



## Urteil vom 19. Dezember 2022

---

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Richter Alexander Misic,  
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

---

Parteien

**Swisscom (Schweiz) AG,**  
3050 Bern Swisscom,  
vertreten durch  
lic. iur. LL.M. Urs Prestinari und lic. iur. Stefan Gilgen,  
Swisscom (Schweiz) AG,  
Konzernrechtsdienst,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Sunrise GmbH,**  
Thurgauerstrasse 101B, 8152 Glattpark (Opfikon),  
vertreten durch  
Dr. Matthias Amgwerd, Rechtsanwalt,  
Burkhalter Rechtsanwälte,  
Beschwerdegegnerin,

**Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Zugang zu Fernmeldenetzen; Verzinsung Rückforderungen.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Schreiben vom 23. April 2019 gelangte die Sunrise Communications AG, Rechtsvorgängerin der Sunrise UPC GmbH, an die Swisscom (Schweiz) AG und forderte in den für den regulierten Netzzugang massgeblichen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: Geschäftsbedingungen Zugang) eine Verzinsung von Rückforderungen, die sich am sog. WACC-Ansatz (Weighted Average Cost of Capital) orientiert. Sie führte verschiedene Gründe an, weshalb sie die geltende Zinsregelung (Basissatz 12-Monats-Libor [= London Interbank Offered Rate] CHF plus 1.3% Risikozuschlag) für nicht mehr angemessen halte.

**B.**

Die Swisscom (Schweiz) AG lehnte das Ersuchen am 27. Mai 2019 mit dem Hinweis ab, der vertragliche Zinssatz entspreche im Wesentlichen den Finanzierungskosten, die sich gegenwärtig auf niedrigem Niveau bewegen würden.

**C.**

Am 12. Februar 2020 reichte die Sunrise Communications AG beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Festlegung der Verzinsungsmodalitäten bei Rückforderungen aus Zugangsverfahren ein und stellte diesbezüglich verschiedene Anträge.

**D.**

Mit Verfügung vom 24. Juni 2021 gab die ComCom dem Gesuch im Sinne des Eventualantrags Variante b wie folgt statt:

"Die Ziffern 16.4.2 und 16.4.3 der zwischen den Parteien geltenden Geschäftsbedingungen Zugang sind in Bezug auf sämtliche der Regulierung unterliegenden Verträge mit der Gesuchstellerin wie folgt zu ändern:

16.4.2 Während dem Kalenderjahr (bzw. bis zum Auszahlungsdatum der Rückzahlung, wenn diese vor Ablauf eines Jahres erfolgt) werden die Rückzahlungen jeweils ab dem Fälligkeitsdatum der entsprechenden Rechnung mit dem jeweiligen Kapitalkostensatz verzinst. Als Kapitalkostensatz gilt der Vorsteuer-WACC der Branche, welcher im Kostenmodell von Swisscom bei der Berechnung der Zugangspreise berücksichtigt wird. Bei verspäteter Zahlung erfolgt die Verzinsung ab dem Valuta-Datum der Gutschrift des Betrages bei der Zahlungsempfängerin. Als Stichjahr zur Festlegung des Kapitalkostensatzes wird für jede Rechnungsperiode individuell das Fälligkeitsjahr der betreffenden Rechnungspe-

riode bestimmt. Ist der Kapitalkostensatz im Fälligkeitsjahr zum Zeitpunkt der Auszahlung von unterjährigen Rückzahlungen noch nicht bekannt, so gilt der Kapitalkostensatz des Vorjahres. Am Ende des Geschäftsjahres werden die aufgelaufenen Zinsen per 31. Dezember der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert).

16.4.3 Diese Hauptforderung (inkl. kapitalisierte Zinsen) wird in der Folge jeweils für weitere zwölf Monate (bzw. bis zum Auszahlungsdatum der Rückzahlung) wiederum mit dem Kapitalkostensatz, der im neuen Kalenderjahr gilt, verzinst. Ist der neue Kapitalkostensatz zum Zeitpunkt der Auszahlung der Hauptforderung noch nicht bekannt, so gilt der Kapitalkostensatz des Vorjahres. (...)"

#### **E.**

Gegen diese Verfügung reicht Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 25. August 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragt, die Verfügung vom 24. Juni 2021 sei aufzuheben. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die zwischen den Parteien geltenden Geschäftsbedingungen Zugang gemäss dem gestellten Antrag ab 1. Januar 2022 abzuändern. Subeventualiter sei die Verfügung aufzuheben und zur Festlegung der Verzinsungsmodalitäten von Rückvergütungen aus Zugangsverfahren an die ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) zurückzuweisen.

Sie begründet ihre Beschwerde im Wesentlichen damit, dass die Vorinstanz für den Entscheid nicht zuständig gewesen sei bzw. dass ein Abstellen auf den Branchen-WACC sachfremd und untauglich sowie mit dem allgemeinen Verständnis der modernen Finanzierungstheorie nicht zu vereinbaren sei.

#### **F.**

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 17. November 2021 auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

#### **G.**

Gleichentags reichte die Sunrise UPC GmbH (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) ihre Beschwerdeantwort ein und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

#### **H.**

In ihren Schlussbemerkungen vom 24. Januar 2022 hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an ihren Ausführungen fest.

## **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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Der angefochtene Entscheid ist eine Verfügung im erwähnten Sinn und stammt von einer eidgenössischen Kommission nach Art. 33 Bst. f VGG. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**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. Die Beschwerdeführerin ist Adressatin des angefochtenen Entscheids und wird durch diesen beschwert. Sie ist damit zur Beschwerde legitimiert.

### **1.3**

**1.3.1** Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsobjekt) bildet, soweit es im Streit liegt. Gegenstände, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und über die sie nicht zu entscheiden hatte, sind aus Gründen der funktionellen Zuständigkeit durch die zweite Instanz nicht zu beurteilen (vgl. BGE 142 I 155 E. 4.4.2). Geht die mit dem Rechtsbegehren aufgestellte Rechtsfolgebehauptung über den Streitgegenstand hinaus, ist darauf nicht einzutreten (Urteil des BVGer A-6605/2019 vom 28. Mai 2020 E. 2.4.1 m.H.).

**1.3.2** Die Beschwerdeführerin stellt im Beschwerdeverfahren den Eventualantrag, ab dem 1. Januar 2022, Ziff. 16.4.5 und 16.4.6 der geltenden Geschäftsbedingungen Zugang antragsgemäss zu ändern. Fraglich ist, ob der Anfechtungsgegenstand der angefochtenen Verfügung auf die Festlegung der Verzinsungsmodalitäten bei Rückforderungen aus Zugangsverfahren gemäss dem Hauptantrag der Beschwerdegegnerin in ihrem Gesuch an

Vorinstanz vom 12. Februar 2020 (fixer Zinssatz WACC) und dem Eventualantrag (variabler Zinssatz WACC) mit jeweils zwei Varianten a (WACC der Fernmeldediensteanbieterin; nachfolgend FDA) und b (WACC der Branche) beschränkt ist, oder ob der Streitgegenstand auch die Festlegung weiterer Verzinsungsmodalitäten für Rückvergütungen im Nachgang zu fernmelderechtlichen Zugangsverfahren umfasst. Wäre der Streitgegenstand auf die Anträge der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren beschränkt, so wäre auf den Antrag der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Ob auf den im Beschwerdeverfahren gestellten Antrag der Beschwerdeführerin einzutreten ist, kann jedoch aufgrund des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens letztlich offen bleiben (vgl. E. 6 hiernach).

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

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition; gerügt werden kann nicht nur die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sondern auch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (Art. 49 VwVG). Bei der Ermessensprüfung auferlegt es sich allerdings eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung technischer Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich in solchen Fällen im Zweifel nicht von deren Auffassung und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle. Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Sie und das mit der Instruktion des Verfahrens betraute BAKOM verfügen über ein ausgeprägtes Fachwissen in fernmeldetechnischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten im Telekommunikationsmarkt. Ihr steht entsprechend – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches "technisches" Ermessen zu. Im Rahmen dessen darf ihr bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Damit rechtfertigt sich eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts wenigstens insoweit, als die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht indes nicht davon, unter

Beachtung dieser Zurückhaltung zu überprüfen, ob die Rechtsanwendung der Vorinstanz mit dem Bundesrecht vereinbar ist (vgl. Urteil des BVGer A-1286/2019 vom 16. Juli 2021 E. 2 m.H.).

### **3.**

Zunächst ist darauf einzugehen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch eingetreten ist.

#### **3.1**

**3.1.1** Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung fest, dass die Rechtsfrage, ob eine Partei eine Vertragsbestimmung erst förmlich kündigen müsse, bevor darüber neu verhandelt werden könne, von ihr noch nie habe explizit entschieden werden müssen. In Übereinstimmung mit den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-6019/2010 vom 19. August 2011 komme sie zum Schluss, aus der zwischen den Parteien gültigen vertraglichen Regelung gehe nicht hervor, dass eine Vertragsänderung einer vorgängigen förmlichen Kündigung bedürfe. Vielmehr könne auch die Beschwerdegegnerin im ungekündigten Vertragsverhältnis derzeit mit der Beschwerdeführerin Verhandlungen über einen Vertragsaspekt aufnehmen, um diesen zu ändern. Würden sich die Parteien über die Neuregelung einigen, so erwachse die Vertragsänderung ohne weiteres in Rechtsverbindlichkeit. Andernfalls könnten die Parteien gestützt auf Art. 11a Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) sie für einen behördlichen Entscheid anrufen. Voraussetzung für das Vorliegen eines ursprünglichen Dissenses und damit für ihre Zuständigkeit zur Festlegung einer Zugangsbedingung sei jedoch, dass die Parteien in Verhandlungen getreten seien, respektive dass die Beschwerdegegnerin im Mindesten zu erkennen gegeben habe, dass sie einen Aspekt des Vertrages neu regeln möchte und dass die Beschwerdeführerin anzeige, dass sie dafür keine Hand bieten werde. Vorliegend sei klar, dass die Parteien sich über die Rechtmässigkeit der Vereinbarung über die Verzinsung von Rückforderungen nicht (mehr) einig seien und die Beschwerdegegnerin diesen Punkt mit der Beschwerdeführerin neu verhandeln haben wolle, was diese ebenfalls klar abschlägig beantwortet habe.

**3.1.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die angefochtene Verfügung sei zufolge fehlender Zuständigkeit der Vorinstanz aufzuheben. Es sei nicht bestritten worden, ob eine zwischen den Parteien vereinbarte bzw. geltende Vertragsbestimmung zuerst (förmlich) gekündigt werden müsse, bevor neu darüber verhandelt werden könne. Strittig sei jedoch die Frage, ob

für eine – und zwar nicht einvernehmliche – Anpassung der Zugangsvereinbarungen zwischen den Parteien eine förmliche Kündigung erforderlich sei oder nicht. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz stehe der Beschwerdegegnerin bei einer gescheiterten einvernehmlichen Vertragsanpassung nicht ohne Weiteres der Weg an die Regulierungsbehörden offen. Dabei sei im Speziellen zu berücksichtigen, dass es sich bei einem Zugangsverhältnis (nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts) jeweils "(...) um ein Dauerschuldverhältnis [handelt], das nach Massgabe der vertraglichen Bedingungen angepasst werden kann". In diesem Sinne habe sich auch das Bundesverwaltungsgericht geäussert, indem es festgehalten habe, dass "(...) die Möglichkeit [bestehe], eine Zugangsvereinbarung als Ganzes oder lediglich in einzelnen Punkten zu ändern" (der Vollständigkeit halber nach ihrer Ansicht zu ergänzen wäre, "bzw. die Zugangsvereinbarung zu kündigen"), wenn eine Vertragspartei oder beide Vertragsparteien mit der einmal getroffenen Regelung nicht mehr einverstanden sei bzw. seien. Gemäss den aktuell zwischen den Verfahrensparteien geltenden vertraglichen Regelungen laufe ein Zugangsverhältnis (nach einer festen Initialdauer von einem Jahr) auf unbestimmte Zeit weiter und dieses könne unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf das Ende eines Monats schriftlich gekündigt werden. Eine entsprechende (Teil-/Änderungs-)Kündigung in Bezug auf die Verzinsungsmodalitäten von Rückzahlungen sei vor der Einreichung des Gesuchs an die Vorinstanz jedoch durch die Beschwerdegegnerin in der vorgeschriebenen Form (Schriftform als Gültigkeitserfordernis) nicht erfolgt. Der Zugangsvertrag zwischen den Parteien befinde sich insofern aktuell nach wie vor in rechtsverbindlichem und ungekündigtem Zustand.

Selbst wenn aber mit der Vorinstanz eingegangen werden könnte, dass es für die von der Beschwerdegegnerin angebehrten Vertragsänderung keiner vorgängigen (Teil-)Kündigung bedürfe, weil sich im Fernmelderecht keine entsprechende Bestimmung finde, treffe es eben gerade nicht zu, dass in den Geschäftsbedingungen Zugang nirgends explizit geregelt werde, wie die Beschwerdegegnerin bei Vertragsanpassungen vorzugehen habe. Vielmehr sehe die zwischen den Parteien speziell ausgehandelte und vereinbarte Ziff. 16.1.1 der Geschäftsbedingungen Zugang vertragliche Vertragsanpassungsmodalitäten vor. Sie sei zu einem festen und rechtsgültigen Bestandteil dieser Vereinbarung geworden. Sollten demnach das im FMG verankerte Verhandlungsprimat und vertragliche Abmachungen nicht völlig ihres Sinnes entleert werden, müsse die Bestimmung, wonach spätestens drei Monate nach Mitteilung der Anpassung bei der zu-

ständigen Behörde ein Gesuch zu den widersprochenen Punkten eingereicht werden müsse, andernfalls sie trotz Widerspruch als genehmigt gelte, sinngemäss auch für den vorliegenden Sachverhalt gelten.

**3.1.3** Die Beschwerdegegnerin entgegnet im Wesentlichen, dass für den Nachweis des (ursprünglichen) Dissenses im Zugangsverfahren die Kündigung des Vertrags kein Erfordernis sei, ergebe sich mit aller Deutlichkeit aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Die zwischen den Parteien vereinbarte Ziff. 16.1.1 der Geschäftsbedingungen Zugang betreffe nicht den Fall, dass sie eine Vertragsanpassung verlange, sondern explizit und einzig den Fall, dass die Beschwerdeführerin den Vertrag einseitig anpasse. Bezeichnenderweise bringe die Beschwerdeführerin denn auch keinen einzigen sachlichen Grund vor, weshalb die dreimonatige Frist vorliegend (analog) zur Anwendung komme.

**3.1.4** Die Vorinstanz lässt sich dahingehend vernehmen, dass Verhandlungen über einen einmal abgeschlossenen Vertrag sicherlich nichts Aussergewöhnliches seien und insbesondere in einem Dauerschuldverhältnis eigentlich ohne spezifische vertragliche Ermächtigung regelmässig möglich sein dürften. Verhandlungen wolle eine Vertragspartei auch nur dann führen, wenn sie eine Vereinbarung anpassen möchte. Insofern resultiere aus einer Verhandlung immer entweder eine einvernehmliche Anpassung oder ein Dissens über die geforderte Anpassung. Eines dieser beiden Resultate sei der logische Ausgang des Verhandlungsprozesses und könne diesem letztlich auch zugerechnet werden. Nicht einschlägig scheine in diesem Zusammenhang Ziff. 16.1.1 der Geschäftsbedingungen Zugang, welche zwischen den Parteien ausgehandelt worden sei. Diese beziehe sich auf einen Sachverhalt, in dem die Beschwerdeführerin den Vertrag von sich aus anpassen wolle. Betreffend Zeitpunkt der Gesuchseinreichung spiele vorliegend deshalb nur eine Rolle, dass die Beschwerdegegnerin die dreimonatige Verhandlungsfrist im Sinne von Art. 11a FMG eingehalten habe.

## **3.2**

**3.2.1** Nach ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen bei der Vorinstanz gegeben waren. Hat die Vorinstanz trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung materiell entschieden, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben (vgl. BGE 132 V 93 E. 2; Urteil des BVer A-6065/2020 vom 24. Juni 2022 E. 4.1 m.H.).

**3.2.2** Die angefochtene Verfügung stützt sich auf Art. 11 und Art. 11a FMG. Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen in verschiedenen, im Gesetz aufgezählten Formen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Die Vorinstanz verfügt über die Bedingungen des Zugangs, wenn die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sich nicht innerhalb von drei Monaten einigen (Art. 11a Abs. 1 FMG). Eine Einschränkung auf die Hauptpunkte besteht nicht. Zu den fraglichen Bedingungen zählen vielmehr sämtliche Punkte, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen (BVGE 2010/19 E. 14.8; vgl. ferner BGE 132 II 284 E. 6.2). Dazu zählt auch eine Zinsregelung bzw. die Höhe des Zinssatzes als Nebenpunkt (BVGE 2010/19 E. 12.3.2; vgl. ferner Urteil des BVGer A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 11 m.H.). Wo sich die Parteien geeinigt haben, besteht keine Zuständigkeit der Vorinstanz (sog. Verhandlungsprimat). Ihr kommt zudem keine über die Regelung strittiger Zugangsbedingungen hinausreichende Aufsichtsfunktion zu. Ebenso wenig hat sie für die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Zugangsbedingungen besorgt zu sein, da diese Streitigkeiten durch die Zivilgerichte zu beurteilen sind (Art. 11b FMG). Die Zuständigkeit der Vorinstanz besteht somit nur dort, wo die Verhandlungsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu keinem Konsens gelangen konnten und aufgrund sämtlicher Umstände des Einzelfalls ein ursprünglicher – offener oder versteckter – Dissens über einen Haupt- oder Nebenpunkt vorliegt (vgl. zum Ganzen BGE 132 II 284 E. 6.2; BVGE 2013/32 E. 5.4.1, 2012/8 E. 4.4.1 und 2010/19 E. 9.3.5 und E. 10.2.2). Mit anderen Worten ist die Vorinstanz nur dann berechtigt, über eine Zinsregelung als Nebenpunkt zu befinden, wenn es sich hierbei um einen ursprünglichen Dissens handelt. Nur insoweit liegt eine Streitigkeit über den Zugang vor (BVGE 2012/8 E. 4.4.1). Wann auf einen ursprünglichen Dissens zu schliessen ist, wird weder in Art. 11a Abs. 1 FMG noch in der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV, SR 784.101.1) umschrieben. Bei der Beantwortung der Frage ist namentlich zu berücksichtigen, dass der Vorinstanz in Zugangsstreitigkeiten, nicht zuletzt wegen ihrer Funktion als Fachbehörde, gegenüber Zivilgerichten generell ein weiter Zuständigkeitsbereich zuzugestehen ist (vgl. BGE 132 II 284 E. 6.2 m.H.).

Schliesslich besteht auch die Möglichkeit, eine Zugangsvereinbarung als Ganzes oder lediglich in einzelnen Punkten zu ändern, wenn eine Vertragspartei oder beide Vertragsparteien mit der einmal getroffenen Regelung

nicht mehr einverstanden ist bzw. sind (vgl. Art. 66 Abs. 2 und 67 FDV; Urteil des BVGer A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 7). Zudem steht es den Parteien offen, entweder bezüglich einzelner Punkte einer Zugangsvereinbarung 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 (vgl. Urteil des BVGer A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 11.10).

**3.3** Unbestritten ist, dass die Beschwerdegegnerin im ungekündigten Vertragsverhältnis über die Verzinsung von Rückforderungen bzw. die Zinshöhe Neuverhandlungen aufnehmen konnte. Strittig ist vorliegend, ob die Vorinstanz für die nachträgliche Anpassung des Vertrags (Geschäftsbedingungen Zugang) zuständig ist.

**3.3.1** Die Zinsregelung für Rückzahlungen bildete bereits Gegenstand eines früheren Zugangsverfahrens. Die Vorinstanz legte in den Verfahren bezüglich Zugang zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) und der Kollokation (KOL) mit Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 die Verzinsung allfälliger Rückzahlungen basierend auf dem Satz 12-Monats-Libor CHF zuzüglich eines Bonitätszuschlages von 1.3% fest. Mit Urteil vom 1. Februar 2010 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht diese Zinsregelung (BVGE 2010/19 E. 12). Am 21. Juni 2010 verfügte die Vorinstanz dieselbe Regelung für die Drittwirkungsklausel. Aufgrund der privatrechtsgestaltenden Wirkung der Verfügung wurde diese Zinsregelung unbestrittenermassen in die zwischen den Parteien geltende vertragliche Vereinbarung aufgenommen (Geschäftsbedingungen Zugang vom 1. Januar 2013, Ziff. 16.4.2).

**3.3.2** Mit Schreiben vom 23. April 2019 gelangte die Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin und forderte für den regulierten Netzzugang eine neue Zinsregelung für Rückzahlungen, welche mit Schreiben vom 27. Mai 2019 das Ersuchen abschlägig beantwortete. Die Beschwerdegegnerin verlangte in ihrem Gesuch an die Vorinstanz vom 12. Februar 2020 eine Anpassung der Zinsregelung für Rückzahlungen aus Zugangsverfahren ohne den bisherigen Vertrag zu kündigen.

**3.3.3** Das Fernmelderecht kennt keine Bestimmung, die ausdrücklich eine nachträgliche Anpassung der Vereinbarung zwischen den Parteien beschlägt. Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht

hervor, dass es den Parteien offensteht, im ungekündigten Vertragsverhältnis Neuverhandlungen aufzunehmen und, wenn diese zu keiner Einigung führen sollten, wiederum mit einem Gesuch an die Vorinstanz zu gelangen (vgl. E. 3.2.2 hiervor). Entscheidend ist – wie bei einem Zugangsgesuch ohne bestehendes Vertragsverhältnis – einzig, ob ein ursprünglicher Dissens vorliegt. Da die Verhandlungen über die Zinsregelung für Rückforderungen scheiterten, herrscht diesbezüglich ein ursprünglicher Dissens. Somit war die Vorinstanz – ohne (Teil-)Kündigung des Vertrags – für die Behandlung des Gesuchs zuständig. Dazu passt, dass der Vorinstanz rechtssprechungsgemäss ein weiter Zuständigkeitsbereich zuzugestehen ist (vgl. E. 3.2.2 hiervor).

**3.3.4** Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dass die Frist für die Gesuchseinreichung bei der Vorinstanz verstrichen sei, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Verträge sind primär nach ihrem Wortlaut auszulegen (Urteil des BVGer A-6019/2010 E. 10 m.H.). Ziff. 16.1.1 der Geschäftsbedingungen Zugang beschlägt nach ihrem klaren Wortlaut nicht die Situation, dass die Beschwerdegegnerin eine Vertragsanpassung verlangt, sondern gelangt einzig zur Anwendung, sofern die Beschwerdeführerin den Vertrag einseitig anpasst (Ziff. 16.1.1 der Änderung für die FDA zum Vertrag Teilnehmeranschlussleitung vom 8. Juli 2013: "Swisscom kann den Vertrag unter Einhaltung einer Ankündigungsfrist von drei Monaten anpassen. [...] Reicht die FDA nicht spätestens drei Monate nach Mitteilung der Anpassung bei der zuständigen Behörde ein Gesuch zu den widersprochenen Punkten ein, gilt die Anpassung trotz Widerspruch mit Wirkung auf den Anpassungstermin hin als genehmigt [...]"). Im Übrigen wäre es auch fraglich, ob auf vertraglicher Grundlage die gesetzlichen Prozessvoraussetzungen des Fernmelderechts geändert werden können. So oder anders müsste der vertragliche Anpassungsmechanismus derart ausgestaltet sein bzw. ausgelegt werden, dass die vertragliche Regelung mit dem Gesetz in Einklang gebracht werden kann (vgl. Urteil des BVGer A-1286/2019 vom 16. Juli 2021 E. 10.2; vgl. auch Urteil des BGer 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006 E. 2.5). Für die Frage der Fristeinhaltung ist daher einzig Art. 11a Abs. 1 FMG einschlägig. Bei der dreimonatigen Verhandlungsfrist gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG handelt es sich um eine spezialgesetzliche Prozess- bzw. Eintretensvoraussetzung (vgl. Urteil des BGer 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006 E. 2.3; Urteil des BVGer A-1286/2019 vom 16. Juli 2021 E. 8.1). Diese ist eingehalten, womit sich diese Rüge als unbegründet erweist.

**3.4** Im Ergebnis ist die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch eingetreten.

#### 4.

Als nächstes ist die Rüge zu behandeln, die Vorinstanz habe den Verfahrensgegenstand in unzulässiger Weise eingeschränkt.

**4.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Vorinstanz den Verfahrensgegenstand bezüglich der Festlegung der Verzinsungsmodalitäten bei Rückforderungen aus Zugangsverfahren auf die von der Beschwerdegegnerin verlangte WACC-Verzinsung beschränkt habe. Diese selbst auferlegte Beschränkung in der Beurteilung als Fachinstanz stehe im klaren Widerspruch zur Verfügung vom 9. Oktober 2008. Verfahrens- bzw. Streitgegenstand im vorliegenden Kontext sei die sachgerechte bzw. rechtskonforme Festlegung der Verzinsungsmodalitäten für Rückvergütungen im Nachgang zu fernmelderechtlichen Zugangsverfahren. Die Vorinstanz sei deshalb gehalten, diese Frage in ihrer Funktion als Fachbehörde zu beurteilen und die am besten geeignete, sachgerechteste Lösung zu verfügen. Soweit sie dabei einer Partei nicht mehr zuspreche, als diese verlangt habe und auch nicht weniger verfüge, als die Gegenpartei anerkannt habe, könne eine Beschränkung des Verfahrensgegenstandes mitsamt der damit einhergehenden Beschränkung des pflichtgemässen Ermessens nicht mit der Dispositionsmaxime gerechtfertigt werden. Die von der Vorinstanz selbst auferlegte Beschränkung des Verfahrensgegenstandes auf die beiden von den Verfahrensparteien geltend gemachten Verzinsungsvarianten stehe im Widerspruch zu der von ihr geforderten unabhängigen, neutralen und möglichst objektiven Haltung und sei gleichzeitig sowohl als rechtswidrige Ermessensausübung in Form einer Ermessensunterschreitung als auch unter dem Gesichtspunkt der Unangemessenheit zu rügen.

**4.2** In ihrer Vernehmlassung erläutert die Vorinstanz, dass sie die Bedingungen über den Zugang gemäss Art. 11a FMG nur auf Gesuch hin verfüge. Es sei die gesuchstellende Partei, welche mit ihrem Gesuch über die Einleitung und den Gegenstand des Verfahrens bestimme (Dispositionsmaxime). Die zwischen den Parteien geltende Zinsregelung entspreche dem Basissatz 12-Monats-Libor CHF plus 1.3% Risikozuschlag. Die Beschwerdegegnerin habe (konkrete) Anträge gestellt, welche die verfügungsweise Festlegung eines Zinssatzes WACC zum Inhalt gehabt hätten. An diese Anträge sei sie gebunden. Anders läge der Fall, wenn die Beschwerdegegnerin in ihrem Gesuch die Festlegung von rechtskonformen Bedingungen in allgemeiner Weise verlangt hätte, wie sie dies in der Vergangenheit regelmässig gemacht habe. In diesem Fall wäre sie nicht an einen engen, durch das Gesuch definierten, Verfahrensgegenstand gebun-

den gewesen. Sie hätte vielmehr auch weitere Modelle prüfen und verfügen können. Zu beachten sei dabei, dass die Beschwerdegegnerin durch die Formulierung von exakten Rechtsbegehren respektive damit verbunden durch die Eingrenzung des Verfahrensgegenstands auch ein gewisses Risiko trage. Wäre sie in der angefochtenen Verfügung zum Schluss gekommen, dass die im Rechtsbegehren verlangten Verzinsungsmodalitäten gegenüber der bestehenden Regelung zwischen den Parteien nicht sachgerechter wäre, hätte sie das Gesuch abgewiesen, womit die geltende Regelung zwischen den Parteien bestätigt worden wäre.

**4.3** Die Beschwerdegegnerin vertritt den Standpunkt, aus der Dispositionsmaxime ergebe sich, dass einer Partei nicht mehr und nichts anderes zugesprochen werden solle, als sie verlange, aber auch nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt habe. In diesem Sinn habe sich das Bundesverwaltungsgericht für Zugangsverfahren verschiedentlich geäußert. Genau in diesem Sinn der Dispositionsmaxime habe sich die Vorinstanz mit den Anträgen der Parteien auseinandergesetzt und habe dabei auch in rechtsgenügender Weise von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht, indem sie sich beispielsweise für eine der von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen Varianten (Branchen-WACC) entschieden habe.

**4.4** Die Vorinstanz darf die Bedingungen des Zugangs auf Gesuch einer Partei nur verfügen, wenn sich die FDA nicht innert dreier Monate über diese einigen (Art. 11a Abs. 1 FMG). Die Vorinstanz ist an die auch im Zugangsverfahren geltende Dispositionsmaxime gebunden, wonach der Verfahrensgegenstand durch die Begehren der Parteien bestimmt wird. Sie darf daher weder Fragen 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 (BVGE 2012/8 E. 5.4.1 m.w.H.).

**4.5** Eine Ermessensunterschreitung (qualifizierter Ermessensfehler) und damit eine Rechtsverletzung ist gegeben, wenn eine Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber vorgesehenes Ermessen nicht ausübt oder die zur Wahl stehenden Möglichkeiten von vornherein limitiert (Urteil des BVGer A-5414/2021 vom 19. April 2022 E. 6.1).

**4.6** Nachdem sich die Parteien über die Vertragsanpassung nicht geeinigt hatten, ersuchte die Beschwerdegegnerin und Gesuchstellerin die Vorinstanz um Festlegung der Verzinsungsmodalitäten bei Rückforderungen aus Zugangsverfahren auszugsweise wie folgt:

**"Hauptantrag (WACC-Verzinsung mit fixem Zinssatz)****Variante a (WACC FDA):**

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, Rückzahlungen aufgrund von Behördenentscheidungen beim regulierten Netzzugang mit dem WACC der Gesuchstellerin als fixer Zinssatz zu verzinsen und entsprechend seien die Ziffern 16.4.2 und 16.4.3 der Geschäftsbedingungen Zugang in Bezug auf sämtliche der Regulierung unterliegenden Verträge mit der Gesuchstellerin gemäss Anhang 1 zu verfügen.

**Variante b (WACC Branche):**

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, Rückzahlungen aufgrund von Behördenentscheidungen beim regulierten Netzzugang mit dem im Kostenmodell berücksichtigten WACC der Branche als fixer Zinssatz zu verzinsen und entsprechend seien die Ziffern 16.4.2 und 16.4.3 der Geschäftsbedingungen Zugang in Bezug auf sämtliche der Regulierung unterliegenden Verträge mit der Gesuchstellerin gemäss Anhang 2 zu verfügen.

**Eventualantrag (WACC-Verzinsung mit variablem Zinssatz):****Variante a (WACC FDA):**

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, Rückzahlungen aufgrund von Behördenentscheidungen beim regulierten Netzzugang mit dem WACC der Gesuchstellerin als variabler Zinssatz zu verzinsen und entsprechend seien die Ziffern 16.4.2 und 16.4.3 der Geschäftsbedingungen Zugang in Bezug auf sämtliche der Regulierung unterliegenden Verträge mit der Gesuchstellerin gemäss Anhang 3 zu verfügen.

**Variante b (WACC Branche):**

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, Rückzahlungen aufgrund von Behördenentscheidungen beim regulierten Netzzugang mit dem im Kostenmodell berücksichtigten WACC der Branche als variabler Zinssatz zu verzinsen und entsprechend seien die Ziffern 16.4.2 und 16.4.3 der Geschäftsbedingungen Zugang in Bezug auf sämtliche der Regulierung unterliegenden Verträge mit der Gesuchstellerin gemäss Anhang 4 zu verfügen."

**4.7** Ausgehend von diesen Anträgen hat die Vorinstanz über das Gesuch entschieden. Dies entspricht dem Dispositionsgrundsatz und ist nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz legt dar, dass sie das Gesuch abgewiesen hätte, wenn sie mit den konkreten Anträgen nicht einverstanden gewesen wäre. Sie hat somit bei ihrer Prüfung des Gesuchs von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht, indem sie aus mehreren Anträgen einen der gestellten Anträge gutgeheissen hat (Eventualantrag 2 Variante b) anstatt das Gesuch abzuweisen. Dass sie nicht noch weitere denkbare Varianten von Amtes wegen geprüft hat, stellt keine Ermessensunterschreitung oder gar eine fehlerhafte Ausübung des Ermessens dar, zumal der Vorinstanz ein grosses technisches Ermessen zuzubilligen ist (vgl. E. 2 und 4.5 hiervor). Zudem erläuterte sie in der angefochtenen Verfügung, dass die mit

Verfügungen vom 9. Oktober 2008 und 21. Juni 2020 festgelegte Vergütung nicht auf dem Konzept der Opportunitätskosten basierte. Auch aus diesem Grund wäre die bisherige Regelung (oder aber auch die im Beschwerdeverfahren vorgeschlagene Regelung) ohnehin nicht in Frage gekommen. Die Rüge erweist sich daher als unbegründet. Offen gelassen werden kann bei diesem Ausgang, inwieweit der Streitgegenstand durch die gestellten Anträge ohnehin begrenzt war.

## **5.**

Im Nachfolgenden sind die Rügen in Bezug auf die Abgeltung der Opportunitätskosten mit dem WACC der Branche zu behandeln.

### **5.1**

**5.1.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Vorinstanz die Bundesfermeldegesetzgebung rechtsfehlerhaft anwende, wenn sie für die Verzinsungsmodalitäten für Rückzahlungen von überhöhten regulierten Vorleistungspreisen auf den Branchen-WACC abstelle, da ein Abstellen auf diese Referenz sachfremd und untauglich und mit dem allgemeinen Verständnis der modernen Finanzierungstheorie nicht zu vereinbaren sei. Im Gegensatz zu der in der akademischen Literatur vertretenen Position nehme die Vorinstanz im Ergebnis an, dass die Opportunitätskosten vom Unternehmensrisiko statt vom Projektrisiko abhängen und daher mit dem WACC abgegolten werden müssten. In der Finanzierungstheorie werde jedoch davon ausgegangen, dass das Ziel eines Unternehmens die Maximierung des Aktionärswerts (Shareholder Value) sei. Kompensationszahlungen für nachträglich behördlich gesenkte Vorleistungspreise müssten in einer Weise festgelegt werden, dass der Aktionärswert beider Unternehmen dasselbe Niveau aufweise, welches er gehabt hätte, wenn die nachträglich behördlich gesenkten Vorleistungspreise von Anfang an gegolten hätten. Dieses Resultat werde aber nur dann eintreten, wenn der durch die behördlich gesenkten Vorleistungspreise erzeugte Mittelentzug zusammen mit der korrekt verzinsten Rückzahlung einen Nettobarwert von Null aufweise. Der WACC einer Unternehmung dürfe nur dann zur Berechnung des Nettobarwerts eines Investitionsprojektes verwendet werden, wenn das spezifische Risiko dieses Investitionsprojektes auch dem durchschnittlichen Risiko aller bestehenden Investitionsprojekte des Unternehmens entspreche. Wenn jedoch Investitionen mit anderem Risiko getätigt würden, dann sei der WACC irrelevant. Das Risiko einer Rückzahlung entspre-

che nicht dem durchschnittlichen Risiko der Aktiven eines Telekommunikationsunternehmens, deshalb könne der WACC nicht den geeigneten Diskontsatz bilden.

**5.1.2** Die Beschwerdegegnerin entgegnet, der Entscheidungsformel der Vorinstanz folgend gelte es für die Bestimmung des erlittenen finanziellen Nachteils auch den Fall zu untersuchen, wie die Mittel verwendet worden wären, wenn zwischen den Parteien von Anfang an gesetzeskonforme Preise verrechnet worden wären, d.h. der ungerechtfertigte Mittelentzug nicht stattgefunden hätte. Dieser Aspekt müsse in die Beurteilung der Opportunitätskosten miteinbezogen werden. Hierzu sei es notwendig, dass eine fiktive Mittelverwendung berücksichtigt bzw. angenommen werde. Die Vorinstanz wende die Bundesfernmeldegesetzgebung rechtskonform an, indem sie für die Verzinsungsmodalitäten für Rückzahlungen infolge überhöhten regulierten Vorleistungspreisen auf den Branchen-WACC abstelle. Dieser Referenzzinssatz erweise sich als sachgerecht und stehe mit dem allgemeinen Verständnis der modernen Finanzierungstheorie, des Konzepts Shareholder Value (Economic Value Added, EVA), der aus dem Schadensrecht bekannten Differenztheorie sowie mit dem fernmelderechtlichen Ziel der Wettbewerbsförderung im Einklang. Es sei naheliegend, davon auszugehen, dass grundsätzlich jedes branchenübliche Projekt in Frage komme und infolgedessen es angemessen erscheine, von einem durchschnittlichen branchenüblichen Risiko auszugehen, wie es eben durch den WACC der Branche verkörpert werde.

**5.1.3** In ihrer Vernehmlassung unterstreicht die Vorinstanz, dass es sich nicht um ein Schulbeispiel der modernen Finanzierungstheorie, sondern um einen besonderen Fall handle, in welchem einer Partei vorläufig die Möglichkeit entzogen werde, über ihre Mittel frei verfügen zu können. Sie führt weiter aus, dass in der Konzeption der schweizerischen Zugangsregulierung diejenigen Opportunitätskosten entscheidend seien, die dem Nachteil entsprechen würden, welcher sich aus dem Mittelentzug im Zusammenhang mit den zu hoch offerierten Zugangspreisen ergeben habe. Dieser Mittelentzug sei unfreiwillig. Mit anderen Worten bedeute dies, dass die Beschwerdegegnerin die fraglichen Beträge (in Höhe der Preisüberschüsse, multipliziert mit den Volumina) nie im Sinne eines Darlehens an die Beschwerdeführerin ausgeliehen habe. Es sei nämlich nicht entscheidend, zu welchen Bedingungen Mittel hätten beschafft werden können. Vielmehr sei relevant, für welche anderen Zwecke die Mittel hätten verwendet werden können. In den bisherigen Verfahren habe die Perspektive der

Opportunitätskosten für die Berechnung der Verzinsung von Rückzahlungen nicht im Vordergrund gestanden. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die bisher zur Anwendung gelangte Methode von den Parteien akzeptiert respektive kein Gesuch um Festlegung dieser Zugangsbedingung eingereicht worden sei. Ein Grund dafür könne darin vermutet werden, dass sich die Eingriffe der Zentralbanken nach der Finanzkrise von 2007/2008 noch nicht signifikant auf die Zinssituation ausgewirkt hätten. Das Konzept der Opportunitätskosten sei in der Verfügung vom 9. Oktober 2008 nicht behandelt worden. Demgegenüber sei die Frage der Entschädigung und der Vergleichbarkeit der Schäden im Zusammenhang mit der Forderung der Gesuchstellerin, es sei der Verzugszins von 5% gemäss Art. 73 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und Art. 104 Abs. 1 OR zu veranschlagen, aber thematisiert worden.

Die Überlegungen des Privatgutachters Prof. A. \_\_\_\_\_ würden auf der Grundannahme beruhen, dass die zu viel bezahlten Beträge als ein Darlehen mit einem risikolosen Zinssatz zu betrachten seien. Diese Grundannahme sei falsch. Hätte die Beschwerdegegnerin über die Mittel frei verfügt, hätte sie diese sicherlich anders eingesetzt.

Mit dem WACC der Branche solle verhindert werden, dass eine leichtfertige Risikobereitschaft von Zugangsdiensten nachfragenden Anbieterinnen zu Zinssätzen führen könnte, welche zu Ungunsten der Beschwerdeführerin wären. Die Frage, welches individuelle Projekt mit den eingezogenen Mitteln finanziert worden wäre, könne nicht nachträglich beantwortet werden.

**5.1.4** In ihren Schlussbemerkungen hält die Beschwerdeführerin an ihren Vorbringen fest, wonach sich die Verzinsung anhand der Fremdkapitalkosten zu orientieren habe und verweist im Wesentlichen auf das Privatgutachten von Prof. A. \_\_\_\_\_. Sie widerspricht den Ausführungen der Vorinstanz dahingehend, im Privatgutachten von Prof. A. \_\_\_\_\_ werde gerade nicht angenommen, dass die zu viel bezahlten Beträge als ein Darlehen zu betrachten seien. Genausowenig werde von einem Darlehen mit risikolosem Zinssatz ausgegangen. Die einzigen beiden notwendigen Annahmen seien vielmehr effiziente Kapitalmärkte und das Fehlen von Finanzrestriktionen. Das Privatgutachten von Prof. A. \_\_\_\_\_ habe aufgezeigt, dass sich die Verzinsung von Rückforderungen am spezifischen Risiko zu orientieren habe.

## 5.2

**5.2.1** Bei der Regelung von Nebenbestimmungen ist nicht nur auf die Häufigkeit bzw. Beständigkeit einer bestimmten Regelung, sondern auch auf deren sachliche Rechtfertigung und Praktikabilität abzustellen. Darüber hinaus erscheint es zulässig, eine gewisse Vertragsgerechtigkeit anzustreben, sofern damit der Ausgleich der Marktbeherrschung bzw. eine Regelung bezweckt wird, wie sie unter Vertragspartnern mit gleicher oder zumindest ähnlicher Verhandlungsmacht zu erwarten wäre. Dies wurde mit der heutigen Fassung von Art. 11a Abs. 1 FMG – welche in diesem Punkt keine inhaltliche Neuerung bezweckt – weiter präzisiert. Die Nebenbedingungen sind zwar nach der Markt- und Branchenüblichkeit (Art. 74 Abs. 2 FDV), dabei aber unter Berücksichtigung der Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie den Auswirkungen des Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen festzulegen. Angesichts der Marktmacht der Beschwerdeführerin kann aus der Häufigkeit einer Klausel nicht darauf geschlossen werden, dass sie das Resultat funktionierenden Wettbewerbs darstellt. Es kann deshalb auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Klausel die Bedingungen widerspiegelt, die einen wirksamen Wettbewerb fördern. Der Zinssatz ist deshalb anhand inhaltlicher Massstäbe zu beurteilen (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.4 und BGE 132 II 284 E. 6.3; BVGE 2010/19 E. 12.4).

**5.2.2** Die offene Formulierung von Art. 11a Abs. 1 FMG eröffnet der Vorinstanz einen erheblichen Ermessensspielraum. Die Beurteilung des Zinssatzes im Hinblick auf einen funktionierenden Wettbewerb erfordert erhebliches Fachwissen, insbesondere eingehende Kenntnis der Verhältnisse auf dem Telekommunikationsmarkt. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft deshalb die Ausübung des Ermessens durch die fachkundige Vorinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung und beurteilt, ob sich die Vorinstanz von sachgerechten Überlegungen leiten liess, setzt aber sein Ermessen nicht anstelle desjenigen der Vorinstanz (vgl. E. 2 hiervor; vgl. ferner BGE 132 II 257 E. 3.3.4; BVGE 2010/19 E. 12.5).

**5.2.3** Aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) folgt, dass eine Behörde im Rahmen der Rechtsanwendung gleiche Sachverhalte gleich zu beurteilen hat bzw. das Vertrauen in die Fortführung einer Praxis grundsätzlich zu schützen ist. Nach konstanter Rechtsprechung muss sich eine Praxisänderung auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen

können, die – vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht, andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-1496/2019 vom 16. Juli 2021 E. 7.5 m.H.).

**5.2.4** Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweismittelwürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273). Danach haben die Bundesbehörden und Bundesgerichte die Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Richter alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen hat. Expertisen, die von einer Partei eingeholt und in das Verfahren als Beweismittel eingebracht werden (Partei- oder Privatgutachten), darf der Beweiswert nicht schon deshalb abgesprochen werden, weil sie von einer Partei stammen (vgl. statt vieler BGE 137 II 266 E. 3.2). Der Beweiswert eines Parteigutachtens ist jedoch verglichen mit einem behördlich angeordneten Gutachten regelmässig herabgesetzt und es gilt zum Vornherein nicht als Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG, weil davon ausgegangen werden muss, dass die Partei dem Privatgutachter in erster Linie die nach ihrem eigenen subjektiven Empfinden wesentlichen Gesichtspunkte des streitigen Sachverhalts unterbreitet, und das private Gutachten im Unterschied zum behördlichen nicht unter Strafandrohung erstellt wird (BVGE 2013/9 E. 3.8.1 m.H.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 147 zu Art. 12).

**5.3** Streitig und zu prüfen ist, ob für die Bestimmung des Zinssatzes auf das relevante Risiko (Geschäftsrisiko) auf der Grundlage der tatsächlichen Mittelverwendung (Mittelentzug durch die Beschwerdeführerin und dem damit verbundenen Rückzahlungsrisiko) abzustellen ist, oder der Mittelverwendung, die sich ergeben hätte, wenn kein Mittelentzug durch die Beschwerdeführerin entstanden wäre (Investition der Mittel in Projekte der Beschwerdegegnerin und den damit verbundenen Geschäftsrisiken).

**5.3.1** Zur bisherigen Zinsregelung (bezüglich TAL und KOL) hielt das Bundesverwaltungsgericht im amtlich publizierten Urteil BVGE 2010/19 E. 12.6 fest, dass die Vorinstanz bei der Bemessung des Risikozuschlags nicht von der Bonität der Beschwerdeführerin, die aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung und ihrer besonderen Position – aufgrund der Kapitalbeteiligung verfüge sie über eine faktische Staatsgarantie – sondern von derjenigen einer hypothetischen effizienten Markteintreterin ausgegangen sei. Dieses Vorgehen erscheine methodisch nachvollziehbar und sachlich vertretbar.

**5.3.2** Die Vorinstanz hat vorliegend den relevanten Sachverhalt insbesondere gestützt auf die Fachliteratur, die Parteivorbringen sowie ihr eigenen Fachkenntnisse abgeklärt. Vor diesem Hintergrund gelangte sie zum Schluss, dass es sachgerechter sei, bezüglich der Opportunitätskosten die Optik derjenigen Partei zu berücksichtigen, welcher die Mittel entzogen wurden. Dieser Mittelentzug sei unfreiwillig. Mit anderen Worten bedeute dies, dass die Beschwerdegegnerin die fraglichen Beträge (in Höhe der Preisüberschüsse, multipliziert mit den Volumina) nie im Sinne eines Darlehens an die Beschwerdeführerin ausgeliehen habe. Sie stellte somit – entgegen der Prämisse der Beschwerdeführerin – darauf ab, wie die Mittel hätten verwendet werden können. Die Vorinstanz zeigt damit auf, dass aus der Sicht der Beschwerdegegnerin auf den WACC abzustellen ist, der ein geeignetes Mass dafür darstellt, welche Rendite mit dem vorenthaltenen Kapital hätte erwirtschaftet werden können. Mit Verweis auf die Fachliteratur führt die Vorinstanz aus, dass viele oder gar die meisten Projekte als solche mit mittlerem Risiko eingestuft werden könnten. Für diese Projekte stelle der WACC der richtige Diskontsatz dar.

Im Übrigen hat die Vorinstanz ihre Praxis im Vergleich zur Verfügung vom 9. Oktober 2008 auch darum geändert, weil die Verzinsung des 12-Monats-Libor sich merklich veränderte. Im Jahr 2008 lag der 12-Monats-Libor zuzüglich Risikozuschlag nach den Feststellungen der Vorinstanz bei 4,2% und damit weniger als einen Prozentpunkt unter dem im OR definierten Verzugszinssatz von 5% (vgl. Art. 73 und Art. 104 Abs. 1 OR). Demgegenüber lag die Verzinsung des 12-Monats-Libor nach den Feststellungen der Vorinstanz ab 2015 im negativen Bereich.

**5.3.3** Bezugnehmend auf zwei Privatgutachten führt die Beschwerdeführerin verschiedene Argumente an, um die Opportunitätskosten zu bestimmen. Ihre diesbezüglichen Ausführungen beruhen jedoch alle auf der Prä-

missie, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin ein unfreiwilliges Darlehen gewährt. Diese Prämisse trifft jedoch beim Zugangsverfahren nach FMG nicht zu, sofern von den Opportunitätskosten ausgegangen wird. Soweit die Beschwerdeführerin mit Verweis auf das Privatgutachten von Prof. A. \_\_\_\_\_ bestreitet, dass diese Prämisse ausschlaggebend ist, kann ihr nicht gefolgt werden. Es ist sehr wohl entscheidend, ob bei einer Investition von (faktisch) einem Darlehen oder von einer Investition ausgegangen wird bzw. welche Perspektive diesbezüglich eingenommen wird. Hierzu kann auf die Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden. Einschränkend kommt hinzu, dass die von ihr bzw. vom Privatgutachter Prof. A. \_\_\_\_\_ erwähnten Modelle auf restriktiven Annahmen beruhen, die in der Praxis nur selten erfüllt sein dürften (vgl. z.B. die vorgebrachten Miller-Modigliani Theoreme: BREALY/MYERS/ALLEN/EDMANS, Principles of Corporate Finance, 14. Aufl. 2022, S. 440). In der Lehre scheint jedenfalls kein allgemeiner Konsens zu gelten, welcher Kapitalkostensatz zur Abgeltung der Opportunitätskosten im vorliegenden Verfahren zu wählen ist, da es sich aufgrund der unfreiwilligen Mittelentnahme nicht um einen Lehrbuchfall handelt (vgl. ferner die unterschiedlichen Vorschläge der Parteien im Verfahren der Ofcom E. 5.5 hiernach). Wie es sich im Einzelnen damit verhält, braucht aufgrund der falschen Prämisse nicht vertieft zu werden. Im Übrigen käme den beiden ins Recht gelegten Privatgutachten ohnehin kein erhöhter Beweiswert zu (vgl. E. 5.2.4 hiervor).

**5.3.4** Zusammenfassend erscheint das Vorgehen der Vorinstanz methodisch nachvollziehbar und sachlich vertretbar, zumal die Beschwerdegegnerin wohl nie von sich aus ein "Darlehen" an die Beschwerdeführerin gegeben hätte. Daraus folgt, dass angesichts besserer Erkenntnisse in der Sache und geänderter Umstände ernsthafte sachliche Gründe bestehen, die eine Praxisänderung gegenüber 2008 zulassen (vgl. E. 5.2.3 hiervor). Schliesslich wird auch nicht geltend gemacht, dass die Praxisänderung gegen die Rechtssicherheit oder den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen könnte.

**5.3.5** Nicht zu beanstanden ist schliesslich das Abstellen auf den WACC der Branche statt auf einen unternehmensspezifischen WACC. Eine solche Pauschalisierung bringt zwar gewisse Abweichungen von den tatsächlichen Kosten mit sich, die aber vertretbar sind. Das Abstellen auf den Branchen-WACC verhindert jedenfalls, dass eine FDA aus diesem Grund und zu Ungunsten der Beschwerdeführerin eine leichtfertige Risikobereitschaft

eingeht oder ihre Kapitalstruktur ändert. Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben hierzu festgehalten, es sei bei der Regelung von Nebenbestimmungen nicht lediglich auf die Häufigkeit bzw. Beständigkeit einer bestimmten Regelung, sondern auch auf deren sachliche Rechtfertigung und Praktikabilität abzustellen (vgl. E. 5.2.2 hiervor). Die Lösung erweist angesichts möglicher Fehlanreize von FDA als praktikabel. Als Zwischenergebnis erweist sich daher das Abstellen auf den WACC der Branche als sachgerecht. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen korrekt ausgeübt, indem sie sich darauf stützt.

**5.3.6** Als nächstes ist im Einzelnen auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin bezüglich des WACC der Branche einzugehen bzw. zur Frage, ob dieser die Opportunitätskosten korrekt abbildet. Da die Prämisse der Beschwerdeführerin nach dem zuvor Gesagten nicht zutrifft (vgl. E. 5.3.3 hiervor), erübrigt es sich indessen, auf ihre zahlreichen Ausführungen und die beiden ins Recht gelegten Privatgutachten zur Abgeltung der Opportunitätskosten mittels Fremdkapitalkostensatz einzugehen.

## **5.4**

**5.4.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die verwendeten Daten würden einerseits auf einem für den angenommenen Mittelentzug nicht angemessenen historischen Zeitraum basieren. Andererseits werde der WACC auch nicht für den Zeitraum bestimmt, für den ihn die Vorinstanz bei der Verzinsung von Rückzahlungen zur Anwendung bringen wolle (jährliche Aktualisierung). Eine weitere Fehlüberlegung der Vorinstanz bestehe darin, den WACC damit rechtfertigen zu wollen, dass dieser auch den regulierten Preisen zu Grunde liege. Der WACC beeinflusse im Wesentlichen nur jene Kostenkomponenten eines regulierten Dienstes, welche sich aus langfristigen Anlagen ergeben würden. Aus diesem Grund habe der WACC für Betriebskosten oder Anlagen mit einer kurzen Nutzungsdauer keine oder höchstens eine untergeordnete Relevanz. Im Gegensatz dazu komme der Zinssatz für Rückzahlungen auf den kompletten Rückzahlungsbetrag zur Anwendung und betreffe somit auch Kostenarten, welche überhaupt keinen Bezug zum WACC hätten.

**5.4.2** In ihrer Vernehmlassung legt die Vorinstanz dar, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin nur dann zutreffend wären, wenn die Grundannahme gelten würde, wonach die Opportunitätskosten des Mittelentzuges ausgehend von der Mittelherkunft zu bestimmen wären. Dann könnte der Logik eines fremdkapitalkostenbasierten Ansatzes gefolgt werden. Die

Anwendung des WACC sei nicht damit begründet worden, dass er einen direkten Zusammenhang mit den regulierten Preisen habe. Die von der Beschwerdeführerin referenzierte Textpassage beziehe sich nicht auf die Grundsatzfrage, sondern auf die Begründung der Anwendung des WACC der Branche gegenüber einem unternehmensspezifischen WACC. Letztlich solle der Verweis auf den Zusammenhang mit den regulierten Preisen lediglich zeigen, dass unbestrittenermassen eine logische Nähe bestehe.

**5.4.3** Die Beschwerdegegnerin widerspricht der Beschwerdeführerin dahingehend, dass der WACC ein inhärent in die Zukunft gerichtetes (forward looking) Konzept darstelle. Er werde dazu verwendet, den Barwert von zukünftig erwarteten Mittelflüssen (Cashflows) risikogerecht zu bestimmen. Dass dabei historische Zeitreihen verwendet würden, um den für die Zukunft relevante Kapitalkostensatz (WACC) zu schätzen, stelle eine Besonderheit der verwendeten Methodik (CAPM; Capital Asset Pricing Model) dar. Dass eine gewisse Streuung bei den Werten beobachtet werde, sei nicht auf einen fundamentalen Unterschied beim Kapitalkostensatz, sondern auf die Eigenheiten der Berechnungsmethodik und der verwendeten Informationen (Daten) zurückzuführen. Der WACC stelle den korrekten Zinssatz (Diskontsatz) dar, wenn es um die Beurteilung der Rentabilität von Projekten oder die Bewertung von Anlagevermögen (Assets) und Unternehmungen gehe. Der Argumentation der Beschwerdeführerin liege zudem eine Betrachtung der entzogenen Mittel als Darlehen und nicht eine Opportunitätskostenbetrachtung von Kapital zugrunde. Im Unterschied zum Darlehen werde bei einer Opportunitätskostenbetrachtung nicht jeden Monat ein "Darlehen" bei den Anbieterinnen aufgenommen, sondern die Anbieterinnen würden jeden Monat den Gegenwert der entzogenen Mittel in ihre Projekte investieren. Da im vorliegenden Fall bei der Bestimmung der Opportunitätskosten eine Projektbetrachtung durchgeführt werde, sei die Verwendung eines WACC nicht nur angemessen, sondern auch sachlich begründet. Selbstredend sei für Investitionen in Projekte nicht ein monatlicher Zinssatz von Relevanz, sondern der Kapitalkostensatz WACC, welcher in der Regel einmal jährlich angepasst werde.

**5.4.4** In ihren Schlussbemerkungen hält die Beschwerdeführerin daran fest, dass die Abschätzung der Eigenkapital- als auch der Fremdkapitalkosten mit dem WACC auf der historischen Entwicklung von Kennzahlen beruhe. So könne sich ein wesentlicher Unterschied zwischen den für die Berechnung der Zugangspreise vorausschauend angenommenen Zinssätzen und dem tatsächlich im jeweiligen Jahr vorherrschenden Zinsniveau

ergeben. Zum Zeitpunkt der Berechnung der Zugangspreise sei das tatsächliche Zinsniveau des jeweiligen Jahres noch gar nicht bekannt. Eine monatliche Anpassung des WACC sei deshalb nicht zweckmässig.

**5.4.5** Nach dem bereits zuvor Gesagten geht die Beschwerdeführerin von der fehlerhaften Prämisse aus, dass die Opportunitätskosten aufgrund eines Fremdkapitalkostensatzes zu bestimmen seien (vgl. E. 5.3.1 hiavor). Diesbezüglich ist auf die nachvollziehbaren Ausführungen der Vorinstanz abzustellen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz das Abstellen auf den WACC nicht damit begründet, dass dieser auch den regulierten Preisen zu Grunde liege. Vielmehr hat sie damit die Anwendung des WACC der Branche gegenüber einem unternehmensspezifischen WACC erläutert. Beizupflichten ist ferner der Beschwerdegegnerin, wonach bei Betrachtung der Opportunitätskosten aus der Perspektive der Anbieterinnen kein "Darlehen" aufgenommen, sondern auf den WACC abgestellt wird und damit der genaue Zeitpunkt der Mittelentnahme kaum ins Gewicht fällt. Angesichts des grossen technischen Ermessens der Vorinstanz, eine praktikable Lösung zu finden (vgl. E. 5.2.2 f. hiavor), ist die neue Regelung jedenfalls nicht zu beanstanden. Damit erweist sich diese Rüge ebenfalls als unbegründet.

**5.5** Als nächstes ist auf die Praxis der britischen Regulierungsbehörde Ofcom einzugehen.

**5.5.1** Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung fest, dass die britische Regulierungsbehörde Ofcom den Zinssatz nicht auf der Grundlage des Risikos der Mittelverwendung, sondern auf der Grundlage der Mittelherkunft bestimmt habe. Die Mittelherkunft klassifiziere, aus der Sicht der Leistungserbringerin, welche verzinste Rückzahlungen sie zu leisten habe. Sie sei der Ansicht, dass der im Gutachten zitierte Entscheid der Ofcom nicht auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden könne, insbesondere, weil die Frage der Mittelverwendung in ihm nicht behandelt werde. Gerade dieser Punkt sei jedoch entscheidend, wenn es darum gehe, dass die Verzinsung zu einer Gleichstellung der Parteien beitragen solle. Ausserdem basiere die Entscheidung der Ofcom auf einem Zinssatz, der nicht mit dem Libor vergleichbar sei, und auf einem Zeitraum (2007 bis 2012), in dem das Niveau der Zinssätze noch für alle Parteien zufriedenstellend respektive im Mindesten nachvollziehbar gewesen sei.

**5.5.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Ofcom eine Richtlinie zur Bestimmung der Verzinsung von Rückzahlungen erarbeitet habe. Deren

Ausführungen und Überlegungen bezögen sich somit nicht nur auf einen einzelnen Fall, sondern seien das Ergebnis einer mehrjährigen Auseinandersetzung mit der Thematik. Diese komme zu einem anderen Ergebnis als die Vorinstanz bei der Beurteilung des exakt gleichen relevanten Sachverhalts, nämlich der Bestimmung einer angemessenen Verzinsung von Rückzahlungen. Die Ofcom beziehe sich in ihren Ausführungen auf den Leitzinssatz der Bank of England, welcher im Kern mit dem Libor vergleichbar sei. Sie komme dabei zum Schluss, dass die Verzinsung von Obligationen und somit von Fremdkapitalkosten massgebend sei. Es treffe zwar zu, dass sich der Entscheid der Ofcom nur auf den Zeitraum von 2007 bis 2012 beziehe. In die Feststellungen der Ofcom flössen jedoch auch die Zinsentwicklungen bis Ende März 2015 ein, also bis zu einem Zeitpunkt, an welchem sich die Rendite von Anleihen bereits auf einem niedrigen Niveau bewegt habe.

**5.5.3** Die Beschwerdegegnerin führt aus, das Vorgehen von Ofcom beschränke sich einzig auf die Beurteilung des Vorteils, der bei British Telecom (BT) durch die entzogenen Mittel entstehe, lasse aber in ihren Überlegungen den Nachteil, welche die betroffenen Anbieterinnen durch den Mittelentzug erleiden würden, völlig ausser Acht. Bereits im Jahr 2013 habe Ofcom aus der Optik der Mittelherkunft argumentiert, dass die entzogenen Mittel (overcharge) als ein Darlehen an BT zu betrachten seien und folglich für die Verzinsung ein Zinssatz für Fremdkapital massgebend sei.

**5.5.4** In ihrer Vernehmlassung vertritt die Vorinstanz die Ansicht, die Ofcom stelle den Vorteil des Unternehmens, das für seine Dienste zu viel verrechnet habe, in den Vordergrund. Dieser Ansatz sei nicht sachgerecht; es gelte vielmehr den Nachteil zu berücksichtigen, welchen diejenige Partei erfahre, die überhöhte Preise bezahlt habe. Abgesehen davon habe Ofcom einen Ansatz gewählt, der an Bedingungen geknüpft und auch nur punktuell gültig gewesen sei.

**5.5.5** Die Beschwerdeführerin widerspricht den Vorbringen der übrigen Verfahrensbeteiligten. Es sei ebenfalls sachgerecht und führe zum gleichen Resultat, die entzogenen Mittel als unfreiwilliges Darlehen zu betrachten. Im Kern dürfe die erzwungene Mittelverwendung nur im Sinne eines Fremdkapitals, jedoch nicht als eine Unternehmensbeteiligung (Eigenkapital) betrachtet werden. Zu diesem Ergebnis komme gerade auch die britische Regulierungsbehörde Ofcom. Sicherlich treffe es zu, dass es in Detailfragen, wie zum Beispiel dem Referenzzinssatz, zu einer unter-

schiedlichen Beurteilung komme. Diese seien aber in erster Linie dem unterschiedlichen Betrachtungszeitraum sowie den unterschiedlichen nationalen Gegebenheiten geschuldet. Wie die Vorinstanz auch korrekt festhalte, habe die britische Regulierungsbehörde Ofcom von der Verwendung des WACC abgesehen, nachdem zwar auf eine längerfristige Finanzierung, jedoch nicht auf eine Unternehmensbeteiligung abgestellt werde.

**5.5.6** Am 4. Mai 2017 hat die britische Regulierungsbehörde Ofcom einen Bericht bezüglich "BT's charges for Ethernet services" veröffentlicht ([https://www.ofcom.org.uk/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0022/101596/Ethernet-final-determinations.pdf](https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0022/101596/Ethernet-final-determinations.pdf), abgerufen am 11. November 2022). Darin befindet sich in Anhang 2 eine Richtlinie ("Guidance") für eine Zinsregelung für das Zugangsverfahren. Die Ofcom schlägt darin vor, dass der Zinssatz allgemein den Zeitwert der Hauptforderung des Unternehmens, welches zu viel in Rechnung gestellt habe, widerspiegeln solle (OFCOM, a.a.O., A2.4 von Anhang 2: "Our starting point is that the interest rate should generally reflect the time value of the principal to the overcharging firm, i.e. the benefit the overcharging firm enjoys by virtue of the delay between its overcharging and the date on which it makes a repayment."). Weder der Bericht der Ofcom vom 4. Mai 2017 noch dessen Anhang 2 erhellen, weshalb der Aspekt der Mittelverwendung nicht berücksichtigt werden sollte. Vielmehr argumentiert die Ofcom damit, dass die BT das Risiko des Eigenkapitals nicht getragen habe (OFCOM, a.a.O., Rz. 3.59 f.). Mit dieser Argumentation wird der Nachteil, welche die betroffenen Anbieterinnen durch den Mittelentzug erleiden würden (Opportunitätskosten), nicht beachtet. Bereits aus diesem Grund kann nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin aus diesem Bericht abgeleitet werden. Kommt hinzu, dass die Ofcom sich bei der Zinshöhe massgeblich und ohne vertiefte Auseinandersetzung auf das britische case law stützt (OFCOM, a.a.O., S. 81 und Fn. 148). Nach dem Gesagten erweist sich die Rüge als unbegründet.

**5.6** Als nächstes ist auf die Kapitalisierung des Zinssatzes einzugehen.

**5.6.1** Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung fest, dass der Zinssatz jährlich aktualisiert werde (variabler Zinssatz) und damit dem WACC entspreche, welcher jeweils den im entsprechenden Jahr berechneten kostenorientierten Preisen zu Grunde liege. Die Berechnungsmethode des WACC der Branche ziele darauf ab, die jährlichen Schwankungen der verschiedenen Variablen durch gleitende Dreijahresdurchschnitte zu reduzieren. Daraus entstehe ein relativ geglätteter WACC-Verlauf von einem Jahr zum nächsten, was künftig die Differenz zwischen dem festen

und dem variablen Zinssatz für die Rückforderungen abfedere. Trotzdem führe die Wahl eines variablen Zinssatzes zu grösserer Kohärenz, wenn man berücksichtige, dass die zu viel bezahlten Beträge sich über mehrere Jahre kumulieren und die Preise für die Zugangsdienste jedes Jahr neu berechnet würden.

**5.6.2** Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass es für eine Korrektur von Ziff. 16.4.2 der Geschäftsbedingungen Zugang bezüglich der Kapitalisierung der aufgelaufenen Zinsen keine sachliche Rechtfertigung gebe. Im Gegenteil würde der von der Vorinstanz verfügte Passus ohne ersichtlichen Mehrwert zu zusätzlichen Aufwänden und einer unerwünschten Erhöhung der ohnehin bereits bestehenden Komplexität führen. Für die Anpassung der Vorinstanz fehle denn auch jegliche Erklärung oder Begründung und es würden sich keinerlei Hinweise dafür finden, dass die bisherige Regelung untauglich oder inkonsistent gewesen wäre oder den rechtlichen Rahmen nicht eingehalten hätte.

**5.6.3** Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass aus ihrer Sicht eine Kapitalisierung am Jahresende zweckmässig erscheine, da in jedem Kalenderjahr ein neuer Branchen-WACC berechnet werde und folglich aus Abgrenzungsüberlegungen eine Harmonisierung der Kapitalisierung mit dem Kalenderjahr sinnvoll erscheine. Die Kapitalisierung von Zinsen am Jahresende entspreche auch dem üblichen Vorgehen. So erfolge etwa im Bankenverkehr nach schweizerischer Usanz eine Kapitalisierung der Zinsen am Jahresende. Die aktuelle Kapitalisierungsmethode nach zwölf Monaten sei daher als eher unüblich einzustufen. Sie erachte die technische Umsetzung der Verzinsungsmethode als eine Nebensächlichkeit und könnte sich damit einverstanden erklären, dass die bisherige Kapitalisierungsregelung nach zwölf Monaten (unterjährig) beibehalten werde und sinngemäss auf den Branchen-WACC angewandt werde, d.h., dass nach Ablauf von zwölf Monaten der gültige Zinssatz mit dem Branchen-WACC des aktuellen Kalenderjahres aktualisiert werde.

**5.6.4** Die Vorinstanz erläutert, dass es sachgerecht erscheine mit dem Wechsel des Zinssatzes das von der Beschwerdegegnerin beantragte Vorgehen zu übernehmen, weil mit der neuen Verzinsung pro Jahr nur ein Zinssatz zur Anwendung gelange. Entsprechend erachte sie es als logisch, wenn dieser Zinssatz nur bis zum Jahresende zur Anwendung gelange. Bezüglich der Erhöhung der Komplexität könne sie den Überlegungen der Beschwerdeführerin nicht folgen. Wie den bis dahin gültigen Geschäftsbedingungen Zugang zu entnehmen sei, sehe die bisherige Zinsregelung vor,

dass bei monatlicher Rechnungsstellung zwölf unterschiedliche Zinssätze pro Jahr zur Anwendung gelangen würden. Inwiefern dieser Ansatz einfacher sein solle, als das verfügte Vorgehen, erschliesse sich ihr nicht. Es bestärke sie vielmehr darin, mit dem Entscheid das Rückerstattungsverfahren einfacher und verständlicher gemacht zu haben. Sollte dies für die Parteien nicht zutreffen, könnten sie jederzeit die Modalitäten einvernehmlich anpassen.

**5.6.5** In ihren Schlussbemerkungen stellt die Beschwerdeführerin fest, dass sich die Beschwerdegegnerin bereit erklärt habe, von ihrem Begehren einer Kapitalisierung zum jeweiligen Jahresende abzusehen. Die Beschwerde sei in diesem Punkt gutzuheissen und an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.

**5.6.6** Eingangs ist festzuhalten, dass weder eine Einigung zustande gekommen ist noch eine Anerkennung durch die Vorinstanz stattgefunden hat. Damit ist dieser Streitpunkt nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. zum Ganzen ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 146 ff.). Aufgrund der Geltung der Dispositionsmaxime in der Fernmeldegesetzgebung steht es den Parteien selbstredend frei, sich im Nachgang zum vorliegenden Verfahren zu einigen (vgl. zum Ganzen E. 4.4 hiervor). In der Sache selbst erläutert die Vorinstanz, dass mit der neuen Verzinsung pro Jahr nur ein Zinssatz zur Anwendung gelangt. Entsprechend erachte sie es als logisch, wenn dieser Zinssatz nur bis zum Jahresende zur Anwendung gelange, so wie es eben der Gültigkeit des jeweiligen Zinssatzes entspreche. Diese Ausführungen erweisen sich als schlüssig. Dagegen verfängt die Argumentation der Beschwerdeführerin mit der Erhöhung der Komplexität nicht, da eben gerade die bisherige Regelung bei monatlicher Rechnungsstellung zu zwölf unterschiedlichen Zinssätzen und damit zu mehr Komplexität führt (vgl. Ziff. 16.4.3 der Geschäftsbedingungen Zugang). Somit hat die Vorinstanz ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt und die angefochtene Verfügung ist in diesem Punkt zu bestätigen.

## **5.7**

**5.7.1** Abschliessend trägt die Beschwerdeführerin vor, die WACC-Verzinsung führe infolge unnötiger disziplinierender Wirkung zu einer die "überschiessenden Regulierung". Die Vorinstanz könne nicht nachvollziehbar aufzeigen, warum der Wettbewerb nicht genauso gefördert werde, wenn

zur Verzinsung von Rückzahlungen auf marktgerechte Fremdkapitalkosten abgestellt werde. Gleichzeitig werde auch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung verletzt, indem eine willkürlich hohe Festsetzung der Verzinsung auf das Niveau des WACC sie einseitig schlechterstellen würde.

**5.7.2** Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, dass eine Verzinsung von Rückforderungen auf Basis des WACC nicht zu einer überschüssenden Regulierung führe. Sie sei vielmehr sachgerecht, um allfällige Nachteile auszugleichen, mit denen sich die um Zugang nachfragenden Anbieterinnen im geltenden Ex-post-Zugangsregime konfrontiert sähen.

**5.7.3** In ihrer Beschwerdeantwort stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, die disziplinierende bzw. ausgleichende Wirkung, die von einer WACC-Verzinsung ausgehe, sei vom Gesetzgeber durchaus gewollt. Dabei sei aber festzuhalten, dass die durch die WACC-Verzinsung erreichte Disziplinierung in der vollständigen Rückgängigmachung der ungerechtfertigten bzw. gesetzeswidrigen Bevorteilung des marktmächtigen Unternehmens bzw. der Benachteiligung der Konkurrenz bestehe. Zu einer darüberhinausgehenden Pönalisierung des strategischen Verhaltens, z.B. in Form einer Busse, führe die WACC-Verzinsung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hingegen nicht. Es könnte deshalb auch von einer Neutralisierung des Anreizes zu strategischem Verhalten für das marktmächtige Unternehmen gesprochen werden.

**5.7.4** Präzisierend führt die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen aus, dass mit der Zinsregelung keine über eine effektive und sachgerechte Entschädigung hinausgehenden Ziele wie einer Bestrafung oder "Vorsorgeregelung" verfolgt werden sollten.

**5.7.5** Angesichts des Ermessensspielraumes der Vorinstanz ist es nach dem zuvor Gesagten nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz für die neue Zinsregelung auf den WACC der Branche abstellt (vgl. E. 5.3.5 hier vor). Inwiefern die Beschwerdeführerin dadurch diskriminiert würde, ist nicht substantiiert dargetan. Darüber hinaus erscheint es rechtsprechungsgemäss zulässig, eine gewisse Vertragsgerechtigkeit anzustreben, sofern damit der Ausgleich der Marktbeherrschung bzw. eine Regelung bezweckt wird, wie sie unter Vertragspartnern mit gleicher oder zumindest ähnlicher Verhandlungsmacht zu erwarten ist (vgl. E. 5.2 hiavor). Somit erweist sich diese Rüge als unbegründet.

**5.7.6** Zusammenfassend hat die Vorinstanz ihr Ermessen korrekt ausgeübt, indem sie auf den WACC der Branche abgestellt hat. Ihre Würdigung der Markt- und Branchenüblichkeit bei den Nebenbedingungen des Zugangs hält vor dem Bundesrecht stand.

## **6.**

Im Ergebnis erweist sich die Verfügung der Vorinstanz als bundesrechtskonform. Nachdem sich die von der Vorinstanz gewählte Methode als bundesrechtskonform erwiesen hat, braucht nicht mehr auf die von der Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2022 vorgebrachte Methode (gestützt auf den SARON [= Swiss Average Rate Over Night]) eingegangen zu werden. Die Beschwerde ist abzuweisen.

## **7.**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 20'000.– festgesetzt (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der von ihr geleistete Kostenvorschuss wird in diesem Umfang zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Der Restbetrag von Fr. 10'000.– wird ihr zurückerstattet.

**7.2** Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Das Gericht setzt die Entschädigung aufgrund der Kostennote oder, sofern keine solche eingereicht wird, der Akten fest (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Nach dem zu den Kostenfolgen Gesagten ist die Beschwerdegegnerin als obsiegend zu betrachten und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Sie hat keine Kostennote eingereicht. In Anbetracht des mutmasslichen Zeitaufwands für das Verfahren erscheint eine Entschädigung von Fr. 8'000.– als angemessen. Dementsprechend ist dieser Betrag der Beschwerdegegnerin durch die unterliegende Beschwerdeführerin als Parteientschädigung zu entrichten. Der unterliegenden Beschwerdeführerin steht keine Parteientschädigung zu (Art. 64 VwVG i.V.m.

Art. 7 ff. VGKE). Ebenso wenig hat die Vorinstanz einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**8.**

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

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 20'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 10'000.– wird ihr zurückerstattet.

**3.**

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– zu bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Joel Günthardt

Versand: