Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-293/2010
{T 1/2}

Urteil vom 30. 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

COLT Telecom Services AG, Mürtschenstrasse 27,
8048 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt David Känzig,
Thouvenin Rechtsanwälte, Klausstrasse 33, 8034 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 Teilverfügung vom 7. Dezember 2009 (Verfahrensnummer AZ 330.32) legte die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) die Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen zwischen der COLT Telecom Services AG und der Swisscom (Schweiz) AG fest und auferlegte der Swisscom als unterliegende Partei die gesamten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 129'776.65 (Ziffer 3 des Dispositivs), bestehend aus Fr. 119'600.- 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 460 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; den Verfahrensaufwand gemäss Rz 36 ff. sowie Rz 40 auszusondern und die entsprechenden Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen; die Verfahrenskosten entsprechend neu festzulegen.

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. Zudem verletze die Auferlegung der gesamten Verfahrenskosten an die Beschwerdeführerin das Unterliegerprinzip, sei die COLT Telecom Services AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) mit ihrem Begehren, Pauschalpreise für die Projektierung festzulegen, doch nicht durchgedrungen.

C.
Mit Eingabe vom 11. Februar 2010 verzichtet die 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. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin sei ihr im Zusammenhang mit der angefochtenen Verfügung ein beträchtlicher Aufwand entstanden. Das von ihr verwendete elektronische Zeiterfassungssystem schliesse sodann eine doppelte Verrechnung der Aufwände aus. Es rechtfertige sich schliesslich auch, der Beschwerdeführerin die gesamten Verfahrenskosten aufzuerlegen, da das abgewiesene beschwerdegegnerische Begehren keinen gesonderten Aufwand verursacht habe.

E.
In der Replik vom 18. Januar 2010 (recte 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 Bei der vorliegend angefochtenen Teilverfügung handelt es sich um einen Teilentscheid. Mit einem Teilentscheid befindet die Behörde abschliessend über einzelne Rechtsbegehren bzw. materielle Rechtsfragen. Sie sind anfechtbar wie Endentscheide (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.4; MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 4 zu Art. 46).

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

1.4 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.

1.5 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 460 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 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 sowie der Aufwand für die Überprüfung des Kostennachweises einem vernünftigen Mass entspreche oder übermässig hoch ausgefallen sei. Ebenso wenig habe sie prüfen können, ob der bereits in früheren Verfahren entstandene, auch für die Preisfestlegung in den Zugangsverfahren betreffend die Kabelkanalisation (nachfolgend: KKF-Verfahren) relevante Aufwand (z.B. Anpassung am Kostenmodell bezüglich der effizienten Tiefbaukosten 2007 und 2008) eventuell nochmals 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 460 Stunden aufgewendet worden seien, oder bezweifeln, dass dieser Aufwand gerechtfertigt und angemessen sei. Ausserdem liege der Grund der Beschwerde gegen die verfügten Verfahrenskosten gerade darin, dass diese gemessen am höheren Aufwand in den früheren Zugangsverfahren angesichts der aus diesen Verfahren resultierenden Synergien für die Überprüfung des Kostennachweises als unüblich hoch erschienen. Schliesslich würde gerade die teilweise entgegen dem Unterliegerprinzip erfolgte Kostenverlegung vorliegend die Anforderungen an die Begründung heraufsetzen.

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. Zudem habe sie explizit ausgeführt, weshalb die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei gelte.

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 unter-

geordneter 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 28. September 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 460 Arbeitsstunden aufgewendet worden. Damit liegt grundsätzlich auch in tatbeständlicher Hinsicht eine klare Berechnungsgrundlage vor, ohne dass der Vorinstanz dabei ein übermässiger Ermessensspielraum zukäme. 460 Arbeitsstunden à Fr. 260.- ergeben den auferlegten Arbeitsaufwand von Fr. 119'600.-. 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 regel-

mässig 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 Die Beschwerdeführerin führt weiter an, die Anforderungen an die Begründungsdichte seien vorliegend auch deshalb höher als üblich, weil die Kostenverlegung teilweise entgegen dem Unterliegerprinzip erfolgt sei. Es seien die gesamten Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin auferlegt worden, obwohl die Vorinstanz den Anträgen der Beschwerdegegnerin in einem Punkt (Pauschalpreis für die Projektierung) nicht gefolgt sei. Die Vorinstanz bringt in diesem Zusammenhang zwar vor, der Antrag der Beschwerdeführerin

(Pauschalpreise für die Projektierung) sei entgegen deren Ausführungen nicht vollständig abgewiesen, sondern teilweise gutgeheissen worden. Der Beschwerdeführerin ist in diesem Punkt aber insofern Recht zu geben, als eine vollständige Kostenauferlegung trotz teilweiser – wenn auch geringfügiger – Abweisung der beschwerdegegnerischen Anträge zumindest eine kurze Begründung verlangt.

Indessen hat die Vorinstanz tatsächlich begründet, weshalb sie trotz Abweisung eines einzelnen Antrages der Beschwerdegegnerin die gesamten Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin auferlegt hat. Sie führt in ihrer Begründung aus, der Antrag erscheine für den Gesamtaufwand von untergeordneter Bedeutung, weshalb eine Kostenausscheidung dafür nicht angezeigt sei. Ob dieser Auffassung gefolgt werden kann, ist an anderer Stelle zu erörtern (siehe E. 7). Die Dichte der Begründung an sich erscheint indessen als ausreichend, hat die Vorinstanz ihre Überlegungen doch kurz dargelegt, was angesichts der vorgängig zitierten Rechtsprechung zu den Kostenentscheiden genügen muss.

3.11 Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin mit einer zu knappen Begründung der Zuteilung der verfahrensübergreifenden Kosten 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 verfassungs-

rechtlichen 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 460 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.

6.1 Die Beschwerdeführerin vergleicht das vorliegende Zugangsverfahren (AZ 330.32 COLT Telecom AG gegen Swisscom) und die zwei damit zusammenhängenden Verfahren betreffend die Kabelkanalisation (AZ 330.35 Sunrise Communications AG gegen Swisscom und AZ 330.33 Cablecom GmbH gegen Swisscom) 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 gegen-

überstellt. 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 hätten sich die in der vorliegend streitigen Verfügung angeordneten Preissenkungen fast ausschliesslich aus Anpassungen am Kostennachweis ergeben, welche die Vorinstanz bereits in ihren Verfügungen vom 10. Oktober 2008 und 23. Dezember 2008 vorgenommen habe. Entsprechend hätten auch wesentliche Teile der genannten Verfügungen aus dem Jahr 2008 in die beiden KKF-Verfügungen hineinkopiert werden können, in welchen Preise festzulegen gewesen seien. Im Zusammenhang mit der Festlegung der Preise für die Jahre 2007 und 2008 sei der Vorinstanz daher nur ein geringer zusätzlicher Aufwand entstanden. Im Unterschied zu den Verfahren IC (Interkonnektion), TAL und KOL FDV sei nur ein Instruktionsmeeting zu den KKF-spezifischen Fragestellungen durchgeführt worden und es seien viel weniger Instruktionsfragen zu behandeln gewesen. Weiter weiche die Kostenmodellierung 2009 von derjenigen für die Jahre 2007 und 2008 kaum ab. Die Beschwerdeführerin habe die aus den genannten Verfügungen von 2008 resultierenden Anpassungen im Kostennachweis 2009 bereits umgesetzt. Zudem sei die Berechnung der wiederkehrenden Preise einfach und dürfte wohl kaum länger als ein Tag gedauert haben. Je weniger Einzelpreise zu beurteilen seien, desto weniger Inputparameter, Komponenten und Allokationsschlüssel müssten kontrolliert werden. Insofern sei die Überlegung zutreffend, dass bei einer kleineren Zahl zu prüfender Preise auch geringere Verfahrenskosten entstünden. Die Überprüfung des Kostennachweises 2009 könne daher ebenfalls keinen grossen Aufwand verursacht haben.

Schliesslich 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. Insbesondere sei im Vergleich zu den Verfahren TAL und KOL zu berücksichtigen, dass für die Festlegung der Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen eine Begutachtung der Marktverhältnisse durch die WEKO notwendig gewesen sei, welche – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin – durchaus nennenswerten Aufwand seitens der Vorinstanz verursacht habe. Sodann sei zu beachten, dass im Rahmen der vorliegend angefochtenen Verfügung seitens der Parteien im Vergleich zu bisherigen Verfahren vermehrt Verfahrensanträge gestellt worden seien, deren Behandlung ebenfalls Aufwand verursacht habe. Weiter treffe es zwar zu, dass in den KKF-Verfahren weniger Einzelpreise zu überprüfen gewesen seien als in den den TAL und KOL Verfahren. Daraus zu schliessen, dass in der gleichen Proportion weniger Überprüfungsaufwand anfallen würde, sei jedoch falsch. Bei der Überprüfung der Kostenorientiertheit der Preise der Beschwerdeführerin verursache die Kontrolle der Inputparameter, der Komponenten und Allokationsschlüssel im Kostennachweis den massgeblichen Aufwand. Wie viele Preise von einzelnen Modellparametern abhängig seien, sei je nach dem unterschiedlich. So könne es sein, dass die Anpassung eines Parameters lediglich Einfluss auf einen einzigen Preise habe. Es könne aber

genauso vorkommen, dass zahlreiche Preise betroffen seien. Von der Anzahl zu verfügender Preise könne deshalb nicht direkt auf den Aufwand für die Überprüfung des Kostennachweises geschlossen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringe, sie habe den von der Vorinstanz in den genannten Verfügungen von 2008 festgestellten Anpassungsbedarf an ihren Kostennachweis 2009 umgesetzt und dessen Überprüfung könne deshalb nicht wirklich Aufwand verursacht haben, übersehe die Beschwerdeführerin etwas Grundsätzliches: Die Vorinstanz habe selbstverständlich zu überprüfen, ob die von ihr in früheren Verfahren verfügten Anpassungen auch umgesetzt worden seien, was ebenfalls einen beträchtlichen Aufwand verursache. Zudem erscheine die Aussage der Beschwerdeführerin, die Kostenmodellierung 2009 weiche von derjenigen für die früheren Jahre kaum ab, verkürzt. Es seien von der Beschwerdeführerin für das Jahr 2009 diverse Änderungen vorgenommen und zahlreiche abgeänderte Dokumente eingereicht worden, deren Überprüfung zweifellos Aufwand verursacht habe. Hinzu komme, dass im Rahmen der Überprüfung der Kostenorientiertheit spezifische Aspekte der Kabelkanalisation zu beurteilen gewesen seien. Aus den Erwägungen in der angefochtenen Verfügung gehe ohne Weiteres hervor, dass der Kostennachweis einer umfassenden und somit aufwändigen Überprüfung unterzogen worden sei.

Schliesslich 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 bringt in diesem Zusammenhang aber überzeugend vor, dass der benötigte Beurteilungsaufwand hauptsächlich von der Komplexität der Prüfthemen und nicht nur von der Zahl der zu beurteilenden Preise oder Vertragsklauseln abhänge. Auch im Zusammenhang mit der Überprüfung der Kostenorientiertheit der Preise legt sie nachvollziehbar dar, dass je nachdem wieviele Preise von denselben zu überprüfenden Modellparametern abhängig seien, die Überprüfung eines einzelnen und einer Mehrzahl von Preisen ähnlich viel Aufwand verursache. Aus den Erwägungen der angefochtenen Verfügung ist zudem zu entnehmen, dass die vorab zu beantwortende Frage der zeitlichen Angebotsbeschränkung in den KKF-Verfahren erheblichen Aufwand verursacht hat. Die Vorinstanz musste in aufwändiger Auslegungsarbeit den Sinn von Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG ermitteln und sich die Grundlagen zu dieser bisher noch nicht entschiedenen Rechtsfrage erarbeiten. Aus diesen Gründen erscheinen die von der Vorinstanz auferlegten Verfahrenkosten im Vergleich mit ähnlichen Zugangsverfahren nicht als offensichtlich unangemessen.

6.4 Weiter lässt auch die im Zusammenhang mit der Überprüfung der Kostenorientiertheit der Preise vorgebrachte Kritik den auferlegten Verfahrensaufwand nicht als offensichtlich unangemessen erscheinen. Die Vorinstanz bestreitet zwar nicht, dass sie sich mit dem Kostenmodell COSMOS bereits früher auseinandergesetzt und umfangreiche Anpassungen bereits angeordnet hat. Sie wendet indessen ein, dass für die KKF-Verfahren zahlreiche Änderungen haben berücksichtigt

werden müssen. Zudem habe insbesondere die Kontrolle, ob ihre Anordnungen umgesetzt worden seien, beträchtlichen Aufwand verursacht. Wie bereits erwähnt, ist angesichts der elektronischen Erfassung der Arbeitsstunden grundsätzlich davon auszugehen, dass die von der Vorinstanz geltend gemachte Arbeitszeit auch tatsächlich angefallen ist. Ohne stichhaltige Hinweise ist somit auch nicht davon auszugehen, dass die Vorinstanz Aufwände mehrfach verrechnet, vorliegend also bereits geleistete Arbeiten im Zusammenhang mit dem Kostennachweis nochmals auferlegt hat. Zudem ist aus der angefochtenen Verfügung, welche sich auf gut 30 Seiten mit dem Nachweis kostenorientierter Preise auseinandersetzt, ersichtlich, dass der Vorinstanz im vorliegenden Einzelfall beträchtlicher Aufwand entstanden ist und sie nicht einfach Textbausteine früherer Verfügungen hat kopieren können, so wie dies die Beschwerdeführerin ihr vorwirft.

6.5 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 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 end-

gültigen 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.

6.6 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 460 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).

6.7 Es kann sich demnach einzig fragen, ob sich der festgelegte Betrag von Fr. 129'776.65.- 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).

6.8 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. Sowohl die Rüge der Unangemessenheit wie auch diejenige der Mehrfachverrechnung von Verfahrenskosten erweisen sich somit als unbegründet.

7.
In der angefochtenen Verfügung werden der Beschwerdeführerin die gesamten Verfahrenskosten auferlegt, obwohl die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin und damals obsiegenden Gesuchstellerin insofern nicht gefolgt ist, als diese letztlich eine Pauschalisierung der Preise verlangt hat.

7.1 Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid damit, dass für die Prüfung des betreffenden Begehrens kein gesonderter Aufwand entstanden sei und es sich deshalb auch nicht rechtfertige, dafür Kosten auszuscheiden. Der Antrag erscheine für den Gesamtaufwand von untergeordneter Bedeutung. In der Stellungnahme führt die Vorinstanz weiter aus, dass sie die Preisstruktur der von der Beschwerdeführerin angebotenen Service Prozesse ohnehin – d.h. unabhängig vom beschwerdegegnerischen Antrag – habe überprüfen müssen. Zudem habe die Beschwerdegegnerin bezüglich der einmaligen Preise für die Projektierung nicht einzig die Festsetzung einer Pauschale verlangt, wie die Beschwerdeführerin suggeriere. Die Beschwerdegegnerin habe eine Begrenzung der maximal geschuldeten Aufwandvergütung in Form eines Kostendachs und der Angabe eines durchschnittlichen Arbeitsaufwands verlangt. Die Vorinstanz habe im Grundsatz die Rüge fehlender Überprüfungskriterien als berechtigt anerkannt und dem An-

trag insofern entsprochen, als ein Stundenansatz für die Aufwandberechnung festgesetzt worden sei.

7.2 Die von der Vorinstanz vorgenommene Art der Kostenliquidation ist aus der Sicht der Beschwerdeführerin unhaltbar. Die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit dem Begehren der Beschwerdegegnerin zur Verrechnung der Projektierung einen wesentlichen Teil ihrer Instruktionsmassnahmen der Abklärung der Frage gewidmet, welche Arbeitsschritte bei der Projektierung durchlaufen würden, wodurch sich diese von den Arbeitsschritten bei der Machbarkeitserklärung unterschieden und ob eine Rechnungsstellung nach Aufwand gerechtfertigt sei. Dieses Thema sei sowohl an der Instruktionsverhandlung vom 8. Juli 2009 wie auch im Fragenkatalog vom 10. Juni 2009 sowie in dessen Beantwortung vom 10. Juli 2009 ausgiebig behandelt worden. Weshalb die Beschwerdeführerin trotz Obsiegen in diesem Punkt für den entsprechenden Aufwand aufkommen solle, sei nicht ersichtlich. Mit der Begründung der Vorinstanz könnten die Verfahrenskosten in jedem Fall der Beschwerdeführerin auferlegt werden, da die Preisstruktur stets überprüft werde, d.h. unabhängig vom Verfahrensausgang und somit auch in Fällen, in welchen ihr Angebot in einem Zugangsverfahren vollumfänglich bestätigt würde.

7.3 Die Vorinstanz hat die Kosten nach dem Unterliegerprinzip verteilt.

Das Verfahren vor der Vorinstanz richtet sich – wie alle Bundesverwaltungsverfahren, die nicht von Art. 3 VwVG explizit vom Anwendungsbereich des VwVG ausgenommen sind – grundsätzlich nach dem VwVG (Art. 4 VwVG). In diesem Gesetz findet sich aber keine ausdrückliche Regelung zur Anwendbarkeit des Unterliegerprinzips im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren. Das Unterliegerprinzip wird nur für das Beschwerdeverfahren in Art. 63 Abs. 1 VwVG ausdrücklich vorgeschrieben und geregelt. Immerhin schreibt Art. 1 VwKV seit dem 1. Mai 2007 vor, dass die Verfahrenskosten zulasten der unterliegenden Partei gehen. Zudem hat das Bundesgericht die Anwendbarkeit des Unterliegerprinzips insbesondere bei mit dem vorliegenden Zugangsverfahren vergleichbaren erstinstanzlichen Interkonnektionsverfahren wiederholt gutgeheissen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005 E. 2.2, BGE 132 II 47 E. 3.3). Das einem Klageverfahren gleichende erstinstanzliche Interkonnektionsverfahren werde durch die Beteiligung zweier Parteien mit gegenläufigen Interessen zwar nicht zu einem eigentlichen Be-

schwerdeverfahren. Dass die zu erhebende Verwaltungsgebühr nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auf die Verfahrensparteien zu verlegen sei, entspreche indessen einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der sich nicht nur aus dem für das Beschwerdeverfahren geltenden Art. 63 VwVG ergebe, sondern in zahlreichen kostenpflichtigen staatlichen Verfahren üblich sei (BGE 132 II 47 E. 3.3). Im Ergebnis ist die Kostenverlegung nach dem Unterliegerprinzip vorliegend somit nicht zu beanstanden.

7.4 Im Sinne des Unterliegerprinzips gilt eine Partei als unterlegen, wenn ihren Begehren aus formellen oder materiellen Gründen nicht entsprochen wird. Verglichen werden die – anhand der Begründung ausgelegten – Anträge der beschwerdeführenden Partei und das Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Art. 63 N 14; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 205 Rz. 4.39 f.).

7.5 Im vorliegend interessierenden Gesuchsbegehren 1.2.1 Ziffer 3 vom 28. September 2007 forderte die heutige Beschwerdegegnerin, die Verrechnung nach effektivem Aufwand sei durch einen maximalen Betrag (Kostendach) zu begrenzen und durch die Angabe eines durchschnittlichen Arbeitsaufwandes zu ergänzen. Gemäss unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz ging es der Beschwerdegegnerin zu Hauptsache um die Festsetzung von Kriterien, um die Aufwandverrechnung durch die Beschwerdeführerin nach objektiven, kostenorientierten Kriterien überprüfen zu können und nicht einer willkürlichen Rechnungsstellung ausgeliefert zu sein. Die Vorinstanz führt aus, sie habe im Grundsatz die Rüge fehlender Überprüfungskriterien als berechtigt anerkannt, die Festsetzung einer Pauschale jedoch verworfen, weil ausreichende Erfahrungswerte für eine Pauschalisierung der unterschiedlichen Projektverfahren schlicht fehlen würden. Dem Antrag sei jedoch insofern entsprochen worden, als ein Stundenansatz für die Aufwandberechnung festgesetzt worden sei.

Mit der Festlegung von Stundenansätzen für die Aufwandberechnung ist die Vorinstanz zwar tatsächlich nicht ganz so weit gegangen, wie es die Beschwerdegegnerin verlangt hat, da keine Obergrenze für den maximal verrechenbaren Aufwand festgelegt wurde. Die Festlegung von kostenorientierten Stundenansätzen hat die Aufwandverrechnung

der Beschwerdeführerin aber im Grundsatz nach objektiven Kriterien überprüfbar gemacht (ob die von der Vorinstanz festgelegten Preise tatsächlich rechtmässig sind, ist aufgrund der diesbezüglich hängigen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilbar; vgl. Verfahren A-300/2010). Dass die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin trotz teilweisem Nichtfolgen angesichts der grundsätzlichen Begründetheit der Rüge gesamthaft als obsiegend betrachtet, ist somit nachvollziehbar und erscheint nicht unhaltbar. Im Gegenteil erscheint diese Wertung bei einer Gesamtbetrachtung des vorinstanzlichen Entscheids als angemessen.

7.6 Die Beschwerde erweist sich somit in diesem Punkt als unbegründet.

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. 3.11) erscheint die Beschwerdeführerin vorliegend als teilweise obsiegend, obwohl sich die 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 hat aber auf eine Stellungnahme und das Einreichen von Anträgen verzichtet und damit zum Ausdruck gebracht, am vorliegenden Streit nicht teilnehmen zu wollen. Zudem betrifft das Obsiegen der Beschwerdeführerin alleine die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz (vgl. E. 3.11). Aus diesen Gründen sind der Beschwerdegegnerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 206 Rz. 4.41; MARCEL MAILLARD, a.a.O.,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 330.32; Gerichtsurkunde)
- Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter Sauvant Cesar Röthlisberger

Versand: