

# **BVGer A-8665/2010 vom 1. Dezember 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-8665\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-8665_2010)

FR: TAF A-8665/2010 du 1 décembre 2011

IT: TAF A-8665/2010 del 1 dicembre 2011

## **Regeste**

Telekommunikation (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 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). Das BAKOM 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 zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin wird von der Vorinstanz vorab in Frage gestellt. Im Wesentlichen wird angeführt, es sei ungewiss, ob ihr überhaupt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse zukomme, da deren Eventualantrag im vorinstanzlichen Verfahren vollumfänglich gutgeheissen worden sei. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Argumentation der Vorinstanz gehe fehl und sei im Ergebnis stossend. Es könne nicht sein, dass die Stellung eines Eventualantrags dem gleichzeitigen Verzicht auf den Hauptantrag gleichkäme. Den Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens weise sie von sich.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdelegitimation im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach Art. 48 VwVG. Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Abs. 1 Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Abs. 1 Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Abs. 1 Bst. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Das Bundesverwaltungsgericht wendet bei der Prüfung der Beschwerdevoraussetzungen, namentlich der Beschwerdelegitimation, das Recht von Amtes wegen an und ist dabei nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Art. 48 Abs. 1 VwVG umschreibt die allgemeine Beschwerdebefugnis übereinstimmend mit der Bestimmung von Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110), welche die Legitimation zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht regelt. Die beiden Bestimmungen sind entsprechend auch in gleicher Weise auszulegen und die zum BGG ergangene Rechtsprechung und die diesbezügliche Lehre können bei der Prüfung der Beschwerdelegitimation vor dem Bundesverwaltungsgericht beigezogen werden (André

Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.61).

#### **E. 1.4**

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung. Mit der Gutheissung des Eventualantrages im vorinstanzlichen Verfahren kann sie lediglich als teilweise obsiegend gelten, wurde doch ihr Hauptantrag, demgemäss von einer Gewinnabschöpfung gänzlich abzusehen sei, von der Vorinstanz abgewiesen. Soweit sie mit ihrem Hauptantrag unterlag, ist sie materiell durch die erlassene Verfügung beschwert. Die Beschwerdeführerin hat vor Bundesverwaltungsgericht die Abweisung des Hauptantrages angefochten und damit die ihr zustehenden prozessualen Rechte wahrgenommen. Ein widersprüchliches Verhalten kann darin - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht erblickt werden. Ihr Beschwerdeinteresse für das vorliegende Verfahren ist daher als schützenswert zu erachten.

#### **E. 1.5**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs.1 und 52 Abs.1 VwVG) ist demnach einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid 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). Die Rechtsanwendung erfolgt von Amtes wegen, ohne Bindung an die Parteibegehren (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Nach der Rechtsprechung hat aber auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Das Bundesverwaltungsgericht übt daher Zurückhaltung und greift in Gewichtungsfällen nicht leichthin in den Spielraum der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht leichthin von der Auffassung der Vorinstanz ab (BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3, BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen; BVGE 2010/19 E. 4.2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen).

#### **E. 2.2**

Auf Beschwerde hin kann das Bundesverwaltungsgericht vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Der Umfang der Kognitionsbefugnis hängt dabei davon ab, ob es sich um eine unselbständige oder aber um eine selbständige Verordnung handelt (Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.177). Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft das Bundesverwaltungsgericht in erster Linie, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren

Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 131 II 162 E. 2.3, BGE 131 II 13 E. 6.1, BGE 130 I 26 E. 2.2.1, je mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 2C\_246/2009 vom 22. März 2010; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1751/2006 vom 25. März 2009 E. 2.4 und A-7278/2007 vom 29. April 2008 E. 5.1).

### **E. 3.1**

Das Fernmeldegesetz regelt in den Art. 28 bis 30 die Adressierungselemente. Deren Verwaltung und Zuteilung ist in Art. 28 FMG normiert. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung verwaltet das Bundesamt die Adressierungselemente unter Beachtung der internationalen Normen. Gemäss Abs. 2 kann das Bundesamt die Verwaltung und Zuteilung bestimmter Adressierungselemente in besonderen Fällen Dritten übertragen. Die Bestimmung sieht weiter vor, dass die Einzelheiten, namentlich die Aufsicht durch das Bundesamt, vom Bundesrat auf Verordnungsstufe geregelt werden. Der Bundesrat hat in Anwendung der Delegationsnormen des FMG die Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich erlassen. In der aktuellen Neufassung ist in Art. 13 bis 13m AEFV die Übertragung und Verwaltung von Adressierungselementen an Dritte im Allgemeinen geregelt, während die Art. 14 bis 14i AEFV sich auf die Verwaltung von der Domain ".ch" untergeordneten Domainnamen im Besonderen beziehen. Weitere technische und administrative Vorschriften finden sich im Anhang 2.13 der Verordnung des BAKOM vom 9. Dezember 1997 über Fernmeldedienste und Adressierungselemente (TAV, SR 784.101.113/2.13).

### **E. 3.2**

Die angefochtene Verfügung vom 11. November 2010 stützt sich im Wesentlichen auf Art. 14cter AEFV, welcher am 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist. Es ist offensichtlich und unter den Verfahrensbeteiligten nicht strittig, dass die hier fragliche, von der Vorinstanz beanspruchte Gewinnabgabe von dieser Bestimmung erfasst wird. Umstritten und zu prüfen ist jedoch, inwieweit eine Abschöpfung übermässiger Gewinne einer formellgesetzlichen Grundlage bedarf bzw. ob die genannte Verordnungsbestimmung dafür gegebenenfalls eine genügende gesetzliche Grundlage abgibt, wovon die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausging.

### **E. 3.3**

Vorliegend ist in Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG keine bereits durch das Gesetzesrecht vorgegebene Verfassungswidrigkeit ersichtlich, weshalb das Bundesverwaltungsgericht die Ausführungsbestimmung in Art. 14cter AEFV grundsätzlich auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit überprüfen kann. Dabei gilt es indes zu beachten, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat ein weiter Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt hat (vgl. BGE 131 II 162 E. 2.3 und 2.4).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die Pflicht zur Abgabe der kumulierten Überschüsse gemäss Art. 14ter AEFV greife in schwerwiegender Weise in ihre Rechtsposition ein. Ein derartiger Eingriff in ihre Autonomie und in ihr Vermögen bedürfe einer formellgesetzlichen Grundlage. Ohne diese fehle es am Zugriffsrecht auf die von ihr erwirtschafteten Einnahmen. Bereits in ihrer Stellungnahme zur Revision der AEFV habe sie als betroffene Anbieterin auf die fehlende formellgesetzliche Grundlage hingewiesen.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz bestätigt, dass im Verlaufe der Ämterkonsultation zur Revision der AEFV das Erfordernis der genügenden gesetzlichen Grundlage von Art. 14ter AEFV eingehend thematisiert worden sei. Namentlich das Bundesamt für Justiz habe damals diese Frage aufgeworfen, doch nur im Hinblick auf die vorgesehene Verwendung der Gewinnüberschüsse durch die Vorinstanz und nicht auf die hier interessierende Frage der Abschöpfung selbst. Den geäusserten Zweifeln habe der Bundesrat damals Rechnung getragen, indem Art. 14ter Abs. 2 AEFV dahingehend geändert worden sei, dass die erzielten Überschüsse ausschliesslich für Aufgaben und Projekte von öffentlichem Interesse im Bereich der Verwaltung des Domainnamen-Systems verwendet werden dürfen. Mit der nun eng gefassten Zweckbestimmung würden die Mittel im entsprechenden Verwaltungsbereich eingesetzt, womit der Delegationsrahmen von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG gewahrt werde. Dass die Pflicht zur Gewinnabgabe zwingend auf formeller Gesetzesstufe zu regeln sei, habe das Bundesamt für Justiz seinerzeit - zu Recht - nicht gefordert.

#### **E. 4.3**

Die Bundesverfassung erhebt in Art. 5 Abs. 1 das Gesetzmässigkeitsprinzip zu einem allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz, der für die gesamte Staatstätigkeit verbindlich ist. Art. 164 Abs. 1 BV konkretisiert dieses Prinzip für die Bundesgesetzgebung. Danach sind die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Diese dem formellen Gesetzgeber vorbehaltenen Befugnisse dürfen nicht delegiert werden (vgl. Art. 164 Abs. 2 BV). Art. 164 BV bezweckt, dass die grundlegenden Vorschriften in den für die Rechtsunterworfenen zentralen Belangen in einem formellen Gesetz geregelt werden und kein wichtiger Regelungsbereich den direkt-demokratischen Einwirkungsmöglichkeiten entzogen bleibt (René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, Rz. 2479 ff.; Pierre Tschannen, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 4 zu Art. 164 BV). Häfelin/Müller/Uhlmann (a.a.O., Rz. 393 ff.) erachten für die Umschreibung der Wichtigkeit einer Rechtsnorm vor allem folgende Kriterien als massgebend: - Intensität des Eingriffs: Schwere Eingriffe in die Rechte und Freiheiten der Privaten, insbesondere in deren Freiheitsrechte, müssen von einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein; - Zahl der von einer Regelung Betroffenen: Eine Regelung erfordert eher ein Gesetz im formellen Sinne, wenn ein grosser Kreis von Personen davon betroffen ist; - Finanzielle Bedeutung: Regelungen von grosser finanzieller Tragweite müssen eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn haben; - Akzeptierbarkeit: Massnahmen, bei denen mit Widerstand der Betroffenen gerechnet werden muss, sollten ihre Grundlage in einem - demokratisch legitimierten - Gesetz im formellen Sinn haben. Zu berücksichtigen ist auch das Flexibilitätsbedürfnis. So werden Regelungen, die ständiger Anpassungen an veränderte

Verhältnisse wie z.B. an wirtschaftliche Entwicklungen bedürfen, zweckmässigerweise nicht in einem Gesetz im formellen Sinn getroffen, das nur unter grossem Zeitaufwand revidiert werden kann, sondern in einer Verordnung (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 402). Der Gesetzgeber trifft die Grundentscheidungen; er legt die grossen Linien fest. Der Verordnungsgeber befasst sich dagegen mit den Details sowie mit denjenigen Fragen, die besondere Fachkenntnisse verlangen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 403; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1P.363/2002 vom 7. Mai 2003 E. 2.3.2).

#### **E. 4.4**

Die hier im Raum stehende Massnahme scheint auf den ersten Blick sehr wohl geeignet, die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin erheblich zu berühren, insbesondere da die Streitsumme die Höhe von Fr. 2'000'000.- erreicht, welche gemäss Verfügung vom 11. November 2010 ohne Erhalt einer Gegenleistung der Vorinstanz zu überweisen ist. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, wird damit ihr finanzieller Handlungsspielraum wesentlich eingeschränkt. Zudem kann eine solche Gewinnabgabepflicht klarerweise nicht zum Katalog üblicher aufsichtsrechtlicher Massnahmen gezählt werden (vgl. Stefan Schulthess/René Wiederkehr, Aufsicht und Legalitätsprinzip, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 2009, S. 181 ff.; August Mächler, Rechtsfragen um die Finanzierung privater Träger öffentlicher Aufgaben, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2002, S. 1175 ff; Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1989, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrates über die "halbstaatlichen" Unternehmungen, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 1990, S. 238 ff.). Für die Beurteilung der Eingriffsschwere ist jedoch eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

#### **E. 4.5**

Vorliegend gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführerin die Aufgabe der Zuteilung und Verwaltung von Domainnamen mittels verwaltungsrechtlichem Vertrag vom 31. Januar 2007 übertragen wurde. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist die Eingriffsintensität in die Rechte von Privaten bei verwaltungsrechtlichen Verträgen geringer, da diese ihr zustimmen. Im Unterschied zur Eingriffsverwaltung auferlegt der Staat nicht einseitig Pflichten oder schränkt Freiheiten ein. Deshalb sind die Anforderungen an das Erfordernis der Gesetzesform grundsätzlich weniger streng, wenn verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten durch Vertrag konkretisiert werden, als wenn dies in Form einer Verfügung geschieht (Georg Müller, Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2007, S. 35 mit weiteren Hinweisen). Die Beschwerdeführerin ist freiwillig die Verpflichtung eingegangen, die öffentlich-rechtliche Aufgabe der Verwaltung und Zuteilung von Domainnamen zu übernehmen. Zwar hat sich die Beschwerdeführerin im genannten verwaltungsrechtlichen Vertrag lediglich zur Gewinnabgabe im Falle der ordentlichen oder ausserordentlichen Vertragsbeendigung verpflichtet (Art. 45 Vertrag vom 31. Januar 2007). Doch hat sich die Vorinstanz ihrerseits das Recht ausbedungen, den Vertrag einseitig anzupassen, wenn sich während laufender Vertragszeit die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse ändern und die Änderung zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig ist (Art. 40 Vertrag vom 31. Januar 2007). Als überwiegendes öffentliches Interesse macht die Vorinstanz geltend, dass auf diese Weise nicht nur der Anreiz zur missbräuchlichen Preisfestsetzung reduziert, sondern auch verhindert werde, dass die Beschwerdeführerin die übermässigen Einnahmen, die sie in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geüfnet habe,

einbehalte. In der aktuellen Vertragsfassung hat sich die Beschwerdeführerin damit ausdrücklich einverstanden erklärt, den erzielten übermässigen Gewinn bei Vertragsende herauszugeben sowie allfällige einseitige Vertragsänderungen, namentlich aufgrund geänderter Rechtslage, zuzulassen. Dieser Umstand spricht dafür, dass die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage vorliegend weniger hoch einzustufen sind.

#### **E. 4.6**

Hinsichtlich der Beurteilung der Eingriffsintensität gilt es weiter zu beachten, dass die Beschwerdeführerin schon vor Erlass der hier strittigen Ordnungsbestimmung nicht frei war, übermässige Gewinne zu erzielen. Zum einen untersteht die Beschwerdeführerin der Pflicht, ihre Preise von der Vorinstanz genehmigen zu lassen (Art. 40 Abs. 3 FMG i.V.m. Art. 14c Abs. 2 AEFV). Zum anderen sieht, wie bereits erwähnt, der abgeschlossene verwaltungsrechtliche Vertrag vor, dass der kumulierte Überschuss bei Vertragsbeendigung an die Vorinstanz zu überweisen ist (Art. 45 Vertrag vom 31. Januar 2007). Daraus wird deutlich, dass die Beschwerdeführerin nicht darauf vertrauen durfte, übermässige Gewinne erwirtschaften bzw. einbehalten zu dürfen. Eine diesbezügliche Vertrauensgrundlage, welche den Eingriff als schwerwiegend erscheinen liesse, wurde weder auf Gesetzes- noch auf Vertragsebene geschaffen.

#### **E. 4.7**

Der Ordnungsgeber selbst hat sodann einer möglichen Gewinnabschöpfung enge rechtliche Schranken gesetzt. So legt Art. 14c Abs. 1 Bst. b AEFV fest, dass sie erst dann zur Anwendung kommen darf, wenn ein Überschussabbau mittels Preissenkungen nicht mehr möglich ist. Daraus ergibt sich folgende gesetzliche Kaskade: Die Registerbetreiberin ist zunächst verpflichtet, die Preise für ihre Dienste auf Grund der entstandenen Kosten und der Notwendigkeit eines angemessenen Gewinns festzusetzen (Art. 14cbis Abs. 1 AEFV). Wenn jedoch die kostenbasierte Berechnung im internationalen Vergleich zu relativ tiefen Preisen führt, die der guten Führung und dem Ruf der Domain ".ch" schaden können, greift die in Art. 14cbis Abs. 2 AEFV verankerte Preisuntergrenze. In diesem Fall hat die Registerbetreiberin die Preise so festzulegen, dass sie zwar günstig sind, aber nicht zu den tiefsten auf internationaler Ebene zählen. Erst auf dieser Stufe, d.h. wenn der Spielraum für weitere Preissenkungen ausgereizt ist, darf eine Gewinnabgabepflicht in Betracht gezogen werden. Für die Gewinnabschöpfung selbst bleibt demgemäss nur ein stark begrenzter Anwendungsbereich übrig (vgl. hierzu auch E. 7.6. und 8). Ein genereller Anspruch auf die übermässigen Einnahmen der Beschwerdeführerin bleibt der Vorinstanz verwehrt. Die Eingriffsschwere wird somit durch die konkrete Ausgestaltung der Regelung weiter relativiert.

#### **E. 4.8**

Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Verwaltung und Zuteilung von Domainnamen durch die Beschwerdeführerin in der öffentlichen Wahrnehmung nicht als besonders umstritten gelten kann, so dass sich aus diesem Grund das Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage aufdrängen würde. Aufgrund der heutigen flächendeckenden Verbreitung des Internets ist zwar ein grosser Teil der Bevölkerung direkt oder indirekt von den erhobenen Preisen betroffen, doch bewegen sich die Jahrespreise für die Kundinnen und Kunden auf einem tiefen Niveau. Selbst wenn die vorgesehene Gewinnabgabe einen Einfluss auf die Preisgestaltung haben sollte, was nachfolgend noch zu klären sein wird, würde die darauf zurückzuführende

Kostensteigerung für die Kundinnen und Kunden kaum spürbar sein.

#### **E. 4.9**

Für die Frage der Normstufe ergibt sich damit zusammenfassend, dass es für die verfügte Abschöpfung des übermässigen Gewinns keiner formellgesetzlichen Grundlage bedarf. Insbesondere kann der Eingriff angesichts der ausgeführten Sach- und Interessenslage des Einzelfalls nicht als derart schwer qualifiziert werden, dass er vom Gesetzgeber selbst zu legitimieren wäre. Auf formeller Gesetzesebene genügt damit die Delegationsnorm von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG. Mit Erlass von Art. 14ter AEFV wurde eine Verordnungsgrundlage geschaffen, welche auch in inhaltlicher Hinsicht genügend bestimmt ist. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Verordnungsbestimmung den Delegationsrahmen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen als verfassungs- bzw. gesetzeswidrig zu erachten ist.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Möglichkeit zur Projektfinanzierung im Bereich der Verwaltung des Domainnamen-Systems könne aus der Delegationsnorm von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG nicht hergeleitet werden. Die hier strittige Regelung sei vom delegierten Sachbereich nicht mehr erfasst, weshalb sich Art. 14ter AEFV als rechtswidrig erweise.

#### **E. 5.2**

Die Vorinstanz ihrerseits bestreitet, dass die erlassene Verordnungsbestimmung den gesetzlich vorgegebenen Delegationsrahmen überschreitet.

#### **E. 5.3**

Auch wenn der Verordnungsgeber mit der Regelung zur Gewinnabgabe den vom Gesetzgeber vorgegebenen Ermessensspielraum weit ausschöpft, kann vorliegend noch nicht davon gesprochen werden, dass damit der Delegationsrahmen offensichtlich gesprengt wird. Bereits der enge Anwendungsbereich der hier strittigen Gewinnabschöpfung (vgl. E. 4.7) lässt den Schluss zu, dass ihr lediglich eine Korrekturfunktion zukommt, wenn die bisherigen Instrumente zur Verhinderung übermässiger Gewinne nicht fruchten. Insofern weist die Ausführungsbestimmung den Charakter einer reinen Vollzugsmassnahme auf und liegt in dieser Form im Rahmen des delegierten Regelungsbereichs. Dass der Verwendungszweck der damit eingenommenen Gelder ebenfalls geregelt werden muss, ist dabei unumgänglich, weshalb auch die diesbezügliche Regelung in Art. 14ter Abs. 2 AEFV betreffend Projektfinanzierung von der Delegationsnorm miterfasst wird. Solange die eingenommenen Gelder zudem nur für Projekte im Bereich der Verwaltung und Zuteilung von Domainnamen eingesetzt werden, kann der Delegationsrahmen von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG als gewahrt gelten.

#### **E. 6.1**

Gemäss Art. 40 Abs. 3 FMG können Dritte verpflichtet werden, die Preise ihrer Dienste dem Bundesamt zur Genehmigung zu unterbreiten, insbesondere wenn für diese Dienste kein Wettbewerb besteht. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, der Gesetzgeber habe mit dieser Norm abschliessend geregelt, welche Massnahmen der Verordnungsgeber ergreifen dürfe, um Missbräuche in der Preisgestaltung durch Dritte zu verhindern. Die Norm eröffne dem Bundesrat ausschliesslich die Möglichkeit, die Preise einer Genehmigungspflicht zu unterstellen. Das Recht, den kumulierten Überschuss abzuschöpfen, sei indes gesetzlich nicht vorgesehen. Damit bestehe kein Spielraum mehr, eine solche Pflicht auf dem Verordnungsweg einzuführen.

## **E. 6.2**

Die Vorinstanz argumentiert, Art. 40 Abs. 3 FMG sei für die hier zu beurteilende Frage nicht massgebend. Entscheidend sei allein die Delegationsnorm von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG, wonach der Bundesrat befugt sei, die Einzelheiten der Aufgabenübertragung an Dritte, namentlich die Aufsicht, in einer Verordnung zu regeln.

## **E. 6.3**

Der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*), welchen die Beschwerdeführerin vorliegend zur Anwendung bringen möchte, verlangt, dass eine gesetzliche Regelung keine Geltung habe für Tatbestände, die in ihr nicht ausdrücklich erwähnt sind. Es wird dabei ausschliesslich auf den Wortlaut und das - qualifizierte - Schweigen des Gesetzgebers abgestellt. Das *argumentum e contrario* hat seinen Anwendungsbereich bei abschliessenden gesetzlichen Regelungen. Dabei ist aber zunächst durch Auslegung abzuklären, ob tatsächlich eine abschliessende Regelung, d.h. ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes, vorliegt (BGE 105 Ib 148 E. 2a; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 223). Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung. Ist dieser nicht klar, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen; abzustellen ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm, ihren Sinn und Zweck sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (vgl. statt vieler BGE 137 V 167 E. 3.1 und 131 II 697 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 6086/2010 vom 16. Juni 2011 E. 4; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 25 Rz. 3 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich u. a. 2008, Rz. 80 ff.).

## **E. 6.4**

Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der Gesetzesstext, wobei die Formulierungen einer Gesetzesnorm in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind. In allen drei Amtssprachen lässt der Wortlaut von Art. 40 Abs. 3 FMG offen, ob die Preisgenehmigungspflicht als einzige oder nur als exemplarische Massnahme gegen allfällige Missbräuche in der Preisgestaltung durch Dritte zu verstehen ist. Um mehr Klarheit zu erhalten, sind daher die weiteren Auslegungselemente heranzuziehen.

## **E. 6.5**

Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz bzw. einer Verordnung präsentiert. Betrachtet man den Gesetzesaufbau des FMG näher, wird ersichtlich, dass die hier fragliche Bestimmung im 6. Kapitel aufgeführt ist, welches unter dem Titel "Abgaben" übergeordnete Bestimmungen zu verschiedenen Bereichen des Fernmelderechts enthält. Den Adressierungselementen im Besonderen ist dagegen das 4. Kapitel des FMG gewidmet. Dort ist auch die Delegationsnorm von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG zu finden, auf die sich die Vorinstanz beruft. Die systematische Auslegung spricht somit dafür, dass gestützt auf Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG ergänzende Bestimmungen erlassen werden dürfen, die die allgemeinen abgaberechtlichen Bestimmungen des 6. Kapitels ergänzen und näher ausführen. Auf diese Weise kann den spezifischen Besonderheiten der Verwaltung und Zuteilung von Domainnamen Rechnung getragen werden.

## **E. 6.6**

Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen - wie dem vorliegenden - muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden (vgl. Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 101). Dabei ist eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen der erst kurzen Geltungsdauer des Gesetzes kaum möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit der Norm verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln. Zur ratio legis von Art. 40 Abs. 3 FMG heisst es in der Botschaft des Bundesrates, dass bei einer Übertragung einer Tätigkeit an Dritte Instrumente zur Verhinderung von Missbräuchen vorzusehen seien, namentlich bei ungenügendem Wettbewerb (Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes [FMG], BBl 2003 7951, 7581). Aus den Materialien geht somit der gesetzgeberische Wille hervor, allfälliges missbräuchliches Verhalten von Drittanbietern mit aufsichtsrechtlichen Massnahmen zu begegnen. Die Botschaft spricht dabei ausdrücklich von "Instrumenten" in der Mehrzahl. Dies erscheint auch sachgerecht, denn die Aufsichtsbehörde kann mit einem ausdifferenzierten Katalog möglicher Massnahmen gezielter und wirkungsvoller auf allfällige Fehlentwicklungen reagieren. Es liegen daher keine Anhaltspunkte vor, dass der Gesetzgeber mit Erlass von Art. 40 Abs. 3 FMG eine abschliessende Regelung angestrebt hätte. Vielmehr hat er mit der Delegationsnorm von Art. 28 Abs. 2 Satz 2 FMG dem Bundesrat gerade die Aufgabe zugewiesen, im Bereich der Adressierungselemente die gesetzlichen Vorgaben näher auszuführen. Diese Aufgabe hat der Bundesrat mit dem Erlass der AEFV wahrgenommen.

#### **E. 6.7**

In Kombination der verschiedenen Auslegungselemente kann im Ergebnis festgehalten werden, dass sich die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Auslegung von Art. 40 Abs. 3 FMG als zu streng erweist. Diese Gesetzesbestimmung kann nicht in dem Sinne verstanden werden, dass sie eine Gewinnabschöpfung, wie sie Art. 14<sup>cter</sup> AEFV vorsieht, ausschliesst.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin führt ferner an, mit der Änderung des FMG vom 1. April 2007 sei das Kostendeckungsprinzip, welches für die Preisfestsetzung bislang massgebend gewesen sei, durch das Prinzip der Kostenorientiertheit abgelöst worden. Aus diesem Grunde spreche Art. 40 Abs. 3 FMG nun auch von "Preisen" und nicht wie noch in der alten Fassung von "Verwaltungsgebühren". Da die von ihr erhobenen Preise für die Verwaltung und Zuteilung von Domainnamen nicht mehr als Verwaltungsgebühren zu qualifizieren seien, würden die entsprechenden Einnahmen nicht als Fiskaleinnahmen, sondern zu ihrem Privatvermögen zählen. Sollte das Kostendeckungsprinzip ungeachtet der Gesetzesänderung dennoch Anwendung finden, so werde dieses bereits durch den Umstand, dass Gewinne erwirtschaftet werden, verletzt. Auch eine Verwendung der abgeschöpften Mittel für bereichsspezifische Projekte durch die Vorinstanz könne diese Verletzung nicht heilen, denn damit würden die Einnahmen nicht dem Verwaltungsbereich, in dem sie angefallen seien, erhalten bleiben, wie das Kostendeckungsprinzip dies einfordere. Wenn bereits die vorgesehene Verwendung der Mittel wegen Verletzung des Kostendeckungsprinzips unzulässig sei, so gelte dies auch für die Gewinnabschöpfung selbst, denn eine Abschöpfung ohne zulässige Verwendung sei sachlogisch nicht denkbar. Um dem Kostendeckungsprinzip Rechnung zu tragen, sollten daher die erzielten Überschüsse den Kundinnen und Kunden zurückgegeben werden, sei es mittels

Preissenkung oder kostenloser Abonnementsverlängerung.

### **E. 7.2**

Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, der in Art. 40 Abs. 3 FMG neu aufgenommene Begriff "Preise" anstelle des vormaligen Begriffs "Verwaltungsgebühren" sei in einem weiten Sinne zu verstehen. Er schliesse nicht aus, dass es sich hierbei gleichermassen um Verwaltungsgebühren handeln könne. Da die abgeschöpften Gelder zweckgebunden verwendet würden, nämlich ausschliesslich zur Finanzierung von Aufgaben oder Projekten von öffentlichem Interesse im Rahmen der Verwaltung des Domainnamen-Systems, werde das von der Beschwerdeführerin angerufene Kostendeckungsprinzip gewahrt.

### **E. 7.3**

Gebühren gehören zu den Kausalabgaben und stellen zusammen mit den Steuern die öffentlichen Abgaben dar. Kausalabgaben entstehen grundsätzlich aus einer von einer Verwaltungsorganisation beanspruchten Dienst- oder Sachleistung. Als Verwaltungsgebühr gilt das Entgelt für eine staatliche Tätigkeit (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2626 f. mit weiteren Hinweisen). Für die Bemessung der Kausalabgaben gelten zwei besondere Grundsätze, nämlich das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 58 Rz. 10 ff.). 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; Adrian Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgaberechts, ZBl 2003, S. 520 ff.). Bei einer Gebühr, die ihrer Natur nach nicht kostenabhängig ist oder gewolltermassen zu einem Mehrertrag führt, findet das Kostendeckungsprinzip keine Anwendung, doch muss diesfalls die Bemessung der Abgabe formellgesetzlich geregelt sein (vgl. zum Ganzen: Hungerbühler, a.a.O., S. 521; vgl. auch BGE 124 I 11 E. 6d; BVGE 2008/41 E. 5.3.1). Gemäss dem Äquivalenzprinzip darf eine Abgabe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen (Hungerbühler, a.a.O., S. 522).

### **E. 7.4**

Im Hinblick auf die Gewinnabschöpfung selbst ist zunächst festzuhalten, dass diese nicht abgaberechtlicher Natur ist. Die hier in Frage stehende Verpflichtung ist vielmehr Bestandteil der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, welcher der Beschwerdeführerin mit verwaltungsrechtlichem Vertrag vom 31. Januar 2007 übertragen wurde. Diesbezüglich kann das Kostendeckungsprinzip nicht zur Anwendung kommen.

### **E. 7.5**

Für die Erhebung der die Retail- und Wholesalepreise dagegen hat die Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO/INUM) mit Entscheid vom 12. April 2006 erkannt, dass diese gemäss der damaligen Rechtslage als Verwaltungsgebühr zu qualifizieren und das Kostendeckungsprinzip zu beachten sei. Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der aktuelle Antrag der Beschwerdeführerin auf Genehmigung der Preise nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist, sondern in dem ebenfalls vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahren A-3956/2011 zu behandeln sein wird. Rügen im Zusammenhang mit einer allfälligen Verletzung des Kostendeckungsprinzip sind daher primär in jenem Verfahren vorzubringen. Dessen ungeachtet besteht zwischen den beiden Verfahren ein Sachzusammenhang, da die

abgeschöpften Finanzmittel nicht mehr für zukünftige Preissenkungen zur Verfügung stehen. Nachfolgend gilt es näher zu beleuchten, ob aufgrund dieses Konnexes das Kostendeckungsprinzip auch in die hier vorzunehmende Prüfung einzubeziehen ist.

#### **E. 7.6**

In der Praxis erweist es sich als schwierig, die Preise gemäss der prognostizierten Marktentwicklung so festzulegen, dass sie effektiv die Kosten und den angemessenen Gewinn widerspiegeln (Erläuternder Bericht vom 8. April 2009 zur Änderung der Verordnungen zum Fernmeldegesetz, S. 8). Um den guten Ruf der Domain ".ch" nicht zu gefährden, können die Preise zudem nicht beliebig tief festgesetzt werden (Art. 14cbis Abs. 2 AEFV). Insofern ist es unvermeidlich, dass trotz sorgfältiger Ausarbeitung bzw. Prüfung des Preisantrages gewisse Einnahmenüberschüsse entstehen. Indem der Bundesrat nun mit dem neuen Art. 14cter AEFV eine Gewinnabgabe einführt, ändert er nichts an den bisherigen Grundsätzen der Preisgestaltung. Die Preise dürfen nach wie vor nicht so angesetzt werden, dass von vornherein ein Überschuss budgetiert wird. Kommt beispielsweise infolge einer unerwartet grossen Nachfrage ein hoher Gewinn zustande, so hat der Bundesrat damit nur festgelegt, dass der erzielte Überschuss dem Staat abzuliefern ist, sofern er übermässig ist und nicht mittels Preissenkungen den Kundinnen und Kunden zurückgegeben werden kann (vgl. hierzu auch BGE 124 I 11, in dem die gesetzlich verankerte Gewinnabgabepflicht einer kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt als zulässig erachtet wurde). Solange die Gewinnabschöpfung erst dann greift, wenn weitere Preissenkungen ausgeschlossen sind, bleibt für den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten indirekten Einfluss auf die zukünftige Preisgestaltung kaum Raum. Eine mögliche Beeinflussung ist höchstens für den Fall denkbar, dass im Zeitraum nach einer verfügbaren Gewinnabschöpfung die internationalen Preise erheblich sinken, sodass weitere Preissenkungen für die der Top Level Domain ".ch" zugeordneten Domainnamen rechtlich wieder möglich werden. Stehen dann wegen der vorgängigen Gewinnabschöpfung faktisch die Mittel für weitere Preissenkungen nicht mehr zur Verfügung, könnte von einer indirekten Einflussnahme gesprochen werden. Ebenfalls denkbar ist der Fall, dass die Beschwerdeführerin nach einer unerwarteten Kostensteigerung gezwungen ist, die Preise zu erhöhen, weil sie diese infolge der abgegebenen Gewinne nicht mehr selbst tragen kann. Diese Wechselwirkungen sind indes nicht als derart erheblich zu erachten, dass dadurch das Kostendeckungsprinzip - sollte es für die erhobenen Retail- und Wholesalepreise nach wie vor zur Anwendung kommen - als verletzt gelten könnte, zumal gemäss Art. 11 TAV nicht der gesamte übermässige Gewinn, sondern lediglich 40% davon der Abgabepflicht unterliegt.

#### **E. 7.7**

Als subsidiär zur Anwendung kommende Massnahme hat die hier strittige Gewinnabschöpfung somit keinen wesentlichen Einfluss auf die in Art. 14cbis Abs. 1 und 2 AEFV statuierten Grundsätze der Preisgestaltung. Eine allfällige unmittelbare oder mittelbare Verletzung des Kostendeckungsprinzips ist daher zu verneinen.

#### **E. 8.1**

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die verfügte Gewinnabschöpfung verletze das in Art. 14cter Abs. 1 Bst. b AEFV verankerte Subsidiaritätsprinzip. Demgemäss dürfe der Gewinn erst abgeschöpft werden, wenn eine weitere Preissenkung nach Art. 14cbis Abs. 2 AEFV nicht mehr möglich ist. Ein derartiger Gewinnabbau stelle

für sie im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips die mildere Massnahme dar, die es ihr ermögliche, gleichzeitig ihre Marktstellung zu festigen. Der Spielraum für weitere Preisreduktionen sei zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht ausgeschöpft. Die Schweiz gehöre zwar zu den günstigeren, aber nicht zu den tiefsten Anbietern im internationalen Vergleich. Die Vorinstanz habe vorliegend nicht sorgfältig genug geprüft, ob der kumulierte Überschuss zunächst auf diesem Wege abgebaut werden könne. Der Verweis auf den Erläuternden Bericht zur Revision der AEFV, demgemäss die Schweizer Preise im internationalen Vergleich relativ niedrig seien, genüge nicht, um die Möglichkeit weiterer Preisnachlässe zu verneinen. Hierfür hätte die Vorinstanz eine konkrete Gefährdung darlegen müssen. Im Übrigen sei der Zusammenhang zwischen niedrigen Preisen und der missbräuchlichen Verwendung von Domainnamen nicht bewiesen. Einer möglichen Gefährdung des guten Rufes der Domain ".ch" könne mit anderen Massnahmen wirkungsvoller begegnet werden, wie z.B. der von ihr bereits eingeführten Vorauszahlungspflicht oder der Blockierung von Domainnamen bei Missbrauchsverdacht. Mit der vorgeschlagenen kostenlosen Abonnementsverlängerung ginge ohnehin keine erhöhte Gefährdung einher, da damit nur bestehende Vertragsverhältnisse in den Genuss der Vergünstigungen kämen. Vorliegend habe die Vorinstanz am 11. November 2010 die Gewinnabschöpfung verfügt, ohne vorher den Preisantrag zu genehmigen. Art. 14ter Abs. 3 AEFV sehe indes ausdrücklich vor, dass eine allfällige Gewinnabschöpfung nur zusammen mit der jährlichen Preisgenehmigung festgesetzt werden könne. Die vom Verordnungsgeber vorgegebene Verknüpfung von Gewinnabschöpfung und Preisgenehmigung sei sachlich zwingend, denn die Höhe des erzielten Überschusses lasse sich ohne vorgängige Festlegung der Preise gar nicht verlässlich ermitteln.

### **E. 8.2**

Die Vorinstanz erachtet das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Subsidiaritätsprinzip im vorliegenden Fall als gewahrt. Als Begründung führt sie aus, sie habe die Höhe des abzuschöpfenden Betrages bewusst tief angesetzt. Der Beschwerdeführerin sei damit genügend Spielraum für weitere Preissenkungen belassen worden, soweit diese zulässig seien. Die geforderte absolute Priorität könne gar nicht umgesetzt werden, denn weder die Kosten- und Ertragsprognosen noch der Umfang des zu gewährenden Schutzes vor kriminellen Machenschaften könnten vorab zuverlässig bestimmt werden. Dem bestehenden materiellen Konnex zwischen Gewinnabschöpfung und Preisgestaltung könne auch in getrennten Verfahren hinreichend Rechnung getragen werden, wie dies die erlassene Verfügung aufzeige. Dürfte die Gewinnabschöpfung erst nach oder zusammen mit der Preisgenehmigung verfügt werden, könnte die Beschwerdeführerin ersteres hinauszögern, indem sie nicht oder nicht rechtzeitig einen genehmigungsfähigen Preisantrag einreiche. Dies widerspräche dem Sinn und Zweck von Art. 14ter AEFV.

### **E. 8.3**

Wie bereits ausgeführt (E. 4.7 und 7.6), ist der kumulierte Überschuss erst dann ganz oder teilweise der Vorinstanz zu überweisen, wenn es nicht möglich ist, die Gewinne mittels Preissenkungen abzubauen (Art. 14ter Abs. 1 Bst. b AEFV). Dem Wortlaut nach ist der Ausschluss weiterer Preissenkungen Anspruchsvoraussetzung. Das Subsidiaritätsprinzip wird sodann in Art. 14ter Abs. 3 AEFV in verfahrensrechtlicher Hinsicht wieder aufgegriffen. Gemäss dieser Bestimmung legt die Vorinstanz bei jeder Überprüfung und Genehmigung der Preise den Betrag fest, der ihr zu überweisen ist. Der Normtext statuiert damit ausdrücklich, dass zeitgleich zu entscheiden ist.

#### **E. 8.4**

Der Erläuternde Bericht zur Änderung der Verordnungen zum Fernmeldegesetz bezeichnet als Grund für die Einführung der Gewinnabgabepflicht, dass besonders angesichts der notwendigen Preisuntergrenze nicht die gesamten angesammelten Einnahmenüberschüsse für Preissenkungen verwendet werden könnten. Unter diesen Umständen, so der Bericht weiter, sei dem BAKOM die Kompetenz zu erteilen, namentlich bei jeder Überprüfung der Preise den Anteil der Einnahmenüberschüsse festzulegen. Das BAKOM könne sich dabei auf das reguläre Verfahren für die Preisüberprüfung stützen (Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 8 f.). Der Erläuternde Bericht bestätigt somit, dass das Instrument der Gewinnabschöpfung subsidiär zu möglichen Preissenkungen anzuwenden sowie über beides grundsätzlich im gleichen Verfahren zu entscheiden ist.

#### **E. 8.5**

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz über die Gewinnabschöpfung verfügt, obwohl zu diesem Zeitpunkt der Preisantrag - und damit auch die Zulässigkeit weiterer Preissenkungen - noch nicht geprüft worden ist. Die Vorinstanz begründet ihre Vorgehensweise damit, bei einer zeitlichen Verknüpfung beider Instrumente hätte es die Beschwerdeführerin in der Hand gehabt, die Gewinnabgabe beliebig hinauszuzögern. Dieser Auffassung der Vorinstanz ist nicht zu folgen. Es ist nicht ersichtlich, dass die zu erlassende Massnahme sachbedingt eine besondere zeitliche Dringlichkeit aufweist. Spätestens am Ende der Delegationsdauer ist ohnehin eine vollständige Überweisung des kumulierten Überschusses vorgesehen (Art. 14<sup>ter</sup> Abs. 4 AEFV; Art. 45 Vertrag vom 31. Januar 2007). Es ist zwar richtig, dass die Gelder dadurch möglicherweise erst zu einem späteren Zeitpunkt für die geplanten bereichsspezifischen Projekte zur Verfügung stehen, doch vermag dieses im Ergebnis rein fiskalische Interesse die klaren Vorgaben der Verordnung nicht in Frage zu stellen. Die Befürchtung zeitlicher Verzögerung allein rechtfertigt noch keine Auslegung gegen den Wortlaut der besagten Bestimmungen.

#### **E. 8.6**

Gerade angesichts der von der Vorinstanz genannten Unsicherheitsfaktoren, wie der Verlässlichkeit der Kosten- und Erfolgsprognose und des Erfordernisses der guten Rufwahrung der Domain ".ch", erscheint es notwendig, dass diese Fragestellungen zunächst im Rahmen des Preisgenehmigungsverfahrens genau geprüft und entschieden werden. Auf diese Weise kann sich die anschliessende Gewinnabschöpfung auf eine fundiert abgeklärte Grundlage stützen. Mit dem vorliegend gewählten Vorgehen hingegen konnte die Vorinstanz dem Subsidiaritätsprinzip materiell nur insoweit Rechnung tragen, als sie den Gewinnbetrag, welcher möglicherweise über Preissenkungen abgebaut werden kann, geschätzt hat. Dies ist aus einem weiteren Grund als problematisch zu erachten: Sollte sich die vorgenommene Schätzung im anschliessenden Preisgenehmigungsverfahren als unrichtig herausstellen, würde die vorgängig verfügte Gewinnabschöpfung auf falschen Zahlen beruhen und müsste sogar gegebenenfalls wiedererwägungsweise aufgehoben bzw. angepasst werden. Auf der anderen Seite darf es aber auch nicht sein, dass sich die vorgenommene Schätzung präjudiziell auf das Preisgenehmigungsverfahren auswirkt. Dieses Dilemma kann nur vermieden werden, wenn - wie es schon der Wortlaut der Verordnung vorsieht - über die Gewinnabschöpfung nicht vor der Preisgenehmigung entschieden wird.

#### **E. 8.7**

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der kumulierte Überschuss erst dann abzuschöpfen ist, wenn der Gewinn nicht mehr mittels weiterer Preissenkungen abgebaut werden kann. Verfahrensrechtlich bedingt dies zwingend, dass über die Gewinnabschöpfung nicht vor der Preisgenehmigung verfügt werden darf. Wird, wie im vorliegenden Fall, der Betrag für die Gewinnabschöpfung losgelöst von der Preisgenehmigung festgelegt und dessen Überweisung angeordnet, widerspricht dies Art. 14<sup>ter</sup> Abs. 1 Bst. b sowie Art. 14<sup>ter</sup> Abs. 2 AEFV. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als begründet.

### **E. 9.1**

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet, mit andern Worten entscheidet das Gericht bei Gutheissung der Beschwerde grundsätzlich selbst, statt die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.191). Ausnahmsweise kann sich das Gericht auf die Kassation der angefochtenen Verfügung beschränken und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückweisen. Dies ist unumgänglich, wenn die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig abgeklärt hat, das Vorliegen eines Tatbestandselements zu Unrecht verneint und die andern Elemente deshalb gar nicht geprüft hat. Eine Rückweisung erweist sich ferner als sachgerecht, wenn die Regelung des Rechtsverhältnisses besondere Fachkenntnisse verlangt oder ein Ermessensentscheid im Streit liegt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt (Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.195; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1977 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 9.2**

Ohne abgeschlossene Genehmigung des Preisantrages ist vorliegend keine verlässliche Beurteilung der Streitsache möglich. Denn es gilt zu beachten, dass zunächst im Verfahren betreffend Preisgenehmigung zu entscheiden sein wird, wie hoch der kumulierte Überschuss ausfällt und ob dieser mittels Preissenkungen oder allenfalls anderen geeigneten Massnahmen abgebaut werden kann. Vorliegend ist daher zuzuwarten, bis das Urteil im Beschwerdeverfahren A 3956/2011 betreffend Genehmigung der Retail- und Wholesalepreise gefällt und in Rechtskraft erwachsen ist. Gestützt auf das Ergebnis jenes Verfahrens wird anschliessend - in Beachtung des Subsidiaritätsprinzips gemäss Erwägung 8 - neu zu entscheiden sein, ob und in welcher Höhe der übermässige Gewinn abgeschöpft werden kann. Die Vorinstanz als Fachbehörde ist dabei besser geeignet als das Bundesverwaltungsgericht, die Gewinnabschöpfung auf das Ergebnis des Preisgenehmigungsverfahrens im Sinne des vorstehend Gesagten abzustimmen. Demnach ist die Rückweisung der Sache nicht nur möglich, sondern im Sinne der zitierten Lehre geradezu geboten.

### **E. 10**

Aufgrund vorstehender Erwägungen ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung vom 11. November 2010 aufzuheben und die Angelegenheit zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

### **E. 11.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). 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 Beschwerde führenden Partei, gemessen am

Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids, zu beurteilen (BGE 123 V 156 E. 3c und BGE 123 V 159 E. 4b). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8457/2010 vom 14. Juni 2011 E. 5 mit weiteren Hinweisen). Damit gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 12'000.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Die unterliegende Vorinstanz trägt als Bundesbehörde keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

### **E. 11.2**

Der nicht anwaltlich vertretenen obsiegenden Beschwerdeführerin sind keine verhältnismässig hohen Kosten entstanden, weshalb von der Zusprechung einer Parteientschädigung abzusehen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.