Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.619/2002 /bmt

Urteil vom 10. März 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
Swisscom Fixnet AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Andreas Pöll, Swisscom AG, Group Legal Services, 3050 Bern,

gegen

Bundesamt für Kommunikation, Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel/Bienne,
Rekurskommission des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Schwarztorstrasse 59, Postfach 336, 3000 Bern 14.

Gegenstand
Verwendung und Weitergabe von Carrier Preselection (CPS)-Informationen; Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Zwischenentscheid der Rekurskommission des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, vom 6. Dezember 2002.

Sachverhalt:
A.
Die Swisscom AG (heute im Rahmen der Swisscom Unternehmensgruppe die Swisscom Fixnet AG, nachfolgend teilweise Swisscom genannt) stellt heute noch den meisten Teilnehmern am Telefonverkehr die Verbindung, den physischen Zugang zum öffentlichen Telefonnetz zur Verfügung. Will ein Teilnehmer am Telefonverkehr eine Konkurrentin der Swisscom als Anbieterin von Fernmeldediensten wählen, setzt dies voraus, dass die Swisscom dieser im Sinne von Art. 11 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) Interkonnektion gewährt. Um den Zugang zu den Diensten einer jeden Anbieterin technisch zu gewährleisten, steht unter anderem die so genannte Carrier Preselection (CPS) zur Verfügung. Im Zusammenhang mit den diesbezüglich erforderlichen Schaltungen fallen bei der Swisscom Informationen an.
Das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend Bundesamt) eröffnete am 25. März 2002 ein Aufsichtsverfahren gegen die Swisscom um abzuklären, ob die Swisscom im Zusammenhang mit CPS-Schaltungen erworbene Informationen, die es als Interkonnektionsinformationen qualifiziert, in rechtswidriger Weise verwende. Mit Verfügung vom 11. November 2002 stellte es fest, die Swisscom Fixnet AG habe die in Art. 50 Abs. 2 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) statuierte Pflicht, Interkonnektionsinformationen über Teilnehmer nur im Rahmen der Interkonnektionsverfahren zu verwenden, sowie Art. 60 Abs. 1 FDV und das durch Art. 43 FMG geschützte Fernmeldegeheimnis verletzt (Ziff. 1 des Dispositivs). Es forderte die Swisscom Fixnet AG gestützt auf Art. 58 Abs. 2 FMG auf, die Verwendung von vertraulichen Interkonnektionsinformationen im Zusammenhang mit Fernmeldedienstleistungen und Marketingaktivitäten unverzüglich zu unterlassen und dem Bundesamt spätestens 30 Tage nach Eröffnung der Verfügung mitzuteilen, was sie diesbezüglich unternommen habe (Ziff. 2). Ferner wurde die Swisscom Fixnet AG verpflichtet, die bei der Rechtsverletzung erzielten und auf 2 Mio Franken geschätzten Einnahmen an den Bund abzuliefern;

die Zahlung soll mit Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung fällig werden (Ziff. 3). Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 2 dieser Verfügung entzog das Bundesamt gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG die aufschiebende Wirkung (Ziff. 5).
B.
Gegen diese Verfügung des Bundesamtes erhob die Swisscom Fixnet AG am 22. November 2002 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Rekurskommission UVEK); sie stellte insbesondere den Antrag, Ziff. 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsbeschwerde (hinsichtlich der Verpflichtung, CPS-Informationen nicht mehr zu verwenden) wiederherzustellen. Nachdem das Gesuch, diesem Begehren superprovisorisch zu entsprechen, am 26. November 2002 abgelehnt worden war, wies der Instruktionsrichter der Rekurskommission UVEK das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid vom 6. Dezember 2002 ab.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. Dezember 2002 beantragt die Swisscom Fixnet AG, der Zwischenentscheid vom 6. Dezember 2002 sei aufzuheben und es sei die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsbeschwerde gegen die Ziff. 2 der Verfügung des Bundesamtes wiederherzustellen.

Das Bundesamt für Kommunikation stellt den Antrag, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten, eventualiter sie abzuweisen. Die Rekurskommission UVEK hat Bemerkungen zur Beschwerde eingereicht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gemäss Art. 101 lit. a OG (e contrario) sind Zwischenverfügungen nur dann selbständig mit Verwaltungsgerichsbeschwerde anfechtbar, wenn dieses Rechtsmittel auch gegen den Endentscheid offen steht.

Das ist vorliegend der Fall. Ausgangspunkt des Verfahrens ist eine auf Bundesrecht (Art. 58 Abs. 2 FMG) gestützte Anordnung des Bundesamtes für Kommunikation, die gemäss Art. 61 Abs. 2 FMG mit Beschwerde bei der Rekurskommission UVEK angefochten ist. Das Verfahren vor der Rekurskommission richtet sich gemäss Art. 61 Abs. 3 FMG nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG). Gegen ihren Sachentscheid steht grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen, da kein gesetzlicher Ausschliessungsgrund im Sinne von Art. 99 ff. OG vorliegt.
1.2 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). 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 wird jedoch grundsätzlich vorausgesetzt, dass der Beschwerdeführer einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erleidet. Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde genügt für die Annahme eines solchen Nachteils ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse (zum Ganzen BGE 127 II 132 E. 2a S. 136 mit Hinweisen).

Diese Voraussetzung ist vorliegend ebenfalls erfüllt. Das Bundesamt hat einer allfälligen Beschwerde gegen seine Verfügung die aufschiebende Wirkung mit der Begründung entzogen, dass sich die Beschwerdeführerin andernfalls wirtschaftliche Vorteile zu Lasten ihrer Konkurrentinnen verschaffen könnte, welche diese im Falle der Abweisung der Beschwerde nicht mehr (vollständig) zu ihren Gunsten rückgängig machen könnten. Aus dem gleichen Grunde hat die Vorinstanz es abgelehnt, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder herzustellen. Umgekehrt zielt somit die angefochtene Massnahme (Entzug bzw. Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) darauf ab, die Beschwerdeführerin daran zu hindern, sich einen Vorteil zu verschaffen, der ihr nach der Vermutung des Bundesamtes und der Vorinstanz wenigstens teilweise definitiv verbleiben würde; in diesem Umfang wird sie durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung unwiderruflich schlechter gestellt. Das genügt zur Annahme, sie erleide durch die angefochtene verfahrensleitende Anordnung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil. In diesem Zusammenhang ist die Frage unerheblich, ob der Vorteil, den zu erzielen ihr bei Entzug der aufschiebenden Wirkung verwehrt bleibt, rechtmässig ist; sie
bildet im Wesentlichen Gegenstand der vor der Vorinstanz hängigen Beschwerde.
1.3 Auf die am 20. Dezember 2002 rechtzeitig erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Eröffnung des Zwi-

schenentscheids am 9. Dezember 2002, Fristst illstand ab 18. Dezember 2002 gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. c OG) ist einzutreten.
2.
Die Beschwerdeführerin erhebt vorerst zwei verfahrensrechtliche Rügen. Sie bestreitet die Zuständigkeit des Instruktionsrichters zum Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.
2.1 Gemäss Art. 55 Abs. 3 VwVG entscheidet die Beschwerdeinstanz oder bei Kollegialbehörden deren Vorsitzender über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte der angefochtene Entscheid angesichts des Wortlauts dieser Bestimmung einzig vom Präsidenten der Rekurskommission gefällt werden können. Sie beruft sich zudem auf Art. 20 Abs. 5 der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen (Organisationsverordnung, VRSK; SR 173.31), welcher ebenfalls ausdrücklich (bloss) den Präsidenten zur Verfügung über vorsorgliche Massnahmen ermächtigt; die Delegation dieser Befugnis an den Instruktionsrichter sei nicht erlaubt und ohnehin nicht in zulässiger Form erfolgt.

Der Präsident der Rekurskommission weist in der Vernehmlassung auf Art. 18 VRSK hin; nach dessen Absatz 1 obliegt ihm die administrative Leitung der Kommission. Zudem erwähnt er das gestützt auf diese Leitungskompetenz erlassene Kommissionsreglement vom 27. März 2000, nach dessen Art. 10 Abs. 3 die Instruktionsrichterinnen und Instruktionsrichter ermächtigt sind, unter anderem Verfügungen betreffend den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu treffen und zu unterschreiben.
2.2 Zu Beginn des Verfahrens vor der Rekurskommission bezeichnet der Kommissionspräsident aus der Mitte der am Entscheid mitwirkenden Richter einen Instruktionsrichter (Art. 21 Abs. 2 VRSK). Art. 22 VRSK umschreibt die Tätigkeit des Instruktionsrichters. Gemäss Art. 22 Abs. 1 VRSK klärt dieser den Sachverhalt ab und erhebt darüber Beweis; zu diesem Zweck kann er Zwischenverfügungen erlassen und insbesondere einen weiteren Schriftenwechsel oder eine mündliche Verhandlung unter seinem Vorsitz anordnen. Art. 22 Abs. 2 VRSK bestimmt, dass er die Instruktion in der Regel selbständig führt; bestimmte Vor- und Zwischenfragen kann (aber muss er nicht) den anderen Richtern, die am Entscheid mitwirken, unterbreiten.

Nicht in Art. 22 VRSK angeführt ist die Befugnis, vorsorgliche Massnahmen zu treffen; diese sind in Art. 20 Abs. 5 VRSK unter den Vorkehrungen erwähnt, welche der Präsident bei der "Einleitung des Verfahrens" (Marginale von Art. 20 VRSK) trifft. Damit wird nebst den Vorgaben von Art. 55 Abs. 2 und 3 VwVG dem Umstand Rechnung getragen, dass viele Rekurskommissionen im Wesentlichen aus nebenamtlich tätigen Richtern zusammengesetzt sind; die Fähigkeit der Kommission, erste Anordnungen innert nützlicher Frist zu treffen, bleibt nur gewahrt, wenn der Präsident (welcher häufig, allenfalls nebst dem Vizepräsidenten, einziges vollamtliches Mitglied ist) ermächtigt wird, das Nötigste selber vorzukehren.
2.3 In der Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legt der Präsident der Rekurskommission Wert auf den Umstand, dass die Rekurskommission ausschliesslich aus vollamtlichen, rechtskundigen Richtern zusammengesetzt ist (Art. 8 Abs. 2 des Kommissionsreglements in Verbindung mit Art. 8 VRSK). In der Tat misst die Organisationsverordnung selber dem Kriterium Vollamtlichkeit massgebliche Bedeutung bei. Vorerst müssen neben dem Präsidenten bloss die vollamtlichen Richter rechtskundig sein (Art. 3 Abs. 2 VRSK). Gemäss Art. 10 VRSK können nebst den Präsidenten oder den Vizepräsidenten auch (aber nur) die vollamtlichen Richter als Einzelrichter entscheiden. Unter anderem können sie Nichteintretensentscheide fällen, wenn offensichtlich unzulässige Rechtsmittel oder Klagen erhoben werden (Art. 10 lit. b VRSK); sie können offensichtlich unbegründete Rechtsmittel oder Klagen abweisen und offensichtlich begründete Rechtsmittel oder Klagen gutheissen (Art. 10 lit. c VRSK); schliesslich sind sie zuständig für Nichteintreten, Abweisung und Gutheissung von Rechtsmitteln oder Klagen, wenn es sich um vermögensrechtliche Ansprüche mit einem Streitwert unter 5000 Franken handelt (Art. 10 lit. d VRSK). Dem vollamtlichen Richter werden mithin
umfassende Kompetenzen zur selbständigen Streiterledigung eingeräumt. Es liesse sich daher ebenfalls denken, dem als Instruktionsrichter eingesetzten vollamtlichen Richter die Kompetenz zu verleihen, über vorsorgliche Massnahmen wie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Dafür könnte namentlich sprechen, dass der schon in einem frühen Verfahrensstadium für einen konkreten Fall eingesetzte Instruktionsrichter im Hinblick auf eine sachgerechte Verfahrensinstruktion sich von Anfang an vertiefter mit einem Dossier befassen kann als der mit sämtlichen neu eingehenden Beschwerden befasste Kommissionspräsident;

die dabei gegebenenfalls gewonnenen Erkenntnisse könnten schon für die Beurteilung der Frage der aufschiebenden Wirkung verwendet werden, was insbesondere den Parteien zugute käme.
2.4 Nun sind dies Überlegungen, die der Gesetz-, allenfalls der Verordnungsgeber berücksichtigen kann und die bei der Rechtsanwendung für die Auslegung herangezogen werden können. Das Gesetz ist aber in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 128 V 116 E. 3b S. 118 f. mit Hinweisen).

Der Wortlaut von Art. 55 Abs. 3 VwVG ist klar. Das Gesetz erlaubt, dass nicht die Beschwerdeinstanz in voller Besetzung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheiden muss. Der Gesetzgeber hat das Problem der Dringlichkeit solcher Entscheidungen erkannt und eine Lösung geschaffen, die dem Rechnung trägt, indem er den Präsidenten der Beschwerdeinstanz zum Entscheid ermächtigt hat. In Ziff. 1 Abs. 3 lit. a der Schlussbestimmungen der Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 4. Oktober 1991 ist dem Bundesrat nicht die Kompetenz erteilt worden, vom VwVG abzuweichen. Er hat in Art. 20 Abs. 5 VRSK Entscheide über vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 55 und 56 VwVG denn auch ausdrücklich dem Kommissionspräsidenten übertragen. Diese Zuständigkeitsregelung ist ebenfalls klar und erscheint nicht interpretationsbedürftig. Sie bietet eine praktikable, den Bedürfnissen eines geordneten Verfahrensablaufs angemessene Lösung. Die Voraussetzungen, vom Wortlaut der gesetzlichen Regelung abzuweichen, sind daher nicht erfüllt. Ein zur administrativen Leitung und Aufsicht erlassenes Kommissionsreglement kann, auch unter dem Gesichtspunkt der Delegationsgrundsätze, keine abweichende Zuständigkeitsordnung vorsehen.
2.5 Daraus ergibt sich, dass der Instruktionsrichter der Rekurskommission UVEK nicht befugt war, die angefochtene Zwischenverfügung zu erlassen. Der Mangel wird nicht dadurch geheilt, dass die Vernehmlassung der Rekurskommission, in der kein Antrag gestellt wurde, von deren Präsidenten unterzeichnet worden ist. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit schon wegen dieses Verfahrensmangels gutzuheissen, und die angefochtene Zwischenverfügung ist aufzuheben. Es obliegt dem Kommissionspräsidenten, erneut eine Zwischenverfügung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu treffen.
3.
Damit erübrigt sich die Behandlung der Beschwerde, soweit damit der Entscheid über die Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerügt wird. Indessen erscheint es im Hinblick auf den neu vom Kommissionspräsidenten zu treffenden Entscheid angebracht, die Rüge der Beschwerdeführerin zu behandeln, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, dass das Bundesamt sie im Hinblick auf den geplanten Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht angehört habe.

Diese Rüge ist unbegründet: Eine allfällige Gehörsverweigerung würde spätestens mit der vollständigen Kenntnisnahme vom Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und mit dessen Behandlung durch den Präsidenten der Rekurskommission geheilt, der die massgeblichen Gesichtspunkte im Wesentlichen gleich prüft wie das Bundesamt. Ohnehin erscheint eine vorgängige Anhörung der Beteiligten durch die verfügende Behörde im Hinblick auf den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde in der Regel nicht erforderlich. Die Beteiligten sind bereits zu Wort gekommen und haben mit einem für sie ungünstigen Verfahrensausgang und der Möglichkeit eines Entzugs des Suspensiveffekts einer Beschwerde grundsätzlich rechnen müssen (vgl. Thomas Merkli, Arthur Aeschlimann, Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern [VRPG], Bern 1997, S. 471 N 15 am Ende). In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass nach dem Entzug der aufschiebenden Wirkung in einfacher Weise die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erwirkt werden kann, ist der Kommissionspräsident doch berechtigt und verpflichtet, nach summarischer Prüfung der Angelegenheit "ohne Verzug" über ein entsprechendes
Gesuch zu befinden (Art. 55 Abs. 3 VwVG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 5 VRSK). Die Beschwerdeführerin kann ihren Anspruch auf rechtliches Gehör somit in diesem Verfahrensstadium vollumfänglich wahrnehmen. Sie muss bei dieser Ausgangslage zwar selber aktiv werden, um ihre Anliegen vorzutragen, hat es aber selber in der Hand, sich vollständiges Gehör zu verschaffen.
4.

Da die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutgeheissen wird, sind für das bundesgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet, nachdem die obsiegende Beschwerdeführerin nicht durch einen unabhängigen Rechtsanwalt, sondern durch einen bei ihr hausintern angestellten Fürsprecher vertreten ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen; der Zwischenentscheid des Instruktionsrichters der Rekurskommission des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation vom 6. Dezember 2002 wird aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid über das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Bundesamt für Kommunikation und der Rekurskommission des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 10. März 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: