



Abteilung I
A-7169/2008
A-4091/2009
{T 1/2}

Urteil vom 19. Februar 2010

Besetzung

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

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG,
Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern,
vertreten durch Fürsprecherin Margareta Lauterburg,
Swisscom AG, Legal Services & Regulatory Affairs,
3050 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

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

Gegenstand

Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum
Teilnehmeranschluss und der Kollokation sowie Zu-
gangsgesuch Spektrum Management, Teilverfügungen

der ComCom vom 9. Oktober 2008 und vom 22. Mai 2009.

Sachverhalt:

A.

Die Cablecom GmbH beantragte bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) mit Gesuch vom 16. Oktober 2007 den Erlass von Zugangsverfügungen gegen die Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG, in der Folge: Swisscom), namentlich betreffend die Bedingungen der Kollokation (KOL) sowie betreffend die Preise des Spektrum Managements (SpM; d.h. die Prüfung der Netzverträglichkeit neuer Technologien). Sie führte aus, die marktbeherrschende Anbieterin sei verpflichtet, international normierte Technologien, die dem Stand der Technik entsprechen, laufend auf ihre Netzverträglichkeit hin zu prüfen und das verfügbare Spektrum im kupferbasierten Anschlussnetz unter Berücksichtigung eines störungsfreien Betriebs technologieneutral und diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen. Der daraus entstehende Aufwand sei im Rahmen der Bereitstellung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu erbringen und im Rahmen von TAL abzugelten.

B.

B.a Mit Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 entschied die ComCom über die anzuwendenden Preise für die Bereitstellung der Kollokation. Weiter stellte sie die Rechtswidrigkeit einer von der Swisscom offerierten Vertragsklausel fest und wies die Swisscom an, diese aus ihren Verträgen zu entfernen.

B.b Gegen diese Verfügung erhebt die Swisscom (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 10. November 2008 Beschwerde (Verfahren A-7169/2008) und beantragt die Neufestsetzung der Preise für die Bereitstellung von KOL (Rechtsbegehren 1 – 3). In Bezug auf die von der Vorinstanz festgestellte Rechtswidrigkeit einer Vertragsklausel beantragt sie, die Anordnung der Vorinstanz sei durch eine Formulierung zu ersetzen, gemäss der die Klausel 5.11 des Standardvertrages nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag betreffend Kollokation aufgenommen werde (Rechtsbegehren 4).

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

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

B.d In ihrer Beschwerdeantwort vom 30. Januar 2009 beantragt die Cablecom GmbH (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde. Das fernmelderechtliche Diskriminierungsverbot lasse eine für die Vertragsverhältnisse der Beschwerdeführerin mit allen andern Fernmeldediensteanbieterinnen verbindliche Anordnung der Vorinstanz zu.

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

B.f In ihrer Replik vom 30. April 2009 hält die Beschwerdeführerin am Rechtsbegehren betreffend die Aufhebung von Vertragsklauseln in Verträgen mit Dritten fest. In verfahrensrechtlicher Hinsicht führt sie aus, der Beschwerdegegnerin fehle es an der erforderlichen Parteistellung hinsichtlich der noch hängigen Rechtsfragen. Auf ihre Eingaben sei deshalb nicht einzutreten.

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

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

B.h Die Beschwerdegegnerin machte von der Möglichkeit, eine Duplik einzureichen, keinen Gebrauch.

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

C.

C.a Mit einer weiteren Teilverfügung vom 22. Mai 2009 in Sachen SpM stellte die ComCom die Rechtswidrigkeit der Klausel 3.3.2 des entsprechenden Standardvertrages fest und verpflichtete die Swisscom, diese aus ihren Verträgen zu entfernen (Ziff. 1). Zudem auferlegte sie der Swisscom Verfahrenskosten von Fr. 14'300.- (Ziff. 2). In der Begründung hielt sie unter anderem fest, die auf das Basisangebot gestützte Vertragsofferte von Swisscom, einzelne Technologien nur auf Antrag und unter Verrechnung des Aufwands zu Lasten der nachsuchenden Anbieterin auf Netzverträglichkeit zu prüfen, verstosse gegen das Gebot, das verfügbare Spektrum im kupferbasierten Anschlussnetz technologieunabhängig und nicht diskriminierend zur Verfügung zu stellen. Der dadurch entstehende Prüfungsaufwand sei bereits mit dem Entgelt für die Bereitstellung von TAL abgegolten. Weil die Klausel 3.3.2 des Standardvertrages SpM eine rechtswidrige Aufwandverrechnung für die Leistung "Anträge" statuiere, sei sie ersatzlos aus den Verträgen zu streichen. Swisscom werde überdies nicht umhin kommen, Basisangebot und Standardvertrag SpM rechtskonform zu überarbeiten.

C.b Am 24. Juni 2009 erhebt Swisscom ebenfalls Beschwerde gegen diese Teilverfügung (Verfahren A-4091/2009) und beantragt, Ziff. 1 und 2 der Teilverfügung SpM seien aufzuheben, und Ziff. 1 sei durch die Formulierung zu ersetzen, wonach die Klausel 3.3.2 aus dem SpM-

Vertrag der Parteien zu entfernen sei. Zur Begründung führt sie einerseits aus, dass die Vorinstanz nicht befugt sei, in Verfahren mit Dritten einzugreifen. Andererseits sei die Anordnung tatsachenwidrig und ohne Sachverhaltsabklärung und Gewährung des rechtlichen Gehörs erlassen worden. Denn unbeachtlich sei geblieben, dass sie selbst für ihre eigenen Geschäftseinheiten neue Technologien lediglich auf Antrag hin prüfe. Da eine Diskriminierung nachweislich nicht stattfinde, sei ihr Angebot (Prüfung auf Antrag und Verrechnung von Leistungen im Einzelfall) rechtskonform. Eine andere Vorgehensweise sei im Übrigen nicht praktikabel. Sie sei bereit, vorliegend einen Preis für SpM von Fr. 0.- hinzunehmen, obwohl die Vorinstanz die kostenorientierten Preise hätte erheben müssen. Inakzeptabel sei hingegen der Eingriff in Verträge mit Dritten.

C.c Nach Anhörung der Parteien verzichtete der Instruktionsrichter am 12. August 2009 darauf, das Beschwerdeverfahren in Sachen SpM bis zum Vorliegen des Urteils im Verfahren A-7169/2008 zu sistieren.

C.d Die Cablecom GmbH (nachfolgend auch im SpM-Verfahren Beschwerdegegnerin genannt) beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 7. September 2009 die Abweisung der Beschwerde.

C.e In ihrer Stellungnahme vom 9. September 2009 beantragt die Vorinstanz ebenfalls die Abweisung der SpM-Beschwerde. Sie führt aus, da die Beschwerdeführerin die Anordnung im Verhältnis zwischen den Parteien nicht angefochten habe und nur die Frage der Drittwirkung umstritten sei, müsse die Anordnung inhaltlich nicht geprüft werden, sie sei aber korrekt. Bezogen auf ihre Zuständigkeit zum Eingriff in Verträge mit Dritten bestätigt sie im Wesentlichen ihre Ausführungen im Rahmen des KOL-Verfahrens.

C.f Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 23. Oktober 2009 an ihren Anträgen im SpM-Verfahren fest. In verfahrensrechtlicher Hinsicht bringt sie vor, die Beschwerdegegnerin sei durch die Beschwerde nicht berührt. Es komme ihr daher keine Parteistellung zu.

C.g In ihrer zweiten Vernehmlassung vom 18. November 2009 verweist die Vorinstanz auf ihre Ausführungen in anderen hängigen Verfahren und verzichtet auf eine weitergehende Stellungnahme.

C.h Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Duplik vom 23. Dezember 2009 geltend, sie habe ein Interesse, dass die Zuständigkeit der Vor-

instanz zum Erlass generell-konkreter Allgemeinverfügungen anerkannt werde. Es sei ihr deshalb Parteistellung zuzuerkennen. Die geltende ex-post Regulierung spreche nicht gegen eine entsprechende Kompetenz der Vorinstanz. Sie hält weiter fest, das gesetzliche Diskriminierungsverbot würde verletzt, wenn eine Vertragsbestimmung zwar als gesetzwidrig eingestuft, in den Verträgen mit Dritten aber belassen würde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.1 Stehen einzelne Beschwerdeverfahren in einem engen inhaltlichen Sachzusammenhang und stellen sich in allen Fällen die gleichen oder ähnliche Rechtsfragen, können Verfahren aus Gründen der Prozessökonomie vereinigt werden (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.17). Vorliegend geht es in beiden Beschwerdeverfahren hauptsächlich um die Frage, ob die Regulierungsbehörde befugt ist, in einem Zugangsverfahren Anordnungen betreffend Verträge mit Dritten zu treffen. Überdies sind in beiden Verfahren Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin identisch. Damit rechtfertigt es sich, die beiden Beschwerden zu vereinigen und gemeinsam zu beurteilen.

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

1.3 Bezüglich Rechtsbegehren 4 im KOL-Verfahren ist die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag im vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Durch die Anweisung der Vorinstanz, bestimmte

Klauseln aus ihren Verträgen mit Dritten zu entfernen, wird sie in ihrer Vertragsfreiheit eingeschränkt. Sie ist damit durch die vorinstanzliche Verfügung beschwert und gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt (dazu ausführlich Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 7.4.2). Dasselbe gilt für die Rechtsbegehren im SpM-Verfahren, die sich gegen eine analoge Anweisung der Vorinstanz und die Kostenauflegung richten. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist somit im aufgezeigten Umfang einzutreten.

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

1.5 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Parteistellung der Beschwerdegegnerin in beiden Verfahren und beantragt, deren Eingaben aus dem Recht zu weisen. Sie bringt vor, soweit die Beschwerdegegnerin die Streichung von Klauseln aus dem mit der Beschwerdeführerin geschlossenen Vertrag beantragt habe, sei ihr die Vorinstanz gefolgt. Die Verfügung sei in diesem Punkt unangefochten geblieben. Von der Weisung, die Klauseln aus ihren Verträgen mit Dritten zu entfernen, sei die Beschwerdegegnerin demgegenüber nicht berührt. Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen im SpM-Verfahren ein, ihre Parteistellung sei in ihrem Interesse begründet, an der Zuständigkeit der Vorinstanz zum Erlass generell-konkreter Allgemeinverfügungen festzuhalten.

1.5.1 Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll und denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer KOL-Beschwerde ursprünglich auch die Verfügung der Vorinstanz betreffend die Bedingungen der Kollokation angefochten. In diesem Punkt sind die Rechte und Pflichten der Beschwerdegegnerin

ohne Weiteres betroffen. Sie wurde damit zu Recht in das Verfahren einbezogen.

1.5.2 Aber auch hinsichtlich der noch strittigen Rechtsfragen ist die Parteistellung der Beschwerdegegnerin zumindest teilweise zu bejahen. Denn die Beschwerdeführerin verlangt nicht bloss die Aufhebung der Verpflichtungen, die strittigen Vertragsklauseln aus Verträgen mit Dritten zu streichen. Wenn sich der Streit nur darum drehen würde, wäre die Parteistellung der Beschwerdegegnerin wohl zu verneinen, weil sie in diesem Punkt nicht stärker berührt erscheint als die übrigen Fernmeldedienstanbieterinnen. Die Beschwerdeführerin verlangt aber mit ihren Rechtsbegehren darüber hinaus, dass auch ihre Vertragsverhältnisse mit der Beschwerdegegnerin im fraglichen Punkt durch die von ihr verlangten Neuformulierungen geregelt und damit die Feststellungen der Vorinstanz auch im internen Verhältnis aufgehoben werden (vgl. dazu E. 2.7). Insoweit kann der Beschwerdegegnerin die Parteistellung nicht abgesprochen werden und die Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin auf Parteiausschluss sind abzuweisen.

2.

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

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

2.2 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, dass sich die Parteien zunächst selber um eine einvernehmliche Lösung zu bemühen hätten. Da es sich beim Diskriminierungsverbot um zwingendes öffentliches Recht handle, könne davon nicht parteiautonom abgewichen werden. Die Klauseln seien deshalb aus allen Verträgen zu entfernen.

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

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

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

Es kann aber auch – im Sinne einer *indirekten* Drittwirkung – davon ausgegangen werden, dass eine Festsetzung der Preise durch die Vorinstanz direkt nur die Parteien des Zugangsverfahrens betrifft. Die Festsetzung der kostenorientierten Preise würde dazu führen, dass die mit Dritten vereinbarten höheren Preise diskriminierend und damit gegebenenfalls widerrechtlich, mithin gemäss Art. 20 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) nichtig wären.

Dies wäre durch die betroffenen Dritten auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen (Art. 11b FMG). Die Entscheide der Vorinstanz würden sich damit lediglich indirekt auf die Vertragsverhältnisse mit Dritten auswirken. Die Voraussetzungen und der Umfang von Ansprüchen der Parteien aus dem Diskriminierungsverbot wären demnach zivilrechtlicher Natur und durch den Zivilrichter zu beurteilen.

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

der vereinbarten oder verfügten Bedingungen geschehe gemäss Art. 11b FMG allerdings auf dem zivilrechtlichen Weg. Der Vorinstanz komme nach dieser Konzeption weder eine Aufgabe bei der Durchsetzung der Verträge noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich ihrer Rechtmässigkeit zu (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.5). Die Nichtdiskriminierung sei damit auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Ob und wie weit aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden könnten, sei damit eine Frage des Zivilrechts (Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.10).

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

2.6 Die Beschwerden sind folglich insoweit gutzuheissen, als die Beschwerdeführerin verlangt, es seien die Verpflichtungen aufzuheben, sie müsse die Klausel 5.11 des Standardvertrags KOL und die Klausel 3.3.2 des Standardvertrags SpM aus ihren Verträgen entfernen.

2.7 Soweit die Vorinstanz die Klauseln im Vertragsverhältnis der Parteien aufgehoben hat, sind die Verfügungen unangefochten geblieben. In diesem Rahmen wären die Verfügungen auch nicht zu beanstanden. Die Vertragsklauseln waren Gegenstand des Zugangsgesuchs der Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz war daher zur Beurteilung der Klauseln gemäss Art. 11a FMG zuständig. Die Anordnung von Ziff. 5, 2. Satz, des Dispositivs der Teilverfügung KOL und jene von Ziff. 1, 2. Satz, des Dispositivs der Teilverfügung SpM sind daher nicht ersatzlos aufzuheben, sondern es ist festzuhalten, dass die fraglichen Klauseln nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträgen aufgenommen werden.

Damit bleibt zu prüfen, ob auch die angefochtenen Feststellungen der Rechtswidrigkeit aufzuheben sind. Soweit die Feststellungen nicht das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien betreffen, war die Vorinstanz – wie bereits gezeigt – nicht zur Prüfung der Rechtmässigkeit zuständig. Mit den vorgeschlagenen Neuformulierungen der Dispositive

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

2.8 Die Beschwerden sind damit ebenfalls gutzuheissen, soweit sie sich gegen die Feststellungsverfügungen richten, und Ziff. 5 der angefochtenen Teilverfügung KOL sowie Ziff. 1 der angefochtenen Teilverfügung SpM sind vollständig aufzuheben und durch die von der Beschwerdeführerin beantragten Formulierungen zu ersetzen.

2.9 Im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Feststellung, Klausel 3.2.2 des Standardvertrags SpM mit den darin festgelegten Preisen für SpM sei rechtswidrig, wehrt sich die Beschwerdeführerin in der SpM-Beschwerde auch gegen die Auffassung der Vorinstanz, es sei widerrechtlich, neue Technologien nur auf Antrag hin zu prüfen. In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin Verletzungen ihres Gehörsanspruches und der Pflicht zur Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen, und sie erachtet ihr Angebot als rechtskonform. Die Vorinstanz hat zwar in der angefochtenen SpM-Teilverfügung fest-

gehalten, die Beschwerdeführerin werde nicht umhin kommen, Basisangebot und Standardvertrag SpM zu überarbeiten und an Art. 58 Abs. 2 FDV anzupassen. Sie hat jedoch mangels Antrags darauf verzichtet, eine rechtsverbindliche Anordnung im Sinne von Art. 5 VwVG hinsichtlich der Frage zu treffen, ob es zulässig sei, die Netzverträglichkeit neuer Technologien nur auf Antrag hin zu prüfen. Die fraglichen Ausführungen der Vorinstanz in der Verfügungsbegründung sind somit nicht anfechtbar (vgl. BGE 131 II 587 E. 4.2.1, MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.10). Die Beschwerdeführerin hat denn auch insoweit keinen Beschwerdeantrag gestellt. Auf ihre Vorbringen ist deshalb nicht weiter einzugehen. Ob es hingegen zulässig ist, der Beschwerdegegnerin den Prüfungsaufwand in Rechnung zu stellen, so bildet diese Frage nicht Streitgegenstand. Denn entsprechend ihrem Beschwerdeantrag verzichtet die Beschwerdeführerin im Rahmen des vorliegenden Verfahrens mittlerweile auf die Erhebung eines Preises.

3.

Die Beschwerdeführerin beantragt ferner, die Kosten des SpM-Verfahrens seien neu zu verlegen. Die Beschwerdegegnerin (bzw. Gesuchstellerin) hat im erstinstanzlichen Verfahren mit ihrem Hauptantrag die Aufhebung der Preise für SpM-Leistungen beantragt und ist mit diesem Antrag durchgedrungen. Die Beschwerdeführerin (Gesuchsgegnerin) hat dagegen von der Vorinstanz verlangt, die Preise für SpM seien gemäss Beilage 3 zu verfügen. Die Vorinstanz hat der Gesuchsgegnerin (und jetzigen Beschwerdeführerin) die Verfahrenskosten mit der Begründung auferlegt, sie habe dem Antrag der Gesuchstellerin vollumfänglich entsprochen, die Gesuchsgegnerin gelte deshalb als unterliegend und werde gestützt auf einen allgemeinen prozessualen Grundsatz kostenpflichtig.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Anwendbarkeit des Unterliegerprinzips (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG) nicht, sondern leitet aus einer Gutheissung der Beschwerde eine andere Kostenverteilung des vorinstanzlichen Verfahrens ab. Weil aber mit der Gutheissung der SpM-Beschwerde der vorinstanzliche Standpunkt der Beschwerdeführerin nicht obsiegt, erweist sich die vorinstanzliche Kostenverlegung weiterhin als rechtskonform und der diesbezügliche Antrag der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

4.

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

Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Streitwert der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse 100 – 50'000 Franken (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für eine Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist und aus welchem Rechtsgebiet er entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 16; BEAT RUDIN, in Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51 N 12).

4.1 Im vorliegenden Verfahren waren ursprünglich sowohl Begehren mit Vermögensinteressen als auch nicht vermögensrechtliche Anträge im Streit. Der Streitwert ist nicht bezifferbar, dürfte aber bei einer Preisdifferenz von rund Fr. 10'000.- pro Zentrale und gut 1'300 Ortszentralen im Netz der Beschwerdeführerin (CLEMENS VON ZEDTWITZ, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 35) die Grenze von einer Million Franken übersteigen. Die Verfahrenskosten sind anhand des Streitwerts, der Komplexität der Streitsache und der weiteren im Streit stehenden – nicht vermögensrechtlichen – Interessen auf insgesamt Fr. 25'000.- festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE).

4.2 Soweit die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren zurückgezogen hat, gilt sie als unterliegend (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.56). Mit ihrem Antrag auf Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten im SpM-Verfahren unterliegt sie ebenfalls. Im Übrigen gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Der auf die zurückgezogenen Rechtsbegehren entfallende Anteil der Verfahrenskosten ist angesichts der damit verfolgten gewichtigen vermögensrechtlichen Interessen auf Fr. 16'000.- zu beziffern. Diese sind unter Berücksichtigung des reduzierten Aufwands infolge Beschwerderückzugs teilweise zu erlassen (Art. 6 Bst. a VGKE) und im Umfang von Fr. 4'000.- der Be-

schwerdeführerin aufzuerlegen. Hinzu kommen Kosten für ihr Unterliegen in der Kostenfrage im Umfang von Fr. 500.-. Der Beschwerdegegnerin kommt hinsichtlich der Verbindlichkeit der strittigen Vertragsklauseln im Innenverhältnis Parteistellung zu (E. 1.5). Diesbezüglich hat sie die Abweisung der Beschwerden beantragt und sich somit gegen die von der Beschwerdeführerin verlangten Neuformulierungen ausgesprochen. Insoweit gilt sie als unterliegend und hat bezogen auf diesen Punkt einen Kostenanteil von Fr. 1'500.- zu übernehmen. Der Vorinstanz sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

5.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Vorliegend sind beide Parteien als teilweise obsiegend zu betrachten. Da sie jeweils ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut haben und nicht durch externe Anwälte vertreten sind, stehen ihnen keine Parteientschädigungen zu (Art. 8 ff. VGKE, speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009 E. 60 mit Hinweis).

6.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden werden – jene vom 10. November 2008 nur, soweit sie durch Rückzug nicht gegenstandslos geworden ist – teilweise gutgeheissen.

1.1 Ziff. 5 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss sowie der Kollokation wird aufgehoben und durch folgende Formulierung ersetzt:

„Die Klausel 5.11 des Standardvertrages wird nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag betreffend Kollokation aufgenommen.“

1.2 Ziffer 1 der Teilverfügung vom 22. Mai 2009 betreffend Zugangsgesuch Spektrum Management wird aufgehoben und durch folgende Formulierung ersetzt:

„Die Klausel 3.3.2 wird aus dem Vertrag der Parteien betreffend Spektrum Management gestrichen.“

2.

Soweit weitergehend, wird die Beschwerde vom 24. Juni 2009 abgewiesen.

3.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 4'500.- auferlegt. Diese werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 25'000.- verrechnet. Der Restbetrag wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Zahlungsverbindung bekannt zu geben.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat Verfahrenskosten von Fr. 1'500.- zu übernehmen. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Urteilseröffnung zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Eingangsscheins erfolgt mit separater Post.

5.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6.

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

7.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben, Beilage: Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. Juli 2009)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 5340-20-000239/2007 / AZ 330.33; Einschreiben, Beilage: Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. Juli 2009)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Forster

Simon Müller

Versand: