Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.586/2003
2A.610/2003 /kil

Urteil vom 1. Oktober 2004
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Merkli,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
2A.586/2003
Swisscom AG, Hauptsitz, Alte Tiefenaustrasse 6,
3050 Bern,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Andreas Pöll, Swisscom AG, Hauptsitz,
Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern,

gegen

TDC Switzerland AG, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zürich,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Beat Moser, Rechtsanwalt, und Stephan Kratzer, Fürsprecher,
TDC Switzerland AG, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zürich,

Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom), Marktgasse 9, 3003 Bern,

und

2A.610/2003
TDC Switzerland AG, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zürich,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Beat Moser, Rechtsanwalt, und Stephan Kratzer, Fürsprecher,
TDC Switzerland AG, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zürich,

gegen

Swisscom AG, Hauptsitz, Alte Tiefenaustrasse 6,
3050 Bern,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Andreas Pöll, Swisscom AG, Hauptsitz,
Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern,

Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom), Marktgasse 9, 3003 Bern.

Gegenstand
Interkonnektion,

Verwaltungsgerichtsbeschwerden (2A.586/2003 und 2A.610/2003) gegen die Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) vom
6. November 2003.

Sachverhalt:
A.
Am 3. April 2000 reichte die TDC Switzerland AG beim Bundesamt für Kommunikation zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission ein Gesuch ein, mit dem sie die Festlegung der Bedingungen für bestimmte Interkonnektionsdienste im Verhältnis zur Swisscom AG beantragte. Mit Verfügung vom 6. November 2003 gab die Kommunikationskommission diesem Interkonnektionsgesuch statt. Insbesondere verpflichtete sie die Swisscom AG, mit Wirkung ab dem 1. Januar 2000 bestimmte Interkonnektionsdienste zu genau festgelegten Preisen für die Jahre 2000 bis 2003 anzubieten bzw. abzurechnen. Darüber hinaus traf sie ergänzende Anordnungen und auferlegte der Gesuchsgegnerin die gesamten Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 889'790.–.
B.
B.a Mit Eingabe vom 8. Dezember 2003 (Eingang beim Bundesgericht: 10. Dezember 2003) erhob die Swisscom AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen die Verfügung der Kommunikationskommission vom 6. November 2003 (Verfahren 2A.586/2003). Am 12. Dezember 2003 forderte der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts die Swisscom AG auf, eine verbesserte Beschwerdeschrift einzureichen; dabei habe sie insbesondere darauf zu achten, dass die Beschwerdeschrift als solche keine als vertraulich bezeichneten Passagen mehr enthalte; gleichzeitig sei auch bei den Anhängen und Beilagen eine Trennung zwischen solchen, die als vertraulich erachtet würden, und anderen vorzunehmen. Am 16. Januar 2004 ging die in diesem Sinne verbesserte Beschwerdeschrift - mit je einem Ordner mit als vertraulich bezeichneten und einem Ordner mit den restlichen Unterlagen als Beilage - beim Bundesgericht ein. Die Swisscom AG beantragt hauptsächlich, die Verfügung der Kommunikationskommission sei aufzuheben und das Interkonnektionsgesuch der TDC Switzerland AG sei abzulehnen; eventuell seien die Interkonnektionsbedingungen neu festzulegen bzw. es sei die Sache, soweit das Bundesgericht nicht selber entscheiden sollte, zur
neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
B.b Am 10. Dezember 2003 erhob auch die TDC Switzerland AG beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Kommunikationskommission vom 6. November 2003 (Verfahren 2A.610/2003). Die TDC Switzerland AG stellt hauptsächlich den Antrag, die Verfügung der Kommunikationskommission sei im Hauptpunkt (nämlich in Ziff. 1, wo die Interkonnektionspreise festgelegt werden) aufzuheben und es sei die Sache insoweit an die Kommunikationskommission zur Neubeurteilung und zur neuen Preisfestsetzung zurückzuweisen.
C.
C.a Mit Verfügung vom 23. Januar 2004 vereinigte der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts die beiden Verfahren 2A.586/2003 und 2A.610/2003. Weiter ordnete er die Zustellung der Beschwerdeschriften mit den entsprechenden Beilagen an, soweit diese nicht als vertraulich bezeichnet worden waren. Im Verfahren 2A.586/2003 verfügte er superprovisorisch, bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung hätten vorerst sämtliche Vollziehungsvorkehren zu unterbleiben. Überdies beschränkte er die beiden Verfahren vorläufig auf die Frage, ob die angefochtene Verfügung der Kommunikationskommission vom 6. November 2003 nicht bereits deshalb an einem wesentlichen Mangel leide, weil sie den Verfahrensbeteiligten in zwei unterschiedlichen Fassungen eröffnet worden sei.
C.b In ihren Stellungnahmen vom 23. Februar 2004 hielten die Swisscom AG, die TDC Switzerland AG und die Kommunikationskommission übereinstimmend fest, es liege einzig aufgrund der Eröffnung der angefochtenen Verfügung in zwei unterschiedlichen Fassungen kein wesentlicher Verfahrensmangel vor.
C.c Mit Verfügung vom 12. März 2004 erweiterte der Abteilungspräsident den Verfahrensgegenstand auf alle verfahrensrechtlichen Fragen und dabei insbesondere auf alle Rügen, die von den jeweiligen Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf das vorinstanzliche Verfahren erhoben werden, sowie auf die damit teilweise verknüpfte Frage der vollständigen und richtigen Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Die materiellrechtlichen Fragen blieben vorerst weiterhin ausgeklammert. Sodann erteilte der Abteilungspräsident der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Verfahren 2A.586/2003 die aufschiebende Wirkung.
C.d Die Swisscom AG, die TDC Switzerland AG und die Kommunikationskommission liessen sich je mit Eingaben vom 16. April 2004 zum erweiterten Verfahrensgegenstand vernehmen.
C.e In ihrer Vernehmlassung ersuchte die TDC Switzerland AG insbesondere um Zustellung einer der Verfügung der Kommunikationskommission beigelegten CD-ROM mit Daten der Swisscom AG, welche von dieser den als nicht vertraulich bezeichneten Unterlagen beigeordnet worden war. Auf schriftliche Nachfrage des Abteilungspräsidenten erklärte die Swisscom AG mit Eingabe vom 5. Mai 2004, sie habe die fragliche CD-ROM

zusammen mit der vollständigen Fassung der angefochtenen Verfügung der Kommunikationskommission irrtümlich zu den nicht vertraulichen Unterlagen gelegt, und ersuchte um Abweisung des Antrags. Mit Verfügung vom 7. Mai 2004 wies der Abteilungspräsident das Gesuch um Zustellung der CD-ROM zurzeit ab.
D.
Gegen eine analoge, am gleichen Tag ergangene Verfügung der Kommunikationskommission im Interkonnektionsverfahren der MCI WorldCom AG gegen die Swisscom AG sind ebenfalls zwei Verwaltungsgerichtsbeschwerden beim Bundesgericht hängig (Verfahren 2A.587/2003 und 2A.588/2003).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die beiden Beschwerden der Swisscom AG und der TDC Switzerland AG richten sich gegen den gleichen Entscheid und stehen sachlich und prozessual in einem engen Zusammenhang. Es rechtfertigt sich deshalb, die Beschwerden, in sinngemässer Anwendung von Art. 24 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG, in einem Verfahren zusammenzufassen und in einem einzigen Entscheid zu beurteilen (vgl. BGE 113 Ia 390 E. 1 S. 394). Die entsprechende Anordnung des Abteilungspräsidenten in seiner Verfügung vom 23. Januar 2004 ist in diesem Sinne zu bestätigen.
2.
2.1 Nach Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten andern Anbieterinnen nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren, wobei sie die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert auszuweisen haben. Nach Art. 11 Abs. 2 FMG muss sodann, wer Dienste der (fernmeldetechnischen) Grundversorgung anbietet, die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen und ist auch zur Interkonnektion verpflichtet, wenn keine marktbeherrschende Stellung vorliegt und keine Grundversorgungskonzession erteilt wurde (so genannte Interoperabilität).
2.2 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; Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, jeweils auszugweise wiedergegeben in ZBl 103/2002 S. 244, in sic! 2002, S. 18, sowie in RDAF 2003 I S. 595 [nachfolgend: Commcare-Entscheid], E. 2b; BGE 127 II 132 E. 1a S. 135; 125 II 613 E. 1c S. 618, mit Literaturhinweisen).
2.3 Gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG verfügt die Eidgenössische Kommunikationskommission auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation die Interkonnektionsbedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen, wenn innert drei Monaten zwischen dem zur Interkonnektion verpflichteten Anbieter und dem Anfrager keine Einigung zustande kommt. Art. 40 ff. der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) konkretisieren die gesetzliche Interkonnektionspflicht. Art. 49 ff. FDV regeln das Verfahren zum Abschluss von Interkonnektionsvereinbarungen, Art. 54 ff. FDV dasjenige um Anordnung einer Verfügung auf Interkonnektion (vgl. den Commcare-Entscheid, E. 2b; BGE 125 II 613 E. 1c S. 618 f., mit Literaturhinweisen). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission (Art. 11 Abs. 3 dritter Satz FMG; vgl. auch Art. 56 FDV).
2.4 Nach Art. 11 Abs. 4 FMG (ausdrücklich) sowie Art. 61 Abs. 1 FMG (implizit) unterliegen Verfügungen der Kommunikationskommission in Anwendung von Art. 11 Abs. 3 FMG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (vgl. dazu den Commcare-Entscheid, E. 2c; BGE 127 II 132 E. 1b S. 136; 125 II 613 E. 1d und 2a).
2.5 Die Beschwerdeführerinnen sind gemäss Art. 103 lit. a OG zur Beschwerde befugt. Die Swisscom AG hat sodann ihre Beschwerdeschrift innert vom Abteilungspräsidenten gesetzter Frist verbessert. Auf die beiden Beschwerden ist daher grundsätzlich einzutreten. Da der Verfahrensgegenstand vor dem Bundesgericht bisher aber auf Verfahrensfragen beschränkt blieb, sind zurzeit lediglich diese prozessualen Gesichtspunkte zu behandeln.
3.
3.1 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde können die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerügt werden (Art. 104 lit. a und b OG). An die Feststellung des Sachverhaltes ist das

Bundesgericht jedoch gebunden, wenn eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden hat, sofern der Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 105 Abs. 2 OG). Es fragt sich, ob es sich bei der Kommunikationskommission im Interkonnektionsverfahren um eine richterliche Behörde im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG handelt.
3.2 Das Bundesgericht hat diese Frage bereits einmal angesprochen und, ohne sie endgültig zu beantworten, doch angedeutet, es handle sich bei der Kommunikationskommission nicht um eine richterliche Behörde (Commcare-Entscheid, E. 3b). Die Kommunikationskommission zählt zu den so genannten Behördenkommissionen, fällt verfassungsrechtlich unter Art. 178 BV und gehört mithin zur dezentralen Bundesverwaltung und nicht zur Justiz (vgl. Giovanni Biaggini, Art. 178, in Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, Rz. 9). Im Unterschied zu den - ebenfalls unabhängigen und vom Bundesrat bestellten - Schieds- und Rekurskommissionen nimmt sie funktionell vorwiegend Verwaltungsaufgaben wahr, ähnlich wie dies bei der Bankenkommission zutrifft, bei der es sich ebenfalls nicht um eine Gerichtsbehörde handelt (Urteile des Bundesgerichts 2A.565/2002 vom 2. April 2003, E. 3.1, und 2A.262/2000 vom 9. März 2001, E. 2b/aa = nicht publizierte Erwägung von BGE 127 II 142). Im Vordergrund stehen typische Tätigkeiten der Exekutive und Verwaltung wie die Erteilung von Konzessionen oder die Wahrnehmung von Aufsichtsfunktionen (Peter Uebersax, Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes - ein rechtliches Risiko?, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann [Hrsg.], Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Genf/München/Bern 2004, S. 689 f.). Auch die gesetzlich vorgesehene Unabhängigkeit macht die Kommunikationskommission nicht zur Justizbehörde, sondern soll gewährleisten, dass fachliche und sachliche Kriterien im Vordergrund stehen (Commcare-Entscheid, E. 3b). Zwar nähert sich die Tätigkeit der Kommunikationskommission bei der Regelung von Interkonnektionsstreitigkeiten einer kontradiktorischen Streiterledigung, doch handelt es sich dabei lediglich um eine ergänzende Aufgabe der Kommission, wie auch in anderen Bereichen Verwaltungsbehörden Streitfälle zu schlichten haben. Insgesamt ist daher zu schliessen, dass die Kommunikationskommission auch im Interkonnektionsverfahren als Verwaltungs- und nicht als Gerichtsbehörde amtet.
3.3 Handelt es sich bei der Kommunikationskommission nicht um eine richterliche Instanz, kann das Bundesgericht deren Sachverhaltsfeststellungen grundsätzlich frei und nicht lediglich im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG auf qualifizierte Mängel hin überprüfen.
3.4 Unabhängig davon kann der Kommunikationskommission dennoch ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommen. Zunächst gilt dies, soweit die Kommunikationskommission unbestimmte Gesetzesbegriffe anzuwenden hat. Zwar ist es grundsätzlich Aufgabe der Gerichte, derartige unbestimmte Gesetzesbegriffe im Einzelfall auszulegen und zu konkretisieren. Wenn aber die Gesetzesauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Entscheidbehörde eine gerichtlich zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte und dies mit der Verfassung vereinbar ist, darf und muss das Gericht seine Kognition entsprechend einschränken (vgl. BGE 127 II 184 E. 5a/aa S. 191, mit Hinweisen).

Die Kommunikationskommission ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt an sich eine Zurückhaltung des Bundesgerichts wenigstens insoweit, als die Kommunikationskommission unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das Bundesgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung unter Beachtung dieser Zurückhaltung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen (Commcare-Entscheid, E. 3d). Sodann amtet die Kommunikationskommission in einem höchst technischen Bereich, in dem besondere Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Der Kommunikationskommission steht dabei ein eigentliches ẗechnisches Ermessenz̈u.

In vergleichbarer Weise gesteht das Bundesgericht anderen Behördenkommissionen bei der Prüfung des Einzelfalls und bei der Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen einen Beurteilungsspielraum zu, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte prüfen und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend tätigen; es greift analog wie bei Ermessensfragen nur bei eigentlichen Ermessensfehlern ein (vgl. etwa für die Bankenkommission BGE 126 II 111 E. 3b S. 115, mit Hinweisen, und für die Spielbankenkommission das Urteil 2A.494/2001 vom 27. Februar 2002, E. 2; vgl. auch Uebersax, a.a.O., S. 692). Dies hat

gleichermassen für die Kommunikationskommission zu gelten.
3.5 Die Entscheide der Kommunikationskommission über die Festlegung von Interkonnektionsbedingungen weisen einen hohen technischen Gehalt auf. Insoweit hält sich das Bundesgericht bei der Überprüfung der bei ihm angefochtenen Entscheide zurück. Im Hinblick darauf, dass es sich beim Bundesgericht um die einzige Rechtsmittelinstanz in Interkonnektionsstreitigkeiten und die einzige dafür zuständige gerichtliche Behörde handelt, ist daher der Einhaltung verfahrensrechtlicher Regeln besonderes Gewicht beizumessen. Bleibt der Kommunikationskommission als Regulierungsbehörde ein grosser Freiraum in inhaltlicher Hinsicht, muss das Bundesgericht wenigstens bei der verfahrensrechtlichen Überprüfung der bei ihm angefochtenen Entscheide für grösstmögliche Gewähr sorgen, dass ein materiell einwandfreier Entscheid zustandekommt (vgl. Uebersax, a.a.O., S. 693 f.).
4.
4.1 Mit ihrem Hauptantrag schliesst die Swisscom AG darauf, sie könne gar nicht zur Interkonnektion im vorliegenden Zusammenhang verpflichtet werden. Sie sei im Interkonnektionsverfahren nicht passivlegitimiert, da sie nicht (mehr) operativ tätig sei und weder über eine Konzession zur Erbringung von Fernmeldediensten verfüge noch entsprechend beim Bundesamt (BAKOM) gemeldet sei.

Die Swisscom AG führt dazu aus, am 19. Dezember 2001 habe sie das Bundesamt (BAKOM) informiert, sich eine Holdingstruktur geben zu wollen. Mit Schreiben vom 3. April 2003 habe sie dem Bundesamt (BAKOM) mitgeteilt, dass sie seit Mitte 2002 nicht mehr operativ tätig sei und die Fernmeldedienste im Festnetzbereich nunmehr durch die Swisscom Fixnet AG erbracht würden. Mit Verfügung vom 8. Juli 2003 habe das Bundesamt (BAKOM) ihre eigene Konzession rückwirkend auf den 31. Dezember 2002 aufgehoben. Mit Schreiben vom 27. Mai 2002 habe die Swisscom AG sodann auch ihre Vertragspartner über die bevorstehende Vertragsübertragung informiert. Seither erfülle die TDC Switzerland AG ihre Vertragspflichten denn auch gegenüber der Swisscom Fixnet AG und nicht mehr der Swisscom AG. Das gegen die letztere gerichtete Interkonnektionsgesuch hätte daher abgewiesen werden müssen, erbringe diese doch gar keine Fernmeldedienste mehr.
4.2 Im Verwaltungsverfahren stellt die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation eine Verfahrensvoraussetzung (Sachentscheidungsvoraussetzung) dar und ist rein prozessual- und nicht materiellrechtlicher Natur (René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1010 ff.). Die einzige Ausnahme bildet der ursprüngliche Verwaltungsprozess im Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage, wo die Legitimation - in Anlehnung an den Zivilprozess - materiellrechtlicher Natur ist (vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 2C.5/1999 vom 3. Juli 2003, E. 2.1). Bei der behördlichen Festlegung der Interkonnektionsbedingungen handelt es sich aber nicht um eine verwaltungsrechtliche Klage, die zu einem gerichtlichen Urteil führt, sondern um ein durch ein Gesuch ausgelöstes Verwaltungsverfahren, in dem behördlich einseitig, wenn auch mit Wirkung gegenüber zwei Verfahrensbeteiligten verfügt wird. Die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation im Verfahren vor der Kommunikationskommission ist daher prozessualer und nicht materiellrechtlicher Natur.
4.3 Der noch heute zwischen den Parteien gültige Interkonnektionsvertrag vom 9. April 1998 wurde mit der Swisscom AG abgeschlossen und seither nicht verändert. Das Interkonnektionsgesuch der TDC Switzerland AG vom 3. April 2000 war gegen die damals unbestrittenermassen noch selbst als Anbieterin von Fernmeldediensten tätige Swisscom AG gerichtet. Im Interkonnektionsverfahren liess sich die Swisscom AG durch verschiedene organisatorische Einheiten vertreten, bei denen es sich jedoch nicht um eigenständige Gesellschaften handelte.

Ob der Interkonnektionsvertrag bei der später erfolgten Einrichtung der Holdingstruktur und der damit verbundenen Trennung der Swisscom Fixnet AG von der Swisscom AG gesellschaftsintern mit privatrechtlicher Wirkung nach aussen korrekt übertragen wurde, was die TDC Switzerland AG bestreitet, kann hier offen bleiben. Für das öffentlichrechtliche Interkonnektionsverfahren ist einzig entscheidend, dass die Swisscom AG bis zum hier angefochtenen Entscheid der Kommunikationskommission selber Partei blieb und als solche auftrat. Zwar wurden vereinzelte Schreiben unter dem Namen Swisscom Fixnet AG verschickt. Vorwiegend ist die Swisscom AG aber während des langen Instruktionsverfahrens unter ihrem eigenen Namen aufgetreten. Sie trägt denn auch selber gar nicht vor, je einen Parteiwechsel beantragt oder geltend gemacht zu haben. Daran ändert weder etwas, dass die Swisscom AG ihre Vertragspartner im Mai 2002 von der bevorstehenden - damals aber noch nicht vollzogenen - Änderung informierte, noch dass sie dem Bundesamt (BAKOM) im April 2003

in allgemeiner Weise die Einrichtung der Holdingstruktur bekannt gab und in der Folge ihre Fernmeldedienste-Konzession auf Ende 2002 aufgehoben wurde. Einen Antrag auf Parteiwechsel im vorliegenden Interkonnektionsverfahren hat sie damit nicht gestellt, zumal sich dieses Verfahren wie auch schliesslich die angefochtene Verfügung nicht zur Hauptsache auf die künftig anzuwendenden Interkonnektionsbedingungen, sondern auf diejenigen der Jahre 2000-2003 und damit in erster Linie auf eine Zeit bezog, in der die Swisscom AG unbestrittenermassen noch Konzessionärin und Leistungsanbieterin war.

Unter diesen Umständen muss sich die Swisscom AG den - nicht nur die Behörden, sondern auch die Privaten und damit ebenfalls gemischtwirtschaftliche Unternehmungen verpflichtenden - Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 BV entgegenhalten lassen. Es ist weder Aufgabe der Behörde noch der Gegenpartei, von sich aus den Konzernstrukturen einer Partei Rechnung zu tragen, wenn diese selbst sich auf ein Verfahren einlässt, sich daran bis zu dessen Abschluss beteiligt und zu keinem Zeitpunkt namentlich aufgrund veränderter tatsächlicher Verhältnisse einen Parteiwechsel beantragt. Die Swisscom AG hat es damit verpasst, rechtzeitig einen Parteiwechsel im vorliegenden Verfahren geltend zu machen, und kann dies auch nicht mehr vor Bundesgericht nachholen. Es verhielte sich allenfalls anders, hätten sich die Verhältnisse erst nach dem angefochtenen Entscheid geändert. Es wird mithin der Swisscom AG selber obliegen, sich mit ihrer Tochtergesellschaft so zu organisieren, dass sie ihre Verpflichtungen aus dem vorliegenden Interkonnektionsverfahren zu erfüllen vermag. Im Übrigen werden alle Beteiligten für die Zeit, welche an die hier wesentliche Geltungsdauer der fraglichen Interkonnektionsbedingungen anschliesst, d.h. von 2004 an, die erforderlichen Konsequenzen ziehen können.

5.

5.1 Art. 45 FDV enthält die Vorschriften zur Ermittlung der kostenorientierten Preisgestaltung im Interkonnektionsverhältnis. Die Festsetzung der Preise beruht auf den Grundsätzen der Kostenrelevanz (für die in einem kausalen Zusammenhang mit der Interkonnektion stehenden Kosten; Art. 45 Abs. 1 lit. a FDV), der langfristigen Zusatzkosten (long run incremental costs, LRIC; Art. 45 Abs. 1 lit. b FDV), eines konstanten Zusatzes (constant mark up) auf den relevanten gemeinsamen und Gemeinkosten (joint and common costs; Art. 45 Abs. 1 lit. c FDV) sowie eines branchenüblichen Kapitalertrags für die eingesetzten Investitionen (Art. 45 Abs. 1 lit. d FDV). Die Kosten haben den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin zu entsprechen, ihre Berechnung muss auf einer aktuellen Grundlage erfolgen, und die Netzkosten müssen den Wiederbeschaffungskosten entsprechen (Art. 45 Abs. 2 FDV). Schliesslich sind die Interkonnektionsdienstleistungen getrennt und entbündelt von den übrigen Diensten abzurechnen und in Rechnung zu stellen.

5.2 Obwohl die Art. 54 ff. FDV das Interkonnektionsverfahren in den Grundzügen regeln und die zu beachtenden Kriterien nennen, sind dem Gesetzes- und Verordnungsrecht nur wenige Hinweise auf die von den zuständigen Bundesbehörden anzuwendende Methode zu entnehmen. Die Kommunikationskommission hat ihr Vorgehen jedoch im angefochtenen Entscheid eingehend beschrieben. Ausgangspunkt für die Preis- bzw. Kostenüberprüfung bildeten Kosten- und Modellinformationen der Swisscom AG, insbesondere das von dieser erstellte und eingereichte Modell der langfristigen Zusatzkosten (LRIC-Modell). Da dieses allerdings nach Ansicht der Vorinstanz an gewissen Mängeln litt, erstellte das Bundesamt (BAKOM) auf der Grundlage des LRIC-Modells, aber ergänzt um weitere Beweismittel, so genannte Plausibilitätstabellen in Form von Excel-Dateien, die dem angefochtenen Entscheid auf einer CD-ROM als Beilage beigefügt sind; diese Plausibilitätstabellen stellen ein Abbild des LRIC-Modells dar, sollen aber im Unterschied dazu eine unabhängige Sicht und die erforderlichen Preisberechnungen ermöglichen. Mit der Berechnung des branchenüblichen Kapitalertrages - und lediglich mit dieser - wurde Prof. Spremann als unabhängiger Gutachter betraut. Die schliesslich verfügten und hier angefochtenen Interkonnektionstarife beruhen, vereinfachend zusammengefasst, auf der Überprüfung des LRIC-Modells auf der Grundlage der Plausibilitätstabellen, ergänzt mit den gutachterlichen Berechnungen zum branchenüblichen Kapitalertrag.

6.

6.1 Der angefochtene Entscheid wurde den Parteien in zwei unterschiedlichen Fassungen eröffnet: Die TDC Switzerland AG erhielt eine Fassung, die über etliche Passagen verfügt, welche abgedeckt sind, was die Kommunikationskommission damit begründete, sie enthielten Geschäftsgeheimnisse der Swisscom AG. Dieser wiederum wurde eine vollständige Fassung ohne Abdeckungen zugestellt. In ihren ersten Stellungnahmen hielten allerdings alle Verfahrensbeteiligten dafür, der blosse Umstand, dass die Verfügung der Kommunikationskommission in zwei unterschiedlichen Fassungen eröffnet worden sei, verletze Bundesrecht nicht.

Bei der Begründung einer Verfügung ist, wovon die Vorinstanz zu Recht ausgeht, wie im Verfahren selber den Geheimhaltungsinteressen der Parteien gebührend Rechnung zu tragen (Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 407 f.). Inzwischen ist die TDC Switzerland AG aufgrund eines Versehens der Swisscom AG nachträglich doch noch in den Besitz der vollständigen Version des angefochtenen Entscheids gelangt. Allerdings verweist dieser als Anhang auf eine CD-ROM bzw. auf die darin gespeicherten Dateien, welche die Plausibilitätstabellen enthalten, die der Vorinstanz zur Bestimmung des anzuwendenden Interkonnektionstarifs dienten. In diese CD-ROM hat die TDC Switzerland AG in der Annahme, dass sie von der Swisscom AG nicht mehr als vertraulich erachtet würde, Einsicht verlangt, wogegen sich die Swisscom AG aber mit dem Hinweis darauf zur Wehr setzt, die CD-ROM sei ebenfalls versehentlich in den nicht als vertraulich bezeichneten Ordner gelangt und enthalte Geschäftsgeheimnisse, an denen weiterhin ein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht werde.

6.2 Die Frage der vollständigen Eröffnung des angefochtenen Entscheids bzw. der Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen in dessen Begründung ist eng verknüpft mit derjenigen, ob der betroffenen Partei im Verfahren vor der Vorinstanz in rechtsgenüglicher Weise das rechtliche Gehör gewährt worden ist. Freilich erhob die TDC Switzerland AG in diesem Zusammenhang in ihrer Beschwerdeschrift vom 10. Dezember 2003 nicht ausdrücklich die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs. In ihrer Stellungnahme vom 23. Februar 2004 hielt sie aber doch fest, durch die Abdeckung der zahlreichen Passagen in der angefochtenen Verfügung seien ihr tatsächlich viele Informationen vorenthalten worden; dies stelle jedoch nur die Spitze des Eisbergs dar, sei doch das ganze Instruktionsverfahren davon geprägt gewesen, dass ihr die überwiegende Mehrzahl der massgeblichen Informationen vorenthalten worden sei; aufgrund des der Kommunikationskommission zustehenden Ermessens gehe TDC Switzerland AG dennoch nicht von einer Gehörsverletzung aus, zumal ihr grosses Interesse an einem möglichst bald rechtskräftigen Entscheid über die Interkonnektionsbedingungen die Geltendmachung allfälliger Unregelmässigkeiten bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs überwiege. In
ihrer Vernehmlassung vom 16. April 2004 führt die TDC Switzerland AG aus, im Verlauf des Verfahrens seien ihr sehr viele Informationen und Beweismittel mit dem Hinweis darauf, es handle sich um Geschäftsgeheimnisse der Swisscom AG, vorenthalten worden; sie habe dies akzeptiert und keinen Anspruch auf umfassende Akteneinsicht angemeldet; zwar verfüge sie daher lediglich über einen beschränkten Kenntnisstand über die Aktenlage, die Begründung der angefochtenen Verfügung sei aber genügend, um über einen Weiterzug zu entscheiden. Im Übrigen sei ein allfälliger Mangel geheilt, nachdem die TDC Switzerland AG nunmehr in den Besitz der vollständigen Fassung des angefochtenen Entscheids gelangt sei.

6.3 Das Verfahren vor der Kommunikationskommission im Zusammenhang mit Geheimakten richtet sich mangels spezialgesetzlicher Bestimmung nach Art. 26 ff. VwVG (vgl. Art. 61 Abs. 3 FMG). Nach Art. 26 Abs. 1 VwVG hat eine Partei insbesondere Anspruch auf Einsicht in alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke. Gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. b VwVG darf die Einsichtnahme in die Akten unter anderem dann verweigert werden, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Dazu zählen namentlich die Geschäftsgeheimnisse. Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nach Art. 27 Abs. 2 VwVG nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen. Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf darauf gemäss Art. 28 VwVG zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen; als Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass Geheimakten nicht als Grundlage eines Entscheides dienen dürfen, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind (dazu Albertini, a.a.O., S. 233 ff. und 299
ff.).

6.4 Der angefochtene Entscheid verweist ergänzend auf die ihm beigelegte CD-ROM. Es fragt sich damit, inwieweit diese zu einem Bestandteil der Verfügung der Kommunikationskommission wird. Dies kann jedoch offen bleiben, denn jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, ein allfälliger Mangel bei der Akteneinsicht sei geheilt. Dafür ist nicht von Belang, ob der - weiterhin hängige - Antrag der TDC Switzerland AG auf Einsicht in die CD-ROM nur deshalb gestellt wurde, weil die TDC Switzerland AG davon ausging, die darin gespeicherten Dateien enthielten keine Geschäftsgeheimnisse der Swisscom AG. Jedenfalls hat die TDC Switzerland ihren entsprechenden Antrag bis heute nicht zurückgezogen, und zwar auch dann nicht, nachdem sie vom Standpunkt ihrer Gegenpartei Kenntnis erhalten hatte, es handle sich um vertrauliche Dateien. Im Übrigen verzichtet die TDC Switzerland AG zwar ausdrücklich auf die Geltendmachung einer Gehörsverweigerung,

trägt aber wiederholt vor, das Vorgehen der Kommunikationskommission sei fragwürdig und verunmögliche ihr eine abschliessende Beurteilung der Rechtslage. Diese versteckteöder jedenfalls sinngemässe Rüge kann nicht gänzlich unbeachtet bleiben.
6.5 Grundsätzlich hat eine Partei ein Gesuch um Akteneinsicht zu stellen, damit überhaupt die Einsichtnahme verweigert werden kann. Indessen kann dies nicht absolut gelten und besteht unter Umständen die Pflicht der Behörden, die Frage der Akteneinsicht von Amtes wegen zu regeln. Dies trifft namentlich dann zu, wenn ein Verfahrensbeteiligter gar keine Kenntnis von den Geheimakten hat oder es ihm objektiv unmöglich ist, deren Umfang und Tragweite zu beurteilen. Gerade der vorliegende Fall zeigt, dass das Abstellen auf die Geschäftsgeheimnisse der Swisscom AG auf Seiten der TDC Switzerland AG ein gewisses Unbehagen zurückliess, weil es ihr eben doch verunmöglicht ist, die Sach- und darauf gestützt die Rechtslage abschliessend einzuschätzen. Hinzu kommt, dass es nicht einzig um Geschäftsgeheimnisse der Swisscom AG geht, sondern auch um von den Behörden erarbeitete Unterlagen, die wiederum auf solchen Geschäftsgeheimnissen beruhen, wie dies insbesondere bei den so genannten Plausibilitätstabellen zutrifft. Über deren Inhalt wurde die TDC Switzerland AG überhaupt nicht in Kenntnis gesetzt. Im Übrigen darf bei der Entscheidfindung auf Geheimakten, über die nicht wenigstens in zusammenfassender Weise informiert worden ist, auch dann
nicht abgestellt werden, wenn darin gar nicht Einsicht verlangt wurde.

Dabei geht es nicht an, das Problem einfach auf die Rechtsmittelinstanz zu überwälzen. Auch in ihrer Beschwerde vermag die TDC Switzerland AG nämlich - verständlicherweise - nicht genauer darzulegen, inwiefern die Plausibilitätstabellen unzutreffend bzw. die darauf gestützte Ermittlung des fraglichen Tarifs bundesrechtswidrig sein sollen. Vielmehr regt sie beim Bundesgericht sinngemäss an, die tatsächliche Grundlage des angefochtenen Entscheids von Amtes wegen zu überprüfen. Gleichzeitig berufen sich sowohl die Swisscom AG als auch die Vorinstanz vor Bundesgericht auf Geheimakten und haben solche als Beilagen zu ihren Rechtsschriften eingereicht. Das Bundesgericht kann sich dem mit Blick auf Art. 104 lit. a und b und Art. 105 Abs. 1 OG nicht ohne weiteres entziehen. Gerade die in der bereits mehrfach erwähnten CD-ROM gespeicherten Dateien belegen die Komplexität dieser Aufgabe. Es kann nun aber nicht Sache des Bundesgerichts sein, an Stelle der Kommunikationskommission für eine geordnete Akteneinsicht zu sorgen, dies umso weniger als sich das Bundesgericht ja bei der Überprüfung des Sachentscheids selber eine gewisse Zurückhaltung auferlegt; die Akteneinsicht mit der Möglichkeit der betroffenen Partei, sich zu den fraglichen
Unterlagen zu äussern, könnte damit vor Bundesgericht gar nicht mehr dieselbe Wirkung zeitigen wie vor der Vorinstanz. Es ist daher Aufgabe der Kommunikationskommission, sich in einem korrekten Verfahren, das auch die Akteneinsicht gebührend berücksichtigt, die Grundlage für ihren Entscheid zu erarbeiten.
6.6 Zwar ist nicht zu übersehen, dass die in Art. 28 VwVG vorgeschriebene Kenntnisgabe des für die Sache wesentlichen Inhalts von Geheimakten bei bestimmten Unterlagen wie insbesondere Tabellen Schwierigkeiten bereiten kann. Unlösbar erscheint diese Aufgabe aber nicht. Dabei ist immerhin der besondere Charakter des Interkonnektionsverfahrens in Betracht zu ziehen: Die Bestimmung kostenorientierter Preise bedingt unabhängig davon, nach welcher Methode diese festgelegt werden, gewisse Kenntnisse der tatsächlichen Kosten. Die interkonnektionspflichtige marktbeherrschende Unternehmung ist daher notwendigerweise verpflichtet, ihre Kostenstrukturen jedenfalls gegenüber den Behörden offenzulegen. Aus Gründen der Transparenz und Nachvollziehbarkeit hat dies in eingeschränktem Umfang aber auch gegenüber der interkonnektionsberechtigten Unternehmung zu gelten. Ohne alle Details zu kennen, muss es dieser doch möglich sein, die Richtigkeit der tatsächlichen Kosten einzuschätzen. Das Interkonnektionsverfahren bedingt demnach eine gewisse Transparenz und die Beschränkung des Geheimhaltungsinteresses der interkonnektionspflichtigen Unternehmung auf die Kernzahlen ihrer Kostenstrukturen, nicht aber auf sämtliche geschäftsmässigen Unterlagen.

Im vorliegenden Verfahren scheinen die Beteiligten bisher eher von einem zu weiten Verständnis der zu schützenden Geschäftsgeheimnisse der Swisscom AG ausgegangen zu sein. Andrerseits obliegt es der Gegenpartei, deutlich kund zu tun, in welche Unterlagen sie Einsicht nehmen möchte. Sache der Kommunikationskommission ist, zu entscheiden, ob das Interkonnektionsverfahren insofern Transparenz erfordert und ob es sich um Kernzahlen handelt, in die nicht direkt Einsicht gegeben werden kann, oder ob es um andere Unterlagen geht, bei denen Einsicht zu erteilen ist. Wird die Einsicht verweigert, ist wenigstens eine Zusammenfassung über den Inhalt der Unterlagen zu erstellen, was auch möglich erscheint, ohne dass die eigentlichen Kernzahlen genannt werden.

7.
7.1 Betroffen von der Frage der Akteneinsicht ist nicht nur die TDC Switzerland AG, sondern auch die Swisscom AG. Diese erhebt sogar ausdrücklich die Rüge, die Verfahrensführung sei nicht transparent gewesen und es sei ihr die Einsicht in verschiedene Akten, namentlich in solche des Bundesamts (BAKOM) und der von diesem beigezogenen Berater, verweigert worden; dabei habe sie insbesondere keine Einsicht in den Antrag des Bundesamtes an die Kommunikationskommission erhalten und sich dementsprechend auch nicht dazu äussern können, bevor der angefochtene Entscheid ergangen sei. Die Vorinstanz wendet dagegen ein, es handle sich bei den fraglichen Unterlagen um rein verwaltungsinterne Akten, in die keine Einsicht gewährt werden müsse.
7.2 Zunächst ist festzuhalten, dass die Kommunikationskommission ein aufwendiges Verfahren durchführte und offensichtlich um Vollständigkeit der Entscheidgrundlagen bemüht war. Dass das Verfahren mit den gewählten Verfahrensschritten - abgesehen von der Frage der richtigen Behandlung der Geheimakten - an sich ungeeignet war, um den strittigen Interkonnektionstarif festzulegen, wird von keiner Seite geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Überdies wurde gerade die Swisscom AG wiederholt in das Instruktionsverfahren einbezogen. Davon zeugen nur schon die zahlreichen Instruktionstreffen, die mit der Swisscom AG zwecks Erläuterung und Ergänzung der Beweisführung durchgeführt wurden. Auch die Plausibilitätstabellen, die dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegen, wurden in enger Zusammenarbeit mit der Swisscom AG entwickelt. Demgegenüber war die TDC Switzerland AG bedeutend weniger am Instruktionsverfahren beteiligt; insbesondere konnte sie aus Rücksicht auf die Geschäftsgeheimnisse der Swisscom AG nicht an den Instruktionstreffen teilnehmen, über welche sie lediglich mit abgedeckten Protokollen informiert wurde.
7.3 Die Akteneinsicht erstreckt sich grundsätzlich auf alle Akten, die geeignet sind, Grundlage für die spätere Entscheidung zu bilden, d.h. entscheidrelevant sind oder sein könnten; um den Umfang des Akteneinsichtsrechts zu bestimmen, kommt es auf die Bedeutung eines Aktenstückes für die verfügungswesentliche Sachverhaltsdarstellung an (BGE 125 II 473 E. 4c/cc, mit Hinweisen). Weder nach der Akteneinsichtsordnung des Verwaltungsverfahrensgesetzs noch aufgrund der Verfassungsgarantie von Art. 29 Abs. 2 BV besteht ein Anspruch auf Einsicht in verwaltungsinterne Akten. Als solche gelten Unterlagen, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, welche vielmehr ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und somit für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege usw.). Mit dem Ausschluss des Einsichtsrechts in diese Akten soll verhindert werden, dass die interne Meinungsbildung der Verwaltung über die entscheidenden Aktenstücke und die erlassenen begründeten Verfügungen hinaus vollständig vor der Öffentlichkeit ausgebreitet wird (BGE 125 II 473 E. 4a, mit Hinweisen).
7.4 Die Swisscom AG sieht in verschiedenen Umständen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.
7.4.1 Die Swisscom AG wie auch die TDC Switzerland AG konnten sich abgesehen von der Äusserungsmöglichkeit im ordentlichen Schriftenwechsel verschiedentlich zu weiteren konkreten Unterlagen vernehmen lassen, so insbesondere zum Gutachten der Wettbewerbskommission, zum Gutachten von Prof. Spremann sowie zur Empfehlung der Preisüberwachung. Ferner bestand die Gelegenheit zu einer Schlussstellungnahme. Auch konnte sich die Swisscom AG im Rahmen der zahlreichen Beweiseingaben sowie an den insgesamt 16 Instruktionstreffen zu weiteren konkreten Fragestellungen äussern. Die Swisscom AG war insofern weitgehend in die vorgenommenen Abklärungen einbezogen und hatte wiederholt Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.
7.4.2 Unzutreffend ist die Behauptung der Swisscom AG, die gesamte Korrespondenz der Instruktionsbehörde mit anderen Institutionen fehle in den Akten. Insbesondere fand diejenige mit der Wettbewerbskommission und der Preisüberwachung sehr wohl Eingang in die Akten.
7.4.3 Die Swisscom AG belegt nicht, inwieweit von ihr eingereichte wesentliche Dokumente sich nicht in den Akten befinden sollen. Die von der Swisscom AG in ihrem Schreiben vom 31. Oktober 2003 aufgelisteten e-mails bezeichnete die Instruktionsbehörde in ihrer Entgegnung vom 4. November 2003 entweder als nicht entscheidwesentlich oder sie bestätigte, dass deren Inhalt bzw. Anhänge in anderer Weise Eingang in die Akten gefunden hätten. Im Übrigen brauchte die Swisscom AG gar nicht in von ihr selbst versandte e-mails Einsicht zu nehmen, musste sie ja zwangsläufig davon selber Kenntnis haben.
7.4.4 Dass die Aktenführung in den Parallelverfahren mit der TDC Switzerland AG und der MCI WorldCom AG in grossen Teilen zusammen gelegt wurde, ist nicht zu beanstanden und stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Swisscom AG dar. Diese selbst hat etliche Unterlagen lediglich einmal für beide Verfahren eingereicht, weshalb sie sich schon aus diesem Grunde nicht darauf berufen kann, die Akten hätten doppelt

geführt werden müssen. Es erscheint auch durchaus - namentlich aus Gründen der Verfahrensökonomie - sinnvoll, wenn das aufwendige Beweisverfahren, insbesondere die Erstellung der Plausibilitätstabellen, für beide Fälle gemeinsam durchgeführt wurde.
8.
8.1 Einen besonderen Vorbehalt äussert die Swisscom AG im Hinblick auf den Beizug externer Berater: Dabei stellt sie schon den Beizug als solchen in Frage. Sie erhebt insbesondere den Vorwurf, die externen Berater, worunter insbesondere die WIK Consult GmbH, seien zu Unrecht nicht als Sachverständige mit den dafür anwendbaren Bedingungen beigezogen worden. Die Instruktionsbehörde habe mit dem gewählten Vorgehen Instruktionsaufgaben an Dritte delegiert, was nicht zulässig sei. Die Kommunikationskommission und die TDC Switzerland AG wenden dagegen ein, der Beizug von Beratern unterscheide sich von demjenigen von Sachverständigen und sei insbesondere im Fernmeldebereich durchaus zulässig; die Verfahrensführung sei jederzeit und uneingeschränkt beim Bundesamt (BAKOM) als Instruktionsbehörde sowie der Kommunikationskommission als Entscheidinstanz geblieben, weshalb keine Delegation von Instruktionsaufgaben an Dritte stattgefunden habe.
8.2 Nach Art. 57 Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) können Bundesrat und Departemente Organisationen und Personen, die nicht der Bundesverwaltung angehören, zur Beratung beiziehen. Obschon die gesetzliche Bestimmung wohl nicht in erster Linie für Verfügungsverfahren erstellt wurde, erscheint deren Anwendung auf solche Verfahren nicht ausgeschlossen. Die Kommunikationskommission verfügt denn auch gemäss Art. 5 ihres vom Bundesrat genehmigten Geschäftsreglementes vom 6. November 1997 (SR 784.101.115) für alle ihre Verfahren über die Kompetenz, Fachleute beizuziehen. Solche Fachleute sind zu unterscheiden von den Sachverständigen gemäss Art. 12 lit. e VwVG und Art. 57 BZP in Verbindung mit Art. 19 VwVG. Nach Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest, wozu sie sich bestimmter Beweismittel, worunter Gutachten von Sachverständigen (Art. 12 lit. e VwVG), bedient. Diese Sachverständigen sind als Gehilfen beizuziehen, wenn zur Abklärung des Sachverhaltes Fachkenntnisse erforderlich sind, wobei die besonderen Vorschriften gemäss Art. 57 ff. BZP zur Anwendung gelangen; insbesondere haben die Parteien diesfalls die Gelegenheit, sich zu den Fragen an die Sachverständigen zu äussern und Abänderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen (Art. 57 Abs. 2 BZP), Ausstandsgründe geltend zu machen oder sonstige Einwendungen gegen die Ernennung zu erheben (Art. 58 BZP) und sich zum Gutachten zu äussern bzw. Erläuterung, Ergänzung oder eine neue Begutachtung zu beantragen (Art. 60 BZP); gleichzeitig unterstehen die Sachverständigen besonderen Pflichten wie derjenigen der Unparteilichkeit, auf die sie ausdrücklich aufmerksam zu machen sind (Art. 59 BZP).
8.3 Die Vorinstanz hält dazu fest, Art. 56 Abs. 1 zweiter Satz FMG schreibe vor, dass sich die Kommunikationskommission aus unabhängigen Sachverständigen zusammensetze. Trotzdem könne auch eine Fachbehörde wie die Kommunikationskommission mit Fragenkomplexen befasst sein, bei denen sie auf das Wissen eines externen Sachverständigen angewiesen sei. Dieses Vorgehen hätten die Behörden im vorliegenden Fall in Anwendung von Art. 57 ff. BZP zur Bestimmung des branchenüblichen Kapitalertrags durch den Beizug von Prof. Spremann als Gutachter gewählt. Im Übrigen seien die Akten derart umfangreich, dass deren Aufarbeitung externe Ressourcen erfordert hätten. Das Bundesamt (BAKOM) und die Kommunikationskommission seien nicht in der Lage gewesen, mit den vorhandenen Mitteln selber die erforderlichen Abklärungen vorzunehmen. Aus diesem Grund hätten sie die WIK Consult GmbH, ein vom deutschen Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit getragenes Beratungsunternehmen, sowie einen weiteren verwaltungsexternen Fachmann, Dr. Martin Ewers, beigezogen, welche das weitere Instruktionsverfahren unter der Leitung der Instruktionsbehörde personell unterstützt und methodisch begleitet hätten. Organisatorisch und funktionell seien die Mitarbeiter der Beratungsunternehmung, die im Übrigen gewechselt hätten, sowie Dr. Ewers umfassend in die Verwaltung eingebunden worden; sie hätten an internen Sitzungen teilgenommen und Einblick in die Akten erhalten. Die Federführung sei in jeglicher Hinsicht bei den Mitarbeitern der Instruktionsbehörde bzw. aufgrund ihres Weisungsrechts bei der Kommunikationskommission geblieben.

Die Kommunikationskommission behauptet nicht, es habe sich lediglich um eine zeitlich beschränkte Anstellung von zusätzlichem Personal im Sinne eines Temporäreinsatzes in Eingliederung in die bestehende Organisation gehandelt. Vielmehr geht sie selber von einer eigentlichen externen Beratung aus, die aber nicht unabhängig, sondern den Bundesbehörden unterstellt gewesen sei.
8.4 In BGE 108 V 130 E. 4 S. 138 ff. - worauf sich die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 16. April

2004 ausdrücklich beruft - hielt das Bundesgericht fest, die (damalige) Eidgenössische Arzneimittelkommission sei nach ihrer Zusammensetzung und Arbeitsweise als eine im praktischen Ergebnis verwaltungsunabhängige Fachkommission zu betrachten, deren Stellungnahmen als neutrale Beurteilungen bewertet werden dürften; von der Zusammensetzung des Gremiums zu unterscheiden sei aber dessen Funktion, die grundsätzlich eine rein verwaltungsinterne zuhanden des Bundesrates bzw. - kraft Delegation - des Bundesamtes sei. Solche Berater bzw. Fachgremien könnten Bundesrat oder Verwaltung im Prinzip jederzeit - auch aus eigener Kompetenz und ohne spezielle gesetzliche Grundlage - beiziehen, wobei es ihre Sache sei, ob und inwieweit sie dies nach aussen zu erkennen geben wollten. Von solchen internen Beratungsgremien unterscheide sich die Eidgenössische Arzneimittelkommission formell nur dadurch, dass sie in Gesetz und Verordnung ausdrücklich vorgesehen sei; ihre gutachtlichen Meinungsäusserungen seien jedoch keine Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 lit. e VwVG und Art. 57 ff. BZP.

In BGE 119 V 456 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt (E. 4 und 5 S. 463 ff.), aber für die Mitglieder der Kommission immerhin die Ausstandsbestimmungen von Art. 10 VwVG bzw. die entsprechenden verfassungsrechtlichen Regeln anwendbar erklärt (E. 5 S. 464 ff.), womit es sinngemäss die Notwendigkeit einer gewissen Transparenz und Verfahrensfairness anerkannte.
8.5 Von dieser Rechtsprechung ist auch im vorliegenden Zusammenhang für das Interkonnektionsverfahren auszugehen. Das Gesetzes- und Verordnungsrecht sieht die Möglichkeit des Beizugs externer Berater ausdrücklich vor. Insofern findet sich eine genügende gesetzliche Grundlage. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet sodann nicht die - in der Tragweite nicht weniger bedeutsame, aber in der Fragestellung übersichtlichere - Frage der Anwendbarkeit des Interkonnektionsregimes. Zu entscheiden ist vielmehr, welche Interkonnektionsbedingungen festzulegen sind, nachdem an sich feststeht, dass die Swisscom AG die Interkonnektion nach Art. 11 Abs. 1 FMG zu gewähren hat. Dabei handelt es sich um einen ausgesprochen komplexen Verfahrensgegenstand: Nebst der Notwendigkeit der Auslegung einer Mehrzahl unbestimmter Rechtsbegriffe stellen sich etliche übermittlungstechnische sowie vor allem ökonomische Sachfragen von besonderer fachspezifischer Natur. Zu berücksichtigen sind eine Vielzahl von Parametern und Kriterien, die umfangreiche Abklärungen erfordern. Insgesamt ist ein grosser Aufwand bei der detaillierten Erhebung von Sachdaten bis hin zur Erstellung von ausführlichen Tariflisten zu betreiben, die wiederum nach verschiedenen
Ausgangslagen (wie etwa für den Haupttarif [peak period rate], den Nebentarif [off period rate]und den Nachttarif [night rate]) unterscheiden. Damit erscheint das Expertenverfahren nach Art. 57 ff. BZP für die im Interkonnektionsverfahren zu treffenden Feststellungen als wenig praktikabel und schwerfällig. Der Beizug von Beratern hat den Vorteil, dass die nötigen Abklärungen unter der Leitung und Verantwortung der selber fachkundigen Behörden getroffen werden.
8.6 Der Beizug externer Berater ist allerdings mit dem Nachteil verbunden, dass die spezifischen gesetzlichen Garantien von Art. 57 ff. BZP, welche die Parteirechte und eine gewisse Verfahrenstransparenz gewährleisten, nicht unmittelbar gelten. Analoge Rechte ergeben sich aber aus Art. 29 BV. Gerade in einem komplexen Verfahren wie dem vorliegenden müssen die Transparenz der Tätigkeit der externen Berater sowie die Einhaltung der wesentlichsten Verfahrensgrundsätze gewährleistet bleiben. Es muss den Beteiligten insbesondere möglich sein, allfällige Einwände gegen die beigezogenen Personen oder die Art ihrer Mitwirkung rechtzeitig und verfahrensökonomisch zu erheben und sich zu den Abklärungen zu äussern, die unter Beizug der Berater vorgenommen werden, was eine entsprechende Kommunikation zwischen den Behörden und den Parteien bedingt. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz diese Anforderungen beachtet hat.
8.7 Im vorliegenden Zusammenhang haben die WIK Consult GmbH und Dr. Ewers ihr spezifisches Fachwissen jeweils im Rahmen der Abklärungen zur Kostenermittlung nach wechselndem und zum voraus nicht genau bestimmbarem Bedarf begleitend und beratend über längere Zeit zur Verfügung gestellt. Dies erscheint der Sache grundsätzlich angemessen. Überdies unterlagen die Berater im Rahmen ihrer Tätigkeit jedenfalls vertraglich sämtlichen für die Wahrung der Parteirechte bzw. -interessen wesentlichen Verpflichtungen, insbesondere der Geheimhaltungspflicht und dem Grundsatz der Unparteilichkeit.

Das Bundesamt (BAKOM) als instruierende Behörde hat mit Schreiben vom 4. Juni, 10. Juli und 12. Juli 2002 den Parteien das vorgesehene Vorgehen, insbesondere den beabsichtigten Beizug der namentlich genannten WIK Consult GmbH als externe Beratungsunternehmung, förmlich zur Kenntnis gebracht und zugleich das auf dieser organisatorischen Grundlage durchzuführende Prüfungsprogramm dargelegt. Die Swisscom AG äusserte

zunächst in einem Schreiben vom 21. Juni 2002 gegen den Beizug einer Beratungsfirma für das Instruktionsverfahren grundsätzliche rechtliche Bedenken und forderte, dass die Mitarbeiter dieser Unternehmung formell als Sachverständige einzusetzen seien, andernfalls sie sich rechtliche Schritte dagegen vorbehalte. In einem späteren Schreiben vom 15. November 2002 erneuerte die Swisscom AG diese Vorbehalte, wobei sie sich insbesondere auf die informelle Mitwirkung des verwaltungsexternen Fachmannes Dr. Ewers bezog und wegen möglicher Befangenheit dessen Ausstand verlangte. Das Bundesamt (BAKOM) erachtete diesen Einwand als unbegründet und hielt an seinem Vorgehen fest (Schreiben vom 26. November 2002).

Trotz ihrer geäusserten Vorbehalte liess sich die Swisscom AG in der Folge auf das von ihr beanstandete Verfahren ein und nahm gemäss eigener Darstellung durch ihre Vertreter an mehreren Besprechungen mit der Instruktionsbehörde teil, an welchen auch die externen Berater anwesend waren und sogar wörtführendgewesen sein sollen. Die Swisscom AG hat ihren Widerstand gegen den Beizug der externen Berater damit nicht klar und vorbehaltlos aufrecht erhalten, sondern sich auf das Vorgehen der Vorinstanz eingelassen. Es hätte ihr frei gestanden, eine anfechtbare Verfügung über ihr Ausstandsbegehren zu verlangen und einen allfälligen ablehnenden Entscheid als Zwischenentscheid sofort gesondert anzufechten (vgl. Art. 5 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 lit. b VwVG). Die Swisscom AG kann sich nunmehr nicht im Nachhinein auf den beanstandeten Verfahrensmangel berufen (BGE 121 I 225 E. 3 S. 229). Sie kann somit auch nicht verlangen, dass der Verfahrensabschnitt, zu dem die externen Berater beigezogen wurden, vollumfänglich wiederholt wird und dass die darin gewonnenen Erkenntnisse als unmassgeblich gelten.
8.8 Der Beizug externer Berater durch die Behörden erweist sich daher im vorliegenden Fall grundsätzlich als rechtmässig. Zu prüfen bleibt jedoch, ob dabei auch die Anhörungsrechte der Parteien gewahrt worden sind.
9.
9.1 Die Swisscom AG ist der Ansicht, sie hätte Gelegenheit zur Stellungnahme zum Verfügungsantrag der Instruktionsbehörde an die Vorinstanz erhalten müssen; zur Begründung verweist sie darauf, dass dieser Antrag gemeinsam mit den externen Beratern erarbeitet worden sei, und stützt sie sich auf einen Vergleich mit der Rechtslage im Verhältnis zwischen der Wettbewerbskommission und deren Sekretariat.
9.2 Art. 30 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) sieht ausdrücklich vor, dass die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission Stellung nehmen können. Eine entsprechende Regelung fehlt im Fernmeldegesetz, und zwar namentlich auch beim Interkonnektionsverfahren. Das Bundesamt (BAKOM) ist im Interkonnektionsverfahren nicht Unterinstanz, sondern Instruktionsbehörde; es verfügt nicht, sondern stellt nur Antrag (vgl. Art. 11 Abs. 3 FMG und Art. 58 Abs. 1 FDV). Dass eine Behörde aufgrund eines Verfügungsentwurfs entscheidet, der von einer ihr unterstellten Instanz vorbereitet wurde, ist das übliche Vorgehen bei den meisten Verfügungen, die von Behördenkommissionen, aber auch von (kantonalen oder eidgenössischen) Departementen oder Regierungen getroffen werden. Eine aus mehreren Mitgliedern bestehende Kommission oder Behörde wäre anders gar nicht in der Lage, sich eine fundierte Meinung zu bilden. Im Übrigen entscheiden auch Kollegialgerichte - jedenfalls in Rechtsmittelverfahren, soweit keine Parteiverhandlungen durchgeführt werden - in der Regel auf der Grundlage eines Urteilsentwurfs, der von einem
Mitglied oder Mitarbeiter des Gerichts erstellt wird (Urteil des Bundesgerichts 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000, E. 3b). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt der Verfügungsantrag einer Instruktionsbehörde grundsätzlich ein rein verwaltungsinternes Dokument dar, das nicht dem rechtlichen Gehör der Parteien untersteht, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich eine anderslautende Sonderregelung enthält (BGE 129 II 497 E. 2.2 S. 505; 117 Ia 90 E. 5b S. 96; 113 Ia 286 E. 2d S. 288 f.). Davon beim Interkonnektionsverfahren grundsätzlich abzuweichen, besteht kein Anlass, nachdem das Fernmeldegesetz nicht gleichermassen wie beim Kartellrecht eine Ausnahme vorsieht. Es fragt sich aber, ob sich eine solche Ausnahme allenfalls aufgrund ausserordentlicher Umstände rechtfertigt.
9.3 Beim Interkonnektionsverfahren handelt es sich um ein Zweiparteienverfahren. Es wird eine Verfügung getroffen, die das Verhältnis von zwei privaten Parteien betrifft. Daraus ergeben sich besondere Anforderungen an die Neutralität der verfügenden Behörde, was wiederum nach erhöhter Transparenz ruft. Da das Gesetz dafür keine besonderen Regeln enthält, ist auf die üblichen Verfahrensgarantien zurückzugreifen. Gerade wegen der ausserordentlichen Komplexität des Verfahrensgegenstandes und des damit verbundenen erheblichen Aufwandes sahen sich die Kommunikationskommission (ComCom) und das Bundesamt (BAKOM) gezwungen, obwohl sie an sich selber über das nötige Fachwissen verfügen und insoweit nicht auf externe Unterstützung

angewiesen gewesen wären, zusätzliche Berater beizuziehen. Diese haben, soweit ersichtlich und gemäss der Darstellung der Vorinstanz, keine eigenen Unterlagen erstellt, sondern wurden in die Arbeiten des Bundesamts einbezogen. Die gemeinsamen Arbeiten des Bundesamtes und seiner Berater fanden in der Folge ihren Niederschlag bzw. ihr Ergebnis im Antrag des Bundesamtes an die Vorinstanz. Dieser Antrag wurde den Parteien nicht bekannt gegeben, hat aber den angefochtenen Entscheid zweifellos erheblich beeinflusst.

Wiewohl es sich beim Antrag des Bundesamtes (BAKOM) an die für den Entscheid zuständige Kommunikationskommission an sich um ein verwaltungsinternes Dokument handelt, das als solches nicht dem Einsichts- und Äusserungsrecht der Parteien unterliegt, drängt sich unter den vorliegend gegebenen besonderen Umständen ein abweichendes Vorgehen auf: Die Parteien, vor allem die Swisscom AG, konnten zwar wiederholt an verschiedenen Sitzungen teilnehmen und sich zu einzelnen Fragen äussern; sie hatten aber nie die Gelegenheit, in die Arbeiten des Bundesamts und dessen Berater Einsicht zu nehmen oder diese inhaltlich zu kommentieren. Die Erhebung der für den Entscheid der Vorinstanz wesentlichen Daten verlief somit weitgehend im Dunkeln, und bis heute ist für die Parteien unklar, welchen Beitrag die vom Bundesamt beigezogenen Berater tatsächlich geleistet haben. Es ist zu vermuten, dass sie - wenn auch informell - teilweise die Funktion von Sachverständigen ausübten. Dies rechtfertigt, den Parteien wegen des für das Ergebnis massgeblichen Beizuges externer Berater ausnahmsweise das Recht einzuräumen, sich zum Antrag des Bundesamtes (BAKOM) an die Kommunikationskommission (ComCom) zu äussern. Damit wird die gebotene Transparenz hergestellt und
die Parteien erhalten die Möglichkeit, das Ergebnis des Erhebungsverfahrens besser zu verstehen und den Beitrag der externen Berater einzuschätzen.
9.4 Die Kommunikationskommission hätte somit den ihr unterbreiteten Antrag des Bundesamtes (BAKOM) den Parteien zustellen und diesen Gelegenheit einräumen müssen, sich dazu zu äussern. Nachdem dies nicht geschehen ist, wird es nachzuholen sein. Nur so lässt sich die aus Gründen der Verfahrensfairness erforderliche Transparenz schaffen, die letztlich die Rechtsstaatlichkeit des Interkonnektionsverfahrens begründet.

Auch bei der Bekanntgabe des Antrags des Bundesamtes stellt sich die Problematik allfälliger Geschäftsgeheimnisse der Parteien, namentlich der Swisscom AG. Diese wird gleich wie bei den anderen Unterlagen nach den oben genannten Kriterien (vgl. E. 6) zu behandeln sein.
10.
10.1 Gemäss Ansicht der Swisscom AG verstösst der angefochtene Entscheid in verschiedener Hinsicht gegen die behördliche Begründungspflicht. Darauf ist hier nur in allgemeiner Weise einzugehen. Soweit im Detail bei konkreten Fragen gerügt wird, die Begründungspflicht sei verletzt, steht dies in engem Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Falles, weshalb ein entsprechender Entscheid darüber einstweilen zurückzustellen ist.
10.2 Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung die Pflicht von Gerichten und Behörden, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen (grundlegend: BGE 112 Ia 107 E. 2b S. 109 f.; vgl. auch BGE 126 I 97 E. 2b S. 102). Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 126 I 97 E. 2b S. 102 f., mit Hinweisen). Die Begründung muss verständlich und nachvollziehbar sein (Albertini, a.a.O., S. 400 ff., insbes. S. 403). Eine gleichartige Begründungspflicht ergibt sich für die Kommunikationskommission als Bundesbehörde auch aus Art. 35 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 34 VwVG. Diese Bestimmungen gehen inhaltlich aber nicht über den verfassungsrechtlichen Anspruch hinaus (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 1A.17/2000 vom 17. August 2000, E. 5b).
10.3 Der angefochtene Entscheid umfasst beinahe 150 Seiten und enthält eine detaillierte Begründung. Nun ist es zwar theoretisch denkbar, dass selbst eine umfassende Entscheidbegründung, die sich in Einzelheiten verliert und die eigentliche Grundlage des Entscheids nicht mehr erkennen lässt, gegen die behördliche Begründungspflicht verstossen kann, weil sie nicht mehr verständlich und nachvollziehbar ist. Ein solcher Mangel wird von der Swisscom AG aber nicht geltend gemacht. Offensichtlich war die Kommunikationskommission darum bemüht, die technischen und ökonomischen Zusammenhänge darzulegen und ihre Vorgehensweise bzw. ihre verschiedenen Verfahrensschritte - insbesondere zur Erstellung der Plausibilitätstabellen, auf die der Ent-

scheid sich schliesslich stützte, auf der Grundlage des LRIC-Modells der Swisscom AG sowie des Gutachtens von Prof. Spremann - zu erklären und verständlich zu machen. Dagegen ist nichts einzuwenden. Dass die von der Vorinstanz vorgenommenen Anpassungen ganz allgemein nicht nachvollzogen werden können, trifft nicht zu. Es ist im Übrigen bei einem Tarif, wie er im vorliegenden Fall verfügt werden muss, gar nicht möglich, bei jedem einzelnen Gesichtspunkt ausführlich zu beschreiben, wie das Ergebnis
zustande gekommen ist. Nur schon das Dispositiv des angefochtenen Entscheids enthält eng abgefasste Tabellen auf vier Seiten. Insoweit verkennt die Swisscom AG die Tragweite der Begründungspflicht. Die Kommunikationskommission muss grundsätzlich lediglich ihre Methode darlegen und begründen, worauf ihr Ergebnis beruht und wie sie die Tabellen erstellt bzw. die darin enthaltenen Werte berechnet hat. Mehr kann in einem Verfahren wie dem vorliegenden sinnvollerweise nicht verlangt werden.
10.4 Eine andere Frage ist, ob es gleichzeitig nötig war, wiederholt Tabellen in die Entscheidbegründung aufzunehmen, die teilweise Geschäftsgeheimnisse enthielten, was wiederum zu den bekannten Abdeckungen in der der TDC Switzerland AG zugestellten Entscheidfassung führte. Ob darin eine Verletzung der Begründungspflicht liegt, die aber nicht die Swisscom AG, sondern deren Gegenpartei trifft, ist nach denselben Grundsätzen zu beurteilen wie die Frage, ob gegen das Recht auf Akteneinsicht bzw. auf Anhörung dazu verstossen worden ist (vgl. E. 6). Auf die Wiedergabe von Tabellenauszügen hätte wohl schon deshalb verzichtet werden können, weil der angefochtene Entscheid ohnehin auf die ihm beigelegte CD-ROM bzw. auf die in den darauf gespeicherten Dateien enthaltenen Plausibilitätstabellen als Anhang verweist. Die Vorinstanz war also für die Entscheidbegründung so oder so auf ergänzende Verweise angewiesen. Im Übrigen würden auch insofern überblicksmässige oder zusammenfassende Erläuterungen ohne Tabellen bzw. lediglich die Verwendung von Daten unter Ausschluss der Kernzahlen der Parteien für die Begründungspflicht genügen. Da die Swisscom AG ohnehin vollständige Kenntnis der verwendeten Daten bzw. uneingeschränkten Zugriff darauf hat,
kann sie daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten.
11.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien ist im jetzigen Zeitpunkt (noch) nicht einzugehen, da sie mit der materiellrechtlichen Beurteilung des Falles eng verbunden sind. Dies betrifft unter anderem auch die Fragen der Zulässigkeit der Reziprozität der Interkonnektionsbedingungen und ob für die der TDC Switzerland AG auferlegten Interkonnektionspflichten die erforderlichen Verhandlungen (nach Art. 11 Abs. 3 FMG) vorausgegangen sind.
12.
12.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Entscheid an zwei wesentlichen Verfahrensmängeln leidet: Zunächst hat die Vorinstanz die Regeln über das Verfahren bei Vorliegen von Geheimakten gemäss Art. 27 f. VwVG missachtet. Sodann durften die Behörden zwar externe Berater beiziehen, sie hätten aber, da diese informell zum Teil die Funktion von Sachverständigen erfüllten, den Parteien Gelegenheit geben müssen, sich zu dem vom Bundesamt (BAKOM) zusammen mit diesen Beratern erarbeiteten Antrag an die Kommunikationskommission (ComCom) zu äussern. In diesem Sinne wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör beider Parteien verletzt. Die darüber hinaus erhobenen Verfahrensrügen der Parteien erweisen sich demgegenüber als unbegründet, soweit darüber bereits zu entscheiden ist.

Die Kommunikationskommission wird das Verfahren nochmals aufzunehmen und die festgestellten Mängel zu beheben haben. Dabei wird aber nicht das ganze Verfahren noch einmal durchgeführt werden müssen. Vielmehr werden die Parteien konkret anzufragen sein, in welche Unterlagen, die ihnen bisher verschlossen blieben, sie Einsicht nehmen wollen, wozu sie sich möglichst detailliert zu äussern haben; gestützt darauf wird über die Einsichtsbegehren zu befinden sein; wo nötig, werden von vertraulichen Unterlagen Zusammenfassungen zu erstellen und zuzustellen sein. Nachdem sich die Parteien dazu geäussert haben, wird das Bundesamt (BAKOM) seinen Antrag an die Kommunikationskommission (ComCom) nochmals zu formulieren und als selbständiges Dokument zu erfassen haben; soweit der Antrag Geschäftsgeheimnisse einer Partei enthält oder auf solche verweist, sind erneut entsprechende Zusammenfassungen erforderlich, sollten die Parteien diese nicht bereits vorweg erhalten haben. Der Antrag wird den Parteien zuzustellen, und es wird ihnen die Gelegenheit einzuräumen sein, sich dazu zuhanden der Kommunikationskommission (ComCom) zu äussern. Gestützt darauf wird die Kommunikationskommission nochmals in der Sache entscheiden. Ihre Verfügung hat in einer
einheitlichen Fassung für beide Parteien mit gleicher Begründung ohne Abdeckungen zu ergehen.
12.2 Im Ergebnis sind die beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden, da beide Parteien wenigstens im Even-

tualstandpunkt die Rückweisung an die Vorinstanz beantragen, gutzuheissen; der angefochtene Entscheid muss aufgehoben werden, und die Angelegenheit ist an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Behebung der festgestellten Verfahrensmängel sowie zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen.

Da beide Parteien gleichermassen obsiegen und unterliegen, sind die bundesgerichtlichen Kosten je hälftig zu verlegen (Art. 156 Abs. 1 und 3 OG). Gleichzeitig rechtfertigt es sich, keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 159 Abs. 1-3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerden der Swisscom AG sowie der TDC Switzerland AG werden gutgeheissen, die Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 6. November 2003 wird aufgehoben, und die Sache wird an die Kommunikationskommission zurückgewiesen zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen.
2.
Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 20'000.– wird je zur Hälfte (Fr. 10'000.–) der Swisscom AG und der TDC Switzerland AG auferlegt.
3.
Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 1. Oktober 2004
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: