15, oben, der Auswertung denn auch ausgegangen wird.

[401] Ebenso wenig kommt es in diesem Netz und für diese Kunden zu einem Verlust bestimmter zusätzlicher Leistungen.

[402] Davon abgesehen geht aus den Darlegungen des AK zu einer angeblichen *‚Unterscheidbarkeit'* der Mobilfunknetze der ‚Swisscom FL' und der 'Swisscom CH' nichts hervor, das für eine Antwort auf die Frage, ob die Swisscom einen länderübergreifenden Markt aufspannt, verwertet werden könnte. A.a.O. erschöpft sich das AK in einer Kritik an einem Gutachten, ohne zu sagen, inwiefern es die von ihm selbst aufgestellten Kriterien (i) bis (viii) oder die Kriterien der SMP-Leitlinien zur Anwendung bringt.

[403] arg. *„insbesondere"* in der Analyse des Vorleistungsmarktes für den Zugang und die Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (M15) – endgültige Fassung vom Juli 2008 – S. 24.

[404] Und nur der Vollständigkeit halber wird daran erinnert, dass der vom AK in Bezug auf die länderübergreifende Märkte in den Jahren 2004 bis 2006 eingenommene Standpunkt einer *rechtlich richtigen Beurteilung* entsprochen hat und nach ständiger Rechtsprechung nur dann aufgegeben werden darf, wenn für einen solchen Schritt *deutlich überwiegende* oder *schlechthin zwingende* Gründe bestehen. Solche Gründe sind weder in der Auswertung noch im 3. Konsultationsdokument zu erkennen; und auch nicht in den angeblichen, jedoch nicht näher erläuterten *‚Erfahrungen'* des AK, mit denen die Aufhebung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) begründet worden ist. Hierzu wird auf § 12 ABGB sowie auf die Rechtsprechung in LES 2003, S. 48 ff verwiesen.

Zu Abschnitt 5.3 der Auswertung: Wenn das AK auf das Schreiben der Europäischen Kommission vom 30.01.2007 in der Sache SG-Greffe (2007) D/20 7396 an die *Gibraltar Regulatory Authority (GRA)* in der Rechtssache Nr. GI/2007/0723 Bezug nimmt, dann übersieht es, dass die Europäische Kommission – *nach* dem vom AK auf S. 15 im letzten Absatz der Auswertung wiedergegebenen Zitat – wie folgt weiterfährt:

> *„Notwithstanding this, the Commission notes GRA's conclusions that Gibraltar residence would not give up their Gibraltarian mobile SIM cards to a sufficient extend as using Spanish SIM cards in Gibraltar would be more costly even where they operate satisfactorily".*

Auch dieser Umstand unterscheidet den liechtensteinischen Mobilfunkmarkt von jenem Gibraltars *von Grund auf*: Im Unterschied zu Gibraltar ist es für einen Kunden in Liechtenstein in keiner Weise teurer[405], statt einer liechtensteinischen eine schweizerische SIM-Karte (der Swisscom) zu nutzen; auch an dieser Stelle wird auf das Obenstehende verwiesen.

In Wirklichkeit ist die von der Europäischen Kommission in Bezug auf Gibraltar kommentierte Ausgangslage mit der in Liechtenstein bestehenden weder also *‚grundsätzlich'* noch sonst wie *‚vergleichbar'*; sodass sich eine

> *„Übereinstimmung mit der herrschenden Praxis in der EU bzw. im EWR"*

mangels Vergleichbarkeit nicht auch nur ansatzweise behaupten lässt.

Wenn das AK im zweiten Absatz von S. 16 der Auswertung auf Randziffer 60 Bst. b der SMP-Leitlinien Bezug nimmt, dann ist ihm ebenfalls zu widersprechen. Im Zuge der oben erwähnten Fragerunde hat es das AK auch der ‚Swisscom CH' auch für deren ‚schweizerischen' Marktauftritt freigestellt, ihr in der Schweiz betriebenes Mobilfunknetz auf das – gesamte – Staatsgebiet Liechtensteins räumlich auszudehnen; dies auch von in der Schweiz gelegenen und, darüber hinaus, auch von in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen aus. Dieser Umstand kommt einer Konzession gleich; nämlich einer *‚Lizenz'* zu einer grenzüberschreitenden Tätigkeit als ein Anbieter in Liechtenstein, *im Rahmen eines länderübergreifenden Marktes* und den SMP-Leitlinien folgend.

Nichts anderes gilt für das zweite, vom AK ins Feld geführte Kriterium der ‚Bewilligungen zur Frequenznutzung': Aufgrund der zwischen Liechtenstein und der Schweiz

> *„zwischenstaatlich geschlossene(n) Frequenzvereinbarungen"*[406]

hat die Swisscom das Recht dazu, liechtensteinische (Vorzugs-)Frequenzen an der Grenze zur Schweiz bzw. 15 km darüber hinaus zu nutzen. Was das Mobilfunknetz der Swisscom für deren ‚schweizerischen' Marktauftritt angeht (=‚Swisscom CH'), ist also auch das Kriterium der *‚Bewilligungen zur Frequenznutzung'* erfüllt; es wird auf das Obenstehende und darauf verwiesen, dass das AK diesen Umstand in der ersten Auswertung der Stellungnahmen rechtlich unrichtig als unerheblich verwirft.

Zu Abschnitt 5.4 der Auswertung: Eine unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten des EWRA im Verhältnis zur Swisscom, einem Unternehmen mit Sitz *in der Schweiz*, kommt nicht in Frage[407]. Im Verhältnis zu einem solchen Unternehmen spielen die Grundfreiheiten des EWRA – als solche – keine Rolle; wohl aber jene der EFTA-Konvention.

Stattdessen ist entscheidungswesentlich, dass die von der Swisscom angebotene Mobilterminierungsleistung *nicht in Liechtenstein bezogen werden kann*, sondern *in der Schweiz bezogen werden muss* (nämlich bei dem diese Leistung erbringenden Rechtssubjekt, der Firma Swisscom [Schweiz] AG mit Sitz in Bern). Also ist der Geschäftssitz der Swisscom *sehr wohl von Relevanz*; eine Erklärung dafür, aus welchem Grund dieser Umstand für die Frage der Marktabgrenzung

---

[405] arg. *„more costly"*.
[406] Auswertung, S. 22.
[407] gleicher Meinung: Gutachten Büchel, S. 45.

„vollkommen bedeutungslos"[408]

sein soll, lässt die Auswertung – mit Blick auf die Tragweite dieses Umstands *erstaunlicherweise* – offen.

Welche Substanz der Verweis im dritten Absatz von S. 17 der Auswertung haben soll, ist nicht nachvollziehbar. Im identischen, grenzüberschreitenden schweizerisch-liechtensteinischen Mobilfunknetz der Swisscom werden die Kunden der ‚Swisscom FL' auf der Abrechnungsebene gleich behandelt wie jene der ‚Swisscom CH'. Auch hier gilt: Die Swisscom betreibt in der Schweiz und in Liechtenstein nur ein einziges und ein und dasselbe Netz; die vom AK ins Feld geführten Differenzierungen sind auch an dieser Stelle nicht real, sondern fiktiv.

Wenn das AK auf S. 18 im ersten Absatz der Auswertung erwägt, dass die ‚Swisscom FL' zu einem

„eigenständigen Abschluss von Zusammenschaltungsvereinbarungen"[409]

in der Lage sei, dann ist ihm ein weiteres Mal entgegenzuhalten, dass es die ‚Swisscom FL' als ein eigenständig handelndes Rechtssubjekt und damit als einen eigenständig handelnden (Vertrags-)Partner solcher Vereinbarungen nur schon aus rechtlichen Gründen nicht gibt; und dass solche Vereinbarungen denn auch nicht existieren. Hierzu wird nochmals auf das vom AK nach Art. 18 RKV geführte Melderegister verwiesen, in dem eine ‚Swisscom FL' nicht eingetragen ist: Als ein im Melderegister eingetragener Betreiber ist die ‚Swisscom FL' *inexistent*.

c. Kritikpunkte in methodischer Hinsicht

Nur der Vollständigkeit halber werden den Abschnitten 4 und 5 der Auswertung die folgenden fünf Kritikpunkte als methodische Mängel entgegen gehalten.

Kritikpunkt K1: Die Frage der Substituierbarkeit auf den Märkten der elektronischen Kommunikation ist für die Frage der Marktabgrenzung nur sekundär von Bedeutung. Primär von Bedeutung ist der Grundsatz von Randziffer 60. der SMP-Leitlinien[410], der wie folgt lautet:

> *„Die räumliche Marktabgrenzung bestimmt sich ... insbesondere durch zwei Kriterien: Zum einen ist abzustellen auf das von einem Netz erfasste Gebiet und zum anderen auf bestehende Rechts- und andere Verwaltungsinstrumente"*[411].

Mit andren Worten: In der elektronischen Kommunikation ist die Grenze für den geographisch relevanten Markt zwar auch

„anhand der räumlichen Dimension der stattfindenden Austauschbeziehungen zu ziehen"[412]

und auch

„nach den Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite zu bestimmen"[413].

Diese Dimension ist und diese Wahlmöglichkeiten werden – in aller Regel und bei einem betreiberindividuell definierten Markt wie jenem der Mobilterminierung *erst recht* – jedoch vor allem *durch das in Frage stehende Netz und dessen räumliche Ausdehnung determiniert*.

Insofern übergehen die *‚Konklusionen'* auf den S. 7 f der Auswertung die herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung, wie sie in den SMP-Leitlinien kodifiziert worden sind. Sie widersprechen

---

[408] Auswertung, S. 16.
[409] Auswertung, S. 16.
[410] Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., S. 43, Randziffer 103.
[411] Schütze in Wissmann, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., S. 104, Randziffer 42.
[412] Klaue/Schwintowski, Marktabgrenzung und Marktbeherrschung im Telekommunikationssektor, S. 31.
[413] Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., S. 398, Randziffer 18.

darüber hinaus dem, was das AK an anderer Stelle sagt und wovon das AK ursprünglich ausgegangen wr[414].

Kritikpunkt K2: Bei seinen Erwägungen im zweiten Absatz auf S. 8 und in den Abschnitten 4.1 und 4.2 der Auswertung und bei seinen Überlegungen in den Abschnitten 4.3 und 4.4 stellt das AK weder auf die *Bekanntmachung der ESA über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts im Europäischen Wirtschaftraum (EWR)*[415] und auf die *Nachweise* ab, die in dieser Bekanntmachung für die Abgrenzung räumlich relevanter Märkte unterteilt werden[416], noch auf die Praxis der Europäischen Kommission zur Marktabgrenzung[417] und auf die im Zuge dieser Praxis ins Feld geführten Kriterien[418]. Stattdessen orientiert sich die Auswertung an isolierten und – mit Blick auf die betreiberindividuelle Definition des hier interessierenden Sachmarkts – nicht immer verständlichen und, darüber hinaus, weitgehend redundanten *‚Substitutionsuntersuchungen'*[419, 420].

Kritikpunkt K3: Dem vom AK für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes gewählten Ansatz liegt nicht, wie von der ESA gefordert[421], eine

> *„generelle vorausschauende Analyse der Struktur und des Funktionieren des in Frage stehenden Marktes"*,

sondern das *Gegenteil* zugrunde. So wird dem Umstand, dass die Marktanteile der ‚Swisscom FL' zu Gunsten jener der ‚Swisscom CH' seit Jahren und seit der ersten und zweiten Phase des Konsultationsverfahrrns *noch stärker rückläufig* sind, kein Wort zuteil. Die Folgen dieser Tendenz liegen auf der Hand und sind vom AK bei der ihm obliegenden Markabgrenzung in Rücksicht zu stellen: Nach den SMP-Leitlinien ist die Definition des räumlich relevanten Markts kein Selbstzweck, sondern

> *„Teil eines Vorgangs, der darauf abzielt, die Marktmacht eines Unternehmens* [hier: der ‚Swisscom CH' mit ihrem ‚schweizerischen' Marktauftritt] *zu bemessen"*[422].

Kritikpunkt K4: Auf die Erwägungen in Abschnitt 3. der Auswertung (auf den dortigen S. 7 und 8), die dem Verhältnis zwischen dem vom Netz erfassten Gebiet[423] und der räumlich relevanten Marktabgrenzung gelten, ist – der Vollständigkeit halber – wie folgt einzugehen:

Erstens befasst sich das AK mit dem hier interessierenden (Verfahrens-)Gegenstand – der auf das Mobilfunknetz der Swisscom (‚Swisscom CH'; ‚schweizerischer' Marktauftritt) bezogenen Frage nach der räumlich relevanten Marktabgrenzung – an dieser Stelle der Auswertung *nicht*; die Darlegungen des AK wenden nicht die Kriterien von Randziffer 60. der SMP-Leitlinien an, sondern erschöpfen sich in einer Kritik an der Vorgehensweise in einem Sachverständigengutachten. *Zweitens* ist nicht erkennbar, inwiefern sich der letzte Satz auf S. 7 der Auswertung (beginnend mit *„Der Umstand ..."*) dazu eignen soll, die Aussage im ersten Satz auf S. 8 zu stützen (beginnend mit *„Würden Märkte ..."*). Die Argu-

---

[414] nämlich in Abschnitt 4.2.1. der Auswertung auf den S. 22 f.

[415] ABl. Nr. L 200 vom 16.07.1998 S. 48 ff, insbesondere Randziffern 29. bis und mit 31. und 44. ff.

[416] Bekanntmachung der EFTA-Überwachungsbehörde über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts im Europäischen Wirtschaftraum (EWR), ABl. Nr. L 200 vom 16.07.1998 S. 48 ff, Randziffern 44. ff.

[417] siehe hierzu, statt vieler, Sleuwaegen/De Voldere/Pennings, *The implications of globalization for the definition of the relevant geographic market in competition and competitiveness analysis*, 2001, S. 36 ff.

[418] Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auf die Erwägungen der Europäischen Kommission in Randziffer 38., zweiter Absatz, ihrer Entscheidung vom 10.07.2002 in der Rechtssache COMP/M.2803 verwiesen: *„Second, given that international roaming charges for mobile telephony calls are very costly, mobile telephony service providers rarely make it economic for customers in one country to obtain their mobile services on a permanent basis from a supplier operating in a different national market"*. In Liechtenstein ist dies eben gerade *anders*: In Liechtenstein bezahlen schweizerische oder liechtensteinische +41 7xx xxx xxx-Kunden sowohl für ab- als auch für eingehende Anrufe die gleichen Gesprächsgebühren wie in der Schweiz.

[419] Auswertung, S. 22.

[420] So befassen sich die *‚Substitutionsuntersuchungen'* in Abschnitt 4.3 der Auswertung nur mit der ‚Swisscom FL' (die Zusammenschaltungsverträge abschliessen und ihre Terminierungsentgelte differenzieren könne etc.; siehe hierzu die 4. und 5. Zeile, die 13. und die 25. Zeile auf S. 11 sowie die 6. und 11. Zeile auf S. 12 der Auswertung) – obwohl es sich bei der ‚Swisscom FL' um keine, von der Firma Swisscom (Schweiz) AG verschiedene juristische Person handelt. Durch die Beschäftigung nur mit der ‚Swisscom FL' geht das AK am Thema vorbei: Die hier interessierende und von den beiden Gutachtern Otruba und Lichtenberger untersuchte Frage betrifft die ‚Swisscom FL' eben gerade *nicht*; sie betrifft die ‚Swisscom CH'.

[421] Randziffer 28. der SMP-Leitlinien.

[422] Fussnote 19 der SMP-Leitlinien.

[423] in den Worten des AK: *„Dimension des Netzes"*; Auswertung, S. 8.

mentation ist nicht schlüssig. *Drittens* geht die den beiden Sachverständigen Otruba/Lichtenberger zum Vorwurf gemachte Gleichsetzung der

> *„Dimension des Netzes"*

mit der

> *„geographischen Dimension"*[424]

an der Sache vorbei: Zum einen steht eine solche Gleichsetzung einer Definition sub-nationaler Märkte keineswegs entgegen. Zum anderen wird die Diskussion sub-nationaler Märkte in den einschlägigen europäischen Gremien vor allem auf *Festnetzmärkte* bezogen. So wird in der *ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies)*[425] auf S. 5 zu Recht darauf hingewiesen, dass:

> *„For mobile markets, where usually most or all network operators have national coverage, geographic market definition of the kind discussed here does not appear to be relevant"*.

Also fällt die Argumentation des AK ein weiteres Mal in sich zusammen: Die Zustimmung (der Europäischen Kommission) zu einer Festlegung sub-nationaler Märkte innerhalb des Marktes M5 in der Rechtssache UK/2007/0733 hat mit der Definition des räumlich relevanten Marktes im Geltungsbereich des Marktes M7 und auf der Basis einer Anwendung der Kriterien von Randziffer 60. der SMP-Leitlinien nichts zu tun; eine Festlegung sub-nationaler Märkte wird durch diese Kriterien weder ausgeschlossen noch ist das Gegenteil der Fall. Unter dem nachstehend relevierten Vorbehalt ist aus der Marktabgrenzung von *Mobilfunkmärkten* für die Marktabgrenzung von *Festnetzmärkten* wenig bis nichts zu gewinnen (und umgekehrt).

Kritikpunkt K5: Nur ganz am Rande wird schliesslich darauf hingewiesen, dass das AK im Zusammenhang mit dem Markt M3 nichts daran findet,

> *„die räumlich relevante Dimension der Festnetz-Terminierungsmärkte"*

mit jenem geographischen Gebiet zu definieren,

> *„auf das sich das Netzwerk des jeweiligen Betreibers erstreckt. Diese räumliche Marktabgrenzung basiert auf der Tatsache, dass jeder Marktbetreiber individuell definiert ist und die Betreiber die Terminierungspreise nicht nach unterschiedlichen Zieldestinationen oder angeschlossenen Teilnehmern unterscheiden"*[426].

Warum es ausgeschlossen sein sollte, diese Überlegungen auf die Mobilterminierung und damit auf den Markt M7 zu übertragen, ist – legt man die Praxis der Europäischen Kommission zugrunde[427] – nicht ersichtlich.

III./6 Qualifikationsfragen

Nach dem Gesagten wird das AK die Qualifikation der ‚Swisscom FL' als *MNO* und als ein *liechtensteinischer* Mobilbetreiber zu überdenken haben.

Zum einen handelt es sich bei der vom AK in das Verfahren eingeführten Unterscheidung zwischen der ‚Swisscom FL' und der ‚Swisscom CH' um eine *Fiktion*: Es gibt keine zwei verschiedenen juristischen Personen mit einer Firma namens ‚Swisscom FL' und einer Firma namens ‚Swisscom CH'; im Melderegister verzeichnet ist nach wie vor nur die Swisscom (Schweiz) AG. Zum anderen handelt es sich bei der ‚Swisscom FL' und bei der ‚Swisscom CH' um nichts anderes als um zwei *Marktauftritte* ein- und

---

[424] Auswertung, S. 8.
[425] ERG (08) 20 final CP Geog Aspects 081016.
[426] Öffentliche Konsultation – Marktanalyse Festnetzterminierung (M3) Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Vorleistungsmarkt), April 2009, S. 13.
[427] Rechtssache COMP/M.4035 vom 10.01.2006, Randziffer 11.

derselben Anbieterin; nämlich – abermals – der Swisscom (Schweiz) AG; wobei es einzig und allein um unterschiedliche SIM-Karten mit unterschiedlichen Rufnummern geht, die von ein und derselben Anbieterin auf dem gleichen, von dieser einzigen und alleinigen Anbieterin betriebenen Netz in gleicher Weise vertrieben werden[428].

Das Charakteristische an dieser Situation wird dann plastisch, wenn man sich vor Augen hält, wer

> *„die Kontrolle über die Vermittlungseinrichtung"*

innehat,

> *„in der die entsprechenden mobilen Rufnummernbereiche eingerichtet sind"*[429]

und wo

> *„das Terminierungsmonopol des Terminierungsnetzbetreibers (besteht)"*[430]:

Über diese Kontrolle verfügt weder die ‚Swisscom FL' noch die ‚Swisscom CH', sondern – einzig und allein und für beide Marktauftritte *gemeinsam* – die Firma Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Bern.

Folge davon ist, dass die ‚Swisscom FL', die – in den Worten des AK –

> *„über kein eigenständiges Netz ... verfügt"*[431]

und deren Mobilfunknetz in Liechtenstein – abermals in den Worten des AK –

> *"nicht als selbstständiges Netz betrieben (wird)"*[432],

nicht als ein *MNO* zu qualifizieren ist, sondern als ein SP, gegebenenfalls als ein MVNO auf dem Gastnetz der Swisscom (Schweiz) AG; gleiches gilt, *vice versa* und der oben erwähnten *Fiktion* des AK folgend[433], für die ‚Swisscom CH'. Bei einer richtigen rechtlichen Beurteilung werden beide Marktauftritte ein- und derselben Swisscom (Schweiz) AG als Produkte bzw. *Label* ein- und derselben *ausländischen*[434] Anbieterin auf ein- und demselben, *identischen* grenzüberschreitenden schweizerisch-liechtensteinischen Mobilfunknetz zu qualifizieren sein.

Nichts anderes ist – wenn auch unabhängig vom Obenstehenden und aus anderen Gründen – in Bezug auf die am Verfahren bis anhin nicht beteiligte Telecom Liechtenstein AG hervorzuheben: Entgegen allen drei Konsultationsdokumenten wird die Telecom Liechtenstein AG von ihrer Eigentümerin, der für die Ordnungspolitik und Unternehmensstrategie zuständigen Regierung[435, 436], nicht als ein SP qualifiziert, sondern als ein MVNO[437]. Nach dem, mangels einer gesetzlichen Grundlage auch für das AK allgemein-verbindlichen Begriffsverständnis der Regierung ist ein *Mobile Virtual Network Operator* ein Unternehmen, das

> *„Mobilfunk-Dienste unter einem eigenen Markennamen weiterverkauft und dabei das Netzwerk einer anderen Mobilfunkgesellschaft nutzt"*[438].

---

[428] dies, unter anderem, in Bezug auf die hier interessierenden, vom Anrufer zu bezahlenden Mobilterminierungsentgelte.
[429] 3. Konsultationsdokument, S. 12.
[430] 3. Konsultationsdokument, S. 29.
[431] Auswertung, a.a.O.
[432] 1. Konsultationsdokument, S. 10; 2. Konsultationsdokument, S. 11.
[433] an der – für die Zwecke einer rechtlich richtigen Qualifikation der beiden Marktauftritte der Swisscom – auch an dieser Stelle festgehalten werden soll.
[434] nämlich schweizerischen.
[435] Art. 78 LV i.V.m. Art. 54 Abs. 1 KomG; ÖUSG sowie TLIG.
[436] die – dies nur ganz am Rande – auch *Verordnungsgeberin* ist und den Begriff des *‚Mobile Virtual Network Operator'* in Art. 1a des Liechtensteinischen Nummerierungsplans gemäss ITU-T E.164 verwendet und an diesen Begriff, darüber hinaus, auch noch Rechtsfolgen knüpft (nämlich eine Gleichbehandlung mit solchen Anbietern, die im Inland ein Mobilfunknetz betreiben).
[437] Telekommunikationsbericht 2005, S. 8.
[438] Telekommunikationsbericht 2005, S. 4.

Als ein solches Unternehmen tritt die Telecom Liechtenstein AG – mit dem eigenen Markennamen *‚Limo'* – auf dem Markt denn auch auf[439].

Diese Qualifikation bindet das AK und wird von ihm in Rücksicht zu stellen sein: Als ein *Mobile Virtual Network Operator* ist die Telecom Liechtenstein AG ein Adressat der vom AK in Aussicht genommenen Sonderregulierung und wird die Telecom Liechtenstein AG – als ein solcher (als ein MVNO) – in das Verfahren einzubeziehen sein (Art. 32 Abs. 4 VKND). Eine gesetzliche Grundlage, die das AK zu einem Abweichen von den Vorgaben von Landtag und/oder Regierung ermächtigen oder die ihm Kompetenzen *neben oder wider diese Vorgaben* übertragen würde[440], gibt es nicht (Art. 92 Abs. 4 LV).

Folge davon ist *insbesondere*, dass der für die Marktanalyse und für die vom AK in Aussicht gestellte Entgeltregulierung entscheidungswesentliche Inhalt der Tabellen 3, 4, 5, 6 und 8 des 3. Konsultationsdokuments unzutreffend ist von Amtes wegen zu revidieren sein wird.

III./7 Schlussfolgerungen und Zusammenfassung

a. Schlussfolgerungen

Legt man das Obenstehende auf den parallelen ‚liechtensteinischen' und ‚schweizerischen' Marktauftritt der Swisscom auf dem – gesamten – Staatsgebiet Liechtensteins um, gelangt man unter der hier interessierenden Annahme, dass sich die angerufene Person bzw. deren Endgerät (Mobiltelefon) im Zeitpunkt des Anrufs in Liechtenstein befindet und im dortigen *Radio Access Network* der Swisscom eingebucht ist, für beide Tatbestände zum gleichen Ergebnis: *In beiden Fällen* kommt es zu einer Mobilterminierung – auch – in das *in der Schweiz gelegene* Mobilfunknetz der Swisscom.

Nachdem die Mobilterminierung in der Definition des AK

> *„eine Vorleistung dar(stellt), die darin besteht, dass Anrufe über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle zum angewählten Mobiltelefonanschluss zugestellt werden"*[441],

erfolgt die Zustellung über diese zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle sowohl bei Anrufen auf liechtensteinische Rufnummern der ‚Swisscom FL' (=‚liechtensteinischer' Marktauftritt) als auch bei Anrufen auf schweizerische Rufnummern der ‚Swisscom CH' (=‚schweizerischer' Marktauftritt) *in der Schweiz*; nämlich im dort gelegenen, der ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' gemeinsamen

> *„Terminierungsmonopol"*[442],

dem *Core Network* bzw. MSC/GMSC der Swisscom (Schweiz) AG (‚schweizerisches' Element des Vorgangs der Mobilterminierung).

Beim ‚liechtensteinischen' und beim ‚schweizerischen' Marktautritt der Swisscom kommt es aber auch zum ‚liechtensteinischen' Element des Vorgangs der Mobilterminierung *in gleicher Weise*: Nämlich in den Funkzellen bzw. an der Luftschnittstelle (im Funkzugangsnetz [*Radio Accesss Network*]) von insgesamt acht, in Liechtenstein gelegenen Sendeanlagen (der Swisscom [Schweiz] AG).

Zusammengefasst wird von ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' rechtlich, technisch, physisch und kommerziell auf ein und dieselbe Weise mobil terminiert; nämlich durch ein und dasselbe Rechtssubjekt, mit übereinstimmenden Verrechnungsfolgen auf der *retail*- und auf der *wholesale*-Ebene und unter Verwendung der gleichen Systemkomponenten eines identischen, grenzüberschreitenden schweizerisch-liechtensteinischen Mobilfunknetzes.

Ist dem nun aber so, und besteht der Dienst, um den es im vorliegenden Fall geht, in der

---

[439] Beispiel: Liechtensteiner Volksblatt vom 07.09.2010, S. 5.
[440] wie z.B. zu einem Begriffsverständnis, für das es keine gesetzliche Grundlage gibt.
[441] 1. Konsultationsdokument, S. 21; 2. Konsultationsdokument, S. 23.
[442] 3. Konsultationsdokument, S. 29.

„Terminierung von mobilen Sprachanrufen in das Netz des jeweiligen (den Markt konstituierenden) Betreibers"[443],

verfügen

„beide Unternehmen [d.h. ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH'] *grundsätzlich jeweils über eine Monopolstellung für Terminierung bezüglich der bei ihnen angeschlossenen Teilnehmer"*[444];

dies am Ort ihres gemeinsamen

„Terminierungsmonopol(s)"[445].

Entgegen dem Fazit in der Auswertung und im Widerspruch zu den, *bedauerlicherweise*, nicht näher erläuterten

„Erfahrungen der Regulierungsbehörde"[446]

im Vorfeld der KomG-Revision 2009 ist kein Grund dafür erkennbar, bei der Sonderregulierung des Marktes M7 zwischen einer Mobilterminierung im Rahmen des ‚liechtensteinischen' und einer Mobilterminierung im Rahmen des ‚schweizerischen' Marktauftritts der Swisscom zu unterscheiden.

Also ist die ‚Swisscom CH' in das Verfahren gesetzlich zwingend einzubeziehen, wie wir dies seit dem 25.01.2008 nun schon zum dritten Mal fordern; dies neben und zusammen mit der ‚Swisscom FL' und der Fiktion des AK in Richtung von zwei unterschiedlichen Unternehmen folgend. In beiden Fällen – d.h. bei einem Anruf auf eine liechtensteinische Rufnummer (erster Fall) und bei einem Anruf auf eine schweizerische Rufnummer (zweiter Fall) – kommt es, in dem für die Marktabgrenzung massgebenden *identischen* Mobilfunknetz der Swisscom, zu ein und demselben Vorgang einer Mobilterminierung durch ein und dasselbe, in der Schweiz domizilierte Rechtssubjekt.

Dementsprechend ist zu den folgenden fünf Schlussfolgerungen überzuleiten:

Schlussfolgerung S1: Die in der Auswertung vorgenommene Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes[447] ist rechtlich unrichtig. Zudem unterbleiben entscheidungswesentliche Feststellungen an zentraler Stelle[448, 449]. Die Marktanalyse der Mobilterminierungsmärkte in Liechtenstein (3. Konsultationsdokument), insbesondere deren Abschnitte 1.10, 2 und 3.5, eignen sich für eine Vorlage i.S.v. Art. 7 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG bzw. Art. 24 Abs. 2 KomG nicht.

Schlussfolgerung S2: Aus den in dieser Stellungnahme als unterlassen gerügten Feststellungen resultiert, dass die Swisscom (Schweiz) AG im Zuge ihres ‚liechtensteinischen' Marktauftritts in gleicher Weise mobil terminiert wie im Zuge ihres ‚schweizerischen' Marktauftritts; dies seit dem Jahre 2000 und mit Wissen und Wollen der zuständigen liechtensteinischen Behörden, insbesondere des AK.

Schlussfolgerung S3: Dem zweigliedrigen *‚Mobilterminierungs'*-Begriff des AK folgend gilt dies sowohl für das in der Schweiz im dortigen *Core Network* realisierte ‚schweizerische' als auch für das in Liechtenstein im dortigen *Radio Access Network* realisierte ‚liechtensteinische' Element des in beiden Fällen *einheitlichen* Vorgangs der Mobilterminierung (Zusammenschaltung und Anrufzustellung).

---

[443] Abschnitt 3.3 des 1. und 3.4 des 2. Konsultationsdokuments.
[444] Auswertung, S. 13.
[445] 3. Konsultationsdokument, S. 29.
[446] Vernehmlassungsbericht der Regierung vom 30.06.2009 betreffend die Revision des Gesetzes über die elektronische Kommunikation (KomG-Revision 2009), RA 2009/1516 sowie Bericht und Antrag Nr. 110/2009, S. 63 f.
[447] Der Begriff des räumlich relevanten Marktes ist ein Rechtsbegriff, dessen Anwendung ein entsprechendes (ausreichendes) Sachverhaltssubstrat voraussetzt.
[448] Die in diesem Zusammenhang massgebenden Kriterien sind erstens das vom Netz erfasste Gebiet und zweitens das Vorhandensein von Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumenten.
[449] Insofern ist das (Marktanalyse-)Verfahren, das der Auswertung zugrunde liegt, mangelhaft abgeführt worden; und wird dies an dieser Stelle vorsorglich und gestützt auf Art. 60 Abs. 2 LVG und Art. 88 Abs. 1 LVG i.V.m. § 196 ZPO ausdrücklich gerügt.

Schlussfolgerung S4: Dies hat eine dreifache Konsequenz zur Folge:

- *Erstens* spannt der ‚schweizerische' Marktauftritt der Swisscom (=‚Swisscom CH') in Bezug auf den hier interessierenden Vorgang der Mobilterminierung den gleichen betreiberindividuell definierten und räumlich relevanten länderübergreifenden Markt auf wie der ‚liechtensteinische' (=‚Swisscom FL').

- *Zweitens* kommt es im Zuge einer Anrufzustellung auf Endgeräte von Kunden der ‚Swisscom CH' in Liechtenstein (=‚schweizerische' Marktauftritt der Swisscom) zu einem *Inlandsachverhalt*, der der sachlichen, räumlichen und funktionellen Zuständigkeit des AK unterliegt; ganz gleich, ob der dahinter stehende Markt in räumlicher Hinsicht als ein transnationaler (länderübergreifender) oder als ein nationaler (liechtensteinischer) definiert wird.

- *Drittens* stehen die ‚Swisscom FL' und die ‚Swisscom CH' – der vom AK in das Verfahren eingeführten Unterscheidung von zwei verschiedenen Unternehmen folgend – in der Rechtsstellung einer notwendigen Streitgenossenschaft bzw. einheitlichen Streitpartei i.S.d. subsidiär anwendbaren § 14 ZPO.

Schlussfolgerung S5: Aufgrund des Obenstehenden ist der ‚schweizerische' Marktauftritt der Swisscom (=‚Swisscom CH') in die Marktanalyse auch nach der Aufhebung von Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) in gleicher Weise einzubeziehen wie der ‚liechtensteinische' (=‚Swisscom FL'); dies sowohl aus den in der Schlussfolgerung S4 genannten formell- und materiell-rechtlichen Gründen als auch wegen der in der Politischen Grundsatzerklärung Nr. 55/2004 geforderten Gleichbehandlung der Marktteilnehmer

> *„in allen Auflagen und Rahmenbedingungen"*[450].

b. Zusammenfassung

Dass die Leistung der Mobilterminierung in Liechtensteins nur von den liechtensteinischen Mobilbetreibern Alpcom AG, Telecom Liechtenstein AG/Orange Liechtenstein AG und Mobilkom Liechtenstein AG angeboten würde[451, 452], ist ebenso unzutreffend wie die Aussage in der Fussnote 8 auf S. 20 der ersten Auswertung der Stellungnahmen, wonach

> *„die Swisscom (Schweiz) AG ... hinsichtlich des Terminierungsmarktes, der durch ihre schweizerischen Mobilfunkaktivitäten (unter Verwendung schweizerischer Nummerierungsressourcen) aufgespannt wird, kein Marktteilnehmer eines liechtensteinischen Mobilfunkterminierungsmarktes (ist)"*[453].

Das *Gegenteil* ist der Fall: Mobilterminierungsleistungen im Sinne der Definition des 2. und des 3. Konsultationsdokuments werden auf dem hier interessierenden, sachlich relevanten und betreiberindividuell definierten Markt M7 von der in Liechtenstein grenzüberschreitend tätigen Swisscom *auch* und – an den Marktanteilen auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt gemessen – *vor allem*[454] erbracht; dies in Form eines parallelen ‚liechtensteinischen' und ‚schweizerischen' Marktauftritts, in dessen Rahmen von der ‚Swisscom FL' der gleiche Sachmarkt aufgespannt wird wie von der ‚Swisscom CH'; nämlich der gleiche betreiberindividuell definierte Mobilterminierungsmarkt.

Dementsprechend[455] wird das AK im fortgesetzten (Konsultations-)Verfahren nicht von *vier*, sondern von (mindestens) *fünf Mobilfunknetzen* und von (mindestens) *fünf Regulierungssubjekten* auszugehen haben[456]; nämlich (mindestens) von den Unternehmen

---

[450] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004, S. 10.
[451] 1. Konsultationsdokument, S. 24.
[452] 2. Konsultationsdokument, S. 27.
[453] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 20 (Fussnote 8).
[454] nämlich als Marktführerin mit einem Marktanteil von inzwischen wohl mehr als 50% auf dem liechtensteinischen Endkundenmarkt.
[455] dem parallelen ‚liechtensteinischen' und ‚schweizerischen' Marktauftritt der Swisscom (Schweiz) AG und der wenn auch *unzutreffenden* Fiktion in Richtung zweier unterschiedlicher Unternehmen ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' folgend.
[456] all dies, abermals, nur unter der Prämisse, dass man sich die – unzutreffende – Fiktion des AK in Richtung zweier unterschiedlicher Unternehmen ‚Swisscom FL' und ‚Swisscom CH' zu eigen macht.

- Alpcom AG
- Telecom Liechtenstein AG/Orange Liechtenstein AG
- Mobilkom Liechtenstein AG
- ‚Swisscom FL'
- ‚Swisscom CH';

und wird die ‚Swisscom CH' vom AK in das Verfahren in gleicher Weise einzubeziehen sein wie die ‚Swisscom FL'[457]; dies von Amtes wegen[458] und auch *ohne* eine Norm wie Art. 21 Abs. 4 KomG (alt)[459].

Andernfalls würde sich das AK in jene *unüberbrückbaren Wertungswidersprüche* begeben und zu Lasten des Marktes – darüber hinaus – jene *offensichtliche Unzweckmässigkeiten*[460] riskieren, unter denen das Verfahren bis anhin gelitten hat und die auch an dieser Stelle nochmals eigens releviert werden: Nachdem das KomG

> *„EWR-Unternehmen und schweizerische Unternehmen grundsätzlich gleich(stellt) und die Schweiz nicht als Drittstaat (betrachtet)"*[461]

und das AK – seiner eigenen Aussage nach – jedenfalls solches

> *„wettbewerbswidriges Verhalten zu ahnden (hat)*[462]*, das grenzüberschreitend im EWR-Binnenmarkt negative Auswirkungen zeitigt"*,[463]

wird einem sonstigen

> *„Regulierungsgefälle zu Lasten der inländischen Betreiber"*[464]

und einem *rechstaatswidrigen regulierungsfreien Raum* dadurch vorzubeugen sein, dass die ausländischen, in Liechtenstein grenzüberschreitend tätigen Mobilbetreiber – und zwar insbesondere die Swisscom (Schweiz) AG – nach Art. 34 Abs. 1 LVG als (Verfahrens-)Partei festgestellt werden.

IV. Anträge

Mit Blick auf die sowohl formell- als auch materiell-rechtliche Komplexität einer Sonderregulierung des Marktes M7 unter den Bedingungen der besonderen Situation Liechtensteins i.S.d. Beschlusses Nr. 11/2004 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses haben wir in dieser Stellungnahme von neuem versucht, dem AK jene Umstände zu vermitteln, die bei der Marktabgrenzung als *empirische Nachweise* i.S.d. der Praxis der ESA und der Europäischen Kommission zu berücksichtigen und der Marktanalyse zugrunde zu legen sind. Anders als wie dies dem Ansatz der Auswertung entspricht, haben wir die für die Marktabgrenzung relevanten Grundlagen dabei möglichst vollständig zusammengetragen (Art. 58 Abs. 2 und 3 LVG) und die Fundstellen – um dem AK eine Verifizierung der Richtigkeit unserer Angaben zu ermöglichen – jeweils einzeln angegeben.

Dies voraus geschickt gehört eine rechtlich richtige Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes zu den Grundvoraussetzungen für eine Sonderregulierung des Marktes M7: Diese Definition ist der Ausgangspunkt der dem AK obliegenden gestuften Regulierungs-Verfügung i.S.d Art. 21 ff KomG und die mit Abstand wichtigste *‚Strukturentscheidung'* zu Beginn des Verfahrens.

---

[457] Art. 34 Abs. 1 LVG i.V.m. § 14 ZPO.
[458] Art. 46 Abs. 1 LVG i.V.m. Art 31 Abs. 3 und 4 LVG und § 14 ZPO. Ein Mangel der Sachlegitimation ist jederzeit und in jeder Instanz von Amtes wegen zu berücksichtigen (LES 1998, S. 297; LES 2002, S. 302 m.w.H.; LES 2005, S. 41; vgl. Schubert in Fasching/Konecny^2 II/I Randziffern 4, 14, 23, 24 zu § 14 öZPO).
[459] Die Sonderregulierung selbst wird an die Regelungen von Art. 59 Abs. 3 KomG i.V.m. Art. 28 Abs. 1 RKV und Art. 29 Abs. 2 RKV anzuknüpfen haben.
[460] Kley, a.a.O., S. 92 f.
[461] Auswertung, S. 17 (Fussnote 22).
[462] gemeint: in der der Sonderregulierung zugrunde liegenden *ex ante*-Perspektive.
[463] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 30.
[464] erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 30.

Für diese Entscheidung muss die Sachverhaltsgrundlage deshalb verbreitert werden, weil sich nur auf diese Weise beantworten lässt, welche in- und ausländischen Unternehmen (Anbieter) in das Verfahren einzubeziehen sind. An diesem Punkt, der nach Art. 34 Abs. 1 LVG und Art. 32 Abs. 4 VKND i.V.m. § 14 ZPO *vor einem Eintreten in die Sache* selbst zu erledigen ist, steht das Verfahren nach wie vor.

An den beiden Schlüsselfragen der *Marktabgrenzung* und der *Sachlegitimation* – denen wir Abschnitt III. dieser Stellungnahme gewidmet haben und die eine *Zuständigkeit* des AK nach Art. 24 LVG implizieren – entscheidet sich das *Schicksal eines eigenständigen liechtensteinischen Mobilfunkmarktes überhaupt*: Werden *Entgelte unter Kosten* verfügt und wird die ausländische Konkurrenz aus der Sonderregulierung von vornherein und zur Gänze ausgeklammert, lässt dies einen solchen Markt nicht mehr zu. Zumal eine *ex-post*-Kontrolle unserer ausländischen Konkurrenz vom AK nicht einmal erwogen wird und mangels entsprechender formell- und materiell-rechtlicher Grundlagen auch gar nicht möglich ist.

Vor diesem Hintergrund ersuchen wir das AK um eine Auseinandersetzung mit dem Obenstehenden und stellen innert offener Frist die folgenden

Anträge:

1. Das Amt für Kommunikation wolle zur Abgrenzung des durch die *‚schweizerischen Mobilfunkaktivitäten'* der Swisscom (Schweiz) AG aufgespannten räumlich relevanten Markts die Sachverhaltsklärung vervollständigen[465], auf der Grundlage einer solcherart vervollständigten Sachverhaltsklärung ein Gutachten einholen und das Gutachten mit den Beteiligten erörtern[466].

2. Das Amt für Kommunikation wolle feststellen, dass es für eine Sonderregulierung der *‚schweizerischen Mobilfunkaktivitäten'* der Swisscom (Schweiz) AG[467] i.S.v. Art. 24 LVG zuständig ist.

3. Das Amt für Kommunikation wolle die Swisscom (Schweiz) AG in das Verfahren auch in Bezug auf deren *‚schweizerische Mobilfunkaktivitäten'* einbeziehen.

Die bisher gestellten Anträge, insbesondere in Richtung eines *Verzichts* auf einen Entzug der aufschiebenden Wirkung für den Fall der Erhebung einer Beschwerde, bleiben vollumfänglich aufrecht. Nach drei Jahren Verfahrensdauer[468] liesse sich ein Entzug der aufschiebenden Wirkung in keiner Weise und erst recht nicht mit einer angeblichen, jetzt plötzlich im öffentlichen Interesse liegenden *Dringlichkeit* rechtfertigen.

Ebenso geltend gemacht werden – auch weiterhin – die schon in der Stellungnahme vom 25.01.2008 gerügten sekundären Feststellungsmängel (vermisste Feststellungen F1 bis und mit F10), auf die wir in dieser Stellungnahme nochmals zurückgekommen sind.

V. Schlussbemerkungen

Zu Beginn des Verfahrens haben wir auf eine Beibehaltung jener Rahmenbedingungen vertraut, die uns im damaligen Zeitpunkt bekannt gegeben wurden und die uns in der ersten Auswertung der Stellungnahmen entgegen gehalten werden[469]. Zu diesen Bedingungen hat – insbesondere – die mit Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) stipulierte transnationale Regulierung von Mobilbetreibern mit Sitz in der Schweiz gehört.

Zudem haben wir auf das Postulat einer Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer vertraut; unsere ausländische Konkurrenz eingeschlossen.

---

[465] dies i.S.v. Art. 58 Abs. 2 und 3 LVG.
[466] dies i.S.d. subsidiär anwendbaren § 357 ZPO oder in einer vierten Phase des Konsultationsverfahrens.
[467] =‚Swisscom CH'; ‚schweizerischer' Marktauftritt der Swisscom (Schweiz) AG.
[468] die angesichts der Fristigkeiten nicht von uns, sondern vom AK zu vertreten sind.
[469] In der ersten Auswertung der Stellungnahmen wurde uns auf der dortigen S. 26 im Zusammenhang mit unserem Einwand in Richtung Investitionsschutz vermittelt, dass diese Bedingungen immer schon *‚bekannt'* gewesen seien.

Auf diese Garantien haben wir uns *zu Unrecht verlassen:* In der zweiten und dritten Phase des Konsultationsverfahrens hatten wir zur Kenntnis zu nehmen, dass die Parameter einer Sonderregulierung des Marktes M7 während der Dauer des Verfahrens – unter anderem auf Veranlassung des AK – *an zentraler Stelle* verschoben wurden.

Inwiefern Vorgänge wie diese

> *„attraktiven Rahmenbedingungen"*[470, 471]

oder der im Jahre 1999 von Regierung und AK zugesicherten

> *„Etablierung eines umfassenden und dauerhaften Rahmens"*[472]

dienen, ist nicht erkennbar.

Ganz im Gegenteil: Mit einer solchen Vorgehensweise wird einer möglicherweise *irreversiblen* Re-Monopolisierung des liechtensteinischen Mobilfunkmarktes Vorschub geleistet. Einer Re-Monopolisierung, die jene Situation zur *Ausgangslage* macht (nämlich länderübergreifende Märkte mit der Schweiz), deren Existenz vom AK – anders als noch im Jahre 2004 und dem geltenden Recht zuwider – *nunmehr bestritten wird*[473].

Mit diesem Hinweis geben wir abschliessend zu bedenken, dass dem AK nicht nur *rechtliche*, sondern auch *institutionelle* (Ermessens-)Grenzen gesetzt sind: Nämlich dort, wo es um die *ordnungspolitische* und nicht *regulatorische* Frage geht, ob ein eigenständiger liechtensteinischer Mobilfunkmarkt auch weiterhin Bestand haben *oder auch nur möglich sein soll.*

In ihrer Politischen Grundsatzerklärung aus dem Jahre 2004 hat sich die Regierung *für* einen solchen Markt ausgesprochen[474]; das gleiche Prinzip hat der Gemeinsame EWR-Ausschusses mit den *Specific Adaptations* seines Beschlusses Nr. 11/2004 fixiert.

Vor diesem Hintergrund scheidet eine Sonderregulierung, die – notwendigerweise – zu einem *Marktversagen* führt, von vornherein aus: Massnahmen wie eine Auferlegung von *Entgelten unter Kosten* in einem *ohnehin schon strukturell verlustbringenden Markt* sind dem AK nicht nur aus rechtlichen[475], sondern auch aus institutionellen Gründen *verwehrt.*

Sollte das AK – trotz dieser *Schranken seiner Kompetenz* – in der Praxis auch weiterhin den Standpunkt vertreten[476], dass die Ökonomie des Mobilfunks in Liechtenstein einem *natürlichen Monopol* gleichzusetzen oder dass eine grenzüberschreitende Mobilfunkversorgung durch ausländische, *seiner ‚Regulierungshoheit' nicht unterstehende Anbieter* einem eigenständigen liechtensteinischen Mobilfunkmarkt *vorzuziehen* sei, wird es dies – und zwar möglichst bald – öffentlich bekannt zu geben haben. Nur unter dieser Voraussetzung wissen die an einem solchen Markt Interessierten[477], woran sie mit ihren Geschäfts- und Investitionsplänen in Zukunft sind.

---

[470] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004, S. 13 und S. 17.
[471] ähnlich: erste Auswertung der Stellungnahmen, S. 15.
[472] Ausschreibungsunterlage RA 99/1934 vom 30.07.1999, S. 13.
[473] Die Anschluss-Frage, *wie* eine Mobilfunkversorgung sichergestellt werden kann, sollte die vom AK in Aussicht genommene Sonderregulierung zu einem *Marktaustritt* der liechtensteinischen Mobilbetreiber führen, stellt sich im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht. Zu einem solchen Szenarium kann es jedoch jederzeit kommen. Letztlich wird man für diesen Fall einen (neuen) Staatsvertrag mit der Schweiz analog des (alten) PTT-Vertrages ins Auge fassen müssen; wobei die Komplexität einer solchen Option jene einer *‚Regulierungsübereinkunft'* i.S.v. Art. 21 Abs. 4 KomG (alt) bei weitem übersteigen wird.
[474] Politische Grundsatzerklärung Nr. 55/2004, S. 19: *„Die Regierung entspricht mit dieser politischen Grundsatzerklärung ihrer Aufgabe, eine nachhaltige Telekommunikationspolitik festzulegen und durchzuführen. Sie versteht diese Aufgabe vor allem darin, den auf dem liechtensteinischen Telekommunikationsmarkt tätigen Unternehmen stabile, verlässliche und transparente Rahmenbedingungen zu verschaffen, um diesen einen möglichst grossen unternehmerischen Erfolg im Interesse der liechtensteinischen Konsumenten zu ermöglichen".*
[475] siehe hierzu Frick, a.a.O., S. 301 oder LES 1999, S. 148.
[476] wie dies im 3. Konsultationsdokument und in der zweiten Auswertung der Stellungnahmen zum Ausdruck kommt.
[477] darunter die Mobilkom Liechtenstein AG.

Unsere Überlegungen im Zusammenhang mit der in Aussicht gestellten Entgeltregulierung können Sie dem *Anhang* entnehmen, um dessen Geheimhaltung wir nochmals ausdrücklich ersuchen.

Mit freundlichen Grüssen

Mobilkom Liechtenstein AG

[redacted]

Mag. Michael Ammann
Geschäftsführer