Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-292/2010
{T 1/2}

Urteil vom 19. August 2010

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richter André Moser, Richter Lorenz Kneubühler,
Gerichtsschreiber Cesar Röthlisberger.

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG, 3050 Bern,
vertreten durch Fürsprecherin Margareta Lauterburg,
Swisscom AG, Legal Services & Regulatory Affairs,
Postfach, 3050 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Cablecom GmbH, Zollstrasse 42, Postfach, 8021 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt Bernd Kleinsteuber und
Rechtsanwältin Nadine Zollinger, Cablecom GmbH,
8021 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen.
Begründung und Angemessenheit von Gebühren.

Sachverhalt:

A.
Mit Verfügung vom 1. Dezember 2009 (Verfahrensnummer AZ 330.33) legte die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) die Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen zwischen der Cablecom GmbH und der Swisscom (Schweiz) AG fest und auferlegte der Swisscom als unterliegende Partei die gesamten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 72'056.65 (Ziffer 3 des Dispositivs), bestehend aus Fr. 61'880.- Arbeitsaufwand und Fr. 10'176.65 Auslagen für den auf dieses Verfahren fallenden Teil des Gutachtens der Wettbewerbskommission (WEKO). Zur Begründung der Höhe des Arbeitsaufwandes verwies die ComCom auf den in den gesetzlichen Grundlagen festgelegten Stundenansatz von Fr. 260.- und die von ihr aufgewendeten 238 Arbeitsstunden.

B.
Mit Beschwerde vom 18. Januar 2010 ficht die Swisscom (nachfolgend: Beschwerdeführerin) die genannte Verfügung der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) im Kostenpunkt beim Bundesverwaltungsgericht an. Ziffer 3 des Dispositivs sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, den geltend gemachten Verfahrensaufwand in nachvollziehbarer Weise zu begründen und dabei von einer mehrfachen Verrechnung von Verfahrensaufwand abzusehen (Bst. a); zu belegen, dass die Aufteilung der Verfahrenskosten auf die drei Verfahren betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen den tatsächlichen Verhältnissen entspricht (Bst. b); die Verfahrenskosten entsprechend neu festzulegen (Bst. c).

Zur Begründung kritisiert die Beschwerdeführerin einerseits die Begründungsdichte an sich. Aus der Begründung gehe nicht hervor, auf welche Tätigkeiten der immense Zeitaufwand entfalle. Andererseits sei die Höhe der Verfahrenskosten im Vergleich zu anderen Zugangsverfahren überrissen, die Aufteilung des Aufwandes zwischen den drei Verfahren nicht nachvollziehbar und eine Mehrfachverrechnung nicht auszuschliessen.

C.
Mit Eingabe vom 26. Februar 2010 verzichtet die Cablecom GmbH (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) auf die Einreichung einer Beschwerdeantwort.

D.
In der Stellungnahme vom 5. März 2010 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Ihre Verfügung genüge den von Rechtsprechung und Literatur festgelegten Anforderungen an die Begründung im Kostenpunkt. Die Gesamthöhe der auferlegten Kosten sei mit Blick auf die Begleitumstände des Verfahrens nachvollziehbar. Der von der Beschwerdeführerin gemachte Vergleich mit ähnlichen Verfahren sei zwar grundsätzlich angebracht, dabei müssten aber sämtliche Umstände berücksichtigt werden. Der Vorwurf, überrissenen Aufwand geltend gemacht zu haben, weist die Vorinstanz zurück. Das von ihr verwendete elektronische Zeiterfassungssystem schliesse sodann eine doppelte Verrechnung der Aufwände aus.

E.
In der Replik vom 12. April 2010 hält die Beschwerdeführerin an Anträgen und Begründung fest. Ebenso weicht die Vorinstanz in der Duplik vom 20. Mai 2010 nicht von ihrem Standpunkt ab.

F.
Auf die weiteren und ergänzenden Ausführungen in den Rechtsschriften wird nachfolgend – soweit entscheiderheblich – eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 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 daher 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.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als unterlegene Verfügungsadressatin hat die Beschwerdeführerin ohne Weiteres ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. Sie ist zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht - einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.
3.1 Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine ungenügende Begründung der auferlegten Verfahrenskosten vor. Sie fordere nicht eine besonders detaillierte Begründung, moniere aber das gänzliche Fehlen einer solchen. Der angebliche Aufwand von 238 Stunden sei angesichts der Angaben in der Verfügung eine reine Behauptung. Die angelasteten Verfahrenskosten müssten wenigstens plausibel gemacht werden, indem aufgezeigt werde, auf welche Tätigkeiten im Zusammenhang mit den drei Verfahrensthemen (Marktstellung der Swisscom, Klausel 4.4.2 und Klausel 5.4.2) der immense Zeitaufwand entfalle. Die angefochtene Verfügung erlaube es der Beschwerdeführerin nicht, zu beurteilen, ob der Aufwand für die Beurteilung der Marktstellung und der Vertragsklauseln einem vernünftigen Mass entspreche oder übermässig hoch ausgefallen sei. Ebenso wenig habe sie prüfen können, ob der in den verschiedenen Verfahren gemeinsam angefallene Aufwand kausal auf die einzelnen Verfahren aufgeteilt oder ev. doppelt verrechnet worden sei. Die von der Vorinstanz geltend gemachten Gründe für eine Herabsetzung der Begründungsdichte lägen nicht vor. So seien die tatbeständlichen und rechtlichen Berechnungsgrundlagen vorliegend gerade nicht klar. Die Beschwerdeführerin könne nur glauben, dass 238 Stunden aufgewendet worden seien, oder bezweifeln, dass dieser Aufwand gerechtfertigt und an-

gemessen sei. Ausserdem liege der Grund der Beschwerde gerade darin, dass die Verfahrenskosten im Vergleich zum höheren Aufwand in den früheren Zugangsverfahren als unüblich hoch zu bezeichnen seien.

3.2 Die Vorinstanz entgegnet diesen Vorwürfen, dass bei Kostenentscheiden die Anforderungen an die Begründungsdichte herabgesetzt seien, es sei denn, die Kostenverlegung weise Besonderheiten auf. Ein Kosten- und Entschädigungsentscheid müsse gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts unter Umständen gar nicht begründet werden bzw. es könne eine äusserst knappe Begründung genügen, wenn bezüglich der Höhe der Kosten alle tatbeständlichen und rechtlichen Berechnungsgrundlagen klar seien. Vorliegend ergebe sich die Begründung des Kostenpunktes aus den Begleitumständen des Verfahrens. Zudem verfüge die Vorinstanz angesichts der klaren gesetzlichen Regelung über keinerlei Ermessen bei der Festsetzung der Gebührenhöhe. Massgebend sei alleine der Stundenaufwand. Folglich könne es alleine um die Frage gehen, ob die Vorinstanz den verrechneten Stundenaufwand auch tatsächlich erbracht habe. Eine besonders detaillierte Begründungspflicht könne sich vorliegend jedenfalls nicht daraus ergeben, dass die Kosten für das fragliche Zugangsverfahren an sich unüblich hoch wären.

3.3 Die Pflicht der Behörden, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen, wird aus dem Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) abgeleitet (BGE 129 I 236 E. 3.2; BVGE 2007/30 E. 5.6). Art. 35 Abs. 1 VwVG regelt die Begründungspflicht ausdrücklich, geht in seinem Gehalt aber nicht weiter als Art. 29 Abs. 2 BV. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass ihn die Betroffenen gegebenenfalls sachgerecht anfechten können (BGE 134 I 88 E. 4.1). Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich der Entscheid stützt (BGE 129 I 236 E. 3.2). Die verfügende Behörde muss sich nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Urteil des Bundesgerichts 1C_183/2008 vom 23. Mai 2008 E. 4.1, BGE 126 I 102 E. 2b). Aufgrund des verfassungsrechtlichen und im VwVG konkretisierten Anspruchs lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, denen

eine Begründung zu genügen hat. Die Anforderungen sind vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls sowie der Interessen der Betroffenen festzulegen. Die im Einzelfall erforderliche Begründungsdichte ist namentlich abhängig von der Eingriffsschwere eines Entscheids, dem Entscheidungsspielraum, welcher der Behörde zukommt, sowie der Komplexität des Sachverhalts und den rechtlichen Fragen, die zur Beurteilung stehen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.81/2005 vom 7. Februar 2006 E. 2.1, 1P.81/2000 vom 24. Mai 2000 E. 3a; BGE 129 I 232 E. 3.3, 112 Ia 107 E. 2b; zum Ganzen: ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.103-3.109). Die Begründung muss nicht zwingend in der Verfügung enthalten sein; allenfalls kann auf ein anderes Schriftstück verwiesen werden (BGE 113 II 204 E. 2 mit Hinweisen; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2206/2007 vom 24. November 2008 E. 4.2.2, A-1723/2006 vom 19. September 2007 E. 3.1).

3.4 Bei Kostenentscheiden sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts keine hohen Anforderungen an die Begründungsdichte zu stellen. Ein Kosten- und Entschädigungsentscheid muss unter Umständen gar nicht begründet werden bzw. eine äusserst knappe Begründung kann genügen, zum Beispiel dann, wenn bezüglich der Höhe eines Kosten- oder Entschädigungsbetrags alle tatbeständlichen und rechtlichen Berechnungsgrundlagen klar sind (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A.574/2009 vom 4. Dezember 2009 E. 4.3.2 und 1P.284/2002 vom 9. August 2002 E. 2.4.1, BGE 111 Ia 1 E. 2a, BGE 93 I 116 E. 2). Bewegt sich also der Kostenentscheid innerhalb des gesetzlichen Rahmens und sind die Sachumstände klar, genügt eine äusserst knappe Begründung, d.h. der Begründungspflicht ist Genüge getan, wenn die Entscheidbehörde auf die anwendbare gesetzliche Grundlage verweist. Eine darüber hinausgehende Begründung ist nur erforderlich, wenn die Kostenverlegung Besonderheiten aufweist, wie etwa wenn sie entgegen dem Prozessausgang erfolgt oder die Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch machen will oder muss, indem sie z.B. vom üblichen Rahmen nach oben abweicht (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, Diss. Bern 1998, S. 199).

3.5 Die Beschwerdeführerin behauptet nun, die tatbeständlichen und rechtlichen Berechnungsgrundlagen seien in Bezug auf die aufgewendeten Arbeitsstunden nicht klar.

Nach Art. 40 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) erhebt die nach dem Fernmeldegesetz zuständige Behörde für ihre Verwaltungstätigkeit kostendeckende Verwaltungsgebühren. Art. 56 Abs. 4 FMG bestimmt überdies ausdrücklich, dass die Kosten der Kommunikationskommission durch Verwaltungsgebühren gedeckt werden, wobei der Bundesrat die Einzelheiten regelt. Dieser hat dazu insbesondere in Art. 7 Abs. 1 der Verordnung vom 7. Dezember 2007 über die Gebühren im Fernmeldebereich (Fernmeldegebührenverordnung, GebV-FMG, SR 784.106) vorgesehen, dass die von der Kommunikationskommission erhobenen Verwaltungsgebühren die Aufwendungen der Kommission und der damit verbundenen Tätigkeiten des Bundesamtes abdecken. Nach Art. 41 Abs. 2 FMG legt im Übrigen das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) die Verwaltungsgebühren fest; es kann die Festlegung von Gebühren untergeordneter Bedeutung dem Bundesamt übertragen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Verordnung vom 7. Dezember 2007 des UVEK über die Verwaltungsgebührenansätze im Fernmeldebereich (Fernmeldegebührenverordnung UVEK, SR 784.106.12) werden die Verwaltungsgebühren nach Zeitaufwand berechnet, soweit die Fernmeldegebührenverordnung UVEK keine besonderen Gebührenansätze vorsieht. Gemäss Art. 2 Abs. 2 derselben Verordnung galt im Zeitpunkt des vorliegenden Sachverhalts ein Stundenansatz von Fr. 260.- (AS 2007 7101). Die Vorgängerverordnung – die von der Gesuchseinreichung der Beschwerdegegnerin vom 16. Oktober 2007 bis noch Ende 2007 Geltung hatte – sah diesbezüglich nichts anderes vor (vgl. Art. 3b und Art. 1 Abs. 2 der Verordnung des UVEK vom 22. Dezember 1997 über Verwaltungsgebühren im Fernmeldebereich [AS 1998 517, 2007 1053]). Für die Gebührenpflicht und die Berechnung der zu erhebenden Gebühren findet sich somit im Fernmelderecht eine eingehende, genügend bestimmte und sich auf das Fernmeldegesetz stützende spezifische Regelung bzw. Berechnungsgrundlage (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.233/2005 E. 3.1 f.).

3.6 Zu prüfen bleibt die Klarheit der tatbeständlichen Berechnungsgrundlage. Nach unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz erfassen die Mitarbeitenden der Instruktionsbehörde ihren

Zeitaufwand mit einem elektronischen Zeiterfassungssystem (EXOS). Gemäss EXOS seien für das vorliegend interessierende Zugangsverfahren 238 Arbeitsstunden aufgewendet worden. Damit liegt grundsätzlich auch in tatbeständlicher Hinsicht eine klare Berechnungsgrundlage vor, ohne dass der Vorinstanz dabei ein übermässiger Ermessensspielraum zukäme. 238 Arbeitsstunden à Fr. 260.- ergeben den auferlegten Arbeitsaufwand von Fr. 61'880.-. Berechnet sich der Verfahrensaufwand einer Behörde ausschliesslich aus der Multiplikation der von ihr aufgewendeten Stunden mit dem gesetzlich definierten Stundenansatz und können die Stunden einfach von einem Zeitkonto abgelesen werden, genügt nach der zitierten Rechtsprechung und Literatur als Begründung der Verweis auf die gesetzlichen Grundlagen und die Angabe der geleisteten Stunden. Unter diesen Umständen würde somit auch die Begründung der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung genügen.

3.7 Nun ist es aber im vorliegenden Fall nicht so, dass sich die von der Vorinstanz verrechneten Stunden einfach durch Ablesen eines einzelnen Zeitkontos ergeben würden. Vor der Vorinstanz sind regelmässig mehrere, miteinander zusammenhängende oder die gleichen Rechts- und Sachfragen betreffende Verfahren hängig. Dies hat zur Folge, dass unterschieden werden muss zwischen Arbeiten, die ausschliesslich ein einzelnes Verfahren und solchen, die mehrere betreffen. Die Arbeiten, die für mehrere Verfahren gemeinsam anfallen, werden auf ein gemeinsames Konto gebucht und anschliessend auf die einzelnen Verfahren verteilt. Die Vorinstanz nimmt sodann teilweise auch bei den einzelnen Konten Aussonderungen vor, insbesondere dann, wenn ein Gesuch gleichzeitig die Festlegung der Bedingungen für mehrere Zugangsformen umfasst, über die entsprechenden Bedingungen jedoch in Teilverfügungen separat entschieden wird. Den Ausführungen der Vorinstanz zufolge komme hinzu, dass teilweise Arbeiten, die zwar grundsätzlich eindeutig einem bestimmten Verfahren zugeordnet werden können und entsprechend verbucht werden, gleichwohl Auswirkungen auf andere Verfahren mit gleichem oder zumindest sehr ähnlichem Verfahrensgegenstand haben. Dies gelte etwa für die Abfassung der Verfügungsentwürfe, da viele Textpassagen unverändert oder leicht angepasst in die Entscheidentwürfe der anderen Verfahren übernommen werden könnten. Auch in solchen Fällen müsse eine manuelle Umverteilung von Stunden des ersten Verfahrens auf die übrigen Verfahren vorgenommen werden, um nicht gewisse Verfahrensparteien gegenüber den anderen zu übervorteilen.

Die Vorinstanz sei zwar bestrebt, den in einem Verfahren entstandenen Arbeitsaufwand möglichst transparent auszuweisen und zu verrechnen. Angesichts der geschilderten Umstände seien aber Unschärfen und gewisse Pauschalisierungen bei der Ausscheidung des verfahrensspezifischen Aufwands in einem gewissen Ausmass systembedingt und unumgänglich.

3.8 Unter den geschilderten Umständen kann nicht mehr leichthin gesagt werden, die tatbeständlichen Berechnungsgrundlagen seien klar. Vielmehr stellen sich bei der Kostenverlegung besondere Schwierigkeiten. Die Vorinstanz hat die entstandenen Arbeitsstunden auf die einzelnen Verfahren zu verteilen oder von einem Verfahren auf ein anderes umzuverteilen. Die Vorinstanz hat zu beurteilen, welchen Anteil das einzelne Verfahren an einer verfahrensübergreifenden Frage hat und den Aufwand entsprechend zuzuweisen. Dabei ist sie in ihrem pflichtgemässen Ermessen gefordert, d.h. sie ist in ihrem Entscheid nicht völlig frei, sondern muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen befolgen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Steht der Behörde bei ihrem Entscheid ein Ermessen zu, zieht dies – auch bei Kostenentscheiden – einen gewissen Begründungszwang nach sich (vgl. zum Ganzen Lorenz Kneubühler, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 13 zu Art. 35; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 441 und Rz. 443). Zusammenfassend ist folglich festzustellen, dass in Zugangsverfahren wie dem vorliegend interessierenden an die Begründung höhere Anforderungen als an durchschnittliche Kostenentscheide zu stellen sind.

3.9 Im vorliegenden Fall hätte die Vorinstanz somit über den Verweis auf die gesetzlichen Grundlagen und die Angabe der Stunden hinausgehend kurz die Überlegungen aufzeigen müssen, von denen sie sich bei der Zuteilung der verfahrensübergreifenden Kosten hat leiten lassen. Die Stellungnahme vom 5. März 2010 zeigt, dass eine solche Begründung durchaus im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren liegt, ist doch vom Umfang her auch eine kürzere Begründung als in der genannten Stellungnahme denkbar, soweit die wesentlichen Überlegungen darin enthalten sind. Nicht verlangt werden kann indessen eine Dokumentation sämtlicher Arbeitsabläufe oder das von

der Beschwerdeführerin geforderte Aufzeigen, für welche Verfahrensthemen im einzelnen wieviele Stunden aufgewendet wurden. Die von einer Behörde – mittels elektronischer oder anderer Zeiterfassung – dokumentierten Arbeitsstunden sind bei einer gesetzlich vorgesehenen Gebührenverrechnung nach Zeitaufwand zwar zahlenmässig anzugeben, ihr Umfang ist aber im Rahmen der Begründung in der Regel nicht weiter zu rechtfertigen. Eine weitergehende Begründung wird – wie soeben dargelegt – nur soweit verlangt, als die Zuteilung von aufgewendeten Arbeitsstunden Ausdruck behördlichen Ermessens ist.

3.10 Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin mit einer zu knappen Begründung des Kostenentscheids verletzt hat.

4.
Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann.

4.1 Damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann, darf sie nicht besonders schwer sein, und der betroffenen Partei muss die Möglichkeit offen stehen, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die den Sachverhalt und die Rechtslage frei überprüfen kann. Schliesslich darf der betroffenen Partei auch sonst kein Nachteil entstehen. Nach höchstrichterlicher Praxis soll die Heilung einer Gehörsverletzung die Ausnahme bleiben (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 154 Rz. 3.112; GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bernhard Ehrenzeller, Philippe Mastronardi, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 32 zu Art. 29 mit Hinweis auf BGE 132 V 387 E. 5.1 und BGE 127 V 437 E. 3d/aa; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1710 f. mit Hinweis auf u.a. BGE 129 I 135). Von einer Rückweisung der Sache ist jedoch selbst bei einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 5.1, BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 126 V 130 E. 2b; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7391/2008 vom 19. Oktober 2009

E. 4.1.3, A-8277/2008 vom 19. Juni 2009 E. 5.3 und A-1625/2008 vom 3. Februar 2009 E. 7.3).

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht verfügt bei der Prüfung des angefochtenen Entscheids grundsätzlich über volle Kognition (vgl. E. 2). Die Gehörsverletzung erscheint sodann nicht als besonders schwerwiegend, hat die Vorinstanz ihren Kostenentscheid doch zumindest knapp begründet und ist es der Beschwerdeführerin trotz dieser Knappheit im Ergebnis gelungen, den Entscheid anzufechten. Sie konnte sich zur unterbliebenen Begründung anlässlich des doppelten Schriftenwechsels ausführlich äussern. Zudem liefert die in der Stellungnahme nachträglich gemachte Begründung eine ausreichende Grundlage, um die Angemessenheit der Kosten im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu überprüfen. Auch dazu konnte sich die Beschwerdeführerin in ihrer Replik äussern. Schliesslich hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vor dem Bundesverwaltungsgericht zum Ausdruck gebracht, dass sie in der Sache erneut gleich entscheiden würde. Eine Rückweisung der Streitsache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs würde folglich bloss zu einem formalistischen Leerlauf sowie einer weiteren, unnötigen Verlängerung des Verfahrens in der Hauptsache führen und den Interessen der Beschwerdeführerin entgegenstehen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1710 mit Hinweisen; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 154, Rz. 3.112). Unter diesen Voraussetzungen hat der Mangel als im Beschwerdeverfahren geheilt zu gelten. Es ist ihm aber bei der Verlegung der Kosten entsprechend Rechnung zu tragen.

5.
Die Beschwerdeführerin kritisiert nicht nur die Begründungsdichte, sondern stellt auch die Angemessenheit der Verfahrenskosten an sich in Frage.

5.1 Bei den von der Vorinstanz erhobenen Verfahrenskosten handelt es sich um Verwaltungsgebühren (vgl. E. 3.5). Aus dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip folgt, dass Gebühren in rechtssatzmässiger Form festgelegt sein müssen, so dass den rechtsanwendenden Behörden kein übermässiger Spielraum verbleibt und die möglichen Abgabepflichten voraussehbar und rechtsgleich sind (vgl. Art. 164 Abs. 1 lit. d und Art. 127 Abs. 1 BV; BGE 128 II 112 E. 5a; Urteil des Bundesgerichts 1P.645/2004 vom 1. Juni 2005, E. 3.5 mit Hinweisen; Adrian Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgaberechts,

in: ZBl 104/2003, S. 516 ff., insbes. S. 519). Nach dem Kostendeckungsprinzip sollen die Gesamteingänge den Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig nicht oder nur geringfügig überschreiten (BGE 126 I 180 E. 3a/aa mit Hinweisen; HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 520 ff.). Das Äquivalenzprinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes insbesondere, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (BGE 128 I 46 E. 4a S. 52; Urteil des Bundesgerichts 1P.645/2004 vom 1. Juni 2005, E. 3.4 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6464/2008 vom 6. April 2010 E. 9.2; HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 522 ff.). Die Angemessenheit der Verfahrenskosten ist demnach am Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip zu messen.

5.2 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verfügt die Vorinstanz angesichts der detaillierten Verordnungsregelung über keinen übermässigen Spielraum und die möglichen Abgabepflichten erweisen sich als berechen- und damit voraussehbar sowie grundsätzlich als rechtsgleich. Die von der Vorinstanz erhobene Gebühr beruht sodann umfangmässig auf dem auf Behördenseite entstandenen Aufwand. Dieser Aufwand setzt sich zusammen aus den von der Vorinstanz aufgeschriebenen und – soweit erforderlich – dem betreffenden Verfahren zugeteilten Stunden. Das in Art. 40 Abs. 1 FMG vorgeschriebene und in Art. 56 Abs. 4 FMG für die Kommunikationskommission wiederholte Prinzip, dass die bezogenen Gebühren den Kosten des (jeweils) entstandenen Aufwands entsprechen sollen, führt insofern nicht nur zur - vom Gesetzgeber weitgehend beabsichtigten - Selbstfinanzierung der das Fernmeldegesetz vollziehenden Behörden, sondern dient auch der Einhaltung des Kostendeckungsgrundsatzes und des Äquivalenzprinzips (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.233/2005 vom 22. November 2005 E. 4.2).

Hält sich die Vorinstanz also an die rechtlichen Berechnungs-grundlagen, ist grundsätzlich auch davon auszugehen, dass das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip eingehalten und die auferlegten Verfahrenskosten angemessen sind. Unangemessenheit droht grundsätzlich nur unter besonderen Umständen oder bei Verletzung der Vorschriften. Eine solche muss bei einer gesetzlich vorgeschriebenen Verrechnung der Verfahrenskosten nach Zeitaufwand (vgl. E. 3.5) nach Sinn und Zweck der Regelung auch dann angenommen werden, wenn

bei Anwendung des an und für sich richtigen Stundenansatzes unangemessen viele Stunden verrechnet werden. Hier setzt die Kritik der Beschwerdeführerin an. Sie wirft der Vorinstanz vor, zu viele Stunden verrechnet bzw. dem vorliegend interessierenden Verfahren zugeteilt zu haben.

5.3 Wie bereits erwähnt, verlangt das Kostendeckungsprinzip, dass der Gesamtertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht übersteigen darf. Die Vorinstanz hat ihrer Duplik Auszüge von EXOS beigelegt, welche die Verbuchung der vorliegend strittigen Arbeitsstunden belegen. Angesichts der elektronischen Erfassung des Zeitaufwandes durch EXOS und dem Fehlen von ernsthaften Hinweisen, wonach die Vorinstanz absichtlich Stunden aufgeschrieben hätte, welche gar nicht erbracht worden wären, ist davon auszugehen, dass die angegebenen Arbeitskosten von 238 Stunden auch tatsächlich angefallen sind. Unter diesen Umständen ist auch das Kostendeckungsprinzip eingehalten. Für Kritik bleibt folglich nur noch im Rahmen des Äquivalenzprinzips Raum, und zwar dann, wenn die verrechneten Kosten zum objektiven Wert der Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen oder sich ausserhalb vernünftiger Grenzen bewegen. Nach diesem Massstab sind nachfolgend die Vorwürfe der Beschwerdeführerin zu prüfen.

6.
In einem ersten Schritt ist auf die Kritik an der Höhe der Verfahrenskosten an sich einzugehen (E. 6), um dann in einem zweiten Schritt auch die Vorwürfe betreffend die Verteilung auf die einzelnen Verfahren (E. 7) zu prüfen.

6.1 Die Beschwerdeführerin vergleicht das vorliegende Zugangsverfahren (AZ 330.33 Cablecom GmbH gegen Swisscom) und die zwei damit zusammenhängenden Verfahren betreffend die Kabelkanalisation (AZ 330.35 Sunrise Communications AG gegen Swisscom und AZ 330.32 Colt Telecom AG gegen Swisscom; nachfolgend für alle drei Verfahren: KKF-Verfahren) mit zwei anderen von der Vorinstanz behandelten Zugangsverfahren betreffend Teilnehmeranschlussleitungen (TAL) und Kollokation (KOL FDV), indem sie die Anzahl der zu beurteilenden Preise und Vertragsklauseln den dafür aufgewendeten Stunden in den jeweiligen Verfahren gegenüberstellt. In den Verfahren TAL und KOL FDV seien insgesamt 25 Preise und 9 Vertragsklauseln, in den KKF-Verfahren dagegen

bloss 2 Preise und 3 Vertragsklauseln zu beurteilen gewesen. Verrechnet habe die Vorinstanz indessen in den Verfahren TAL und KOL FDV je 1'130 Stunden ausmachend Fr. 293'930.- und in den KKF-Verfahren 1'188 Stunden ausmachend Fr. 308'880.- (Fr. 339'410.- minus Fr. 30'530.- WEKO-Gutachten). Gemessen an dem in den Verfahren TAL und KOL FDV ungleich grösseren Aufwand, würden die Verfahrenskosten in den KKF-Verfahren klar überhöht erscheinen. Der höhere Zeitaufwand bzw. die höheren Verfahrenskosten bei den KKF-Verfahren könnten sich weder aus der Überprüfung des Kostennachweises noch aus einer grösseren Anzahl von zu beurteilenden Vertragsklauseln ergeben. Zudem sei eine Vertragsklausel in allen drei KKF-Verfahren und seien zwei Klauseln ohne Instruktionsmassnahmen aufgrund der Akten zu beurteilen gewesen, was den Zeitaufwand begrenze.

Weiter habe die Vorinstanz für die Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin kaum eigenen Aufwand betrieben. Der Aufwand für die Sachverhaltsabklärung beschränke sich auf die Organisation der Fragebogenaktion, wobei die Fragebogen von der WEKO entworfen worden seien. Allfällige Mahnungen seien nicht geeignet, einen beträchtlichen Aufwand zu begründen. Wenn überhaupt gemahnt worden sei, habe dies im Übrigen die WEKO gemacht, welche Zusatzfragen gestellt habe. Den Akten könne auch nicht entnommen werden, dass das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als Instruktionsbehörde die Antworten der Marktbefragung aufbereitet oder einen massgeblichen Sachverhalt festgestellt habe. Die eingegangenen Antworten seien lediglich an die WEKO weitergeleitet worden. Die Vorinstanz habe es sodann dabei bewenden lassen, die Ergebnisse der Marktbefragung an die WEKO weiterzuleiten, um alsdann mehr oder weniger unbesehen auf deren Begutachtung abzustellen.

6.2 Die Vorinstanz entgegnet, es sei zwar durchaus angebracht, zur Plausibilisierung der Verfahrenskosten einen Vergleich zu den bisher ergangenen Entscheiden in diesem Bereich zu ziehen. Tue man dies, seien aber sämtliche Umstände der jeweiligen Verfahren zu berücksichtigen. Wenn die Beschwerdeführerin einen direkten Zusammenhang zwischen der Anzahl der zu beurteilenden Klauseln und dem Beurteilungsaufwand sehe, verkenne sie, dass in erster Linie nicht die Anzahl der strittigen Vertragsbestimmungen für die entstandenen Kosten verantwortlich seien. Vielmehr spiele es eine

Rolle, welchen Aufwand die Beurteilung an sich verlange. So habe vorliegend die Beurteilung einzelner Vertragsklauseln im Vergleich zu früheren Verfahren ein Mehrfaches an Aufwand verursacht.

Weiter sei der Vorwurf der Beschwerdeführerin, für die Beurteilung der Marktstellung habe die Vorinstanz kaum eigenen Aufwand betrieben, abwegig. Die der Begutachtung durch die WEKO vorangegangene Sachverhaltsabklärung obliege dem BAKOM als Instruktionsbehörde. Dieses habe eine Marktbefragung vorbereitet und bei insgesamt 44 Unternehmen durchgeführt. Es entspreche einer Tatsache, dass im Hinblick auf eine Marktbefragung zunächst zu entscheiden sei, welche Unternehmen im betreffenden Markt relevant und deshalb zu befragen seien. Alsdann müsse entschieden werden, welche Angaben von den Unternehmen zu erheben seien. Während der Marktbefragung müsse kontrolliert werden, ob alle Adressatinnen den Fragebogen erhalten hätten, ob die Fragebogen alsdann fristgerecht ausgefüllt und retourniert worden seien resp. nicht wenige Adressatinnen müssten hierbei jeweils gemahnt werden. Schliesslich müssten die Befragung sowie die erhaltenen Angaben nachvollziehbar und für die Parteien einsehbar (um Geschäftsgeheimnisse bereinigt) dokumentiert werden. Aufwand sei weiter durch die Übersetzung des Fragebogens entstanden. Zudem habe die Vorinstanz die Begutachtung der WEKO nicht ohne Weiteres übernommen, sondern sei auf die relevante Kritik der Beschwerdeführerin eingegangen und habe sich mit der Frage der Marktbeherrschung genügend auseinandergesetzt, was aus der zehnseitigen Abhandlung in der Verfügung klar hervorgehe. Ausserdem würden die umfangreichen Instruktionsmassnahmen auch aus den Vorakten hervorgehen. Schliesslich sei die Gesamthöhe der auferlegten Verfahrenskosten mit Blick auf die Begleitumstände des Verfahrens nachvollziehbar.

6.3 Der von der Beschwerdeführerin gemachte Vergleich mit anderen Zugangsverfahren ist nur bedingt geeignet, die Angemessenheit der Verfahrenskosten zu beurteilen. Es ist zwar unbestritten, dass in den KKF-Verfahren weniger Preise und Vertragsklauseln zu beurteilen waren als in den zum Vergleich beigezogenen TAL und KOL FDV Verfahren. Die Vorinstanz bemerkt in diesem Zusammenhang aber zu Recht, dass der benötigte Beurteilungsaufwand hauptsächlich von der Komplexität der Prüfthemen und nicht nur von der Zahl der zu beurteilenden Preise oder Vertragsklauseln abhänge. So habe beispielsweise die Behandlung der zeitlichen Angebotsbeschränkung ein

Mehrfaches an Aufwand gegenüber einzelnen, in früheren Verfahren zu beurteilenden Klauseln verursacht. Zudem sei in den Verfahren TAL und KOL FDV die Marktbeherrschung nicht bestritten und keine spezifische Marktanalyse vorzunehmen gewesen. Aus der angefochtenen Verfügung ist ersichtlich, dass die Beurteilung der zeitlichen Angebotsbeschränkung und der Marktstellung erheblichen Aufwand verursacht hat.

Die Vorinstanz hatte zuerst zur Frage der zeitlichen Angebotsbeschränkung den Sinn von Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG zu ermitteln. Dabei hatte sie sich in aufwändiger Auslegungsarbeit die Grundlagen zu dieser bis anhin noch nicht entschiedenen Rechtsfrage zu erarbeiten. Entgegen den Vorwürfen der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz sodann bei der Beurteilung der Marktstellung nicht mehr oder weniger unbesehen auf die Begutachtung der WEKO abgestellt. Aus der angefochtenen Verfügung ist ersichtlich, dass sie sich mit dem Gutachten der WEKO und der Kritik der Beschwerdeführerin eingehend auseinandergesetzt und sich ausführlich eine eigene Meinung gebildet hat. Diese Beurteilung hat offenbar viel Zeit in Anspruch genommen, was angesichts der Tatsache, dass dieser Fall auch der WEKO als spezifische Fachbehörde relativ grossen Aufwand verursacht hat, nachvollziehbar ist (die Kosten des Gutachtens von Fr. 30'530.- sind im Vergleich zu früheren Gutachten eher hoch). Zu bedenken gibt es weiter, dass sich der hinter einer Begründung steckende Aufwand nur beschränkt an deren Länge messen lässt. So ist beispielsweise die Begründung betreffend die Klausel 5.4.2 im Vergleich zur Klausel 4.4.2 kurz, obwohl deren Behandlung gemäss Vorinstanz vergleichsweise zeitintensiv war. Die in den KKF-Verfahren relativ kleine Anzahl zu beurteilender Klauseln und Preise alleine lässt folglich die angelasteten Verfahrenskosten nicht schon als unangemessen erscheinen.

6.4 Zu berücksichtigen ist zudem der mit der Marktbefragung zusammenhängende Instruktionsaufwand. Die Darstellung der Beschwerdeführerin, die streitigen Klauseln hätten ohne Instruktionsmassnahmen aufgrund der Akten beurteilt werden können und die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Marktstellung kaum eigenen Aufwand betrieben, erweckt ein falsches Bild. Die Beurteilung der Marktstellung war offensichtlich nicht Selbstzweck, sondern unabdingbare Grundlage bzw. Instruktionsarbeit für den Entscheid über die Klausel 4.4.2. Entgegen der Kritik der Beschwerdeführerin zeigt

der Umfang der Vorakten sodann, dass die Marktbefragung der Vorinstanz bzw. dem BAKOM einen massgeblichen Instruktionsaufwand verursacht hat. Daran ändert nichts, dass die WEKO die Kategorien der zu befragenden Marktteilnehmenden vorgeschlagen, die Fragen vorbereitet und einen Entwurf des Fragebogens selber erstellt hat. Den endgültigen Fragebogen hat das BAKOM ausgearbeitet und übersetzt sowie an die von ihm aufgrund der Grobvorgabe der WEKO endgültig ausgewählten Marktteilnehmenden versandt. Genauso wurde die eigentliche Befragung vom BAKOM geleitet und in diesem Zusammenhang wurden säumige Teilnehmer gemahnt. Auch hat das BAKOM – zwar auf Anregung der WEKO, aber doch mit eigenem Aufwand verbunden – bei der Beschwerdeführerin betreffend die ausweichend oder gar nicht beantworteten Fragen nachgehakt.

6.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vergleich mit ähnlichen Verfahren höchstens einer groben Einschätzung dienen kann. Die Kosten der bisherigen Verfahren geben dabei – soweit bereits von einer Praxis gesprochen werden kann – den vernünftigen Rahmen im Sinne des Äquivalenzprinzips grob vor. Die bisherigen Zugangs- und Interkonnektionsverfahren haben sich durchwegs als äusserst aufwändig und komplex erwiesen. Zu deren Beurteilung werden regelmässig mehrere hundert oder gar über tausend Stunden aufgewendet. Die verbuchte Zahl von 238 Arbeitsstunden mag als nicht gering erscheinen, sie sprengt jedoch den Rahmen des Vernünftigen nicht und ist nachvollziehbar, wenn die Komplexität des Entscheides und der dabei abzuklärenden Fachfragen sowie die Notwendigkeit der Zusammenarbeit verschiedener Fachleute berücksichtigt wird (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005 E. 4, 2A.233/2005 E. 4 und 2A.234/2005 E. 4 beide vom 22. November 2005).

6.6 Es kann sich demnach einzig fragen, ob sich der festgelegte Betrag von Fr. 72'056.65.- noch in vernünftigen Grenzen bewegt und in einem angemessenen Verhältnis zum objektiven Wert der Leistung steht. Dabei gelangt der Kostenrahmen gemäss Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (VwKV, SR 172.041.0) nicht zur Anwendung, enthält doch das Fernmelderecht ein besonderes Gebührenregime (in Art. 40 f. und Art. 56 Abs. 4 FMG und der entsprechenden Ausführungsgesetzgebung, vgl. E. 3.5), das offensichtlich zu Gebührenbeträgen führt, die weit über den ordentlichen Rahmen hinausreichen.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass bei der fraglichen Streitfrage erhebliche wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel standen. Die rechtliche Klärung der zu entscheidenden Streitfrage war damit von grosser wirtschaftlicher Bedeutung und führte bei den beteiligten Parteien zu einem erheblichen finanziellen Interesse. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber gerade eine weitgehende Selbstfinanzierung der Behörden bei der Anwendung des Fernmeldegesetzes beabsichtigte (Botschaft des Bundesrates vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz, BBl 1996 III 1422 f. und 1440), was den im Vergleich zu sonst üblichen Gebühren hohen Betrag rechtfertigt. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist der von der Vorinstanz betriebene Aufwand mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005 E. 4, 2A.233/2005 E. 4 und 2A.234/2005 E. 4 beide vom 22. November 2005).

6.7 Im Ergebnis hält die Höhe der in der angefochtenen Verfügung auferlegten Verfahrenskosten sowohl dem Kostendeckungs- wie auch dem Äquivalenzprinzip stand. Sie steht weder zum objektiven Wert der Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis noch bewegt sie sich ausserhalb vernünftiger Grenzen und erweist sich damit als angemessen.

7.
Die Kritik der Beschwerdeführerin an der Angemessenheit der Verfahrenskosten beschlägt nicht nur deren Höhe, sondern auch deren Verteilung auf die drei KKF-Verfahren.

7.1 Die Zuteilung von verfahrensübergreifenden Kosten ist ein Ermessensentscheid der Vorinstanz (vgl. E. 3.8). Ermessensentscheide überprüft das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich mit voller Kognition (vgl. E. 2). In Rechtsprechung und Doktrin ist indes anerkannt, dass eine Rechtsmittelbehörde, die nach der gesetzlichen Ordnung mit freier Prüfung zu entscheiden hat, ihre Kognition einschränken darf, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich rechtfertigt bzw. gebietet. Das ist regelmässig der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme, Fachfragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Be-

schwerdeinstanz (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.154; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2069/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 1.4 und A-8728/2007 vom 8. April 2008 E. 4.2).

Vorliegend ist die Vorinstanz bei der Frage der Zuteilung der Verfahrenkosten weitaus näher an der Sache als die Beschwerdeinstanz. Wieviel Aufwand welchem Verfahren zuzurechnen ist, kann nur mit internen Kenntnissen über die Arbeitsabläufe und den Geschäftsgang beantwortet werden. Über diese Kenntnisse verfügt das Bundesverwaltungsgericht in der Regel nicht, weshalb sich die Vorinstanz besser eignet, die Kostenverteilung sachgerecht zu beurteilen. Aus diesem Grund ist es sachlich gerechtfertigt, wenn das Bundesverwaltungsgericht diesen Punkt mit einer gewissen Zurückhaltung überprüft und nur bei offensichtlicher Unangemessenheit einschreitet.

7.2 Nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei die Verteilung der Verfahrenskosten bzw. der 1'188 Stunden auf die drei KKF-Verfahren weder nachvollziehbar noch erscheine sie plausibel, da im vorliegenden Verfahren – welchem 238 Stunden zugerechnet wurden – die Vorinstanz zur Beurteilung der Klauseln 4.4.2 und 5.4.2 keinerlei Instruktionsmassnahmen getroffen, sondern alleine aufgrund der Akten entschieden habe. Zudem sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz vom allgemeinen Konto "C8400019" den KKF-Verfahren drei bzw. zwei Zehntel zugeteilt habe, seien in den KKF-Verfahren doch lediglich 2 und in den MLF-Verfahren 62 Preise festgelegt worden. Schliesslich befürchtet die Beschwerdeführerin, dass aufgrund der nicht nachvollziehbaren und nicht plausiblen Begründung der Vorinstanz Stunden mehrfach verrechnet worden sein könnten.

7.3 Wie bereits festgehalten, ist die Angemessenheit der Kosten vorliegend vorwiegend am Äquivalenzprinzip zu messen, welches verlangt, dass die Abgabe im Einzelfall zum objektiven Wert der Leistung nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (E. 5).

Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sach-

lich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht von Unterscheidungen abhängen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (BGE 126 I 180 E. 3a/bb). In beschränktem Ausmass ist eine Pauschalisierung aus Gründen der Verwaltungsökonomie zulässig (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2641 mit Hinweis auf BGE 130 III 228 und 120 Ia 177), die auch einer gewissen "Quersubventionierung" als Ausgleich zwischen Geschäften mit geringem und grossem Aufwand dienen kann (vgl. dazu BGE 130 III 225 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4P.280/2003 vom 5. März 2004 E. 3.2).

7.4 Die Vorinstanz hat die in EXOS erfassten Stunden den einzelnen KKF-Verfahren zuzuweisen (vgl. E. 3.8). Es ist dabei weder möglich stundengenau zu rekonstruieren, wieviele Stunden welcher Tätigkeit gewidmet waren noch verwaltungsökonomisch sinnvoll, sämtliche Arbeitsabläufe in dem von der Beschwerdeführerin gewünschten Detaillierungsgrad zu dokumentieren. Aus diesem Grund darf sich die Vorinstanz bei der Zuteilung der Stunden auf eigene Schätzungen stützen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht von Unterscheidungen abhängen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind.

7.5 Im vorliegenden Fall wurden gemäss Stellungnahme der Vorinstanz in den Jahren 2007 bis 2009 insgesamt 837 Stunden auf dem spezifischen Unterkonto C8410238 für das Zugangsverfahren Kabelkanalisation Sunrise vs. Swisscom verbucht. Da in diesem Aufwand nach Schätzungen der Vorinstanz ein Grossteil des Aufwandes für die Redaktion der Kabelkanalisations-Verfügungen enthalten ist, hat sie diese Stunden vollständig den drei KKF-Verfahren zugewiesen. Von den andern beiden Unterkonti C8410238 (recte: C8410220) für das Zugangsverfahren Cablecom vs. Swisscom bzw. C8410215 für das Zugangsverfahren Colt vs. Swisscom waren dementsprechend nur noch spezifische Aufwände von 34 bzw. 55 Stunden den KKF-Verfahren zuzuweisen, was zusammengerechnet mit den vorgenannten 837 Stunden insgesamt 926 Stunden ergibt. Diesen Stunden wurden sodann drei bzw. zwei Zehntel (336 bzw. 224 Stunden) von den im Jahr 2009 angefallenen 1'119 Stunden des allgemeinen Kontos "C8400019 Zugangs-/ Interkonnektionsentscheide" den KKF-Verfahren zugeteilt, da im Jahr 2009 beim BAKOM für die Instruktion von Zugangsverfahren fast ausschliesslich Aufwand für die Verfahren Kabel-

kanalisation und Mietleitungen (MLF-Verfahren) angefallen und der Aufwand für die MLF-Verfahren deutlich höher gewesen sei. Unter Berücksichtigung, dass im vorliegenden Verfahren keine Preise festzusetzen waren, hat die Vorinstanz sodann den Gesamtaufwand von 1'150 Stunden (926 + 224 Stunden) zuzüglich 38 bei der Vorinstanz direkt angefallene Stunden, also insgesamt 1'188 Stunden, etwa im Verhältnis 2:1 (d.h. 238 dem vorliegenden und 460 bzw. 490 den anderen beiden) auf die drei KKF-Verfahren verteilt.

7.6 Die Vorinstanz hat in ihrer Stellungnahme nachvollziehbar dargelegt, von welchen Überlegungen sie sich bei der Zuteilung der verfahrensübergreifenden Kosten hat leiten lassen. Die von ihr angewandten Kriterien erscheinen sachlich vertretbar und keineswegs unvernünftig. Daran ändert auch die Kritik der Beschwerdeführerin nichts, misst sie doch im Wesentlichen die Zuteilung wiederum an der Anzahl zu beurteilenden Vertragsklauseln und Preise, ohne zu berücksichtigen, dass dieser Vergleich nicht ausschlaggebend sein kann. Auch kann die Behauptung, das vorliegende Verfahren sei ohne Instruktionsmassnahmen aufgrund der Akten beurteilt worden, nicht gehört werden, bildet doch die mit erheblichem Instruktionsaufwand verbundene Beurteilung der Marktstellung einen wesentlichen Teil der angefochtenen Verfügung. Schliesslich kann gerade die von der Beschwerdeführerin befürchtete Mehrfachverrechnung bei einer elektronischen Erfassung der Stunden – abgesehen von unbeabsichtigten Rechenfehlern – ausgeschlossen werden.

7.7 Im Ergebnis erweist sich auch die Verteilung des Zeitaufwandes auf die drei KKF-Verfahren nicht als offensichtlich unangemessen oder ausserhalb des Vernünftigen. Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich dementsprechend in Zurückhaltung seiner Überprüfungsbefugnis nicht veranlasst, in das relativ weite Ermessen der Vorinstanz einzugreifen. Die Beschwerde ist insofern abzuweisen.

8.

8.1 Angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache und aufgrund der in Frage stehenden Vermögensinteressen sind die Verfahrenskosten auf insgesamt Fr. 5'000.– festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

8.2 Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids, zu beurteilen, wobei auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen ist (vgl. BGE 123 V 156 E. 3c und BGE 123 V 159 E. 4b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A- 6523/2008 vom 12. Mai 2009 E. 17.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 207, Rz. 4.43).

Angesichts der festgestellten Gehörsverletzung durch eine zu knappe Begründung des vorinstanzlichen Kostenentscheids (vgl. E. 3.10) erscheint die Beschwerdeführerin vorliegend als teilweise obsiegend, obwohl sich der auferlegte Verfahrensaufwand im Ergebnis als angemessen erwiesen hat. Das teilweise Obsiegen rechtfertigt eine Ermässigung der Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-. Demzufolge sind der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 3'500.- aufzuerlegen. Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- zu verrechnen.

8.3 Die Beschwerdegegnerin hat als formelle Verfügungsadressatin ohne Weiteres Parteistellung. Sie ist indessen vom vorliegenden Streit nicht betroffen und hat dementsprechend auf die Einreichung einer Beschwerdeantwort und damit auf die Teilnahme am Verfahren verzichtet. Ihr sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 206 Rz. 4.41; MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Art. 63 N 12 ff.).

8.4 Keine Verfahrenskosten sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG der Vorinstanz aufzuerlegen.

8.5 Obsiegende Beschwerdeführer haben gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG Anspruch auf eine Entschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Zu entschädigen sind dabei im Wesentlichen die Aufwendungen für die anwaltliche Vertretung (Art. 8 VGKE). Da die Beschwerdeführerin nicht durch eine aussenstehende Anwältin vertreten ist und sie auch sonst keine verhältnismässig hohen Kosten geltend macht, hat sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

8.6 Der nicht beteiligten Beschwerdegegnerin sind aus dem Beschwerdeverfahren keine Kosten entstanden, die zu ersetzen wären. Ihr steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- werden der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 3'500.- auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin zu tragende Teil wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 4'500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf09-12-01_014 / AZ 330.33; Gerichtsurkunde)
- Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter Sauvant Cesar Röthlisberger

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: