



Eidgenössische
Kommunikations-
Kommission

Commission
fédérale
de la communication

Commissione
federale
delle comunicazioni

Cumissiu
federala
da communicaziun

Federal
Communications
Commission

Interkonnektion (Mobilterminierung) / Anordnung von vorsorglichen Massnahmen

Entscheid der Eidg. Kommunikationskommission

vom 29. April 1999

2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens

Die Parteien haben bezüglich folgender Dienste seit Gesuchseinreichung eine Einigung erzielt:

- diAx NW to Swisscom NW Joining Service
- diAx mobile Access to Other Operators 0800 Access Service
- diAx mobile Access to Swisscom Value-Added-Services 08xx (exkl. 0800) and 09xx
- Swisscom to PTS 0842 Access Service
- Swisscom Directory Database Service
- Swisscom PSTN International Directory Enquiry Access Service

Sie stellen deshalb den Antrag, die vorsorglichen Begehren für die genannten Dienste seien als gegenstandslos abzuschreiben. Obwohl die Gesuchstellerin diesen Antrag in Bezug auf den Dienst diAx mobile Access to Other Operators 0800 Access Service nicht explizit in einem Rechtsbegehren gestellt hat, ist ihrer Replik dieser Antrag Seite 29 zu entnehmen.

Die genannten Dienste werden gemäss dem übereinstimmenden Antrag der Parteien als gegenstandslos vom Verfahren abgeschrieben.

Im Weiteren sind die Parteien bezüglich folgender Punkte übereingekommen, dass diese erst wieder im Hauptverfahren behandelt werden und nicht Gegenstand des vorsorglichen Verfahrens bilden sollen:

- Interoperability
- End to End Test per Access Point

Entsprechend werden sie gemäss dem übereinstimmenden Antrag der Parteien im vorsorglichen Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben.

In Bezug auf folgende Dienste sind die Parteien übereingekommen, dass sie während der Dauer des vorsorglichen Verfahrens zu den von der Gesuchsgegnerin verlangten Preisen erbracht werden und deshalb im vorliegenden (vorsorglichen) Verfahren gegenstandslos geworden seien:

- Swisscom PSTN National Directory Enquiry Access Service
- Swisscom PSTN Emergency Services Access Service for Mobile Carriers

Entsprechend werden sie gemäss dem übereinstimmenden Antrag der Parteien im vorsorglichen Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben.

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen bezweckt einerseits die Ablösung bestehender superprovisorischer Massnahmen und andererseits die Sicherstellung der Wirksamkeit erst später zu treffender definitiver Anordnungen. Entsprechend werden die am 6. Und 20. November 1998 superprovisorisch erlassenen Massnahmen hinfällig, soweit sie nicht vorsorglich bestätigt werden.

Die Parteien beantragen in Teilbereichen die vorsorgliche Bestätigung von bereits am 6. und am 20. November 1998 superprovisorisch angeordneten Massnahmen. Dabei handelt es sich einerseits um die übereinstimmend beantragte Bestätigung der angeordneten Sicherstellung der physischen und logischen Interkonnektion, der von der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu erbringenden Dienste sowie der von der Gesuchstellerin vorsorglich zu erbringenden Dienste.

Vorsorglich beantragte Dienste, die von der Gesuchsgegnerin zu erbringen sind:	Vorsorglich beantragte Dienste, die von der Gesuchstellerin zu erbringen sind:
<ul style="list-style-type: none"> • Swisscom NW to PTS NW Joining Service • Swisscom PSTN IC Terminating Service • Swisscom to PTS 0800 Access Service • Swisscom Transit Access Service • Swisscom Transit PTS 0800 Access Service • Swisscom PSTN International Access Service • Swisscom ISDN International Access Service • Swisscom ISDN Terminating Service 	<ul style="list-style-type: none"> • diAx mobile national Terminating Service • diAx mobile international Terminating Service • diAx mobile Access to Swisscom 0800 Access Service

Andererseits geht es um die Ueberprüfung der superprovisorisch angeordneten Modalitäten, über deren vorsorgliche Bestätigung sich die Parteien in ihren Anträgen nicht übereinstimmend äussern.

Zudem beantragen die Parteien neu die Anordnung vorsorglicher Preise für die von den Parteien vorsorglich zu erbringenden Dienste. Bezüglich der Höhe der Preise für die Dienste der Gesuchsgegnerin besteht Einigkeit, hingegen ist die Höhe der Preise für die Dienste der Gesuchstellerin strittig.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Parteien über die provisorische Bestätigung ihrer Interkonnektionspflicht, der von der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu erbringenden Dienste sowie über die vorsorgliche Anordnung der übereinstimmend beantragten Preise und über die provisorische Bestätigung der von der Gesuchstellerin zu erbringenden Dienste sowie der provisorischen Anordnung von Preisen für diese Dienste einig sind. Uneinigkeit besteht hingegen bezüglich der preisunabhängigen Bedingungen, die der provisorischen Verfügung zugrundezulegen sind sowie bezüglich der vorsorglich anzuordnenden Höhe der Preise für die von der Gesuchstellerin zu erbringenden Dienste.

Im folgenden wird in einem ersten Schritt geprüft, ob die vorsorglichen Anträge auf Bestätigung der superprovisorisch angeordneten Massnahmen den materiellen Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen standhalten. Wird dies bejaht, so werden in einem weiteren Schritt die Bedingungen der Interkonnektion einschliesslich vorliegendenfalls die Markt- und Branchenüblichkeit der strittigen Preise zu prüfen sein.

3. Materielle Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen

3.1. Grundsatz

Die allgemeinen Voraussetzung, die erfüllt sein müssen, damit vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, sind: (1) Glaubhaftmachung einer günstigen Erfolgsprognose durch die antragstellende Partei, (2) Drohung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bei Nichtanordnung, (3) Dringlichkeit des Antrages sowie (4) Verhältnismässigkeit

der Anordnung (vgl. Isabelle Häner, Schweizerischer Juristenverein, Heft 3, 1997, S. 322 ff.). Die Prüfung der Voraussetzungen erfolgt in einem summarischen Verfahren und stützt sich dabei auf die vorhandenen Akten.

3.2. Erfolgsprognose

Im Rahmen der Erfolgsprognose wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die vorsorglich gestellten Anträge durch den später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden.

Mit dem revidierten Fernmeldegesetz, welches auf den 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist, wird die marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten verpflichtet, andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion zu gewähren (Art. 11 Abs. 1 FMG). Zwecks Gewährleistung der Interoperabilität zwischen den Diensten der Grundversorgung (Art. 16 FMG) sind Anbieterinnen von derartigen Diensten - unabhängig von einer allfälligen Marktbeherrschung - ebenfalls zur Interkonnektion verpflichtet (Art. 11 Abs. 2 FMG).

Die Parteien sind grundsätzlich selber für die vertragliche Ausgestaltung ihrer Interkonnektionsbeziehungen verantwortlich. Die ComCom schreitet nur dann ein, wenn zwischen den Parteien innert drei Monaten nach Verhandlungsaufnahme keine Einigung zustande kommt und eine Partei ein Gesuch um Erlass einer Interkonnektionsverfügung bzw. von vorsorglichen Massnahmen einreicht (Art. 11 Abs. 3 FMG).

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt also in fernmelderechtlicher Hinsicht voraus, dass sich zwei Fernmeldedienstanbieterinnen gegenüberstehen, wobei die eine der beiden eine marktbeherrschende Stellung haben muss oder beide Dienste der Grundversorgung gemäss Art. 16 FMG anbieten, dass die Parteien drei Monate erfolglos verhandelt haben und dass ein entsprechendes Gesuch einer Partei vorliegt

Fernmeldedienstanbieterin ist, wer Dritten die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen anbietet (Art. 3 Bst. b FMG). In dieser Eigenschaft ist sie nach Art. 4 FMG entweder der Konzessions- oder Meldepflicht unterstellt. Ausnahmen regelt Art. 3 FDV.

Beide Parteien übertragen auf ihren Netzen Informationen für Dritte und sind damit Fernmeldedienstanbieterinnen im erwähnten Sinne. Die Gesuchsgegnerin bietet ihre Fernmeldedienste gestützt auf Art. 66 ff. FMG und die Verfügung des Bundesrates betreffend die Überführung der Tätigkeiten der Swisscom ins neue Recht vom 15. Dezember 1997 an. Der Gesuchstellerin wurde am 29. Mai 1998 die erste neue Konzession für ein landesweites digitales zelluläres Mobilfunknetz auf der Basis des GSM-Standards erteilt. Das Bundesgericht hat den gegen diesen Entscheid erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerden keine aufschiebende Wirkung erteilt. Die Gesuchstellerin ist somit als Inhaberin einer Konzession, welche sie zum Erbringen von Mobiltelefondiensten ermächtigt, interkonnektionsberechtigt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 31 FDV.

Für die Bestimmung der Marktbeherrschung findet das Kartellgesetz (KG) Anwendung. Danach gilt ein Unternehmen dann als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von andern Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

Ein starkes Indiz für die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin betreffend die in Frage stehenden Dienste ist die fehlende Substituierbarkeit derselben. Im Entscheid der Wettbewerbskommission i. S. Telecom PTT/Blue Window (Untersuchung der Wettbewerbskommission vom 5. Mai 1997) wurde betreffend den Telefondienst festgestellt, dass die Gesuchs-

gegnerin auf dem schweizerischen Telefonimarkt als marktbeherrschendes Unternehmen i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.

Da die Gesuchsgegnerin ihre Marktbeherrschung im Bereich der Telefonie im Übrigen bisher in keinem der hängigen Interkonkktionsverfahren bestritten hat, kann auch für dieses Verfahren davon ausgegangen werden, dass sie diesbezüglich marktbeherrschend zur Interkonkktion verpflichtet ist.

Gestützt auf Art. 11 Abs. 2 FMG sind die Parteien als Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung sogar unabhängig von der Frage der Marktbeherrschung zur Gewährleistung der Interoperabilität und damit zur Interkonkktion verpflichtet.

Wie bereits vorne unter Ziff. 1 dargelegt, haben die Parteien während mehr als 3 Monaten erfolglos verhandelt. Zudem liegen zwei Gesuche auf Interkonkktion vor, wenn auch mit unterschiedlicher Stossrichtung.

Damit sind die fernmelderechtlichen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt. Im Übrigen werden sie vorliegend von den Parteien auch nicht bestritten.

Die Gegebenheiten bezüglich der Erfüllung der Voraussetzungen für die superprovisorische Anordnung der physischen und logischen Interkonkktion haben sich seit der superprovisorischen Verfügung vom 6. bzw. 20. November 1998 nicht verändert, es kann somit diesbezüglich vollumfänglich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Abgesehen davon beantragen beide Parteien deren vorsorgliche Bestätigung.

Eine positive Erfolgsprognose bezüglich der Verpflichtung zur physischen und logischen Interkonkktion kann somit bejaht werden.

Die von den Parteien vorsorglich nachgefragten Dienste wurden mit obgenannter superprovisorischer Verfügung bereits verfügt. Die Interkonkktionspflicht bezüglich der nachgefragten Dienste, die von der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu erbringen sind, ergibt sich aus ihrer marktbeherrschenden Position (Art. 11 Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 32 FDV). Die diesbezüglichen Gegebenheiten haben sich seit Erlass der superprovisorischen Verfügung nicht verändert, so dass für weitergehende Ausführungen auf die superprovisorische Verfügung verwiesen wird. Bezüglich der nachgefragten Dienste, die von der Gesuchstellerin vorsorglich zu erbringen sind, gründet die Interkonkktionspflicht in ihrer Pflicht zur Interoperabilität, da sie Dienste der Grundversorgung anbietet (Art. 11 Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 37 FDV, Art. 16 FMG). Die Wahrscheinlichkeit, dass die vorsorglich beantragten Dienste durch den später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden, ist gegeben.

Eine positive Erfolgsprognose kann somit auch bezüglich der vorsorglich nachgefragten Dienste bejaht werden.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 6. bzw. 20. November 1998 wurden die preisunabhängigen Bedingungen gemäss des von der Gesuchstellerin eingereichten Entwurfs für eine Interkonkktionsvereinbarung verfügt. Die Gesuchstellerin beantragt vorliegend die vorsorgliche Bestätigung der superprovisorischen Verfügung. Die Gesuchsgegnerin beantragt hingegen die vorsorgliche Verfügung des von ihr eingereichten modifizierten Standardvertrages. Zur physischen und logischen Interkonkktion gehört die Abmachung, zu welchen preisunabhängigen Bedingungen diese zu geschehen hat. Werden sich die Parteien weiterhin nicht einigen können, welche Vereinbarung als Basis zwischen ihnen zur Anwendung kommen soll, wird in der Hauptsache erneut darüber zu entscheiden sein. Bezüglich der Anordnung von preisunabhängigen Bedingungen kann somit eine positive Erfolgsprognose gestellt werden. Welche der beantragten Bedingungen vorliegender Verfügung zu Grunde zu legen ist, wird weiter unten noch zu prüfen sein.

Im Weiteren beantragen beide Parteien die vorsorgliche Verfügung von Preisen für die vorsorglich zu erbringenden Dienste. Da für die fraglichen Dienste die Interkonkktionspflicht

gegeben ist, kann auch bezüglich der Preisverfügung eine positive Hauptsachenprognose gestellt werden. Werden sich die Parteien weiterhin nicht finden können, so wird in der Hauptsache auch über die beantragten Preise verfügt werden müssen. Da sich die Parteien über die Höhe der vorsorglichen Preise für die von der Gesuchgegnerin zu erbringenden Dienste für die Dauer des vorliegenden Verfahrens einigen konnten, steht deren Anordnung, sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, nichts entgegen. Auf die strittige Höhe der für die Dienste der Gesuchstellerin beantragten Preise wird weiter unten eingegangen.

Eine positive Erfolgsprognose bezüglich der vorsorglichen Verfügung von Preisen ist deshalb ebenfalls zu bejahen.

3.3. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

Zur Frage, inwieweit den Parteien bei Nichtverfügung der physischen und logischen Interkonnektion sowie der von den Parteien vorsorglich beantragten Dienste ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstehen kann, haben sich die tatsächlichen Gegebenheiten seit Erlass der superprovisorischen Verfügung vom 6. bzw. 20. November 1998 nicht verändert. Die Bejahung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bei Nichtverfügung bleibt deshalb bestehen. Zur Begründung sei auf die Ausführungen in der superprovisorischen Verfügung verwiesen.

Bezüglich der Voraussetzung des nicht wiedergutzumachenden Nachteils bei Nichtverfügung der preisunabhängigen Bedingungen kann ebenfalls auf die Ausführungen zu den superprovisorischen Massnahmen verwiesen werden. Es ist zudem davon auszugehen, dass die Parteien sich nicht gegen die Anordnung der preisunabhängigen Bedingungen als solche wehren, sondern nur strittig ist, welcher der eingereichten Verträge vorsorglich angeordnet werden soll. Die Bejahung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bei Nichtanordnung von preisunabhängigen Bedingungen während des vorsorglichen Verfahrens bleibt deshalb bestehen.

Die Drohung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bei Nichtanordnung der vorsorglichen Sicherstellung der Interkonnektion, der vorsorglich beantragten Dienste sowie der vorsorglichen Festlegung der preisunabhängigen Bedingungen ist zu bejahen.

Im Weiteren stellt sich die Frage, inwiefern der Gesuchstellerin bei Nichtanordnung der vorsorglich beantragten Preise ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil erwachsen könnte.

Der Festsetzung von Interkonnektionspreisen kommt nicht nur die Funktion eines Geldwertes zu, vielmehr ist auch entscheidend, dass die Höhe der Markt- und Branchenüblichkeit entspricht, damit in der ersten Phase der Marktöffnung ein wirksamer Wettbewerb auch tatsächlich entstehen kann. Die Markteintrittsbedingungen müssen für die Teilnehmerinnen so früh als möglich bekannt sein. Eine vernünftige Positionierung auf dem Markt setzt zweifellos wettbewerbsfähige Interkonnektionsbedingungen voraus. Darunter sind nicht nur die technischen und administrativen Interkonnektionsbedingungen zu verstehen, sondern insbesondere auch realistische Interkonnektionspreise. Ansonsten wird der Markteintritt für neue Anbieterinnen zunehmend erschwert und es besteht die Gefahr der Etablierung von faktischen Monopolen, welche von neuen Konkurrentinnen nur schwer durchbrochen werden können. Der Markteintritt oder die Etablierung auf dem Markt darf durch Verzögerungen oder längerfristige Unsicherheiten in diesem Bereich in keiner Weise erschwert oder behindert werden. Die bereits aktiven oder potentiellen neuen Teilnehmerinnen am Fernmeldemarkt müssen ihre Strategien, ihre Business-Pläne und ihre Wirtschaftlichkeitsberechnungen zur Sicherung eines kritischen Marktanteils auf möglichst von Anfang an verlässliche Grundlagen abstützen können. Der Meinung der Gesuchgegnerin kann deshalb nicht gefolgt werden, dass die Verfügung ihres Antrages bereits ausreichen würde, um einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zu verhindern. Vielmehr muss sich die Beurteilung des allfälligen nicht wiedergutzumachenden Nachteils auf die tatsächlichen Gegebenheiten stützen.

machenden Nachteils am Kriterium der glaubhaftgemachten Markt- und Branchenüblichkeit richten. Darauf wird weiter unten näher eingegangen.

Der Gesuchstellerin würde ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstehen, wenn nicht umgehend nach markt- und branchenüblichen Kriterien geprüfte Interkonnectionspreise verfügt würden.

3.4. Dringlichkeit

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

Die Dringlichkeit der vorsorglichen Anordnung von physischer und logischer Interkonnection sowie der vorsorglich beantragten Dienste, die allesamt bereits superprovisorisch angeordnet wurden, hat sich seit der superprovisorischen Verfügung nicht verändert. Die Dringlichkeit der Aufrechterhaltung der Massnahmen ist deshalb zu bejahen. Zur ausführlichen Begründung sei auf die superprovisorische Verfügung vom 6. bzw. 20. November 1998 verwiesen.

Ebenso ist bei der vorsorglichen Anordnung der preisunabhängigen Bedingungen davon auszugehen, dass die Dringlichkeit, wie sie bereits superprovisorisch bejaht wurde, bis zum Abschluss des Hauptverfahrens bestehen bleibt. Zudem wird sie von den Parteien nicht in Frage gestellt.

Schliesslich stellt sich die Frage der Dringlichkeit bezüglich der vorsorglich beantragten Preise. Die Dringlichkeit ergibt sich aus der Wichtigkeit der momentanen ersten Phase der Marktöffnung. Es entsprach dem Willen des Gesetzgebers, mit dem Entscheid für die Liberalisierung des Fernmeldemarktes und dem Erlass des neuen Fernmeldegesetzes möglichst rasch einen funktionierenden Wettbewerb zu ermöglichen. Entsprechend wurde die einzuhaltende erfolglose Verhandlungsfrist auf drei Monate festgesetzt (Art. 11 Abs. 3 FMG). Dass eine rasche Umsetzung der Liberalisierung und eines funktionierenden Wettbewerbs dem Gesetzgeber wichtig war, zeigt sich auch daraus, dass er die ComCom ermächtigt hat, in diesen Fällen auf Gesuch hin oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Auf die strittige Höhe der beantragten Preise wird weiter unten noch näher eingegangen.

Die Dringlichkeit der vorsorglichen Anordnung provisorischer Preise ist damit ebenfalls zu bejahen.

3.5. Verhältnismässigkeit

Bei der Verhältnismässigkeit von anzuordnenden Massnahmen wird geprüft, ob die Massnahmen geeignet und erforderlich sind, den wahrscheinlich eintretenden Nachteil abzuwenden und ob einer solchen Anordnung keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

Dass die vorsorgliche Verfügung der physischen und logischen Interkonnection, der vorsorglich beantragten Dienste, preisunabhängiger Bedingungen sowie vorsorglicher Preise geeignet ist, den konzessionsmässig vorgesehenen Marktein- und auftritt der Gesuchstellerin sicherzustellen und das Funktionieren der Interkonnection zu gewährleisten, ist zu bejahen. Zudem ist die vorsorgliche Anordnung erforderlich, um die obgenannten Nachteile (Ziff. 3.3.) abzuwenden. Schliesslich wurden auch keine überwiegenden Interessen nachgewiesen, die einer Anordnung entgegenstünden.

Die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen wird somit als verhältnismässig eingeschätzt.

3.6. Fazit

Die Voraussetzungen für den Erlass der vorsorglich zu erbringenden physischen und logischen Interkonnektion, der preisunabhängigen Bedingungen, der von der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu erbringenden Dienste sowie der von der Gesuchstellerin vorsorglich zu erbringenden Dienste werden aus dargelegten Gründen bejaht. Auch bejaht werden die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Preise für die vorsorglich zu erbringenden Dienste. Die vorsorgliche Anordnung wird zudem von beiden Parteien beantragt.

Einigkeit besteht zwischen den Parteien bezüglich der vorsorglichen Preise, die für die von der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu erbringenden Dienste während des vorliegenden Verfahrens zu erbringen sind. Uneinigkeit besteht hingegen zwischen den Parteien bezüglich der zugrundezulegenden Vereinbarung für die preisunabhängigen Bedingungen sowie bezüglich der Preishöhe für die von der Gesuchstellerin vorsorglich zu erbringenden Dienste. Auf diese Punkte wird im folgenden näher eingegangen.

4. Vorsorglich zu verfügende Interkonnektionsbedingungen

4.1. Nicht kommerzielle Bedingungen

Mit superprovisorischer Verfügung vom 6. November 1998 verfügte die ComCom die preisunabhängigen Bedingungen gemäss des von der Gesuchstellerin eingereichten Entwurfs für eine Interkonnektionsvereinbarung. Begründet wurde diese Anordnung mit der wahrscheinlichen Aehnlichkeit des von der Gesuchstellerin eingereichten Entwurfs mit dem zwischen der Gesuchsgegnerin und diAx (fix) im April 1998 abgeschlossenen Interkonnektionsvertrag für den Festnetzbereich, da in inhaltlicher Hinsicht in vielen Bereichen Parallelen bestünden und verschiedene identische Sachverhalte geregelt werden müssten. Die Abweichung von der Standardofferte wurden zudem nicht als wesentlich eingeschätzt und die Gesuchsgegnerin hatte den besagten Entwurf, wenn auch in anderem Zusammenhang, unterzeichnet. Aus diesen Gründen wurde der Entwurf der Gesuchstellerin als Basis für die preisunabhängigen Bedingungen superprovisorisch verfügt. Ob der Entwurf den aktuellen Verhältnissen entspricht, gilt es im folgenden zu prüfen.

Entsprechend den Ausführungen der Parteien scheint das im genannten Sinne modifizierte Standardangebot der Gesuchsgegnerin den aktuellen Verhältnissen angepasster zu sein als der superprovisorisch verfügte Entwurf der Gesuchstellerin. Dies trifft einerseits im Hinblick auf die Unterscheidung der Parteien diAx (fix) und Gesuchstellerin zu, andererseits aber auch in Bezug auf andere zwischenzeitlich veränderte Verhältnisse zwischen den Parteien (Dienstebezeichnungen, u.ä.). Hinzu kommt, dass die Gründe für die superprovisorische Anordnung des von der Gesuchstellerin eingereichten Entwurfs, nämlich die Aehnlichkeit mit der zwischen der Gesuchsgegnerin und der diAx (fix) bestehenden Vereinbarung sowie die Parallelen und oftmals identischen Sachverhalte, seit der Einigung zwischen der Gesuchsgegnerin und der diAx (fix) neuerdings auf das modifizierte Standardangebot der Gesuchsgegnerin zutrifft.

Aus diesen Gründen kann davon ausgegangen werden, dass das modifizierte Standardangebot der Gesuchsgegnerin bezüglich der preisunabhängigen Bedingungen den aktuellen Verhältnissen besser entspricht als der superprovisorisch verfügte Entwurf der Gesuchstellerin. Im Übrigen haben sich die Gegebenheiten seit Erlass der superprovisorischen Verfügung nicht verändert, so dass auf dortige Ausführungen verwiesen wird.

4.2. Preise

4.2.1. Unstrittige Interkonnektionspreise

Die Parteien sind übereingekommen, dass die von der Gesuchsgegnerin zu erbringenden Dienste, die bereits superprovisorisch angeordnet wurden, provisorisch bestätigt und provisorisch zu den von der Gesuchsgegnerin verlangten Preisen erbracht werden. Die Preise entsprechen dabei denjenigen der Vereinbarung, die die Gesuchsgegnerin am 4. November 1998 eingereicht hat. Die fraglichen Dienste der Gesuchsgegnerin entsprechen denjenigen im Antrag 4 der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 30. November 1998. Ausgenommen davon sind allerdings die Dienste Swisscom PSTN Emergency Services Access Service for Mobile Carriers und Swisscom PSTN National Directory Enquiry Access Service, die gemäss den Parteienanträgen nicht mehr Gegenstand des vorsorglichen Verfahrens sind. Desgleichen ist der Dienst Swisscom to PTS 0842 Access Service ausgenommen, der gemäss dem Willen der Parteien nicht mehr Gegenstand des Verfahrens bildet. Bei den von der Gesuchsgegnerin zu erbringenden Diensten handelt es sich somit noch um folgende Dienste:

- Swisscom NW to PTS NW Joining Service
- Swisscom PSTN IC Terminating Service
- Swisscom to PTS 0800 Access Service
- Swisscom Transit Access Service
- Swisscom Transit PTS 0800 Access Service
- Swisscom PSTN International Access Service
- Swisscom ISDN International Access Service
- Swisscom ISDN Terminating Service

Da die materiellen Voraussetzungen für den Erlass der genannten Dienste und der genannten Preise gegeben sind und sich die Parteien einig sind, welche Dienste zu welchen Preisen zu erbringen sind, wird der übereinstimmende Antrag der Parteien vorsorglich verfügt.

4.2.2. Strittige Interkonnektionspreise

Gestützt auf Art. 11 Abs. 3 FMG erfolgt die Überprüfung der strittigen Höhe der Preise für die Dienste diAx mobile national Terminating Service, diAx mobile international Terminating Service und diAx mobile Access to Swisscom 0800 Access Service nach markt- und branchenüblichen Kriterien. Insbesondere wird geprüft, inwieweit die Markt- und Branchenüblichkeit der vorsorglich beantragten Preise glaubhaft gemacht sind.

4.2.2.1. Vorsorgliche Preise für diAx mobile Terminating Service (national)

Die Ansicht der Gesuchstellerin, die Einstellung bzw. Weitergabe der genannten Überprüfungsverfahren aufgrund der bemängelten mobile-to-fix Terminierungskosten tangiere die Mobilpreise nicht, ist fraglich. Vielmehr ist aufgrund des obgenannten Zusammenhangs wohl eher davon auszugehen, dass bei einer Neuregelung der mobile-to-fix Terminierung umgekehrt auch die Preise für die Terminierung fix-to-mobile angepasst werden.

Aus genannten Gründen wird für die Festlegung der provisorischen Preise der Durchschnitt der europäischen Mobilterminierungspreise ohne die eben genannten Länder vorgenommen und gleichzeitig die Kaufkraftparität berücksichtigt.

Anbieterin	Mobil-Terminierung lokale Währung	KK-Parität OECD	Terminierung in CHF
France Telecom (F)	2.05	6.51	0.63
SFR (F)	2.03	6.51	0.63
Bouygues (F)	1.32	6.51	0.41
Telia (S)	2.37	9.61	0.50
Vodafone (GB)	0.17	0.65	0.52
BT Cellnet (GB)	0.15	0.65	0.48
Orange (GB)	0.15	0.65	0.48
One2One (GB)	0.15	0.65	0.48
Tele Danmark (DK)	1.50	8.31	0.36
Sonera (SF)	1.04	5.84	0.36
Telenor (N)	1.34	9.21	0.29
Durchschnitt			0.47

Schweiz
Basis 1998

2.01

Der Durchschnittspreis von 47 Rappen pro Minute wird auf der Basis eines 2,5 Minuten Gesprächs und einer Verkehrsaufteilung 75% peak und 25% off-peak aufgeschlüsselt und ergibt folgende Preise:

Usage Charge

In Schweizer Rappen	
Peak period rate	Off peak period rate
7.1 set up charge	4.7 set up charge
the time unit is 1 second	the time unit is 1 second
48.7 charge per minute	32.5 charge per minute

4.2.2.3. Vorsorgliche Preise für diAx mobile Terminating Service (International)

Aus den angeführten Gründen muss festgehalten werden, dass es sich bei dem Accounting Rate Regime um bilaterale Verträge aus monopolistischen Zeiten handelt, die allerdings nicht sicher im Alleingang der Gesuchsgegnerin und auch kaum umgehend an die neuen liberalisierten Verhältnisse angepasst werden können. Die Stossrichtung des Gesetzgebers beim Erlass des neuen Fernmeldegesetzes bezüglich Regulierung des freien Marktes war u.a., einen ausgeglichenen Wettbewerb im Sinne gleichlanger Spiesse zwischen der bestehenden (marktbeherrschenden) und den neuen (nicht marktbeherrschenden) Fernmelde-diensteanbieterinnen zu ermöglichen. Allerdings kann das System der Accounting Rates höchstens in einer Uebergangsphase akzeptiert werden, da ansonsten eine Verzerrung der Marktpreise entsteht, die nicht gutgeheissen werden kann. Zudem widerspricht es wohl auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, die Parteien ohne sachlich gerechtfertigte Gründe unterschiedlich zu behandeln.

Ein Blick ins Ausland zeigt, dass unterschiedliche Terminierungspreise für nationale und internationale Anrufe offenbar (noch) häufig ist. Allerdings sind bisher kaum konkrete Zahlen erhältlich. Demgegenüber enthält der Interkonkonnktionsvertrag zwischen der Gesuchsgegnerin mit der Orange Communications AG vom 21. Dezember 1998 für den Swisscom to Orange Interconnection Terminating Service folgende bis zum 30. November 1999 gültige Tarife:

Usage Charge International Originating Traffic

In Schweizer Rappen	
Peak period rate	Off peak period rate
Call Set Up Charge = 0 The time unit is 1 second The Charge for 60 time units is 15.00 Rp.	Call Set Up Charge = 0 The time unit is 1 second The Charge for 60 time units is 15.00 Rp.

Only calls that originate outside of Switzerland are charged at International originating tariffs. Separate international tariffs will only be offered by Orange until 30 November 1999.

Aufgrund der im vorsorglichen Verfahren möglichen (beschränkten) Erhebung muss wohl als markt- und branchenüblich der zwischen Swisscom und Orange vereinbarte Preis herangezogen werden, weshalb der Preis für den diAx mobile international Terminating Service for calls that originate outside of Switzerland während des vorsorglichen Massnahmeverfahrens auf 15 Rp./Min. festgesetzt wird.

Im Hauptverfahren werden sowohl diese Preishöhe als auch die Frage der Differenzierung zwischen national und international Terminating Service sowie allfälliger Uebergangsfristen nochmals vertiefter zu überprüfen sein.

4.2.2.4. diAx mobile Access to Swisscom 0800 Access Service

Dass zwei spiegelbildliche Dienste in einer vergleichbaren Situation nicht vergleichbar behandelt werden sollen, ist nicht einsichtig. Auch kann der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden, wenn sie die Ansicht vertritt, dass einzig im Falle der Marktbeherrschung und der damit verbundenen Pflicht zur Kostenorientiertheit reziproke Preise verfügt werden können. Vielmehr scheint es auch dann sachlich gerechtfertigt, reziproke Preise zu verfügen, wenn der bereits bestehende Preis der Gesuchsgegnerin zwischen der Gesuchsgegnerin und diAx (fix) auf einer tatsächlich vergleichbaren Situation gründet. Eine solche Lösung scheint zudem sowohl nach rechtsgeschäftlichen Grundsätzen als auch unter dem Aspekt der Markt- und Branchenüblichkeit mangels gegenteiliger Anhaltspunkte gerechtfertigt. Im Übrigen wird auch nicht geltend gemacht, der von der Gesuchsgegnerin vorsorglich beantragte Preis sei nicht markt- und branchenüblich.

Aus diesen Gründen werden für den Dienst diAx mobile Access to Swisscom 0800 Access Service folgende Preise festgesetzt:

Usage Charge

In Schweizer Rappen	
Peak period rate	Off peak period rate
7.72 set up charge the time unit is 1 second 48.08 charge per minute	5.14 set up charge the time unit is 1 second 32.05 charge per minute

4.3. Fazit

Es kann davon ausgegangen werden, dass das modifizierte Standardangebot der Gesuchsgegnerin bezüglich der preisunabhängigen Bedingungen den aktuellen Verhältnissen besser

entspricht als der superprovisorisch verfügte Entwurf der Gesuchstellerin. Da sich die Gegebenheiten im Übrigen seit Erlass der superprovisorischen Verfügung nicht verändert haben, steht der vorsorglichen Anordnung des modifizierten Standardangebotes der Gesuchsgegnerin nichts entgegen.

Die Parteien sind übereingekommen, dass die von der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu erbringenden Dienste, die bereits superprovisorisch angeordnet wurden, provisorisch bestätigt und provisorisch zu den von der Gesuchsgegnerin verlangten Preisen erbracht werden. Da die materiellen Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen diesbezüglich gegeben sind und sich die Parteien überdies einig sind, steht deren vorsorglicher Anordnung nichts entgegen.

Die strittige Höhe der Preise für die Dienste diAx mobile national Terminating Service, diAx mobile international Terminating Service und diAx mobile Access to Swisscom 0800 Access Service wurde auf ihre Glaubhaftigkeit anhand markt- und branchenüblicher Kriterien überprüft.

Die beantragten Preise für den Dienst diAx mobile Terminating (national) wurden unter Berücksichtigung der Kaufkraftparität anhand vergleichbarer europäischer Mobilterminierungspreise auf ihre Glaubhaftigkeit hin geprüft. Dabei wurde ein Durchschnittspreis von 47 Rappen pro Minute errechnet, der als markt- und branchenüblich in vorliegendem Verfahren vorsorglich bestätigt werden kann.

Für die Unterscheidung zwischen einem nationalen und einem internationalen Terminierungspreis wurde aufgrund eines Blickes ins Ausland sowie in den Interkonkonnktionsvertrag zwischen der Swisscom AG und der Orange Communications AG als glaubhaft befunden, dass derzeit eine solche Unterscheidung gerechtfertigt sein kann. Als direkter Vergleichswert konnte einzig der zwischen der Swisscom und der Orange vereinbarte Preis beigezogen werden. Die dortige Abmachung von 15 Rp. pro Minute für „calls that originate out of Switzerland“ wird auch vorliegendem Verfahren als vorsorglicher Preis zugrunde gelegt.

Schliesslich ist bezüglich des Dienstes diAx mobile Access to Swisscom 0800 Access Service davon auszugehen, dass bei einer allfälligen Verfügung in der Hauptsache ein Preis verfügt würde wie ihn umgekehrt diAx (fix) für den spiegelbildlich von der Gesuchsgegnerin zu erbringenden Dienst (Swisscom to diAx 0800 Access) zu bezahlen hat. Aus diesen Grund wird für das vorliegende Verfahren vorsorglich derselbe Preis verfügt, den diAx (fix) der Gesuchsgegnerin für den spiegelbildlichen Dienst zu bezahlen hat.