[AZA 0/2]
2A.368/2000/sch

II. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG **********

22. November 2000

Es wirken mit: Bundesrichter Wurzburger, Präsident der
II. öffentlichrechtlichen Abteilung, Betschart, Ersatzrichter
Zünd und Gerichtsschreiberin Diarra.

_____

In Sachen
X._____ AG,Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Patrick Strub, Pestalozzistrasse 24, Postfach 234, Zürich,

gegen
Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom),

betreffend
Verwaltungssanktion (Art. 60 FMG),
hat sich ergeben:

A.- Das Bundesamt für Kommunikation verlangte am 9. September 1999 zwecks Erstellung der amtlichen Fernmeldestatistik von der X._____ AG, dass diese bis
11. Oktober 1999 den Statistik-Fragebogen Ḟinanzdatenäusfülle. Die Starfon AG reagierte nicht, weshalb sich das Bundesamt veranlasst sah, die säumige Fernmeldedienstanbieterin mit Schreiben vom 18. Oktober 1999 erneut an ihre Verpflichtung zu erinnern. Aber auch nach der in diesem Schreiben angesetzten Frist vom 15. November 1999 traf der entsprechende Fragebogen nicht ein. Eine letzte Mahnung vom 17. Dezember 1999 (Frist: 10. Januar 2000) liess die X._____ AG unbeantwortet.

Am 16. März 2000 leitete das Bundesamt für Kommunikation ein Aufsichtsverfahren ein. Darin wurde der X._____ AG insbesondere angekündigt, dass Aufsichtsmassnahmen gemäss Art. 60 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 (Fernmeldegesetz, FMG; SR 784. 10) ergriffen werden könnten. Die X._____ AG äusserte sich aber auch hierzu nicht.

B.- Mit Verfügung vom 20. Juni 2000 stellte die Eidgenössische Kommunikationskommission fest, dass die X._____ AG gegen ihre Konzession vom 17. Dezember 1998 verstossen habe, weshalb ihr eine Verwaltungssanktion von Fr. 15'000.– auferlegt wurde.

C.- Die X._____ AG hat mit Eingabe vom 22. August 2000 Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Busse auf einen Fr. 500.– nicht übersteigenden Betrag herabzusetzen.
Die Eidgenössische Kommunikationskommission stellt in ihrer Vernehmlassung vom 3. Oktober 2000 Antrag auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Verstösse gegen Konzessionen oder Verfügungen im Sinne von Art. 60 FMG werden vom Bundesamt für Kommunikation untersucht und von der Eidgenössischen Kommunikationskommission geahndet (Art. 60 Abs. 2 FMG). Verfügungen eidgenössischer Kommissionen können unmittelbar mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, sofern das Bundesrecht dies vorsieht (Art. 98 lit. f OG).

Das trifft hier zu, denn im Unterschied zu Verfügungen des Bundesamtes, die (zunächst) an die Rekurskommission weitergezogen werden können (Art. 60 Abs. 2 FMG), sind gemäss Art. 60 Abs. 1 FMG Verfügungen der Kommission beim Bundesgericht anzufechten (Art. 61 Abs. 1 FMG). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit zulässig.

2.- a) Nach Art. 59 Abs. 2 FMG sind die konzessions- und meldepflichtigen Anbieterinnen von Fernmeldediensten verpflichtet, dem Bundesamt regelmässig die zur Erstellung einer amtlichen Fernmeldestatistik erforderlichen Angaben einzureichen. Diese Verpflichtung ist unbestrittenermassen ausdrücklicher Bestandteil der der Beschwerdeführerin erteilten Konzession. Die Beschwerdeführerin ist ihrer Verpflichtung trotz mehrfacher Mahnung nicht nachgekommen und hat sämtliche Aufforderungen des Bundesamtes unbeantwortet gelassen. Auch dies ist unstreitig.
b) aa) Verstösst eine Anbieterin von Fernmeldediensten zu ihrem Vorteil gegen die Konzession oder eine rechtskräftige Verfügung, so kann sie gemäss Art. 60 Abs. 1 FMG mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinnes belastet werden. Kann kein Gewinn festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 10 Prozent ihres letzten Jahresumsatzes in der Schweiz. Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass die von ihr begangene Konzessionsverletzung eine Sanktion im Sinne von Art. 60 Abs. 1 FMG nach sich ziehen muss.
Sie bemängelt nur die Bemessungsmethode und die Höhe der Sanktion. Es hätte nicht auf den Jahresumsatz abgestellt werden sollen, sondern es wäre der Gewinn zu schätzen gewesen, den die Beschwerdeführerin durch die Arbeitseinsparung erzielt habe. Abgesehen hievon hätte das Verschulden berücksichtigt werden müssen und sei das Verhältnismässigkeitsprinzip missachtet worden. Das Nichteinreichen der Angaben für die Statistik stelle eine Bagatelle dar, die nicht mit einem Betrag von Fr. 15'000.– hätte sanktioniert werden dürfen.

bb) Art. 60 Abs. 1 FMG sieht für die Sanktion der Unternehmung zwei verschiedene Bemessungsmethoden vor. Die erste stellt als Bemessungsbasis auf den ermittelten oder geschätzten Gewinn aus der Konzessionsverletzung ab, die zweite, welche nur dann zur Anwendung kommt, wenn sich der Gewinn weder feststellen noch schätzen lässt, auf den Umsatz der Unternehmung. Dem Gesetz lässt sich damit eine Rangordnung in dem Sinne entnehmen, dass der Bemessung nach Massgabe des Gewinns die Priorität zukommt. Bei einer Auskunftsverweigerung, wie sie hier in Frage steht, kann allerdings nicht die Zeitersparnis Grundlage für die Gewinnermittlung sein. Das wäre keine adäquate Bezugsgrösse für die Bemessung einer Sanktion, welche für das fehlbare Unternehmen spürbar sein muss, um ihren Zweck zu erfüllen. Die Eidgenössische Kommunikationskommission ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall auf den Jahresumsatz des Unternehmens abzustellen ist.

cc) Die Höhe dieses Umsatzes ist nicht streitig.
Sie wurde von der Eidgenössischen Kommunikationskommission gestützt auf die Angaben der Eidgenössischen Steuerverwaltung über den mehrwertsteuerpflichtigen Umsatz der letzten vier verfügbaren Quartale mit Fr. 3'125'399.– ermittelt.
Art. 60 Abs. 1 FMG sieht vor, dass der Höchstbetrag der Verwaltungssanktion 10 Prozent dieses Umsatzes beträgt, mithin Fr. 312'540.–, wovon die Eidgenössische Kommunikationskommission ebenfalls zu Recht ausgegangen ist. Für die Bemessung des Betrages, unter Beachtung der so ermittelten Höchstgrenze, gibt das Gesetz den Massstab nicht selber vor.
Der Botschaft des Bundesrates ist zu entnehmen, dass die effektive Höhe des Betrages nach den konkreten Umständenzu bemessen sei und nur in krassen Fällen die Höchstsätze erreichen soll (BBl 1996 III 1448 f.). Massgebend muss insofern die Schwere der Konzessionsverletzung sein. Zu beachten sind im Übrigen die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV), namentlich muss die angeordnete Sanktion verhältnismässig bleiben.

c) aa) Die Eidgenössische Kommunikationskommission hat den Sanktionsbetrag auf Fr. 15'000.– festgelegt, was 5 % des massgeblichen Höchstansatzes entspricht. Sie hat damit dem Umstand Rechnung getragen, dass nicht eine schwerwiegende Konzessionsverletzung in Frage steht. Allerdings darf die Auskunftsverweigerung der Beschwerdeführerin auch nicht bagatellisiert werden. Das Bundesamt für Kommunikation ist verpflichtet, als Entscheidgrundlage im liberalisierten Telekommunikationsmarkt eine Fernmeldestatistik zu führen.

Dazu ist es auf die fristgerechte Lieferung der erforderlichen Angaben durch die Anbieterinnen angewiesen. Verzögerungen bei einer einzelnen Unternehmung oder - wie hier - gar die Weigerung, Angaben zu liefern, wirken sich deshalb empfindlich aus und können nicht hingenommen werden. Die Sanktion muss im Übrigen so ausgestaltet sein, dass sie für die Unternehmung finanziell spürbar ist. Ansonst wäre sie nicht geeignet, die erforderliche Wirkung zu entfalten.

bb) Die Beschwerdeführerin macht geltend, für die Sanktion sei auch das Verschulden zu berücksichtigen. In ihrer Vernehmlassung hält die Eidgenössische Kommunikationskommission entgegen, dass es hierauf nicht ankäme. Sie kann sich auf die Botschaft des Bundesrates zum Fernmeldegesetz stützen, wonach juristische Personen nicht deliktsfähig sind, weil ihnen subjektive Schuld nicht zugewiesen werden könne (BBl 1996 III 1448). Im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs (BBl 1999 1979 ff.) wird allerdings die Deliktsfähigkeit juristischer Personen neu diskutiert, wobei der Vorwurf an ein Unternehmen aber klar von der moralischen Schuld des Individualtäters unterschieden und von einem Ÿvorwurf eigener Prägung¨(auch ösoziale Schuldöder Örganisationsverschulden¨) gesprochen wird (BBl 1999 2142). Die dogmatische Einordnung braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Fest steht jedenfalls, dass der Beschwerdeführerin die Missachtung der mehrfachen Aufforderungen, die statistischen Angaben zu liefern, zum Vorwurf gereicht, und es insoweit zwar nicht um eine schwerwiegende Konzessionsverletzung geht, aber auch nicht von einer Bagatelle gesprochen werden kann, wie die Beschwerdeführerin meint.

cc) Der von der Eidgenössischen Kommunikationskommission festgelegte Sanktionsbetrag erscheint unter Beachtung der massgeblichen Bemessungsfaktoren eher hoch, doch lässt sich nicht sagen, dass er jedes vernünftige Mass sprengt. Das Bundesgericht prüft auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 104 lit. a OG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. b OG). Ermessensmissbrauch läge zwar vor, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt wäre (BGE 123 V 150 E. 2 S. 152; 104 Ib 108 E. 3 S. 113; 103 Ib 126 E. 4 S. 129 f.), was hier aber nicht zutrifft, weil eine markant tiefere Sanktion, wie sie sich die Beschwerdeführerin vorstellt, kaum als ausreichend angesehen werden könnte. Ob der ausgesprochene Sanktionsbetrag zweckmässigerweise etwas tiefer hätte angesetzt werden können, vielleicht sogar sollen, hat das Bundesgericht als Frage der blossen Angemessenheit der Sanktion (vgl. BGE 116 V 307 E. 2 S. 310) nicht zu entscheiden.
Zwar überprüft das Bundesgericht auch die Unangemessenheit von erstinstanzlichen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben (Art. 104 lit. c Ziff. 1 OG). Doch ist diese Überprüfungsbefugnis auf Abgaben ausgerichtet, die staatliche Einnahmen zum Zweck haben und nicht auf Verwaltungssanktionen.

3.- Nach dem Gesagten verletzt die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

Entsprechend diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG).
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.- Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin und der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 22. November 2000

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: