Urteilskopf

127 II 132

14. Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 13. März 2001 i.S. Swisscom AG gegen TDC Switzerland AG (vormals diAx) und Eidgenössische Kommunikationskommission (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 97 und 101 lit. a OG, Art. 5 und 45 VwVG, Art. 3 und 11 FMG sowie Art. 43 ff. FDV; einstweiliger Rechtsschutz im Interkonnektionsverfahren zwecks Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse (Zugang zur so genannten "letzten Meile").

Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (E. 1 und 2).

Kriterien für die Zulässigkeit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen; insbesondere drängt sich bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten Zurückhaltung auf im Hinblick auf die Berücksichtigung der Hauptsachenprognose (E. 3 und 4).

Regeste (fr):
Art. 97 et 101 let. a OJ, art. 5 et 45 PA, art. 3 et 11 LTC et art. 43 ss OST; protection juridique provisoire dans la procédure d'interconnexion en vue de la libéralisation des raccordements téléphoniques (accès au soi-disant "dernier mille").

Recevabilité du recours de droit administratif (consid. 1 et 2).

Critères pour la prise d'une ordonnance de mesures provisoires; en particulier, en cas de manque de clarté de la situation de fait ou de droit, il s'impose de faire preuve de retenue lors de la prise en compte du pronostic sur l'issue du litige (consid. 3 et 4).

Regesto (it):
Art. 97 e 101 lett. a OG, art. 5 e 45 PA, art. 3 e 11 LTC e art. 43 segg. OST; protezione giuridica a titolo provvisorio nell'ambito di una procedura di interconnessione volta alla liberalizzazione dei collegamenti con gli utenti (accesso al cosiddetto "ultimo miglio").

Ricevibilità del ricorso di diritto amministrativo (consid. 1 e 2).

Criteri per poter adottare delle misure cautelari; in particolare, quando la situazione di fatto o di diritto non è chiara, occorre dar prova di una certa prudenza nel prendere in considerazione il presumibile esito della lite (consid. 3 e 4).

Sachverhalt ab Seite 133

BGE 127 II 132 S. 133

Mit Gesuch vom 31. Juli 2000 beantragte diAx bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission, ihr gegenüber der Swisscom AG in verschiedener Hinsicht Interkonnektion zu gewähren und eine entsprechende Interkonnektion bereits vor dem Hauptentscheid in der Sache durch vorsorgliche Massnahme anzuordnen. Im

Wesentlichen bezweckte diAx dabei die Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse (Zugang zur so genannten "letzten Meile", zum "local loop", d.h. zur physischen Leitung zwischen dem Hausanschluss des Endkunden und der Ortszentrale oder einer ähnlichen Anlage) im Fernmeldebereich im Hinblick auf drei Zugangsformen: beim so genannten "full access" durch vollständige Vermietung der Zugangsleitung (in der Regel ein doppeladriges Kupferkabel) der Swisscom AG an diAx; beim so genannten "line sharing" durch Übertragung der Breitbandfrequenzen an diAx für die Datendienste (die Schmalbandfrequenzen für die Telefondienste verbleiben bei der Swisscom AG), wobei diAx eine eigene Infrastruktur (namentlich Hochgeschwindigkeits-Modems) zur Benützung der Frequenzen bereitstellen muss; beim so genannten "bitstream access" durch Zurverfügungstellen einer Hochgeschwindigkeitsverbindung für Datenübertragungen unter ausschliesslicher technischer Kontrolle durch die Swisscom AG. Am 8. August 2000 wies die Kommunikationskommission ein Begehren der diAx ab, die verlangten vorsorglichen Massnahmen superprovisorisch zu treffen. Mit Stellungnahme vom 8. September

2000 schloss die Swisscom AG auf Abweisung des Gesuchs um Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Am 9. November 2000 hiess die Kommunikationskommission - in der Besetzung von Präsident und Vizepräsident - das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen teilweise gut. Im Wesentlichen verpflichtete sie dabei die Swisscom AG, in Zusammenarbeit mit diAx innert drei Monaten ein Standardangebot für die ersuchten Dienstleistungen im Bereich des "shared line access" und des "full access" auszuarbeiten; weiter wurde die Swisscom AG verpflichtet, innert drei Monaten gegenüber diAx die Voraussetzungen bereitzustellen, um in den sieben grössten Schweizer Städten gewisse Bandbreiten im Sinne des "bitstream access" zu bestimmten Preisen zugänglich zu machen; sodann verpflichtete die Kommunikationskommission die Swisscom AG, innert sechs Monaten für die gleichen Bandbreiten den "bitstream access" unter denselben Bedingungen in allen Anschlusszentralen mit mehr als 3000 aktiven Anschlüssen einzurichten. Gegen diese vorsorglichen Massnahmen hat die Swisscom AG am 20. November 2000 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Rechtsbegehren, die Verfügung der Kommunikationskommission vom 9. November 2000 sei aufzuheben und das Gesuch von diAx um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sei abzuweisen. Die Kommunikationskommission schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 8. Januar 2001 auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Am 23. Januar 2001 fusionierte diAx mit der sunrise communications SA. Die neue Gesellschaft TDC Switzerland AG beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 9. Februar 2001 ebenfalls die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 12. Dezember 2000 hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und hebt die Verfügung der Kommunikationskommission ersatzlos auf

Erwägungen

aus den folgenden Erwägungen:

1. a) Gemäss Art. 3 lit. e des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) 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. Ziel der Interkonnektion ist, dass alle Anwender von Fernmeldediensten über die Netze und Dienste aller Anbieter hinweg miteinander kommunizieren können. Die Regelung des gegenseitigen Netzzuganges gilt als Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Fernmeldemarkt (BGE 125 II 613 E. 1a mit weiteren Hinweisen). Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieter von Fernmeldediensten anderen Anbietern nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnektion fest, was er in Art. 29 ff. der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) getan hat. 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 (BGE 125 II 613 E. 1b S. 618; BBl 1996 III 1418f., 1427).
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 (vgl. Art. 11 Abs. 3 FMG; BGE 125 II 613 E. 1c; BBl 1996 III 1419, 1427). b) 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; Art. 44 FDV). Art. 38 ff. FDV regeln das Verfahren zum Abschluss von Interkonnektionsvereinbarungen,

Art. 43 ff. FDV dasjenige zur Anordnung einer Verfügung auf Interkonnektion. Gemäss Art. 43 Abs. 2 FDV handelt das Bundesamt für Kommunikation als Instruktionsbehörde. Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission (Art. 11 Abs. 3 dritter Satz FMG; Art. 45 FDV). 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; BGE 125 II 613 E. 1d S. 619). c) Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin 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 den Endentscheid in der Sache, sondern um eine verfahrensleitende Zwischenverfügung, mit welcher die Kommunikationskommission im Sinne des einstweiligen Rechtsschutzes vorsorgliche Massnahmen getroffen hat.

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 und Art. 61 Abs. 1 FMG erfüllt (vgl. E. 1b). Weiter ist erforderlich, dass die Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 und 45 Abs. 1 VwVG; BGE 125 II 613 E. 2a S. 619; BGE 122 II 211 E. 1c S. 213; BGE 121 II 116 E. 1b/cc S. 119). Selbständig anfechtbar sind namentlich Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen (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 wieder gutzumachenden Nachteil erleiden muss (BGE

125 II 613 E. 2a S. 619; 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 125 II 613 E. 2a S. 620; BGE 120 Ib 97 E. 1c S. 99 f.). b) Mit dem angefochtenen Massnahmeentscheid regelte die Vorinstanz nicht nur das Verhältnis zwischen den Parteien, sondern

griff hoheitlich zulasten der Beschwerdeführerin in den Telekommunikationsmarkt ein. Mit den angefochtenen Massnahmen sollen die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass es der Beschwerdegegnerin ermöglicht würde, mit der Beschwerdeführerin bei den fraglichen Angeboten in direkte Konkurrenz zu treten und zulasten der Beschwerdeführerin Marktanteile zu gewinnen. Die Erfüllung der ihr auferlegten Pflichten hätte bei der Beschwerdeführerin offensichtlich erhebliche personelle, administrative, technische und finanzielle Aufwendungen zur Folge, deren Rückabwicklung - zumindest teilweise - als ausgeschlossen oder nur äusserst schwierig realisierbar erscheint. Die Beschwerdeführerin könnte auch nicht damit rechnen, dafür vollständig entschädigt zu werden. Angesichts der durch die Massnahmeverfügung vorgezeichneten direkten Konkurrenzlage und der nicht vollständig reversiblen bzw. ersetzbaren Aufwendungen erleidet die Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich daher als zulässig.

3. Art. 11 Abs. 3 zweiter Satz FMG sowie Art. 44 FDV enthalten zwar eine gesetzliche Regelung der vorsorglichen Massnahmen im Interkonnektionsverfahren, sie regeln indessen die Voraussetzungen der Ergreifung einstweiliger Vorkehren nicht ausdrücklich. Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, die Wirksamkeit derselben sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen, wie sie hier zur Diskussion stehen, wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt (KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 121, Rz. 332; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, S. 212, Rz. 1089). Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist weiter, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig

erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf dadurch jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (BGE 125 II 613 E. 7a S. 623; BGE 119 V 503 E. 3 S. 506; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 121 f., Rz. 334 f.; RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 212, Rz. 1091; GEROLD STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: ZBl 94/1993 S. 149 f.). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage (RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 212, Rz. 1093). Dabei kann die Hauptsachenprognose insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidgrundlagen ja erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden.

4. a) Die Beschwerdegegnerin, welche die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen beantragt hatte, verfügt über ein erhebliches Interesse, in den Markt über die Teilnehmeranschlüsse mittels physischer Leitungen (in der Regel Kupferkabel), für den die Beschwerdeführerin noch immer eine - wenigstens faktische - Monopolstellung innehat, einzutreten. Sie versucht dies im vorliegenden Zusammenhang über die Regeln der Interkonnektion zu erreichen. Dabei ist strittig, ob die Beschwerdeführerin neben dem faktischen Monopol, das auf ihre Zeit als staatliche Monopolistin im Fernmeldebereich zurückgeht, auch weiterhin ein rechtliches Ausschlussrecht besitzt. Darüber wird im Hauptverfahren zu befinden sein. Je länger die vorliegende Situation andauert, desto mehr verzögert sich der allfällige Markteintritt der Beschwerdegegnerin, sollte sie in der Hauptsache obsiegen. Als direkte Konkurrentin gegenüber der Beschwerdeführerin hätte sie dadurch nicht nur finanzielle Nachteile - durch den Verlust zusätzlicher Gewinnaussichten - in Kauf zu nehmen, sondern sie wäre zusätzlich in ihrer wettbewerbswirtschaftlichen Entfaltung, namentlich im Vergleich mit der Beschwerdeführerin, behindert. Ein Verzicht auf die vorsorglichen Massnahmen würde daher für die Beschwerdegegnerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (vgl. BGE 125 II 613 E. 6 S. 622 f.). b) Für die Beschwerdegegnerin steht der Zugang zu einem Marktsegment auf dem Spiel, das für die weitere Entwicklung des Fernmeldemarktes und ihrer wettbewerbswirtschaftlichen Entfaltung wichtig sein könnte. Mit ihrem Vorgehen könnte die Beschwerdegegnerin nicht nur gegenüber der Beschwerdeführerin

in einem neuen Marktsegment in direkte Konkurrenz treten, sondern sich darüber hinaus auch gegenüber weiteren - aktuellen und künftigen - Konkurrenten auf dem Markt der Breitbanddienste einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil erarbeiten. Als mögliches Ergebnis ihres Vorprellens bildet diese Chance aus ihrer Sicht die positive Auswirkung des eingegangenen Prozessrisikos, das sie ebenfalls allein trägt. Der Beschwerdeführerin geht es demgegenüber darum, einen Marktvorsprung zu wahren, von dem sie meint, dass er ihr aufgrund der geltenden Rechtslage zustehe und vom Gesetzgeber zugesichert worden sei; sie will auch einen Aufwand vermeiden, der sich je nach Ausgang des Hauptverfahrens, mit dessen Ergebnis kaum innert dem Zeitraum zu rechnen ist, der vorerst von der vorsorglichen Massnahme geregelt wird, als unnütz erweisen könnte. Die Interessen beider Parteien erscheinen gewichtig. Keine der beiden Parteien macht aber geltend, dass zurzeit geradezu ihre wirtschaftliche Existenz in Frage stünde. c) Wohl hat die Beschwerdegegnerin ein klares und nachvollziehbares Interesse an einem baldigen Markteintritt, doch erweist es sich nicht als erforderlich, diesen sofort zu ermöglichen. Die Beschwerdegegnerin und die Kommunikationskommission bringen zwar vor, das öffentliche Interesse verlange eine möglichst baldige Öffnung des Marktes. Das Publikum ist aber von den fraglichen Dienstleistungen im Wesentlichen nicht ausgeschlossen. Es kann hier offen bleiben, ob taugliche Alternativmöglichkeiten bestehen, was unter anderem zwischen den Parteien gerade strittig ist; jedenfalls gibt es für das Publikum ein gewisses Angebot, selbst wenn dieses weiterhin lediglich auf die Beschwerdeführerin zurückgehen und allenfalls ohne erheblichen Preisdruck durch Konkurrenzangebote zustande kommen sollte. Die Beschwerdeführerin ist als Grundversorgungskonzessionärin in bestimmtem Masse zur Gewährleistung der Teilnehmeranschlüsse im Übrigen auch verpflichtet (vgl. Art. 16 FMG sowie Art. 15 Abs. 1 lit. a und Art. 20 FDV). Dass dies nicht auch für den Hochleistungsbereich bei der Datenübertragung gilt und die Beschwerdeführerin eventuell nicht genau das gleiche Angebot bei den Breitbanddiensten führt, wie es die Beschwerdegegnerin vorsieht, ändert nichts daran, dass dem Publikum ein (vorläufig) genügendes Angebot offen steht. Die Marktöffnung im Bereich der "letzten Meile" zugunsten anderer Wettbewerbsteilnehmer mag immerhin ein langfristiges gesamtwirtschaftliches Ziel sein. Es ist jedoch keineswegs sicher, dass

sich der Standpunkt der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz, wonach der Teilnehmeranschluss bereits nach der heutigen Rechtslage dem Interkonnektionsregime unterstehe, mit den damit verbundenen Folgen im Ergebnis auch durchsetzen wird. d) Über die sich stellenden Rechtsfragen, welche von der Beschwerdegegnerin in einem Pilotverfahren aufgenommen und den Behörden vorgetragen worden sind, ist erstmalig zu entscheiden. Bei der Kommunikationskommission handelt es sich um eine erstinstanzliche Behörde, deren Entscheid keiner dem Bundesgericht vorgeschalteten gerichtlichen Überprüfung unterliegt, sondern unmittelbar bei diesem anzufechten ist. In der Sache stellen sich heikle und komplexe Rechtsfragen mit unbestimmtem Ausgang, über die bisher noch nie in einem Rechtsmittelverfahren entschieden worden ist.
Dementsprechend erweist sich die Hauptsachenprognose als schwierig. Die sich stellenden Rechtsfragen bedürfen eingehender Prüfung. Das Gesetz sieht nämlich nicht ausdrücklich vor, dass die Teilnehmeranschlüsse den Regeln über die Interkonnektion unterstehen. Um dies zu beurteilen, bedarf es daher einer vertieften Analyse der geltenden Rechtslage sowie einer sorgfältigen Auslegung der bestehenden Grundlagen. Zwar wird darauf im angefochtenen Entscheid schon beinahe umfassend eingegangen und legen beide Parteien wie auch die Vorinstanz ausführlich dar, weshalb aus ihrer jeweiligen Sicht die Rechtslage so oder anders sein soll. Die Ausgangslage ist aber völlig offen, und es zeichnet sich weder in der einen noch in der anderen Richtung eine eindeutige Rechtsauffassung ab. Bezeichnend ist, dass beide Parteien je ein Gutachten eines Professors des öffentlichen Rechts mit unterschiedlicher Würdigung der Rechtslage eingereicht haben. Weiter fällt auf, dass der angefochtene Entscheid bereits einem Entscheid in der Sache nahekommt, ohne dies tatsächlich zu sein. Die Vorinstanz hat das Schwergewicht nicht auf die Frage des einstweiligen Rechtsschutzes gelegt, sondern sich über weite Teile vorrangig mit der Hauptsachenprognose befasst. Dass sie ihre Verfügung über 30 enggeschriebene Seiten (zuzüglich neunseitigem Anhang) begründet hat, wovon sich rund zwölf Seiten unmittelbar und weitere fünf Seiten unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit indirekt mit der Erfolgsprognose befassen, belegt, dass die Kommunikationskommission vorwiegend den Sachentscheid vorweggenommen hat. Damit hat sie nicht nur die Parteien dazu verleitet, wenn nicht gar gezwungen, sich in ihren Rechtsschriften ans

Bundesgericht ebenfalls eingehend mit der Hauptfrage auseinander zu setzen, sondern sie hat sich selber im Ergebnis kaum mehr einen Spielraum für den Entscheid in der Sache gelassen. Die Vorinstanz hat damit die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes und die Kriterien für vorsorgliche Massnahmen verkannt. Den Sachentscheid bereits in dem Masse vorwegzunehmen, wie dies die Vorinstanz getan hat, wäre lediglich dann zulässig, wenn die Hauptsachenprognose eindeutig und unzweifelhaft wäre. Vorliegend trifft jedoch das Gegenteil zu. Eine klare Prognose aufgrund einer vorläufigen summarischen Prüfung ist nicht möglich. e) Ist die rechtliche Ausgangslage in diesem Sinne zurzeit noch mit erheblichen Unklarheiten verbunden, kann ein entsprechend begründetes öffentliches Interesse nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Angesichts der vergleichbaren Interessenlage der Parteien rechtfertigt es sich daher im vorliegenden Zusammenhang nicht, vor Klärung der sich stellenden Rechtsfragen die bisherige Situation vorsorglich zu ändern und damit auf dem fraglichen Markt möglicherweise Folgen auszulösen, deren Tragweite zurzeit nicht überschaubar erscheint. Dabei ist in diesem Zusammenhang durchaus auch beachtlich, dass der Massnahmeentscheid eine Reihe von Folgegesuchen weiterer potentieller Konkurrenten nach sich ziehen könnte (vgl. BGE 125 II 613 E. 7b S. 624). Auch wenn der allfällige Marktvorsprung der Beschwerdegegnerin auf ihre Risikobereitschaft zurückgeht und insoweit einen Ausgleich zum eingegangenen Kostenrisiko schafft, muss die Möglichkeit einer Kettenreaktion mit den damit verbundenen Auswirkungen auf den in Frage stehenden Markt mit berücksichtigt werden. Aus Gründen der Rechtsgleichheit könnten Folgegesuche nicht ohne weiteres abgelehnt werden. Sollte sich in der Hauptsache dereinst aber der Standpunkt der Beschwerdeführerin durchsetzen, wäre kaum vorstellbar, wie eine Rückabwicklung einer vorsorglichen Öffnung der Teilnehmeranschlüsse geordnet ablaufen könnte. Bei umgekehrtem Verfahrensausgang erscheint demgegenüber eine kontrollierte Öffnung nach definitiver Klärung der Rechtslage

auch dann als bedeutend einfacher und sinnvoller, wenn vorsorgliche Massnahmen unterbleiben. f) Unter diesen Umständen überwiegen die Interessen der Beschwerdegegnerin an der Anordnung einstweiliger Vorkehren die entgegenstehenden Interessen auf Seiten der Beschwerdeführerin nicht. Daran ändert nichts, dass sich der angefochtene Massnahmeentscheid hauptsächlich auf Vorbereitungsarbeiten beschränkt und die Beschwerdeführerin noch nicht unmittelbar zur Marktöffnung zwingt.

Bereits diese Vorbereitungsarbeiten wären aufwendig. Sodann würde dadurch - trotz unsicherer Hauptsachenprognose - ein Sachzwang geschaffen, der dazu führen könnte, dass später die Interkonnektionspflicht der Beschwerdeführerin nur schon deshalb bejaht würde, um zu vermeiden, dass die erzwungenen Vorbereitungsarbeiten nachträglich sinnlos würden. Damit besteht aber eine erhebliche Gefahr der Vorwegnahme des Hauptentscheides. Gleichzeitig ist bereits der angefochtene Massnahmeentscheid mit dem Risiko nicht mehr überschaubarer Auswirkungen auf dem fraglichen Markt verbunden. Gemessen an diesen Folgen ist der angefochtene Entscheid unverhältnismässig. Überdies kann nicht davon ausgegangen werden, der Standpunkt der Beschwerdegegnerin sei in dem Masse begründet, dass sich der sofortige provisorische Vollzug der beantragten Massnahmen vor vollständiger Prüfung der Rechtslage als notwendig und dringlich erweist.