Urteilskopf

132 II 47

4. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG sowie Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.233/2005 vom 22. November 2005

Regeste (de):
Art. 11 Abs. 1, Art. 40 Abs. 1, Art. 56 Abs. 4 und Art. 61 Abs. 3 FMG, Art. 1 lit. c und Art. 43 Abs. 1 lit. ater FDV, Art. 1, 63 und 64 VwVG; fernmelderechtliches Interkonnektionsverfahren.

Das Fernmeldegesetz bietet (zurzeit) keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Interkonnektionspflicht beim so genannten "schnellen Bitstrom-Zugang" (E. 2).

Grundlage und Bemessung der im Interkonnektionsverfahren zu erhebenden Verwaltungsgebühr (E. 3 und 4).

Das Bundesrecht enthält keine genügende gesetzliche Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung im Interkonnektionsverfahren (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 11 al. 1, art. 40 al. 1, art. 56 al. 4 et art. 61 al. 3 LTC, art. 1 let. c et art. 43 al. 1 let. ater OST, art. 1, 63 et 64 PA; procédure d'interconnexion au sens de la loi sur les télécommunications.

La loi sur les télécommunications ne constitue (actuellement) pas une base légale suffisante pour établir une obligation d'interconnexion pour l'"accès à haut débit" (consid. 2).

Fondement et calcul de l'émolument dû pour la procédure d'interconnexion (consid. 3 et 4).

Le droit fédéral ne contient pas de base légale suffisante pour allouer une indemnité de dépens dans le cadre de la procédure d'interconnexion (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 11 cpv. 1, art. 40 cpv. 1, art. 56 cpv. 4 e art. 61 cpv. 3 LTC, art. 1 lett. c e art. 43 cpv. 1 lett. ater OST, art. 1, 63 e 64 PA; procedura d'interconnessione ai sensi della legge sulle telecomunicazioni.

La legge sulle telecomunicazioni non offre (attualmente) una base legale sufficiente per imporre l'obbligo d'interconnessione per il cosiddetto "accesso a flusso di bit ad alta velocità" (consid. 2).

Fondamento e calcolo della tassa dovuta per la procedura d'interconnessione (consid. 3 e 4).

Il diritto federale non contiene una base legale sufficiente per la concessione di un'indennità a titolo di ripetibili nella procedura d'interconnessione (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 48

BGE 132 II 47 S. 48

Am 29. Juli 2003 reichte die TDC Switzerland AG, die unter dem Markennamen sunrise auftritt, bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch ein, mit dem sie beantragte, die Swisscom Fixnet AG sei zu verpflichten, sunrise Interkonnektion für den Dienst "schneller Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access)" zu gewähren. In der Folge instruierte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) das Verfahren und entwickelte anhand der Vorschläge der Parteien Bedingungen der Interkonnektion für den schnellen Bitstrom-Zugang. Am 30. November 2004 fällte das Bundesgericht das Urteil im - zwischen den gleichen Parteien - parallel hängigen Verfahren um Interkonnektion beim "gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss (Shared Line Access)" sowie beim "vollständig entbündelten Zugang beim Teilnehmeranschluss (Full Access)"; dabei verneinte es eine Interkonnektionspflicht der Swisscom Fixnet AG im Wesentlichen deshalb, weil dafür keine genügende gesetzliche Grundlage bestehe (BGE 131 II 13). In der Folge wies die Kommunikationskommission am 28. Februar 2005 das Interkonnektionsgesuch für den schnellen Bitstrom-Zugang ab, auferlegte der TDC Switzerland AG die Verfahrenskosten von Fr. 444'695.- und verpflichtete diese zur Leistung einer Parteientschädigung im Betrag von Fr. 8'750.- zugunsten der Swisscom Fixnet AG.

BGE 132 II 47 S. 49

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. April 2005 an das Bundesgericht stellt die TDC Switzerland AG den Antrag, die Verfügung der Kommunikationskommission vom 28. Februar 2005 sei aufzuheben und das Gesuch um Interkonnektion für den Dienst "schneller Bitstrom-Zugang" sei gutzuheissen; eventuell sei die Sache zur Festlegung der Interkonnektionsbedingungen an die Kommunikationskommission zurückzuweisen; subeventuell sei die Verfügung im Kosten- und Entschädigungspunkt aufzuheben und neu zu regeln oder zur entsprechenden Neuregelung an die Kommunikationskommission zurückzuweisen.
Die Swisscom Fixnet AG sowie die Kommunikationskommission beantragen übereinstimmend, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei hinsichtlich der Parteikostenentschädigung an die Swisscom Fixnet AG gutzuheissen, im Übrigen jedoch abzuweisen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Verfügungen der Kommunikationskommission in Anwendung von Art. 11 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) unterliegen sowohl in der Sache als auch im Kosten- und Entschädigungspunkt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (BGE 131 II 13 E. 1-2 S. 16 ff.; Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005, E. 1.1).

1.2 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde können die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerügt werden (Art. 104 lit. a und b OG). Da es sich bei der Kommunikationskommission im Interkonnektionsverfahren nicht um eine richterliche Behörde im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG handelt, kann das Bundesgericht deren Sachverhaltsfeststellungen grundsätzlich frei überprüfen (vgl. Art. 105 OG sowie BGE 131 II 13 E. 3.1-3.3 S. 18 ff.). Der Kommunikationskommission kommt hingegen ein gewisses "technisches Ermessen" zu (BGE 131 II 13 E. 3.4 S. 20). Namentlich beim Entscheid über die Verlegung der Kosten und Entschädigungen steht ihr ein weiter Ermessensspielraum zu, den das Bundesgericht (in Anwendung von

Art. 104 lit. a OG) nur auf Ermessensüberschreitung oder -missbrauch hin prüfen kann (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 1A.117/ 2003 vom 31. Oktober 2003, E. 6.3). Obwohl Verfahrenskosten zum

Teil Gebührencharakter haben, handelt es sich dabei nicht um Abgaben im Sinne von Art. 104 lit. c Ziff. 1 OG, die bei Anfechtung eines erstinstanzlichen Entscheides auch auf ihre Angemessenheit zu überprüfen wären. Vielmehr bleibt die Kognition gegenüber Kostensprüchen auf Rechtsverletzung, inklusive Ermessensüberschreitung oder -missbrauch, beschränkt (Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005, E. 1.2).

1.3 Das Bundesgericht wendet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesrecht von Amtes wegen an, d.h. es ist nicht an die Begründung der Parteien gebunden (Art. 114 Abs. 1 OG in fine): Es kann die Beschwerde auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (BGE 128 II 145 E. 1.2.2; BGE 127 II 264 E. 1b S. 268, mit Hinweisen). Hingegen darf das Bundesgericht weder zugunsten noch zuungunsten der Parteien über deren Begehren hinausgehen (Art. 114 Abs. 1 OG; BGE 124 II 103 E. 2b, BGE 124 II 409 E. 3b).

2.

2.1 Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten andern Anbieterinnen nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren, wobei sie die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert auszuweisen haben.

2.2 Im Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 (jeweils auszugsweise wiedergegeben in: ZBl 103/2002 S. 244, in: sic! 1/2002 S. 18, sowie in: RDAF 2003 I S. 595 [nachfolgend: Commcare-Entscheid]) befand das Bundesgericht, dass Mietleitungen und Übertragungsmedien nicht dem Interkonnektionsregime des Fernmelderechts unterstehen; danach haben die Konkurrenten der Beschwerdegegnerin weder gestützt auf Landesrecht, selbst bei Auslegung unter Bezugnahme auf das Recht der Europäischen Union, noch in Anwendung der WTO/GATT-Regeln, namentlich des Dienstleistungsübereinkommens GATS, Anspruch auf Interkonnektion. Im Anschluss an diesen Bundesgerichtsentscheid änderte der Bundesrat die Fernmeldedienstverordnung mit der Absicht, durch Neuformulierung der Interkonnektionsordnung die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses auf dem Verordnungsweg einzuführen. Nach der neuen Bestimmung von Art. 43 Abs. 1 lit. abis-quinquies der Verordnung vom

31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1; in der Fassung vom 7. März 2003, in Kraft seit dem 1. April 2003; AS 2003 S. 544) hat die marktbeherrschende Anbieterin im Rahmen ihrer Interkonnektionspflicht namentlich die Benutzung von Mietleitungen, den schnellen Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access), den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss (Shared Line Access) sowie den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access) zu gewähren; diese Zugangsformen werden in den ebenfalls neuen Bestimmungen von Art. 1 lit. b-e FDV erläutert. Nach Art. 1 lit. c FDV wird der schnelle Bitstrom-

Zugang (Bitstream-Access) definiert als die Herstellung von Hochgeschwindigkeitsverbindungen zum Endkunden durch die verpflichtete Fernmeldediensteanbieterin und Überlassung der Verbindung an die berechtigte Fernmeldediensteanbieterin zum Wiederverkauf. Gleichzeitig schlug der Bundesrat dem Parlament aber auch eine entsprechende Gesetzesänderung vor. Dabei bezweckt er, für die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage durch Anpassung der Interkonnektionsregeln von Art. 3 (neue lit. dbis-sexies sowie lit. e-ebis) und von Art. 11 FMG zu schaffen (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, in: BBl 2003 S. 7951, 7967 ff. und 8007 f.; PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, B. Fernmelderecht, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli, [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Teil 1, 2. Aufl., Basel/Genf/ München 2003, S. 169 ff., Rz. 184 ff.). Das Gesetzgebungsverfahren ist zurzeit noch im Parlament hängig.

2.3 In BGE 131
II 13 beurteilte das Bundesgericht die Interkonnektionspflicht der Beschwerdegegnerin gegenüber der Beschwerdeführerin im Hinblick auf den gemeinsamen Zugang (Shared Line Access) sowie den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access). Es verlangte darin eine ausreichende Bestimmtheit der Interkonnektionspflicht im formellen Gesetz. Durch Auslegung des Fernmeldegesetzes schloss das Bundesgericht, es fehle den vom Bundesrat erlassenen Verordnungsbestimmungen an der entsprechenden erforderlichen gesetzlichen Grundlage, woran auch das Recht der Europäischen Union und des Dienstleistungsübereinkommens GATS nichts ändere. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob es sich für den schnellen Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access) anders verhält, wie die Beschwerdeführerin meint.

2.4 Wie die fraglichen Verordnungsbestimmungen des Bundesrates zeigen, gibt es verschiedene Formen, wie im Rahmen der Interkonnektion der Zugang zum Teilnehmeranschluss gewährt werden kann. Der Bundesrat beabsichtigte unter anderem auch, den schnellen Bitstrom-Zugang dem Interkonnektionsregime für marktbeherrschende Anbieterinnen zu unterstellen (FISCHER/SIDLER, a.a.O., S. 169 ff., Rz. 184 f.). Wohl hat das Bundesgericht in BGE 131 II 13 formell in der Tat lediglich über zwei solche Zugangsformen (gemeinsamer und vollständig entbündelter Zugang) entschieden. Der Begründung des Urteils lässt sich aber deutlich entnehmen, dass die rechtliche Folgerung, die Interkonnektionspflicht nach Art. 11 Abs. 1 FMG müsse sich mit genügender Bestimmtheit auf das Fernmeldegesetz zurückführen lassen, grundsätzlich für alle Zugangsformen gilt. Nur so wird die für die Marktteilnehmer erforderliche minimale Voraussehbarkeit gewährleistet, welche die geltende Gesetzesfassung für die zurzeit bekannten Zugangsformen nicht zu garantieren vermag. Wie der Gesetzgeber die der Interkonnektion unterstellten Zugangsformen zum Teilnehmeranschluss umschreiben will, ist ihm grundsätzlich selbst überlassen, solange die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm erfüllt sind. Zurzeit scheint die einzelne Nennung aller erfassten Zugangsformen im Vordergrund zu stehen, was die Vorhersehbarkeit verstärkt und den weiteren Vorteil von gesetzlich spezifisch definierten Interkonnektionsvoraussetzungen pro Zugangsform mit sich bringt (vgl. BBl 2003 S. 7965 ff. sowie die parlamentarischen Debatten in AB 2004 N 1689 ff., AB 2005 S 509 ff., AB 2005 N 1099 ff.). Der schnelle Bitstrom-Zugang unterscheidet sich vom gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss im Wesentlichen dadurch, dass nicht nur das Breitbandspektrum als solches zur Verfügung gestellt, sondern zusätzlich auch ein Hochleistungsmodem (Digital Subscriber Line Access Module [DSLAM]) bereitgestellt und konfiguriert wird, das direkt die Erbringung von Breitbanddiensten (xDSL-Dienste [DSL = Digital Subscriber Line System]) ermöglicht. Was die Beschwerdeführerin nunmehr für ihren Standpunkt vorträgt, die Interkonnektionspflicht für den schnellen Bitstrom-Zugang finde im Gesetz eine genügend bestimmte Grundlage, grenzt an technische Spitzfindigkeit und Wortklauberei. Auch für Mietleitungen und für den gemeinsamen Zugang zum

Teilnehmeranschluss hat das Bundesgericht eine grammatikalische Unterstellung unter den Interkonnektionsbegriff nach Art. 3 lit. e FMG nicht ausgeschlossen, wonach Interkonnektion die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten darstellt, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht (Commcare-Entscheid, E. 5c; BGE 131 II 13 E. 7.2.2 S. 33). Entscheidend waren demgegenüber systematische, teleologische und historische Erwägungen (vgl. insbes. BGE 131 II 13 E. 7.3-7.6 S. 34 ff. und den Commcare-Entscheid, E. 11a). Aus diesen kann die Beschwerdeführerin für den schnellen Bitstrom-Zugang nicht mehr zu ihren Gunsten ableiten als für die bereits beurteilten Zugangsformen. Auch die angebliche Analogie zur Sprachtelefonie mit der ISDN-Technik (ISDN = Integrated Services Digital Network) ändert daran nichts. Im Gegenteil verhält es sich so, dass im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision die Interkonnektionspflicht für den schnellen Bitstrom-Zugang nunmehr ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben werden soll (Art. 1dsexies i.V.m. Art. 1ebis und Art. 11 Abs. 1 FMG in der geplanten Neufassung; vgl. BBl 2003 S. 8007 f.), was nicht erforderlich wäre, würde sie bereits gelten. Die politische Diskussion im Parlament über die Ausgestaltung der Interkonnektionspflicht wird im Übrigen vor allem zu den Voraussetzungen und Bedingungen des schnellen Bitstrom-Zugangs geführt, über die bis heute zwischen den beiden Räten noch keine Einigung erzielt werden konnte (AB 2004 N 1689 ff., AB 2005 S 509 ff., AB 2005 N 1099 ff.). Die Vielfalt der verschiedenen diskutierten Modelle unterstreicht, dass es der heutigen Gesetzesordnung zur Interkonnektionspflicht an der nötigen Bestimmtheit auch und gerade für den schnellen Bitstrom-Zugang fehlt.

