Urteilskopf

125 II 613

61. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 17. Dezember 1999 i.S. Commcare AG Communications & Networks gegen Swisscom AG und Eidgenössische Kommunikationskommission (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 97 OG und Art. 101 lit. a OG, Art. 5 VwVG und Art. 45 VwVG, Art. 3 FMG und Art. 11 FMG sowie Art. 43, 44, 45 und 46 FDV; einstweiliger Rechtsschutz im Interkonnektionsverfahren.

Die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht setzt unter anderem voraus, dass die Verfügung über vorsorgliche Mass- nahmen für den Beschwerdeführer einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann. Bedeutung eines solchen Nachteils im Interkonnektionsverfahren und Prüfung, ob ein solcher im zu beurteilenden Einzelfall vorliegt (E. 1-7).

Regeste (fr):
Art. 97 OJ et art. 101 let. a OJ, art. 5 PA et art. 45 PA, art. 3 LTC et art. 11 LTC ainsi que art. 43, 44, 45 et 46 OST; protection juridique provisoire dans la procédure d'interconnexion.

La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral nécessite notamment que la décision de mesures provisionnelles puisse entraîner un dommage irréparable pour le recourant. Définition d'un tel dommage dans la procédure d'interconnexion et examen de l'existence d'un tel dommage dans le cas d'espèce (consid. 1-7).

Regesto (it):
Art. 97 OG e art. 101 lett. a OG, art. 5 PA e art. 45 PA, art. 3 LTC e art. 11 LTC nonché art. 43, 44, 45 e 46 OST; protezione giuridica provvisoria nella procedura d'interconnessione.

L'ammissibilità del ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale esige in particolare che la decisione di misure cautelari possa causare un danno irreparabile al ricorrente. Definizione di un tale danno nella procedura d'interconnessione ed esame della sussistenza dello stesso nella presente fattispecie (consid. 1-7).

Sachverhalt ab Seite 614

BGE 125 II 613 S. 614

Die Commcare AG Communications & Networks trifft für ihre Kundschaft Telekommunikationslösungen lokaler (im sogenannten LAN-Bereich; LAN = local area network) sowie überbetrieblicher Dimension (im sogenannten WAN- Bereich; WAN = wide area network). Sie plant, realisiert, betreibt und wartet Telekommunikationsnetze vorab im Zusammenhang mit der Datenübertragung und erbringt Carrierdienste, wozu sie konzessioniert ist. Sie unterhält ein Netz, das sich über die drei Grossräume der deutsch-, französisch- und italienischsprachigen Schweiz erstreckt. Nur zum Teil wird dieses Netz mit eigenen Telekommunikationsanlagen der Commcare AG sichergestellt; sie ist zwar daran, ein eigenes physisches Leitungsnetz, vorab im Raum Zürich, aufzubauen, im Übrigen beruhen ihre Dienstleistungen aber auf physischen Leitungen (Mietleitungen und Übertragungsmedien) anderer Unternehmungen. Am 21. September 1998 ersuchte die Commcare AG die

Eidgenössische Kommunikationskommission, gegenüber der Swisscom AG eine Verfügung auf Interkonnektion gemäss Art. 11 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10; AS 1997 2187) bzw. Art. 43 ff. der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1; AS 1997 2833) zu treffen. Nebst den eigentlichen Anträgen in der Sache stellte die Commcare AG unter dem Titel "Gesuch um vorsorgliche Massnahmen" mehrere Rechtsbegehren mit dem Ziel, superprovisorische bzw. vorsorgliche Interkonnektionsvereinbarungen zur Bereitstellung und Benutzung der Mietleitungen und Übertragungsmedien der Swisscom AG festzulegen; eventuell seien wenigstens die Preise superprovisorisch oder einstweilig zu bestimmen. Das Bundesamt für Kommunikation als Instruktionsbehörde im Interkonnektionsverfahren forderte die Swisscom AG am 29. September 1998 zur Stellungnahme auf, womit das Bundesamt es implizit ablehnte, superprovisorisch zu handeln. Die Swisscom AG beantragte, die Begehren um einstweiligen Rechtsschutz seien abzuweisen bzw. teilweise sei darauf nicht einzutreten. In der Folge konsultierte das Bundesamt die Wettbewerbskommission zur Frage, ob die Swisscom AG im fraglichen Tätigkeitsbereich marktbeherrschend sei. Im daran anschliessenden zweiten Schriftenwechsel stellte die Commcare AG ergänzende Anträge; namentlich ersuchte sie darum, die Kommunikationskommission solle vorfrageweise feststellen, dass die Swisscom AG im landesweiten, regionalen und lokalen Markt für Übertragungsmedien und Mietleitungen den Markt im Sinne des Gesetzes beherrsche; sodann sei die Swisscom AG zu verpflichten,

gewisse mit anderen Kunden abgeschlossene Wholesale-Agreements, Grosskundenvereinbarungen oder andere Verträge über Rabattierungen einzuliefern. Die Swisscom AG hielt an ihren früheren Rechtsbegehren fest und beantragte, die neuen Begehren abzuweisen. Am 28. Juni 1999 traf die Eidgenössische Kommunikationskommission die folgende Verfügung: "1. Das Gesuch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zur sofortigen Gültigerklärung der von der Gesuchstellerin beantragten Interkonnektionsvereinbarung "Mietleitungen" wird abgewiesen. 2. Das Gesuch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zur sofortigen Gültigerklärung der von der Gesuchstellerin beantragten Interkonnektionsvereinbarung "Übertragungsmedien" wird abgewiesen. ..."
Die Kommunikationskommission bejahte im Rahmen einer summarischen Beurteilung die Anwendbarkeit der Interkonnektionsregeln und schloss zumindest teilweise, d.h. hinsichtlich des "local loop" - der Verbindung zwischen dem einzelnen Haushalt und einer grösseren Zentrale -, nicht aus, dass die Swisscom AG im fraglichen Bereich marktbeherrschend sein könnte. Im Wesentlichen begründete sie ihren ablehnenden Entscheid damit, die Commcare AG erleide ohne vorsorgliche Massnahme keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die beantragte provisorische Lösung sei weder dringlich noch im Übrigen verhältnismässig. Insbesondere habe die Commcare AG die Möglichkeit, mit der Swiss-com AG vorläufig diskriminierungsfrei ein Wholesale-Agreement abzuschliessen, welches ihr die für ihre eigene Tätigkeit erforderlichen Dienstleistungen sicherstelle. Gegen diesen Entscheid erhob die Commcare AG am 9. Juli 1999 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem folgenden Antrag: "Es sei die Verfügung der Eidg. Kommunikationskommission vom 28. Juni 1999 aufzuheben und es sei das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 21. September 1998 gutzuheissen, eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung zurückzuweisen, ..."
Zur Begründung führt die Commcare AG im Wesentlichen aus, entgegen der Auffassung der Kommunikationskommission habe sie keine Möglichkeit zu einem diskriminierungsfreien Wholesale-Agreement. Da es um die Besetzung von Marktanteilen in einem

sich öffnenden Markt gehe, erleide sie einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Die beantragten vorsorglichen Massnahmen seien auch dringlich und verhältnismässig. Schliesslich habe die Kommunikationskommission in wenigstens einem anderen vergleichbaren Fall (Sunrise Communications AG, vormals Newtelco AG, gegen Swisscom AG) vorsorgliche Massnahmen getroffen, weshalb es das Gleichbehandlungsgebot verletze, wenn dies im Fall der Commcare AG nunmehr nicht geschehe. In ihrer Stellungnahme vom 30. August 1999 schliesst die Swiss-com AG auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Im Wesentlichen macht sie geltend, die fraglichen Dienstleis- tungen fielen überhaupt nicht unter die Bestimmungen über die Interkonnektion. Die Swisscom AG beherrsche insofern auch nicht den Markt. Weder erleide die Commcare AG sodann einen nicht leicht ersetzbaren Nachteil, noch sei ein Handeln dringlich und verhältnismässig. Die Kommunikationskommission beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 30. August 1999 die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung bestätigt sie im Wesentlichen ihre Standpunkte im Entscheid vom 28. Juni 1999. Ergänzend führt sie aus, der angerufene Parallelfall (i.S. Sunrise Communications AG) sei nicht vergleichbar, da die damalige Gesuchstellerin im Unterschied zur Commcare AG keine Möglichkeit gehabt habe, die erforderlichen Dienstleistungen anders als über die Interkonnektion zu erlangen. Vergleichbar sei hingegen eine ablehnende Verfügung über vorsorgliche Massnahmen in einem weiteren Verfahren i.S. diAx.
Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Gemäss Art. 3 lit. e FMG bedeutet Interkonnektion die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht. Interkonnektion umfasst sämtliche notwendigen Voraussetzungen, damit Partner miteinander in Kontakt treten und sich gegenseitig Informationen in verständlicher und vollständiger Form zusenden können. Dies bedingt nicht nur die technische und physikalische Verbindung ihrer Anlagen, sondern auch die Kommunikationsfähigkeit

zwischen den verwendeten Betriebs- und Übertragungssystemen sowie zwischen den Fernmeldediensten (BBl 1996 III 1425 und 1427). Ziel der Interkonnektion ist, dass alle Anwender von Fernmeldediensten über die Netze und Dienste aller Anbieter hinweg miteinander kommunizieren können (BBl 1996 III 1425; Peter Fischer, Das Regime für Anbieterinnen von Fernmeldediens- ten, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 107; ders., Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes - Eine Standortbestimmung, in Libéralisation des télécommunications. Concentration d'entreprises, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 39 f.). Dies geschieht insbesondere durch die gemeinsame Nutzung von Fernmeldeanlagen bzw. - netzen, Gebäuden und Grundstücken. Da der Telekommunikationsmarkt bisher von einer staatlichen Monopolistin beherrscht war, bildet die Interkonnektion eine Voraussetzung der vom Fernmeldegesetz bezweckten Liberalisierung des Fernmeldemarktes (ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 17 und 23). Neu in den Markt eintretende Unternehmungen sind darauf angewiesen, die vorhandene Infrastruktur zu geeigneten Bedingungen mitbenützen zu können (vgl. FISCHER, Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes - Eine Standortbestimmung, a.a.O., S. 40; KATHARINA STAMPFLI, Die Prinzipien Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz im Rahmen der Interkonnektion aus ökonomischer Sicht: Der Schlüssel zu wirksamem Wettbewerb?, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 75 ff.). Die gegenseitige Regelung des Netzzuganges gilt als Grundvoraussetzung für einen funktionierenden

Fernmeldemarkt. b) Das Gesetz regelt zwei Arten der Interkonnektion: Mit der Interkonnektionspflicht nach Art. 11 Abs. 2 FMG für alle Anbieter von Diensten der Grundversorgung soll sichergestellt werden, dass alle Kunden von Diensten der Grundversorgung, insbesondere vom Telefondienst, miteinander kommunizieren können, unabhängig davon, bei welchen Anbietern - namentlich ob marktbeherrschend oder nicht - sie angeschlossen sind. Dabei handelt es sich insbesondere um die sogenannte Interoperabilität aller Teilnehmer am Telekommunikationsmarkt (FISCHER, Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes - Eine Standortbestimmung, a.a.O., S. 40; AB 1997 S 87, Votum Schüle). Im vorliegenden Fall steht jedoch nicht diese Variante im Vordergrund, sondern

die Interkonnektionspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG. Danach müssen marktbeherrschende Anbieter von Fernmeldediensten andern Anbietern nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion, d.h. im Wesentlichen Zugang zu ihrem Fernmeldenetz, gewähren (dazu Art. 29 ff. FDV; STAMPFLI, a.a.O., S. 78 ff.). Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Interkonnektion hat in der Regel technisch und tariflich heikle Vereinbarungen zum Inhalt. Mit der in Art. 11 Abs. 1 FMG vorgesehenen Interkonnektionspflicht soll verhindert werden, dass marktbeherrschende Anbieter neuen Konkurrenten mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verbauen (BBl 1996 III 1418 f., 1427). Offen ist freilich - gerade im vorliegenden Zusammenhang - der Anwendungsbereich der beiden Varianten der Interkonnektion untereinander sowie das Verhältnis von Art. 11 FMG zu Art. 12 FMG, wonach unter bestimmten Voraussetzungen die Benutzung von Mietleitungen zu kostenorientierten Preisen angeboten werden muss (vgl. dazu BBl 1996 III 1427). c) Grundsätzlich werden die Bedingungen der Interkonnektion zwischen den beteiligten Unternehmungen direkt vereinbart. Eine staatliche Regelung ist gesetzlich nur subsidiär für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien nicht innert vernünftiger Frist einigen können (BBl 1996 III 1419, 1427; STAMPFLI, a.a.O., S. 79; WEBER, a.a.O., S. 23 f.). Gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG verfügt die Eidgenössische Kommunikationskommission auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (vgl. auch Art. 47 FDV) die Interkonnektionsbedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen, wenn innert drei Monaten zwischen dem zur Interkonnektion verpflichteten Anbieter und dem Anfrager keine Einigung zustande kommt. Auf Gesuch einer Partei - oder von Amtes wegen (vgl. Art. 44 FDV) - kann die Kommission einstweiligen Rechtsschutz gewähren, um die Interkonnektion während des Verfahrens sicherzustellen (Art. 11 Abs. 3 zweiter Satz FMG; vgl. auch Art. 44 FDV). Art. 38 ff. FDV regeln das Verfahren zum Abschluss von Interkonnektionsvereinbarungen, Art. 43 ff. FDV dasjenige um Anordnung einer Verfügung auf Interkonnektion. Gemäss Art. 43 Abs. 2 FDV handelt das Bundesamt für Kommunikation als Instruktionsbehörde. Art. 46 FDV sieht nach der Instruktion eine Schlichtungsverhandlung vor, die der Verfügung

zwingend vorausgeht (dazu FISCHER, Neues Fernmelderecht, a.a.O., S. 115 f.; MATTHIAS RAMSAUER, Behördenorganisation und Rechtswege, in Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 202). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission (Art. 11 Abs. 3 dritter Satz FMG; vgl. auch Art. 45 FDV). d) Nach Art. 11 Abs. 4 FMG unterliegen Verfügungen der Kommunikationskommission in Anwendung von Art. 11 Abs. 3 FMG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (vgl. auch Art. 61 Abs. 1 FMG sowie RAMSAUER, a.a.O., S. 206). Inhaltlich hat der rechtskräftige Entscheid rein privatrechtsgestaltenden Charakter (BBl 1996 III 1427), weshalb Streitigkeiten aus Interkonnektionsvereinbarungen und Interkonnektionsentscheiden an die Zivilgerichte verwiesen werden

(Art. 11 Abs. 4 zweiter Satz FMG).
e) Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin das Gesuch um Anordnung einer Verfügung über Interkonnektion gestellt und dieses mit einem Antrag auf vorsorgliche Massnahmen verbunden. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich nicht um einen Endentscheid in der Sache, sondern um eine verfahrensleitende Zwischenverfügung, mit welcher die Kommunikationskommission es abgelehnt hat, vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Immerhin hat die Vorinstanz im Rahmen einer summarischen Prüfung die grundsätzliche Anwendbarkeit der Interkonnektionsregeln bejaht. Die Beschwerdegegnerin zieht diese Folgerung in Zweifel. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben.

2. a) Gemäss Art. 101 lit. a OG (e contrario) sind Zwischenverfügungen nur dann selbständig mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar, wenn dieses Rechtsmittel auch gegen den Endentscheid offen steht. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall mit Blick auf Art. 11 Abs. 4 FMG erfüllt (vgl. E. 1d). Weiter ist erforderlich, dass die Zwischenverfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 und 45 Abs. 1 VwVG; BGE 122 II 211 E. 1c S. 213; BGE 121 II 116 E. 1b/cc S. 119; KARLEN, in: Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl. 1998, Rz. 3.14 und 3.15). Selbständig anfechtbar sind namentlich Verfügungen über vorsorgliche Mass-nahmen (Art. 45 Abs. 2 lit. g VwVG). Auch bei den in Art. 45 Abs. 2 VwVG als selbständig anfechtbar bezeichneten Zwischenverfügungen gilt jedoch grundsätzlich als Voraussetzung der Zulässigkeit einer Beschwerde, dass der Beschwerdeführer einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleiden muss (BGE 122 II 211 E. 1c

S. 213, mit Hinweis). Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde genügt freilich ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse für die Annahme eines schutzwürdigen Interesses bzw. für die Begründung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils (BGE 120 Ib 97 E. 1c S. 99 f.; KARLEN, a.a.O., Rz. 3.14). Immerhin trägt die Beschwerdeführerin insofern die Beweislast. b) Die Beschwerdeführerin macht unter dem Gesichtspunkt des irreversiblen Nachteils geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt insofern unrichtig festgestellt, als sie davon ausgegangen sei, der Beschwerdeführerin stehe diskriminierungsfrei das sogenannte (übliche) Wholesale-Angebot der Beschwerdegegnerin offen. Für die Mietleitungen habe sie nämlich nur bedingt von den üblichen Rabatten profitiert. Für die übrigen Übertragungsmedien gebe es sodann gar kein Wholesale-Angebot. Weiter ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, sie erleide durch den höheren Preis, den sie ohne Interkonnektion zu entrichten habe, einen irreversiblen Nachteil. Hinzu komme, dass sie im Rahmen der Wholesale - Agreements von der Beschwerdegegnerin nicht die gleichen Rabatte erhalte wie ihre Konkurrenz. Zudem könne sie ohne Interkonnektion nicht gleich viele Anteile in einem sich öffnenden Markt besetzen.

3. a) Aus den Beilagen, welche die Beschwerdeführerin mit ihrem Gesuch vom 13. Dezember 1998 um Einleitung eines zweiten Schriftenwechsels an die Vorinstanz einreichte, geht hervor, dass sie bei den ihr fakturierten Preisen nicht konsequent von Rabatten der Swisscom AG profitierte. Aus der Rechnung für Oktober 1998 ist beispielsweise ersichtlich, dass sie für die damals neu eingerichteten Leitungen mit einer Ausnahme keinen Rabatt erhielt. Über die Preise, welche die Beschwerdegegnerin der Konkurrenz der Beschwerdeführerin damals verrechnete, liegen indessen keine Belege vor. b) In ihrer Replik vom 10. Februar 1999 an die Vorinstanz machte die Beschwerdeführerin geltend, die Preise der Beschwerdegegnerin für Mietleitungen und Übertragungsmedien würden sich nicht an den Kosten orientieren, sondern seien um rund das Doppelte überhöht. Die Beschwerdeführerin unterschied somit im Hinblick auf das Wholesale-Angebot selbst nicht zwischen Mietleitungen und andern Übertragungsmedien. Die Behauptung in der Beschwerde an das Bundesgericht, das Wholesale-Angebot umfasse die Übertragungsmedien nicht, ist insofern neu und steht in einem gewissen Widerspruch zur früheren Position der Beschwerdeführerin.

c) In ihrer Duplik vom 24. März 1999 vor der Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin behauptet, der Beschwerdeführerin würden sowohl Mietleitungen als auch Übertragungsmedien diskriminierungsfrei angeboten. Sie führte aus, die Beschwerdeführerin verfüge bereits seit geraumer Zeit über die von ihr benötigten Mietleitungen und Übertragungsmedien. Drittbewerber erhielten keine günstigeren Konditionen; vielmehr stünden der Beschwerdeführerin die verschiedenen Preismodelle diskriminierungsfrei offen. Diesen Standpunkt hat die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung an das Bundesgericht wiederholt. Die Vorinstanz konnte damit zu Recht davon ausgehen, dass das Wholesale-Angebot der Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin spätestens mit den entsprechenden Bekräftigungen in den Rechtsschriften vor der Kommunikationskommission verbindlich offeriert wurde und sich die Beschwerdegegnerin darauf behaften lassen muss. Mit der Wiederholung der Offerte in der Vernehmlassung vor dem Bundesgericht steht dieses Angebot der Beschwerdeführerin auch heute noch zur Verfügung und es ist ihr überlassen, davon Gebrauch zu machen.

4. a) Ein allfälliger finanzieller Nachteil, wie ihn die Beschwerdeführerin weiter geltend macht, stellt zwar zweifellos einen wirtschaftlichen und damit grundsätzlich massgeblichen Nachteil dar. Entscheidend ist aber, ob er wiedergutzumachen wäre oder nicht. b) Wie bereits dargelegt, liegt kein irreversibler Nachteil vor im Vergleich mit anderen Kunden der Beschwerdegegnerin, da der Beschwerdeführerin dieselben finanziellen Bedingungen offen stehen. Hingegen kann davon ausgegangen werden, dass allfällige Interkonnektionstarife, soweit die Beschwerdeführerin darauf Anspruch hätte, im Vergleich mit den Wholesale-Preisen billiger wären. Nach Art. 11 Abs. 1 FMG hat die Preisgestaltung bei der Interkonnektion, soweit die entsprechenden Regeln im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar wären (vgl. E. 1e), transparent und kostenorientiert zu sein. In der möglichen Differenz zwischen den ordentlichen Preisen gemäss dem Wholesale-Angebot und denjenigen der Interkonnektion könnte für die Beschwerdeführerin ein finanzieller Nachteil liegen. Nun ist aber nicht ersichtlich, dass ein solcher Nachteil nicht wiedergutzumachen wäre. Die Beschwerdeführerin scheint zwar der Ansicht zu sein, eine allfällige Interkonnektionsverfügung wirke zeitlich erst ab Rechtskraft und könne keine rückwirkende Geltung haben. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb dies so sein sollte. Auch die Vorinstanz geht davon aus, dass allfällige finanzielle Differenzen

bei einem Obsiegen der Beschwerdeführerin im Hauptverfahren rückwirkend ausgeglichen werden könnten. Damit würde ein eventuell überhöhter Preis für Mietleitungen und Übertragungsmedien rückerstattungspflichtig. Die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin und damit die Einbringlichkeit allfälliger Rückerstattungsansprüche (vgl. dazu BGE 108 II 228 E. 2b) stehen nicht zur Diskussion.

5. a) Sodann behauptet die Beschwerdeführerin, sie werde im Vergleich mit einer anderen Gesuchstellerin um Interkonnektion, bei der im Rahmen des Entscheids über vorsorgliche Massnahmen das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bejaht worden sei (Verfahren i.S. Sunrise Communications AG, vormals Newtelco AG, gegen Swisscom AG), ungleich behandelt. b) Wie die Vorinstanz zu belegen vermag, ist die sachliche Ausgangslage in den beiden Fällen nicht vergleichbar. Im Parallelfall i.S. Sunrise Communications AG (Verfügung der Kommunikationskommission über vorsorgliche Massnahmen vom 29. April 1998) hatte die Gesuchstellerin keine Möglichkeit, ihre Bedürfnisse durch vertragliche Vereinbarung zu decken, womit sie ohne vorsorgliche Interkonnektionsmassnahme von den erforderlichen und angestrebten Leistungen der Beschwerdegegnerin, insbesondere dem physischen Zugang zum Telekommunikationsnetz, ausgeschlossen und damit im Markt zweifellos behindert gewesen wäre. Im vorliegenden Fall steht der Beschwerdeführerin jedoch das Wholesale-Angebot offen. Sie kann die notwendigen Dienstleistungen beziehen und damit ihrer eigenen

erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen. In der Beschwerdeschrift an das Bundesgericht räumt die Beschwerdeführerin sogar ausdrücklich ein, sie beziehe zurzeit bei der Beschwerdegegnerin Mietleitungen und Übertragungsmedien. Diese Ausgangslage ist eher vergleichbar mit derjenigen in einem anderen Fall (diAx gegen Swisscom AG), in welchem ebenfalls der physische Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin gewährleistet war und einzig die Benutzungsbedingungen, insbesondere die provisorische Preisfestsetzung, strittig waren. Die Vorinstanz hat damals vorsorgliche Massnahmen ebenfalls abgelehnt.

6. a) Nachdem die Beschwerdeführerin die von ihr angestrebten Dienstleistungen der Beschwerdegegnerin beziehen kann, ist sie vom Markt nicht ausgeschlossen. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sie in ihrer wettbewerbswirtschaftlichen Stellung im Markt im Vergleich mit Drittkonkurrenten benachteiligt wäre. Diese sehen sich derzeit denselben Bedingungen gegenüber und müssen

mit denselben Preisangeboten wirtschaften, wie sie auch der Beschwerdeführerin offen stehen. Im Gegenteil würde die Anerkennung von Interkonnektionsbedingungen zu einer Besserstellung der Beschwerdeführerin gegenüber ihren Drittkonkurrenten führen und wohl eine Reihe von Folgegesuchen dieser Konkurrenz auslösen. Das schliesst zwar nicht eine allfällige Gutheissung in der Sache aus, belegt aber, dass der Beschwerdeführerin bei der heutigen Sachlage kein wettbewerbswirtschaftlicher Nachteil erwächst. Diese kann ihre Dienste insoweit ungehindert anbieten, und es gibt keine Hinweise dafür, dass sie dabei nicht erfolgreich wäre. Die Beschwerdegegnerin verweist in diesem Zusammenhang im Übrigen auf den eigenen Internet-Auftritt der Beschwerdeführerin, woraus sich in der Tat ergibt, dass diese auch in den Jahren 1998 und 1999 neue bedeutende Kundschaft gewinnen konnte. b) Eine Ausnahme gilt immerhin insoweit, als die Beschwerdeführerin mit der Beschwerdegegnerin selber in Konkurrenz steht. In diesem beschränkten Bereich erleidet die Beschwerdeführerin einen wettbewerbswirtschaftlichen Nachteil, der nicht leicht wiedergutzumachen ist, weil sie riskiert, in Konkurrenz zur Beschwerdegegnerin Aufträge wegen allenfalls überhöhter Preise derselben für erforderliche Grundleistungen nicht zu erhalten und damit in ihrer wettbewerbswirtschaftlichen Entfaltung mit bleibender Wirkung behindert zu sein. Nur in diesem begrenzten Rahmen kann auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde somit eingetreten werden.

7. a) Nach der Rechtsprechung ist der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unter Abwägung der entgegenstehenden Interessen und unter Beachtung des Verhältnismässigkeits-prinzips zu fällen, wobei der durch die Endverfügung zu treffende Zustand weder präjudiziert noch verunmöglicht werden darf (BGE 119 V 503 E. 3 S. 506; GEROLD STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, ZBl 94/1993 S. 149 f.).
b) Die Beschwerdeführerin berief sich vor der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Konkurrenzsituation zur Beschwerdegegnerin darauf, sie sei dieser zweimal in einer Ausschreibung als Konkurrentin unterlegen. Sie zog daraus den Schluss, die Selbstkostenpreise der Beschwerdegegnerin lägen 60% unter dem Wiederverkaufspreis. Näher darzulegen vermochte sie diese Behauptung im damaligen Verfahren indessen nicht. Auch vor dem Bundesgericht reichte sie keine Belege dafür ein, welche einen solchen Schluss wenigstens glaubhaft machen würden.

Unter diesen Umständen überwiegt das Interesse der Beschwerdeführerin an vorsorglichen Massnahmen das-

jenige der Beschwerdegegnerin nicht. Dabei ist namentlich zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin lediglich in ihrer Marktentfaltung gegenüber der Beschwerdegegnerin als direkter Konkurrentin benachteiligt ist, dass es sich dabei um eine relativ geringe Behinderung handelt und dass sie durch allfällige vorsorgliche Interkonnektionsmassnahmen gegenüber Drittkonkurrenten bevorteilt würde; diese könnten sich deswegen zu vergleichbaren Schritten veranlasst sehen, um selber - gegenüber der Beschwerdeführerin - konkurrenzfähig zu bleiben. Eine Kettenreaktion bzw. eine Reihe weiterer Interkonnektionsgesuche mit Anträgen auf provisorische Preisreduktionen wären die Folge. Solche Konsequenzen erweisen sich angesichts der unsicheren tatsächlichen und rechtlichen Ausgangslage im Rahmen des Entscheids über vorsorgliche Massnahmen als zu weitreichend, weshalb solche Massnahmen zurzeit nicht angebracht und verhältnismässig erscheinen. Es ist der Beschwerdeführerin zumutbar, den Entscheid in der Sache abzuwarten, welcher durch die Verweigerung provisorischer Vorkehren in keiner Weise präjudiziert oder verunmöglicht wird. c) Scheitern vorsorgliche Interkonnektionsmassnahmen bereits am Erfordernis des überwiegenden Interesses sowie der Verhältnismässigkeit, können die übrigen strittigen Fragen im vorliegenden Verfahren, insbesondere die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Interkonnektionsrechts sowie diejenigen nach der Marktbeherrschung der Beschwerdegegnerin sowie der Dringlichkeit provisorischer Massnahmen, offen bleiben.