



Eidgenössische  
Kommunikations-  
Kommission

Commission  
fédérale  
de la communication

Commissione  
federale  
delle comunicazioni

Cumissiu  
federala  
da comunicaziun

Federal  
Communications  
Commission

---

## **Interkonnektion (Mobilterminierung der Swisscom) / Zuständigkeit und Anordnung von vorsorglichen Mass- nahmen**

### **Entscheid der Eidg. Kommunikationskommission**

**vom 3. April 2001**

**Bemerkung:** Das Bundesgericht hat diese Verfügung mit Entscheid vom 24. Juli 2001 aufgehoben.

**Remarque:** Le Tribunal fédéral a annulé cette décision par un jugement du 24 juillet 2001.

(...)

## II. Formelles

### 1. Fragestellung

Die Gesuchsgegnerin stellt den Antrag, auf das Gesuch der Gesuchstellerin sei nicht einzutreten, da die ComCom nicht zuständig und die Voraussetzung der dreimonatigen Verhandlungsfrist nicht eingehalten worden sei.

Die Verwaltungsbehörden sind verpflichtet, ihre Zuständigkeit in sachlicher, örtlicher und funktioneller Hinsicht von Amtes wegen zu prüfen (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren [VwVG]). Ist die Zuständigkeit der Behörde von einer der Parteien bestritten, so fällt die Behörde einen Zwischenentscheid. Erachtet sich die Behörde für zuständig, stellt sie dies durch Verfügung fest, andernfalls tritt sie durch Verfügung auf die Sache nicht ein (Art. 9 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 2 Bst. a VwVG).

Falls sich die Parteien nicht vertraglich über die Interkonnektionsbedingungen einigen können, verfügt die ComCom auf Gesuch einer Partei diese Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen (Art. 11 Abs. 3 FMG). Demgegenüber ist für Streitigkeiten aus Interkonnektionsvereinbarungen gestützt auf Art. 11 Abs. 4 FMG der Zivilrichter zuständig. In formeller Hinsicht ist also in einem ersten Schritt zu prüfen, ob über die von der Gesuchstellerin gestellten Rechtsbegehren zwischen den Parteien bereits eine vertragliche Einigung besteht.

Wenn kein entsprechender Interkonnektionsvertrag besteht, setzt ein Entscheid der ComCom überdies voraus, dass die Parteien vorgängig während drei Monaten miteinander verhandelt haben (Art. 11 Abs. 3 FMG).

## 2. Sachliche Zuständigkeit

### 2.1 Der Streitgegenstand

Strittig sind grundsätzlich die Preise von Mobilterminierungsdiensten, welche die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin erbringt. In ihrem Gesuch verlangt die Gesuchstellerin, dass die Gesuchsgegnerin verpflichtet werde, der Gesuchstellerin ihre Mobilterminierungsdienste zu 22% tieferen Preisen zu erbringen, als die von der zuständigen Behörde für die entsprechenden spiegelbildlichen Mobilterminierungsdienste der Gesuchstellerin im andern Mobilterminierungsverfahren zwischen den Parteien (Gesuch vom 26. Oktober 1998, nachfolgend „diAx mobile vs. Swisscom“) zu verfügenden Preise. Unter diesen Mobilterminierungsdiensten versteht die Gesuchstellerin einerseits den ordentlichen Mobilterminierungsdienst von Gesprächen, die sie von ihrem Netz an die Gesuchsgegnerin übergibt. Sie geht davon aus, dass dieser Dienst sowohl die Terminierung von im Inland als auch im Ausland generierten Gesprächen umfasst. Andererseits verlangt die Gesuchstellerin die erwähnten Preisbedingungen für den Terminierungsdienst auf ihre 0800-Nummern. Beim Dienst der Gesuchsgegnerin „Swisscom Transit to diAx 0800 Access Service (from Fixed Line and Mobile PTS, including Swisscom Mobile)“ ruft ein Mobilfunkkunde der Gesuchsgegnerin eine 0800-Nummer an, die von einem Kunden der Gesuchstellerin betrieben wird. Da das Gespräch für den Kunden der Gesuchsgegnerin unentgeltlich ist, diese aber die Aufwendungen für die Generierung und Weiterleitung dieses Gesprächs von einem Mobiltelefon hat, hat die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin dafür zu entschädigen. Die Gesuchstellerin ihrerseits kann den Aufwand dem Betreiber der 0800-Nummer in Rechnung stellen.

Bei beiden Diensten geht es um genau den gleichen Ablauf und auch gleiche damit verbundene Aufwendungen, nur einmal vom Netz der Gesuchstellerin zu demjenigen der Gesuchsgegnerin („Swisscom Transit Access Service [to Fixed Line and Mobile PTS, including

Swisscom Mobile]“) und einmal umgekehrt („Swisscom Transit to diAx 0800 Access Service [from Fixed Line and Mobile PTS, including Swisscom Mobile]“). In beiden Fällen ist es aber die Gesuchstellerin, welche die Gesuchsgegnerin entschädigen muss.

Umstritten ist zudem, ob der „Swisscom Transit Access Service“ auch die Terminierung von international generierten Gesprächen mitumfasst.

## **2.2 Der Interkonkonnktionsvertrag vom 9./23. April 1998**

### **2.2.1 „Swisscom Transit Access Service“ und „Swisscom Transit to diAx 0800 Access Service“**

(...) Um die gesetzliche Interoperabilitätspflicht zu erfüllen, musste die Gesuchstellerin diese Dienste bestellen. Die Bestellung selber darf im vorliegenden Fall – wie sich aus dem Zusammenhang ergibt – jedoch nicht als Einverständnis mit den Preisen verstanden werden. Zudem sind diese verglichen mit der mit Vorbehalt akzeptierten Offerte unverändert geblieben. Es ging nur um eine Anpassung der Dienste, nachdem Orange in den Markt eingetreten war. Die Gesuchsgegnerin durfte deshalb nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass die Gesuchstellerin den Vorbehalt nun plötzlich fallengelassen habe. Damit bestand aber auch zu diesem Zeitpunkt noch keine Einigung über die Preise für die beiden strittigen Dienste.

### **2.2.2 Mobilterminierung von international generierten Anrufen**

(...) Auf Grund ihrer Interoperabilitätsverpflichtung muss die Gesuchsgegnerin u.a. die Terminierung aller Dienste der Grundversorgung anbieten (Art. 11 Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 37 Bst. a und Art. 32 Bst. a FDV). Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, woher ein Anruf kommt, sei es aus dem In- oder aus dem Ausland. Das Argument der Gesuchsgegnerin, dass die Regelung der Terminierung von international generierten Gesprächen auf dem Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin einen neuen Dienst erfordere, über den vorerst Verhandlungen geführt werden müssten, ist nicht nachvollziehbar, findet sich doch im Standardangebot der Gesuchsgegnerin kein einziger Dienst, der eine Unterscheidung auf Grund der Herkunft des Anrufes machen würde. Der Terminierung von ausländischen Gesprächen kommt jedoch eine grosse Bedeutung zu, so dass ein entsprechender Dienst sicher im Standardangebot aufgeführt wäre. Dies ist nicht der Fall und somit werden auch ausländische Gespräche vom fraglichen Dienst abgedeckt.

### **2.2.3 Vertraglich vereinbarte Zuständigkeit**

Die Gesuchsgegnerin weist in ihrer Stellungnahme vom 23. Oktober 2000 darauf hin, dass der Vertrag zwischen den Parteien in Ziffer 12.5 selbst eine Regelung vorsehe, die für den Fall einer fehlenden Einigung bis zum Zeitpunkt des Entscheides der zuständigen Behörde gelte:

„Die Parteien sind berechtigt, Anpassungen der Preise für eine oder mehrere Dienstleistungen unter Einhaltung einer dreimonatigen Mitteilungsfrist jeweils per 30. Juni und 31. Dezember (Anpassungstermin) zu verlangen. Die die Anpassungen der Preise verlangende Partei kann der zuständigen Behörde entsprechend Mitteilung erstatten. Sollte bezüglich der Dienstleistungen auf den Zeitpunkt des Anpassungstermins hin weder eine Einigung erzielt worden sein noch ein Entscheid der zuständigen Behörde vorliegen, so werden die Dienstleistungen provisorisch zu den bisherigen Preisen erbracht.“

Bei dieser Vertragsbestimmung handelt es sich um eine Art übergangsrechtliche Bestimmung, welche das Rechtsverhältnis zwischen dem Zeitpunkt regelt, in welchem dem BAKOM eine Meinungsverschiedenheit über die von einer Partei verlangten Anpassung von Interkonkonnktionspreisen angezeigt worden ist und dem Entscheid der ComCom. Bei diesem Entscheid kann es sich vom Wortlaut her um einen Zwischen- oder einen Endentscheid handeln. Wäre nur der Endentscheid gemeint, hätte dies zur Folge, dass gar keine superproviso-

rischen oder vorsorglichen Massnahmen mehr verlangt werden könnten. Ein derart einschneidender Rechtsverzicht kann nicht im Sinne der Parteien gewesen sein.

Aus dieser vertraglichen Regelung kann nun aber nicht einfach abgeleitet werden, dass die ComCom in diesem Verfahren nicht zuständig sei, weil sich die Parteien über die Preisgestaltung während den Neuverhandlungen geeinigt hätten. Im vorliegenden Fall haben sich die Parteien eben gerade nicht über die Preise geeinigt, weshalb die ComCom von der Gesuchstellerin angerufen wurde und die hängige Interkonnectionsstreitigkeit entscheiden muss. Die interimistische Regelung der provisorisch bis zu einem Entscheid der ComCom zu bezahlenden Preise hat keinen Einfluss auf die Zuständigkeit der ComCom hinsichtlich der Preisfestsetzung für die umstrittenen Interkonnectionsdienstleistungen.

Die Gesuchstellerin beantragt allerdings, dass die verlangten Preise rückwirkend auf den 1. Januar 1999 festgelegt werden. (...)

Da wie oben gezeigt hinsichtlich der für die Zeit zwischen dem Preisanpassungsbegehren einer Partei und dem Entscheid der ComCom zu bezahlenden provisorischen Preise eine vertragliche Regelung besteht, welche von keiner der Parteien in Zweifel gezogen worden ist, fehlt es diesbezüglich an der Zuständigkeit der ComCom. Auf das Rückwirkungsbegehren der Gesuchstellerin wird daher nicht eingetreten.

### 2.3 Fazit

Damit ist offensichtlich, dass zwar einerseits ein Interkonnectionsvertrag zwischen den Parteien besteht, dass aber andererseits keine Einigung über die Preise der beiden Dienste „Swisscom Transit to diAx 0800 Access Service“ und „Swisscom Transit Access Service to Swisscom Mobile“ besteht. Die Gesuchsgegnerin hat mit Schreiben vom 30. September 1998 eine Anpassung der Preise und somit Neuverhandlungen i.S. von Art. 11 Abs. 3 FMG verlangt. Seither sind diese Preise bis heute strittig geblieben, zumal sie die Gesuchstellerin auch nie vorbehaltlos akzeptiert hat. Es handelte sich nicht etwa um eine Anwendungs- oder Auslegungsfrage des vorbestehenden Interkonnectionsvertrages. Es spielt keine Rolle, ob der ganze Vertrag neu ausgehandelt wird oder aber nur derjenige Teil, der die Interkonnectionspreise betrifft. Denn auch wenn lediglich einzelne Preise strittig sind, was vorliegend der Fall ist, und der Rest unverändert weiter bestehen soll, so handelt es sich nicht um eine Auslegung der vertraglich vereinbarten Interkonnectionspreise, sondern um deren Neuverhandlung.

Was die Preise für die Terminierung von international generierten Gesprächen betrifft, so hat die Gesuchstellerin diese am 16. Februar 2000 zur Verhandlung gestellt. Sie hat damals angekündigt, dass sie ab dem 1. März 2000 nur noch 15 Rappen vergüten werde, da sie von der Gesuchsgegnerin gestützt auf die ComCom-Verfügung vom 29. April 1999 (i.S. diAx mobile vs. Swisscom) ebenfalls nur 15 Rappen erhalte. Es besteht damit gegenwärtig keine Vereinbarung über die strittigen Preise.

Was die von der Gesuchstellerin geforderte Rückwirkung der Preisfestlegung durch die ComCom anbelangt, so kann auf diesen Antrag nicht eingetreten werden, da für die Zeit zwischen dem Preisanpassungsbegehren der Gesuchstellerin und dem Entscheid der ComCom zu bezahlenden provisorischen Preise eine vertragliche Regelung besteht. Diesbezüglich fehlt es somit an der Zuständigkeit der ComCom.

### 3. Verhandlungsfrist gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG

Für die vertragliche Ausgestaltung ihrer Interkonnectionsbeziehung gilt zwischen den Parteien grundsätzlich das Verhandlungsprimat. Die ComCom schreitet dann ein, wenn zwischen den Parteien innert drei Monaten nach Verhandlungsaufnahme keine Einigung zustande

kommt und eine Partei ein Gesuch um Erlass einer Interkonnectionsverfügung bzw. von vorsorglichen Massnahmen einreicht (Art. 11 Abs. 3 FMG).

Wie gesehen besteht für die strittigen Preise keine Einigung. Was den „Swisscom Transit to diAx 0800 Access Service“ und die Terminierung von national generierten Gesprächen im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin betrifft, wurden die Preise von der Gesuchsgegnerin am 30. September 1998 zur Diskussion gestellt. Soweit die Terminierung von international generierten Anrufen im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin in Frage steht, verlangte die Gesuchstellerin am 16. Februar 2000 eine neue Regelung. Damit ist in beiden Fällen die Voraussetzung der dreimonatigen Verhandlungsfrist erfüllt.

4. (...)

5. (...)

## 6. Fazit

Die dreimonatige Verhandlungsfrist ist klar eingehalten und die ComCom ist für die beantragte Preisfestsetzung zuständig. In Folge dessen kann direkt über die beantragten vorsorglichen Massnahmen befunden werden, eine Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Zuständigkeit der ComCom erübrigt sich.

Nicht eingetreten wird demgegenüber auf den Rückwirkungsantrag der Gesuchstellerin.

## III. Materielles

### 1. Fernmeldedienstanbieterinnen

Interkonnectionsberechtigt nach Art. 11 FMG sind alle konzessions- und meldepflichtigen Anbieterinnen von Fernmeldediensten sowie Anbieterinnen internationaler Fernmeldedienste (Art. 4 FMG i.V. Art. 31 FDV).

Eine Fernmeldedienstanbieterin ist eine natürliche oder juristische Person, welche Informationen für Dritte fernmeldetechnisch selber überträgt oder übertragen lässt und diesen Dritten gegenüber im Rahmen eines Vertragsverhältnisses die Verantwortung für die Erbringung der versprochenen Dienstleistung übernimmt (vgl. Art. 3 Bst. a – c FMG). Dass es sich bei den beiden Parteien um Fernmeldedienstanbieterinnen handelt, ist unbestritten.

### 2. Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen

#### 2.1 Grundsatz

Mit dem Erlass von vorsorglichen Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Die Voraussetzungen für den Erlass einer solchen provisorischen Anordnung sind, dass (1) die Gesuchstellerin eine günstige Erfolgsprognose in der Hauptsache glaubhaft macht, dass (2) der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, dass (3) die anzuordnenden Massnahmen dringend und (4) verhältnismässig sind (vgl. Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997, II, S. 322 ff.). Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfolgt in einem summarischen Verfahren, welches sich auf die vorhandenen Akten stützt.

## 2.2 Erfolgsprognose

### 2.2.1 Grundsatz

Im Rahmen der Erfolgsprognose wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die von der Gesuchstellerin für die vorsorglichen Massnahmen gestellten Anträge durch den später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (Közl/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Rz. 146).

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 29 ff. FDV müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren. Wer Dienste der Grundversorgung nach Art. 16 FMG anbietet, muss gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 37 FDV die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen und ist auch zur Interkonnektion verpflichtet, wenn sie keine marktbeherrschende Stellung hat und nicht Grundversorgungskonzessionärin ist.

### 2.2.2 Die Interkonnektionspflicht

Bei den Grundversorgungsdiensten handelt es sich gemäss Art. 16 Abs. 1 Bst. a FMG u.a. um den öffentlichen Telefondienst, nämlich die fernmeldetechnische Übertragung von Daten mit Datenraten, wie sie über die Übertragungswege für Sprache geleitet werden können. Art. 15 Abs. 1 Bst. a FDV präzisiert, dass es sich beim Grundversorgungsdienst um Sprachübertragung in Echtzeit und um Datenübertragung mit (niedriger) Übertragungsrate über den Sprachkanal oder einen digitalen Kanal handelt.

Die beiden strittigen Interkonnektionsdienste sind zur Gewährleistung der Interoperabilität von Fernmeldediensten der Grundversorgung erforderlich, so dass gestützt auf Art. 11 Abs. 2 FMG eine Verpflichtung zur Interkonnektion besteht. In Bezug auf den „Swisscom Transit to diAx 0800 Access Service“ und den „Swisscom Transit Access Service“, soweit er die Terminierung von national generierten Gesprächen umfasst, steht die Verpflichtung als solche nicht in Frage, sondern einzig die Bedingungen, zu denen diese Interkonnektion gewährt werden muss. Betreffend die Terminierung von international generierten Gesprächen im Mobilfunknetz jedoch verneint die Gesuchsgegnerin eine Interkonnektionspflicht.

Für die Terminierung von internationalen Gesprächen zahlt die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin 15 Rappen pro Minute.

(...) Um ihrer Interoperabilitätsverpflichtung nachzukommen, muss sie alle Gespräche, die ihr von der Gesuchstellerin übergeben werden, übernehmen und zwar unabhängig davon, ob diese im Inland oder im Ausland generiert worden sind. In der Dienstbeschreibung des „Swisscom Transit Access Service to Swisscom Mobile“ wird denn auch keine Einschränkung dahingehend gemacht, dass dieser nur für im Inland hergestellte Gespräche zur Verfügung stehen soll. Bezeichnenderweise macht die Gesuchsgegnerin denn auch in ihrem Basisangebot keine derartige Unterscheidung. Dass die Gesuchstellerin selber bisher keine derartigen Verbindungen an die Gesuchsgegnerin hat weiterleiten wollen, liegt wohl daran, dass sie bisher keine konkurrenzfähigen Preise anbieten konnte und die ausländischen Anbieterinnen von den günstigen Konditionen der Gesuchsgegnerin profitierten, die ihrerseits internationale Gespräche zu 15 Rappen pro Minute zur Mobilterminierung an die Gesuchstellerin übergeben konnte.

### 2.2.3 Die Preisfestsetzung

(...) Mit Ausnahme der Terminierung von international generierten Gesprächen im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin wird die Interkonnektionspflicht von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten. Wie eben unter 2.2.2 festgestellt besteht eine Interkonnektionspflicht auch bezüglich der Terminierung der international generierten Gesprächen im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin. Es ist mithin ohne Weiteres ersichtlich, dass, sollten die Parteien weiterhin keine Lösung finden, die ComCom in der Hauptsache über die beantragten Preise wird ver-

fügen müssen. Für die grundsätzliche Festlegung von Preisen besteht somit eine günstige Erfolgsprognose.

#### **2.2.4 Der Antrag der Gesuchstellerin auf 22% tiefere Preise als sie die Gesuchsgegnerin bezahlen muss**

Die Gesuchstellerin will aber Preise, die 22% tiefer liegen, als diejenigen, die von der ComCom für die entsprechenden spiegelbildlichen Mobilterminierungsdienste im Interkonnektionsverfahren diAx mobile vs. Swisscom (angehoben mit Gesuch vom 26.10.1998) verfügt werden.

Im europäischen Ausland kennt man zwei Lösungen. Es gibt einerseits Länder, die eine Preisunterscheidung machen, abhängig davon, ob es sich bei einer Fernmeldedienstanbieterin um eine ehemalige Monopolistin oder einen Marktneuling handelt. Es gibt aber andererseits auch Länder, in denen keine oder nur marginale Unterscheidungen gemacht werden. Unterschiede lassen sich bis zu einer Grösse von 22% finden, wobei es sich dabei um den mit Abstand grössten Wert handelt (OVUM, Quaterly Update, 4 October 2000). Im Durchschnitt können Marktneulinge von einer Unterscheidung zu ihren Gunsten von weniger als 10% profitieren.

Die Tatsache, dass ein Unternehmen neu auf dem Markt ist, hat auf Seite der Investitionen sicher Nachteile zur Folge, z.B. indem die Aufwendungen in wenigen Jahren amortisiert werden müssen. Andererseits aber sind die Preise für die notwendigen Infrastrukturen in der Vergangenheit gesunken, so dass derjenige, der später in den Markt eintritt, hier gewisse Einsparungen machen kann.

Ebenso hat der Marktneuling insofern einen Vorteil, als dass die ehemalige Monopolistin als erste ein Netz aufbauen musste und nicht auf Erfahrungswerte abstellen konnte. Der Marktneuling jedoch kann von den Erfahrungen des andern profitieren, beim Netzaufbau bspw. vom anderen begangene Fehler vermeiden und daraus Einsparungen erzielen.

#### **2.2.5 Fazit**

Ob und allenfalls in welcher Höhe im Endentscheid eine Unterscheidung bei den von den Parteien zu bezahlenden Preisen gemacht werden wird, kann hier offen bleiben. Sollte überhaupt eine Unterscheidung getroffen werden, so dürfte mit Blick auf die europäischen Vergleichswerte mit einer Reduktion von wahrscheinlich deutlich weniger als 22% zu rechnen sein.

Angesichts des Rechtsbegehrens der Gesuchstellerin, das klar auf eine Reduktion von 22% abzielt, stellt sich die Frage, ob die ComCom einen Preis festlegen kann, der einer Reduktion von weniger als 22% entspricht, oder ob diesfalls das Begehren als Ganzes abzuweisen ist. Das Interkonnektionsverfahren ist ein atypisches Verwaltungsverfahren. Die Interkonnektionsregelung im FMG statuiert das Verhandlungsprimat und geht vom Grundsatz der Subsidiarität des Verfahrens vor der ComCom aus. Es handelt sich um ein Verfahren zwischen zwei Parteien, das einen privatrechtlichen Vertrag zum Gegenstand hat. Damit wird die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes mehrheitlich in die Hände der Parteien gelegt. Das entspricht denn auch der Dispositionsmaxime, gemäss der die gesuchstellende Partei durch ihre Anträge den Streitgegenstand bestimmen kann und die Behörden an diese Anträge gebunden sind (Kölz/Häner, a.a.O., S. 125). Die urteilende Behörde ist an die Rechtsbegehren der Parteien in dem Sinne gebunden, als dass sie nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als die Gesuchstellerin in ihrem Rechtsbegehren verlangt. Sie darf aber auch nicht weniger zusprechen, als die Gegenpartei anerkennt (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 203f). In diesem Rahmen weniger zuzusprechen ist demzufolge möglich. Das entspricht denn auch der Lösung, die im Zivilprozess üblich ist. Hier substantiiert die klagende Partei ihr Begehren, begrenzt dadurch in der Höhe ihre Forderung, aber der urteilenden Behörde steht die Möglichkeit offen, die Klage teilweise gutzuheissen und weniger als verlangt zuzusprechen.

Vorliegend geht es der Gesuchstellerin vor allem darum, dass überhaupt Preise festgelegt werden, um die strittigen Fragen einer Lösung zuzuführen. Bei der Forderung nach einer Festlegung von Preisen, die 22% tiefer sind als jene der spiegelbildlichen Mobilterminierungsdienste der Gesuchsgegnerin, die im anderen (durch Gesuch vom 26. Oktober 1998 anhängig gemachten) Interkonkurrenzverfahren durch die ComCom festgelegt werden, handelt es sich um eine Substanziierung dieser Forderung. Gemäss den Berechnungen der Gesuchstellerin entspricht diese Reduktion von 22% den markt- und branchenüblichen Bedingungen, gemäss denen die ComCom zu entscheiden hat (Art. 11 Abs. 3 FMG). Ausfluss der Offizialmaxime ist, dass die ComCom ihrerseits selber zu entscheiden hat, welche Bedingungen tatsächlich markt- und branchenüblich sind. Damit kann sie ohne weiteres auch weniger zusprechen und dem Gesuch nur teilweise stattgeben, indem sie Preise festlegt, wenn auch nicht in dem verlangten Umfang.

Soweit die Gesuchstellerin für sich Preise verlangt, die 22% tiefer sind als diejenigen, die die Gesuchsgegnerin für den spiegelbildlichen Dienst der Gesuchstellerin bezahlen muss, kann keine günstige Erfolgsprognose gestellt werden. Die Gesuchstellerin hat die 22% tieferen Preise selektiv mit Angeboten aus sechs Ländern ermittelt. Erweitert man die Stichproben auf sämtliche westeuropäischen Länder, dürfte der Unterschied zwischen den Angaben von ehemaligen Monopolistinnen und Marktneulingen deutlich geringer sein. Ganz abgesehen davon geht aus dem Preisvergleich unten unter Ziffer 2.3 hervor, dass zwischen den von den Parteien gegenwärtig auf provisorischer Basis bezahlten Preisen eine Differenz von sogar mehr als 10% besteht. Da aber die Interkonkurrenzverpflichtung als solche nicht in Frage steht und da ebensowenig bestritten ist, dass Preise verfügt werden müssen und einzig deren Höhe offen ist, kann ohne Weiteres eine positive Erfolgsprognose gestellt werden.

### 2.3 Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

Bei der Frage nach dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil ist zu prüfen, ob bei einem Zuwarten mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahme der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

(...) Wie unter Ziffer II/2.2 gezeigt, besteht gegenwärtig eine provisorische Preisregelung zwischen den Parteien. Im Rahmen ihrer Verhandlungen teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin am 23. September 1998 mit, dass die Preise gleich bleiben würden, wie sie im Interkonkurrenzvertrag zwischen ihnen bereits geregelt seien. Am 3. November 1998 hat die Gesuchstellerin erklärt, sie werde diese Preise vorläufig unter Vorbehalt der Rückforderung von zuviel Bezahltem akzeptieren.

In der Interkonkurrenzvereinbarung vom 9./23. April 1998 wurden folgende Preise vereinbart:

Tabelle 1: Terminierung auf dem Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin

	Peak	Off peak
Nat. term.	53.32	35.55
Int. Term.	Keine Regelung	Keine Regelung
0800 <sup>1</sup>	54.75	36.50

Die Gesuchsgegnerin wurde von der ComCom mit Verfügung vom 29. April 1999 mittels vorsorglicher Massnahme u.a. zur Zahlung folgender Preise verpflichtet:

Tabelle 2: Terminierung auf dem Mobilfunknetz der Gesuchstellerin

---

<sup>1</sup> Originierung im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin

	Peak	Off peak
Nat. term.	48.70	32.50
Int. Term.	15	15
0800 <sup>2</sup>	48.08	32.05

Seit dem Abschluss der Interkonktionsvereinbarung vom 9./23. April 1998 hat die Gesuchsgegnerin Preisänderungen verlangt und auf Grund der neuen „3<sup>rd</sup> party Costs for Transit Services to / from Mobile Providers“, die für die Gesuchstellerin ab dem 1. Oktober 2000 (Basisangebot der Gesuchsgegnerin, Preise Version 4.81) zur Anwendung kommen, werden heute folgende Preise vergütet:

Tabelle 3: Terminierung im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin

	Peak	Off peak
Nat. Term.	42.56	28.37
Int. Term.	Keine Regelung	Keine Regelung
0800 <sup>3</sup>	42.56	28.37

Vergleicht man die Tabellen 1 und 3, so stellt man fest, dass die Preise für die Terminierung im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin in den letzten 2½ Jahren gesunken sind. Stellt man diejenigen Preise für die Terminierung national generierter Gespräche im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin, die seit dem 1. Oktober 2000 provisorisch und somit mit Ausnahme des ersten Monates für die gesamte Verfahrensdauer zur Anwendung gelangen, denjenigen aus Tabelle 2 (Terminierungspreise im Mobilfunknetz der Gesuchstellerin) gegenüber, zeigt sich, dass diejenigen Preise, welche die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin bezahlt, tiefer sind als umgekehrt. Da die Preise, die sie der Gesuchsgegnerin zahlen muss, tiefer sind als die Entgelte, die sie erhält, sind keine nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteilen zu befürchten. Vielmehr kann die Gesuchstellerin von einer Differenz zu ihren Gunsten profitieren. Für Anrufe aus dem Mobilfunknetz der Gesuchstellerin auf 0800-Nummern der Gesuchsgegnerin gilt analog zu den nationalen Terminierungspreisen im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin dieselbe Begründung. Wie dies der Vergleich zwischen Tabelle 1 und 3 ebenfalls zeigt, bezahlt die Gesuchstellerin tiefere Preise als es umgekehrt der Fall ist, so dass auch bei diesem Dienst der Gesuchstellerin keine nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile drohen.

Für die Terminierung von internationalen Gesprächen zahlt die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin 15 Rappen pro Minute. Dass entgegen der Behauptung der Gesuchsgegnerin eine Interkonktionspflicht besteht, wurde unter Ziffer II/2.2.2 und III/2.2.2 festgestellt. Bisher war es der Gesuchstellerin verwehrt, die Terminierung auf dem Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin von international generierten Gesprächen zu konkurrenzfähigen Preisen anbieten zu können. Sie musste die Gesuchsgegnerin – unabhängig davon, wo der Verkehr generiert wurde – zu einem einheitlichen Tarif entschädigen, der ein Mehrfaches desjenigen Preises ausmachte, den die Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin für die Terminierung von international generierten Gesprächen im eigenen Mobilfunknetz erhielt (15 Rappen). Die Gesuchsgegnerin konnte deshalb internationalen Fernmeldediensteanbieterinnen die Terminie-

<sup>2</sup> Originierung im Mobilfunknetz der Gesuchstellerin

<sup>3</sup> Originierung im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin

rung auf schweizerischen Mobilfunknetzen zu viel besseren Konditionen anbieten als die Gesuchstellerin.

Dieser Umstand erschwert die Situation der Gesuchstellerin auf dem Markt für die Terminierung von internationalen Gesprächen auf Schweizer Mobilfunknetzen beträchtlich. Wie schon mehrfach festgestellt (vgl. u.a. ComCom-Entscheid vom 29. April 1999 i.S. diAx mobile vs. Swisscom, S. 15 f.), kommt dem Zeitfaktor für die Positionierung im liberalisierten schweizerischen Telekom-Markt eine wichtige Funktion zu. Je später der Eintritt in den Markt erfolgt, desto grösser werden die Marktanteile sein, die von der Konkurrenz besetzt werden, und desto schwieriger wird es, diese zurückzugewinnen. Durch die Feststellung der Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Übernahme von international generierten Gesprächen von der Gesuchstellerin und die provisorische Festlegung von Preisen wird die Grundlage geschaffen, damit die Gesuchstellerin bereits für die Dauer des Verfahrens potentiellen Partnern im Ausland konkurrenzfähige Angebote machen und in diesem Markt aktiv werden kann.

Fazit: Die vorausgesetzte Qualität für die drohenden Nachteile besteht weder für die nationalen Mobilterminierungsdienste auf dem Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin noch für die Terminierung auf 0800-Nummern auf dem Mobilfunknetz der Gesuchstellerin. Sie besteht jedoch für die Mobilterminierungsdienste, soweit sie die internationalen Gespräche betrifft, da dafür gar keine Regelung herrscht und ohne provisorische Verfügung die Gefahr bestehen würde, dass der Gesuchstellerin nicht leicht wiedergutmachende Nachteile erwachsen würden. Soweit weitergehend sind die möglichen Nachteile aber nicht gewichtig genug, um den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zu rechtfertigen. Auf Grund der gegenwärtig bestehenden provisorischen Lösung sind mit Ausnahme der Terminierung von international generierten Gesprächen keine nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteile zu befürchten. Demnach wird sowohl für die nationalen Mobilterminierungsdienste als auch für die Terminierung auf 0800-Nummern der Erlass von vorsorglichen Massnahmen abgewiesen. Nachfolgend werden somit nur noch die weiteren Voraussetzungen für die internationalen Mobilterminierungsdienste geprüft.

## 2.4 Dringlichkeit

Dringlichkeit liegt dann vor, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

(...) Wie bereits aus den Erwägungen betreffend die nicht wiedergutzumachenden Nachteile hervorgeht, ist das Eintreten dieser Nachteile ohne Erlass vorsorglicher Massnahmen schon vor Erlass einer Endverfügung zu befürchten. Solange die Gesuchstellerin keine reelle Chance hat, international eingehende Anrufe auf dem Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin terminieren zu lassen, verliert sie einerseits die Möglichkeit, in diesem Bereich Geld zu verdienen, vor allem aber geht ihr, je länger es ihr verwehrt ist, ausländischen Anbieterinnen interessante Konditionen anzubieten, die Möglichkeit verloren, Marktanteile zu gewinnen.

(...) Dass einer Gesuchstellerin im Interkonkurrenzverfahren bei Gutheissung ihres Gesuches auf Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Zeitspanne bis zu einem rechtskräftigen Endentscheid gegenüber ihren Konkurrenten ein Vorteil zukommt, ist systemimmanent. Insofern kann im Fall einer Gutheissung des Gesuchs um Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht von einer ungerechtfertigten Besserstellung der Gesuchstellerin gesprochen werden, hat sie doch im Vergleich zu ihren Mitkonkurrentinnen auch das Prozessrisiko zu tragen. Auch die mit einer gutheissenden Verfügung möglicherweise zu gewärtigende "Klageflut" von weiteren Konkurrentinnen der Gesuchsgegnerin ist systemimmanent. Die Gesuchstellerin ist – wie in Ziffer III/2.3 festgehalten – darauf angewiesen, ausländischen Fernmeldediensteanbieterinnen die Terminierung von international generierten Gesprächen auf dem Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin zu konkurrenzfähigen Bedingungen anbieten zu können. Im Unterschied zu dieser kann die Gesuchstellerin zum heutigen Zeitpunkt keine für potenzielle ausländische Vertragspartnerinnen interessante Mobilterminierungsdienste im

Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin anbieten. Es geht vorliegend also darum, der Gesuchstellerin bei der Mobilterminierung von international generierten Anrufen für die Dauer des Hauptverfahrens eine ähnliche Ausgangslage zu verschaffen wie diejenige, von der die Gesuchsgegnerin profitiert. Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen soll also die Gesuchstellerin vor einer drohenden Diskriminierung gegenüber der Gesuchsgegnerin schützen.

Diese Umstände führen dazu, dass sich ein Entscheid über die Verpflichtung zur Interkonnection bzw. der Festlegung der Preise vor Erlass eines Endentscheides aufdrängt. Die Dringlichkeit ist damit in Bezug auf die Mobilterminierung von international generierten Gesprächen zu bejahen.

## 2.5 Verhältnismässigkeit

### 2.5.1 Grundsatz

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Komponenten, welche kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. dazu insbesondere Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Rz. 492 ff. und René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, S. 337 ff. Nr. 58 und Ergänzungsband S. 178 ff. Nr. 58 mit Hinweisen).

Geeignetheit: Eine Massnahme muss erstens im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet sein. Zu prüfen ist die Zwecktauglichkeit bzw. die Erfolgsaussicht der ins Auge gefassten Massnahme. Ungeeignet ist eine Massnahme insbesondere dann, wenn sie die Erreichung des angestrebten Zustandes sogar erschwert oder verhindert.

Erforderlichkeit: Die beabsichtigte Massnahme muss zweitens erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Sie darf damit einerseits nicht übermässig sein, indem sie zu stark in die Rechte der Betroffenen eingreift. Es ist daher das mildeste Mittel zu ergreifen, welches noch zum erhofften Erfolg führt. Andererseits darf die Massnahme aber auch nicht zu schwach und damit hinsichtlich des Ziels wirkungslos sein. Mit anderen Worten: „Es ist das mildeste der wirksamen Mittel zu wählen“ (Rhinow/Krähenmann, a.a.O., S. 181). Von einer normierten Regel muss daher aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips abgewichen werden können, „wenn sich ihre Anwendung im Einzelfall infolge einer Ausnahmesituation als ungerechtfertigt hart erweisen würde“ (ZBI 1988 S. 230).

Verhältnismässigkeit im engeren Sinne: Nach der Rechtsprechung ist der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unter Abwägung der entgegenstehenden Interessen und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu fällen, wobei der durch die Endverfügung zu treffende Zustand weder präjudiziert noch verunmöglicht werden darf (BGE 125 II 613, E.7). Eine Verwaltungsmassnahme ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für die Betroffenen bewirkt, wahrt. Es wird also eine Rechtfertigung durch ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse verlangt (VPB 1978 Nr. 29). Diese Rechtfertigung ist durch Interessenabwägung festzustellen. Der staatliche Eingriff ist nur dann zulässig, wenn das öffentliche Interesse jenes des Privaten überwiegt. „Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tiefgreifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben“ (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 516). Es muss also eine Abwägung der einander entgegenstehenden privaten Interessen und eine Abwägung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Interesse der Gesuchsgegnerin vorgenommen werden.

### 2.5.2 (...)

### 2.5.3 Erwägungen

Will die Gesuchstellerin ausländische Gespräche zur Terminierung in einem Mobilfunknetz erhalten, ist sie darauf angewiesen, dass die Gesuchsgegnerin diesen Telefonverkehr auch übernimmt und in ihrem Mobilnetz terminiert. Zudem werden ausländische Anbieterinnen ihre Gespräche einzig dann an die Gesuchstellerin übergeben, wenn diese konkurrenzfähige Preise anbieten kann. Solange dies jedoch nicht der Fall ist, werden die ausländischen FDA ihre Gespräche über die Gesuchsgegnerin in die Schweiz leiten. Je länger zugewartet wird, desto grösser werden die Verluste der Gesuchstellerin an Marktanteilen sein.

Die Festlegung von Preisen für die Terminierung von international generierten Gesprächen ist ohne Zweifel eine geeignete Vorkehr, um so bald als möglich den Marktzutritt in diesem Segment zu ermöglichen und es ist auch das mildeste Mittel, das zur Verfügung steht, um dieses Ziel zu erreichen. Dass als Ausfluss dieses Entscheides einzig die Gesuchstellerin in den Genuss von separaten Preisen für die Terminierung von international generierten Gesprächen kommt, vermag keinen Verzicht auf die vorsorglichen Massnahmen zu begründen. Es liegt in der Natur der Sache, dass vorerst nur diejenige Fernmeldedienstanbieterin von den neuen Konditionen profitieren kann, die das entsprechende Verfahren anhebt. (...) Ganz abgesehen davon hat die Gesuchsgegnerin auf Grund dieser Verfügung einen Dienst zu beziehen, den die Gesuchstellerin selber auch von der Gesuchsgegnerin beziehen muss. Damit wird vielmehr ein Ausgleich geschaffen, so dass die Interessen der Gesuchsgegnerin nicht in besonderem Masse tangiert werden. Das Interesse der Gesuchstellerin an der Möglichkeit, möglichst bald internationale Gespräche auf das Mobilnetz der Gesuchsgegnerin weitergeben und sich in diesem Markt positionieren zu können, überwiegt das Interesse der Gesuchsgegnerin deutlich.

Zudem besteht ein grosses öffentliches Interesse daran, dass auf dem ganzen Mobilfunkmarkt Wettbewerb herrscht, so auch im Bereich der Mobilterminierung von international generierten Anrufen. Je mehr Konkurrenz herrscht, desto interessanter sollten die Angebote werden, die dem Endkunden zur Auswahl offen stehen. Je früher die Gesuchstellerin in diesem Markt tätig werden kann, desto grösser ist der Wettbewerb und desto attraktiver werden die Dienste.

### 2.5.4 Fazit

Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahme in Bezug auf die Verpflichtung zur Gewährleistung der Interkonnektion und die Preisfestsetzung für die Terminierung von international generierten Gesprächen im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin ist erfüllt.

## 3. Interkonnektionspreise

Nachdem die Voraussetzungen zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen hinsichtlich der Terminierung von international generierten Gesprächen im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin erfüllt sind, gilt es, in einem zweiten Schritt die Interkonnektionspreise gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG nach markt- und branchenüblichen Bedingungen zu bestimmen.

Für die Festlegung der Preise für die Terminierung von international generierten Gesprächen auf dem Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin stehen zwei Möglichkeiten offen. Einerseits könnte man die gleichen Preise verfügen, wie sie für den umgekehrten Dienst in der ComCom-Verfügung vom 29. April 1999 (i.S. diAx mobile vs. Swisscom) festgelegt wurden, oder aber man könnte andererseits ein Benchmarking gestützt auf aktuelle Zahlen machen.

Würde man einzig aus Gründen der Gleichbehandlung die Preise heranziehen, die in der ComCom-Verfügung vom 29. April 1999 festgelegt wurden, könnte dies dazu führen, dass diese keinen Bezug mehr zur aktuellen Realität hätten, denn in den vergangenen beiden Jahren hat sich die Situation auf dem Gebiet der Terminierung von international generierten Gesprächen bedeutend verändert. Die alten Verträge mit ehemaligen Monopolistinnen über die Regelung der Preise (International Accounting Rates) wurden schon in zahlreichen Fäl-

len durch neue Regelungen ersetzt und immer häufiger werden Vereinbarungen abgeschlossen, in denen verschiedene Tarife festgelegt werden, je nachdem, ob Gespräche auf einem Fix- oder Mobilfunknetz zu terminieren sind, um den besonderen spezifischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen.

Als einziger direkter Vergleichswert kann der zwischen der Gesuchsgegnerin und Orange Communications SA vereinbarte Preis herangezogen werden. Der seit dem 1. Juli 2000 gültige Preis für die „Usage Charge International Incoming Traffic“ beläuft sich auf 23 Rappen, pro Minute, wobei kein Unterschied zwischen „Peak“ und „Off Peak“ gemacht wird. Damit zieht die ComCom die gleiche Vergleichsbasis heran wie in ihrer Verfügung vom 29. April 1999 (i.S. diAx mobile vs. Swisscom), wo ein vorsorglicher Preis für die Terminierung von international generierten Gesprächen im Mobilfunknetz der Gesuchstellerin festzulegen war.

In dieser Vereinbarung wird zwar der Preis für Anrufe geregelt, die im Mobilfunknetz von Orange Communications SA terminiert werden und nicht wie in casu im Mobilfunknetz der Gesuchsgegnerin. Die Dienstleistung von Orange, welche Gespräche zur Mobilterminierung von der Gesuchsgegnerin übernimmt, ist jedoch mit derjenigen der Gesuchsgegnerin, die Gespräche der Gesuchstellerin zur Mobilterminierung übernimmt, vergleichbar. Vom technischen Ablauf und vom Rufaufbau her handelt es sich um die gleichen Vorgänge, so dass dabei auch vergleichbare Kosten entstehen. Deshalb kann im Rahmen einer vorsorglichen Verfügung von Preisen ohne Weiteres auf die heute zwischen der Gesuchsgegnerin und Orange Communications SA geltende Regelung abgestellt werden. Diese Abmachung wird im vorliegenden Verfahren als vorsorglicher Preis zugrunde gelegt.

#### **4. Sicherheitsleistung**

Die Gesuchsgegnerin beantragte für den Fall, dass dem Gesuch stattgegeben werden sollte, dass die Gesuchstellerin zur Leistung einer angemessenen Sicherheit zu verpflichten sei. (...)

Das in diesem Verfahren gemäss Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. d VwVG anwendbare Verwaltungsverfahrensgesetz bezieht sich in Art. 4 VwVG auf Bestimmungen des Bundesrechts, welche ein grundsätzlich nach VwVG abzuwickelndes Verfahren im Sinne einer lex specialis ergänzen. In diesem Sinne wird nicht generell eine analoge Anwendung der Bestimmungen der BZP statuiert, wie dies bspw. mittels Art. 40 OG der Fall ist. Für die Anwendbarkeit von Art. 82 Abs. 2 BZP auf das vorliegende Verfahren ist eine genügende gesetzliche Grundlage demnach zu verneinen (vgl. auch Häner, a.a.O., S. 402 ff.), womit diesem Antrag der Gesuchsgegnerin nicht entsprochen werden kann. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf eine Sicherheitsleistung durch die Gesuchstellerin wird deshalb abgewiesen.

(...)