2.5 Der angefochtene Entscheid verletzt demnach Bundesrecht nicht, soweit damit das Interkonnektionsgesuch der Beschwerdeführerin abgelehnt wurde.

3.

3.1 Nach Art. 40 Abs. 1 FMG erhebt die nach dem Fernmeldegesetz zuständige Behörde für ihre Verwaltungstätigkeit kostendeckende Verwaltungsgebühren. Gemäss Art. 41 Abs. 1 FMG legt der Bundesrat die Konzessionsgebühren fest und regelt die Gebührenerhebung. 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. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über Gebühren im Fernmeldebereich (GFV; 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 Departement die Verwaltungsgebühren fest; es kann die Festlegung von Gebühren untergeordneter Bedeutung dem Bundesamt übertragen. Art. 3b der Verordnung des UVEK vom 22. Dezember 1997 über Verwaltungsgebühren im Fernmeldebereich (SR 784.106.12) regelt die Gebühren für Interkonnektionsentscheide; danach erhebt die Kommission eine Verwaltungsgebühr von mindestens 10'000 Franken, berechnet nach der aufgewendeten Zeit; zudem können die Auslagen, beispielsweise die Kosten für Expertisen, den Parteien auferlegt werden. Nach Art. 1 Abs. 2 der gleichen Verordnung gilt - unter dem hier nicht zur Anwendung gelangenden Vorbehalt abweichender Bestim-

mungen - ein Stundenansatz von Fr. 260.-.

3.2 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. An einer solchen fehlt es hingegen, soweit es um das Verfahren zur Gebührenerhebung geht, namentlich soweit wie hier die Verlegung der Verfahrenskosten streitig ist. Immerhin gilt nach ausdrücklicher Regelung in Art. 61 Abs. 3 FMG für das Verfahren vor den das Fernmeldegesetz vollziehenden Verwaltungsbehörden ergänzend das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021), soweit das Fernmeldegesetz nichts anderes bestimmt. Dies gilt unter anderem auch für das Verfahren der Interkonnektion (FISCHER/SIDLER, a.a.O., S. 165, Rz. 178). Dasselbe ergibt sich im Übrigen aus Art. 1 VwVG (vgl. insbes. Art. 1 Abs. 2 lit. d VwVG).

3.3 Die Vorinstanz beruft sich für die Kostenverteilung auf Art. 63 Abs. 1 VwVG, wonach die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt werden. Unterliegt diese nur teilweise, werden die Kosten ermässigt; ausnahmsweise können sie ihr ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 zweiter und dritter Satz VwVG; vgl. dazu LORENZ KNEUBÜHLER, Die Kostenverlegung im Beschwerdeverfahren des Bundes, in: ZBl 106/2005 S. 457 f.).

Auch das Bundesgericht hat diese Bestimmung in seinem Urteil 2A.191/2005 vom 2. September 2005 (E. 2.2) als anwendbar erachtet. Daran kann jedoch nicht uneingeschränkt festgehalten werden. Die Regelung von Art. 63 VwVG bezieht sich nämlich einzig auf Beschwerdeverfahren. Bei der Interkonnektion geht es demgegenüber um ein erstinstanzliches Gesuchsverfahren, das zwar wegen der Beteiligung von zwei (grundsätzlich privaten bzw. - im Falle der Beschwerdegegnerin - verselbständigten gemischtwirtschaftlichen) Parteien mit gegenläufigen Interessen einem Klageverfahren gleicht, dadurch aber nicht zu einem eigentlichen Beschwerdeverfahren wird. Dass die zu erhebende Verwaltungsgebühr nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auf die Verfahrensparteien zu verlegen ist, entspricht freilich einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der sich nicht nur aus dem für das Beschwerdeverfahren geltenden Art. 63 VwVG ergibt, sondern in zahlreichen kostenpflichtigen staatlichen Verfahren üblich ist (vgl. etwa RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 169, Rz. 886). Stillschweigend dürfte er auch Art. 3b der Verordnung des UVEK über Verwaltungsgebühren im Fernmeldebereich zugrunde liegen. Im Ergebnis ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Parteien die Kosten nach dem Kriterium des Obsiegens bzw. Unterliegens auferlegt hat.

4.

4.1 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 S. 117; 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; HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 522 ff.). Diese Grundsätze gelten auch bei der Erhebung von Verwaltungsgebühren im Interkonnektionsverfahren (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005, E. 4).

4.2 Im vorliegenden Zusammenhang beruht die von der Vorinstanz gesprochene Verwaltungsgebühr auf einer detaillierten Verordnungsregelung, die sich auf das Fernmeldegesetz zurückführen lässt. Die Kommunikationskommission verfügt über keinen übermässigen Spielraum, und die möglichen Abgabepflichten erweisen sich als berechenbar und damit voraussehbar sowie grundsätzlich als rechtsgleich. Die von der Kommunikationskommission erhobene Gebühr beruht sodann umfangmässig auf dem auf Behördenseite entstandenen Aufwand. Die Vorinstanz hat die 3'294 Arbeitsstunden, welche im vorliegenden Verfahren von ihr selbst und dem den Interkonnektionsentscheid vorbereitenden Bundesamt für Kommunikation (vgl. Art. 11 Abs. 3 FMG) erbracht wurden, mit dem im Verordnungsrecht vorgesehenen Stundenansatz von Fr. 260.- multipliziert und damit angefallene Kosten von Fr. 856'440.- errechnet. Diesen Betrag hat sie der Beschwerdeführerin jedoch lediglich zur Hälfte, also im Umfang von Fr. 428'220.-, auferlegt, da sich gewisse Instruktionsarbeiten nachträglich wegen des inzwischen ergangenen BGE 131 II 13 als obsolet erwiesen und nicht mehr berücksichtigt werden konnten. Aus dem gleichen Grund verzichtete die Kommunikationskommission darauf, der Beschwerdeführerin die Kosten der externen Beraterfirma im Umfang von Fr. 73'277.- zu belasten. Hingegen auferlegte sie ihr den Aufwand der Wettbewerbskommission im Betrag von Fr. 16'475.-, was zur gesamten Gebühr von Fr. 444'695.- führte (Fr. 428'220.- + Fr. 16'475.-). 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. BBl 1996 III 1422 f. und 1440). Die Beschwerdeführerin macht dennoch geltend, die ihr auferlegten

Verfahrenskosten seien unverhältnismässig, insbesondere weil die Vorinstanz einen unnötigen Aufwand geleistet habe.

4.3 Die Vorinstanz hatte nicht einfach über eine Rechtsfrage zu entscheiden, deren Grundlagen bereits vorlagen. In rechtlicher Hinsicht war während längerer Zeit - bis das Bundesgericht im parallelen Verfahren zum gemeinsamen und vollständig entbündelten Zugang entschieden hatte (BGE 131 II 13), also vom 29. Juli 2003 bis zum 30. November 2004 - unklar, ob das Fernmeldegesetz eine genügende gesetzliche Grundlage für die Interkonnektionspflicht beim Teilnehmeranschluss enthält. Es handelte sich dabei um eine sehr umstrittene Rechtsfrage, zu der sich das Bundesgericht noch nie, namentlich auch nicht im Commcare-Entscheid, geäussert hatte und die in der Lehre kontrovers diskutiert wurde. Zwar trifft es zu, dass sich die beteiligten Behörden mit der gleichen Frage bereits vorher, namentlich im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten für die Gesetzgebung sowie teilweise auch in den parallel hängigen Verfahren zu den anderen Zugangsformen, befasst hatten. Abgesehen davon bedingt der Entscheid in einem konkreten Einzelfall aber einen eigenen Aufwand, in dem die Erfahrungen aus den Gesetzgebungsarbeiten oder anderen Anwendungsverfahren wohl nützlich sein, eine einzelfallbezogene

Beurteilung jedoch nicht ersetzen können. Interkonnektionsbedingungen stellen keine allgemeinverbindlichen Normen dar, sondern sind, im Rahmen der gesetzlichen Kriterien, abhängig von den Bedürfnissen und Verhältnissen der jeweiligen Vertragspartner. Die Behörden haben denn auch in jedem Verfahren über die konkret beantragten bzw. angemessenen Interkonnektionsbedingungen zu entscheiden. Dabei fällt ein nicht zu unterschätzender Instruktionsaufwand im Hinblick auf die massgeblichen Sachumstände an. Gemäss Art. 11 Abs. 3 erster Satz FMG bestimmen sich die Interkonnektionsbedingungen an der Kostenorientierung der Preise sowie an der Markt- und Branchenüblichkeit. Die Feststellung dieser Kriterien benötigt eine enge Zusammenarbeit von Juristen, Ökonomen und Ingenieuren und muss jedenfalls solange, als sich der schweizerische Markt noch nicht eingespielt hat, zwangsläufig auf einem Vergleich mit ausländischen Verhältnissen beruhen.

4.4 Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin den Aufwand der beigezogenen externen Beraterfirma nicht belastet und zusätzlich die Anzahl der von ihr selbst und dem Bundesamt geleisteten

Arbeitsstunden um die Hälfte reduziert, womit sie dem Umstand Rechnung trug, dass sich verschiedene Instruktionsarbeiten nachträglich aufgrund von BGE 131 II 13 als obsolet erwiesen. Die von der Vorinstanz im Ergebnis verbuchte Zahl von 1'647 Arbeitsstunden mag immer noch relativ hoch erscheinen, sie sprengt jedoch den Rahmen des Vernünftigen nicht. Sie ist nachvollziehbar, wenn die Komplexität des Interkonnektionsentscheids und der dabei abzuklärenden Fachfragen sowie die Notwendigkeit der Zusammenarbeit verschiedener Fachleute berücksichtigt wird. Zu bedenken ist auch, dass es sich bei der letztlich entscheidenden Kommunikationskommission um ein Organ handelt, bei dem eine Mehrzahl von Personen mitwirken, die alle den Streitfall auf der Grundlage des ihnen unterbreiteten Antrags des Bundesamtes zu prüfen und kontroverse Standpunkte zu bereinigen haben, auch wenn dies im vorliegenden Fall weniger ins Gewicht gefallen sein dürfte. Im Übrigen ist durch die Anwendung eines Stundenansatzes (von hier Fr. 260.-) gerade gewährleistet, dass kein offensichtliches Missverhältnis zwischen der erbrachten Leistung und der Höhe der Gebühr besteht. Analoges gilt für die Berücksichtigung der Kosten für das Gutachten der Wettbewerbskommission im Betrag von Fr. 16'475.-, die als angemessen und jedenfalls nicht übersetzt erscheinen; im Übrigen war das Gutachten auch erforderlich, ist die Frage der Marktbeherrschung der Fernmeldediensteanbieterin im Rahmen des Interkonnektionsverfahrens nach Art. 11 Abs. 1 FMG doch zwingend abzuklären, wozu die Kommunikationskommission die Wettbewerbskommission zu konsultieren hat (Art. 11 Abs. 3 dritter Satz FMG).

4.5 Hinzu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Die Beschwerdegegnerin hatte im Verfahren vor der Vorinstanz beantragt, den Streitgegenstand - wie im Parallelverfahren zur Interkonnektion beim gemeinsamen sowie beim vollständig entbündelten Zugang (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.4 S. 18) - auf einzelne Teilfragen wie insbesondere diejenige nach dem Genügen der gesetzlichen Grundlage zu beschränken. Dies hätte zwar möglicherweise bei einem für die Beschwerdeführerin günstigen Ergebnis zu einer gewissen Verzögerung des Interkonnektionsverfahrens führen können, es hätte aber im für die Beschwerdeführerin nachteiligen Fall, wie er schliesslich eingetreten ist, den Aufwand deutlich verringert. Im bereits erwähnten Parallelfall betrugen die Verwaltungskosten Fr. 60'320.- (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2.

September 2005), also rund 6 % des vorliegenden Interkonnektionsverfahrens, wenn von den Vollkosten ausgegangen wird, bzw. etwa 14 % der der Beschwerdeführerin schliesslich auferlegten Gebühr. Die Beschwer-

deführerin hat sich dem Antrag der Beschwerdegegnerin auf Beschränkung des Streitgegenstandes aber nicht angeschlossen. Sie liess es in der Folge auch unwidersprochen zu, dass das Interkonnektionsverfahren uneingeschränkt vorangetrieben wurde, bzw. hat sich daran widerstandslos beteiligt. Damit hat sie den von den Behörden geleisteten Aufwand selbst mit zu verantworten. Die Beschwerdeführerin vermag damit ihre Auffassung, der ihr von der Vorinstanz verrechnete Aufwand sei nicht nötig gewesen, nicht zu belegen.

4.6 Es kann sich demnach einzig fragen, ob sich der festgelegte Betrag von Fr. 444'695.- noch in vernünftigen Grenzen bewegt. Dabei gelangt der Kostenrahmen (von minimal Fr. 100.- bis höchstens Fr. 10'000.-) gemäss Art. 2 Abs. 2 und 3 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 56 Abs. 4 FMG und der entsprechenden Ausführungsgesetzgebung), das offensichtlich zu Gebührenbeträgen führt, die weit über den ordentlichen Rahmen hinausreichen. Hingegen ist zu berücksichtigen, dass bei der fraglichen Streitfrage erhebliche wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel standen. Der finanzielle Wert dieser Interessen konnte je nach Ergebnis einen hohen zweistelligen Millionenbetrag (in Franken) erreichen. 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 (BBl 1996 III 1422 f. und 1440), was den im Vergleich zu sonst üblichen Gebühren hohen Betrag rechtfertigt. Auch unter diesem Gesichtspunkt hält die von der Vorinstanz gesprochene Gebühr vor dem Äquivalenzprinzip stand.

4.7 Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführerin die Gebühren allenfalls zu erlassen sind, wie dies Art. 63 Abs. 1 dritter Satz VwVG ausnahmsweise zulässt. Nach Art. 4a lit. b VwKV fällt ein solcher Erlass vor allem dann in Betracht, wenn besondere Gründe in der Sache oder in der Person der Partei die Auferlegung von

Verfahrenskosten als unverhältnismässig erscheinen lassen (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 1A.117/2003 vom 31. Oktober 2003, E. 6.3). Solche Billigkeitsgründe liegen etwa vor, wenn mit der Beschwerde ideelle Ziele verfolgt werden, wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitsache einen Kostenerlass rechtfertigt, wenn in unvorhersehbarer Weise die Praxis geändert wird oder wenn sich die unterliegende Partei in einer finanziellen Notlage befindet (vgl. KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 466 f.; ANDRÉ MOSER, in: Moser/ Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz. 4.7, insbes. Anm. 17; Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005, E. 2.2). Im vorliegenden Fall verfolgte die Beschwerdeführerin im Interkonnektionsverfahren nicht ideelle Ziele, sondern finanzielle Geschäftsinteressen. Auch der Tatbestand der finanziellen Notlage - so er auf eine juristische Person überhaupt anwendbar wäre - ist nicht erfüllt. Es fragt sich daher einzig, ob das öffentliche Interesse an der Abklärung der Streitfrage einen Kostenerlass rechtfertigen könnte. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin führt der Umstand, dass das schweizerische Interkonnektionsrecht im Unterschied zum Interkonnektionsregime der Europäischen Union eine ex-post-Kontrolle und nicht eine ex-ante-Regulierung kennt, nicht zum Kostenerlass. Es trifft zwar zu, dass diejenige Anbieterin, die ein Interkonnektionsverfahren beantragt, dadurch ein deutlich grösseres Risiko eingeht, als sie es müsste, wenn eine behördliche ex-ante-Kontrolle stattfände. Ex-post-Regelungen stellen aber im schweizerischen Recht die Regel dar. Der von der Beschwerdeführerin vertretene Standpunkt hätte zur Folge, dass eine um Interkonnektion ersuchende Partei nie die Kosten tragen müsste. Dies wäre im schweizerischen Recht systemwidrig und ergibt sich auch nicht (als Sonderfall) aus dem Gesetz. Im Übrigen erlangt diejenige Anbieterin, die sich auf einen Interkonnektionsstreit einlässt, im Falle eines günstigen Ausganges einen gewissen Wettbewerbsvorteil im Vergleich zu ihren Konkurrentinnen. Dass sie dafür ein Kostenrisiko für ein allfälliges nachteiliges Ergebnis zu tragen hat, erscheint nicht unangebracht (Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005, E. 3). Offen bleiben kann, ob es von Bedeutung wäre,

ob die Beschwerdeführerin, wie sie weiter geltend macht, als einzige Konkurrentin der Beschwerdegegnerin überhaupt ein Interkonnektionsverfahren auslösen könnte. Es ist notorisch und auch der Beschwerdeführerin

BGE 132 II 47 S. 61

bekannt, dass es weitere Interkonnektionsverfahren mit anderen Beteiligten gibt oder jedenfalls gab (vgl. beispielsweise das Urteil des Bundesgerichts 2A.587/2003 vom 1. Oktober 2004 i.S. MCI WorldCom AG sowie den Commcare-Entscheid). Hingegen verhält es sich zweifellos so, dass die Beschwerdeführerin verschiedene Pilotprozesse führte, die unter anderem zum Ziel hatten, die in den betroffenen Fachkreisen, beim Gesetzgeber und teilweise sogar in der Öffentlichkeit diskutierte Frage zu klären, ob mit der entsprechenden bundesrätlichen Verordnungsregelung über den Zugang zum Teilnehmeranschluss eine genügende gesetzliche Grundlage für die Öffnung der "letzten Meile" (hier bei der Zugangsform des schnellen Bitstrom-Zuganges) vorlag. An der Beantwortung dieser Frage bestand sicherlich ein gewisses öffentliches Interesse. Dieses vermag allerdings das offensichtliche private Interesse der Beschwerdeführerin, sich im Wettbewerb um die Teilnehmeranschlüsse nebst der Beschwerdegegnerin an vorderster Front zu positionieren, nicht zu verdrängen (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005, E. 3).

4.8 Die von der Kommunikationskommission der Beschwerdeführerin auferlegte Gebühr verletzt somit Bundesrecht nicht. Namentlich hat die Vorinstanz ihr entsprechendes Ermessen weder überschritten noch missbraucht.

5.

5.1 Für die Frage der Zusprechung einer Parteientschädigung enthält das Fernmelderecht keine Sonderregelung. Insbesondere findet sich dafür im Fernmeldegesetz keine ausdrückliche Grundlage. Die Vorinstanz stützt ihren entsprechenden Entscheid auf den Verweis in Art. 61 Abs. 3 FMG auf das Verwaltungsverfahrensgesetz und erachtet Art. 64 Abs. 1 VwVG im vorliegenden Fall als anwendbar. Gemäss dieser Bestimmung kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Auch das Bundesgericht hat in seinem Urteil 2A.191/2005 vom 2. September 2005 (E. 5.1) für die Parteientschädigung im Interkonnektionsverfahren auf Art. 64 VwVG zurückgegriffen. Dabei hat es allerdings nicht näher geprüft, ob die Bestimmung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung darstellt. Es fragt sich, ob bei der hier gebotenen eingehenden Prüfung dieser Frage an der früher geäusserten Auffassung festgehalten werden kann.

BGE 132 II 47 S. 62

5.2 Wie Art. 63 VwVG bezieht sich auch Art. 64 VwVG auf Beschwerdeverfahren. Der darin vorgesehene Anspruch auf eine Parteientschädigung ist insoweit auf das erstinstanzliche Interkonnektionsverfahren vor der Kommunikationskommission nicht anwendbar. Bei der Pflicht zur Entrichtung einer Parteientschädigung handelt es sich nicht um einen allgemeinen prozessualen Grundsatz, und eine solche ist insbesondere im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren unüblich. Sie bedarf daher einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes unterscheidet klar zwischen allgemeinen Verfahrensgrundsätzen (Art. 7-43 VwVG) und den Regeln für das Beschwerdeverfahren (Art. 44-71 VwVG). Es enthält gerade keine Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren (AL-

FRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 133, Rz. 371; RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., S. 226, Rz. 1175; vgl. auch BGE 117 V 401 E. 1 S. 402 ff.) Beim Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, die Möglichkeit der Zusprechung einer Parteientschädigung auch für das erstinstanzliche Verfahren vorzusehen (vgl. VPB 35/1971 Nr. 17 S. 63; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, S. 91). Der Gesetzgeber hat diesen Rechtszustand später insoweit korrigiert, als er für kollektive Eingaben für mehr als 20 Personen, deren gemeinsame Vertretung von der Behörde verlangt worden ist, die Bestimmungen über die Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren als sinngemäss anwendbar erklärt hat (Art. 11a VwVG). Weitere Ausnahmen sind jedoch nicht vorgesehen. Dass die Zusprechung einer Parteientschädigung ausgeschlossen ist, kann allenfalls in Fällen wie dem vorliegenden unbefriedigend erscheinen, wo sich bereits im erstinstanzlichen Verfahren zwei Parteien mit gegenläufigen Interessen gegenüberstehen. Das Interkonnektionsverfahren vor der Kommunikationskommission mag in diesem Sinne einem streitigen Klageverfahren zumindest nahe kommen, es wird dadurch aber nicht zum Beschwerdeverfahren gemäss Art. 44 ff. VwVG. Damit lässt sich die Zusprechung einer Parteientschädigung im erstinstanzlichen Interkonnektionsverfahren auch nicht auf Art. 64 VwVG abstützen. Da es sich beim Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren nicht um eine echte Lücke handelt, sondern dies vom Gesetzgeber

bewusst so vorgesehen wurde, besteht für eine analoge Anwendung von Art. 64 VwVG kein Raum. Sollen Parteientschädigungen künftig zulässig sein, obliegt es vielmehr dem Gesetzgeber, hierzu eine Bestimmung zu erlassen, die mit der nötigen Bestimmtheit eine hinreichende Grundlage dafür bilden könnte.

5.3 Die Zusprechung einer Parteientschädigung im erstinstanzlichen Interkonnektionsverfahren erweist sich damit mangels gesetzlicher Grundlage als ausgeschlossen. An den entsprechenden Erwägungen im Urteil 2A.191/2005 vom 2. September 2005 (E. 5) kann nicht festgehalten werden. Demnach ist der angefochtene Entscheid hinsichtlich der Parteientschädigung (Dispositivziffer 3 der Verfügung der Kommunikationskommission) schon aus diesem Grund aufzuheben. Damit erübrigt es sich, auf die von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Rügen zur Bemessung der Parteientschädigung näher einzugehen.

6. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist teilweise gutzuheissen, und die die Parteikosten regelnde Ziff. 3 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids muss ersatzlos aufgehoben werden. Im Übrigen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen.