Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-7162/2008
{T 1/2}

Urteil vom 1. Februar 2010

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz), Richter André Moser, Richterin Kathrin Dietrich, Richter Lorenz Kneubühler, Richter Markus Metz,
Gerichtsschreiber Simon Müller.

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG,
Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern,
vertreten durch Fürsprecherin Margareta Lauterburg und Fürsprecher Hans Ulrich Joss, Swisscom AG,
Legal Services & Regulatory Affairs, Rechtsdienst,
3050 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Sunrise Communications AG, Hagenholzstrasse 20/22, Postfach, 8050 Zürich,
vertreten durch Olivier Buchs und Rechtsanwältin Claudia Steiger, Sunrise Communications AG, Hagenholzstrasse 20/22, 8050 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom,
Marktgasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, der Kollokation und der Interkonnektion, Teilverfügungen der ComCom vom 9. Oktober 2008.

Sachverhalt:

A.
Die Sunrise Communications AG (nachfolgend sunrise) beantragte bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) mit verschiedenen Gesuchen den Erlass von Zugangsverfügungen gegen die Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG, in der Folge: Swisscom) in verschiedenen Bereichen. Die Gesuche betrafen die Bedingungen der Interkonnektion (IC), des Zugangs zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) und der Kollokation (KOL), d.h. der Mitbenutzung von Ressourcen der Swisscom im Bereich der Verteileranlagen.

A.a Im Bereich der Interkonnektion beantragte sie mit Gesuch vom 6. Mai 2004, es seien sämtliche von Swisscom in ihrer Interkonnektionsofferte festgesetzten Preise – im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur – auf Einhaltung der Kostenorientierung zu überprüfen und rückwirkend auf den 1. Januar 2004 kostenorientiert festzulegen. In einer Gesuchsergänzung vom 22. Februar 2008 beantragte sie zudem den Erlass einer Regelung der Rückwirkung von Behördenentscheiden in Drittverfahren im bestehenden Interkonnektionsvertrag.

A.b Betreffend die Kollokation stellte sie in ihrem Gesuch vom 20. August 2007 folgende Anträge:

1. Es seien sämtliche von Swisscom im Handbuch Preise ihres Standardangebotes „Kollokation FMG“ aufgeführten Preise – im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur – auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 FDV zu überprüfen und rückwirkend auf den 16. August 2007 kostenorientiert festzulegen.

2. Es sei der Zins für Rück- und Nachzahlungen im Zusammenhang mit der Kollokation auf mindestens 5 Prozent festzulegen.

3. Es sei Swisscom zu verpflichten, die Nutzung der für den Zugang erforderlichen Standorte und die Installation und den Betrieb von Anlagen an diesen Standorten nicht diskriminierend anzubieten.

4. Es sei Swisscom zu verpflichten, Sunrise das Recht einzuräumen, an den Kollokationsstandorten Zugangsleistungen für Dritte zu beziehen.

5. Es sei Swisscom zu verpflichten, Sunrise das Recht einzuräumen, an den Kollokationsstandorten die eigenen Anlagen mit Anlagen von dritten Anbieterinnen zu verbinden.

6. Es sei Swisscom zu verpflichten, technische und betriebliche Änderungen an den Zugangs- und Kollokationsdienstleistungen nach deren Bestellung

mindestens 24 Monate im Voraus bekannt zu geben, wenn sich diese für Sunrise nachteilig auswirken und mit erheblichen Aufwendungen verbunden sind.

7. Es sei Swisscom zu verpflichten, die für die einzelnen Zugangsformen und deren Kollokation notwendigen Informationen sunrise online aktualisiert zur Verfügung zu stellen und ihr online und in standardisierter Form die Bestellung, die Abwicklung, den Betrieb und die Kündigung der einzelnen Zugangs- und Kollokationsdienstleistungen zu ermöglichen.

A.c Im Zugangsverfahren betreffend den vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss erhob sie mit Gesuch vom 20. August 2007 die nachstehenden Rechtsbegehren:

1. Es seien sämtliche von Swisscom im Handbuch Preise ihres Standardangebotes „vollständig entbündelter Teilnehmeranschluss“ aufgeführten Preise – im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur – auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 FDV zu überprüfen und rückwirkend auf den 16. August 2007 kostenorientiert festzulegen.

2. Es sei der Zins für Rück- und Nachzahlungen im Zusammenhang mit dem vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss auf mindestens 5 Prozent festzulegen.

B.

B.a

Mit Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 legte die ComCom die Tarife für die Interkonnektionsdienste (IC) für die Jahre 2004 bis 2008 fest (Ziff. 1 des Dispositivs). Sie stützte sich dabei namentlich auf ein Gutachten der Wettbewerbskommission vom 20. August 2007 ab, in dem diese zum Schluss kam, Swisscom habe bei den Diensten für die vorbestimmte Betreiberauswahl („Supplementary Services for Preselection“) eine marktbeherrschende Stellung. Weiter wies sie die Rechtsbegehren der Parteien um Verfügung einer Drittwirkungsklausel ab (Ziff. 2 des Dispositivs).

B.b In einer zweiten, ebenfalls vom 9. Oktober 2008 datierenden Teilverfügung entschied die ComCom über die anzuwendenden Preise für verschiedene Leistungen im Zusammenhang mit der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses (TAL, Ziff. 1 des Dispositivs).

B.c In einer weiteren Verfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen der Kollokation (KOL) setzte die ComCom unter anderem einen Preis für die Bereitstellung der Kollokation von Fr. 1'846.- (für das Jahr 2007) und 2'440.- (für das Jahr 2008) fest. Weiter

formulierte sie einzelne Vertragsbestimmungen zu den Bedingungen der Kollokation um (Ziff. 5 und 6 des Dispositivs) und stellte die Rechtswidrigkeit von vier andern Vertragsklauseln fest und wies die Swisscom an, diese aus ihren Verträgen zu entfernen (Ziff. 7 des Dispositivs).

B.d In den Verfahren betreffend KOL und TAL legte sie den Satz für die Verzinsung allfälliger Rückzahlungen infolge von Preisanpassungen auf den Satz CHF LIBOR 12 Monate plus 1.3 Prozent fest (vgl. Ziff. 2 bzw. 3 des Dispositivs der beiden Verfügungen). Weiter hob Sie die Klausel betreffend die Drittwirkung, d.h. die Wirkung von Preisfestlegungen der ComCom in Verfahren zwischen der Swisscom und Dritten, auf (vgl. Ziff. 3 bzw. 4 des Dispositivs der beiden Verfügungen).

C.

C.a Gegen die Verfügung betreffend die Bedingungen der Interkonnektion erhebt Swisscom (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 10. November 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und stellt die folgenden Anträge:

1. Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und Ziffer 3.2.3 des Interkonnektionsvertrags zwischen den Parteien vom 26. Oktober 2001 sei wie folgt zu verfügen:

   „Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen Swisscom und einem Dritten die ab 1. Januar 2009 geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht. Eventuelle Rück- oder Nachzahlungen werden zu einem Basissatz CHF-LIBOR sechs Monate verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet.“

2. Der in Ziffer 1 des Dispositivs (S. 95 der Verfügung) der angefochtenen Verfügung für die Implementierung (erstmalige Installation) der Nummernportierungsroutingnummer für 2007 festgelegte Preis von Fr. 2'550.- sei aufzuheben und der Preis kostenorientiert auf CHF 3'134.70 festzulegen.

3. Die Verfügung sei bezüglich der Preise für zusätzliche Dienste für die vorbestimmte Betreiberauswahl (Supplementary Services for Preselection; Ziffer 1 des Dispositivs [S. 95 der Verfügung]) aufzuheben und das Gesuch der Beschwerdegegnerin sei insofern abzuweisen.

C.b Mit einer weiteren Beschwerde vom 10. November 2008 gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Oktober 2008 i.S. TAL beantragt

die Beschwerdeführerin die Aufhebung der verfügten Zinshöhe für Rückzahlungen, eventualiter zusätzlich die Festsetzung des Zinses für allfällige infolge Preisänderungen geschuldete Rück- und Nachzahlungen basierend auf dem Satz CHF LIBOR sechs Monate. Weiter beantragt sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, soweit darin die vertragliche Drittwirkungsklausel aufgehoben wurde sowie eventualiter zusätzlich die Festsetzung des Zinses für allfällige gestützt auf diese Drittwirkungsklausel geschuldete Rück- oder Nachzahlungen auf den Satz CHF LIBOR sechs Monate.

C.c Ebenfalls am 10. November 2008 erhebt Swisscom Beschwerde gegen die Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008 i.S. KOL. Darin beantragt sie die Erhöhung des festgesetzten Preises für die Bereitstellung der Kollokation, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz zur erneuten Preisfestsetzung. Weiter verlangt sie – analog zur Beschwerde i.S. TAL – es sei die verfügte Zinshöhe für Rückzahlungen aufzuheben, eventualiter sei zusätzlich der Zins für allfällige infolge Preisänderungen geschuldete Rück- und Nachzahlungen basierend auf dem Satz CHF LIBOR sechs Monate festzusetzen. Ebenso sei die verfügte Aufhebung der vertraglichen Drittwirkungsklausel aufzuheben, eventualiter sei zusätzlich der Zins für allfällige gestützt auf diese Drittwirkungsklausel geschuldete Rück- oder Nachzahlungen auf den Satz CHF LIBOR sechs Monate festzusetzen. Schliesslich beantragt sie in Bezug auf die von der Vorinstanz festgestellte Rechtswidrigkeit verschiedener Vertragsklauseln, diese seien zwar nicht in den Vertrag zwischen den Parteien aufzunehmen; auf eine Weisung, die Klauseln aus Verträgen mit Dritten zu entfernen, sei aber zu verzichten.

C.d Zur Begründung ihrer Anträge in den drei Beschwerden führt sie zunächst aus, das gesetzlich vorgesehene Verhandlungsprimat bedinge auch eine inhaltliche Verhandlungsfreiheit der Parteien. Die Vorinstanz habe zudem die Drittwirkungsklauseln ohne entsprechenden Antrag der Parteien aufgehoben. Die Drittwirkung und die vertraglich vereinbarte Verzinsung seien markt- und branchenüblich. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, eine Aufhebung von Vertragsklauseln in Verträgen mit Dritten sei nicht Gegenstand des strittigen Verfahrens und auch nicht beantragt worden.

In Bezug auf die Interkonnektionspreise führt die Beschwerdeführerin aus, es sei Aufgabe der Vorinstanz, kostenorientierte Preise zu ver-

fügen. Sie sei daher berechtigt und auch verpflichtet, gegebenenfalls Preiserhöhungen anzuordnen.

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die offerierten Supplementary Services seien nicht Teil der Interkonnektionsdienste und würden deshalb nicht der Regulierung unterliegen.

D.
Mit Verfügung vom 18. November 2008 vereinigte der Instruktionsrichter die Verfahren betreffend die Bedingungen der Interkonnektion, des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss sowie der Kollokation und führte sie fortan unter der Verfahrensnummer A-7162/2008 weiter.

E.
Mit Vernehmlassung vom 30. Januar 2009 beantragt die ComCom (nachfolgend Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerden. Sie führt aus, angesichts des Diskriminierungsverbots sei die Drittwirkung zwingendes Recht und brauche bzw. könne nicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens angeordnet werden. Aus demselben Grund könne kein anwendbarer Zinssatz verfügt werden. Aufgrund des Diskriminierungsverbots sei sie auch berechtigt, die Entfernung rechtswidriger Klauseln aus den Verträgen der Beschwerdeführerin mit Dritten zu verlangen. Eine Erhöhung der im Basisangebot offerierten Preise im Zugangsverfahren sei aus rechtlichen und praktischen Gründen nicht denkbar und im Zugangsgesuch der Beschwerdegegnerin auch nicht beantragt werden.

In Bezug auf die Supplementary Services führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin habe auch in diesem Bereich eine marktbeherrschende Stellung, weshalb die Preise dieser Dienste zu regulieren seien.

Bei der Festsetzung der Preise für die Kollokation sei von einer sogenannten offenen Kollokation auszugehen. Dies bedeute, dass Kosten für bauliche Massnahmen zur Abtrennung der Anlagen der verschiedenen Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) in den Zentralen der Beschwerdeführerin bei der Bemessung der Preise für die Kollokation nicht zu berücksichtigen seien.

F.
In ihrer Beschwerdeantwort vom 6. Februar 2009 beantragt sunrise

(nachfolgend Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerden, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung führt sie aus, die Anordnungen der Vorinstanz seien aufgrund des Diskriminierungsverbots auch für Verträge mit Dritten verbindlich. Die Verfügung einer Drittwirkungsklausel sei deshalb entbehrlich. Eine Preiserhöhung im Rahmen der Zugangsverfahren sei ausgeschlossen und eine entsprechende Drittwirkungsklausel sei daher nicht sachgerecht.

Die Rückzahlungspflicht sei als zwingendes Gesetzesrecht der Parteidisposition entzogen. Damit die Beschwerdeführerin ihre Konkurrentinnen nicht behindern könne, indem sie mittels überhöhter Preise (Investitions-)Kapital abschöpfe, müsse der kapitalmarktbasierten Verzinsung ein Korrekturzuschlag hinzugerechnet werden. In Bezug auf die Bedingungen der Kollokation führt sie aus, das Fernmelderecht sehe lediglich die offene Kollokation vor. Die Supplementary Services seien für eine wirtschaftliche Nutzung der Carrier Pre-Selection (CPS) notwendig. Die Beschwerdeführerin habe daher auch in diesem Bereich eine marktbeherrschende Stellung, so dass die Preise für diese Dienstleistungen der Regulierung unterliegen würden. Inhaltlich habe die Beschwerdeführerin nicht bestritten, dass die von der Vorinstanz verfügten Preise kostenorientiert seien.

G.
Am 7. April 2009 zog die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde gegen die Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008 i.S. Bedingungen der Kollokation (KOL) zurück, soweit darin die Neufestsetzung des Preises für die Bereitstellung der Kollokation beantragt wurde. An den weiteren Anträgen in dieser Beschwerde hält sie dagegen fest.

H.
Mit Replik vom 30. April 2009 hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an ihren Rechtsbegehren fest, soweit diese nicht mit Eingabe vom 7. April 2009 zurückgezogen wurden. Den Antrag betreffend Verfügung einer Klausel zur Wirkung von Preisfestsetzungen in Interkonnektionsverfahren mit Dritten dehnt sie auf die ab 1. April 2004 (statt wie in der Beschwerde beantragt 1. Januar 2009) geltenden Preise aus. Ihren Antrag auf Aufhebung der Preisfestsetzung für Supplementary Services beschränkt sie auf andere Dienste als jenen für „Migration of Carrier Selection Codes“.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie, das Verfahren an die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts zu übertragen, soweit

darin die Frage ihrer marktbeherrschenden Stellung zu beantworten sei. Sie verweist zudem auf die volle Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und hält fest, diese sei auszuschöpfen.

I.
Auf Einladung des Instruktionsrichters hin reichte die Wettbewerbskommission (WEKO) am 11. Juni 2009 eine Stellungnahme zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin bezüglich ihrer Marktstellung ein. Sie hält an Ihrer Auffassung fest, die Beschwerdeführerin habe auch im Bereich der Supplementary Services eine marktbeherrschende Stellung.

J.
Mit Eingabe vom 13. Juli 2009 nimmt die Beschwerdeführerin zu den Ausführungen der WEKO Stellung. Sie führt aus, die Supplementary Services seien als eigener Markt zu betrachten. Ihr Angebot sei substituierbar, dies würde auch bei einer Systemmarktbetrachtung gelten. Die WEKO habe keine Gründe für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung vorgebracht.

K.
In ihrer Duplik vom 12. August 2009 hält die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen fest und nimmt von der Anpassung der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin bzw. vom Teilrückzug einer Beschwerde Kenntnis. In formeller Hinsicht ist die Beschwerdegegnerin der Meinung, der Schwerpunkt der zu beurteilenden Fragen liege im Telekommunikationsrecht, die Streitsache sei daher durch die Abteilung I des Bundesverwaltungsgerichts zu beurteilen.

Weiter führt sie aus, die Regelung der Drittwirkung von Entscheiden der Vorinstanz sei einer der zentralen Streitpunkte im Zugangsverfahren gewesen, die Aufhebung der Drittwirkungsklauseln sei damit von den Anträgen der Parteien gedeckt. Die Drittwirkungsklauseln seien nichtig, die Aufhebung der Klauseln sei daher bloss deklaratorisch. Zur Frage der Höhe des Zinses auf Rückzahlungen habe sich die Vorinstanz nicht geäussert, da deren Beantwortung in die Kompetenz des Zivilrichters falle. Die Supplementary Services seien ein Teil des Marktes für Carrier Preselection, auf diesem sei die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin marktbeherrschend.

L.
Die Vorinstanz erachtet in ihrer Stellungnahme vom 17. August 2009

den Antrag auf teilweise Zuteilung des Verfahrens an die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichtes als unbegründet, da der Schwerpunkt der zu beurteilenden Sachfragen im Fernmelderecht liege. Im Weiteren hält sie im Wesentlichen an den Ausführungen in der Vernehmlassung fest.

M.
Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird – soweit entscheidwesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ComCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.1 Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen in den vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Sie ist damit durch die vorinstanzlichen Verfügungen beschwert und gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG grundsätzlich (vgl. aber zum Rechtsschutzinteresse bezüglich Drittwirkungsklausel E. 7.5) zur Beschwerde berechtigt.

1.2 Auf die form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist daher grundsätzlich einzutreten.

1.3 Soweit die Beschwerdeführerin die Neufestsetzung des Preises für die Bereitstellung der Kollokation beantragt hat, ist die Beschwerde als infolge Rückzug gegenstandslos geworden abzuschreiben.

2.
Die Beschwerdeführerin hat ihr Rechtsbegehren im Rahmen der Replik angepasst und die von einer der beantragten Drittwirkungsklauseln betroffene Zeitspanne ausgedehnt. Hierzu führt sie aus, sie habe ihr Rechtsbegehren ursprünglich auf die Zeit ab dem 1. Januar 2009 beschränkt, da die hier strittigen Preise für die vorangegangenen Perioden auf Gesuch der Beschwerdegegnerin hin bereits behördlich festgelegt worden seien. Nun seien aber in einem Gesuchsverfahren einer anderen FDA die von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen Preise für die Dienstleistung „Transit to ... Access Services“ behördlich festgesetzt und von ihr angefochten worden. Es rechtfertige sich daher, die Drittwirkungsklausel auf den Beginn der in jenem Verfahren umstrittenen Periode zurückzubeziehen.

2.1 Es ist damit vorab zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin mit dieser Änderung den Streitgegenstand ausgedehnt hat und ob dies zulässig ist.

Die in der Beschwerde beantragte Drittwirkungsklausel würde bei Verfügungen der ComCom in einem Verfahren mit Dritten betreffend die seit dem 1. Januar 2009 geltenden Preise eine Nach- oder Rückzahlungspflicht statuieren, beim geänderten Rechtsbegehren würde eine solche auch bei Verfügungen betreffend eine frühere Periode ausgelöst.

Mit dem Beschwerdeantrag wird der Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt. Im Laufe des Verfahrens kann sich der Streitgegenstand dem Grundsatz nach höchstens verengen, nicht aber ausweiten (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.213).

2.2 Im vorliegenden Fall wird zwar eine Ausdehnung der vom Rechtsbegehren betroffenen Zeitspanne verlangt. Die von der Beschwerdeführerin verlangte zeitliche Begrenzung der Drittwirkung ist indessen eine Beschränkung der von der Vorinstanz als zeitlich unbegrenzt betrachteten Drittwirkung. Wird die von der anbegehrten Drittwirkungsklausel umfasste Zeitspanne ausgedehnt, nähert sich die Beschwerdeführerin in diesem Umfang der Auffassung der Vorinstanz an. Die zeitliche Ausdehnung der Rückwirkung von behördlichen Preisfestsetzungen in Drittverfahren ist somit für die Beschwerdeführerin – bezogen auf Rückforderungen – nicht ein Mehr, sondern ein Weniger. Die Änderung des Rechtsbegehrens stellt damit faktisch nicht eine Ausdehnung, sondern eine Verengung des Streitgegenstandes dar.

2.3 Die Änderung des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin in der Replik erweist sich damit als zulässig.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, die strittige Frage der Marktbeherrschung im Zusammenhang mit der Regulierung der Preise für Supplementary Services for Preselection sei von der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts zu beurteilen. Sie führt aus, es handle sich zwar um ein fernmelderechtliches Verfahren, strittig sei jedoch die Frage der Marktbeherrschung

und damit die Preisregulierung als solche. Diese Frage sei kartellrechtlicher Natur und müsse auch im Beschwerdeverfahren einheitlich ausgelegt werden. Es bestehe ein Anspruch auf Behandlung der Beschwerde durch die zuständige Fachabteilung.

Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz wenden sich gegen diesen Verfahresantrag. Die Vorinstanz bringt vor, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin sei lediglich vorfrageweise zu prüfen, massgebend für die Zuordnung an die Abteilungen sei das Schwergewicht der zu beurteilenden Rechtsfragen, welches im fernmelderechtlichen Bereich liege. Das Fernmelderecht sei hinsichtlich wettbewerbsrechtlich relevanter Fragen auf das Kartellrecht abzustimmen. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) bezwecke, in einem bislang monopolisierten Markt Marktmacht abzubauen und Wettbewerb zu erzielen. Angesichts dieser Besonderheiten im Fernmeldemarkt könne die Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Fragen nur vor dem Hintergrund des Fernmelderechts erfolgen und setze spezifisches Fachwissen voraus. Die Zuordnung an die Abteilung I des Gerichts sei daher sachgerecht.

Die Beschwerdegegnerin fügt an, eine Aufteilung der Zuständigkeit der Abteilungen innerhalb eines Verfahrens sei nicht vorgesehen. Die Zuordnung an die Abteilung I entspreche der gesetzlichen Konzeption des Zugangsverfahrens, bei welchem die ComCom, also die fernmelderechtliche Fachbehörde, als Leitbehörde bestimmt worden sei und die Stellungnahme der wettbewerbsrechtlichen Fachbehörde einzuholen und zu berücksichtigen habe.

3.2 Art. 24 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) regelt die Zuständigkeiten der Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts: Nach Abs. 1 behandelt die erste Abteilung Geschäfte, die ihren Schwerpunkt in den Bereichen Infrastruktur, Umwelt, Abgaben und Personal haben. Nach Abs. 2 fallen Geschäfte mit Schwerpunkt in den Bereichen Wirtschaft, Wettbewerb und Bildung in den Zuständigkeitsbereich der zweiten Abteilung. Im Einzelnen ist die Geschäftsverteilung im Anhang VGR geregelt. Demnach werden der Abteilung I Geschäfte im Rechtsgebiet des Post- und Fernmeldewesens zugeteilt. Kartellrechtliche Beschwerdeverfahren beurteilt die Abteilung II.

3.3 Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gibt den Parteien

einen Anspruch auf Beurteilung ihrer Sache durch ein durch Gesetz geschaffenes Gericht. Dieser Anspruch auf den gesetzlichen Richter bezieht sich auch auf die Besetzung der richterlichen Behörde (GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, N. 8 zu Art. 30). Obwohl Art. 24 VGR primär eine interne, organisatorische Regelung des Bundesverwaltungsgerichts darstellt, hat die Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund von Art. 30 Abs. 1 BV grundsätzlich Anspruch auf Beachtung der Regeln zur Geschäftszuweisung.

Es ist aber festzuhalten, dass die Zuordnung an die Abteilung I sowie die Zusammensetzung des Spruchkörpers den Verfahrensbeteiligten bereits mit der Eingangsbestätigung mitgeteilt und eine Ablehnungsfrist gesetzt wurde, welche die Beschwerdeführerin ungenutzt verstreichen liess. Ein den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV nicht genügender Richter kann abgelehnt werden, Ablehnungsgründe sind aber nach Treu und Glauben sofort geltend zu machen, andernfalls verwirken sie (STEINMANN, a.a.O., N. 16 zu Art. 30, vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009 E. 13.1). Im Zeitpunkt der Eingangsbestätigung war der Beschwerdeführerin bereits bekannt, dass die Frage der marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen sein wird. Die angebliche Zuständigkeit der Abteilung II hätte deshalb innerhalb der Ablehnungsfrist geltend gemacht werden können. Ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin auf Zuteilung der Streitsache an die Abteilung II wäre deshalb verwirkt.

3.4 Der Verfahrensantrag erscheint aber auch inhaltlich unbegründet. Art. 23 VGR sieht vor, dass für die Zuteilung von Streitigkeiten auf die Abteilungen die Rechtsfrage massgebend ist, auf der das Schwergewicht der Entscheidung liegt. Im VGR wurde damit anerkannt, dass eine Streitigkeit die Rechtsgebiete verschiedener Abteilungen betreffen kann. Gleichzeitig wurde auf eine Aufteilung solcher Verfahren verzichtet.

3.4.1 Inhaltlich ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass das Schwergewicht der zu beurteilenden Fragen im Bereich des Fernmelderechts liegt. So bestreitet die Beschwerdeführerin nicht bloss ihre marktbeherrschende Stellung, sondern behauptet vielmehr, bei den fraglichen Zusatzdiensten handle es sich gar nicht um der Regulierung im Sinne der Art. 3*e* und Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG unterstehende Interkonnektionsdienste. Zwar ist auch die Marktstellung der Be-

schwerdeführerin zu beurteilen; dies erfolgt aber vorfrageweise im Hinblick auf die eigentliche Frage der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung. Dem entspricht auch die gesetzliche Konzeption des Zugangsverfahrens. Der Entscheid über Zugangsstreitigkeiten liegt gemäss Art. 11*a* FMG in der Kompetenz der Vorinstanz. Dabei sieht Art. 11a Abs. 2 FMG vor, dass diese gegebenenfalls die WEKO zur Frage der marktbeherrschenden Stellung konsultiert. Zudem geht es bei der Frage der marktbeherrschenden Stellung um Fragen der Angebotssubstituierbarkeit fernmeldetechnischer Dienstleistungen und damit schwergewichtig um sektorspezifische Fragen.

3.4.2 Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, die Zugangsregulierung nicht auf das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) abzustützen und den Wettbewerbsbehörden zur Anwendung zu überlassen, sondern aufgrund der technischen Komplexität bei der Interkonnektion einer spezialisierten unabhängigen Behörde – der ComCom – zu übertragen (PIERRE RIEDER, Wettbewerbsrecht und Telekommunikation, in: Rolf H. Weber [Hrsg.]. Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S.170). Um sicherzustellen, dass die Anwendung des Begriffs der marktbeherrschenden Stellung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt und nicht unterschiedliche Behörden eine unterschiedliche Praxis für gleiche Tatbestände entwickeln, konsultiert die ComCom die WEKO (Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes [BBl 2003 7951]).

3.4.3 Diesem Bedürfnis nach einer einheitlichen Praxis wird im Übrigen auch im Beschwerdeverfahren durch Massnahmen zur Koordination der Rechtsprechung Rechnung getragen. Hat eine Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts eine Rechtsfrage zu entscheiden, die mehrere Abteilungen betrifft, holt sie gemäss Art. 25 Abs. 2 VGG die Zustimmung der Vereinigung aller betroffener Abteilungen ein, sofern dies für die Rechtsfortbildung oder die Einheit der Rechtsprechung angezeigt erscheint. Sollten bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung für die Rechtsfortbildung wesentliche Fragen zu beantworten sein oder eine Praxisänderung ins Auge gefasst werden, wäre dies mit der Abteilung II zu koordinieren.

3.4.4 Weiter ist festzuhalten, dass Art. 24 VGR keinen ausschliesslichen Anspruch auf Zuteilung nach dem Schwerpunkt der Rechtsfragen vorsieht. Gemäss Art. 24 Abs. 2 VGR kann von diesem Grundsatz aufgrund der Natur des Geschäftes oder dem Zusammenhang mit

andern Geschäften abgewichen werden. Selbst wenn angenommen würde, der Schwerpunkt des (Teil-)verfahrens betreffend die Supplementary Services falle unter die Rechtsgebiete der Abteilung II, wäre die Angelegenheit aufgrund des engen Sachzusammenhangs mit den übrigen im vorliegenden Fall zu beurteilenden – unbestrittenermassen fernmelderechtlichen – Fragen der Zugangsregulierung von der Abteilung I zu beurteilen. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der einen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts immer wieder Themen zu prüfen sind, die primär einer anderen Abteilung zugewiesen sind. Die vorliegende Konstellation, in welcher die Abteilung I Fragen wettbewerbsrechtlicher Natur zu beantworten hat, ist im Übrigen nicht singulär (vgl. etwa das zur Publikation bestimmte Urteil A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009) und rechtfertigt weder eine ganze noch teilweise Behandlung durch die auf das Wirtschaftsrecht spezialisierte Abteilung II.

3.5 Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zuweisung von Teilen des Verfahrens an die Abteilung II ist schliesslich auch deshalb abzuweisen, weil eine Zuständigkeitsgabelung nicht nur der rechtlichen Zuteilungskonzeption nach Art. 23 VGR, sondern auch prozessökonomischen Gedanken widersprechen würde.

4.

Die Beschwerdeführerin weist weiter in ihrer Replik darauf hin, dass dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition zukomme und fordert unter Hinweis auf ein Gutachten, das Gericht habe seine Kognition auszuschöpfen und bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine umfassende Kontrolle zu praktizieren. Sie verweist auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-109/2008 vom 12. Februar 2009 und bringt vor, das Gericht sei in diesem Entscheid seiner Begründungspflicht nicht nachgekommen und habe seine Kognition nicht ausgeschöpft. Jener Entscheid dürfe diesbezüglich keinen Präjudizcharakter erhalten. So sei namentlich uneingeschränkt zu prüfen, ob die Drittwirkung von behördlichen Preisverfügungen zwingendes Recht darstelle, ob die Vorinstanz berechtigt sei, in Verträge mit Dritten einzugreifen und ob sie einen Antrag der Beschwerdeführerin habe abweisen dürfen, kostenorientierte Preise zu verfügen. Sie hält fest, bei den zu beurteilenden Rechtsfragen komme der Vorinstanz kein Handlungsspielraum zu, eine Zurückhaltung bei

der Überprüfung der Ermessensausübung und der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sei daher nicht angebracht.

4.1 Zunächst ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Prüfungszuständigkeit kennt und wahrnimmt. Die Kognition ist gesetzlich vorgegeben und unabhängig von den Anträgen der Parteien zu beachten. Die Beschwerdeführerin hat denn auch zu Recht keine die Kognition betreffenden Anträge gestellt. Der Vollständigkeit halber sind aber die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Prüfungszuständigkeit des Gerichts darzulegen.

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Angemessenheit behördlichen Handelns an sich frei (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG). Nach der Rechtsprechung hat aber auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Das Bundesverwaltunsgericht übt daher Zurückhaltung und greift nicht leichthin in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht leichthin von der Auffassung der Vorinstanz ab (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; BGE 133 II 35 E. 3, BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2).

Das Bundesgericht hat erst kürzlich (BGE 135 II 296 E. 4.4.3) bestätigt, es sei zulässig, wenn sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe eine gewisse Zurückhaltung auferlege und nicht leichthin in den Beurteilungsspielraum der fachlich verantwortlichen Vorinstanz eingreife. Auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, soll in Gewichtungsfragen den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz respektieren. Sie muss zwar eine unangemessene Entscheidung korrigieren, darf aber die Wahl unter mehreren sachgerechten Lösungen der Vorinstanz überlassen. Wenn es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher

Spezialfragen geht, kann sie sich eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, ohne damit ihre Kognition in unzulässiger Weise zu beschränken.

Vorliegend kommt der Vorinstanz bzw. dem mit der Instruktion des Verfahrens betrauten BAKOM ein ausgeprägtes Fachwissen in fernmeldetechnischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten im Telekommunikationsmarkt zu. Das Bundesverwaltungsgericht kann auf kein gleichwertiges Fachwissen zurückgreifen (vgl. dazu auch BGE 132 II 257 E. 3.2 sowie die auf einem von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren eingereichten Gutachten basierenden Ausführungen in MARKUS MÜLLER/ RETO FELLER, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2009 S. 442 ff., S. 453 f.).

4.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat die sich stellenden Fragen grundsätzlich frei zu prüfen. Uneingeschränkt zu prüfen hat es, ob die Vorinstanz den Sachverhalt korrekt festgestellt, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft, die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat und sich dabei von sachkonformen Erwägungen hat leiten lassen.

Es hat sich dagegen dort eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, wo der Vorinstanz angesichts der sich stellenden Fachfragen ein erheblicher Handlungsspielraum belassen wurde. Dabei variiert der Grad der Zurückhaltung im Einzelfall je nach der Natur der sich stellenden Fragen und dem erforderlichen Fachwissen der Vorinstanz. Ob ein solcher Handlungsspielraum der Vorinstanz besteht, ist gegebenenfalls nachfolgend im Rahmen der Prüfung der einzelnen Rügen zu beurteilen.

4.4 Festzuhalten ist, dass auch in Bereichen, in denen sich das Bundesverwaltungsgericht Zurückhaltung auferlegt, nicht auf eine Prüfung verzichtet wird, sondern diese lediglich mit einer reduzierten Prüfungsdichte erfolgt. Dabei verlangt die Begründungspflicht, dass die vorgenommene Angemessenheitskontrolle in der Urteilsbegründung nachvollzogen werden kann. Diese Grundsätze waren bereits bisher für das Bundesverwaltungsgericht wegleitend und werden auch bei der nachfolgenden Auseinandersetzung mit den Beschwerden massgebend sein.

5.
Zu beurteilen ist im vorliegenden Verfahren zunächst die Frage, ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, im IC-Verfahren eine Klausel betreffend die Wirkung von regulatorischen Verfügungen in Verfahren mit Dritten zu verfügen bzw. ob sie berechtigt war, im TAL- und im KOL-Verfahren eine vereinbarte Drittwirkungsklausel aufzuheben (E. 7 - 10.3) und die Drittwirkung einer Anordnung im vorliegenden Verfahren auf Verträge mit Dritten zu verfügen (E. 11).

Weiter ist zu untersuchen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Zinssatz für preisänderungsbedingte Nach- und Rückzahlungen behördlich festzusetzen ist (E. 12) und ob eine kostenorientierte Festsetzung der Preise für die Implementierung der Nummernportierungsroutingnummer auf einem höheren Preisniveau als von der Beschwerdeführerin ursprünglich offeriert zulässig ist (E. 13). Schliesslich ist zu beurteilen, ob die Vorinstanz berechtigt war, die Preise für die hier strittigen Supplementary Services for Carrier Preselection zu verfügen (E. 14).

6.
Die angefochtenen Verfügungen der Vorinstanz stützen sich auf Art. 11 und 11a FMG. Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen in verschiedenen, im Gesetz aufgezählten Formen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Vorinstanz diese gemäss Art. 11*a* Abs. 1 FMG auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen.

7.
7.1 Die Frage der Drittwirkung von Verfügungen der Vorinstanz ist unter zwei verschiedenen Blickwinkeln zu prüfen. Zum einen macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz sei nicht berechtigt gewesen, die Streichung von Klauseln aus Verträgen mit Dritten anzuordnen. Sie wendet damit ein, die Anordnungen der Vorinstanz seien auf das vorliegende Verfahren zu beschränken.

Zum andern bringt sie vor, die Vorinstanz hätte Vertragsklauseln akzeptieren (in den Verfahren TAL und KOL) bzw. verfügen (im Verfahren IC) müssen, welche die Folgen von Anordnungen in Verfahren zwischen ihr und Dritten auf das zu beurteilende Vertragsverhältnis regelten. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, eine solche Drittwirkung bestehe nur, wenn und soweit dies in einer Vereinbarung mit einer FDA vorgesehen oder von der Vorinstanz verfügt worden sei. Die Drittwirkung sei eine Nebenbedingung der Interkonnektion und hätte als solche bei einer Nichteinigung auf Antrag einer Partei hin nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen verfügt werden müssen. Die von der Beschwerdeführerin angestrebte Drittwirkungsklausel würde nicht nur eine Rückzahlungsverpflichtung bei Preissenkungen in Drittverfahren, sondern auch eine Nachzahlungspflicht bei Preiserhöhungen vorsehen.

Zu beiden Fragen ist zunächst zu klären, inwieweit Anordnungen der Vorinstanz in einem Verfahren gemäss Art. 11*a* FMG Auswirkungen auf Drittverhältnisse haben.

7.2 Die Vorinstanz führte in den angefochtenen Verfügungen aus, aufgrund des in Art. 11 FMG enthaltenen Diskriminierungsverbotes sei die Beschwerdeführerin verpflichtet, sämtlichen Konkurrentinnen die gleichen Zugangsbedingungen zu gewähren. Dieser Grundsatz gelte von Gesetzes wegen und sei nicht eine Nebenbedingung der Interkonnektion, welche gemäss Art. 74 Abs. 2 FDV im Zugangsverfahren von der Vorinstanz nach markt- und branchenüblichen Kriterien zu verfügen wäre. Die Tragweite des Diskriminierungsverbotes und damit die Drittwirkung von behördlichen Entscheiden könne nicht von den Parteien vertraglich vereinbart werden. Das Nichtdiskriminierungsgebot schütze alle Marktteilnehmenden und betreffe auch alle.

Eine Nachzahlungsverpflichtung lehnte die Vorinstanz ab; sie führte aus, wettbewerbspolitisch sei nur ein Eingreifen zu Lasten der marktbeherrschenden Anbieterin, konkret eine Preissenkung, vertretbar. Da die Drittwirkung direkt aus dem Diskriminierungsverbot folge, sei die Drittwirkung auch nicht zeitlich einzuschränken.

7.3

7.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen zunächst vor, das Diskriminierungsverbot finde seine Grenzen im Verhandlungsprimat. Die Vorinstanz dürfe erst nach dreimonatigen erfolglosen Verhandlungen zwischen den Parteien und auf Gesuch einer Partei hin die Be-

dingungen der Interkonnektion verfügen. Es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, den Marktakteuren die Vereinbarung über die Bedingungen ihrer Beziehungen zu überlassen. Der Regulator (d.h. die Vorinstanz) dürfe demnach erst auf Gesuch hin (ex-post) eingreifen und nicht von Amtes wegen (ex-ante) die Zugangsbedingungen festlegen. Die Vertragsfreiheit der Parteien gehe dem behördlichen Eingriff vor. Dieses Verhandlungsprimat sei das zentrale Element der Zugangsregulierung. Im Rahmen des Verhandlungsprimats bestehe die Möglichkeit, auch Zugangspreise und –bedingungen (wie z.B. eine Drittwirkungsklausel) zu vereinbaren, die nicht den dispositiven gesetzlichen Anforderungen entsprächen oder für die keine gesetzliche Regelung bestehe.

Die Annahme, das Diskriminierungsverbot sei zwingendes Recht, stehe im Widerspruch zum gesetzlichen Verhandlungsprimat. Das Diskriminierungsverbot verlange von der Beschwerdeführerin, allen Konkurrentinnen das gleiche Standardangebot zu unterbreiten. Im Übrigen gelte die Verhandlungsfreiheit. Das Verhandlungsprimat sei nicht nur eine formelle Vorschrift, sondern gewährleiste auch die inhaltliche Vertragsfreiheit. Würde angenommen, dass im Bereich des Diskriminierungsverbots keine unterschiedlichen Vereinbarungen ausgehandelt werden könnten, würde kein Verhandlungsspielraum der Parteien mehr bestehen. Damit würde das Verhandlungsprimat vollständig verdrängt. Die vom Gesetzgeber in den Vordergrund gestellte Vertragsfreiheit gewähre nicht nur die Freiheit, über den Abschluss eines Vertrages zu entscheiden, sondern auch die Möglichkeit, den materiellen Vertragsinhalt auszuhandeln.

Dies habe auch die Vorinstanz anerkannt, als sie in ihrer Verfügung vom 9. Oktober 2008 i.S. Tele 2 Telecommunication AG festgestellt habe, die vereinbarten Preise seien im Bereiche des von den Parteien Verhandelbaren gelegen. Falls einer Preisfestsetzung von Gesetzes wegen rückwirkende Drittwirkung zugesprochen würde, könnten im Ergebnis vertraglich vereinbarte Preise nachträglich neu festgelegt werden. Das Verhandlungsprimat wäre damit faktisch aufgehoben, dies würde aber dem Willen des Gesetzgebers widersprechen.

Es stehe den Anbieterinnen frei, mittels einvernehmlichen, individuellen vertraglichen Regelungen vom gesetzlich Vorgesehenen, d.h. der Verpflichtung zu kostenorientierten Preisen, abzuweichen. Da den Anbieterinnen die Möglichkeit offen stehe, ein Zugangsgesuch zu

stellen und kostenorientierte Preise durchzusetzen, könne die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung auch ohne zwingenden Charakter des Diskriminierungsverbots nicht missbrauchen. Es bestehe daher keine Notwendigkeit, das Diskriminierungsverbot als zwingendes Gesetzesrecht zu betrachten.

Die Frage, ob die Regeln des Fernmelderechts zwingenden oder dispositiven Charakter hätten, könne letztlich offen bleiben. Wenn die Vorinstanz im Falle einer Nichteinigung angerufen werde, habe sie das Gesetzesrecht anzuwenden, ob es sich dabei nun um dispositives oder zwingendes Recht handle. Falls dagegen eine Einigung zustandegekommen sei, dürfe die Vorinstanz mangels Zuständigkeit weder die Rechtmässigkeit einer Vereinbarung überprüfen noch in diese eingreifen.

Die Beschwerdeführerin hält weiter fest, das Diskriminierungsverbot könne angesichts der unterschiedlichen Bedürfnisse der Anbieterinnen nicht bedeuten, dass mit allen die gleichen Bedingungen zu vereinbaren seien.

Die Vorinstanz beabsichtige mit ihren Ausführungen zum zwingenden Charakter des Diskriminierungsverbots lediglich, denjenigen Konkurrentinnen, die eine nicht-rückwirkende Drittwirkungsklausel akzeptiert hätten, einen Weg zur Umgehung dieser Vereinbarung zu ebnen.

In zeitlicher Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, die Drittwirkung im IC-Verfahren auf die Periode seit dem 1. April 2004 zu begrenzen. Sie führt aus, die Beschwerdegegnerin habe in diesem Verfahren die Preise grösstenteils behördlich festsetzen lassen, so dass ohnehin keine Drittwirkung von Entscheiden in anderen Verfahren denkbar sei. Einzig in Bezug auf die Preise für „Transit Access to (...) Services“ seien die offerierten Preise von der Beschwerdegegnerin akzeptiert, in einem Verfahren mit einer anderen FDA aber für die Zeit seit dem 1. April 2004 angefochten worden. Eine Drittwirkung sei deshalb allein für diese Periode denkbar.

7.3.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung aus, die Drittwirkung ergebe sich aus dem zwingenden Gesetzesrecht und könne nicht vertraglich geregelt werden. Die Beschwerdeführerin verkenne das Verhältnis zwischen dem Verhandlungsprimat und dem Diskriminierungsverbot. Das Verhandlungsprimat verbiete der Vorinstanz, ohne entsprechenden Antrag tätig zu werden. Da die Konkurrentinnen

der Beschwerdeführerin aufgrund derer marktbeherrschenden Position nicht als gleichwertige Verhandlungspartnerinnen gegenüberstünden, habe der Gesetz- und Verordnungsgeber die Vertragsfreiheit der Beschwerdeführerin stark eingeschränkt. Das Verhandlungsprimat übertrage den Entscheid, ob es zu einem Zugangsverfahren kommen solle, den nachfragenden Anbieterinnen, eine weitergehende Funktion komme ihm nicht zu. Insbesondere habe der Beschwerdeführerin dadurch nicht eine Möglichkeit eingeräumt werden sollen, sich diskriminierend zu verhalten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin begrenze nicht das Verhandlungsprimat das Diskriminierungsverbot, vielmehr sei der Gehalt des Verhandlungsprimats durch das Diskriminierungsverbot bestimmt.

Das Diskriminierungsverbot sei zwingendes öffentliches Recht. Es verlange die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen. Es würde seines Sinnes entleert, wenn angenommen würde, die Beschwerdeführerin habe lediglich allen Anbieterinnen ein gleiches Basisangebot zu offerieren, könne dieses aber je nach Verhandlungsstärke und -geschick anpassen.

Die Gleichbehandlung werde durch das Prinzip der Drittwirkung sichergestellt. Die Drittwirkung sei eine zwingende Folge des Diskriminierungsverbots. Für kleinere Anbieterinnen sei es aus personellen und finanziellen Gründen oft nicht möglich, ein Zugangsverfahren durchzuführen. Das Diskriminierungsverbot solle diesen kleineren Anbieterinnen den Markteintritt erleichtern und sie im Markt schützen.

Aus dem Umstand, dass sie, die Vorinstanz, auf ein Gesuch einer Konkurrentin um Festsetzung der Preise für die Zeit vom Jahr 2000 bis zum 31. März 2004 nicht eingetreten sei, könne nicht geschlossen werden, dass sie eine weitergehende Verhandlungsfreiheit der Anbieterinnen angenommen habe. Da in diesem Fall für diese Periode eine einvernehmliche Vereinbarung bestanden habe, sei sie mangels Zuständigkeit nicht berechtigt gewesen, auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten. Falls eine Anbieterin der Auffassung sei, es stünden ihr aufgrund des Diskriminierungsverbots Ansprüche gegen die Beschwerdeführerin zu, seien diese auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen.

Die Vorinstanz hält schliesslich fest, es sei theoretisch nicht auszuschliessen, dass sie in einem von einer anderen Anbieterin an-

gestrengten Verfahren aufgrund neuer Erkenntnisse tiefere Preise festlegen könnte, die aufgrund des Diskriminierungsverbots auch für die Beschwerdegegnerin anzuwenden wären. Eine zeitliche Begrenzung der Drittwirkung rechtfertige sich daher nicht.

7.3.3 Die Beschwerdegegnerin führt aus, gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes müsse die Beschwerdeführerin den andern Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang gewähren. Im Bereich von Art. 11 Abs. 1 FMG sei die Beschwerdeführerin unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Sie sei damit verpflichtet, alle Anbieterinnen beim Zugang gleich zu behandeln.

Angesichts dieser klaren Vorgaben zu den Zugangsbestimmungen bestehe kein inhaltlicher Spielraum für Vertragsverhandlungen. Das Verhandlungsprimat bestimme lediglich den Verlauf des Preisfindungsprozesses. Vertragsbestimmungen, die den gesetzlichen Vorgaben widersprechen würden, seien widerrechtlich und als ungültig zu betrachten, der Gesetzgeber habe keine den (zwingenden) gesetzlichen Vorgaben vorgehende vertragliche Gestaltungsfreiheit vorgesehen. Die Wirkung einer Zugangsverfügung, mithin auch die Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, seien im Fernmelderecht gesetzlich geregelt.

Der Zweck der Bestimmungen zur Interkonnektion verlange, dass Zahlungen, die gestützt auf eine solche widerrechtliche Bestimmung geleistet worden seien, zurückgefordert werden könnten. Das Gesetz gestatte es der Beschwerdeführerin nicht, unter Ausnutzung ihrer Verhandlungsmacht höhere als kostendeckende Preise zu verlangen. Die Formulierung von Art. 11 FMG stelle klar, dass bezüglich der Gleichbehandlung keinerlei Ermessensspielraum der Beschwerdeführerin bestehe. Mit einer Zugangsverfügung der Vorinstanz würden für die betroffene Beurteilungsperiode die kostendeckenden Preise konkretisiert. Die Beschwerdeführerin dürfe sich nicht damit begnügen, allen Anbieterinnen ein gleichwertiges Angebot zu unterbreiten, sondern habe ihnen nach dem Gesetzeswortlaut diskriminierungsfrei Zugang zu gewähren.

Diese Betrachtung entspreche auch einem allgemein anerkannten Grundsatz des Wettbewerbsrechts. Die auf Kosten der Konkurrentinnen eingetretene Bereicherung der marktmächtigen Beschwerdeführerin sei auszugleichen. Dieser wettbewerbsrechtliche

Grundsatz habe auch im Bereich der sektorspezifischen Regelungen zu gelten. Das Bundesgericht habe denn auch festgehalten, die Drittwirkung von Interkonnektionsentscheiden entspreche dem Zweck des Fernmelderechts. Es seien im Übrigen keine Gründe ersichtlich, weshalb das Diskriminierungsverbot zu einer ex-nunc Drittwirkung, nicht aber zu einer rückwirkenden Drittwirkung führen solle.

Die rechtsgestaltende Verfügung der Vorinstanz lege die nicht diskriminierenden Bedingungen des Marktzugangs fest und korrigiere so gegebenenfalls ein rechtswidriges Angebot der Beschwerdeführerin. Die dabei festgelegten Preise hätten nicht nur zwischen den Parteien (inter partes) sondern gegenüber allen Anbieterinnen Wirkung. Es könnten nicht je nach Vertragspartnerin unterschiedliche Preise als kostendeckend gelten. Abweichende Vereinbarungen verstiessen gegen zwingendes Recht und seien nichtig.

7.4 Im Hinblick auf die Beurteilung der vorstehend aufgeworfenen Fragen sind zunächst die unterschiedlichen Standpunkte der Parteien und ihre praktischen Auswirkungen zu klären.

Die Beschwerdeführerin vereinbarte mit der Beschwerdegegnerin in zwei der drei vorliegend zu beurteilenden Zugangsverfahren eine rückwirkende Drittwirkungsklausel, im dritten Verfahren beantragte sie die Verfügung einer gleichlautenden Klausel durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz hob die vertraglich vereinbarten Klauseln auf bzw. verweigerte den Erlass einer solchen mit der Begründung, die rückwirkende Drittwirkung ergebe sich aus dem zwingenden Gesetzesrecht und sei einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich. Die Beschwerdegegnerin vertritt ebenfalls die Auffassung, eine rückwirkende Drittwirkung ergebe sich direkt aus dem Gesetz.

Es besteht damit zwischen den Parteien zunächst Einigkeit, dass im vorliegend umstrittenen Zugangsverhältnis eine rückwirkende Drittwirkung von in Drittverfahren ergangenen Entscheiden der Vorinstanz gelten soll. Umstritten ist jedoch, ob diese rückwirkende Drittwirkung bereits von Gesetzes wegen gilt, oder ob diese lediglich im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen begründet wird. Weiter ist umstritten, ob eine allfällige im Gesetz begründete Drittwirkung die Vorinstanz berechtigt, den Erlass der beantragten Klausel zu verweigern bzw. die vereinbarten Drittwirkungsklauseln aufzuheben. Damit einher geht die Frage, ob eine fehlende oder gegen die gesetzliche Ordnung verstossende Regelung der Drittwirkung durch die Vorinstanz oder im

Rahmen von zivilrechtlichen Rückforderungsverfahren Dritter durch den Zivilrichter festzustellen ist.

7.4.1 Nachdem die Beschwerdeführerin sowohl nach ihrer Auffassung als auch nach jener der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zur Rückerstattung von zu viel bezahlten Beträgen verpflichtet und nur die rechtliche Grundlage einer Rückzahlungspflicht umstritten ist, stellt sich zunächst die Frage der Zulässigkeit des entsprechenden Rechtsbegehrens. Beschwerdeberechtigt ist gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG, wer – neben anderen Voraussetzungen – ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Praxisgemäss wird das Rechtsschutzinteresse immer dann verneint, wenn rein theoretische Probleme zur Diskussion gestellt werden oder sich eine Beschwerde nur gegen die Begründung einer angefochtenen Verfügung richtet, ohne dass eine die Beschwerdeführerin entlastende oder begünstigende Änderung des Dispositivs verlangt wird (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 48 N 16).

7.4.2 Die Klärung der vorliegend umstrittenen Fragen hat indessen zum einen Auswirkungen auf die Vertragsbeziehungen zu anderen Anbieterinnen. Wird erkannt, das Fernmeldegesetz sehe eine direkte rückwirkende Drittwirkung zwingend vor, wäre der Weg für zivilrechtliche Rückforderungsklagen Dritter bereits gestützt auf die rechtsgestaltende Verfügung der Vorinstanz offen, auch wenn Dritte in ihren Zugangsvereinbarungen mit der Beschwerdeführerin keine oder keine rückwirkenden Drittwirkungsklauseln hätten. Andernfalls müsste eine FDA bei Fehlen einer Drittwirkungsklausel für eine Rückforderung eine zivilrechtliche Ungültigkeit der vereinbarten Preise und die (ebenfalls nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu bestimmenden) Voraussetzungen einer Rückforderung nachweisen.

Zum andern ist das Mass der Vertragsfreiheit bzw. der Umfang der Verhandlungsfreiheit umstritten, welche den Parteien bei der Regelung der Zugangsverhältnisse zukommt.

Schliesslich unterscheidet sich die von der Beschwerdeführerin verlangte Drittwirkungsklausel hinsichtlich zeitlicher Begrenzung, Beidseitigkeit und Verzinsung von der Konzeption einer gesetzlichen Drittwirkung im Sinne der Vorinstanz.

7.5 Ein praktisches Interesse an der Beurteilung der Anträge betreffend die Drittwirkungsklausel ist damit zu bejahen. Die Beschwerdeführerin erscheint auch in Bezug auf die Drittwirkungsklausel als beschwerdeberechtigt.

7.6 Es ist damit als erstes abzuklären, ob den Entscheiden der Vorinstanz in Zugangsverfahren gemäss Art. 11a FMG von Gesetzes wegen eine Drittwirkung zukommt. Wird dies bejaht, stellt sich weiter die Frage, ob diese ab dem Zeitpunkt des Entscheids gilt oder ob sie Rückwirkung auf den ganzen vom Zugangsgesuch betroffenen Zeitraum hat. In einem dritten Schritt ist sodann gegebenenfalls zu prüfen, ob eine allfällige gesetzliche Drittwirkung die Vereinbarung vertraglicher Drittwirkungsklauseln ausschliesst bzw. die Vorinstanz berechtigt, solche Vereinbarungen aufzuheben.

8.

8.1 Zunächst scheint es ungewöhnlich, dass eine Verfügung gemäss Auffassung der Vorinstanz Auswirkungen auf am Verfahren nicht beteiligte Dritte haben soll. Es ist daher vorab zu prüfen, ob eine Drittwirkung von Verfügungen verfahrensrechtlich zulässig ist.

8.1.1 Die Vorinstanz regelt die Bedingungen des Zugangs in Form einer Verfügung. Verfügungen sind gemäss Art. 5 VwVG Anordnungen von Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und namentlich die Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten zum Inhalt haben. Mit Verfügungen werden in einem konkreten Fall Rechte und Pflichten eines bestimmten Privaten begründet, geändert oder aufgehoben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 862). Dieser verwaltungsrechtliche Grundsatz allein schliesst aber nicht aus, dass Verfügungen Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfallen können. So werden beispielsweise durch Entscheide in bau- und planungsrechtlichen Verfahren regelmässig Nachbarrechte betroffen, Gesamtarbeitsverträge allgemeingültig (Art. 4 des Bundesgesetzes vom 28. September 1958 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [SR 221.215.311]) oder genehmigungsbedürftige Tarife für jedermann anwendbar erklärt (vgl. z.B. Art. 46 i.V.m. Art. 59 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 [URG, SR 231.1]).

8.1.2 Zu beachten ist aber, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 VwVG) verlangt, dass Personen, deren Rechte und Pflichten durch eine Verfügung berührt werden, die Mög-

lichkeit erhalten, sich zu äussern (BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 29 Rz. 32). Lediglich bei ausschliesslich begünstigenden Verfügungen kann die Anhörung unterbleiben (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 Rz. 60). Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt indessen nicht zwingend zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit der Verfügung (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 29 Rz. 105).

8.1.3 Eine Drittwirkung der Entscheide ist damit zumindest aus verfahrensrechtlicher Sicht grundsätzlich denkbar, zumal es im vorliegenden Zusammenhang um preissenkende bzw. begünstigende Verfügungen geht.

8.2 Die Wirkung einer Verfügung – d.h. auch die Frage, ob und wie sie sich auf Dritte auswirkt – bestimmt sich nach dem anwendbaren materiellen Recht.

Der im vorliegenden Verfahren umstrittene Begriff der Drittwirkung findet sich in den einschlägigen Bestimmungen des Fernmelderechts nicht. Die Art. 11 ff. FMG äussern sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob und wie sich Verfügungen der Vorinstanz in diesem Bereich auf die Rechte Dritter auswirken.

8.2.1 Art. 11 Abs. 1 FMG verlangt, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Es ist nun zu prüfen, ob das Diskriminierungsverbot – wie von der Vorinstanz angenommen – dazu führt, dass eine behördliche Preisfestsetzung von Gesetzes wegen zu einer Anpassung der von der Beschwerdeführerin mit Dritten geschlossenen Verträge führt.

8.2.2 Das Diskriminierungsverbot kann – wenn ihm Vorrang vor der Vertragsautonomie zugebilligt wird – rechtlich auf verschiedene Weise umgesetzt werden. Einerseits können die Preise direkt für alle Beteiligten – gewissermassen tarifartig – festgelegt werden. Die auf diese Weise festgesetzten Preise würden unmittelbar für alle Beteiligten gelten und die Frage einer allfälligen Rückwirkung wäre anhand der zugrunde liegenden Bestimmungen zu klären. Indem die Vorinstanz geltend macht, sobald sie von einer Partei angerufen werde, beanspruchten ihre Verfügungen die gleiche Durchschlagskraft wie die von Behörden der Europäischen Union (EU) getroffenen ex-ante

Regelungen, scheint sie dieser Konzeption einer *direkten* Drittwirkung zu folgen.

Es kann aber auch – im Sinne einer *indirekten* Drittwirkung – davon ausgegangen werden, dass eine Festsetzung der Preise durch die Vorinstanz direkt nur die Parteien des Zugangsverfahrens betrifft. Die Festsetzung der kostenorientierten Preise würde dazu führen, dass die mit Dritten vereinbarten höheren Preise diskriminierend und damit gegebenenfalls widerrechtlich, mithin gemäss Art. 20 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) nichtig wären. Dies wäre durch die betroffenen Dritten auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen (Art. 11*b* FMG). Die Entscheide der Vorinstanz würden sich damit lediglich indirekt auf die Vertragsverhältnisse mit Dritten auswirken. Die Voraussetzungen und der Umfang von Ansprüchen der Parteien aus dem Diskriminierungsverbot wären demnach zivilrechtlicher Natur und durch den Zivilrichter zu beurteilen.

9.

9.1

9.1.1 Rechtsprechung und Lehre zu Art. 11 FMG lassen keine abschliessende Beurteilung der Drittwirkung der Entscheide der Vorinstanz zu. In BGE 132 II 284 E. 6.4 hatte das Bundesgericht eine von der ComCom verfügte rückwirkende Drittwirkungsklausel zu beurteilen. Das Bundesgericht hielt darin fest, eine solche Rückwirkungsklausel entspreche durchaus dem Gesetz und liege im öffentlichen Interesse. Aufgrund des Gebots der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG sei die marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet, allen Konkurrentinnen dieselben Interkonnektionsbedingungen zu gewähren. Kleinere Interkonnektionspartner seien nicht ohne weiteres in der Lage, selbst ein aufwendiges Interkonnektionsverfahren zu führen, und darauf angewiesen, sich zeitgerecht dem Ergebnis der Interkonnektionsstreitigkeiten grösserer Konkurrenten anschliessen zu können. Gleichzeitig verringere eine Rückwirkungsklausel den Anreiz, Interkonnektionsverfahren aus finanziellen bzw. wettbewerbspolitischen Gründen zu verzögern.

Weiter führte das Bundesgericht aus, wenn die Rückwirkungsklausel im Sinne der Nichtdiskriminierung allen Interkonnektionspartnern einer marktbeherrschenden Anbieterin gewährt werde, sei damit für eine möglichst zeitige Umsetzung des Prinzips des funktionierenden Wettbewerbs unter vergleichbaren Bedingungen für alle Marktteilnehmer

gesorgt. Dies entspreche der Zwecksetzung der Rechtsordnung, was auch die damit verbundene (indirekte) Drittwirkung des Interkonnektionsentscheides auf andere Interkonnektionsverhältnisse rechtfertige.

Schliesslich sei nicht ersichtlich, weshalb dadurch das Verhandlungsprimat nach Art. 11 Abs. 3 FMG in Frage gestellt sei bzw. inwiefern dadurch eine ex-ante-Regulierung eingeführt werden sollte. Die strittige Rückwirkungsklausel bringe keine (prozessualen) Abweichungen von den entsprechenden Verfahrensbestimmungen mit sich (BGE 132 II 284 E. 6.4).

9.1.2 Die Literatur zum Fernmelderecht äussert sich zur Frage der Drittwirkung unterschiedlich. So wird ausgeführt, die in Zugangsverfahren festgelegten Bedingungen müssten aufgrund des Diskriminierungsverbots ex-nunc an die nicht an der Streitigkeit beteiligten Nachfragerinnen weitergegeben werden (Peter Fischer/ Oliver Sidler, Fernmelderecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Teil I, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 157).

Clemens von Zedtwitz (Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 204) vertritt unter Hinweis auf Fischer/Sidler, a.a.O., ebenfalls die Auffassung, die Entscheidungen der Vorinstanz wirkten sich auf Vertragsverhältnisse mit Dritten ex nunc aus. In einem Artikel in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) vom 4. Oktober 2006 (Die Swisscom im Visier der Konkurrenz – Zur „indirekten Drittwirkung von Interkonnektions-Entscheiden“) führt Clemens Von Zedtwitz aus, die ComCom könne die bereits festgelegten Interkonnektionspreise auch für andere Interkonnektionspartner der Beschwerdeführerin verfügen, dies aber nur im Rahmen eines neuen Zugangsverfahrens mit Wirkung für die Zeit ab Verhandlungsbeginn. Er hält jedoch fest, dass dies die Rückforderung von zu viel bezahlten Beträgen auf dem Zivilrechtsweg nicht ausschliesse. Eine Preisdiskriminierung gegenüber den nicht am Verfahren beteiligten Anbietern stelle eine unzulässige Verhaltensweise dar, die rückwirkende Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüche begründe. Diesen Ansprüchen könne sich die Beschwerdeführerin nicht unter Berufung auf kartellrechtswidrige Abmachungen entziehen.

Matthias Amgwerd (Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, S. 142 Rz. 308) vertritt die Ansicht, es sei von einer ex-nunc Dritt-

wirkung des Entscheides zwischen den Parteien des Verfahrens, aber von einer Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung auszugehen. Er hält dazu fest, eine Rückwirkung im Sinne eines Rückforderungsrechts sei unter zivilrechtlichen Titeln auch ohne entsprechende Vertragsklausel nicht ausgeschlossen. Es sei aber festzuhalten, dass in BGE 132 II 284 E. 6.4 lediglich eine Vertragsklausel beurteilt, nicht aber ein direkter Anspruch Dritter begründet worden sei.

9.1.3 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Bundesgericht in BGE 132 II 284 E. 6.4 zwar eine rückwirkende Drittwirkungsklausel als dem Gesetzeszweck entsprechend beurteilt, sich aber nicht dazu geäussert hat, ob sich eine solche Drittwirkung aus dem Gesetz selbst oder nur aufgrund allfälliger vertraglicher Vereinbarungen ergibt. In der Literatur wird lediglich von einer Drittwirkung ex nunc ausgegangen, ohne dass sich die Autoren dazu äussern, ob diese von Gesetzes wegen direkt aufgrund einer sich auf die Verträge mit Dritten auswirkenden rechtsgestaltenden Verfügung der Vorinstanz folgt oder ob die Drittwirkung im Rahmen von Neuverhandlungen bzw. auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen ist.

9.2 Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, dass eine Drittwirkung von Gesetzes wegen gelte, auf das Gebot, nichtdiskriminierende Preise zu gewähren. Es ist damit durch Auslegung der Gehalt des Begriffs der Diskriminierung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG festzustellen.

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 131 II 697 E. 4.1).

9.3 Art. 11 Abs. 1 FMG verlangt, dass eine marktbeherrschende Anbieterin den übrigen FDA auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang gewährt.

9.3.1 Diskriminierung bezeichnet eine Herabsetzung, Herabwürdigung oder ungleiche Behandlung (PETER METZGER, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch, Nachdruck Basel 2005, S. 143).

In der Volkswirtschaftslehre findet der Begriff der Diskriminierung namentlich im Zusammenhang mit der Preisgestaltung Anwendung. Eine Preisdiskriminierung liegt vor, wenn ein Unternehmen für gleiche oder gleichartige Produkte unterschiedliche Preise verlangt, die sich nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe (z.B. durch Kostenunterschiede) begründen lassen und wenn Handelspartner dadurch im Wettbewerb benachteiligt werden (BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrick Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, Art. 7 Abs. 2 KG, Rz. 112).

Der Wortlaut der Bestimmung allein beantwortet die Frage, wieweit sich eine behördliche Festsetzung der Preise auf Vertragsverhältnisse mit Dritten auswirkt, nicht.

9.3.2 Im Sinne einer historischen Auslegung ist der Sinn der Bestimmung zu ermitteln, wie er ihr im Gesetzgebungsverfahren beigemessen wurde. Dem historischen Willen des Gesetzgebers, wie er anhand der Materialen der gesetzgeberischen Vorarbeiten zu ermitteln ist, kommt gerade bei verhältnismässig jungen Gesetzen, wie dem vorliegenden, eine erhebliche Bedeutung zu. Er ist bei der Ermittlung des Gesetzeszwecks zu berücksichtigen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 218). Der Bundesrat äussert sich in der Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes (BBl 2003 7951 ff., S. 8002) – im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit des vorgeschlagenen Regulierungsverfahrens mit dem europäischen Recht – zur Wirkung der Entscheide der ComCom. Er führt aus, diese dürfe die Bedingungen der Interkonnektion nur dann festlegen, wenn die Parteien auf dem Verhandlungsweg keine Einigung erzielt hätten. Die Vertragsfreiheit gehe dem behördlichen Eingriff vor, zumal auch während des Instruktionsverfahrens noch versucht werden soll, zwischen den Parteien zu vermitteln. Weiter wird ausgeführt, der Nachteil dieses Systems liege darin, dass die Interkonnektionsbedingungen erst nach Ablauf von mehrjährigen Verfahren feststünden

und *nur zwischen den an diesen Verfahren beteiligten Parteien* gelten würden. Der Bundesrat ging damit davon aus, dass die Entscheide der ComCom zumindest keine direkte Drittwirkung entfalten. Der revidierte Art. 11 FMG wurde, soweit vorliegend relevant, in den parlamentarischen Beratungen diskussionslos übernommen.

9.3.3 Weiter ist der Gehalt von Art. 11 FMG aufgrund von Sinn und Zweck der Norm zu ermitteln (teleologische Auslegungsmethode). Grundgedanke des FMG ist die Liberalisierung des Fernmeldemarktes bzw. die Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Das gleiche Ziel verfolgt auch das allgemeine Wettbewerbsrecht gemäss KG. Es ist damit zu prüfen, inwiefern sich die Zwecksetzung der Regulierung des FMG von derjenigen des KG unterscheidet und welche Folgen dies auf die Modalitäten der Zugangsregulierung hat.

9.3.3.1 Art.7 Abs. 2 Bst. b KG verbietet marktmächtigen Unternehmen die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder andern Geschäftsbedingungen. Es ist zu prüfen, ob und wieweit sich das Diskriminierungsverbot des allgemeinen Wettbewerbsrechts mit dem vorliegend zu beurteilenden sektorspezifischen Diskriminierungsverbot gleichsetzen lässt.

Eine unzulässige Preisdiskriminierung liegt dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen von seinen Kunden ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Preise verlangt (PETER REINERT in: Kartellgesetz, Handkommentar, Bern 2007, Art. 7 N 18). Das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot alleine würde im vorliegenden Fall mithin nicht zwingend verlangen, allen FDA die gleichen Preise zu offerieren. Es verlangt lediglich, dass Differenzierungen nur getroffen werden, sofern sie wirtschaftlich gerechtfertigt sind.

9.3.3.2 Das Kartellrecht sieht keine behördliche Festsetzung von Preisen im Rahmen eines Regulierungsverfahrens wie in Art. 11a FMG vor. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots oder die Durchsetzung überhöhter Preise kann zwar ebenfalls in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren vor der WEKO geltend gemacht werden. Stellt die WEKO ein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne von Art. 7 KG fest, erlässt sie indessen keine privatrechtsgestaltende Verfügung, sondern verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin unter Androhung von Sanktionen zu wettbewerbskonformem Verhalten. Eine solche Anordnung wirkt ex nunc, für eine rückwirkende Änderung der Verhältnisse sind die Parteien auf den Zivilrechtsweg verwiesen (MANI

REINERT, Preisgestaltung, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, S. 163 f.). Die Feststellung der Widerrechtlichkeit im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren ist in einem nachgelagerten Zivilprozess grundsätzlich verbindlich (ANNE-CATHERINE HAHN, Kartellrecht, Handkommentar, a.a.O., Art. 12 N 7). Die zivilrechtlichen Folgen einer festgestellten kartellrechtlichen Unzulässigkeit sind im KG nicht klar geregelt, nach herrschender Meinung ist davon auszugehen, dass unzulässige Vereinbarungen automatisch als widerrechtlich und damit als ex tunc nichtig zu qualifizieren sind (HAHN, a.a.O., Art. 1 N 21 mit Hinweisen).

Zivilrechtliche Ansprüche können – bei gegebenen Voraussetzungen – in Form von Rückerstattungsansprüchen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 61 ff. OR, vgl. dazu HAHN, a.a.O., Art. 12 N 25), Schadenersatz und Genugtuung gemäss Art. 41 ff. und Art. 49 OR (Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG; HAHN, a.a.O., Art. 12 N 35) sowie Herausgabe eines unrechtmässigen Gewinns gemäss Art. 423 Abs. 1 OR (Art. 12 Abs. 1 Bst. c KG; HAHN, a.a.O., Art. 12 N 47 ff.) geltend gemacht werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten im Kartellrecht nur teilweise mit der Konzeption der fernmelderechtlichen Regulierung vergleichbar sind, das Kartellrecht keine direkte Drittwirkung im von der Vorinstanz für das Fernmelderecht angenommenen Sinne kennt, die Verfügungen der WEKO jedoch durch ihre Verbindlichkeit für die Zivilgerichte eine indirekte Drittwirkung entfalten.

9.3.3.3 Das KG geht vom Grundsatz funktionierender Märkte aus, in denen der Missbrauch von Marktmacht zu verhindern ist. Demgegenüber sind die Wettbewerbsregeln des FMG auf eine Situation abgestimmt, in der eine frühere Monopolsituation in einen liberalisierten Markt überführt werden und eine Wettbewerbssituation erst geschaffen werden soll. Vor diesem Hintergrund sind die Unterschiede zwischen den Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts und den sektorspezifischen Regulierungsbedingungen zu sehen.

Aufgrund der notwendigen Regulierung wurde durch Art. 11 FMG ein rasches und wirksames Zugangsverfahren geschaffen, welches den Anbieterinnen unter erleichterten Bedingungen ein Zugangsrecht verschafft. So wird im Fernmelderecht für eine behördliche Intervention

weder verlangt, dass der Zugang *missbräuchlich* verweigert wird, noch ist der Ausschluss von Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt nachzuweisen. Schliesslich lässt Art. 11 FMG keine Rechtfertigung der Zugangsverweigerung aus sachlichen Gründen zu. In prozessualer bzw. institutioneller Hinsicht ist die Besonderheit des Zugangsverfahrens gemäss FMG darin zu sehen, dass eine Fachbehörde mit der Untersuchung betraut ist und der Rechtsmittelweg verkürzt wurde (AMGWERD, a.a.O., S. 253 f.). Im Gegensatz zum Kartellverwaltungsverfahren gilt aber im Verfahren nach Art. 11 FMG – vorbehältlich der vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Verfahrens gemäss Art. 71 FDV – der Dispositionsgrundsatz (AMGWERD, a.a.O., S. 172).

Auch der Liberalisierungszweck des Fernmeldegesetzes bietet aber keinen flächendeckenden Schutz für die Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin, sondern lediglich punktuelle Erleichterungen, für die ein genügend gewichtiges Interesse besteht (VON ZEDTWITZ, Interkonnektion, a.a.O., S. 249).

9.3.3.4 Das fernmelderechtliche Diskriminierungsverbot verlangt, dass allen Anbieterinnen die Zugangsdienstleistungen zu den gleichen Konditionen angeboten werden. Betroffen sind dabei nicht nur die Preise, sondern sämtliche relevanten Geschäftsbedingungen (AMGWERD, a.a.O., S. 140). Gemäss Art. 52 Abs. 1 und 2 FDV gewährt die marktbeherrschende Anbieterin anderen FDA den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten sowie zu den dazugehörigen Informationen auf nichtdiskriminierende Weise. Insbesondere darf keine andere FDA schlechter gestellt werden als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. Eine darüber hinaus gehende Tragweite des Diskriminierungsverbots im Sinne einer direkten, rückwirkenden Drittwirkung kann aber weder aus dem Liberalisierungszweck des Gesetzes noch aus der Umschreibung von Art. 52 Abs. 1 und 2 FDV abgeleitet werden. Da der historische Gesetzgeber davon ausging, die Zugangsverfügungen hätten keine direkte Drittwirkung, könnte eine solche nur angenommen werden, wenn dies die andern Auslegungselemente mit hinreichender Klarheit nahelegen würden. Dies ist nicht der Fall. Zwar entspricht eine (vertraglich vereinbarte) rückwirkende Drittwirkung zweifellos dem Zweck des Gesetzes (BGE 132 II 284 E. 6.4), es folgt aber aus dem Gesetzeszweck nicht, dass eine direkte, rückwirkende Drittwirkung bereits von Gesetzes wegen gilt.

9.3.4 Die Beschwerdeführerin verweist auf gegenwärtig hängige Bestrebungen auf politischer Ebene, der Vorinstanz das Recht zuzugestehen, ex-officio einzuschreiten. Aus diesen Bestrebungen kann indessen im vorliegenden Zusammenhang nichts geschlossen werden, geht es doch hier nicht um die Frage, ob die Vorinstanz berechtigt ist, von Amtes wegen tätig zu werden, sondern um die Frage, wie sich eine auf Antrag einer FDA getroffene Regelung auswirkt.

9.3.5 Schliesslich ist der Systematik der Zugangsordnung gemäss Art. 11 bis 11*b* FMG Rechnung zu tragen. Das Zugangssystem sieht vor, dass die Parteien zunächst auf dem Verhandlungsweg die Bedingungen vereinbaren. Erst wenn dies nicht gelingt, verfügt die ComCom die Zugangsbedingungen auf Gesuch hin. Die Verfügung hat privatrechtsgestaltende Wirkung. Die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Bedingungen geschieht gemäss Art. 11*b* FMG allerdings auf dem zivilrechtlichen Weg. Der Vorinstanz kommt nach dieser Konzeption weder eine Aufgabe bei der Durchsetzung der Verträge noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich ihrer Rechtmässigkeit zu.

9.3.6 In einem nächsten Schritt ist zu untersuchen, ob dieses Auslegungsergebnis mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Es ist zu prüfen, wie weit der verfassungsrechtliche Diskriminierungsbegriff für das vorliegende Verhältnis massgebend ist. Art. 8 Abs. 2 BV bestimmt, niemand dürfe diskriminiert werden. Diesem Diskriminierungsverbot wird in gewissen Bereichen, so namentlich wenn ein Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen eine den Markt massgeblich beeinflussende Stellung hat, eine Horizontalwirkung zugesprochen. Dies bedeutet, dass das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV sich in diesen Bereichen auch auf das Verhältnis zwischen Privaten auswirkt. Zum Schutz der diskriminierungsfreien Behandlung der Nachfrager kann eine Pflicht des Anbieters bestehen, mit diesen einen Vertrag einzugehen (Kontrahierungszwang). Art. 11 FMG ist Ausdruck einer solchen horizontalen Wirkung des Diskriminierungsverbots (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S.707 f.).

Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot verbietet es einerseits, Differenzierungen an Merkmale wie Rasse oder Geschlecht anzuknüpfen. Dieser Teilgehalt des Verbots ist vorliegend nicht angesprochen. Anderseits gilt es als diskriminierend, Einzelne oder

Personengruppen, die – etwa aufgrund vergangener gesellschaftlicher Erfahrungen – eines erhöhten verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen, zu benachteiligen. Personen, bei denen kein solches erhöhtes Schutzbedürfnis vorliegt, sind nicht durch das Diskriminierungsverbot, sondern lediglich durch des Gleichbehandlungsgebot geschützt.

Zwar dürfte aufgrund der historisch gewachsenen Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin ein besonderes Schutzbedürfnis der Konkurrentinnen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV zu bejahen sein. Im Hinblick auf die Frage, ob aus dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 11 FMG eine direkte Drittwirkung abzuleiten ist, lassen sich aus Art. 8 Abs. 2 BV jedoch keine Schlüsse ziehen.

9.3.7 Im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung ist weiter den Grundrechten, so namentlich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), Rechnung zu tragen. Bei der Pflicht zur Zugangsgewährung handelt es sich um einen erheblichen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin und sie bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, die so bestimmt zu sein hat, dass sie den FDA ermöglicht, verlässlich festzustellen, welche Dienste zu welchen Bedingungen zu erbringen sind (BGE 131 II 13 E. 6.4.3 und E. 6.5.2, Entscheid des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 7a). Die Wirkung der Verfügungen der Vorinstanz auf Drittverhältnisse ist im Gesetz zumindest nicht klar geregelt. Diese Unschärfe der gesetzlichen Regelung spricht zwar nicht zwingend gegen die Bejahung einer Drittwirkung, sie darf aber im Lichte der Wirtschaftsfreiheit auch nicht als Freiraum für die Vorinstanz gewürdigt werden. Entscheidend ist vielmehr der Sinn der gesetzlichen Regelung, welcher sich aus einer umfassenden Auslegung ergibt (vgl. zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für eine Interkonnektionspflicht den Entscheid des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 7a).

9.3.8 Weiter ist zu prüfen, ob sich Vorgaben zu den Modalitäten der Zugangsregulierung aus dem internationalen Recht entnehmen lassen. Das Recht der Europäischen Union entfaltet keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision des Fernmeldegesetzes aber unter anderem – im Hinblick auf Beteiligungen und Tätigkeiten schweizerischer Unternehmungen im Fernmeldemarkt der Europäischen Union – eine Anpassung des nationalen Rechts an die Liberalisierungsvorgaben der Europäischen Union bezweckte (BBl 1996 III 1411 f.), lässt sich deren Rechts-

ordnung als Auslegungshilfe beiziehen (Entscheid des Bundesgerichtes 2A.503/2002 vom 3. Oktober 2001 E. 9a). Auch im Rahmen der Revision von Art. 11 FMG im Jahr 2007 wurde das Zugangsverfahren den in der Europäischen Union (EU) geltenden Regeln angenähert, ohne diese jedoch zu übernehmen. Vielmehr wurde in der Revision bewusst ein von den Verhältnissen in der EU abweichendes Regulierungssystem geschaffen (Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes [BBl 2003 7951 ff., S. 8002]). Da sich der Gesetzgeber bewusst für eine im fraglichen Punkt vom System der EU abweichende Ordnung entschieden hat, kann die Zugangsregulierung der EU in dieser Frage nicht als Auslegungshilfe beigezogen werden. Eine Übernahme der einschlägigen EU-Bestimmungen (namentlich der Verordnung [EG] Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung [Zugangsrichtlinie], der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste [Rahmenrichtlinie] und der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten [Universaldienstrichtlinie]) erfolgte im Übrigen auch nicht im Rahmen der bilateralen Verträge mit der EU.

9.3.9 Regelungen des Zugangs zum Fernmeldemarkt enthält ferner das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (Anhang 1.B zum WTO-Abkommen, so genanntes GATS - General Agreement on Trade in Services; in SR 0.632.20, S. 312 ff.). Das Abkommen und sein "Anhang über Telekommunikation" (ebenfalls in SR 0.632.20, S. 350 ff.) bezwecken namentlich die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Anbietern (im Sinne der so genannten Meistbegünstigung [unter Anbietern verschiedener ausländischer Signatarstaaten] und der so genannten Inländerbehandlung [im Vergleich mit inländischen Unternehmungen]; vgl. insbes. Art. II und XVII des GATS-Abkommens). Ob und wie weit die Bestimmungen dieses Staatsvertrags im schweizerischen Recht direkt anwendbar sind und auch in reinen Binnenverhältnissen Geltung beanspruchen, ist ungeklärt (Entscheid des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober

2001 E. 9c; LUKAS ENGELBERGER, Die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der Schweiz, Bern 2004, S. 11 f.). Zu berücksichtigen sind die Bestimmungen zumindest im Rahmen der völkerrechtskonformen Auslegung der Bestimmungen des Landesrechts (Art. 5 Abs. 3 und 4 BV, PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern, 2. Aufl. 2007, § 9 Rz. 36ff.).

Ziff. 5 Bst. a des „Anhangs über die Telekommunikation" verpflichtet die Vertragsstaaten, jedem Dienstleistungserbringer eines anderen Mitglieds zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen das Recht auf Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen und -dienstleistungen. Eine weitergehende Umschreibung, welchen Anforderungen die nichtdiskriminierenden Bedingungen zu genügen haben, findet sich in den Vertragswerken der WTO nicht.

9.3.10 Aus dem Gesagten wird klar, dass das Diskriminierungsverbot die gleichen Bedingungen für alle FDA fordert. Dabei sind keine Gründe für eine Einschränkung auf die in Zukunft zu bezahlenden Preise erkennbar. Aus dem Diskriminierungsverbot kann aber nicht abgeleitet werden, das Gesetz sehe eine direkte Drittwirkung der Verfügungen der Vorinstanz vor. Vielmehr ist die Nichtdiskriminierung auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Ob und wie weit aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden können, ist damit eine Frage des Zivilrechts. Rückforderungsansprüche beurteilen sich nach den zivilrechtlichen Grundsätzen und können – bei gegebenen Voraussetzungen – namentlich auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung gestützt werden.

Unter diesen Umständen ist – zumindest soweit dadurch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung nicht eingeschränkt wird – nicht einzusehen, weshalb kein Raum für eine vertragliche Regelung der Rückforderungsansprüche im Sinne einer rückwirkenden Drittwirkungsklausel bestehen soll. Eine Rückwirkungsklausel entspricht, sofern sie im Sinne der Nichtdiskriminierung allen Interkonnektionspartnerinnen der Beschwerdeführerin gewährt wird, der Zwecksetzung der Rechtsordnung (BGE 132 II 284 E. 6.4). Soweit auf dem Verhandlungsweg keine Einigung über die Rückforderungsmodalitäten erzielt werden konnte, sind diese auf Antrag einer Partei nach markt- und branchenüblichen Kriterien hin zu verfügen. Die Beschwerde erweist sich damit in diesem Punkt als begründet.

10.

Weiter ist zu prüfen, wie sich dieses Ergebnis auf die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der angefochtenen Verfügungen auswirkt. Zunächst ist auf das IC-Verfahren einzugehen. Die Parteien haben im IC-Verfahren keine Rückwirkungsklausel vereinbart, sondern diese Frage als strittigen Punkt aufgeführt. Die Beschwerdegegnerin hat als Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer ergänzenden Eingabe vom 22. Februar 2008 beantragt, folgende Klausel zu verfügen:

> „Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren auf Begehren eines Dritten in einem rechtskräftigen Endentscheid die Preise bezüglich einer oder mehrerer Dienstleistungen einer Partei festsetzen, so hat die andere Partei das Recht, die entsprechenden Dienstleistungen zu den festgesetzten Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise zu beziehen."

Die Beschwerdeführerin ersucht im Beschwerdeverfahren ebenfalls um Verfügung einer rückwirkenden Drittwirkungsklausel. Sie stellt den Antrag, die folgende, in ihren Standardverträgen mit andern FDA mehrheitlich verwendete Formulierung zu verwenden:

> „Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen der Swisscom und einem Dritten die ab 1. April 2004 geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht. Eventuelle Rück- oder Nachzahlungen werden zu einem Basissatz CHF-LIBOR sechs Monate verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet."

10.1

10.1.1 Für die Regelung der Wirkung von Verfügungen der Vorinstanz in Verfahren mit Dritten sind verschiedene Lösungen denkbar. So könnte die Vorinstanz im Rahmen ihres Ermessens eine der von den Parteien beantragten Klauseln verfügen oder eine dritte, eigene Formulierung verwenden.

Bei der Festlegung der Nebenpunkte der Interkonnektion hat die Vorinstanz – wie in BGE 132 II 284 E. 6.2 festgehalten – ein erhebliches Ermessen, da die Rechtsordnung praktisch keine Vorgaben enthält, ausser, dass sich ihre Festlegung an den Grundsätzen der Markt- und Branchenüblichkeit auszurichten hat. Angesichts dieses Spielraums kann die Vorinstanz bei der Beurteilung der Markt- und

Branchenüblichkeit der Nebenbestimmungen neben der Häufigkeit und Beständigkeit einer bestimmten Regelung auch deren sachliche Rechtfertigung und Praktikabilität berücksichtigen. Darüber hinaus erscheint es zulässig, eine gewisse Vertragsgerechtigkeit anzustreben und eine Regelung zu treffen, wie sie unter Vertragspartnern mit ähnlicher Verhandlungsmacht zu erwarten wäre (BGE 132 II 284 E. 6.3).

10.1.2 Die von den Parteien beantragten Klauseln unterscheiden sich in verschiedenen Punkten. So können nach der Formulierung der Beschwerdeführerin nur Entscheide der Vorinstanz in Verfahren, an denen die Beschwerdeführerin selbst beteiligt ist, zu einer Anpassung der vereinbarten oder verfügten Preise führen. Sie sieht zudem ausdrücklich Rück- und für den Fall einer Preiserhöhung Nachzahlungen vor. Weiter ist die Rückwirkung gemäss der Formulierung der Beschwerdeführerin zeitlich begrenzt. Schliesslich sieht die Klausel eine Verzinsung zu einem in der Klausel definierten Zinssatz vor (zur Verzinsung siehe unten E. 12).

10.1.3 Die Vorinstanz führt aus, bei der Festlegung einer Regelung sei nicht allein aufgrund der Häufigkeit und Beständigkeit einer Klausel von deren Marktüblichkeit auszugehen, sondern es sei vielmehr eine gewisse Vertragsgerechtigkeit herzustellen. Inhaltlich hält sie fest, theoretisch könne auch eine andere Anbieterin als die Beschwerdeführerin marktbeherrschend und damit von einem Zugangsverfahren betroffen sein. Die von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagene offenere Formulierung sei daher sachgerechter. Weiter vertritt sie die Auffassung, eine Preiserhöhung im Zugangsverfahren sei nicht statthaft.

10.1.4 Die Beschwerdegegnerin führt zunächst an, aus dem Umstand, dass die von der Beschwerdeführerin beantragte Klausel in einer Vielzahl von Verträgen mit Dritten vereinbart worden sei, könne angesichts der Marktmacht der Beschwerdeführerin nicht auf die Marktüblichkeit der Klausel geschlossen werden. Eine Nachzahlungspflicht sei nicht sachgerecht, da die Vorinstanz aus Gründen der Wettbewerbspolitik und der Verfahrensgerechtigkeit nie höhere Preise verfügen dürfe, als von der Beschwerdeführerin angeboten.

10.1.5 Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet, mit andern Worten entscheidet das Gericht bei Gutheissung der Beschwerde grundsätzlich selbst,

statt sie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG, vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.191). Ausnahmsweise kann sich das Gericht auf die Kassation der angefochtenen Verfügung beschränken und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückweisen. Dies ist unumgänglich, wenn die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig abgeklärt hat, das Vorliegen eines Tatbestandselements zu Unrecht verneint und die andern Elemente deshalb gar nicht geprüft hat. Eine Rückweisung erweist sich ferner als sachgerecht, wenn ein Ermessensentscheid im Streit liegt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt (MOSER/BEUSCH/ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz 3.195).

Ein reformatorischer Entscheid ist ausgeschlossen, wenn dieser den Rechtsmittelweg unzulässig verkürzen würde. Die Beschwerdeführenden haben Anspruch darauf, dass die über besondere Fachkenntnisse verfügende Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen ausschöpft und sie einen neuen Entscheid weiterziehen können. Dies gilt in besonderem Masse, wenn sich die Beschwerdeinstanz aufgrund des Charakters der Streitsache bei der Angemessenheitskontrolle eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (PHILIPPE WEISSENBERGER in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 61 N 17).

10.1.6 Bei der Beurteilung der Nebenbestimmungen der Interkonnektion hat die Vorinstanz einen grossen Ermessensspielraum, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat (BGE 132 II 284 E. 6.3). Dieser Ermessensspielraum besteht auch im Rahmen der inhaltlichen Festlegung der Drittwirkung von Entscheiden der ComCom.

Da die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung das Gesuch um Verfügung einer Drittwirkungsklausel abgewiesen hat, hat sie ihr diesbezügliches Ermessen nicht ausgeschöpft. Vor diesem Hintergrund wirkt sich die Abweisung des Antrags, eine Rückwirkungsklausel zu verfügen, faktisch aus wie ein Nichteintretensentscheid. Der Anspruch der Parteien auf Ausschöpfung des Ermessens und auf eine Rechtsmittelinstanz gebietet deshalb in diesem Punkt eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Den Interessen an einer Rückweisung stehen keine überwiegenden Interessen entgegen, dies zumal die Hauptfragen des Interkonnektionsgesuchs rechtskräftig beurteilt sind und die Vorinstanz den vorliegend strittigen Nebenpunkt ohne zeitraubende weitere Abklärungen wird entscheiden können.

Die von der Beschwerdeführerin beantragte Formulierung erweist sich zudem teilweise als unzulässig (zeitliche Beschränkung) und kann nicht bereits gestützt auf ihre Häufigkeit als markt- und branchenüblich betrachtet werden. Sie kann deshalb zumindest nicht ohne Prüfung allfälliger alternativer Fassungen der Klausel übernommen werden. Bei der Prüfung der Klausel auf ihre Sachgerechtigkeit, Markt- und Branchenüblichkeit sowie ihre Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb kommen der Vorinstanz besondere Fachkenntnisse zu. Sie hat sich weder im erstinstanzlichen noch im Beschwerdeverfahren zu alternativen Formulierungen geäussert. Das Bundesverwaltungsgericht hat unter diesen Umständen den Ermessensspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Eine Formulierung der Drittwirkungsklausel durch das Bundesverwaltungsgericht im Sinne eines reformatorischen Entscheides erscheint auch deshalb unzulässig.

Die Beschwerde ist damit in diesem Punkt gutzuheissen, Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung im IC-Verfahren ist aufzuheben und die Angelegenheit zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurückzuweisen.

10.1.7 Bei der Formulierung der Drittwirkungsklausel werden verschiedene Fragen zu beantworten sein, die bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens waren und zu denen sich die Vorinstanz geäussert hat. Auf den Satz zur Verzinsung von Rückforderungen wird nachfolgend (E. 12) näher eingegangen, ebenso auf die für die Statuierung allfälliger Nachzahlungspflichten massgebende Frage, ob die Vorinstanz gegebenenfalls berechtigt (bzw. verpflichtet) ist, allfällige höhere kostenorientierte Preise zu verfügen, als von der Beschwerdeführerin offeriert wurden (E. 13).

Ebenfalls strittig ist die Frage, ob eine Rückwirkungsklausel zeitlich zu befristen wäre. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, eine rückwirkende Drittwirkungsklausel sei nur für eine Zeitspanne sinnvoll, für die tatsächlich die Möglichkeit bestehe, dass Preise in einem Zugangsverfahren mit Dritten festgelegt werden könnten. Die Vorinstanz wendet dagegen ein, es sei theoretisch durchaus denkbar, dass sie in einem späteren Verfahren einen Sachverhalt anders beurteilen könnte, als in einem bereits abgeschlossenen früheren Verfahren. Aufgrund der gesetzlich zwingenden rückwirkenden Drittwirkung eines solchen Entscheides sei keine zeitliche Beschränkung der Rückwirkung vorzusehen.

In diesem Punkt kann den Argumenten der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden. Für eine Zeitspanne, für die keine Zugangsgesuche Dritter vorliegen, hat eine rückwirkende Drittwirkungsklausel keine praktischen Auswirkungen. Eine zeitliche Beschränkung erscheint damit als unnötig. Sollten dagegen in einem Verfahren mit Dritten, welches – aus welchen Gründen auch immer – im vorliegenden Verfahren nicht bekannt ist, rückwirkend Preise festgelegt werden, dürfte eine zeitliche Beschränkung der Drittwirkung mit dem Diskriminierungsverbot nicht vereinbar sein. Die von der Vorinstanz zu formulierende Drittwirkungsklausel ist daher zeitlich nicht zu beschränken.

10.2 In den Verfahren betreffend TAL und KOL haben die Parteien eine Drittwirkungsklausel vereinbart und keinen die Drittwirkung betreffenden Antrag gestellt. Die Vorinstanz hat die vereinbarten Drittwirkungsklauseln aufgehoben. Die Beschwerdeführerin bringt gegen diese Aufhebung der Drittwirkungsklauseln verfahrensrechtliche Argumente vor. Sie macht geltend, die Vorinstanz sei im Rahmen der Dispositionsmaxime nur soweit zur Regelung der Zugangsbedingungen zuständig, wie zwischen den Parteien Dissens herrsche. Eine Aufhebung der vereinbarten Klausel wäre deshalb bereits aus diesem Grund unzulässig.

10.2.1 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, dass sich die Parteien zunächst selber um eine einvernehmliche Lösung zu bemühen hätten. Da es sich bei der Drittwirkung um zwingendes öffentliches Recht handle, könne diese aber nicht parteiautonom vereinbart werden. Die Drittwirkungsklausel sei daher aufzuheben. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, wenn ein Zugangsgesuch gestellt werde, habe die Vorinstanz die Zugangsbedingungen von Amtes wegen festzulegen, sie sei dabei nicht an die Parteianträge gebunden.

10.2.2 Gemäss Art. 11*a* FMG verfügt die Vorinstanz die Bedingungen des Zugangs auf Gesuch einer der Parteien hin, wenn sich diese nicht innerhalb von drei Monaten darüber einigen. Wo sich die Parteien – wie vorliegend – über bestimmte Fragen geeinigt haben, besteht keine Zuständigkeit der Vorinstanz. Diese war deshalb nicht berechtigt, die einvernehmlich vereinbarten Drittwirkungsklauseln aufzuheben.

Daran würde auch nichts ändern, wenn die Drittwirkungsklauseln rechtswidrig oder – wie von der Vorinstanz geltend gemacht – unnötig wären. Der Vorinstanz kommt im vorliegenden Zusammenhang keine

über die Regelung strittiger Zugangsbedingungen hinausreichende Aufsichtsaufgabe zu. Eine allfällige Rechtswidrigkeit von Vertragsbedingungen wäre gemäss Art. 11*b* FMG auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. Festzuhalten ist zudem, dass die Vorinstanz auch keine Aufsichtsfunktion hat. Diese käme gemäss Art. 58 FMG dem BAKOM zu. Ob und wieweit das BAKOM als Aufsichtsbehörde befugt wäre, rechtswidrige Vertragsbestimmungen der FDA zu beanstanden, ist aufgrund des Gesagten fraglich, muss aber nicht im vorliegenden Verfahren geklärt werden.

10.2.3 Die Beschwerden (Antrag 5a der KOL-Beschwerde sowie Antrag 2a der TAL-Beschwerde) sind damit auch in diesem Punkt gutzuheissen und die Ziffer 4 des Dispositivs der Verfügung i.S. KOL sowie die Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung i.S. TAL sind aufzuheben.

10.3 Die Beschwerdeführerin macht letztlich auch geltend, die Vorinstanz habe eine Praxisänderung vorgenommen und sich zudem in Widerspruch zu BGE 132 II 284 gesetzt. Da die Anträge betreffend die Drittwirkungsklauseln – wie gezeigt – ohnehin gutzuheissen sind, ist auf diese Argumente nicht weiter einzugehen.

11.

Die Vorinstanz hat in Ziffer 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung im KOL-Verfahren die Rechtswidrigkeit verschiedener von der Beschwerdeführerin angebotenen Vertragsklauseln festgestellt und diese verpflichtet, diese Klauseln aus ihren Verträgen zu entfernen. Die Beschwerdeführerin beantragt nun, diese Ziffer durch eine Formulierung zu ersetzen, in der lediglich festgehalten werde, die betreffenden Klauseln des Standardvertrages Kollokation würden nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag aufgenommen. Damit bestreitet die Beschwerdeführerin das Recht der Vorinstanz, sie zu verpflichten, Klauseln aus Verträgen mit Dritten zu entfernen. Wie im Zusammenhang mit der Drittwirkungsklausel gezeigt, ist die Vorinstanz lediglich zur Regelung der Bedingungen des Zugangs in einem konkreten Vertragsverhältnis zwischen den Parteien des Verfahrens zuständig. Sie hat dagegen keine Aufsichtsfunktion im Sinne einer Prüfung der Rechtmässigkeit der mit Dritten abgeschlossenen Verträge. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt gutzuheissen und die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, die beanstandeten Klauseln aus Verträgen mit Dritten zu entfernen, ist aufzuheben.

Soweit die Vorinstanz die Klauseln im Vertragsverhältnis der Parteien aufgehoben hat, ist die Verfügung unangefochten geblieben. In diesem Rahmen wäre sie auch nicht zu beanstanden. Die Vertragsklauseln waren Gegenstand des Zugangsgesuchs der Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz war daher zur Beurteilung der Klauseln gemäss Art. 11*a* FMG zuständig. Die Anordnung von Ziff. 7, 2. Satz, des Dispositivs ist daher nicht ersatzlos aufzuheben, sondern es ist festzuhalten, dass die fraglichen Klauseln nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag aufgenommen werden.

Damit bleibt zu prüfen, ob auch die angefochtene Feststellung der Rechtswidrigkeit aufzuheben ist. Soweit die Feststellung nicht das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien betrifft, war die Vorinstanz – wie bereits gezeigt – nicht zur Prüfung der Rechtmässigkeit zuständig. Mit der vorgeschlagenen Neuformulierung des Dispositivs beantragt die Beschwerdeführerin sinngemäss, die Feststellung sei auch in Bezug auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aufzuheben. - Feststellungsverfügungen sind gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsverfügungen subsidiär. Dies bedeutet, dass eine Feststellungsverfügung nur dann erlassen werden darf, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (BGE 132 V 257 E. 1 mit Hinweisen, Isabelle Häner, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 25 N 20). Das Gebot der Subsidiarität gilt auch, wenn eine Behörde im Rahmen ihrer Vollzugsaufgaben von sich aus eine Verfügung erlässt (BVGE 2009/9 E. 2.2, Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 230 ff., 239). Vorliegend stand der Vorinstanz die Möglichkeit offen, insofern gestaltend das Rechtsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zu regeln, als sie die strittigen Klauseln hätte für nicht anwendbar erklären können. Für eine darüber hinausgehende und offenbar in erster Linie auf Verträge mit Dritten bezogene Feststellung bleibt damit kein Raum. Die angefochtene Klausel des Dispositivs ist daher auch in diesem Punkt aufzuheben. Festzuhalten ist zudem, dass die Beschwerdegegnerin als Gesuchstellerin in den erstinstanzlichen Verfahren keine Feststellungsanträge gestellt hat. Die Vorinstanz hat mithin mit ihrer Feststellung auch die Dispositionsmaxime verletzt.

Die Beschwerde ist folglich ebenfalls gutzuheissen, soweit sie sich gegen die Feststellungsverfügung richtet und Ziffer 7 der KOL-Verfügung ist aufzuheben und durch die von der Beschwerdeführerin beantragte Formulierung zu ersetzen.

12.

12.1 Strittig ist weiter die Frage der Verzinsung allfälliger Rückzahlungen. Die Verzinsung von drittwirkungsbedingten Rückforderungen im Rahmen des IC-Verhältnisses wird von der Vorinstanz im Rahmen der Verfügung einer Drittwirkungsklausel zu regeln sein (E. 10.1.8). Die Verzinsung in den KOL- und TAL-Verfahren wird dagegen durch die einvernehmlich vereinbarten Drittwirkungsklauseln bestimmt (E. 10.2.3).

Zu beurteilen bleibt damit die Höhe des Zinssatzes für Rückzahlungen im KOL- und im TAL-Verfahren, die durch Preisfestsetzungen „interpartes“ geschuldet sind (Anträge 1a und 1b der TAL-Beschwerde und 4a und 4b der KOL-Beschwerde). Die Vorinstanz hat die Verzinsung basierend auf dem Satz CHF LIBOR 12 Monate zuzüglich eines Bonitätszuschlages von 1.3 % festgelegt.

12.2 Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Beschwerdegegnerin habe ihre Gesuche um Festsetzung eines Zinssatzes zurückgezogen. Indem sie trotzdem einen Zinssatz festgelegt habe, habe die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt. Weiter macht sie geltend eine Verzinsung von zu viel bezahlten Interkonnektionsgebühren sei im Gesetz nicht geregelt, ohne entsprechende Vereinbarung sei von der Unverzinslichkeit der Rückzahlungen auszugehen. Da der kostenorientierte Preis im Zeitpunkt der Zahlungen der FDA noch nicht festgelegt sei, könne eine Rückforderung auch noch nicht fällig sein. Ein Verzugszins sei damit nicht geschuldet. Sie sei aber bereit, einen markt- und branchenüblichen Zins zu bezahlen. Der von ihr vorgeschlagene Zinssatz in der Höhe des CHF LIBOR 6 Monate sei in verschiedenen Vereinbarungen mit Konkurrentinnen – auch mit solchen, welche ein Zugangsgesuch gestellt hätten – enthalten und deshalb als markt- und branchenüblich zu bezeichnen. Der Basiszinssatz der Vorinstanz (CHF Libor 12 Monate) sei nicht angebracht, da sie die zurückzuerstattenden Erträge aufgrund der ungewissen Verfahrensdauer nicht langfristig habe anlegen können.

12.3 Die Vorinstanz führt aus, die Verzinslichkeit von Rückzahlungen ergebe sich implizit aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Rege-

lung zur Interkonnektion. Zwischen den Parteien habe über die Zinshöhe Dissens geherrscht, diese sei deshalb im fernmelderechtlichen Zugangsverfahren als Nebenbedingung der Interkonnektion festzulegen. Die Beschwerdegegnerin habe ihr entsprechendes Gesuch im vorinstanzlichen Verfahren nicht förmlich zurückgezogen, weshalb die Vorinstanz darüber zu befinden gehabt habe. Bei der Festsetzung des Zinssatzes sei nicht von einem Verzugszins auszugehen, da ein Verzugszins Fälligkeit der Forderungen voraussetze und die Rückzahlungen erst mit der Rechtskraft der Preisfestsetzungen fällig würden. Der Zinssatz gemäss Art. 73 OR komme nur zum Zug, wenn zwischen den Parteien ein Konsens herrsche, die Frage des Zinssatzes aber offen gelassen worden sei.

Die zu verzinsenden Gelder würden der Beschwerdeführerin während mindestens einem Jahr zur Verfügung stehen, weshalb von einem 12 Monate LIBOR-Satz auszugehen sei. Da sich dieser Satz auf Kreditverhältnisse zwischen Banken beziehe, enthalte er keinen Risikoanteil zur Kompensation der Bonität. Er sei deshalb entsprechend zu erhöhen. Dieser Zuschlag sei, ausgehend von einem Zuschlag von 1 % für Schuldner erster Bonität (sog. Primerate), zu bestimmen. Dazu sei eine individuelle Komponente hinzuzurechnen, die von der Bonität einer hypothetischen effizienten Markteintreterin ausgehe. Diese Kapitalaufnahmekosten seien auf 0.3 % zu beziffern, so dass der Zinszuschlag auf 1.3 % festzulegen sei. Bei den angenommenen Fremdkapitalkosten seien nicht die Sätze massgebend, die für die Beschwerdeführerin gälten, da eine Konkurrentin nicht wie diese von einer faktischen Staatsgarantie ausgehen könne.

12.3.1 Auch die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie habe ihre Gesuche nicht formell zurückgezogen. Sie hält fest, die Verzinsung entspreche einem allgemein anerkannten Grundsatz im Verwaltungsrecht. Die Verzinsung sei aus wettbewerbspolitischer Sicht wichtig, da die Beschwerdeführerin kraft ihrer Marktmacht durch überhöhte Preise während des Zugangsverfahrens günstige Darlehen erzwingen könne. Gleichzeitig schaffe sie zusätzliche Markteintrittshürden für Konkurrentinnen, indem sie diesen Investitionsmittel entziehe und sie im Kampf um Marktanteile behindere.

In den TAL- und KOL-Verfahren habe sie die Festsetzung eines Zinssatzes beantragt. Über die Frage der Verzinslichkeit habe stets Konsens bestanden, strittig sei einzig die Höhe des Zinssatzes. Die

Zinshöhe sei nach den Grundsätzen der Vertragslückenfüllung zu bestimmen. Dabei sei gemäss der dispositiven Bestimmung von Art. 73 Abs. 1 OR von einem Zinssatz von 5 % auszugehen. Falls davon ausgegangen werde, Art. 73 OR sei nicht anwendbar, müsse der Zinssatz so festgelegt werden, dass der Anreiz korrigiert werde, die Konkurrenz durch überhöhte Forderungen zu schwächen. Zu diesem Zweck sei ein Korrekturzuschlag zu erheben.

Da über die Verzinslichkeit von Rückforderungen eine vertragliche Einigung vorliege, sei der Zivilrichter für die Festlegung der Höhe des Zinssatzes zuständig.

12.3.2 Die Höhe der Zinsen auf Rückzahlungen ist eine Nebenbedingung der Interkonnektion und kann von den Parteien im Rahmen der Zugangsverhandlungen einvernehmlich festgelegt werden.

Da im vorliegenden Zusammenhang ein Kontrahierungszwang besteht und die Beschwerdegegnerin ein Zugangsgesuch gestellt hat, führt der Dissens – gleichgültig ob in einem Haupt- oder Nebenpunkt – nicht zu einem Nichtzustandekommen des Vertrages (vgl. zum Privatrecht dagegen Art. 2 Abs. 1 OR, EUGEN BUCHER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel 2003, N. 46 zu Art. 1 OR). Die Höhe des Zinssatzes ist diesfalls nach der fernmelderechtlichen Sondervorschrift von Art. 11*a* FMG festzulegen (BGE 132 II 284 E. 6.2). Diese Bestimmung verlangt, dass die Vorinstanz die Bedingungen der Interkonnektion verfügt und dabei insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen berücksichtigt.

12.3.3 Die Frage, ob allfällige Rückzahlungen zu verzinsen sind, war zwischen den Parteien nicht umstritten. Dabei ist es im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, ob sich bereits aus dem Gesetz eine Pflicht zur Verzinsung ergibt oder ob diese von der Beschwerdeführerin freiwillig angeboten wird. Keine Einigung erzielten die Parteien dagegen betreffend die Zinshöhe.

12.3.4 Zunächst ist zu prüfen, ob die Frage des Zinssatzes vor der Vorinstanz tatsächlich Verfahrensgegenstand war. Zwar hat die Beschwerdegegnerin in ihren Schlussbemerkungen im vorinstanzlichen Verfahren Zweifel an der Zuständigkeit der Vorinstanz zur Festsetzung eines Zinssatzes geäussert. Sie hat indessen ihren diesbezüglichen

Antrag nicht zurückgezogen. Die Vorinstanz war damit zur Festsetzung des Zinssatzes zuständig.

12.3.5 Die Beschwerdeführerin wehrt sich vorab gegen die Anwendung von Art. 73 OR, auf den sich die Beschwerdegegnerin beruft. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, bei den festzulegenden Zinsen handle es sich nicht um Verzugszinsen. Sie hat somit Art. 73 Abs. 1 OR gar nicht berücksichtigt. Auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin ist deshalb nicht weiter einzugehen.

12.4 Die Beschwerdeführerin stellt sich weiter auf den Standpunkt, der in ihren Standardverträgen offerierte Zinssatz sei von praktisch allen FDA akzeptiert worden und deshalb als markt- und branchenüblich zu betrachten. Dazu ist festzuhalten, dass das Bundesgericht bereits in BGE 132 II 284 E. 6.3 festgehalten hat, es sei bei der Regelung von Nebenbestimmungen nicht lediglich auf die Häufigkeit bzw. Beständigkeit einer bestimmten Regelung, sondern auch auf deren sachliche Rechtfertigung und Praktikabilität abzustellen. Darüber hinaus erscheine es zulässig, eine gewisse Vertragsgerechtigkeit anzustreben, sofern damit der Ausgleich der Marktbeherrschung bzw. eine Regelung bezweckt werde, wie sie unter Vertragspartnern mit gleicher oder zumindest ähnlicher Verhandlungsmacht zu erwarten sei. Dies wurde mit der heutigen Fassung von Art. 11*a* Abs. 1 FMG – welche in diesem Punkt keine inhaltliche Neuerung bezweckt – weiter präzisiert. Die Nebenbedingungen sind zwar nach der Markt- und Branchenüblichkeit (Art. 74 Abs. 2 FDV), dabei aber unter Berücksichtigung der Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie den Auswirkungen des Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen festzulegen. Angesichts der Marktmacht der Beschwerdeführerin kann aus der Häufigkeit einer Klausel nicht darauf geschlossen werden, dass sie das Resultat funktionierenden Wettbewerbs darstellt. Es kann deshalb auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Klausel die Bedingungen widerspiegelt, die einen wirksamen Wettbewerb fördern. Der Zinssatz ist deshalb anhand inhaltlicher Massstäbe zu beurteilen (BGE 132 II 257 E. 3.3.4, BGE 132 II 284 E. 6.3).

12.5 Als Nebenbestimmung der Interkonnektion ist der Zinssatz nach Art. 11*a* Abs. 1 FMG, d.h. namentlich unter Berücksichtigung der Bedingungen, die den Wettbewerb fördern, zu bestimmen. Diese offene

Formulierung eröffnet der Vorinstanz einen erheblichen Ermessensspielraum. Die Beurteilung des Zinssatzes im Hinblick auf einen funktionierenden Wettbewerb erfordert erhebliches Fachwissen, insbesondere eingehende Kenntnis der Verhältnisse auf dem Telekommunikationsmarkt. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Ausübung des Ermessens durch die fachkundige Vorinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung und beurteilt, ob sich die Vorinstanz von sachgerechten Überlegungen leiten liess, setzt aber sein Ermessen nicht anstelle desjenigen der Vorinstanz (vgl. dazu E. 4.2, BGE 132 II 257 E. 3.3.4).

12.6 Die Vorinstanz hat den für Darlehen zwischen Banken massgebenden LIBOR-Zinssatz als Basiszinssatz angenommen und um einen Risikozuschlag erhöht. Bei der Bemessung des Risikozuschlags ist sie nicht von der Bonität der Beschwerdeführerin, die aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung und ihrer besonderen Position – aufgrund der Kapitalbeteiligung verfügt sie über eine faktische Staatsgarantie – sondern von derjenigen einer hypothetischen effizienten Markteintreterin ausgegangen. Dieses Vorgehen erscheint methodisch nachvollziehbar und sachlich vertretbar. Bei der Festsetzung der Parameter (angenommene Laufzeit, Höhe des Bonitätszuschlags) bewegte sich die Vorinstanz im Rahmen ihres Ermessens. Der festgesetzte Zinssatz ist deshalb nicht zu beanstanden.

Daran ändern auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts. Denn mit ihrem Einwand, sie selber könne mit den erhaltenen Geldern lediglich einen Zinssatz für kurzfristige Anlagen erzielen, stellt sie sich offensichtlich auf den Standpunkt, sie dürfe aus der Rückerstattung zu hoch bezahlter Preise keine finanziellen Einbussen erleiden. Nebenbestimmungen der Interkonnektion sollen jedoch so ausgestaltet sein, dass der Wettbewerb gefördert wird bzw. Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Mit der Zinsbemessung nach der Konzeption der Beschwerdeführerin würden aber geradezu Anreize zum wettbewerbswidrigen Verhalten geschaffen. Denn die Beschwerdeführerin verfügt – wie die Beschwerdegegnerin zu Recht festhält – durch zu hohe Preise während der Dauer des Zugangsverfahrens über zusätzliches Kapital, während ihre Konkurrentinnen diese ihnen entzogenen Gelder mit Fremdkapital kompensieren oder auf Investitionen verzichten müssen. Diesem unerwünschten Wettbewerbsvorteil der Beschwerdeführerin ist insofern entgegen zu wirken, als bei der Bemessung des Zinssatzes den auf Seiten der Beschwerdeführerin eingesparten und bei ihren

Konkurrentinnen zusätzlich anfallenden Fremdkapitalkosten Rechnung zu tragen ist. Die von der Vorinstanz angewandte Bemessungsmethode entspricht dieser Anforderung.

12.7 Die Beschwerde erweist sich somit in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

13.

13.1 Die Vorinstanz hat bei der Preisfestsetzung im IC-Verfahren festgestellt, dass der von der Beschwerdeführerin in ihrem „Handbuch Preise 2007“ offerierte Preis für die Implementierung der Nummernportierungsroutingnummer tiefer lag als die ausgewiesenen bzw. festgestellten Kosten. Die Vorinstanz hat darauf verzichtet, einen kostenorientierten Preis festzusetzen und hielt fest, es sei der Beschwerdeführerin nicht verwehrt, mit ihren Vertragspartnerinnen unter dem Kostennachweis liegende Preise zu vereinbaren und diese allen alternativen Anbieterinnen diskriminierungsfrei zu offerieren. Hätte sie einen höheren Preis verfügt, hätte die Beschwerdeführerin bei den übrigen Anbieterinnen aufgrund des Diskriminierungsverbots entsprechende Nachforderungen durchsetzen müssen. Dies wäre aber aufgrund der mit Dritten vertraglich vereinbarten Preise nicht möglich gewesen.

13.2 Die Beschwerdeführerin verlangt mit Antrag 2 der IC-Beschwerde die Aufhebung des verfügten Preises von Fr. 2'250.- und dessen Festsetzung auf dem Niveau der nachgewiesenen Kosten. Sie führt aus, die Vorinstanz habe anhand der Überprüfung des vorgelegten Kostennachweises festgestellt, dass die Kosten auf Fr. 3'134.70 zu beziffern seien. Die Preise seien kostenorientiert festzulegen, dies auch wenn sie höher zu liegen kämen als der ursprünglich offerierte Preis. Zwar könnten unter dem Kostennachweis liegende Preise vereinbart werden. Wenn – wie im vorliegenden Verfahren – keine Einigung erzielt werde, sei der offerierte Preis nicht mehr massgebend. Nachforderungen gegenüber andern FDA, mit denen ein tieferer Preis vereinbart worden sei, seien aufgrund der in den Verträgen vorgesehenen Drittwirkungsklausel möglich und würden der Vertragsgerechtigkeit entsprechen.

Es sei unklar, ob die Vorinstanz einen nachträglichen Konsens angenommen und auf eine Preisfestsetzung verzichtet, oder ob sie – unter Annahme eines fortbestehenden Dissenses – den offerierten Preis festgesetzt habe.

13.3 Die Vorinstanz wendet ein, das FMG bezwecke die Schaffung von wirksamem Wettbewerb. Der Regulierungszweck könne nur zu einer Senkung, nicht aber zu einer Erhöhung der angebotenen Preise führen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin habe sie auch in der Vergangenheit keine Preiserhöhungen vorgenommen. Einzig die marktbeherrschende Anbieterin habe umfassend Einblick in die Kostenberechnungen und damit in die Preiskalkulation. Falls die FDA mit einer Preiserhöhung rechnen müssten, würden sie die behördliche Preisfestsetzung nicht abwarten, sondern ihr Gesuch zurückziehen.

Eine Preiserhöhung sei auch verfahrensrechtlich nicht denkbar. Der Verfahrensgegenstand werde durch die Anträge der Gesuchstellerin im Zugangsverfahren beschränkt.

13.4 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie habe in ihrem Gesuch lediglich die Korrektur überhöhter Preise beantragt, Preiserhöhungen seien deshalb nicht Gegenstand des Gesuchs und damit ausgeschlossen. Eine Preiserhöhung würde aber auch in einem Widerspruch zum Zweck der Zugangsregulierung stehen. Mit dieser sollen Preismissbräuche durch das marktbeherrschende Unternehmen verhindert werden. Es stehe der marktbeherrschenden Anbieterin frei, ihre Dienstleistungen unter den Kosten anzubieten, so wie es den alternativen FDA frei stehe, einen höheren Preis zu vereinbaren. Die Kostenorientierung definiere lediglich eine Kostenobergrenze.

Angesichts der Ungewissheit über die Kostenstruktur der marktbeherrschenden Unternehmung würde die Möglichkeit, dass ein Zugangsgesuch zu höheren Preisen führen könnte, FDA davon abhalten, Zugangsgesuche zu stellen.

Eine Preiserhöhung würde zudem zu einer Diskriminierung der FDA führen, die ein Zugangsgesuch gestellt hätten. Eine Nachforderung gegenüber Dritten würde deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen und sei deshalb nicht durchsetzbar. Die offerierten Preise seien nur angefochten worden, soweit sie überhöht gewesen seien, bei allfälligen zu tiefen Preisen sei ein Akzept der Beschwerdegegnerin anzunehmen. Solange die gesetzlich geforderte Preistransparenz nicht hergestellt sei, sei die Beschwerdeführerin an ihre Offerte gebunden.

13.5 Zunächst ist die Zulässigkeit einer Erhöhung des von der Beschwerdeführerin angebotenen Preises nach den allgemeinen Grund-

sätzen des Verwaltungsverfahrens zu beurteilen. Unterliegt ein Verfahren der Dispositionsmaxime, wird der Verfahrensgegenstand durch die Begehren der Parteien bestimmt. Dies hat zur Folge, dass die entscheidende Behörde einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als diese beantragt hat. Sie darf aber auch nicht weniger zusprechen als die Gegenpartei anerkannt hat. Die Dispositionsmaxime ist im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren bei den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten massgebend (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 36).

Das Zugangsverfahren wird durch das Gesuch einer alternativen FDA eingeleitet und ist damit ein mitwirkungsbedürftiges Verwaltungsverfahren. Das Zugangsverfahren unterliegt demnach der Dispositionsmaxime (AMGWERD, a.a.O., Rz. 380).

Der Gegenstand des Zugangsverfahrens wird durch die Anträge im Gesuch festgelegt (vgl. Art 70 FDV). Die Gesuchstellerin kann die Überprüfung der Preise im Hinblick auf deren Senkung auf das kostenorientierte Niveau beantragen. Die Rolle der marktbeherrschenden Anbieterin beschränkt sich darauf, die Einhaltung der Kostenorientierung nachzuweisen. Eine Erhöhung der Preise dürfte damit bereits im Widerspruch zur Dispositionsmaxime stehen. Darauf deutet auch Art. 74 Abs. 3 FDV hin. Gemäss dieser Bestimmung verfügt die Vorinstanz die Preise auf Grund markt- oder branchenüblicher Vergleichswerte bzw. anhand eigener Kostenmodellierungen, wenn die marktbeherrschende Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung nicht nachweisen kann. Wird jedoch der Nachweis erbracht, dass die Kostenorientierung eingehalten ist, mit anderen Worten der offerierte Preis nicht zu hoch ist, so beschränkt sich die Verfügungskompetenz der Vorinstanz darauf, den von der marktbeherrschenden Anbieterin offerierten Preis festzusetzen. Im vorliegenden Fall ist die Kostenorientierung eingehalten; es kann daher bloss der offerierte Preis festgesetzt werden.

13.6 Dieses Ergebnis scheint auch in Hinblick auf den Sinn und Zweck des Zugangsverfahrens richtig.

Unbestritten ist, auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz, dass die Vorinstanz allfällige überhöhte Preise nur auf das durch die Kosten vorgegebene Niveau zu senken hat und keine tieferen Preise verfügen kann. Andernfalls würden durch zu tiefe Preise das Trittbrettfahren und ineffiziente Markteintritte gefördert – mithin der wirksame Wettbewerb

behindert – und Anbieter konkurrierender Einrichtungen benachteiligt. Dadurch würde der Infrastrukturwettbewerb behindert (vgl. dazu AMGWERD, a.a.O., Rz. 311 und 425). Die Kostenorientierung bildet die Grenze der möglichen behördlichen Preissenkungen. Damit ist aber noch nicht geklärt, ob die Vorinstanz berechtigt ist, einen von der marktbeherrschenden Anbieterin offerierten tieferen Preis anzuheben. Der Wortlaut der Bestimmung schliesst dies aber zumindest nicht aus.

Bei der Beurteilung dieser Frage sind dem verfassungsrechtlichen Rahmen und dem Zweck der Regulierung im Fernmeldemarkt Rechnung zu tragen, anderseits ist die Systematik der Zugangsordnung zu respektieren.

Die behördliche Preisfestsetzung stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit und damit in die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit der Parteien dar. Als solche ist sie nur zulässig, wenn sie auf einer formellen gesetzlichen Grundlage basiert, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 2 bis 3 BV, vgl. auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 302 ff.). Mit der Pflicht, den alternativen FDA Zugang zu gewähren, soll die übermächtige Verhandlungsposition der marktbeherrschenden Unternehmung ausgeglichen werden. Ziel der Regulierung ist es, einen Missbrauch der Marktmacht zu verhindern. Zwar ist denkbar, dass auch tiefe Preise ein wettbewerbswidriges Verhalten darstellen, so namentlich wenn mit Dumpingangeboten versucht wird, einen Konkurrenten aus dem Markt zu drängen. Solche Dumpingpraktiken stehen aber vorliegend nicht zur Diskussion und sind nicht Gegenstand des Zugangsverfahrens gemäss Art. 11*a* FMG, sondern gegebenenfalls mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu bekämpfen.

Zweck des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts im Fernmeldebereich ist die Überführung staatlicher Monopolstrukturen in eine marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung. Mit den Regeln des FMG sollen die Entstehung von Marktmacht als Folge der Deregulierung und der Missbrauch von neu entstehender Marktmacht verhindert werden (AMGWERD, a.a.O., Rz. 163). Die marktbeherrschende Anbieterin ist in der Preisfestsetzung frei und bedarf nicht des Schutzes der Regulierungsbehörde. Ein regulatorischer Eingriff soll verhindern, dass eine marktbeherrschende Unternehmung mit dem Mittel der Preispolitik den Markt abschotten oder Monopolrenten erzielen kann. Die

Korrektur allfälliger Kalkulationsfehler ist dagegen nicht Zweck des Zugangsverfahrens.

Eine Korrektur einer zu tiefen Offerte der marktbeherrschenden Unternehmung wäre mit dem Zweck der fernmelderechtlichen Regulierung deshalb nicht vereinbar und würde auch nicht im öffentlichen Interesse liegen. Als Eingriff in die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdegegnerin, die eine Überprüfung des offerierten Preises im Hinblick auf dessen Senkung verlangt, wäre sie damit unzulässig, selbst wenn sie mit dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 11*a* FMG vereinbar sein sollte.

13.7 Ob eine Preiserhöhung vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbotes zulässig wäre, braucht damit nicht abschliessend beantwortet zu werden. Dies erscheint aber zumindest fraglich. Zwar hat die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben in der Mehrzahl der abgeschlossenen Verfahren eine Drittwirkungsklausel aufgenommen, welche ihr im Falle einer Preiserhöhung durch die Vorinstanz das Recht einräumt, gegenüber dritten FDA die höheren Preise nachzufordern. Da solche Drittwirkungsklauseln zwar offenbar mit vielen, nicht aber mit allen FDA abgeschlossen worden sind, dürfte eine Preiserhöhung bereits daran scheitern, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber andern FDA, die keine solche Klausel akzeptiert haben, diskriminiert würde.

Zudem würden sich allfällige von der Vorinstanz verfügte höhere Preise wegen der Drittwirkung zum Nachteil der Dritten auswirken, ohne dass diese sich zur Preiserhöhung vorgängig äussern konnten. Dies erschiene im Hinblick auf den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör problematisch.

13.8 Ferner rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe mit ihrer Weigerung, den Preis dem Kostennachweis anzupassen, gegen ihre frühere Praxis verstossen. So habe sie in früheren Verfahren die Preise innerhalb einer Dienstgruppe teilweise nach oben, teilweise nach unten korrigiert. Weiter habe sie in der vorliegend angefochtenen Verfügung den Preis für die Aktivierung der vorbestimmen Betreiberauswahl von Fr. 4.95 im Jahr 2003 auf Fr. 22.- im Jahr 2004 erhöht.

13.8.1 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, die Erhöhung der Preise für die Aktivierung der vorbestimmten Betreiberauswahl sei mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Es handle sich dabei um eine

Preiserhöhung im Vergleich zu einer früheren Regulierungsperiode, für die die Beschwerdeführerin keinen Kostennachweis erbracht habe, nicht aber um eine Erhöhung des offerierten Preises. Die Erhöhung einzelner Preise sei lediglich im Gegenzug zu einer gleichzeitigen Senkung von Preisen innerhalb einer Dienstgruppe infolge einer veränderten Kostenzuordnung erfolgt. Eine solche Umgestaltung des Preisgefüges stelle keine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass die Vorinstanz keine Preiserhöhungen verfügen könne.

13.8.2 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf eine Erhöhung der Preise im Vergleich zu einer Vorperiode beruft, kann von vornherein keine Praxisänderung erkannt werden, da sich die Sachverhalte im vorliegend strittigen Punkt grundlegend unterscheiden. Die Preise wurden in jenem Verfahren auf dem Niveau der Offerte festgelegt, weshalb sich die Frage, ob offerierte Preise erhöht werden dürfen, nicht stellte.

Ebenfalls keine abweichende Praxis kann im Umstand gesehen werden, dass die Vorinstanz bei Änderungen der Kostenzuordnung innerhalb einer Dienstgruppe einzelne Preise erhöhte. In solchen Fällen geht es darum, Kosten, welche von der Beschwerdeführerin bei der Kalkulation ihrer Offerte berücksichtigt wurden, anderen Preisen zuzuordnen. Es wird weder geltend gemacht noch ist aus den Akten ersichtlich, dass die vorliegend umstrittene Preiserhöhung ebenfalls Folge einer sachgerechten Zuweisung von Kosten innerhalb einer Dienstgruppe sein soll.

Es liegt damit keine Praxisänderung vor und die Rüge, die Vorinstanz habe eine unzulässige Praxisänderung vorgenommen, erweist sich als unbegründet.

13.9 Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, es sei nicht nachvollziehbar, ob die Vorinstanz nun einen nachträglichen Konsens in der Höhe des offerierten Preises festgestellt oder den Preis privatrechtsgestaltend auf einem nicht kostenorientierten Niveau festgesetzt habe. Beides sei unzulässig. Wenn von einem nachträglichen Konsens ausgegangen werde, hätte die Vorinstanz nicht auf das Gesuch eintreten dürfen, da sie zur Preisfestsetzung nur zuständig sei, wenn keine Einigung zustande gekommen sei. Eine Preisfestsetzung auf dem Niveau des offerierten Preises sei dagegen inhaltlich unzulässig, weil der Grundsatz der Kostenorientierung dadurch verletzt würde.

Dieser Argumentation der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Nachdem die Parteien keine Einigung erzielt haben und die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz angerufen hat, ist diese zur Preisfestsetzung zuständig. Stellt die Vorinstanz fest, dass die marktbeherrschende Anbieterin die Kostenorientierung nicht eingehalten hat, setzt sie die Preise gemäss Art. 11*a* FMG i.V.m. Art. 74 Abs. 3 FDV selber fest. Daraus folgt umgekehrt, dass die offerierten Preise für die Vorinstanz dann verbindlich sind, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – das Gebot der Kostenorientierung nicht sprengen. Dass die Vorinstanz selbst in ihrer Duplik festhält, sie habe den Preis nicht verfügt, sondern lediglich der Klarheit halber aufgeführt, ändert an diesem Ergebnis nichts. Massgeblich ist, dass der Preis in der Verfügung verbindlich festgelegt ist.

13.10 Die Beschwerde erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

14.

14.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung weiter die Preise für Supplementary Services for Carrier Preselection festgelegt. Darunter wird die Lieferung von Daten im Zusammenhang mit der vorbestimmten Betreiberauswahl (Carrier Preselection [CPS]) verstanden.

14.2 Mit der Betreiberauswahl wird ein Anruf von einem Festnetzanschluss der Beschwerdeführerin auf das Verbindungsnetz einer alternativen FDA umgeleitet. Dies kann entweder fallweise durch Eingabe eines bestimmten Codes vor der Rufnummer oder dauerhaft, mittels Voreinstellung eines Telefonanschlusses auf eine bestimmte FDA (CPS) geschehen. Bei der CPS wird die Voreinstellung durch die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Grunddienste aktiviert (Activation) oder bei einem Umzug auf die neue Adresse umgeschaltet (Relocation). Die Ausführung der CPS-Aufträge wird ebenso wie die Deaktivierung einer CPS den FDA durch eine unentgeltliche Meldung der Beschwerdeführerin in elektronischer Form angezeigt.

Das Angebot der Beschwerdeführerin umfasst im Zusammenhang mit der Betreiberauswahl zudem die Lieferung folgender Daten im Hinblick auf die Bewirtschaftung von Kundendaten (sog. Supplementary Services):

- Invoice Details for Activation and Relocation: Monatliche Zusammenfassung aller durchgeführter Aktivierungen und Schaltungen bei Umzügen von Kunden einer FDA,

- Deactivation Notification: Liste der Kunden, die zufolge einer neuen Betreiberauswahl nicht mehr CPS-Kunden bei der FDA sind,
- List of Activated Customers: Liste aller aktivierten CPS Kunden einer FDA zu einem bestimmten Zeitpunkt,

- Migration of Carrier Selection Codes: CPS-Kunden mit dem gleichen Carrier Selection Code (CSC) werden auf Ersuchen auf einen anderen CSC derselben FDA migriert,

- Access Cancellation Notification: Liste der CPS Kunden einer FDA, welche den Telefonanschluss ganz aufgegeben haben,

- Customer Data Check: Pre-Order Check, bei dem die Beschwerdeführerin der FDA gestützt auf die Angabe einer Telefonnummer die Personalien des betreffenden Endkunden mitteilt,

- List of Taken over Access: Liste der CPS Kunden, bei denen ein Nachmieter den Anschluss übernommen hat,

- Slamming Reconfiguration: Rückgängigmachen eines unberechtigten Aktivierungsauftrages einer FDA.

14.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zuständigkeit der Vorinstanz, die Preise für Supplementary Services festzulegen und beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung im IC-Verfahren, soweit darin Preise für diese Dienstleistungen festgelegt wurden. Sie macht geltend, diese Dienste würden nicht der Interkonnektionspflicht unterliegen, da sie für ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Dienste sowie für den Zugang der Endkunden zu Diensten der anderen FDA nicht notwendig seien, mithin keine Dienstleistungen der Interkonnektion im Sinne von Art. 3 Bst. e FMG darstellten.

Der Umstand, dass nicht alle FDA Supplementary Services beziehen würden, zeige, dass diese für die Erbringung von Fernmeldediensten nicht zwingend erforderlich seien. Bis ins Jahr 2000 seien überhaupt keine Supplementary Services angeboten worden, aufgrund einer Weisung des BAKOM habe sie die Daten zudem bis zur Änderung der FDV vom 19. Januar 2009 nicht verwenden dürfen. Ein reguliertes Angebot hätten die FDA erst ab dem 1. Januar 2004 verlangt. Trotzdem sei auf dem Fernmeldemarkt wirksamer Wettbewerb entstanden. Dies alles zeige, dass es sich bei den Supplementary Services nicht um regulierbare Interkonnektionsdienste handeln

könne, die eine marktbeherrschende Anbieterin ihren Konkurrenten im Rahmen der Interkonnektion anbieten müsse.

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, Voraussetzung einer Regulierung sei eine marktbeherrschende Stellung. Im Bereich der Supplementary Services sei sie aber nicht marktbeherrschend. Die Vorinstanz habe ohne die notwendigen Sachverhaltsabklärungen eine Marktbeherrschung angenommen und sich mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin gar nicht auseinandergesetzt.

Die FDA könnten die fraglichen Daten selbst beschaffen und seien nicht auf die Supplementary Services angewiesen. So würden die wesentlichen Daten im Rahmen der CPS Dienstleistungen ohnehin in elektronischer Form geliefert. Das Abwandern von Kunden zu andern FDA könne anhand der Kündigung oder aber durch einfaches Nachfragen bei fehlendem Traffic erfolgen. Ob und zu welchen Kosten eine effiziente FDA die Daten selbst beschaffen könne, habe die Vorinstanz nicht abgeklärt. Die Beschwerdeführerin könne sich angesichts der Möglichkeit zur Eigenproduktion auf dem Markt nicht unabhängig verhalten. Zudem habe die Vorinstanz in einer undifferenzierten Pauschalbetrachtung angenommen, die Beschwerdeführerin sei bei allen Supplementary Services marktbeherrschend. Einzelne der Dienstleistungen würden aber deutlich weniger nachgefragt. Daraus sei erkennbar, dass die betreffenden Daten auf andere Weise beschafft würden oder nicht notwendig seien.

Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz habe wie die WEKO zu Unrecht aus dem engen Sachzusammenhang der CPS und der Supplementary Services geschlossen, dass eine marktbeherrschende Stellung bei der CPS auch eine marktbeherrschende Stellung bei den Supplementary Services bedeute. Die beiden Leistungen bildeten entgegen der Auffassung der Vorinstanz keinen Systemmarkt. Selbst wenn von einem Systemmarkt ausgegangen werde, könnten aber die Supplementary Services von andern Marktteilnehmern unabhängig von der Grundleistung CPS angeboten werden. Es treffe zu, dass Supplementary Services nur von FDA bezogen würden, die auch CPS-Kunden seien. Dies bedeute aber nicht, dass für die Supplementary Services kein eigenständiger Markt bestehe. Schliesslich sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin zur Frage der Marktbeherrschung nicht beweisbelastet sei.

14.4 Die Vorinstanz bringt vor, die Unterscheidung zwischen den Dienstleistungen im Rahmen der CPS und den Supplementary Services sei ein Entscheid der Beschwerdeführerin und sachlich nicht zu rechtfertigen. Die Beschwerdeführerin biete die Dienstleistung zu massiv überhöhten Preisen an, weshalb sie von verschiedenen Anbietern nicht bezogen würden. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass es sich nicht um der Regulierung unterliegende Interkonnektionsleistungen handle.

Da die Supplementary Services ein Bestandteil der CPS-Dienstleistungen seien, müsse die Frage der Marktbeherrschung nicht gesondert betrachtet werden. Die Beschwerdeführerin verfüge als einzige über die zugrundeliegenden Daten, deshalb sei nur sie in der Lage, die Supplementary Services mit einem vertretbaren Kosten-/Nutzenverhältnis anzubieten. Dies sei auch ohne weitere Abklärungen ersichtlich.

14.5 Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die umstrittenen Supplementary Services seien unter anderem auf ihr Drängen hin entwickelt worden. Dass die Dienstleistungen den dynamischen Marktentwicklungen angepasst würden, sei für den Telekommunikationssektor typisch. Dies deute nicht darauf hin, dass die Dienste nicht zu den Interkonnektionsleistungen gehörten. Auch aus dem Umstand, dass ein Teil der FDA keine dieser Dienste beziehen würde, könne nicht geschlossen werden, dass diese nicht zum Grundangebot gehörten bzw. dass sie durch Eigenleistungen substituierbar seien. Angesichts der massiv überhöhten Preise der Beschwerdeführerin müssten viele FDA unter Inkaufnahme von Wettbewerbsnachteilen auf eine Inanspruchnahme der Dienste verzichten. Die Dienste seien wohl technisch für die Interkonnektion nicht zwingend, für ein wirtschaftlich vernünftiges Kundenmanagement aber notwendig. Da die Informationen der Beschwerdeführerin selbst zur Verfügung stünden, seien sie aufgrund des Diskriminierungsverbots auch den Konkurrentinnen zu liefern. Die von der Beschwerdeführerin als Substitut angeführte Eigenproduktion der Daten sei völlig realitätsfremd und unwirtschaftlich.

Weiter führt die Beschwerdegegnerin aus, die Marktabgrenzung der Vorinstanz sei nicht zu beanstanden. Die Supplementary Services hätten keine eigenständige Bedeutung, sondern seien als Teil der CPS-Dienste zu sehen. Es sei nicht zu bestreiten, dass die Be-

schwerdeführerin auf diesem Markt beherrschend sei. Die Supplementary Services würden die Nutzung der Hauptleistung – CPS – erst möglich machen. Es handle sich damit nicht um ein eigenständiges Angebot, sondern um eine Nebenleistung der CPS. Dienstleistungen, die für ein gesetzeskonformes Funktionieren der gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen nötig seien, seien der Regulierung zu unterstellen.

14.6 Im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens erstattete die WEKO ein Gutachten zur Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Bereich der Supplementary Services. Sie hielt darin fest, die Nachfrage nach Supplementary Services stehe in einem derart engen Zusammenhang mit der CPS, dass die Dienstleistungen im Rahmen der Marktabgrenzung nicht isoliert betrachtet werden könnten. Bei der Marktabgrenzung im Bereich der Teilnehmeranschlüsse seien die Nachfrage der Endkunden nach einem Telefonanschluss einerseits und die Nachfrage der FDA nach Zugang zu den Anschlüssen (Wholesalestufe) zu unterscheiden. Bei der CPS, die zum Wholesalebereich gehöre, sei die Beschwerdeführerin die einzige schweizweit flächendeckend tätige Anbieterin. Auch aus dem Endkundenmarkt (namentlich aus der Konkurrenz durch Kabelnetzbetreiberinnen) und möglichen künftigen Markteintritten anderer Anbieter erwachse kein Wettbewerbsdruck, der disziplinierend auf den Wholesalemarkt wirke. Die Beschwerdeführerin sei aus diesen Gründen bei der CPS und damit auch bei den Supplementary Services marktbeherrschend.

In ihrer Stellungnahme vom 11. Juni 2009 im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hält sie weiter fest, für die Supplementary Services bestehe keine unabhängige Nachfrage, diese bildeten keinen eigenständigen Markt. Es bestehe keine Ausweichmöglichkeit, so dass die FDA bei überhöhten Preisen nur auf einen Bezug der Dienstleistungen verzichten könnten. Es sei unrealistisch, dass die FDA die Daten selbst mit vertretbarem Aufwand beschaffen könnten.

Auch wenn mit der Beschwerdeführerin von einem Systemmarkt ausgegangen würde, wäre eine marktbeherrschende Stellung im Sekundärmarkt (Supplementary Services) anzunehmen. Die unbestrittene Marktbeherrschung im Primärmarkt ändere dies nicht, sondern stärke die Marktstellung eher.

14.7 Eine Leistung der Beschwerdeführerin unterliegt unter zwei Voraussetzungen der Regulierung. Zunächst ist zu prüfen, ob es sich um eine Interkonnektionsleistung im Sinne von Art. 3 Bst. e FMG handelt. Wird dies bejaht, ist weiter festzustellen, ob die Beschwerdeführerin im fraglichen Markt eine marktbeherrschende Stellung hat. Die Beschwerdeführerin bestreitet das Vorliegen beider Voraussetzungen.

14.8 Gemäss Art. 3 Bst. e FMG umfasst die Interkonnektion die Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten, damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Art. 61 FDV umschreibt die im Rahmen der Interkonnektion anzubietenden Leistungen näher. Demnach bietet die marktbeherrschende Anbieterin mindestens folgende Interkonnektionsdienste an:

- die Erzeugung, die Terminierung und den Transit der Verbindungen;
- die Identifikation des anrufenden und des verbundenen Anschlusses sowie die Unterdrückung dieser Identifikation;
- den Zugang zu den Mehrwertdiensten 08xx und 09xx;
- die physische Verbindung von Fernmeldeanlagen verschiedener Anbieterinnen, die für die Verbindung von Diensten notwendig ist.

Die vorliegend zu beurteilenden Dienste sind damit in der Umschreibung der der Regulierung unterliegenden Interkonnektionsdienstleistungen nicht ausdrücklich enthalten. Art. 61 Abs. 2 FDV nennt indessen nur den Mindestumfang des Angebots, ist mithin nicht abschliessend.

Wie das Bundesgericht in BGE 132 II 284 E. 6.2 festgestellt hat, ist die Vorinstanz im Rahmen des Zugangsverfahrens nicht nur zur Regelung der Hauptleistungen, sondern auch der Nebenbedingungen der Interkonnektion zuständig. Die Vorinstanz ist gemäss Art. 11*a* Abs. 1 FMG zuständig, die Bedingungen des Zugangs zu verfügen. Eine Einschränkung auf die Hauptpunkte besteht nicht. Zu den fraglichen Bedingungen zählen vielmehr sämtliche Punkte, die in einem sachlichen Zusammenhang zur Interkonnektion stehen. Dass dazu neben technischen Regelungen auch Bestimmungen zur Abwicklung des Vertragsverhältnisses (etwa zur Gewährleistung oder Haftung) gehören, ist in diesem Sinne sachlich begründet. Aus diesen Überlegungen lässt sich auch eine Pflicht der Beschwerdeführerin zur

Erbringung von Neben*leistungen* ableiten (AMGWERD, a.a.O., Rz. 281, vgl. auch vorstehend E. 12.4).

Die Pflicht zur Erbringung einer Nebenleistung ist dann zu fordern, wenn diese – objektiv betrachtet – den Bezug der Hauptleistung erst ermöglicht oder diese in sinnvoller Weise nutzbar macht. Es genügt aber nicht, wenn die Nebenleistung in einem sachlichen Kontext zur Hauptleistung steht, vielmehr muss auch eine gewisse Abhängigkeit gegeben sein. Es muss sich um eine wesentliche, für den nachfragenden Anbieter für die Nutzung der Hauptleistung erforderliche Nebenleistung handeln, welche nicht auf zumutbare Art substituierbar ist. Bei Nebenleistungen, die den Bezug der Hauptleistung zwar erleichtern, die in vergleichbarer Form aber anderweitig bezogen werden können, besteht keine Angebotspflicht (AMGWERD, a.a.O., Rz. 281).

14.9

14.9.1 Ein enger Sachzusammenhang zwischen den Supplementary Services und der Hauptleistung CPS ist offensichtlich. Die Beschwerdeführerin macht nun aber geltend, die Nutzung der CPS sei auch ohne Supplementary Services möglich. Dies zeige bereits der Umstand, dass eine Vielzahl von FDA keine Supplementary Services beziehen würden.

Die Supplementary Services sind zwar für das technische Zusammenwirken der Netze nicht zwingend notwendig. Die Regulierung von Art. 11 ff. FMG bezweckt jedoch nicht nur die rein technische Interkonnektion, sondern auch die Schaffung von Bedingungen für alternative Anbieter, die einen wirksamen Wettbewerb ermöglichen. Vor dem Hintergrund dieses Regulierungszwecks sind auch Nebenleistungen, die für eine wirtschaftliche Nutzung der Hauptleistung notwendig erscheinen, als Bestandteil der Interkonnektionsdienstleistungen zu betrachten. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erscheint es notwendig, über die für die Bewirtschaftung des Endkundenstammes erforderlichen Daten zu verfügen. Die Supplementary Services sind daher als Bestandteil der Interkonnektionsdienstleistungen zu betrachten.

Daran ändert auch nichts, dass – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – CPS zunächst ohne Supplementary Services angeboten und genutzt wurde und dass verschiedene FDA keine Supplementary Services beziehen. Die Beschwerdegegnerin weist zu Recht darauf hin, dass der Telekommunikationsmarkt eine grosse

Dynamik aufweist und sich auch die Angebote in einem raschen Wandel befinden. Es leuchtet deshalb ein, dass Dienstleistungen wie die Supplementary Services erst bei einer entsprechenden Nachfrage entwickelt werden und gleichwohl für eine wirtschaftlich sinnvolle Geschäftstätigkeit notwendig sind. Werden sie im Rahmen eines nicht regulierten Angebots trotzdem nicht von allen FDA genutzt, kann dies – wie die WEKO zu Recht festhält – allenfalls ein Hinweis auf überhöhte Preise der Beschwerdeführerin sein, weitere Schlüsse lassen sich daraus indes nicht ziehen.

14.9.2 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die FDA könnten die im Rahmen der Supplementary Services zur Verfügung gestellten Informationen auch anhand der verschiedenen im Rahmen der CPS gelieferten Daten und mit eigenen Nachforschungen beschaffen. Die Leistungen seien damit substituierbar und nicht als Nebenleistungen der Interkonnektion zu betrachten. Es trifft zu, dass zumindest teilweise eine Beschaffung der Daten auch ohne Supplementary Services denkbar ist. Die von der Beschwerdeführerin aufgezeigten Möglichkeiten der Eigenbeschaffung scheinen aber ineffizient, fehleranfällig, nicht praktikabel und kostenintensiv zu sein. Andere vertretbare Beschaffungsmöglichkeiten der Informationen sind nicht erkennbar. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auch ohne weitere Abklärungen davon ausgegangen ist, die Dienstleistungen seien nicht substituierbar. Sie sind damit als Nebenleistungen der Interkonnektion zu betrachten und unterliegen der Regulierung.

14.9.3 Die Beschwerdeführerin bringt allerdings in diesem Zusammenhang – unter Hinweis auf ein eingereichtes Rechtsgutachten – vor, das BAKOM habe (noch vor Inkrafttreten der heutigen Fassung von Art. 65 Abs. 3 FDV) ihr in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren untersagt, Daten zu verwenden, die ihr im Zusammenhang mit der Abwicklung der Interkonnektion bekannt geworden seien. Die damalige Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO/INUM) habe diese Anordnung im Entscheid F-2002-87 vom 20. August 2003 geschützt. Es sei widersprüchlich, wenn ihr zum einen die Verwendung von Informationen untersagt werde, diese aber als Bestandteil der Interkonnektionsdienstleistungen betrachtet würden.

Daran ändere auch die Revision der FDV nichts, welche die Verwendung von Informationen über Teilnehmende regle. Auch wenn die

Informationen – abgesehen von bestimmten Ausnahmen – nur im Zusammenhang mit der Abwicklung des Interkonnektionsverhältnisses verwendet werden dürften, würden die Supplementary Services dadurch nicht zu Bestandteilen der Interkonnektionsdienste. Vielmehr mache der Wortlaut von Art. 65 FDV deutlich, dass eine über die Abwicklung des Interkonnektionsverhältnisses hinausgehende Verwendung der Informationen geregelt werde.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Verwendung von Daten im Zusammenhang mit der Abwicklung des Zugangsverhältnisses oder die Bewirtschaftung der Kundendaten im Rahmen von CPS Verhältnissen war gerade nicht Gegenstand des Entscheids F-2002-87 der REKO/INUM. Vielmehr war darin die Verwendung von Daten zu anderen, kommerziellen Zwecken zu beurteilen.

Auch aus Art. 65 FDV kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Art. 65 Abs. 2 und 3 FDV regeln die Verwendung und die Vertraulichkeit von Daten, die eine Anbieterin im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Zugangsverhältnisses erhält. In der heutigen Fassung von Art. 65 Abs. 3 FDV wird die Verwendung der Informationen, ob eine Kundin oder ein Kunde eine Anbieterin für nationale und internationale Verbindungen frei gewählt oder eine solche Wahl gelöscht hat, ausdrücklich geregelt. Dabei wird festgehalten, die Verwendung dieser Informationen sei zulässig, soweit sie allen Anbieterinnen gleichermassen zur Verfügung stünden. Die Informationen werden mithin systematisch in den Zusammenhang mit der Abwicklung des Zugangsverhältnisses gestellt und die Verwendung der Daten wird diskriminierungsfrei geregelt. Beides zeigt, dass der Verordnungsgeber die Informationen nicht als beliebige Zusatzdienste betrachtet, sondern einen engen Zusammenhang zu den Zugangsdienstleistungen sieht.

14.9.4 In einem ersten Schritt kann damit festgestellt werden, dass die Supplementary Services in den Anwendungsbereich von Art. 11 f. FMG fallen und unter gegebenen Voraussetzungen einer Regulierung unterworfen sind.

14.10 Eine Pflicht, Zugang zu gewähren, besteht indessen nur, wenn eine Anbieterin marktbeherrschend ist. Die Marktbeherrschung ist nicht eine Eigenschaft des Unternehmens an sich, sondern bezieht sich auf dessen Marktmacht in einem bestimmten Dienste-Markt (Botschaft, BBl 2003 7972). Es ist damit zunächst eine Marktab-

grenzung vorzunehmen und anschliessend festzustellen, ob die Anbieterin im abgegrenzten Markt marktbeherrschend ist.

14.10.1 Für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 FMG eine beherrschende Stellung einnimmt, ist auf die entsprechende Definition im KG abzustellen (BVGE 2009/35 E. 8.4.1). Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 4.4 [zur Publikation bestimmt]) zur Begriffserweiterung durch die Kartellgesetzrevision 2003 vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 277 ff.). Um diese Frage zu klären, ist einerseits der sachlich relevante, andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen (ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], a.a.O., S. 34, 37; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 179 ff., 277 f., 750; CHRISTOPH LÜSCHER, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in jusletter vom 2. November 2009, Rz. 34).

Der sachlich relevante Markt umfasst in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog).

14.10.2 Unbestritten ist vorliegend der räumlich relevante Markt. Die Parteien gehen in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon aus, dass das Gebiet der Schweiz massgebend ist.

14.10.3 Der sachlich relevante Markt ist aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen, weshalb diese bei jeder Marktabgrenzung vorgängig zu bestimmen ist (HEIZMANN, a.a.O., Rz. 189). Mit dem Begriff

der Marktgegenseite ist die Gegenseite derjenigen Unternehmen gemeint, die angeblich marktbeherrschend sind (HEIZMANN, a.a.O., Rz. 280). Marktgegenseite bilden vorliegend daher die Fernmeldedienstanbieterinnen, die Nachfrager der Supplementary Services. Die WEKO differenziert praxisgemäss zwischen Retail- und Wholesalemärkten, wenn sich die Nachfrage in den beiden Bereichen bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet (Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003, RPW 2004/2, S. 428). Auf der Wholesale-Ebene fragen die Fernmeldedienstanbieter beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte wie die CPS nach. Basierend auf der CPS bieten die Fernmeldedienstanbieter sodann auf der Retail-Ebene den Endkunden Fernmeldedienste an.

14.10.4 Im vorliegenden Fall ist daher der Wholesale- vom Retailmarkt zu unterscheiden. Die Vorinstanz grenzt zu Recht den Wholesalemarkt für CPS-Dienstleistungen als sachlich relevanten Markt ab. Die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf einem so abgegrenzten Markt ist offenkundig und unbestritten.

Fraglich bleibt aber, ob – wiederum aus der Sicht der Marktgegenseite, d.h. der Wholesalekunden – der Markt der CPS weiter vom Markt für Supplementary Services zu unterscheiden ist. Die WEKO führte dazu aus, zwischen den Supplementary Services und der Grunddienstleistung CPS bestehe ein enger sachlicher Zusammenhang. Eine Nachfrage nach Supplementary Services sei nur im Zusammenhang mit dem Bezug von CPS denkbar. Es könne sich in gewissen Fällen rechtfertigen, die technische Unterstützung für ein bestimmtes Produkt nicht als eigenen sachlich relevanten Markt anzusehen, sondern die Marktabgrenzung hinsichtlich dieses bestimmten Produktes insgesamt (d.h. unter Einbezug von Hauptprodukt und technischer Unterstützung) vorzunehmen. Sie erachtet eine solche Gesamtbetrachtung im vorliegenden Fall als angebracht.

14.10.5 Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Systemmarktbetrachtung ausgegangen und habe aus dieser Betrachtungsweise zudem unzulässige Schlüsse für ihre Marktstellung gezogen. Ein Systemmarkt liege vor, wenn eine Haupt- und eine Nebenleistung gemeinsam angeboten und nachgefragt, so dass die Käufer die Gesamtkosten des Systems in Betracht ziehen würden. Aus einer Systemmarktbetrachtung könne aber nicht geschlossen werden, dass die Nebenleistung nur vom Anbieter der

Hauptleistung angeboten werde. Im vorliegenden Zusammenhang könnten aus einer Systemmarktbetrachtung keine Schlüsse gezogen werden.

14.10.6 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Systemmarktbetrachtung ausgegangen bzw. habe daraus falsche Schlüsse gezogen, haben für die vorliegend zu beurteilenden Fragen keine Relevanz. Die Vorinstanz hat ihre Haltung nicht mit einer Systemmarktbetrachtung begründet. Zwar verweist die WEKO in ihrem Gutachten auf eine Stelle in der Literatur, die sich zu Systemmärkten äussert. Sie zitiert daraus aber lediglich die – auch ausserhalb von Systemmärkten kaum zu bestreitende – Aussage, es könne sich in gewissen Fällen rechtfertigen, die technische Unterstützung für ein bestimmtes Produkt nicht als eigenen sachlich relevanten Markt anzusehen, sondern die Marktabgrenzung hinsichtlich dieses bestimmten Produkts insgesamt vorzunehmen.

Eine weitergehende Bezugnahme auf die Debatte über Systemmärkte erfolgte dagegen zu Recht nicht. Zwar geht es auch dabei um die Frage, unter welchen Umständen der Markt für ein mit einem Hauptprodukt (z.B. Autos) zusammenhängenden Sekundärprodukt (z.B. Ersatzteile für Autos eines bestimmten Typs) abzugrenzen ist. Als massgebend wird dabei aber betrachtet, ob sich der im Sekundärmarkt dominierende Anbieter unabhängig verhalten kann oder ob er gegebenenfalls seine Stellung auf dem Primärmarkt verschlechtern würde. Werden die Kaufentscheidungen der Kunden auf dem Primärmarkt durch die angebotenen Bedingungen auf dem Sekundärmarkt beeinflusst, wird der Anbieter im Sekundärmarkt durch den Wettbewerb auf dem Primärmarkt diszipliniert.

Eine solche Situation liegt im vorliegenden Fall nicht vor und wurde auch von keiner Seite geltend gemacht. Die Beschwerdeführerin ist im Primärmarkt unbestritten marktbeherrschend, während zu beurteilen ist, ob ein Sekundärmarkt für Supplementary Services abzugrenzen und die Beschwerdeführerin in diesem wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist. Auf die von der Beschwerdeführerin angesprochene Debatte über Systemmärkte ist daher nicht weiter einzugehen.

14.10.7 Die Vorinstanz hat auf die Abgrenzung eines eigenen Marktes verzichtet, da eine Nachfrage nach Supplementary Services nur bestehe, wenn auch die Hauptleistung CPS bezogen würde.

Diese Argumentation der Vorinstanz (und der WEKO) scheint nicht in allen Punkten überzeugend. Aus dem – unbestrittenen – Umstand, dass ohne Bezug von CPS keine Nachfrage nach Supplementary Services besteht, kann nicht von vornherein geschlossen werden, es bestehe kein eigener Markt für Supplementary Services. Auch wenn eine Unterstützungsleistung nur nachgefragt wird, wenn ein Hauptprodukt bezogen wird, kann – wie die Beschwerdeführerin anhand von Reparaturleistungen für Aufzüge und Fotoapparate aufzeigt – ein eigenständiger Markt für die Unterstützungsleistung bestehen.

Im vorliegenden Fall ist aber eine andere Überlegung ausschlaggebend. Die Zusatzleistungen basieren auf Daten, welche direkt nur der Beschwerdeführerin als Anbieterin der Hauptleistung zur Verfügung stehen. Sie sind sachlich derart eng mit der Abwicklung der Hauptleistung verknüpft, dass sie als dessen Nebenleistungen erscheinen. Dies deutet stark darauf hin, dass die Supplementary Services keinen eigenen Markt bilden.

14.11 Ob im vorliegenden Fall tatsächlich eine solche Abgrenzung eines spezifischen Marktes für Supplementary Services angezeigt ist, kann aber – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – ohnehin offen bleiben.

Die Beschwerdeführerin bestreitet ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Supplementary Services und macht geltend, die in diesem Rahmen gelieferten Daten könnten von der Beschwerdegegnerin (bzw. von dieser beauftragten Dritten) anhand der Daten, die ihr bei der Abwicklung der CPS übermittelt werden, und anhand eigener Abklärungen selbst beschafft werden.

Selbst wenn von einem speziellen Markt für Supplementary Services ausgegangen würde, ist aber – wie gezeigt – nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin in diesem Bereich ausgegangen ist. Die von dieser vorgeschlagene Alternative – Beschaffung und Aufbereitung der Daten durch die Beschwerdegegnerin oder Dritte anhand der CPS Daten – ist offensichtlich kein wirtschaftlich sinnvoller Ersatz. Zum einen wäre der bei der Beschwerdegegnerin anfallende Aufwand erheblich grösser als bei einer Datenaufbereitung durch die Beschwerdeführerin, anderseits wäre aufgrund der vorgeschlagenen individuellen Abklärungen mittels Kontrollanrufen die Fehleranfälligkeit deutlich höher. Der Verzicht auf die entsprechenden Daten erscheint als

einzige Alternative zum Bezug der Supplementary Services. Für eine wirtschaftliche und effiziente Bewirtschaftung der Kundendaten sind die Daten aber gerade für eine grössere FDA wie die Beschwerdegegnerin notwendig. Die Supplementary Services sind daher als nicht substituierbar zu betrachten.

14.12 Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, die Vorinstanz hätte die Frage der Marktbeherrschung nicht für die Supplementary Services insgesamt, sondern bezogen auf die einzelnen Dienstleistungen (z.B. Invoice Details for Activation and Relocation, Deactivation Notification, List of Activated Customers, Access Cancellation Notification, Customer Data Check, List of Taken over Access, Slamming Reconfiguration) beurteilen müssen. Die vorstehenden Ausführungen lassen sich indessen sinngemäss auf sämtliche der angebotenen Dienstleistungen übertragen. Zudem gebietet es sich, einzelne, eng zusammenhängende Teilmärkte aus Praktikabilitätsgründen zusammenzufassen um eine übermässige Atomisierung des relevanten Marktes zu vermeiden (AMGWERD, a.a.O., Rz. 200). Angesichts des engen Sachzusammenhangs scheint eine Gesamtbeurteilung vorliegend sachgerecht (BGE 132 II 257 E. 5.2).

14.13 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und den massgebenden Sachverhalt ungenügend abgeklärt, indem sie über die Frage der Marktbeherrschung nicht Beweis geführt habe. Die Beschwerdeführerin macht geltend, in diesem Punkt sei nicht sie, sondern die Vorinstanz beweisbelastet.

Zunächst ist dazu festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im CPS-Markt unbestrittenermassen als marktbeherrschend zu betrachten ist. Da die Supplementary Services eng mit der Hauptleistung CPS verknüpft sind und auf Daten basieren, die nur der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehen, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz sich darauf beschränkt hat, zu prüfen, ob die Supplementary Services durch eine andere Anbieterin oder durch Eigenleistungen der Kundinnen substituierbar sind. Welche weiteren Beweismassnahmen hätten vorgenommen werden müssen, ist nicht ersichtlich. Eine weitere Beweisführung erübrigte sich damit. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt demzufolge nicht vor.

14.14 Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Bereich der

Supplementary Services ausgegangen und war zur Festsetzung der entsprechenden Preise zuständig. Die Beschwerde erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

14.15 Weil bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin keine für die Rechtsfortbildung wesentlichen Fragen zu beantworten waren und auch keine Praxisänderung zur Diskussion stand, besteht kein innergerichtlicher Koordinationsbedarf (vgl. E.3.4.3).

15.
Die Beschwerde erweist sich somit als teilweise begründet. Die Verfügungen sind aufzuheben, soweit die Vorinstanz darin eine Drittwirkungsklausel aufgehoben (Ziff. 3 des TAL-Verfahrens und Ziff. 4 des KOL-Verfahrens) bzw. den Antrag auf Verfügung einer Drittwirkungsklausel abgewiesen (Ziff. 2 des Dispositivs des IC-Verfahrens) hat. Das IC-Verfahren ist zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Rahmen der Drittwirkungsklausel wird auch die Frage der Verzinsung von drittwirkungsbedingten Rückzahlungen zu regeln sein. Weiter ist Ziff. 7 der KOL-Verfügung aufzuheben, soweit darin die Beschwerdeführerin angewiesen wird, Bestimmungen aus Verträgen mit Dritten zu entfernen. Abzuweisen sind die Beschwerden dagegen, soweit die Aufhebung bzw. Anpassung des verfügten Zinssatzes für Rück- und Nachzahlungen, die Neufestsetzung des Preises für die erstmalige Implementierung der Nummernportierungsroutingnummer sowie die Aufhebung der verfügten Preise für Supplementary Services for Carrier Preselection beantragt wird.

16.
Bei diesem Verfahrensausgang gelten beide Parteien als teilweise unterliegend und haben die Verfahrenskosten anteilmässig zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Streitwert der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse 100 – 50'000 Franken (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Für eine Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht

und aus welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. Urteil A-109/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, zur Publikation vorgesehen als BVGE 2009/35 E. 12; BEAT RUDIN, in Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51 N 12). Bei Beschwerden gegen Teilentscheide bzw. gegen Zwischenentscheide richtet sich der Streitwert nach den gesamten Begehren, die vor der Instanz streitig waren, welche den Teilentscheid getroffen hat, bzw. nach den Begehren, die vor der Instanz streitig sind, wo die Hauptsache hängig ist (vgl. RUDIN, a.a.O., Art. 51 N 26 und N 30).

Vorliegend ist von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse und einem Streitwert von deutlich über 1 Million Franken auszugehen (Rück- und Nachforderungen, Verzinsung). Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Entscheid drei Beschwerdeverfahren betrifft. Die Verfahrenskosten sind anhand der oben genannten Kriterien (u.a. Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels) auf insgesamt Fr. 30'000.- festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE).

Dieser Betrag ist zu zwei Dritteln der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Der Restbetrag des geleisteten Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 10'000.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Die Beschwerdegegnerin hat im Rahmen ihres Unterliegens anteilmässig die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- zu tragen.

17.
Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Vorliegend sind sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als teilweise obsiegend zu betrachten. Da sie ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut haben und nicht durch externe Anwälte vertreten sind, stehen ihnen jedoch keine Parteientschädigungen zu (Art. 8 ff. VGKE, speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4).

18.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden

(Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerden werden teilweise gutgeheissen.

1.1 Ziff. 2 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen der Interkonnektion (LRIC 2004 ff.) wird aufgehoben und die Angelegenheit zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurückgewiesen.

1.2 Ziff. 3 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend den vollständig entbündelten Zugang wird aufgehoben.

1.3
1.3.1 Ziff. 4 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen der Kollokation wird aufgehoben.

1.3.2 Ziff. 7 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen der Kollokation wird aufgehoben und durch die folgende Formulierung ersetzt:

„Die Klauseln 5.8, 5.11, 5.13 und 5.14 des Standardvertrages Kollokation werden nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag betreffend Kollokation aufgenommen."

2.
Im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen, soweit sie nicht als durch Beschwerderückzug gegenstandslos geworden abgeschrieben werden.

3.
3.1 Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 30'000.- festgesetzt und zu zwei Dritteln der Beschwerdeführerin und zu einem Drittel der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.2 Der auf die Beschwerdeführerin entfallende Betrag von Fr. 20'000.-- wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 30'000.- verrechnet. Der Restbetrag wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.3 Der auf die Beschwerdegegnerin entfallende Betrag von Fr. 10'000.-- ist innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden

Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

4.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 367-19 / AZ 330.7; Einschreiben)
- die WEKO

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Beat Forster	Simon Müller

Versand: