Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-5982/2010

Urteil vom 16. Februar 2011

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Beat Forster, Richter Lorenz Kneubühler,
Gerichtsschreiber Pascal Baur.

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG, 3050 Bern,
vertreten durch Fürsprecher Hans Ulrich Joss,
Swisscom AG, Legal Services & Regulatory Affairs,
3050 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

TelCommunication Services AG,
Binzmühlestrasse 130, 8050 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Dominik Rubli und Claudio Haufgartner, TelCommunication Services AG, 8050 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

und

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

Gegenstand

Bedingungen der Interkonnektion, Drittwirkungsklausel (Verfügung der ComCom vom 21.6.2010).

Sachverhalt:

A.
Am 19. Mai 2004 reichte TelCommunication Services AG (vormals Tele2 Telecommunication Services AG; nachfolgend: TelCommunication) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG; nachfolgend: Swisscom) ein. Neben der Festsetzung der Preise für die zwischen ihr und Swisscom vereinbarten Interkonnektionsdienste beantragte sie den Erlass einer Regelung betreffend die Wirkung von Behördenentscheiden in Drittverfahren (Drittwirkungsklausel) sowie die Festlegung eines Verzugszinssatzes von 5 %. Nach Fortsetzung des zeitweilig sistierten Zugangsverfahrens beantragte auch Swisscom u.a. die Verfügung einer Drittwirkungsklausel, deren Wortlaut indes von dem der TelCommunication abwich. Gemäss der von Swisscom beantragten Drittwirkungsklausel sollten eventuelle Rück- oder Nachzahlungen zum jeweils gültigen Satz des CHF-LIBOR 6 Monate verzinst werden.

B.
Mit Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 setzte die ComCom die Preise der Interkonnektion rückwirkend ab dem 1. April 2004 fest und trat für die Zeitspanne davor nicht auf das Gesuch ein. Die Anträge von Swisscom und TelCommunication auf Erlass einer Drittwirkungsklausel wies sie ab. Gegen diese Verfügung erhob Swisscom Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses hiess die Beschwerde am 19. Februar 2010 teilweise gut und wies die Angelegenheit zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurück (vgl. BVGE 2010/20).

C.
Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) nahm in der Folge das Verfahren wieder auf. Am 26. März 2010 beantragte Swisscom folgende Drittwirkungsklausel, woran sie in ihrer Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010 festhielt:

Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen Swisscom und einem Dritten die ab 1. April 2004 geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht. Eventuelle

Rückzahlungen werden zu einem Basissatz CHF LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1,3 % verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet.

D.
TelCommunication beantragte am 16. April 2010 ebenfalls die Verfügung einer Drittwirkungsklausel. Wie schon im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht machte sie geltend, die Verzinsung allfälliger Rückerstattungen zwischen ihr und Swisscom sei bereits vertraglich geregelt. Die Aufnahme einer Zinsregelung in die Drittwirkungsklausel erübrige sich deshalb. Eventualiter sei eine Verzinsung zu 8 % zu verfügen. In ihrer Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010 hielt sie an ihrem Antrag fest.

E.
Mit Verfügung vom 21. Juni 2010 setzte die ComCom folgende Drittwirkungsklausel als Ziff. 3.2.4 der Vertragsurkunde vom 1. April 2004 zwischen Swisscom und TelCommunication fest:

Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen Swisscom und einem Dritten die geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht resp. abgerechnet. Eventuelle Rückzahlungen werden zu einem Basissatz CHF-LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1,3 % verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet. Nach Ablauf von jeweils 12 Monaten wird der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt, wobei die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden.

F.
Gegen diese Verfügung der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt Swisscom (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 23. August 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der letzte Satz der Drittwirkungsklausel (Zinseszinsregelung) sei aufzuheben. Zur Begründung führt sie aus, zwischen ihr und TelCommunication (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) sei lediglich die Zinshöhe strittig

gewesen. Mit der Verfügung der Zinseszinsregelung habe die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin mehr bzw. etwas anderes zugesprochen, als diese beantragt habe, und damit die Dispositionsmaxime verletzt. Ausserdem habe die Vorinstanz es unterlassen, sie vor Erlass der Verfügung zur Frage der Zinseszinsregelung anzuhören. Sie habe entsprechend auch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

G.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 11. Oktober 2010 die Abweisung der Beschwerde. Sie macht geltend, die von der Beschwerdeführerin beantragte Drittwirkungsklausel sei hinsichtlich der Frage, wie die Verzinsung allfälliger Rückforderungen zu erfolgen habe, unklar gewesen. Entsprechend dem Grundsatz, wonach eine Verfügungsformel klar und eindeutig sein müsse, habe sie die Klausel daher um einen Satz betreffend die weiteren Verzinsungsmodalitäten ergänzen müssen. Damit habe sie der Beschwerdegegnerin weder mehr noch etwas anderes zugesprochen, als diese beantragt habe, und entsprechend auch nicht die Dispositionsmaxime verletzt. Die Beschwerdeführerin habe weiter die Verzinsungsmodalitäten trotz bestehender Möglichkeit nicht präzisiert, obschon ihr aus einem parallel geführten Zugangsverfahren habe bewusst sein müssen, dass die von ihr beantragte Zinsregelung unklar sei. Auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sei daher zu verneinen.

H.
Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Stellungnahme vom 11. November 2010 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde. Sie macht geltend, sie habe eventualiter eine feste Verzinsung zu 8 % beantragt. Dieser Antrag habe die Festlegung der jetzt verfügten Zinsregelung mit umfasst. Der Vorinstanz sei nicht anzulasten, dass sich die Beschwerdeführerin zur Methode der Zinsberechnung, insbesondere zur Kapitalisierung, die der Periodizität des LIBOR inhärent sei, nicht geäussert habe. Die Vorinstanz habe die Aufgabe, im Rahmen der von den Parteien gestellten Anträge die richtige Verzinsung vollziehbar festzulegen. Sie habe daher zu Recht die dem Antrag der Beschwerdeführerin innewohnende Unklarheit mit überzeugenden materiellen Argumenten beseitigt und ein ohne weitere Erläuterung vollstreckbares Dispositiv erstellt.

I.
Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 13. Dezember 2010 an

ihrem Rechtsbegehren fest und nimmt ergänzend Stellung zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin sowie zur Vernehmlassung der Vorinstanz. Sie macht namentlich geltend, die Vorinstanz habe lediglich behauptet, die von ihr beantragte Drittwirkungsklausel sei hinsichtlich der Frage der Verzinsung unklar, dies jedoch nie abgeklärt. Sie habe deshalb auch den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt.

J.
Mit Eingabe vom 20. Januar 2011 verzichtet die Beschwerdegegnerin auf eine Duplik und verweist auf die Ausführungen in ihrer Beschwerdeantwort sowie auf die Vernehmlassung der Vorinstanz.

K.
Die Vorinstanz hält in ihrer Duplik vom 27. Januar 2011 an ihrem Antrag sowie an ihren Ausführungen in der Vernehmlassung und der angefochtenen Verfügung fest und nimmt ergänzend Stellung zur Replik.

L.
In ihren Schlussbemerkungen vom 7. Februar 2011 verweist die Beschwerdeführerin auf ihre bisherigen Rechtsschriften und hält an ihrem Rechtsbegehren fest. Im Weiteren stellt sie die Beschwerdesache in den grösseren Zusammenhang der Ex-Post-Regulierung und macht geltend, die Vorinstanz habe in den letzten Jahren immer wieder versucht, in ihren Zugangsentscheiden ihre klar umschriebenen gesetzlichen Kompetenzen zu überschreiten.

M.
Auf die übrigen Ausführungen der Parteien sowie die sich in den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme

hinsichtlich des Sachgebiets nach Art. 32 VGG vorliegt. Die ComCom ist eine Vorinstanz nach Art. 33 Bst. f VGG, eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG besteht nicht. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 21. Juni 2010 zuständig.

1.2. Zur Beschwerde nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin wird durch die angefochtene Verfügung verpflichtet, nach jeweils zwölf Monaten die aufgelaufenen Zinsen zur Hauptforderung zu schlagen und die so berechnete Gesamtforderung gemäss dem zu diesem Zeitpunkt jeweils neu festzusetzenden Zinssatz zu verzinsen. Sie ist somit als formelle Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung. Ihre Legitimation ist demnach zu bejahen.

1.3. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie – grundsätzlich – Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.
3.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe mit der Verfügung der Zinseszinsklausel die Dispositionsmaxime verletzt. Weder sie noch die Beschwerdegegnerin hätten je verlangt, den Zinssatz periodisch neu festzulegen und die aufgelaufenen Zinsen zur Hauptforderung zu schlagen. Mit der Zinseszinsregelung habe die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin daher mehr bzw. etwas anderes zugesprochen, als diese verlangt habe. Die von ihr beantragte Drittwirkungsklausel sei im Weiteren hinsichtlich der Frage der Verzinsung nicht unklar bzw. nicht ergänzend zu präzisieren gewesen. Namentlich habe die Aufzinsungsmethode zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin nie Anlass zu Streitigkeiten gegeben. Dass die verfügte Zinseszinsklausel

inhaltlich widerrechtlich wäre, macht die Beschwerdeführerin demgegenüber nicht geltend.

3.2. Die Vorinstanz bestreitet, die Dispositionsmaxime verletzt zu haben. Die Frage, wie die Verzinsung zu erfolgen habe, sei von den Parteien zwar nicht explizit thematisiert worden, habe aber einen zwingend zu regelnden Teilaspekt der Zinsregelung dargestellt. Die von der Beschwerdeführerin beantragte Drittwirkungsklausel sei bezüglich dieser Frage unklar gewesen, was ihr aufgrund des parallelen Zugangsverfahrens Nr. 367-19 bewusst geworden sei. Sie habe die Klausel daher – entsprechend dem Grundsatz, wonach eine Verfügungsformel klar und eindeutig zu sein habe – um einen Satz bezüglich der weiteren Verzinsungsmodalitäten ergänzen müssen. Mit der verfügten Regelung habe sie der Beschwerdegegnerin weder mehr noch etwas anderes zugesprochen, als diese beantragt habe.

3.3. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie habe mit ihrem Eventualantrag schlicht eine Verzinsung verlangt und diese insoweit spezifiziert, als sie einen festen Zinssatz von 8 % als angemessen qualifiziert habe. Die verfügte Zinsregelung werde von ihrem Antrag entsprechend mit umfasst. Der Vorinstanz sei nicht anzulasten, dass sich die Beschwerdeführerin zur Methode der Zinsberechnung, insbesondere zur Kapitalisierung, die der Periodizität des LIBOR inhärent sei, nicht geäussert habe. Die Vorinstanz habe die Aufgabe, im Rahmen der von den Parteien gestellten Anträge die richtige Verzinsung vollziehbar festzulegen. Sie habe daher zu Recht die dem Antrag der Beschwerdeführerin innewohnende Unklarheit mit überzeugenden materiellen Argumenten beseitigt und ein ohne weitere Erläuterung vollstreckbares Dispositiv erstellt.

3.4.

3.4.1. Gemäss Art. 11*a* des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) verfügt die Vorinstanz die Bedingungen des Zugangs auf Gesuch einer Partei hin, wenn sich die Fernmeldedienstanbieterinnen nicht innerhalb von drei Monaten über diese einigen. Als mitwirkungsbedürftiges Verwaltungsverfahren unterliegt das Zugangsverfahren der Dispositionsmaxime. Der Verfahrensgegenstand wird demnach durch die Begehren der Parteien bestimmt. Die Vorinstanz darf weder Streitfragen entscheiden, die gar nicht aufgeworfen sind, noch einer Partei mehr oder anderes zusprechen, als diese beantragt hat. Sie darf aber auch nicht weniger zusprechen, als die Gegenpartei anerkannt

hat (vgl. zum Ganzen BVGE 2010/19 E. 13.5; MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz. 380; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 36; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA TURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 980).

3.4.2. Vorliegend legten die Parteien die zwischen ihnen strittigen Fragen, ob in die zu verfügende Drittwirkungsklausel eine Regelung bezüglich der Verzinsung eventueller Rückzahlungen aufzunehmen und welcher Zinssatz gegebenenfalls festzulegen sei, der Vorinstanz im Rahmen ihrer Rechtsbegehren explizit zum Entscheid vor. Die Vorinstanz war somit sowohl gemäss Art. 11*a* FMG als auch gemäss der Dispositionsmaxime ohne Weiteres befugt, über diese Fragen zu befinden. Im Unterschied dazu bildeten die weiteren Verzinsungsmodalitäten bzw. die Frage, ob bei einer Festsetzung des von der Beschwerdeführerin beantragten Zinssatzes die aufgelaufenen Zinsen jeweils nach zwölf Monaten zu kapitalisieren und der Zinssatz neu festzulegen seien, weder explizit Gegenstand der Rechtsbegehren der Parteien noch derer Stellungnahmen.

3.4.3. Die Frage war indes Verfahrensgegenstand im parallelen Zugangsverfahren Nr. 367-19 zwischen der Beschwerdeführerin und einer weiteren Fernmeldedienstanbieterin, in dem es ebenfalls um die Verfügung einer vertraglichen Drittwirkungsklausel ging. Die Gesuchstellerin in diesem Parallelverfahren beantragte am 16. April 2010 eine Drittwirkungsklausel, die mit der in der angefochtenen Verfügung festgesetzten übereinstimmt. Sie führte aus, die Kapitalisierung der aufgelaufenen Zinsen nach jeweils zwölf Monaten ergebe sich im Prinzip aus der Periodizität des gewählten LIBOR-Satzes. Es liesse sich daher argumentieren, dessen Verwendung impliziere eine entsprechende Auslegung der beantragten Drittwirkungsklausel auch ohne deren letzten Satz. Dieser diene indes immerhin der Klarstellung. Die Beschwerdeführerin hielt dem in ihrer Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010 entgegen, es entspreche jahrelanger Praxis zwischen den Parteien des Zugangsverfahrens Nr. 367-19, die ausstehenden Monatsbetreffnisse bis zu deren Rückzahlung mit dem ursprünglichen LIBOR-Satz zu verzinsen. Mit Verfügung vom 21. Juni 2010 setzte die Vorinstanz die von der Gesuchstellerin beantragte Drittwirkungsklausel fest. In ihrer Begründung, die mit derjenigen der angefochtenen Verfügung übereinstimmt bzw. dieser zugrunde liegt, wies sie insbesondere darauf

hin, dass die Zinsregelung aus Sicht der Gläubigerin der rückzahlungspflichtigen Guthaben eine möglichst marktgerechte Verzinsung zu garantieren habe, was sie für die verfügte Regelung bejahte.

3.4.4. Angesichts der im parallelen Zugangsverfahren erkannten Möglichkeit, die von der Beschwerdeführerin beantragte Drittwirkungsklausel hinsichtlich der weiteren Verzinsungsmodalitäten unterschiedlich zu interpretieren, sowie der dort verfügten Ergänzung dieser Klausel mit einer Regelung betreffend die Kapitalisierung der aufgelaufenen Zinsen und die Neufestsetzung des Zinssatzes konnte sich die Vorinstanz vorliegend nicht damit begnügen, die von der Beschwerdeführerin beantragte Drittwirkungsklausel unverändert zu verfügen. Um die Verzinsung klar und unzweideutig zu regeln, war vielmehr erforderlich, die beantragte Drittwirkungsklausel um eine Regelung betreffend die im Parallelverfahren verfügten weiteren Verzinsungsmodalitäten zu ergänzen. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, handelte es sich dabei um einen zwingend zu regelnden Teilaspekt der strittigen Zinsregelung.

Der Einwand der Beschwerdeführerin, in der Vergangenheit sei weder unklar noch zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin strittig gewesen, wie die von ihr beantragte Zinsregelung angewendet werden müsse, ändert daran nichts. Einerseits bestätigt die Beschwerdeführerin, indem sie damit geltend macht, die von ihr beantragte Zinsregelung habe implizit auch eine klare Regelung bezüglich der verfügten Verzinsungsmodalitäten – im Sinne eines Ausschlusses einer Kapitalisierung und Neufestsetzung des Zinssatzes nach jeweils zwölf Monaten – enthalten, dass diese Regelung einen notwendigen Teilaspekt der Zinsregelung darstellt. Andererseits ist ihr Hinweis auf die früher bestehende Situation ohne Belang, da der Regelungsbedarf aufgrund des parallelen Zugangsverfahrens entstand, die Vorinstanz ihm deshalb ungeachtet der bis dahin bestehenden Situation Rechnung zu tragen hatte. Aus dem letztgenannten Grund unerheblich ist daher auch, ob die Vorinstanz in einem früheren Zeitpunkt ohne Bedenken eine Rückzahlungsregelung verfügte, die keine Zinseszinsklausel enthielt.

Nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag die Beschwerdeführerin im Weiteren aus dem von ihr zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVGE 2010/19 E. 11). Wegen des bestehenden Regelungsbedarfs fehl geht insbesondere der von ihr in diesem Zusammenhang erhobene

Einwand, die Vorinstanz habe keine aufsichtsrechtliche Kompetenz, zur Durchsetzung gleicher Zugangsbedingungen für alle Anbieterinnen von Amtes wegen auch Zugangsbedingungen zu verfügen, die von keiner der Parteien beantragt worden seien. Aus dem gleichem Grund unbehelflich ist sodann, dass die Parteien die Zinseszinsregelung – im Unterschied zur Rechtmässigkeit der im zitierten bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren strittigen Vertragsklauseln – nicht (explizit) thematisierten.

Als unzutreffend erweist sich schliesslich auch die analoge Heranziehung von Art. 105 Abs. 3 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) durch die Beschwerdeführerin. Diese Bestimmung bezieht sich auf Verzugszinsen, nicht jedoch auf Zinsen der Art, wie sie vorliegend geregelt wurden. Sie vermag daher allein schon deshalb nicht zu begründen, dass die Vorinstanz nicht befugt war, die Zinseszinsklausel zu verfügen.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz im Rahmen ihres Entscheids über die strittige Zinsregelung auch dazu berufen und befugt war, eine Regelung bezüglich der im parallelen Zugangsverfahren verfügten weiteren Verzinsungsmodalitäten zu treffen.

3.4.5. Hinsichtlich der Modalitäten der Verzinsung äusserten sich die Parteien zwar nicht explizit. Implizit sowie vor dem Hintergrund der der Vorinstanz bekannten Ausführungen im Parallelverfahren war das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin aber dahingehend zu interpretieren, dass diese eine Kapitalisierung der aufgelaufenen Zinsen und eine Neufestsetzung des Zinssatzes nach jeweils zwölf Monaten ablehnte.

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Eventualantrag auf eine feste Verzinsung zu 8 % mit ihren Kapitalbeschaffungskosten. Da sie überhöhte, nicht gesetzeskonforme Interkonnektionsentgelte leisten müsse, werde ihr Kapital entzogen, welches sie anderweitig zu beschaffen habe. Die daraus resultierende Beeinträchtigung im Wettbewerb könne nur beseitigt werden, wenn der Verzinsung die Kapitalbeschaffungskosten zugrunde gelegt würden.

Aus der Begründung der Beschwerdegegnerin wird deutlich, dass diese zwar eine fixe Verzinsung zu 8 % als angemessen betrachtete, allgemeiner jedoch eine Verzinsung verlangte, die ihrer wirtschaftlichen und wettbewerblichen Situation gerecht wird. Die von der Vorinstanz

verfügte Regelung, die von der Beschwerdeführerin vorliegend trotz ihrer ursprünglich ablehnenden Haltung in materieller Hinsicht nicht beanstandet wird, trägt diesem Anliegen Rechnung (vgl. auch oben E. 3.4.3 i.f.). Sie soll einen Ausgleich für die finanziellen Nachteile schaffen, die sich nicht ergäben, wenn zwischen den Parteien von Anfang an gesetzeskonforme Preise verrechnet worden wären. Sie spricht demnach der Beschwerdegegnerin weder mehr noch etwas anderes zu, als diese verlangt hat. Die Beschwerdegegnerin macht entsprechend zu Recht geltend, die verfügte Regelung werde von ihrem Eventualantrag mit umfasst. Sie hat denn auch auf eine Anfechtung der verfügten Zinseszinsklausel verzichtet. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe der Beschwerdegegnerin mehr oder etwas anderes zugesprochen, als diese verlangt habe, erweist sich somit als unzutreffend. Eine Verletzung der Dispositionsmaxime durch die Vorinstanz ist im Ergebnis daher zu verneinen.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe sie vor der Verfügung der Zinseszinsregelung nicht angehört, obschon sie dies nach Art. 30 Abs. 1 VwVG hätte tun sollen. Damit habe sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, was zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen müsse.

4.2. Die Vorinstanz bestreitet, das rechtliche Gehör verletzt zu haben. Die Beschwerdeführerin sei Partei im parallelen Zugangsverfahren Nr. 367-19 gewesen, in dem die Frage, wie die Verzinsung vorzunehmen sei, zwischen den Parteien explizit strittig gewesen sei. Es sei der Beschwerdeführerin entsprechend spätestens im Zeitpunkt ihrer Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010 bewusst gewesen, dass der von ihr vorgeschlagene Wortlaut der Drittwirkungsklausel hinsichtlich der Verzinsung unterschiedlich interpretiert werden könne. Sie habe folglich nicht nur Gelegenheit gehabt, sondern wäre aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben geradezu verpflichtet gewesen, im Rahmen ihrer Schlussstellungnahme die Verzinsungsmodalitäten zu präzisieren.

4.3.

4.3.1. Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantierte und für das Verfahren vor Bundesbehörden namentlich in den Art. 26-33 und 35 Abs. 1 VwVG konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst u.a. das Recht, von der Behörde vor Erlass der Verfügung angehört zu

werden (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Die Parteien haben entsprechend einen Anspruch, sich vorgängig zur Sache zu äussern (vgl. BGE 136 I 265 E. 3.2 und BGE 135 II 286 E. 5.1, jeweils mit Hinweisen; BVGE 2007/21 E. 10.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1603/2006 vom 4. März 2010 E. 5.1.1; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 29 N. 80 f.; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.84). Im Allgemeinen müssen die Modalitäten der Anhörung so ausgestaltet werden, dass die Parteien ihre Mitwirkungsrechte angemessen, wirksam und effizient wahrnehmen können. Im Übrigen richten sich Inhalt und Modalitäten der Anhörung nach den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls (WALDMANN/ BICKEL, a.a.O., Art. 30 N. 28).

4.3.2. Vorliegend musste der Beschwerdeführerin aufgrund der Eingabe der Gesuchstellerin vom 16. April 2010 im parallelen Zugangsverfahren Nr. 367-19 bewusst sein (vgl. oben E. 3.4.3), dass die von ihr beantragte Drittwirkungsklausel hinsichtlich der Verzinsungsmodalitäten unterschiedlich ausgelegt werden kann. Ihr Einwand, mit dieser Eingabe sei eine materielle Änderung der bisherigen Zinsregelung angestrebt worden, spielt in dieser Hinsicht keine Rolle. Allein schon um allfällige künftige Auslegungsstreitigkeiten zu vermeiden, hätte die Beschwerdeführerin daher ungeachtet der bisherigen Verzinsungspraxis zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin Anlass gehabt, die Verzinsungsmodalitäten zu präzisieren. Darüber hinaus wäre es nahe gelegen, die beantragte Drittwirkungsklausel zu ergänzen, um klarzustellen, dass keine Kapitalisierung der aufgelaufenen Zinsen und keine Neufestsetzung des Zinssatzes vorzunehmen seien. Eine derartige präzisierende Ergänzung hätte sich umso mehr aufgedrängt, als die Thematisierung der entsprechenden Verzinsungsmodalitäten im parallelen Zugangsverfahren erwarten liess, die dort verfügte Drittwirkungsklausel werde diesbezüglich eine Regelung enthalten. Es war daher davon auszugehen, die Vorinstanz werde auch im hier zu beurteilenden Zugangsverfahren eine entsprechende Regelung verfügen.

4.3.3. Die Beschwerdeführerin hatte somit begründeten Anlass, sich über ihre Stellungnahme zu den Anträgen der Beschwerdegegnerin hinaus auch präzisierend zu den Verzinsungsmodalitäten zu äussern. Dennoch unterliess sie dies in ihrer Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010. Damit verzichtete sie freiwillig darauf, sich vor der Vorinstanz vor deren Entscheid zu dieser Frage zu äussern. Die Rüge der Beschwerdeführerin,

die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, ist daher schon aus diesem Grund zurückzuweisen. Hinzu kommt, dass sich die Beschwerdeführerin bereits im parallelen Zugangsverfahren zur Frage äusserte. Die Vorinstanz geht in ihrer dortigen Verfügung auf diese Stellungnahme ein, worauf sie in der angefochtenen Verfügung Bezug nimmt. Die Einholung einer erneuten Stellungnahme der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz war unter diesen Umständen nicht erforderlich.

5.

5.1. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz schliesslich vor, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt zu haben. Sie habe nicht abgeklärt, ob die von ihr beantragte Drittwirkungsklausel hinsichtlich der Frage der Verzinsung unklar sei, sondern dies lediglich behauptet.

5.2. Wie dargelegt (vgl. oben E. 3.4.4), entstand aufgrund des parallelen Zugangsverfahrens Nr. 367-19 hinsichtlich der Frage der weiteren Verzinsungsmodalitäten ein Regelungsbedarf. Diesem hatte die Vorinstanz ungeachtet der bis dahin bestehenden Situation Rechnung zu tragen. Abklärungen bezüglich dieser Situation waren daher nicht erforderlich, weshalb die Rüge der Beschwerdeführerin fehl geht.

6.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin somit als unbegründet und ist abzuweisen.

7.

Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin unterliegend. Sie hat daher die auf Fr. 2'000.– festzulegenden Verfahrenskosten zu übernehmen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigung vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

8.

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE). Vorliegend obsiegt die Beschwerdegegnerin. Da sie mit Ausnahme des Fristerstreckungsgesuchs vom 6. Oktober 2010 ihren

internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut hat und nicht durch externe Anwälte vertreten war, steht ihr jedoch keine Parteientschädigung zu (Art. 8 ff. VGKE, insbes. Art. 9 Abs. 2 VGKE). Ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE) und die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

9.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf10-06-21_009 / AZ 330.6 / 367-20; Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Kathrin Dietrich	Pascal Baur

Versand: