

COMCOM bedingungen-der-interkonnektion-drittwirkungsklausel-sunrise-vs-swisscom-2010-06-21-b091cc vom 21. Juni 2010

ComCom, 2010-06-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_bedingungen-der-interkonnektion-drittwirkungsklausel-sunrise-vs-swisscom-2010-06-21-b091cc

FR: COMCOM

bedingungen-der-interkonnektion-drittwirkungsklausel-sunrise-vs-swisscom-2010-06-21-b091cc du 21 juin 2010

IT: COMCOM

bedingungen-der-interkonnektion-drittwirkungsklausel-sunrise-vs-swisscom-2010-06-21-b091cc del 21 giugno 2010

Erwägungen

E. 1

Verfahrensvoraussetzungen

E. 1.1

Allgemein Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Zugangsverfahren nach Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 2007 (FMG; SR 784.10) gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) abzuwickeln, soweit das FMG spezialgesetzlich nicht nähere Bestimmungen enthält (Art. 1 Abs. 2 lit. d und Art. 4 VwVG).

E. 1.2

Zuständigkeit Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf Ge- such einer Partei und auf Antrag des BAKOM die Bedingungen des Zugangs. Streitigkei- ten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG). Das Verfügen von Zugangsbedingungen setzt mit- hin voraus, dass sich die Parteien über diese nicht vertraglich einigen konnten (sog. Ver- handlungsprimat). Mit Eingabe vom 6. Mai 2004 reichte die Gesuchstellerin bei der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung auf Interkonnektion ein. Es blieb im Verfahren unbestritten, dass die Parteien während mindestens drei Monaten Verhandlungen über die Vertragsbedin- gungen betreffend Interkonnektion führten, ohne dass es dabei in allen Punkten zu einer Einigung gekommen wäre. Auch hinsichtlich der mit Gesuchsergänzung vom 22. Februar 2008 verlangten Verfügung einer Drittwirkungsklausel handelt es sich um eine Vertrags- bedingung, die zwischen den Parteien strittig blieb. Bei der Drittwirkungsklausel handelt es sich um eine Bedingung der Zugangsgewährung in Form von Interkonnektion, so dass gemäss Art. 11a FMG die ComCom zuständig ist zur Behandlung des Gesuchs vom 6. Mai 2004 bzw. der Gesuchsergänzung vom 22. Februar 2008.

E. 1.3

Verfahrensgegenstand Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind die Rechtsbeziehungen, welche eine Be- hörde von Amtes wegen oder auf Begehren der beteiligten Personen regeln soll (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, Art.

25 Rz 13). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmelderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus, von Amtes wegen kann es nicht angehoben werden. Folglich bestimmen auch in erster Linie die Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei den Verfahrensgegenstand, was sich unter anderem auf den Umfang des festzustellenden Sachverhalts und den Umfang der

7/17

Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 52). Mit Datum vom 9. Oktober bzw. 23. Dezember 2008 hat die ComCom in Teilverfügungen rechtskräftig über die Preise 2004-2008 entschieden. Ebenso hat sie über die beantragte Vertragsbestimmung hinsichtlich der Drittwirkung von behördlichen Entscheiden befunden. Die von der Gesuchsgegnerin gegen diesen Punkt erhobene Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 1. Februar 2010 (A-7162/2008) insofern gutgeheissen, als es die Teilverfügung in diesem Punkt aufhob und die Angelegenheit zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurückwies. Nach Wiederaufnahme des Verfahrens haben die Parteien grundsätzlich am Antrag auf Verfügung einer vertraglichen Drittwirkungsklausel festgehalten. In der Eingabe vom 16. April 2010 ergänzt die Gesuchstellerin den Aspekt der Verzinsung einer Rückforderung dahingehend, als nach Ablauf von jeweils 12 Monaten der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt und die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden sollen. In ihrer Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010 wehrt sich die Gesuchsgegnerin gegen diese aus ihrer Sicht unzulässige Ausdehnung des Verfahrensgegenstands. Sie verweist dabei auf das Bundesverwaltungsgericht, das in seinem Entscheid festgehalten habe, dass sich der Streitgegenstand im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens höchstens verengen, nicht aber ausweiten könne. Daraus könne nur geschlossen werden, dass über die Drittwirkungsklausel materiell im Rahmen der bisherigen Anträge/Rechtsbegehren der Parteien zu entscheiden sei. Die Gesuchsgegnerin übersieht bei dieser Argumentation, dass das Bundesverwaltungsgericht über die Drittwirkungsklausel nicht materiell entschieden, sondern die Angelegenheit in diesem Punkt zur erneuten Verfügung an die Vorinstanz zurückgewiesen hat. Die Zuständigkeit zum Entscheid über den Streitgegenstand, die aufgrund des Devolutiveffekts der Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht lag, wurde dadurch wieder an die Vorinstanz zurückgewiesen. Das Zugangsverfahren ist mit anderen Worten wiederum vor der ComCom hängig, soweit nicht bereits rechtskräftig darüber entschieden worden ist. Dabei gelten die einschlägigen Gesetzesvorschriften, wie sie für jedes Zugangsverfahren vor der ComCom zur Anwendung gelangen. Namentlich ist den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren, so dass es diesen möglich sein muss, zum Verfahrensgegenstand Anträge zu stellen bzw. bereits früher gestellte Anträge abzuändern oder zu ergänzen. Unbestrittenermassen muss die ComCom über das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin urteilen, wonach diese die Verfügung einer Drittwirkungsklausel verlangt. Bei dieser Vertragsbestimmung geht es auch um die Verzinsung von Rückforderungen. Die ComCom ist folglich aufgerufen, den Wortlaut einer Vertragsbestimmung behördlich festzusetzen. Dieser muss selbstredend klar und eindeutig sein, um allfällige Streitigkeiten über die Auslegung der Bestimmung möglichst zu vermeiden. Ist über die Verzinsung einer Forderung zu befinden, so müssen sich aus der Regelung nicht nur die Höhe des Zinssatzes, sondern auch die weiteren Modalitäten klar und eindeutig ergeben. Ergibt sich

aus den Par-

8/17

teieingaben, dass die grundsätzliche Verzinsungspflicht unterschiedlich interpretiert werden kann, so muss die ComCom in diesem Punkt Klarheit schaffen. Dabei kann nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden, dass die Frage, ob die Zinsen zu kapitalisieren sind, in einem engen Zusammenhang zur Grundsatzfrage steht. Die Verzinsungspflicht lässt sich anders ausgedrückt nur eindeutig regeln, wenn aus der Regelung auch klar ist, wie die Verzinsung vorzunehmen ist. Mit der Änderung des Rechtsbegehrens in diesem Punkt wird der Verfahrensgegenstand folglich nicht erweitert. Somit ergibt sich, dass der Antrag der Gesuchstellerin auf Verfügung der vertraglichen Drittwirkungsklausel den noch verbleibenden Verfahrensgegenstand bildet, über den erneut, unter Beachtung der verbindlichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil vom 1. Februar 2010, erstinstanzlich zu befinden ist.

E. 1.4

Rechtsschutzinteresse

E. 1.4.1

Allgemeines Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dies gilt nicht nur für den in Art. 25 VwVG explizit erwähnten Fall der Feststellungsverfügung, sondern analog auch für Gestaltungs- und Leistungsverfügungen (vgl. BGE 120 Ib 351 E. 3a S. 355, PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 30 Rz. 29). Das schutzwürdige Interesse muss nicht zwingend ein rechtliches sein; auch ein bloss tatsächliches kann genügen. Das geforderte Interesse muss aber grundsätzlich aktueller und praktischer Natur sein. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet. Es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131).

E. 1.4.2

Eintreten auf Gesuchsergänzung vom 22. Februar 2008 Bereits in der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 wurde über die Rüge der Gesuchsgegnerin befunden, wonach es der Gesuchstellerin an einem schutzwürdigen Interesse an der Verfügung einer Regelung über die Rückwirkung von Behördenentscheiden in Drittverfahren mangle. Die ComCom erachtete die Rüge als unbegründet, bejahte ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse und trat auf das Begehren ein. Dies hat die Gesuchsgegnerin vor Bundesverwaltungsgericht nicht beanstandet. Auch nach Wiederaufnahme des Verfahrens hat die Gesuchsgegnerin keinen Antrag mehr auf Nichteintreten gestellt. Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Ausführungen zu diesem Punkt. Das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin an der Verfügung einer Drittwirkungsklausel ist gegeben.

E. 1.4.3

Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vertragsklausel Weiter ist auf die Frage einzugehen, ab wann die von der ComCom zu verfügende Vertragsbestimmung Gültigkeit erlangt. Die Parteien haben im Laufe des Verfahrens verschiedene Anträge zu diesem Punkt gemacht. In der Eingabe vom 22. Februar 2008 beantragte die Gesuchstellerin die Festsetzung der strittigen Klausel im Interkonnectionsvertrag vom 26. Oktober 2001 auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, mithin per

E. 1.5

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen erfüllt sind und auf das Gesuch um eine behördliche Regelung der Rückwirkung von Behördenentscheidungen in Drittverfahren eingetreten werden kann. Die Frage, welche Aspekte der Vertragsklausel zwischen den Parteien im Einzelnen strittig sind bzw. der sich hieraus ergebende Prüfungsumfang, bildet Gegenstand der nachfolgenden materiellen Erwägungen. 2. Drittwirkung von Zugangsentscheidungen Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Interkonnektion gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Mit der gesetzlichen Interkonnektionspflicht soll verhindert werden, dass marktbeherrschende Anbieterinnen neuen Konkurrentinnen mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verwehren (BGE 125 II 613 E. 1b S. 618). Im Rahmen des Dispositionsprinzips steht es einer Partei frei, die ComCom um behördliche Prüfung und Festsetzung des gesamten Vertragswerks oder nur einzelner Aspekte zu ersuchen, über die sich die Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht einigen konnten. Vorliegend ist zwischen den Parteien nicht umstritten, dass die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin grundsätzlich verpflichtet ist, der Gesuchstellerin den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten in Form von Interkonnektion zu gewähren. Die Parteien sind sich sodann grundsätzlich darin einig, dass die Rückwirkung von Behördenentscheidungen in Drittverfahren eine wesentliche Bedingung des regulierten Interkonnektionsverhältnisses zwischen den Parteien darstellt, die einer expliziten vertraglichen Regelung zugeführt werden soll. Beide Parteien beantragen der ComCom die Verfügung einer vertraglichen Drittwirkungsklausel, wonach sie gegenseitig zur Rückzahlung zu viel bezahlter Beträge auch dann verpflichtet sind, wenn die in Frage stehenden Preise in einem Drittverfahren von der ComCom gesenkt wurden (vgl. hierzu BVGE A-7162/2008 vom 1.2.2010, E. 7.4.1).

11/17

Der ComCom verbleibt somit einzig, in den nachfolgenden Erwägungen über die zwischen den Parteien verbliebenen Differenzen hinsichtlich der Vertragsregelung zu befinden. 3. Vertragliche Drittwirkungsklausel Mit Eingabe vom 16. April 2010 beantragte die Gesuchstellerin die Verfügung der folgenden Drittwirkungsklausel:

Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen Swisscom und einem Dritten die geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht resp. abgerechnet. Eventuelle Rückzahlungen werden zu einem Basissatz CHF-LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1,3% verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet. Nach Ablauf von jeweils 12 Monaten wird der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt, wobei die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden. In der Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010 hielt die Gesuchstellerin an ihrem Rechtsbegehren fest, ohne den Wortlaut nochmals abzuändern. Die Gesuchsgegnerin stellte in ihrer Eingabe vom 26. März 2010 das Begehren, die Drittwirkungsklausel im Interkonnektionsvertrag vom 26. Oktober 2001 zwischen den Parteien

wie folgt zu verfügen:

Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen Swisscom und einem Dritten die ab 6. Mai 2004 geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht. Eventuelle Rückzahlungen werden zu einem Basissatz CHF-LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1,3% verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet. Eventualiter beantragte sie, in der Formel auf die zeitliche Befristung zu verzichten, dafür jedoch folgende Ergänzung vorzunehmen: Diese Regelung findet keine Anwendung auf die seinerzeit zwischen der Swisscom AG und der Sunrise Communications AG am 25. Februar 2000 mit Interkonnektionsvertrag Version 4.1 vereinbarten Preise. In ihrer Eingabe vom 19. Mai 2010 hielt die Gesuchsgegnerin zur Frage der zeitlichen Befristung fest, sie sei – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – bereit, die Drittwirkung im Sinne des Begehrens der Gesuchstellerin im Schreiben vom 16. April 2010 „per 26. Oktober 2001“ zu akzeptieren, doch sei in der Drittwirkungsklausel selber klarzustellen,

12/17

dass die Drittwirkungsregelung nur für die ab 26. Oktober 2001 geltenden Interkonnektionspreise zur Anwendung kommen könne. Bei der Gegenüberstellung der beiden Rechtsbegehren wird ersichtlich, dass sich der von den Parteien für eine Drittwirkungsklausel vorgeschlagene Wortlaut lediglich in drei Punkten unterscheidet: ■ Die Gesuchsgegnerin ergänzt den ersten Satz im Sinne ihrer Eingabe vom 19. Mai 2010 wie folgt: „(...) ab 26. Oktober 2001 (...)“. ■ Die Gesuchstellerin ergänzt den ersten Satz am Ende wie folgt: „(...) resp. abgerechnet“. ■ Die Gesuchstellerin ergänzt die Klausel am Ende mit folgendem Satz: „Nach Ablauf von jeweils 12 Monaten wird der Basissatz für die nächste Periode neu bestimmt, wobei die aufgelaufenen Zinsen der Hauptforderung zugeschlagen (kapitalisiert) werden.“ Nachdem es sich um die einzigen drei verbliebenen Differenzen zwischen den Parteien handelt, hat sich der Entscheid auf diese Aspekte zu beschränken. 3.1 Zeitliche Wirksamkeit Gemäss den Ausführungen in den Stellungnahmen vom 26. März 2010 und 19. Mai 2010 beabsichtigt die Gesuchsgegnerin mit der Formulierung „die ab 26. Oktober 2001 geltenden Preise“ die Rückwirkung zeitlich auf die nach dem 26. Oktober 2001 gültigen Preise zu beschränken. Die Ergänzung dient mit anderen Worten nicht der Präzisierung der Drittwirkung an sich, sondern zielt darauf ab, den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vertragsbestimmung festzulegen. Wie bereits unter Ziff. 1.4.3 hiervor ausgeführt, geht es vorliegend bei der Ergänzung des zwischen den Parteien bestehenden Interkonnektionsvertrags vom 26. Oktober 2001 um eine Vertragsbestimmung, bei welcher die Parteien sich nicht einigen konnten. Dergestalt wird der Vertrag ex tunc ergänzt. Dabei hat sich die ComCom an dem von Gesetzes wegen geltenden, keine zeitliche Beschränkung kennenden Diskriminierungsverbot zu orientieren. Das Bundesverwaltungsgericht hat denn auch in seinem Entscheid vom 1. Februar 2010 unmissverständlich festgehalten, dass die von der Vorinstanz zu formulierende Drittwirkungsklausel zeitlich nicht zu beschränken sei (A-7162/2008, E. 10.1.7). Schon daraus ergibt sich, dass der von der Gesuchsgegnerin beantragten zeitlichen Einschränkung „ab 26. Oktober 2001“ nicht entsprochen werden kann. Die von der Gesuchsgegner-

rin dagegen vorgebrachten Einwände sind ganz offensichtlich unbehelflich. Soweit sie im Übrigen vorbringt, die ComCom hätte im Falle der Formulierung einer zeitlich unbegrenzten Drittwirkungsklausel sicherzustellen, dass sie dadurch nicht in bestehende Vereinbarungen eingreife, verkennt sie die Aufgabe der ComCom. Diese hat im Falle eines entsprechenden Dissenses zwischen den Parteien gesetzeskonforme Zugangsbedingungen festzulegen. Anderweitig zwischen den Parteien oder anderen Anbieterinnen abgeschlos-

13/17

sene Zugangsvereinbarungen sind für sie dabei grundsätzlich unbeachtlich. Sollten sich Streitigkeiten daraus ergeben, dass die Parteien Widersprüche zu erkennen glauben zwischen den von der ComCom festgelegten Zugangsbedingungen und solchen, die zwischen den Parteien beispielsweise in früheren Vereinbarungen einvernehmlich festgelegt wurden, hätte einmal mehr das hierfür zuständige Zivilgericht zu entscheiden. Ihm obläge es gegebenenfalls zu klären, ob die hier in Frage stehende Drittwirkungsklausel auch auf einen Preis anwendbar ist, der bereits vor dem 26. Oktober 2001 galt, oder ob in diesem Fall der zu diesem Zeitpunkt unter den Parteien gültige Vertrag zur Anwendung gelangt. In diesem Sinne ist der Gesuchsgegnerin Recht zu geben, zu dieser Frage hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinen Erwägungen (E.10.1.7) nicht geäußert. Immerhin sei aber auch darauf verwiesen, dass aus den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht geschlossen werden kann, dass Rückforderungsansprüche aufgrund des im Fernmeldegesetz verankerten Diskriminierungsverbots ohne ausdrückliche vertragliche Regelung in einer rückwirkenden Drittwirkungsklausel nicht geltend gemacht werden könnten. Dem Antrag der Gesuchsgegnerin, eine zeitliche Befristung in den zu verfügenden Wortlaut aufzunehmen, kann deshalb nicht stattgegeben werden.

3.2 Erbringung resp. Abrechnung von Leistungen Die Gesuchstellerin hat die von ihr beantragte Ergänzung, wonach die Leistungen nach den in einem Drittverfahren festgesetzten Bedingungen erbracht resp. abgerechnet werden, nicht weiter begründet. Die Gesuchsgegnerin hat sich zu dieser Differenz im Wortlaut nicht explizit geäußert. Mit der Ergänzung soll präzisiert werden, dass es in der Regel nicht darum geht, die Dienste neu zu den im Drittverfahren festgesetzten Preisen zu erbringen, sondern die bereits erbrachten Dienste zu den behördlich festgesetzten Preisen nachträglich neu abzurechnen. Die Gesuchstellerin lehnt sich für diese Präzisierung offensichtlich an die von der ComCom in ihren Entscheiden üblicherweise verwendete Verfügungsformel an, wonach die Gesuchsgegnerin verpflichtet wird, die Dienstleistungen zu den nachfolgend verfügten Preisen anzubieten resp. abzurechnen. Der vorgeschlagene Wortlaut erweist sich somit als geeignet, die unter den Parteien an sich unbestrittene Aussage der Klausel zu präzisieren, so dass die von der Gesuchstellerin vorgeschlagene Wendung in die Verfügung aufzunehmen ist.

3.3 Verzinsung, Kapitalisierung von Zinsen Unter den Parteien ist zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr strittig, dass allfällige Rückforderungen der Verzinsung unterliegen. Eine Einigung besteht auch hinsichtlich der Zinshöhe, wonach die Rückzahlungen zu einem Basiszinssatz CHF-LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1,3% verzinst werden. Nach Wiederaufnahme des Verfahrens zeigte sich hingegen, dass sich die Parteien nicht einig sind, wie die Verzinsung zu berechnen ist. Wie bereits unter Ziff. 1.3 ausgeführt, gehört diese Frage zum Verfahrensgegenstand, so dass hierüber zu befinden ist.

14/17

In der Eingabe vom 16. April 2010 begründet die Gesuchstellerin den Antrag auf Kapitalisierung der Zinsen damit, dass sich dieses Vorgehen aus der Periodizität des gewählten

Zinssatzes ergebe. Der gewählte LIBOR beziehe sich nämlich auf Darlehen mit einer Laufzeit von 12 Monaten. Nach Ablauf dieser Periode werde das Darlehen - sofern es nicht erneuert werde - samt Zinsen fällig. Werde das Darlehen erneuert, so würden die aufgelaufenen Zinsen entweder bezahlt oder aber zur Hauptforderung geschlagen. Eine solche Zinseszins-Regelung entspreche dem ökonomischen Prinzip der Opportunitätskosten und sei zweifellos als Usanz im Geschäftsverkehr zu betrachten. In der Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010 hält die Gesuchsgegnerin demgegenüber fest, dass es zwischen den Parteien seit Jahren üblich sei, die Aufzinsung der zurückzuzahlenden Monatsbeträge mit dem jeweiligen LIBOR-Satz bis zum Auszahlungsdatum vorzunehmen. Vorliegend gehe es um die Erbringung von Leistungen zu einem vorläufigen Preis. Da die definitiven Preise erst am Ende eines Verfahrens feststünden, könne der Rückzahlungsbetrag während der Verfahrensdauer auch nicht bestimmt werden. Diese Überlegungen gälten erst Recht für Rückforderungen aufgrund eines Drittverfahrens. Zunächst kann festgestellt werden, dass die Frage, wie die Verzinsung einer Rückforderung zu berechnen ist, aus der von der Gesuchsgegnerin beantragten Formulierung nicht eindeutig hervorgeht. Die Verzinsungspflicht kann einerseits so verstanden werden, dass die aufgrund einer Monatsrechnung rückzahlbare Differenz während der ganzen Dauer zum damals gültigen LIBOR-Satz zu verzinsen ist, bis der geschuldete Betrag tatsächlich ausbezahlt wird. Dies ist die Interpretation der Gesuchsgegnerin. Der Wortlaut lässt jedoch auch Raum für die abweichende Interpretation, wonach der Zins jährlich zum Kapital geschlagen wird und alsdann für ein weiteres Jahr zum neu geltenden Zinssatz zu verzinsen ist. Dies ist die Auslegung der Gesuchstellerin. So oder so ergibt sich, dass der Wortlaut interpretationsfähig und somit nicht eindeutig ist. Die ComCom ist folglich verpflichtet, die Bestimmung so abzuändern oder zu ergänzen, dass sie eine eindeutige Regelung hinsichtlich der Zinsberechnung bildet. Der Hinweis der Gesuchsgegnerin auf die bisherige, langjährige unbestrittene Praxis unter den Parteien ist insofern unbehelflich, als die Parteien seit 2001 gerade keine gültige Vertragsbestimmung hatten, so dass sich die diesbezügliche Geschäftspraxis auf keine einvernehmliche Regelung abstützte. Die Gesuchstellerin beantragte denn auch in anderen parallelen Zugangsverfahren zu anderen Zugangsverträgen um die Verfügung einer Drittwirkungsklausel samt Verzinsungspflicht. Um die Modalitäten der Zinsberechnung festzusetzen, ist einerseits auf die Rechtsbegründung, auf die sich die Zinspflicht stützt, und andererseits auf den Charakter des Leistungsverhältnisses, um das es hier geht, abzustellen. Die Drittwirkungsklausel stellt als Ausfluss des Diskriminierungsverbots sicher, dass die für Interkonnectionsdienste zwischen den Parteien verrechneten Preise neu abgerechnet werden müssen, wenn die Preise in einem Drittverfahren nachträglich gesenkt wurden. Die Drittwirkungsklausel verringert gleichzeitig den Anreiz der marktbeherrschenden Anbieterin, Interkonnectionsverfahren aus finanziellen bzw. aus wettbewerbspolitischen Gründen zu verzögern. Dieser Zweck würde allerdings nur ungenügend erfüllt, wenn die Rückerstattung des zuviel bezahlten unverzinst bliebe. In diesem Falle käme die marktbeherrschende Anbieterin in den

15/17

Genuss eines Kapitalertrages, der nicht zu rechtfertigen ist. Die grundsätzliche Verzinsungspflicht der Rückforderungen ist denn auch nicht bestritten. Die Pflicht, die Interkonnectionsdienste zu kostenorientierten Preisen anzubieten, trifft die marktbeherrschende Anbieterin, vorliegend die Gesuchsgegnerin. Erweisen sich die Preise im Rahmen eines Zugangsverfahrens als überhöht, so muss sie grundsätzlich die Folgen

hieraus tragen. Als Folge der Verrechnung überhöhter Preise erwächst ihr ein Guthaben, das sie gewinnbringend investieren kann. Demgegenüber werden der Gesuchstellerin als Folge der Verrechnung überhöhter Preise unrechtmässig Mittel entzogen, die ihr sodann als Investitionskapital fehlen. Eine Zinsregelung soll mithin für die Gesuchstellerin einen Ausgleich für die finanziellen Nachteile schaffen, die sich nicht ergäben, wenn zwischen den Parteien von Anfang an gesetzeskonforme Preise verrechnet worden wären. Die Regelung muss daher aus Sicht der Gesuchstellerin als Gläubigerin der rückzahlungspflichtigen Guthaben eine möglichst marktgerechte Verzinsung derselben garantieren. Die von den Parteien beantragte Zinsregelung ist nachfolgend unter diesen Prämissen zu prüfen. Im Geschäftsverkehr werden Kapitalanlagegeschäfte üblicherweise an eine jährliche Fälligkeit der Zinszahlung geknüpft. In Spezialfällen kann die Fälligkeit auch kürzer, viertel- oder halbjährlich vereinbart sein, eine überjährige Fälligkeit gibt es jedoch kaum. Ist von einem Zinssatz die Sprache, so wird darunter landläufig denn auch die Verzinsung eines Guthabens während eines Jahres verstanden. Das Jährlichkeitsprinzip ist für Unternehmen auch deshalb Usanz, weil im Rahmen der jährlichen Rechnungslegung auch Buch über den Zinsaufwand und -ertrag zu führen ist. Bei Kapitalanlagegeschäften wird der Zins in der Regel jährlich fällig und gutgeschrieben. Abhängig von der Art der Kapitalanlage wird der Zins entweder ausbezahlt oder erneut in die gleiche Kapitalanlage investiert. In jedem Fall kann die Kapitalgeberin den Zins in eine (neue) Kapitalanlage investieren und daraus neue Zinserträge generieren. Es ist somit zu prüfen, ob Gründe bestehen, welche für das vorliegende Vertragsverhältnis ein Abweichen von dieser Usanz im Geschäftsverkehr nahelegen. Aufgrund der bisherigen Praxis geht die ComCom davon aus, dass ein Zugangsverfahren kaum einmal unter einem Jahr dauert, die Vorgabe von Art. 11a Abs. 3 FMG mithin nicht eingehalten werden kann. Häuft sich also bei der Gesuchsgegnerin ein rückzahlungspflichtiges Guthaben als Folge der Verrechnung überhöhter Preise an, so vergehen in der Regel Jahre zwischen der ursprünglichen monatlichen Leistungsabrechnung und der Rückzahlung des zuviel Verrechneten. Dies scheint auch der Einschätzung der Parteien zu entsprechen. Diese sind sich darin einig, dass Rückforderungen zum CHF-LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1,3% zu verzinsen sind. Der CHF-LIBOR wird regelmässig von der Schweizerischen Nationalbank veröffentlicht und für die Verzinsung von Verpflichtungen unter Banken verwendet. Der Satz für zwölf Monate wird selbstredend für Forderungen vereinbart, die für ein Jahr gelten. Die Höhe des Zinses wird dabei unter anderem nach Massgabe der erwarteten Entwicklung des Kapitalmarkts festgelegt; für kürzere Laufzeiten ist der Zins in der Regel tiefer, für längere Laufzeiten höher.

16/17

Die Wahl des Zinssatzes, CHF-LIBOR, war ursprünglich von der Gesuchsgegnerin vorgeschlagen worden und ist inzwischen auch von der Gesuchstellerin akzeptiert worden. Mit der Vereinbarung dieses Zinssatzes ist eindeutig bestimmt, wie hoch der Zins zur Verzinsung der Rückforderungen ist. Das Abstellen auf diesen Zinssatz erscheint nicht zwingend, auch andere Ansätze wären hierfür in Frage gekommen. Für die ComCom ergeben sich keine zwingenden Gründe, den unter den Parteien einvernehmlich bestimmten Zinssatz zu ändern. Dem Charakter dieses Zinssatzes entsprechend ist allerdings konsequenterweise auf das Jährlichkeitsprinzip abzustellen. Diesem würde nicht entsprochen, wenn der in einem bestimmten Monat gültige Zinssatz für eine in diesem Zeitpunkt entstandene Forderung über mehrere Jahre hinweg angewandt würde. Auch wenn es im vorliegenden

Vertragsverhältnis nicht zu einer Auszahlung der Zinsen kommen kann, weil die Forderungshöhe noch gar nicht bekannt ist, so muss bei der Auszahlung der Rückforderung dem Prinzip der jährlichen Kapitalisierung der Zinserträge doch Rechnung getragen werden. Aufgrund dieser Erwägungen kommt die ComCom zum Schluss, dass die Verzinsung der Rückforderungen in der von der Gesuchstellerin beantragten Weise vorzunehmen ist. Ausgangspunkt bildet dabei die monatliche Verrechnung der zwischen den Parteien erbrachten Leistungen. Ergibt sich nachträglich aufgrund eines Drittverfahrens, dass die für die Leistungserbringung verrechneten Preise überhöht waren, so muss neu abgerechnet werden. Für den betreffenden Monat entsteht eine Differenz zwischen dem geschuldeten und dem bereits bezahlten Betrag. Die Differenz bildet die aus diesem Monat rückzahlbare Forderung. Diese ist nach Massgabe des in diesem Monat gültigen CHF-LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1.3% zu verzinsen. Nach einem Jahr wird der Zins zur ursprünglichen Forderung geschlagen. Der sich neu ergebende Betrag wird alsdann zum neu in diesem Monat gültigen CHF-LIBOR zwölf Monate zuzüglich 1.3% verzinst. Erfolgt die Rückzahlung nicht innert dieses weiteren Jahres, so wird der Zins wiederum zur Forderung geschlagen und die Zinsberechnung beginnt erneut, sei es wiederum für ein Jahr, sei es pro rata temporis.

3.4 Fazit Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass Ziff. 3.2.3 des zwischen den Parteien bestehenden Interkonkonnktionsvertrags vom 26. Oktober 2001 in dem von der Gesuchstellerin beantragten Wortlaut zu verfügen ist. Wie die ComCom bereits in früheren Entscheiden festgehalten hat, erweist sich eine Drittwirkungsklausel in dieser Ausgestaltung als gesetzeskonform. Die Bestimmung weicht im Übrigen nur geringfügig von der Regelung ab, wie sie von der Gesuchsgegnerin heute in den meisten wenn nicht sogar allen Zugangsverträgen verwendet wird.

III Kosten [...]

17/17

Aus diesen Gründen wird verfügt: 1. Ziff. 3.2.3 der Vertragsurkunde vom 26. Oktober 2001 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags betreffend Interkonnktion 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. 2. [...] 3. Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich gegen Rückschein eröffnet. Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom Christian Bovet Vizepräsident

Rechtsmittel Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung schriftlich Beschwerde erhoben werden. Diese Frist steht still vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern; vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar. Die Beschwerde ist einzureichen an das

Bundesverwaltungsgericht Postfach 3000 Bern 14 Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.

E. 6

Mai 2004. Mit Eingabe vom 16. April 2010 präzisiert sie die zu verfügende Vertragsbestimmung und führt dazu aus, die Vertragsklausel sei per 26. Oktober 2001, spätestens aber per Zeitpunkt der Anhängigmachung des Verfahrens zu verfügen. Im Rahmen der Schlussstellungnahme vom 19. Mai 2010 hält die Gesuchstellerin an der beantragten Drittwirkungsklausel fest. In der Eingabe vom 26. März 2010 präzisiert die Gesuchsgegnerin die zu verfügende Vertragsbestimmung u.a. dahingehend, dass Rückforderungen (ausschliesslich) aus Drittverfahren entstehen können, in denen über Preise entschieden wurde, die ab 6. Mai 2004 galten. Eventualiter beantragt sie eine zusätzliche Bestimmung, wonach die Regelung „keine Anwendung auf die seinerzeit zwischen der Swisscom AG und der Sunrise Communications AG am 25. Februar 2000 mit Interkonnektionsvertrag Version 4.1 vereinbarten Preise“ Anwendung finde. Im Rahmen der Schlussstellungnahme beantragt die Gesuchsgegnerin eine Formulierung, wonach sich allfällige Rückforderungen aus Drittverfahren bezüglich der ab 26. Oktober 2001 geltenden Preise ergeben können. In der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 erwog die ComCom, dass die Gesuchsgegnerin gestützt auf das gesetzliche Diskriminierungsverbot verpflichtet sei, die in einem Zugangsverfahren rechtskräftig verfügten Vertragsbedingungen in gleichem Masse auch gegenüber ihren anderen Vertragsparteien zu gewähren. Nachdem die Drittwirkung von Gesetzes wegen gelte, sei sie einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich. Der ComCom sei es folglich auch verwehrt, eine diesbezügliche Vertragsregelung zu verfügen. Unter diesen Umständen konnte sich die Frage nach einer zeitlichen Beschränkung der möglichen Anspruchsgrundlage für Rückforderungen gar nicht stellen. Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Urteil vom 1. Februar 2010 (A-7162/2008 E. 7 ff.) fest, dass das Diskriminierungsverbot zwar die gleichen Bedingungen für alle FDA fordere und dabei keine Gründe für eine Einschränkung auf die in Zukunft zu bezahlenden Preise erkennbar seien, dass aus dem Diskriminierungsverbot jedoch nicht abgeleitet werden könne, das Gesetz sehe eine direkte Drittwirkung der Verfügungen der ComCom vor. Die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Bedingungen geschehe gemäss Art. 11b FMG auf dem zivilrechtlichen Weg. Der Vorinstanz komme nach dieser Konzeption weder eine Aufgabe bei der Durchsetzung der Verträge, noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich ihrer Rechtmässigkeit zu. Unter diesen Umständen sei – zumindest soweit dadurch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung nicht eingeschränkt werde – nicht einzusehen, weshalb kein Raum für eine vertragliche Regelung der Rückwirkungsfordernungen im Sinne einer rückwirkenden Drittwirkungsklausel bestehen sollte. Eine Rückwirkungsklausel entspreche vielmehr, sofern sie im Sinne der Nichtdiskriminierung allen Interkonnektionspartnerinnen der Beschwerdeführerin (hier: Gesuchsgegnerin) gewährt werde, der Zwecksetzung der Rechtsordnung. Soweit auf dem Verhandlungsweg keine Einigung über die Rückforderungsmodalitäten erzielt werden konnte, seien diese auf Antrag einer Partei nach markt- und branchenüblichen Kriterien hin zu verfügen (E. 9.3.10). Die ComCom ist bei

ihrem Entscheid an diese Erwägungen gebunden (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.196).

10/17

Vorliegend strittig ist der Wortlaut von Ziff. 3.2.3 des zwischen den Parteien geltenden Interkonnektionsvertrags vom 26. Oktober 2001, der die Anspruchsgrundlage für Rückforderungen gestützt auf Zugangsentscheide in Drittverfahren regelt. Die ComCom ist mithin aufgerufen, eine Drittwirkungsklausel zu verfügen, die im Vertragsverhältnis unter den Parteien zur Anwendung gelangt, wie wenn die Bestimmung von Anfang an einvernehmlich zwischen den Parteien vereinbart worden wäre. Demgegenüber hat die ComCom nicht darüber zu entscheiden, ob die Vertragsklausel auf einen konkreten Fall anwendbar ist bzw. welche Rechtsansprüche aus der Anwendung der Vertragsbestimmung geltend gemacht und notfalls vollstreckt werden können. Dies ist im Streitfall gestützt auf Art. 11b FMG Sache des zuständigen Zivilgerichts.

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