Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-7154/2008
{T 1/2}

Urteil vom 18. Februar 2010

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz), Richter André Moser, Richterin Kathrin Dietrich, Richter Lorenz Kneubühler, Richter Markus Metz,
Gerichtsschreiber Simon Müller.

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG,
Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern,
vertreten durch Fürsprecher Urs Prestinari,
Swisscom AG, Legal Services & Regulatory Affairs,
3050 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

COLT Telecom Services AG, Mürtschenstrasse 27,
8048 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt David Känzig,
Klausstrasse 33, 8034 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom,
Marktgasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss sowie der Kollokation, Teilverfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008.

Sachverhalt:

A.
Die Colt Telecom AG beantragte bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) den Erlass von Zugangsverfügungen gegen die Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG, in der Folge: Swisscom) in verschiedenen Bereichen. Die Gesuche betrafen die Bedingungen des Zugangs zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) und der Kollokation (KOL).

B.
Mit Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 entschied die ComCom über die anzuwendenden Preise für verschiedene Leistungen im Zusammenhang mit TAL und für die Bereitstellung von KOL. Weiter stellte sie die Rechtswidrigkeit einzelner von der Swisscom offerierter Vertragsklauseln fest und wies die Swisscom an, diese aus ihren Verträgen zu entfernen.

C.
Gegen diese Verfügung erhebt die Swisscom (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 10. November 2008 Beschwerde und beantragt die Neufestsetzung der Preise für die Bereitstellung von KOL (Rechtsbegehren 1 – 3). In Bezug auf die von der Vorinstanz festgestellte Rechtswidrigkeit verschiedener Vertragsklauseln beantragt sie, die Anordnung der Vorinstanz sei durch eine Formulierung zu ersetzen, gemäss der die umstrittenen Klauseln nicht in die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge betreffend Kollokation und betreffend Teilnehmeranschlussleitung aufgenommen würden (Rechtsbegehren 4).

Zur Begründung rügt sie Fehler bei der Festsetzung des kostenorientierten Preises für die Bereitstellung von KOL. Betreffend die beanstandeten Vertragsklauseln führt sie aus, die Vorinstanz sei nur berechtigt, auf Gesuch hin Vertragsbestimmungen zwischen den Parteien des Verfahrens zu regeln. Sie sei aber nicht befugt, in mit Dritten abgeschlossene Vereinbarungen einzugreifen.

D.
Mit Beschwerdeantwort vom 28. Januar 2009 beantragt die COLT Telecom AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz zur Festlegung kostenorientierter Preise für die Bereitstellung der ge-

schlossenen Kollokation. In Bezug auf die Vertragsklauseln bestreitet sie das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin, da sich die Rechtskraft der angefochtenen Verfügung nur auf die Parteien erstrecke. Die Beschwerdeführerin sei von der angefochtenen Klausel des Dispositivs lediglich virtuell berührt.

E.
Mit Stellungnahme vom 30. Januar 2009 beantragt die ComCom (Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde. Sie hält an ihren Ausführungen in der angefochtenen Verfügung fest. In Bezug auf die Vertragsklauseln führt sie aus, aufgrund des Diskriminierungsverbots sei sie berechtigt, die Entfernung rechtswidriger Klauseln aus den Verträgen der Beschwerdeführerin mit Dritten zu verlangen. Es würde dem zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts und dem Diskriminierungsverbot widersprechen, wenn eine als rechtswidrig erkannte Vertragsklausel gegenüber Dritten weiterhin Geltung beanspruchen dürfte.

F.
Am 7. April 2009 zog die Beschwerdeführerin die Rechtsbegehren 1 bis 3 (Festsetzung der Preise für KOL) zurück.

G.
In ihrer Replik vom 30. April 2009 hält die Beschwerdeführerin am Rechtsbegehren betreffend die Aufhebung von Vertragsklauseln in Verträgen mit Dritten fest. In verfahrensrechtlicher Hinsicht führt sie aus, sie sei durch die Verpflichtung, die strittigen Klauseln aus den Verträgen mit Dritten zu entfernen, beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Dagegen sei die Beschwerdegegnerin in diesem Punkt durch die angefochtene Verfügung nicht betroffen.

In materieller Hinsicht macht sie ergänzend geltend, da die von der strittigen Weisung zur Aufhebung von Vertragsklauseln betroffenen Dritten kein Gesuch um Zugangsregulierung gestellt hätten, sei die Vorinstanz dazu nicht zuständig gewesen und habe die Dispositionsmaxime verletzt. Das fernmelderechtlich vorgesehene Verhandlungsprimat und die Vertragsfreiheit erlaubten ihr, mit verschiedenen Anbietern verschiedene Vertragsbedingungen auszuhandeln.

H.
Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Duplik vom 25. Juni 2009 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest, soweit diese nicht

zurückgezogen worden sei. Sie bringt vor, die Vorinstanz sei zu Recht von einer gesetzlichen Drittwirkung ihrer Verfügungen auf Verträge mit Dritten ausgegangen. Da die Beschwerdegegnerin in ihrem Gesuch die Aufhebung der Vertragsklauseln beantragt habe, sei die Dispositionsmaxime nicht verletzt.

I.
Die Vorinstanz wiederholt in ihrer Stellungnahme vom 19. Juni 2009 den Antrag auf Abweisung der Beschwerde und führt aus, das Ziel der fernmelderechtlichen Regulierung sei das Überführen des Telekommunikationsmarktes von einer Monopolsituation in einen funktionierenden Wettbewerb. Das Gesetz schränke die Vertragsfreiheit der marktbeherrschenden Beschwerdeführerin stark ein. Das Diskriminierungsverbot verlange, dass Anordnungen in einem Regulierungsverfahren für alle Vertragspartner der Beschwerdeführerin gleichermassen gelten würden. Rechtswidrige Vertragsklauseln seien daher aus den Verträgen zu entfernen.

J.
Mit unverlangter Eingabe vom 9. Juli 2009 weist die Beschwerdeführerin auf politische Bestrebungen hin, eine ex officio Regulierung einzuführen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ComCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.1 Mit Eingabe vom 7. April 2009 hat die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren 1 bis 3 zurückgezogen. Die Beschwerde ist insoweit als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

1.2 Bezüglich Rechtsbegehren 4 ist die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag im vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Durch die Anweisung der Vorinstanz, bestimmte Klauseln aus ihren Verträgen mit Dritten zu entfernen, wird sie in ihrer Vertragsfreiheit eingeschränkt. Sie ist damit durch die vorinstanzliche Verfügung beschwert und gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt (dazu ausführlich Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 7.4.2). Auf das form- und fristgerecht eingereichte Rechtsbegehren 4 ist daher einzutreten.

1.3 Die Beschwerdeführerin verweist auf gegenwärtig hängige Bestrebungen auf politischer Ebene, der Vorinstanz das Recht zuzugestehen, ex-officio einzuschreiten. Aus diesen Bestrebungen kann indessen im vorliegenden Zusammenhang nichts geschlossen werden, geht es doch hier nicht um die Frage, ob die Vorinstanz berechtigt ist, von Amtes wegen tätig zu werden, sondern um die Frage, wie sich eine auf Antrag einer Fernmeldedienstanbieterin getroffene Regelung auswirkt. Auf die unaufgefordert nach Abschluss des Schriftenwechsels eingereichte Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. Juli 2009 ist daher nicht weiter einzugehen (Art. 32 Abs. 2 VwVG).

1.4 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Parteistellung der Beschwerdegegnerin und beantragt, deren Eingaben aus dem Recht zu weisen. Sie bringt vor, soweit die Beschwerdegegnerin die Streichung von Klauseln aus dem mit der Beschwerdeführerin geschlossenen Vertrag beantragt habe, sei ihr die Vorinstanz gefolgt. Die Verfügung sei in diesem Punkt unangefochten geblieben. Von der Weisung, die Klauseln aus ihren Verträgen mit Dritten zu entfernen, sei die Beschwerdegegnerin dagegen nicht berührt. Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung gehabt und sei deshalb auch im Beschwerdeverfahren Partei.

1.4.1 Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll und denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde ursprünglich auch die Verfügung der Vorinstanz betreffend die Bedingungen der Kollokation angefochten. In diesem Punkt sind die Rechte und Pflichten der Beschwerdegegnerin ohne Weiteres betroffen. Sie wurde damit zu Recht in das Verfahren einbezogen.

1.4.2 Aber auch hinsichtlich der noch strittigen Rechtsfrage ist die Parteistellung der Beschwerdegegnerin zumindest teilweise zu bejahen. Denn die Beschwerdeführerin verlangt nicht bloss die Aufhebung der Verpflichtung, die strittigen Vertragsklauseln aus Verträgen mit Dritten zu streichen. Wenn sich der Streit nur darum drehen würde, wäre die Parteistellung der Beschwerdegegnerin wohl zu verneinen, weil sie in diesem Punkt als nicht stärker berührt erscheint als die übrigen Fernmeldedienstanbieterinnen. Die Beschwerdeführerin verlangt aber mit ihrem Rechtsbegehren darüber hinaus, dass auch ihr Vertragsverhältnis mit der Beschwerdegegnerin im fraglichen Punkt durch die von ihr verlangte Neuformulierung geregelt und damit die Feststellung der Vorinstanz auch im internen Verhältnis aufgehoben werde (vgl. dazu E. 2.7). Insoweit kann der Beschwerdegegnerin die Parteistellung nicht abgesprochen werden und der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin auf Parteiausschluss ist abzuweisen.

2.
Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz stützt sich auf Art. 11 und 11a FMG. Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen in verschiedenen, im Gesetz aufgezählten Formen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Vorinstanz diese gemäss Art. 11*a* Abs. 1 FMG auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheids auf konkurrierende Einrichtungen.

2.1 Die Beschwerdeführerin bringt gegen die Anweisung zur Entfernung von Klauseln aus Verträgen mit Dritten vor, die Vorinstanz sei im Rahmen der Dispositionsmaxime nur soweit zur Regelung der Zugangsbedingungen zuständig, aber zwischen den Parteien Dissens herrsche. Soweit Dritte die Klauseln akzeptiert hätten, sei ein Eingriff bereits aus diesem Grund unzulässig.

2.2 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, dass sich die Parteien zunächst selber um eine einvernehmliche Lösung zu bemühen hätten. Da es sich beim Diskriminierungsverbot um zwingendes öffentliches

Recht handle, könne davon nicht parteiautonom abgewichen werden. Die Klauseln seien deshalb aus allen Verträgen zu entfernen.

2.3 Der im vorliegenden Verfahren umstrittene Begriff der Drittwirkung findet sich in den einschlägigen Bestimmungen des Fernmelderechts nicht. Die Art. 11 ff. FMG äussern sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob und wie sich Verfügungen der Vorinstanz in diesem Bereich auf die Rechte Dritter auswirken.

2.3.1 Art. 11 Abs. 1 FMG verlangt, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Es ist nun zu prüfen, ob das Diskriminierungsverbot – wie von der Vorinstanz angenommen – dazu führt, dass eine behördliche Preisfestsetzung von Gesetzes wegen zu einer Anpassung der von der Beschwerdeführerin mit Dritten geschlossenen Verträge führt.

2.3.2 Das Diskriminierungsverbot kann – wenn ihm Vorrang vor der Vertragsautonomie zugebilligt wird – rechtlich auf verschiedene Weise umgesetzt werden. Einerseits können die Preise direkt für alle Beteiligten – gewissermassen tarifartig – festgelegt werden. Die auf diese Weise festgesetzten Preise würden unmittelbar für alle Beteiligten gelten und die Frage einer allfälligen Rückwirkung wäre anhand der zugrunde liegenden Bestimmungen zu klären. Indem die Vorinstanz geltend macht, sobald sie von einer Partei angerufen werde, beanspruchten ihre Verfügungen die gleiche Durchschlagskraft wie die von Behörden der Europäischen Union (EU) getroffenen ex-ante Regelungen, scheint sie dieser Konzeption einer *direkten* Drittwirkung zu folgen.

Es kann aber auch – im Sinne einer *indirekten* Drittwirkung – davon ausgegangen werden, eine Festsetzung der Preise durch die Vorinstanz betreffe direkt nur die Parteien des Zugangsverfahrens. Die Festsetzung der kostenorientierten Preise würde dazu führen, dass die mit Dritten vereinbarten höheren Preise diskriminierend und damit gegebenenfalls widerrechtlich, mithin gemäss Art. 20 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) nichtig wären. Dies wäre durch die betroffenen Dritten auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen (Art. 11*b* FMG). Die Entscheide der Vorinstanz würden sich damit lediglich indirekt auf die Vertragsverhältnisse mit

Dritten auswirken. Die Voraussetzungen und der Umfang von Ansprüchen der Parteien aus dem Diskriminierungsverbot wären demnach zivilrechtlicher Natur und durch den Zivilrichter zu beurteilen.

2.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit dieser Fragestellung eingehend in einem parallelen Beschwerdeverfahren auseinandergesetzt. Vorab hat es festgehalten, dass die Drittwirkung von Entscheiden zumindest aus verfahrensrechtlicher Sicht grundsätzlich denkbar sei (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 8.1 ff.). Weiter hat es festgestellt, dass Rechtsprechung und Lehre die Frage, ob sich die Drittwirkung von Entscheiden der Regulierungsbehörde direkt aus dem Gesetz ergebe, bisher offen gelassen hätten (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.1 ff.). Entsprechend der Auffassung der Vorinstanz, die direkte Drittwirkung folge aus dem Gebot, nichtdiskriminierende Preise zu gewähren, hat sich das Bundesverwaltungsgericht in der Folge eingehend mit dem Begriff der Diskriminierung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG auseinandergesetzt. Es ist dabei zum Ergebnis gelangt, das fernmelderechtliche Diskriminierungsverbot verlange einzig, dass allen Anbieterinnen die Zugangsleistungen zu den gleichen Konditionen angeboten würden. Eine darüber hinausgehende Tragweite des Diskriminierungsverbots im Sinne einer Befugnis der Vorinstanz, in Verträge der marktbeherrschenden Anbieterin mit Dritten einzugreifen, könne weder aus dem Liberalisierungszweck des Gesetzes noch aus der Umschreibung von Art. 52 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) abgeleitet werden. Da der historische Gesetzgeber davon ausgegangen sei, die Zugangsverfügungen hätten keine direkte Drittwirkung, könnte eine solche nur angenommen werden, wenn dies die andern Auslegungselemente mit hinreichender Klarheit nahe legen würden, was aber nicht der Fall sei. Zwar entspreche eine (vertraglich vereinbarte) rückwirkende Drittwirkung zweifellos dem Zweck des Gesetzes, es folge aber daraus nicht, dass eine direkte, rückwirkende Drittwirkung bereits von Gesetzes wegen gelte (Urteil A-7162/2008 E. 9.3.3.4). Die Systematik der fernmelderechtlichen Zugangsordnung sehe vielmehr vor, dass die Parteien die Bedingungen zunächst auf dem Verhandlungsweg zu vereinbaren hätten und die ComCom nur für den Fall, dass dies nicht gelinge, auf Gesuch hin privatrechtsgestaltend eingreifen dürfe. Die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Bedingungen geschehe gemäss Art. 11*b* FMG allerdings auf dem zivilrechtlichen Weg. Der Vorinstanz komme nach dieser Konzeption weder eine Aufgabe bei der Durchsetzung der Verträge

noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich ihrer Rechtmässigkeit zu (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.5). Die Nichtdiskriminierung sei damit auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Ob und wie weit aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden könnten, sei eine Frage des Zivilrechts (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.10).

2.5 Die Vorinstanz ist somit lediglich zur Regelung der Bedingungen des Zugangs zwischen den Parteien des Verfahrens zuständig. Sie hat dagegen keine Aufsichtsfunktion im Sinne einer Prüfung der Rechtmässigkeit der mit Dritten abgeschlossenen Verträge. Ob und wieweit das BAKOM als Aufsichtsbehörde (Art. 58 FMG) befugt wäre, rechtswidrige Vertragsbestimmungen zu beanstanden, ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts fraglich, kann aber auch hier offen gelassen werden (vgl. Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 10.2.2).

2.6 Die Beschwerde ist folglich insoweit gutzuheissen, als die Beschwerdeführerin verlangt, es sei die Verpflichtung aufzuheben, sie müsse die beanstandeten Klauseln aus ihren Verträgen entfernen.

2.7 Soweit die Vorinstanz die Klauseln im Vertragsverhältnis der Parteien aufgehoben hat, ist die Verfügung unangefochten geblieben. In diesem Rahmen wäre die Verfügung auch nicht zu beanstanden. Die Vertragsklauseln waren Gegenstand des Zugangsgesuchs der Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz war daher zur Beurteilung der Klauseln gemäss Art. 11*a* FMG zuständig. Die Anordnung von Ziff. 4, 2. Satz, des Dispositivs ist daher nicht ersatzlos aufzuheben, sondern es ist festzuhalten, dass die fraglichen Klauseln nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag aufgenommen werden.

Damit bleibt zu prüfen, ob auch die angefochtene Feststellung der Rechtswidrigkeit aufzuheben ist. Soweit die Feststellung nicht das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien betrifft, war die Vorinstanz – wie bereits gezeigt – nicht zur Prüfung der Rechtmässigkeit zuständig. Mit der vorgeschlagenen Neuformulierung des Dispositivs beantragt die Beschwerdeführerin sinngemäss, die Feststellung sei auch in Bezug auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aufzuheben. Feststellungsverfügungen sind gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsverfügungen subsidiär. Dies bedeutet, dass eine Feststellungsverfügung nur dann erlassen werden darf, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Ge-

staltungsverfügung gewahrt werden kann (BGE 132 V 257 E. 1 mit Hinweisen, ISABELLE HÄNER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 25 N 20). Das Gebot der Subsidiarität gilt auch, wenn eine Behörde im Rahmen ihrer Vollzugsaufgaben von sich aus eine Verfügung erlässt (BVGE 2009/9 E. 2.2, ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/ Klaus A. Vallender [Hrsg.], Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/ Lachen 1998, S. 230 ff., 239). Vorliegend stand der Vorinstanz die Möglichkeit offen, insofern gestaltend das Rechtsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zu regeln, als sie die strittigen Klauseln hätte für nicht anwendbar erklären können. Für eine darüber hinausgehende und offenbar in erster Linie auf Verträge mit Dritten bezogene Feststellung bleibt damit kein Raum. Die angefochtene Klausel des Dispositivs ist daher auch in diesem Punkt aufzuheben. Festzuhalten ist zudem, dass die Beschwerdegegnerin als Gesuchstellerin in den erstinstanzlichen Verfahren keine Feststellungsanträge gestellt hat. Die Vorinstanz hat mithin mit ihrer Feststellung auch die Dispositionsmaxime verletzt.

2.8 Die Beschwerde ist damit ebenfalls gutzuheissen, soweit sie sich gegen die Feststellungsverfügung richtet, und Ziffer 4 der angefochtenen Teilverfügung ist vollständig aufzuheben und durch die von der Beschwerdeführerin beantragte Formulierung zu ersetzen.

3.
Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG sind die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen.

Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Streitwert der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse 100 – 50'000 Franken (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für eine Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und aus welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. Urteil des Bundesverwal-

tungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 16; BEAT RUDIN, in Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51 N 12).

3.1 Im vorliegenden Verfahren waren ursprünglich sowohl Begehren mit Vermögensinteressen als auch nicht vermögensrechtliche Anträge im Streit. Der Streitwert ist nicht bezifferbar, dürfte aber bei einer Preisdifferenz von rund Fr. 10'000.- pro Zentrale und gut 1'300 Ortszentralen im Netz der Beschwerdeführerin (CLEMENS VON ZEDTWITZ, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 35) die Grenze von einer Million Franken übersteigen. Die Verfahrenskosten sind anhand des Streitwerts, der Komplexität der Streitsache und der weiteren im Streit stehenden – nicht vermögensrechtlichen – Interessen auf insgesamt Fr. 20'000.- festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE).

3.2 Soweit die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren zurückgezogen hat, gilt sie als unterliegend (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 4.56), im Übrigen als obsiegend. Der auf die zurückgezogenen Rechtsbegehren entfallende Anteil der Verfahrenskosten ist angesichts der damit verfolgten gewichtigen vermögensrechtlichen Interessen auf Fr. 16'000.- zu beziffern. Diese sind unter Berücksichtigung des reduzierten Aufwands infolge Beschwerderückzugs teilweise zu erlassen (Art. 6 Bst. a VGKE) und im Umfang von Fr. 4'000.- der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der Beschwerdegegnerin kommt hinsichtlich der Verbindlichkeit der strittigen Vertragsklausel im Innenverhältnis Parteistellung zu (E. 1.5). Diesbezüglich hat sie die Abweisung der Beschwerde beantragt und sich somit gegen die von der Beschwerdeführerin verlangte Neuformulierung ausgesprochen. Insoweit gilt sie als unterliegend und hat bezogen auf diesen Punkt einen Kostenanteil von Fr. 1'000.- zu übernehmen. Der Vorinstanz sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

4.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Vorliegend sind beide Parteien als teilweise obsiegend zu betrachten. Da die Beschwerdeführerin ihren internen Rechtsdienst mit der

Interessenwahrung betraut hat und nicht durch externe Anwälte vertreten ist, steht ihr keine Parteientschädigungen zu (Art. 8 ff. VGKE, speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009 E. 60 mit Hinweis). Die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin gilt in Bezug auf die zurückgezogenen Rechtsbegehren als obsiegend und hat Anspruch auf Ersatz der ihr entstandenen Kosten. Diese umfassen gemäss Art. 9 Abs. 1 VGKE die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen. Wird keine Kostennote eingereicht, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festgesetzt. Angesichts des Streitwerts und des vor dem zweiten Schriftenwechsel erfolgten Teilrückzugs der Beschwerde ist ihr eine Entschädigung von Fr. 10'000.- zuzusprechen, die von der insoweit unterliegenden Beschwerdeführerin zu ersetzen ist (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

5.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit sie nicht als durch Rückzug gegenstandslos geworden abgeschrieben wird.

2.
Ziff. 4 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie der Kollokation wird aufgehoben und durch die folgende Formulierung ersetzt:

> „Die Klauseln 5.11 und 6.3 des Standardvertrages Kollokation sowie die Klausel 6.3 des Standardvertrages Teilnehmeranschlussleitung werden nicht in die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge betreffend Kollokation und Teilnehmeranschlussleitung aufgenommen."

3.
Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- auferlegt. Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- verrechnet. Der Restbetrag wird der Beschwerdeführerin

zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Zahlungsverbindung bekannt zu geben.

4.
Die Beschwerdegegnerin hat Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- zu übernehmen. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Urteilseröffnung zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

5.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.- zu entrichten.

6.
Je eine Kopie der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. Juli 2009 geht zur Kenntnis an die übrigen Verfahrensbeteiligten.

7.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben; Beilage: Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. Juli 2009)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 5340-20-000216/2007 / AZ 330.32; Einschreiben, Beilage: Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. Juli 2009)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Beat Forster Simon Müller

Versand: