E Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6019/2010

Urteil vom 19. August 2011

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Beat Forster,
Gerichtsschreiberin Michelle Eichenberger.

Parteien

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

gegen

Sunrise Communications AG, 8050 Zürich,
vertreten durch Olivier Buchs und Rechtsanwalt Dr. iur.
Matthias Amgwerd, Sunrise Communications AG,
Binzmühlestrasse 130, 8050 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

und

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

Gegenstand

Zinseszinsregelung, Verfahrenskosten.

Sachverhalt:

A.
Mit Datum vom 20. August 2007 reichte die Sunrise Communications AG bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom AG ein. Betreffend die Bedingungen der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes (VTA) stellte sie verschiedene Rechtsbegehren.

A.a Aufgrund eines zwischen den Parteien beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Verfahrens (A-7162/2008) sistierte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als Instruktionsbehörde am 21. Januar 2009 das Zugangsverfahren in zwei Punkten. Nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts im vorgenannten Verfahren vom 1. Februar 2010 nahm das BAKOM das sistierte Verfahren am 10. März 2010 wieder auf.

In der Folge erhielten die Sunrise Communications AG als Gesuchstellerin und die Swisscom AG als Gesuchsgegnerin Gelegenheit, ihre gestellten Anträge zu präzisieren und sich erneut zur Sache zu äussern.

A.b Mit Teilverfügung vom 21. Juni 2010 betreffend die Bedingungen der VTA regelte die Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom Folgendes:

1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten, soweit mit diesem die Festsetzung kostenorientierter Preise für die optionalen Dienste verlangt wird.

2. Ziffer 8.2.5 der Vertragsurkunde des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags VTA vom 15./16. August 2007 lautet wie folgt:

   > Die neuen Preise werden reziprok angewendet per Datum gemäss Einigung bzw. ab dem Zeitpunkt des von der zuständigen Behörde rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise. 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 zwölf Monaten wird der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt,

wobei die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden.

3. Ziffer 8.3.1 der Vertragsurkunde des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags VTA vom 15./16. August 2007 lautet wie folgt:

   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 zwölf Monaten wird der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt, wobei die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden.

4. Die Verfahrenskosten, bestimmt auf Fr. 1'680.--, werden der Gesuchsgegnerin zur Bezahlung auferlegt.

B.
Die Sunrise Communications AG reichte bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom am 30. November 2007 ein weiteres Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom AG ein. Betreffend den Zugang zu den Kabelkanalisationen der Swisscom AG stellte sie darin verschiedene Rechtsbegehren.

B.a Am 9. Februar 2010 sistierte das BAKOM als Instruktionsbehörde aufgrund des zwischen den Parteien beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Verfahrens (A-7162/2008) auch dieses Zugangsverfahren in zwei Punkten. Das BAKOM nahm das sistierte Verfahren nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts im vorgenannten Verfahren vom 1. Februar 2010 am 10. März 2010 wieder auf.

Die Sunrise Communications AG als Gesuchstellerin und die Swisscom AG als Gesuchsgegnerin erhielten in der Folge Gelegenheit, ihre gestellten Anträge zu präzisieren und sich erneut zur Sache zu äussern.

B.b Die Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom legte mit Teilverfügung vom 21. Juni 2010 betreffend Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen Folgendes fest:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die nachfolgende Dienstleistung im Zusammenhang mit Kabelkanalisationen für das Jahr 2009 zum folgenden Preis anzubieten respektive abzurechnen:

   Wiederkehrende Preise in CHF

	Einheit	Preis/Einheit [CHF]
		2009
Monatlicher Preis für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen	1 Meter	0.194

2. Ziffer 8.2.5 der Vertragsurkunde des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags Kabelkanalisationen vom 5./12. Oktober 2007 lautet wie folgt:

   Die neuen Preise werden reziprok angewendet per Datum gemäss Einigung bzw. ab dem Zeitpunkt des von der zuständigen Behörde rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise. 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 zwölf Monaten wird der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt, wobei die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden.

3. Ziffer 8.3.1 der Vertragsurkunde des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags Kabelkanalisationen vom 5./12. Oktober 2007 lautet wie folgt:

   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 zwölf Monaten wird der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt, wobei die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden.

4. Die Verfahrenskosten, bestimmt auf Fr. 17'710.--, werden im Umfang von Fr. 9'380.-- der Gesuchsgegnerin und im Umfang von Fr. 8'330. -- der Gesuchstellerin zur Bezahlung auferlegt.

C.
Gegen diese beiden Verfügungen der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom (Vorinstanz) vom 21. Juni 2010 führt die Swisscom AG (Beschwerdeführerin) mit Eingaben vom 23. August 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der jeweils letzte Satz in den Ziff. 2 und 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügungen (Anordnung einer Zinseszinsregelung) sei aufzuheben (Rechtsbegehren 1). Weiter sei Ziff. 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügungen aufzuheben. Für die Festlegung des wiederkehrenden Preises für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen seien ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen und die von ihr zu tragenden Kosten im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme der Verfahren und der Erarbeitung der angefochtenen Verfügungen seien angemessen zu reduzieren (Rechtsbegehren 2).

D.
Das Bundesverwaltungsgericht eröffnet in der Folge das Verfahren A-6019/2010, welches sich gegen die vorinstanzliche Verfügung betreffend die Bedingungen der VTA richtet, sowie das Verfahren A-6021/2010, das sich gegen die vorinstanzliche Verfügung betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen richtet.

E.
Die Vorinstanz und die Sunrise Communications AG (Beschwerdegegnerin) beantragen in ihren Stellungnahmen vom 8. und 9. November 2010 die Abweisung der Beschwerden.

F.
Mit Verfügung vom 12. November 2010 teilt der Instruktionsrichter den Parteien mit, die Verfahren A-6019/2010 und A-6021/2010 würden vereinigt und unter der Verfahrensnummer A-6019/2010 weitergeführt.

G.
In ihren Schlussbemerkungen vom 10. Januar 2011 bestätigt die Beschwerdeführerin ihre gestellten Rechtsbegehren.

H.
Auf weitere Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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 Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom ist eine eidgenössische Kommission nach Art. 33 Bst. f VGG und gehört damit zu den Vorinstanzen 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. Bei den vorliegend angefochtenen Teilverfügungen handelt es sich um Teilentscheide. Mit solchen Entscheiden befindet die Behörde abschliessend über einzelne Rechtsbegehren bzw. materielle Rechtsfragen. Teilentscheide sind anfechtbar wie Endentscheide (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.4 sowie MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren – VwVG, Zürich 2008, Rz. 4 zu Art. 46).

1.2. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als materielle Verfügungsadressatin hat die Beschwerdeführerin ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung der vorinstanzlichen Verfügungen. Sie ist zur Beschwerde legitimiert.

1.3. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtenen Verfügungen auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung und Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.
Die Beschwerdeführerin führt aus, zwischen den Parteien gälten die Bedingungen gemäss Basisangebot, wenn die Fernmeldedienstanbieterin (FDA) zu einem Dissenspunkt nicht innert drei Monaten ab Scheitern der Einigung ein Gesuch bei der zuständigen Behörde einreiche. Die Beschwerdegegnerin habe jedoch zur Aufzinsungsmethode kein Gesuch eingereicht. Diese Tatsache und das entsprechende Beweismittel habe die Vorinstanz in ihren Verfügungen nicht gewürdigt. Auch auf die Beweismittel, aus denen hervorgehe, dass die Differenzen zur Aufzinsungsmethode erst am Schluss des Verfahrens aufgetaucht seien, gehe die Vorinstanz nicht ein. Mit diesen Vorbringen und Beweismitteln habe sich die Vorinstanz nicht auseinander gesetzt, weil sich der von ihr behauptete ursprüngliche Dissens unter Würdigung dieser nicht hätte konstruieren lassen. Folglich habe sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt, was zur Aufhebung der angefochtenen Verfügungen führen müsse.

Die Vorinstanz legt dar, in den angefochtenen Verfügungen sei ausgeführt worden, dass es für die Frage, ob ein ursprünglicher Dissens vorliege, keine Rolle spiele, ob die verlangte Regelung bis anhin im Prozess ausdrücklich thematisiert worden sei oder nicht. Folglich sei es irrelevant, ob die Parteien erst zu einem späteren Zeitpunkt bemerkt hätten, dass sie sich über eine Zugangsbedingung nicht einig seien. Massgebend für die Regulierungszuständigkeit sei einzig, ob es zu einer Vereinbarung gekommen sei oder nicht. Aus den Ausführungen in den angefochtenen Verfügungen ergebe sich, dass die von der Beschwerdeführerin eingereichten Beweismittel nicht entscheidrelevant seien, womit sie nicht explizit auf diese habe eingehen müssen.

3.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist eine allgemeine Verfahrensgarantie der Bundesverfassung (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April

1999 [BV, SR 101]). Konkretisiert als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beinhaltet es die Pflicht der Behörden, die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtstellung Betroffenen auch tatsächlich zu hören, sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.103). Im Sinne eines Mittels zur entsprechenden Durchsetzung besteht u.a. der Beschwerdegrund der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG; vgl. hierzu auch Art. 12 und 33 Abs. 1 VwVG sowie zur antizipierten Beweiswürdigung BGE 131 I 153 E. 3 und MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.144).

3.2. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, ist im vorliegenden Fall der Sachverhalt erstellt, zu beurteilen sind Fragen der rechtlichen Würdigung. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin der Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung schlägt somit fehl.

4.

Einleitend ist festzuhalten, dass einzig die Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode – welche in beiden angefochtenen Verfügungen identisch im jeweils letzten Satz der Ziff. 2 und 3 des Dispositivs geregelt ist – und die Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziff. 4 der angefochtenen Verfügungen) angefochten und somit Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens sind. Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind die Ziff. 1 des Dispositivs sowie die weiteren, nicht die Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode betreffenden Anordnungen in den Ziff. 2 und 3 der angefochtenen Verfügungen (vgl. hierzu auch E. 11.1 hiernach).

5.

Die Beschwerdeführerin bringt zur Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode vor, nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 12 und 13 festgehalten habe, ein Zins für Rückzahlungen in der Höhe des 12-Monats-LIBOR zuzüglich 1.3% (LIBOR = London Interbank Offered Rate) sei rechtens und die Verfügung eines höheren als von ihr ursprünglich offerierten Preises sei unzulässig, sei klar gewesen, wie die erstinstanzlichen Verfahren bezüglich der verbleibenden Fragen, mithin bezüglich Zins für Rückzahlungen und bezüglich wiederkehrendem Preis für die

Mitbenutzung der Kabelkanalisationen, aussehen würden. Deshalb habe sie zwecks Einigung mit der Beschwerdegegnerin Kontakt aufgenommen. Hierbei habe sie erst am 25. März 2010 in Erfahrung gebracht, dass die Beschwerdegegnerin eine vorteilhaftere Aufzinsungsmethode prüfe und eine einvernehmliche Gesamtlösung für alle Zugangsformen und fraglichen Zeiträume anstrebe. Bezüglich der Aufzinsungsmethode bestünden zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin aber ungekündigte vertragliche Regelungen. Entsprechend fehle es in dieser Frage an einer Regulierungsbefugnis der Vorinstanz.

Einigten sich die Parteien vertraglich, bestehe im Fernmelderecht keine Regulierungsbefugnis der Vorinstanz. Vorliegend sei zwischen den Parteien lediglich über den Zins, mithin den LIBOR, welcher für Rückzahlungen aufgrund einer Preisverfügung gelten solle, keine Einigung zustande gekommen. Diesen Dissens hätten sie umschrieben. Hiernach beziehe sich der Dissens ausdrücklich auf die Zinsen auf Rückvergütungen (LIBOR), mithin ob der LIBOR sechs Monate gemäss dem Basisangebot rechtens sei oder sie, wie von der Beschwerdegegnerin gefordert, einen Zins von mindestens fünf Prozent schulde. Hätte auch ein Dissens bezüglich der Aufzinsungsmethode bestanden, wäre dies ausdrücklich festgehalten worden. Die Aufzinsungsmethode sei aber weder in den Vertragsverhandlungen noch im Schriftenwechsel je ein Streitpunkt zwischen den Parteien gewesen. Dies ergebe sich zweifelsfrei aus den vorliegenden und anderen Zugangsgesuchen der Beschwerdegegnerin und aus weiteren Unterlagen. Die Beschwerdegegnerin habe stets nur die Zinshöhe thematisiert und die von ihr berechneten Rückzahlungen immer kommentarlos akzeptiert. Dass keine Kapitalisierung der Zinsen vereinbart worden sei, heisse nicht, dass diese Frage zwischen den Parteien strittig geblieben sei. Somit schliesse die vertraglich vereinbarte und ungekündigte Aufzinsungsmethode die Regulierungsbefugnis der Vorinstanz aus.

Sollte der Dissens dennoch unklar sein, wäre er anhand dessen zu ermitteln, was die Beschwerdegegnerin in ihrem Zugangsgesuch anzuordnen beantragt habe und nicht anhand der Formulierung des Dissenses zu einer anderen Frage.

Weiter werde das Basisangebot zwar von ihr ausgearbeitet, der Vertrag sei jedoch das Ergebnis von Verhandlungen und müsse nicht zwingend mit dem Basisangebot übereinstimmen. Denn es werde

selbstverständlich auch über Anliegen der FDA verhandelt, die im Basisangebot nicht geregelt seien; dies sei auch aus den Ergänzungsvereinbarungen ersichtlich. Dementsprechend könne es auch zu einer Dissensvereinbarung betreffend einer Regelung kommen, die nicht Gegenstand des Basisangebots sei. Es bestehe für eine FDA somit nicht nur die Möglichkeit, das Einverständnis zum Basisangebot zu verweigern, wenn ihrem Anliegen nicht Rechnung getragen werde.

Schliesslich wäre die Regulierungsbefugnis der Vorinstanz auch dann nicht gegeben, wenn die Aufzinsungsmethode bereits bei Vertragsabschluss strittig gewesen wäre. Denn zwischen den Parteien gälten die Bedingungen gemäss Basisangebot, wenn die FDA zu einem Dissenspunkt nicht innert drei Monaten ab Scheitern der Einigung ein Gesuch bei der zuständigen Behörde einreiche. Wäre die Aufzinsungsmethode auch strittig gewesen, hätte die Beschwerdegegnerin neben ihrem Hauptbegehren das Eventualbegehren gestellt, für den Fall der Festlegung eines tieferen LIBOR-Zinses sei eine andere Aufzinsungsmethode anzuordnen. Die Beschwerdegegnerin habe jedoch zur Aufzinsungsmethode kein Gesuch eingereicht. Ein ursprünglicher Dissens sei jedoch Eintretensvoraussetzung, womit ein diesbezüglicher Antrag nicht im Verlauf des Verfahrens gestellt werden könne. Im Übrigen behaupte nicht einmal die Beschwerdegegenerin selber einen ursprünglichen Dissens.

Die erstmals am Ende der erstinstanzlichen Verfahren thematisierte Aufzinsungsmethode sei somit ein nachträglich entstandener Streitpunkt, der in die Zuständigkeit der Zivilgerichte falle. Es bestehe aber auch die Möglichkeit, dass die Beschwerdegegnerin ihr anzeige, sie sei mit einer Vereinbarung nicht mehr einverstanden und wünsche darüber Neuverhandlungen. Führten diese Verhandlungen zu keiner Einigung, könnte wiederum mit einem Gesuch an die Vorinstanz gelangt werden.

5.1. Die Vorinstanz hält dem entgegen, für ihre Zuständigkeit, eine Netzzugangsbedingung festzulegen, sei es gemäss der gesetzlichen Regelung irrelevant, ob zwischen den Parteien bezüglich der fraglichen Bedingung eine Einigung zustande gekommen sei oder nicht. Sie sei zuständig bei Streitigkeiten auf Gesuch hin die Bedingungen des Zugangs zu den Einrichtungen und Diensten einer marktbeherrschenden Anbieterin zu verfügen.

Aus dem Wortlaut der betroffenen Vertragsbestimmungen gehe nicht hervor, wie die Modalitäten der Zinsberechnung gestaltet seien. Einerseits werde die Höhe des Zinssatzes geregelt. Andererseits werde der Stichtag zur Festlegung des Basissatzes für die jeweilige Schuld festgelegt, da der festgelegte Zinssatz variabel und nicht fix sei. Weitere Modalitäten der Verzinsungen von Rückvergütungen liessen sich den Bestimmungen nicht entnehmen. Bezüglich der Zinseszinsregelung seien die Klauseln offen. Die Argumentation der Beschwerdeführerin sei somit nicht völlig aus der Luft gegriffen. Es könne aber genauso gut dahingehend argumentiert werden, aus dem Umstand, dass sich der relevante Zinssatz auf eine bestimmte Zeitdauer beziehe, ergebe sich eine Zinspflicht für aufgelaufene Zinsen. Somit habe die Beschwerdegegnerin davon ausgehen können, dass ein Zinseszins vereinbart werde, da von einem variablen Zinssatz ausgegangen werde, der an eine bestimmte Laufzeit geknüpft sei. Daran zeige sich, dass über die Zinseszinsfrage keine Vereinbarung zustande gekommen und sie folglich befugt gewesen sei, die getroffene Regelung zu verfügen.

Zudem hätten die Vertragsparteien vermerkt, dass die Beschwerdegegnerin mit den betroffenen Vertragsbestimmungen gesamthaft bzw. generell nicht einverstanden sei, während sie bezüglich einer anderen Klausel nur bezüglich eines Teilaspekts ihre Zustimmung verweigert habe.

Weiter werde das Basisangebot der Beschwerdeführerin nicht ausgehandelt, sondern von dieser einseitig formuliert. Akzeptiere die FDA die vorgesehenen Bestimmungen nicht, werde dies auf einer sogenannten Dissensliste vermerkt. Möchte die FDA eine Bestimmung in den Vertrag mit der Beschwerdeführerin aufnehmen, so könne sie nur gegenüber der vorgesehenen generellen Regelung ihr Einverständnis versagen; dies sei vorliegend – wie bezüglich sämtlicher übrigen strittigen Vertragsbestimmungen hinsichtlich Kabelkanalisationen – geschehen. Vorliegend sei es somit gar nicht möglich, dass sich ihre Zuständigkeit aus der Dissensliste ergeben habe. Vielmehr basiere diese auf den Anträgen im Zugangsverfahren. Die Beschwerdegegnerin habe denn auch innert drei Monate Zugangsgesuche hinsichtlich der Nichteinigung über die Zinsen von Rückvergütungen – und somit auch zu deren Verzinsung – gestellt.

Schliesslich habe die Vorinstanz jedes Vertragsverhältnis einzeln zu prüfen. Eine Partei müsse sich folglich nicht entgegenhalten lassen, sie

habe im Rahmen einer anderen Zugangsvereinbarung einer offerierten Lösung zugestimmt. Im Zugangsverfahren stehe es der Gesuchstellerin auch offen, ihre Anträge im Laufe des Verfahrens ganz oder teilweise zurückzunehmen oder zu ergänzen.

5.2. Die Beschwerdegegnerin führt aus, sie sei bestrebt gewesen, gewisse (weitere) Zinsmodalitäten zu klären, nachdem der Zinssatz nunmehr rechtskräftig festgestanden habe. Dieser Klärungsbedarf habe sich unweigerlich aus der dem verfügten Zinssatz inhärenten Periodizität ergeben. Die Beschwerdeführerin habe sich geweigert, gemeinsam eine weitere Fristerstreckung zu beantragen, um die initiierten Gespräche fortzuführen. In einem anderen Verfahren habe die Beschwerdeführerin jedoch die von ihr vorgeschlagene Aufzinsungsmethode inzwischen akzeptiert. Auch vorliegend bestreite die Beschwerdeführerin die Rechtmässigkeit der Aufzinsungsmethode nicht, sondern lediglich die diesbezügliche Regulierungszuständigkeit der Vorinstanz. Bereits die vorliegende Streitsache zeige jedoch, dass hinsichtlich der Zinseszinsregelung keine Einigung zwischen den Parteien bestehe. Zudem beschränke sich der festgehaltene Dissens keineswegs auf die Höhe des Zinssatzes, sondern beziehe sich offensichtlich auf sämtliche Verzinsungsmodalitäten. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut. Strittig seien die Zinsen als solche und nicht bloss der Zinssatz. Der Zins bestimme sich über den Kapitalbetrag, den Zinssatz und weitere Zinsmodalitäten wie die Aufzinsungsmethode. Auch der Klammerhinweis "LIBOR" spreche für diese Auslegung. Der LIBOR definiere sich insbesondere über die Laufzeit. Damit stelle sich unweigerlich die Frage, was nach Ablauf der Laufzeit mit dem zur Verfügung gestellten Kapital geschehe. Den fraglichen Formulierungen sei schliesslich kein einziger Hinweis zu entnehmen, der Dissens würde sich auf die Höhe des Zinssatzes beschränken. Wenn sie im erstinstanzlichen Verfahren zunächst nicht explizit eine Zinseszinsregelung verlangt habe, hänge dies mit der geforderten längerfristigen bzw. offenen Betrachtung zusammen und der vertraglich klar abgesteckte Dissens habe sich erst im Verlauf des Verfahrens ergeben.

Die geleisteten Zinszahlungen habe sie zudem nicht stets kommentarlos akzeptiert. Der Dissens habe sich immer auf die Zinsschuld als solche bezogen.

Weiter sei die Vorinstanz dann zur Regulierung zuständig, wenn sich die Parteien – wie vorliegend – über die inhaltliche Ausgestaltung der

Netzzugangsbedingungen nicht (mehr) einig seien, die Zivilgerichte demgegenüber lediglich bei Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen, mithin bei Auslegungs- und Abwicklungsfragen. Es müsse zudem den Parteien möglich sein, im ungekündigten Vertragsverhältnis Neuverhandlungen aufzunehmen. Es sei vorliegend aber ohnehin von einem ursprünglichen und vertraglich ausgewiesenen Dissens auszugehen, welcher die Zuständigkeit der Vorinstanz unbestrittenermassen begründe.

Schliesslich verlange sie in ihren Gesuchen konkret einen Zinssatz, welcher der Dauer der Kapitalentbehrung bzw. den regulatorischen Rahmenbedingungen gerecht werde. Ihre Gesuchsbegehren deckten somit auch die Frage nach der Aufzinsungsmethode ab.

6.

Nach Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen unter anderem durch den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Bst. a) und durch den Zugang zu den Kabelkanalisationen, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen (Bst. b), 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 gemäss Art. 11a FMG die Kommission diese auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamts. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheids auf konkurrierende Einrichtungen.

Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus Verfügungen über den Zugang werden jedoch entsprechend Art. 11b FMG durch die Zivilgerichte beurteilt.

Gemäss Art. 58 Abs. 1 und 63 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) veröffentlicht die marktbeherrschende Anbieterin in ihrem Basisangebot die technischen und kommerziellen Bedingungen für den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie für den Zugang zu den Kabelkanalisationen.

Die Zugangsvereinbarungen bedürfen gemäss Art. 64 FDV der Schriftform und umfassen mindestens die allgemeinen kommerziellen Bedingungen (Bst. a), eine Beschreibung der Zugangsdienstleistungen (Bst. b), die technischen Spezifikationen dieser Dienstleistungen (Bst. c) sowie die Bedingungen für die Inbetriebnahme, den Betrieb und die Ausserbetriebsetzung des Zugangs (Bst. d).

Das Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung umfasst nach Art. 70 Abs. 1 FDV insbesondere die Anträge (Bst. a), die wesentlichen Tatsachen (Bst. b) sowie das vom BAKOM bereitgestellte Formular, wenn das Gesuch durch die marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin begründet ist und diese die marktbeherrschende Stellung bestreitet (Bst. c).

7.

Die Fernmeldedienstanbieterinnen können gemäss Art. 11a an die Vorinstanz gelangen, wenn sie sich innert drei Monaten über die Zugangsbedingungen nicht einigen konnten. Diese Regelung ist gemäss der Botschaft zum revidierten FMG vom 10. Juni 1996 (BBl 1996 1405) und der Botschaft zur Änderung des FMG vom 12. November 2003 (BBl 2003 7951) dahingehend zu verstehen, dass staatliches Handeln subsidiär sein, d.h. nur dann erfolgen soll, wenn vertraglich keine Lösung gefunden werde (BBl 1996 1419) bzw. dass die Vorinstanz Streitfälle der Fernmeldedienstanbieterinnen betreffend Vertragsabschlüsse im Bereich des Zugangs beilegen könne (BBl 2003 7970). Auch der Erläuterungsbericht zur FDV vom 9. März 2007 (Erläuterungsbericht) bezieht sich bei Art. 70 auf die Regelung der streitigen Verhandlungspunkte, mithin auf jene Punkte, über die keine Einigung erzielt und somit kein Vertrag abgeschlossen werden konnte. Schliesslich ist ebenso Ziff. 2 der Ergänzungen zu den Verträgen VTA und Kabelkanalisationen vom 15./16. August 2007 und 5./12. Oktober 2007 (Beschwerdebeilagen 7 und 9, nachfolgend: Ergänzungen) zu entnehmen, es obliege der Fernmeldedienstanbieterin, bei der zuständigen Behörde ein Gesuch um Verfügung der (strittigen) Bedingungen einzureichen und wenn sie nicht innert drei Monaten ab Scheitern der Einigung (Vertragsunterzeichnung) zum jeweiligen Punkt ein Gesuch bei dieser einreiche, so falle die entsprechende Ergänzung zum Vertrag im jeweiligen Punkt ersatzlos dahin.

Dementsprechend kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz nur im Falle der Nichteinigung der Verhandlungsparteien über die strittigen

Punkte des Netzzugangs entscheidet bzw. dass die Vorinstanz als Regulierungsbehörde nur dann zuständig ist, über die Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode zu befinden, wenn hierüber die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin als Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu keinem Konsens gelangen konnten und die Beschwerdegegnerin anschliessend innert drei Monaten mit einem Gesuch um Klärung dieses Streitpunkts – zu welchem Dissens erklärt worden ist – an die Vorinstanz gelangt ist (vgl. auch MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz. 340). Mit anderen Worten ist die Vorinstanz nur dann berechtigt, über die Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode zu befinden, wenn es sich hierbei um einen ursprünglichen Dissens handelt. Nur insoweit liegt eine Streitigkeit *über den Zugang* vor.

Wenn jedoch hinsichtlich einer Zugangsbedingung im Rahmen der Vertragsverhandlungen ein Konsens erzielt werden konnte, sich aber zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass über die Auslegung oder die Durchsetzung dieser Bestimmung zwischen den Vertragsparteien Uneinigkeit herrscht, sind die Zivilgerichte zuständig, da es sich diesfalls um eine Streitigkeiten *aus dem Vertrag über den Zugang* handelt (vgl. Art. 11a und 11b FMG, E. 6 hiervor sowie AMGWERD, a.a.O, Rz. 458 mit Hinweisen).

Schliesslich besteht auch die Möglichkeit, eine Zugangsvereinbarung als Ganzes oder lediglich in einzelnen Punkten zu ändern, wenn eine oder beide Vertragsparteien mit der einmal getroffenen Regelung nicht mehr einverstanden ist bzw. sind (vgl. hierzu auch Art. 66 Abs. 2 und 67 FDV).

8.

Bei den vorliegend betroffenen Verträgen VTA vom 15./16. August 2007 (Beschwerdebeilage 4 im Dossier A-6019/2010, nachfolgend: Vertrag VTA) und Kabelkanalisationen vom 5./12. Oktober 2007 (Beschwerdebeilage 4 im Dossier A-6021/2010, nachfolgend: Vertrag Kabelkanalisationen) inkl. den dazugehörigen Ergänzungen handelt es sich um Zugangsvereinbarungen. Sie basieren auf Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 58, 63 und 64 FDV. Die Beschwerdeführerin als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten ist von Gesetzes wegen verpflichtet, der Beschwerdegegnerin Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten zu gewähren und mit ihr hierüber eine Zugangsvereinbarung abzuschliessen.

8.1. Die Verträge VTA und Kabelkanalisationen enthalten unter anderem je eine identische Regelung zur Preisanpassung (Ziff. 8.2.5) und je eine Bestimmung zur Drittwirkung (Ziff. 8.3.1; vgl. Sachverhalt Bst. A.b und B.b).

8.2. Mit den Ergänzungen änderten die Vertragsparteien einzelne Bestimmungen der Hauptverträge und hielten die Dissenspunkte fest, mithin jene Punkte, bei denen zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Verträge VTA und Kabelkanalisationen sowie der Ergänzungen die Einigung gescheitert war (vgl. Ziff. 2 der Ergänzungen). Ein Dissens wurde unter anderem in nachstehendem Punkt wie folgt festgehalten:

Zinsen auf Rückvergütungen (LIBOR)

Swisscom Fixnet Basisangebot Verrechnung Teilnehmeranschluss bzw. Kabelkanalisation FMG

Vertragsurkunde Ziffern 8.2.5 und 8.3.1, Version 1.0 vom 1.4.2007

9.

Entsprechend dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010, welches den Zins für Rückvergütungen zu prüfen hatte, hat die Vorinstanz diesen auf dem Basissatz CHF LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1.3 % festgelegt; dies wird von den Parteien anerkannt. Darüber hinaus hat die Vorinstanz mit der Regelung "nach Ablauf von jeweils zwölf Monaten wird der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt, wobei die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden" zusätzlich eine Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode eingeführt.

Vorliegend ist umstritten, ob sich der in den Ergänzungen festgehaltene Dissens bezüglich den Vertrags-Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 auch auf die Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode bezieht oder lediglich auf die Zinshöhe für Rückvergütungen. Die Parteien sind sich mithin uneinig, ob hinsichtlich der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode ursprünglicher Dissens vorliegt – d.h. sie waren sich über diese bereits bei Vertragsschluss nicht einig – und folglich die Vorinstanz zur Regulierung dieses Streitpunkts zuständig war oder ob über diesen Punkt erst zu einem späteren Zeitpunkt Uneinigkeit aufgekommen ist (vgl. hierzu auch E. 7 hiervor).

Im Folgenden ist daher durch Auslegung der Verträge VTA und Kabelkanalisationen und der dazugehörigen Ergänzungen sowie allenfalls anschliessender Lückenfüllung zu ermitteln, ob die Vorinstanz zur Anordnung dieser Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode tatsächlich befugt gewesen ist, mithin ob hinsichtlich der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode von einem ursprünglichen Dissens der Vertragsparteien auszugehen ist (zur Auslegung verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Verträge vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1052 ff.; BGE 132 II 161 E. 3.1; BGE 105 Ia 207 E. 2c; BGE 99 Ib 115 E. 3b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-160/2010 vom 11. Februar 2011 E. 6.1 sowie E. 10 hiernach).

10.
Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung ist, den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, den sie ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, festzustellen. Soweit dieser tatsächliche Wille der Vertragsparteien nicht nachgewiesen ist, ist durch objektive Auslegung der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Die Verträge sind hierbei nach den Regeln von Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) auszulegen. Das bedeutet, dass einer Willensäusserung der Sinn zu geben ist, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte und beilegen musste (Urteil des Bundesgerichts 1C_450/2009 vom 25. Januar 2010 E. 2.4.2). Das Bundesverwaltungsgericht hat demnach das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen gewollt haben würden (vgl. hierzu INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, Rz. 33.02; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – Band I, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz. 1200 ff., insbesondere auch Rz. 1224 ff.).

Bei der Auslegung eines Vertrags ist primär von seinem Wortlaut auszugehen. Anderen Umständen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kommt die Bedeutung ergänzender Auslegungsmittel zu, soweit sie dazu dienen können, den wirklichen oder – in Anwendung des Vertrauensprinzips – zumindest den mutmasslichen Willen der Parteien zu ermitteln (vgl. zum entsprechenden "Vorrang des Wortlauts" bei der Vertragsauslegung SCHWENZER, a.a.O., Rz. 33.04 sowie GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 1205). Der Auslegende darf jedoch nicht beim buchstäblichen Sinn der verwendeten Worte haften bleiben, sondern hat den wirklichen – zumindest aber den mutmasslichen (objektivierten) – Willen der Parteien zu erforschen. Eine rein "grammatikalische" oder "formalistische" Auslegung ist unzulässig (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 1228). Bei den ergänzenden Auslegungsmitteln handelt es sich insbesondere um die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, wie um Ort, Zeit und andere Begleitumstände sowie das Verhalten und die Interessenlage der Parteien (GAUCH/ SCHLUEP, a.a.O., Rz. 1212 ff.).

Von einer ergänzungsbedürftigen Vertragslücke ist schliesslich auszugehen, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben und das Gesetz nicht

mit einer zwingenden Norm eingreift (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 1248; SCHWENZER, a.a.O., Rz. 34.04).

11.
Einleitend ist festzuhalten, dass der Zins auf Rückzahlungen eine Nebenbedingung der VTA und des Zugangs zu den Kabelkanalisationen ist und von den Parteien im Rahmen der Zugangsverhandlungen einvernehmlich festgelegt werden kann (in diesem Sinne auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 12.3.2).

11.1. Vorliegend erwähnen weder die Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 der Verträge VTA und Kabelkanalisationen – welche die Zinsen auf Rückzahlungen regeln – noch die Ergänzungen explizit eine Zinseszinsregelung bzw. eine Aufzinsungsmethode – dies wird auch von den Parteien anerkannt. Weiter kann festgehalten werden, dass die Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 nicht lediglich die Zinsen auf Rückvergütungen regeln (vgl. E. 8.1 hiervor) und dass sich der erklärte Dissens gemäss seiner hervorgehobenen Bezeichnung "Zinsen auf Rückvergütungen (LIBOR)" – welche als Titel zu verstehen ist –nicht auf die gesamten Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 bezieht. Er umfasst mithin weder die Regelung, dass die neuen Preise reziprok angewendet werden per Datum gemäss Einigung bzw. ab dem Zeitpunkt des von der zuständigen Behörde rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise (Ziff. 8.2.5) noch jene, dass die Dienstleistungen reziprok erbracht resp. abgerechnet werden zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren (Ziff. 8.3.1). Vielmehr findet schon hier dahingehend eine Begrenzung des Dissenses statt, als er sich nur auf einen Teilaspekt der Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 bezieht, d.h. auf die Zinsen auf Rückvergütungen (LIBOR).

11.2. Dem Wortlaut von Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 der Verträge VTA und Kabelkanalisationen ist lediglich die Höhe des Zinssatzes, mithin "Basissatz CHF LIBOR sechs Monate" und der Stichtag zur Festlegung des Basissatzes zu entnehmen. Weitere Modalitäten der Verzinsung von Rückvergütungen lassen sich den Bestimmungen nicht entnehmen. Dementsprechend räumt auch die Vorinstanz ein, es sei nicht völlig aus der Luft gegriffen, davon auszugehen, eine Aufzinsungsmethode sei nicht vorgesehen. Sie ist jedoch der Ansicht, es könne genauso gut dahingehend argumentiert werden, aus dem Umstand, dass sich der relevante Zinssatz auf eine bestimmte Zeitdauer beziehe, ergebe sich

eine Zinspflicht für aufgelaufene Zinsen. Dem ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten:

11.3. Dissens hinsichtlich des Zinses für Rückvergütungen bedeutet nicht automatisch auch Dissens hinsichtlich der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode. Denn Zins bedeutet Ertrag. Unter Zins ist ein in Prozenten ausgedrückter Betrag zu verstehen, den jemand für seine Einlagen erhält oder den er für zeitweilig ausgeliehenes Geld bezahlen muss. Mit anderen Worten ist Zins das Entgelt für ein über einen bestimmten Zeitraum zur Nutzung überlassenes Sachgut oder Finanzinstrument (Geld), das der Empfangende (Schuldner) dem Überlasser (Gläubiger) zahlt. Der Zinssatz, auch Zinsfuss, ist der in Prozent ausgedrückte Preis für geliehenes Kapital, also der Zins als Prozentangabe. Zinseszins ist hingegen die Mitverzinsung desjenigen Zinses, der auf die Schuld aufgeschlagen wird. Als Zinseszins wird somit die Berechnung von Zinsen auf Kapital und bereits kapitalisierte (dem Kapital zugeschriebene) Zinsen vergangener Berechnungsperioden verstanden. Erforderlich ist somit, dass dem Kapital bereits fällige Zinsen zugeschlagen (kapitalisiert) wurden, sodass die neue Berechnungsgrundlage von Kapital und kapitalisierten Zinsen ausgeht (vgl. hierzu Duden – Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2002, S. 1077; http://de.wikipedia .org/wiki/Zins; http://de.wikipedia.org/wiki/Zinssatz und http://de.wikipedia. org/wiki/Zinseszins). Demensprechend bestimmt sich der Zins entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin nicht automatisch auch über die Aufzinsungsmethode. Vielmehr handelt es sich hierbei um verschiedene Begriffe, wobei Zinsen nicht per se Zinseszinsen beinhalten bzw. nach sich ziehen müssen.

11.4. Hinzu kommt, dass hinsichtlich des Inhalts der Zugangsvereinbarungen ein hoher Detaillierungsgrad gefordert ist (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 359 sowie Art. 64 FDV). Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin beabsichtigten denn auch, mittels der Verträge VTA und Kabelkanalisationen die allgemeinen Voraussetzungen, die Rahmenbedingungen sowie die Grundzüge des Basisangebots im Zusammenhang mit der VTA und dem Zugang zu Kabelkanalisationen zu regeln (vgl. Ziff. 1.1 der Verträge VTA und Kabelkanalisationen). Sind sämtliche Voraussetzungen erfüllt, gewährt die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin die VTA bzw. ein Zugangs- und Mitbenutzungsrecht der nachgefragten Kabelkanalisations-Teilstrecken (vgl. Ziff. 1.2 der Verträge VTA und Kabelkanalisationen).

Bereits aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die Parteien bezweckten, mit den Verträgen VTA und Kabelkanalisationen die Zugangsbedingungen ausführlich und detailliert festzuhalten. Den Verträgen ist in den Ziff. 1 bis 12 denn auch eine gründliche und umfassende Regelung des Vertragsgegenstands (Ziff. 1 ff.), der Vertragsbestandteile (Ziff. 2 ff.), der allgemeinen Bestimmungen (Ziff. 3 ff.), der allgemeinen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen des Basisangebots (Ziff. 4 ff.), des Basisangebots bzw. der Leistungen der Beschwerdeführerin (Ziff. 5 ff.), der Leistungen und Pflichten der Beschwerdegegnerin (Ziff. 6 ff.), der Preise und Konditionen (Ziff. 7 ff.), der Anpassungen des Vertrags (Ziff. 8 ff.), der besonderen Bestimmungen (Ziff. 9 f.), der Dauer und der ordentlichen Beendigung des Vertrags (Ziff. 10 ff.), des Gerichtsstands und des anwendbaren Rechts (Ziff. 11 ff.) sowie des Inkrafttretens und der Ausfertigung (Ziff. 12 ff.) zu entnehmen.

Die Ergänzungen bezwecken, die Änderungen der Verträge VTA und Kabelkanalisationen festzuhalten und zum Ausdruck zu bringen, in welchen Punkten im Rahmen der Vertragsverhandlungen keine Einigung erzielt werden konnte. So wird denn auch zum einen in Ziff. 1 festgehalten, die Parteien einigten sich, die Verträge wie in den folgenden Ziff. 1.1 ff. zu ändern. Zum andern führt Ziff. 2 aus, bei den aufgeführten Dissenspunkten sei die Einigung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Verträge VTA und Kabelkanalisationen und der vorliegenden Ergänzungen gescheitert. Die Parteien seien sich einig, dass in diesen genannten Punkten die Vertragsunterzeichnung offen bleibe. Werden die Ergänzungen gesamthaft betrachtet, fällt auf, dass auch hier detailliert aufgeführt und klar definiert wird, wie eine einzelne Ziffer oder auch nur ein einzelner Satz oder ein einzelnes Wort ersetzt wird.

11.4.1. Aus Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 58, 63 und 64 FDV (vgl. E. 6 hiervor) ergibt sich, dass der Abschluss der Verträge VTA und Kabelkanalisationen inkl. der dazugehörigen Ergänzungen zum einen gesetzlich vorgeschrieben war (vgl. auch E. 8 hiervor). Zum anderen sind die Verträge VTA und Kabelkanalisationen und deren Ergänzungen auch Ausdruck der Tatsache, dass die Zugangsregelung ein komplexes und regelungsbedürftiges Gebilde ist, welches sowohl auf der Seite der Beschwerdeführerin wie auch auf jener der Beschwerdegegnerin Rechte und Pflichten generiert sowie in verschiedener Hinsicht Kosten verursacht, welche durch die Vertragsparteien zu tragen bzw. zu regeln und aufzuteilen sind.

Die Akten beinhalten kein Verhandlungsprotokoll. Bei Reglungsgegenständen in der Grössenordnung der vorliegenden ist aber davon auszugehen, dass die beteiligten Parteien sich eingehend mit der Frage beschäftigen, welche Kosten auf sie zukommen werden. Dass Parteien in dieser Situation nicht bloss – wie in Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 der Verträge VTA und Kabelkanalisationen geschehen – die Verzinsung eventueller Rück- oder Nachzahlungskosten berücksichtigen und regeln, sondern auch die Möglichkeit einer allfälliger Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode bedenken und sich fragen, wie damit umzugehen sei, erscheint nachvollziehbar. Dass erfahrene Vertragsparteien wie die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin bei den vorliegend betroffenen Zugangsvereinbarungen lediglich die Zinsen, aber nicht die möglichen Zinseszinsen berücksichtigt haben, ist kaum anzunehmen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie nicht nur Dissens hinsichtlich "Zinsen auf Rückvergütungen (LIBOR) – Swisscom Fixnet Basisangebot" festgehalten, sondern ausdrücklich Dissens hinsichtlich Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode erklärt bzw. dahingehend konkretisiert und ergänzt hätten, dass die Beschwerdegegnerin eine solche Regelung wünscht, wenn sie sich anlässlich ihrer Vertragsverhandlungen nicht einig darüber gewesen wären, ob solche zu leisten sind oder nicht. Dies insbesondere, da eine solche Regelung in den Verträgen VTA und Kabelkanalisation nicht erwähnt ist und wie dargelegt (vgl. E. 11.2.1 hiervor) von den Vertragsparteien eine umfassende Zugangsregelung angestrebt wurde.

11.5. Darüber hinaus ist aus den Akten nicht ersichtlich, dass die Zinseszinsregelung bzw. die Aufzinsungsmethode bereits im Rahmen des Vertragsabschlusses bzw. der Vertragsverhandlungen strittig und ein Thema gewesen ist, mithin hierüber Dissens bestanden hat. Zum einen ist, wie erwähnt, kein diesbezügliches Verhandlungsprotokoll vorhanden. Zum anderen hat die Beschwerdegegnerin die erstinstanzlichen Verfahren durch die Einreichung zweier Gesuche um Erlass einer Zugangsverfügung initiiert (vgl. Sachverhalt Bst. A und B). Im Zusammenhang mit den Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 der Verträge VTA und Kabelkanalisationen stellte sie hierbei das identische Rechtsbegehren, es sei der Zins für Rück- und Nachzahlungen im Zusammenhang mit der VTA bzw. aus dem Vertrag Kabelkanalisationen auf mindestens fünf Prozent festzulegen (vgl. Beschwerdebeilagen 3, S. 2). Zu diesen Begehren führte sie aus, weshalb ein Zinssatz von mindestens fünf Prozent aus ihrer Sicht angezeigt ist. Hierbei verlangte oder erwähnte sie aber an keiner Stelle eine Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode.

Vielmehr führte sie lediglich aus, der LIBOR sei zu tief angesetzt und somit vorliegend nicht geeignet, weshalb sie einen höheren Zinssatz, mithin einen solchen von mindestens fünf Prozent, beantrage (vgl. Beschwerdebeilagen 3, S. 12 ff. bzw. 14 ff.). Unter Berücksichtigung von Art. 70 FDV, welcher vorsieht, dass das Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung die Anträge und die wesentlichen Tatsachen erhalten muss (vgl. E. 6 hiervor), wäre von der Beschwerdeführerin jedoch zu erwarten gewesen, dass sie die anbegehrte Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode wenigstens erwähnt. In diesem Sinne führt zum einen auch das BAKOM als erstinstanzliche Instruktionsbehörde aus, es sei wichtig, dass es sich von Beginn weg einen vollständigen Überblick über die relevanten Tatsachen und die strittigen Rechtsfragen verschaffen könne. Ein alle wesentlichen Tatsachen aufführendes, gut begründetes und mit Sorgfalt redigiertes Gesuch leiste zur Erreichung dieses Zieles einen grossen Beitrag. Die Anträge seien folglich nach Möglichkeit derart zu formulieren, dass sie ihrer Struktur und ihrem Detaillierungsgrad nach in einem späteren materiellen Entscheid direkt in das Verfügungsdispositiv aufgenommen werden könnten (http://www.bakom.admin.ch/themen/telekom/00461/00890/index.html?lang=de;vgl. auch AMGWERD, a.a.O., Rz. 402). Zum anderen hält auch der Erläuterungsbericht unter Art. 70 fest, die Gesuchstellerin müsse genau angeben, in welchem Sinne die Vorinstanz die streitigen Verhandlungspunkte regeln solle. Die Beschwerdegegnerin erklärt denn auch selber, sie habe im erstinstanzlichen Verfahren zunächst nicht explizit eine Zinseszinsregelung verlangt und der diesbezügliche Dissens habe sich erst im Verlauf des Verfahrens ergeben. Daraus ergibt sich, dass die Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode während der Vertragsverhandlungen kein Thema gewesen ist bzw. dass die vorliegend betroffene Dissenserklärung diesen Aspekt nicht bereits beinhaltet.

11.6. Ferner sind keine weiteren Beweismittel vorhanden, aus denen ersichtlich wäre, dass die Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode im Rahmen der Vertragsverhandlungen strittig war bzw. dass von der Beschwerdegegnerin nicht bloss ein höherer Zins gefordert worden ist. Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin aus der Zeit der Vertragsverhandlungen, mithin aus dem Jahr 2007, befindet sich keine bei den Akten. Die Korrespondenz im Anschluss an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 fällt zwar nicht in den vorliegend relevanten Zeitraum der Vertragsverhandlungen. Doch ist in dieser Korrespondenz (Beschwerdebeilage 5 bzw. 7 und 9 bzw. 11) stets lediglich vom Zinssatz,

dem Zins und der Zinsvergütung und nie von einem Zinseszins bzw. einer Aufzinsung die Rede (vgl. hierzu auch deren hiervor wiedergegebene Bedeutung). Dass die Beschwerdegegnerin nicht nur einen höheren Zins, sondern auch eine Aufzinsungsmethode anstrebt, ist erst aus dem E-mail-Verkehr zwischen der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin und dem BAKOM vom 25. März 2010 (Beschwerdebeilage 6 bzw. 8) ersichtlich. Damit die Vorinstanz jedoch zur Beurteilung der Zinseszinsregelung bzw. der Aufzinsungsmethode zuständig ist, bedarf es eines ursprünglichen Dissenses hinsichtlich dieses Punktes. Dass sich erst während des vorinstanzlichen Verfahrens herausgestellt hat, dass sich die Vertragsparteien hinsichtlich dieses Punktes nicht (mehr) einig sind, vermag für die Begründung der vorinstanzlichen Zuständigkeit nicht zu genügen (vgl. hierzu E. 7 hiervor).

11.7. Werden ausserdem weitere Dissenserklärungen (Dissens zu Ziff. 4.4.2 des Vertrags Kabelkanalisationen sowie Beschwerdebeilage 10 bzw. 12) betrachtet, fällt auf, dass neben der fettgedruckten Überschrift stets zuerst auf das Basisangebot der Beschwerdeführerin im betroffenen Gebiet hingewiesen wird, mithin "Swisscom Fixnet Basisangebot VTA", "Swisscom Fixnet Basisangebot Kabelkanalisation" oder "Swisscom Fixnet Basisangebot Kollokation FDV". Anschliessend wird mit "Vertragsurkunde …, Version …" die entsprechende Ziffer des betroffenen Vertrags wiedergegeben. Dass nun bei der Dissenserklärung zu Ziff. 4.4.2 des Vertrags Kabelkanalisationen – welche auch von der Vorinstanz herangezogenen worden ist – in einer weiteren Zeile konkretisiert wird, womit die Beschwerdegegnerin nicht einverstanden ist, vermag am bereits Ausgeführten nichts zu ändern. Denn in dieser Erklärung wird einzig der Titel, zwar mit anderen Worten, aber doch inhaltlich identisch, wiederholt. Sowohl der Titel wie auch die Konkretisierung beziehen sich eindeutig auf die zeitliche Beschränkung.

11.8. Überdies wird das Basisangebot zwar von der Beschwerdeführerin ausgearbeitet (vgl. auch Art. 58 Abs. 1 und 63 Abs. 1 FDV). Ob dieses Basisangebot aber tatsächlich mit dem entsprechenden Vertrag identisch ist oder ob in diesen Vertrag auch Anregungen und Wünsche der Beschwerdegegenerin einfliessen können, wenn darüber Einigkeit herrscht, kann offen gelassen werden. Denn unbestritten ist, dass die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen bzw. Vertragsunterzeichnung zum Ausdruck bringen darf, ja sogar muss, womit sie nicht einverstanden ist bzw. welche Ergänzungen sie begehrt. Ist die Beschwerdeführerin mit diesen einverstanden, finden sie

spätestens in den Ergänzungen unter den Ziff. 1 ff. mit dem Haupttitel "Einigung" Eingang. Kann bzw. will die Beschwerdeführerin diese nicht annehmen, herrscht hierüber Dissens, welcher in den Ergänzungen unter der Ziff. 2 mit dem Titel "Dissens" festzuhalten ist. Folglich ist es durchaus möglich, dass es zu einer Dissensvereinbarung betreffend einer Regelung kommt, die nicht Gegenstand des Basisangebots bzw. des Vertrags ist. Dies war denn auch der Fall in den Ergänzung zum Vertrag VTA, Dissens 3, S. 5.

11.9. Die Parteien haben schliesslich in ihrem Vertrag nicht einen Nebenpunkt offen gelassen, der notwendigerweise der Regelung bedurft hätte. Die Verträge VTA und Kabelkanalisationen und die dazugehörigen Ergänzungen bilden auch ohne diesen Punkt ein stimmiges Ganzes und sind somit nicht lückenhaft. Auch kann aufgrund des bereits Dargelegten (vgl. E. 11.3 ff. hiervor) davon ausgegangen werden, dass all jene Punkte, die nicht vom Vertragsinhalt erfasst werden, von den Parteien nicht gewollt sind. Folglich ist nicht von einer (ergänzungsbedürftigen) Vertragslücke auszugehen (zur Lückenfüllung vgl. E. 10 hiervor). Denn eine Vertragsergänzung ist nur möglich, wenn zwischen den Vertragsparteien ein Punkt, der vertraglicher Regelung bedurft hätte, in dem von ihnen geschlossenen Vertrag nicht geregelt ist. Eine Vertragsergänzung ist ausgeschlossen, wenn die Parteien bewusst keine Regel getroffen haben (qualifiziertes Schweigen). Zudem darf der Richter einen Vertrag nur mit Zurückhaltung ergänzen (vgl. OLIVIER CHAPUIS, Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel?, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2005, S. 657).

11.10. Aufgrund vorstehender Erwägungen ist demnach festzuhalten, dass es nicht angeht, die Verträge VTA und Kabelkanalisationen sowie die dazugehörigen Ergänzungen dahingehend auszulegen oder zu ergänzen, dass über eine allfällige Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode im Rahmen der Vertragsverhandlungen kein Konsens gefunden werden konnte und hinsichtlich dieses Punkts Dissens erklärt worden ist. Dementsprechend ist hinsichtlich der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode nicht von einem ursprünglichen, sondern von einem nachträgliche Dissens auszugehen. Die Vorinstanz war zur Beurteilung dieser Frage folglich nicht befugt.

Die Beschwerden der Beschwerdeführerin sind daher in diesem Punkt gutzuheissen und der jeweils letzte Satz der Ziff. 2 und 3 des Dispositivs

der angefochtenen Verfügungen (Anordnung einer Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode) ist aufzuheben.

Der Vollständigkeit halber wird jedoch darauf hingewiesen, dass hiermit nichts über die eigentliche Zulässigkeit einer Zinseszinsregelung bzw. einer Aufzinsungsmethode ausgesagt ist. Es steht den Parteien somit offen, entweder mit dieser Problematik an die Zivilgerichte zu gelangen – sollten die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sein – oder aber im ungekündigten Vertragsverhältnis hierüber Neuverhandlungen aufzunehmen und, wenn diese zu keiner Einigung führen sollten, wiederum mit einem Gesuch an die Vorinstanz zu gelangen.

12.
Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, für die trotz fehlender Regulierungszuständigkeit der Vorinstanz verfügte Ergänzung der Ziff. 8.2.5 und 8.3.1 der Verträge VTA und Kabelkanalisationen dürften ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden.

Weiter bestehe keine gesetzliche Grundlage oder Rechtsprechung, die es erlauben würde, der obsiegenden Partei jenseits der Vorgaben von Art. 63 Abs. 3 VwVG die Verfahrenskosten ganz oder teilweise aufzuerlegen.

Auch werde beim verbleibenden Stundenaufwand nicht berücksichtigt, dass die angefochtenen Verfügungen nur nötig gewesen seien, weil die Beschwerdegegnerin für eine einvernehmliche Regelung trotz klarem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht Hand geboten habe. Entsprechend habe sie einen kleineren Teil des verbleibenden Stundenaufwands zu tragen als die Beschwerdegegnerin. Zudem stehe die vorinstanzliche Regelung der Verfahrenskosten im Verfahren betreffend VTA in Widerspruch zur Kostenregelung im Verfahren betreffend Kabelkanalisationen, wo die nach Wiederaufnahme des Verfahrens entstandenen Kosten der Beschwerdegegenerin zu einem Drittel und ihr zu zwei Dritteln auferlegt worden seien. Dies sei aber im Übrigen auch nicht rechtmässig.

Schliesslich sei sie im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Kabelkanalisationen mit ihrem Antrag bezüglich des wiederkehrenden Preises vollständig durchgedrungen und gelte somit als obsiegend. Sie habe im erstinstanzlichen Verfahren nicht zunächst einen höheren als den verfügten Preis verlangt. Ihr seien in dieser Hinsicht folglich keine

Verfahrenskosten aufzuerlegen. Ein Abweichen vom Unterliegerprinzip sei nicht angezeigt. Denn die von der Vorinstanz als Argument vorgebrachte Informations-asymmetrie könnte nur dann beseitigt werden, wenn sie keine Geschäftsgeheimnisse geltend machen würde und ihr Kostenmodell COSMOS auch den zugangsberechtigten FDA zur Verfügung stellen würde. Die Berufung auf Geschäftsgeheimnisse sei aber gesetzlich ausdrücklich vorgesehen. Zudem bestehe keine Pflicht zur Aushändigung ihres Kostenmodells und verletze sie das Transparentgebot nicht bzw. halte sie die Kostenorientierung ein. Einzig eine Verletzung von Verfahrenspflichten würde eine Kostenauferlegung an sie rechtfertigen, was aber vorliegend nicht der Fall sei und auch von der Vorinstanz nicht behauptet werde. Hätte die Vorinstanz davon absehen wollen, der Beschwerdegegnerin die gesamten Kosten aufzuerlegen, hätte sie einen Kostenerlass prüfen und anschliessend verneinen müssen.

12.1. Die Vorinstanz ist der Ansicht, der geltend gemachte Stundenaufwand sei nicht derart hoch, dass der entstandene Gesamtaufwand in einer detaillierten Begründung hätte ausgewiesen werden müssen.

Weiter seien im Verfahren betreffend VTA die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin auferlegt worden, weil sie hinsichtlich der verfügten Zinseszinsregelung vollständig unterliege und weiterer Verfahrensaufwand nicht entstanden sei. Im Verfahren betreffend Kabelkanalisationen sei dagegen auch zu entscheiden gewesen, wer die Verfahrenskosten hinsichtlich des monatlich wiederkehrenden Preises für Kabelkanalisationen 2009 zu tragen habe. Bei der Kostenverlegung sei schliesslich nicht zu berücksichtigen, dass es zu keiner Einigung zwischen den Parteien gekommen sei. Denn für die Festlegung der Zinshöhe seien keine Verfahrenskosten erhoben worden.

Für die Verlegung der Verfahrenskosten bezüglich des monatlich wiederkehrenden Preises 2009 sei sie vom Unterliegerprinzip ausgegangen. Ein reines Abstellen auf das Resultat der Überprüfung des Kostennachweises werde jedoch den Besonderheiten des Netzzugangsverfahrens nicht vollständig gerecht. Insbesondere herrsche zwischen den Parteien ein Ungleichgewicht hinsichtlich Informationen über das Zustandekommen der angebotenen Preise. Die Beschwerdeführerin veröffentliche zwar seit dem Jahr 2009 eine Modellbeschreibung und einen Kenngrössenbericht zur Preisberechnung.

Den potentiellen um Zugang ersuchenden Anbieterinnen seien jedoch die Mittel zur Kostenberechnung nur teilweise bekannt. Sie verfügten weder über das Kostenmodell, noch seien ihnen sämtliche Inputparameter bekannt. Unter diesen Bedingungen sei es für sie schwierig, abzuschätzen, ob sie die Kostenorientiertheit eines Preises erfolgreich anfechten können oder nicht. Dieses Ungleichgewicht hinsichtlich Information über das Zustandekommen der angebotenen Preise rechtfertige es, eine differenzierte Regelung zur Kostentragung anzuwenden. Es liege denn auch weitgehend in der Macht der Beschwerdeführerin, durch die Konzeption des Kostennachweises und die Wahl der Inputparameter mehr oder weniger Transparenz zu schaffen. Es sei zudem durchaus denkbar, dass die Beschwerdeführerin trotz berechtigter Geschäftsgeheimnisse ihrem Kostennachweis eine Transparenz verleihen könne, die dazu führe, dass sie kein Verfahrenskostenrisiko trage. Die angefochtene Verfügung halte denn auch nicht fest, bereits die kleinste Intransparenz würde zu einer grundsätzlichen Kostenauferlegung an die Beschwerdeführerin führen.

12.2. Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Vorinstanz sei zuständig, die Zinseszinsregelung zu verfügen, weshalb die Beschwerdeführerin – eigentlich auch im Verfahren betreffend Kabelkanalisationsanlagen – als vollständig unterliegende Partei gelten müsse. Auch sei es nicht sie, sondern die Beschwerdeführerin, die eine einvernehmliche vertragliche Regelung der Zinseszinsregelung abgelehnt habe.

Auch hinsichtlich des monatlich wiederkehrenden Preises gelte die Beschwerdeführerin nicht als vollständig obsiegend. Denn im erstinstanzlichen Verfahren habe sie zuerst einen höheren als den verfügten Preis verlangt. Wer sein Rechtsbegehren im Verlaufe des Verfahrens anpasse bzw. reduziere und deshalb obsiege, könne nicht mehr als vollumfänglich obsiegend gelten. Massgebend für die Frage des Obsiegens und Unterliegens sei zudem auch, welche Korrekturen von der Behörde vorgenommen würden. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin die gesetzlich geforderte Transparenz nicht vollumfänglich hergestellt.

13.
Im Beschwerdeverfahren sind die Verfahrenskosten in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Wird ein erstinstanzliches oder ein verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten

jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Ist das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden, so werden die Kosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds festgelegt (Art. 4b der Verordnung vom 10. September 1969 über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VwKV, SR 172.041.0]).

13.1. Das Unterliegerprinzip wird nur für das Beschwerdeverfahren in Art. 63 Abs. 1 VwVG ausdrücklich vorgeschrieben und geregelt. Immerhin schreibt Art. 1 VwKV seit dem 1. Mai 2007 vor, dass die Verfahrenskosten zu Lasten der unterliegenden Partei gehen. Zudem hat das Bundesgericht die Anwendbarkeit des Unterliegerprinzips insbesondere bei mit dem vorliegenden Zugangsverfahren vergleichbaren erstinstanzlichen Interkonnektionsverfahren wiederholt gutgeheissen. Das einem Klageverfahren gleichende erstinstanzliche Interkonnektionsverfahren werde durch die Beteiligung zweier Parteien mit gegenläufigen Interessen zwar nicht zu einem eigentlichen Beschwerdeverfahren. Dass die zu erhebende Verwaltungsgebühr nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auf die Verfahrensparteien zu verlegen sei, entspreche indessen einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, der sich nicht nur aus dem für das Beschwerdeverfahren geltenden Art. 63 VwVG ergebe, sondern in zahlreichen kostenpflichtigen staatlichen Verfahren üblich sei (BGE 132 II 47 E. 3.3, Urteil des Bundesgerichts 2A.191/2005 vom 2. September 2005 E. 2.2; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 4.2 und A-293/2010 vom 30. August 2010 E. 7.3). Gleichzeitig ist im Gebührenrecht aber auch das allgemein geltende Verursacherprinzip anwendbar (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV, SR 172.041.1]).

13.2. Eine Partei gilt als unterlegen, wenn ihren Begehren aus formellen oder materiellen Gründen nicht entsprochen wird. Verglichen werden die – anhand der Begründung ausgelegten – Anträge der Beschwerde führenden – oder wie vorliegend der Gesuch stellenden – Partei (vgl. MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Rz. 14 zu Art. 63; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.39 f.). Dabei ist auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen (vgl. BGE 123 V 156 E. 3c).

13.3. Der Spruchbehörde kommt beim Kostenentscheid ein grosses Ermessen zu. Aus der Begründungspflicht folgt zwar, dass eine Behörde

wenigstens kurz die Überlegungen darstellen muss, von denen sie sich leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Ein Kosten- und Entschädigungsentscheid muss jedoch nach der Rechtsprechung unter Umständen gar nicht begründet werden oder es kann eine äusserst knappe Begründung genügen, so zum Beispiel dann, wenn bezüglich der Höhe eines Kosten- oder Entschädigungsbetrags alle tatbeständlichen und rechtlichen Berechnungsgrundlagen klar sind. Bewegt sich also der Kostenentscheid innerhalb des gesetzlichen Rahmens und sind die Sachumstände klar, genügt eine äusserst knappe Begründung, d.h. der Begründungspflicht ist Genüge getan, wenn die Entscheidbehörde auf die anwendbare gesetzliche Grundlage verweist. Eine darüber hinausgehende Begründung ist nur erforderlich, wenn die Kostenverlegung Besonderheiten aufweist, wie etwa wenn sie entgegen dem Prozessausgang erfolgt oder die Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch machen will oder muss (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 4.4, A-300/2010 vom 8. April 2011 E. 20.2 und A-292/2010 vom 19. August 2010 E. 3.4; LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht – Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, Bern 1998, S. 199; MAILLARD, a.a.O., Rz. 26 f. zu Art. 63). Dieser Grundsatz gilt auch in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren.

14.

Aufgrund der angefochtenen Verfügungen und der Ausführungen der Vorinstanz in ihren Stellungnahmen vom 8. November 2010 ergibt sich hinsichtlich der vorinstanzlich erhobenen und verlegten Verfahrenskosten folgendes Bild:

Im erstinstanzlichen Verfahren betreffend VTA wurden keine Verfahrenskosten für die Festlegung der Zinshöhe und für den Nichteintretensentscheid erhoben. Die auf Fr. 1'680-- (8 Stunden à Fr. 210.--) bestimmten und der Beschwerdeführerin auferlegten Verfahrenskosten beziehen sich einzig auf die Frage der Festlegung der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode.

Für die Bestimmung des monatlich wiederkehrenden Preises für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen aus dem Jahr 2009 wurden im erstinstanzlichen Verfahren betreffend Kabelkanalisationen Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 14'560.-- (56 Stunden à Fr. 260.--) erhoben. Diese wurden der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 7'280.--, auferlegt.

Ferner wurden Fr. 3'150.-- (15 Stunden à Fr. 210.--) für den weiteren Aufwand nach Wiederaufnahme des Verfahrens ausgewiesen. Davon entfallen zwei Drittel, ausmachend Fr. 2'100.--, auf die Frage, wer den für die Festlegung des monatlich wiederkehrenden Preises 2009 angefallenen Verfahrensaufwand zu bezahlen hat. Diese wurden wiederum den Parteien je hälftig, ausmachend je Fr. 1'050.--, auferlegt. Das verbleibende Drittel von Fr. 1'050.-- betrifft die Beurteilung der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode und wurde der Beschwerdeführerin auferlegt. Keine Verfahrenskosten wurden für die Festlegung der Zinshöhe erhoben.

14.1. Einleitend kann zum einen festgehalten werden, dass für die Festlegung der Zinshöhe und den Nichteintretensentscheid in den vorinstanzlichen Verfahren betreffend VTA und Kabelkanalisationen mangels nennenswertem Aufwand keine Verfahrenskosten erhoben und verlegt wurden. Zum anderen sind der von der Vorinstanz geltend gemachte Stundenaufwand und Stundenansatz nicht zu beanstanden; sie werden denn auch von der Beschwerdeführerin grundsätzlich anerkannt.

14.2. Die Beschwerdeführerin ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit ihrem Antrag hinsichtlich der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode durchgedrungen (vgl. insbesondere E. 11.10 hiervor). Aufgrund dessen sind ihr für die Beurteilung der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode keine vorinstanzlichen Kosten aufzuerlegen.

14.3. Zu prüfen bleibt die Kostenverlegung im erstinstanzlichen Verfahren betreffend Kabelkanalisationen hinsichtlich der Bestimmung des monatlich wiederkehrenden Preises für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen aus dem Jahr 2009.

Wie ausgeführt (vgl. E. 14 hiervor), belaufen sich diese auf insgesamt Fr. 16'660.-- (Fr. 14'560.-- plus Fr. 2'100.--) und wurden der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 8'330.--, auferlegt.

14.3.1. Wie gezeigt, sind die Kosten auch im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Wie bereits mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 5 ausgeführt, ist dies jedoch nur in der Regel der Fall, da das Unterliegen im erstinstanzlichen

Verwaltungsverfahren oft nicht so klar abgegrenzt werden kann wie im Beschwerdeverfahren. Im auf Begehren einer Partei eingeleiteten Verwaltungsverfahren wird der Streitgegenstand von der Gesuch stellenden Partei durch ihre Anträge definiert. Zudem liegt vor Einleitung des Verfahrens auf Erlass einer Verfügung noch kein behördlicher Entscheid vor. Das heisst, die Gesuchstellerin kann erst mit Einreichung des Gesuchs einen hoheitlichen Entscheid über eine zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin umstrittene Angelegenheit erwirken. Es lässt sich vertreten, nicht nur auf die konkreten Anträge abzustellen, sondern auch auf das Vorwissen bzw. die Informationen, die der Gesuchstellerin zur Verfügung stehen, um ihre Erfolgssaussichten abschätzen zu können. Je weniger gut die Gesuchstellerin in der Lage ist, ihre Erfolgschancen abzuschätzen, desto eher kann es sich rechtfertigen, sie – auch bei vollständiger Abweisung ihrer Anträge – nicht als vollständig unterliegend zu betrachten bzw. der Gesuchsgegnerin aufgrund mangelnder Transparenz in Anwendung des Verursacherprinzips einen Teil der Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Diese Handhabung trägt insbesondere auch den speziellen Verhältnissen beim Zugangsverfahren Rechnung, da dort die marktbeherrschende FDA immer einen gewissen Informationsvorsprung hat. Bei der Kostenverteilung lässt sich so jeweils berücksichtigen, wie sie mit diesem Vorsprung umgeht, d.h. ob sie versucht, möglichst viel Transparenz zu schaffen, damit die um Zugang ersuchenden FDA die Rechtmässigkeit der Kosten selbst überprüfen können und entsprechende Verfahren vor der Vorinstanz nicht (mehr) notwendig sind (vgl. auch hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 5).

14.3.2. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits mit Urteil A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 5.2 ausgeführt, dass ein Abweichen vom reinen Unterliegerprinzip prinzipiell möglich ist und es kann vorliegend auf die diesbezüglichen Erwägungen verwiesen werden. Umstände, um vorliegend von dieser Einschätzung abzuweichen, sind keine ersichtlich und werden keine geltend gemacht.

Nach der von der Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung angewandten Konzeption ist im Einzelfall zu beurteilen, ob eine bestehende Informationsasymmetrie noch als erträglich betrachtet werden kann, was zu keiner Kostenauferlegung an die obsiegende marktbeherrschende FDA führt, oder ob sie so gross ist, dass die um Zugang ersuchende FDA ihre Erfolgsaussichten nicht genügend

abschätzen kann und daher eine (teilweise) Auferlegung der Verfahrenskosten an die marktbeherrschende FDA gerechtfertigt erscheint. Wie ausgeführt (vgl. E.13.3 hiervor), kommt der Entscheidbehörde bei der Kostenverlegung ein erhebliches Ermessen zu. Weicht sie vom Unterliegerprinzip ab, hat sie dies zu begründen. Dieser Pflicht ist die Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung nachgekommen. Ihre Begründung ist zudem sachlich vertretbar. Zudem wurde bereits mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 5.4 festgehalten, dass die sich aus Art. 63 Abs. 3 VwVG unter Umständen ergebende Konsequenz der Kostentragung durch den Staat dem im Gebührenregime des Fernmelderechts geltenden Kostendeckungsprinzip – und für das Zugangsverfahren ebenso dem Dispositionsgrundsatz – widerspräche. Mit der Auferlegung der hälftigen Verfahrenskosten für die Bestimmung des monatlich wiederkehrenden Preises für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen aus dem Jahr 2009 an die Beschwerdeführerin verletzt die Vorinstanz folglich kein Bundesrecht.

14.4. Dementsprechend sind die Beschwerden der Beschwerdeführerin dahingehend gutzuheissen, als ihr im vorinstanzlichen Verfahren betreffend VTA keine und im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Kabelkanalisationen um Fr. 1'050.-- auf Fr. 8'330.-- reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Soweit weitergehend sind die Beschwerden in diesem Punkt abzuweisen.

Die Vorinstanz wird noch zu prüfen haben, ob die nicht mehr der Beschwerdeführerin zu belastenden erstinstanzlichen Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2'730.-- (Fr. 1'680.-- betreffend VTA und Fr. 1'050.-- betreffend Kabelkanalisationen) in Anwendung Art. 3 AllgGebV zu erlassen oder aber der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen sind. Das Verfahren ist deshalb an die Vorinstanz zurückzuwiesen zur allfälligen Auferlegung dieser Kosten an die Beschwerdegegnerin.

15.

Die Kosten für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, welche vorliegend auf insgesamt Fr. 4'000.-- festgelegt werden, sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids zu beurteilen, wobei auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen ist (vgl. hierzu E. 13.2 hiervor).

Hinsichtlich der Frage, ob die Vorinstanz zur Beurteilung der Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode zuständig war oder nicht sowie hinsichtlich der Verlegung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten betreffend Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode ist die Beschwerdeführerin mit ihren Beschwerden vollumfänglich durchgedrungen, die Beschwerdegegnerin hingegen vollumfänglich unterlegen. In Bezug auf die Verlegung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten betreffend Bestimmung des monatlich wiederkehrenden Preises für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen aus dem Jahr 2009 ist die Beschwerdeführerin als unterlegen und die Beschwerdegegnerin als obsiegend zu betrachten. Daraus ergibt sich, dass die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 4'000.-- zu 4/5, mithin zu Fr. 3'200.--, der Beschwerdegegnerin und zu 1/5, mithin zu Fr. 800.--, der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind. Die der Beschwerdeführerin auferlegten Kosten von Fr. 800.-- sind mit den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 4'000.-- zu verrechnen. Der Restbetrag von Fr. 3'200.-- ist ihr zurückzuerstatten. Keine Verfahrenskosten sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG der Vorinstanz zu überbinden.

16.

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, wenn auch in unterschiedlichem Ausmass, sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als teilweise obsiegend zu betrachten. Da sie ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut haben und nicht durch externe Anwälte vertreten sind, stehen ihnen jedoch keine Parteientschädigungen zu (Art. 8 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2], speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-300/2010 vom 8. April 2011 E. 21.7).

17.

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110], vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 1.47 f.). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerden der Beschwerdeführerin werden insoweit gutgeheissen, als der jeweils letzte Satz der Ziff. 2 und 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügungen vom 21. Juni 2010 (Anordnung einer Zinseszinsregelung bzw. Aufzinsungsmethode) aufgehoben wird.

2.
Die Beschwerden der Beschwerdeführerin werden insoweit gutgeheissen, als der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren betreffend VTA keine und im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Kabelkanalisationen um Fr. 1'050.-- auf Fr. 8'330.-- reduzierte Verfahrenskosten auferlegt werden.

3.
Soweit darüber hinaus den erstinstanzlichen Kostenpunkt betreffend, wird das Verfahren im Sinne der Erwägung E. 14.4 an die Vorinstanz zurückgewiesen zur allfälligen Auferlegung zusätzlicher Verfahrenskosten an die Beschwerdegegnerin.

4.
Soweit weitergehend werden die Beschwerden abgewiesen.

5.
Die Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 4'000.-- werden zu 4/5 der Beschwerdegegnerin, ausmachend Fr. 3'200.--, und zu 1/5 der Beschwerdeführerin, ausmachend Fr. 800.--, auferlegt.

Die der Beschwerdeführerin auferlegten Kosten von Fr. 800.-- werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 4'000.-- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 3'200.-- wird ihr zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontonummer anzugeben.

Die der Beschwerdegegenerin auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 3'200.-- sind innert 30 Tagen zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsschein erfolgt mit separater Post.

6.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

7.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf10-06-21_010 / AZ 330.31 / 5340-20-000; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
André Moser	Michelle Eichenberger

Versand: