

# **COMCOM zugangsverfahren-verzinsung-von-rückforderungen -swisscom-vs-sunrise-2021-06-24-d7ec06 vom 24. Juni 2021**

ComCom, 2021-06-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom\\_zugangsverfahren-verzinsung-von-rückforderungen-swisscom-vs-sunrise-2021-06-24-d7ec06](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_zugangsverfahren-verzinsung-von-rückforderungen-swisscom-vs-sunrise-2021-06-24-d7ec06)

FR: COMCOM

zugangsverfahren-verzinsung-von-rückforderungen-swisscom-vs-sunrise-2021-06-24-d7ec06 du 24 juin 2021

IT: COMCOM

zugangsverfahren-verzinsung-von-rückforderungen-swisscom-vs-sunrise-2021-06-24-d7ec06 del 24 giugno 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Verfahrensvoraussetzungen

#### **E. 1.1**

Allgemein Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Zugangsverfahren nach Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (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 Bst. d und Art. 4 VwVG).

#### **E. 1.2**

Zuständigkeit Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM dessen Bedingungen. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG). Mit ihrer Eingabe vom 12. Februar 2020 beantragt die Gesuchstellerin, den Inhalt einer zwischen den Parteien geltenden vertraglichen Bestimmung ändern zu lassen. Aus Sicht der Gesuchstellerin ist die ComCom gestützt auf Art. 11a Abs. 1 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 FMG zuständig zum Entscheid über das vorliegende Gesuch. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Zuständigkeit der ComCom und beantragt, auf das Gesuch nicht einzutreten. Sie erklärt in ihrer Eingabe vom 20. April 2020, die Gesuchstellerin könne jederzeit Anpassungen der geltenden Vertragsgrundlagen beantragen. Dies sei im aktuell geltenden Zugangsverhältnis zwischen den Verfahrensparteien explizit geregelt. Es sei indessen festzuhalten, dass der Gesuchstellerin bei einer gescheiterten einvernehmlichen Vertragsanpassung nicht ohne Weiteres der Weg an die Regulierungsbehörden offenstehe, sondern die vereinbarten Anpassungs- bzw. Kündigungsmodalitäten des bestehenden Zugangsvertragsverhältnisses zu beachten seien. Der ComCom fehle – zufolge der bestehenden ungekündigten Zugangsvereinbarung zwischen den Verfahrensparteien – die Entscheidungsbefugnis, um die von der Gesuchstellerin beantragte neue Verzinsungsregelung für Rückzahlungen aus Zugangsverfahren mittels privatrechtsgestaltender Verfügung festlegen zu können. In ihrer Replik vom 9. Juni 2020 äussert sich die Gesuchstellerin ausführlich zur Frage der Zuständigkeit der ComCom. Sie bemerkt zusammenfassend, dass die Parteien über die

strittige Frage der Verzinsung von Rückzahlungen rechtsgenügend verhandelt hätten und sich dabei nicht hätten einigen können. Damit sei von einem ursprünglichen Dissens auszugehen. Eine Kündigung des Vertrags sei weder Voraussetzung für Neuverhandlungen noch für die Begründung der Zuständigkeit der ComCom oder für den Nachweis von ursprünglichem Dissens. Dies ergebe sich auch aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und dem teleologischen Zweck der anwendbaren Gesetznormen. Folglich sei der Hauptantrag der Gesuchsgegnerin abzuweisen und auf das Gesuch einzutreten.

Aktenzeichen: OS 41-00016

6/26

In ihrer Duplik vom 24. August 2020 wiederholt die Gesuchsgegnerin, dass Sondierungen und informelle Anfragen, über Anpassungen bzw. Modifikationen der geltenden Vertragsgrundlagen zu diskutieren, jederzeit möglich seien. Würden jedoch solche Anfragen bzw. die daraus resultierenden Gespräche nicht zu einer einvernehmlichen Vertragsanpassung führen, so könne nicht automatisch von einem (ursprünglichen) Dissens ausgegangen werden, welcher die Zuständigkeit der ComCom begründe. Die Gesuchstellerin habe die vertraglich vereinbarte Teilkündigung der Zinsregelung für Rückzahlungen unterlassen. Eine Entscheidungsbefugnis der ComCom könne vielmehr erst bejaht werden, wenn ein (ursprünglicher) Dissens bzw. ein durch eine förmliche Kündigung des Zugangsvertrages initiiertes Dissens und neben einem materiell-inhaltlichen Dissens auch formell eine entsprechend den vertraglich vereinbarten (Kündigungs-)Modalitäten zustande gekommene, behördenseitig auszufüllende Regelungslücke vorliege. Mit Schreiben vom 29. Januar 2021 wiederholt die Gesuchstellerin, dass eine Kündigung des Vertrags weder Voraussetzung für Neuverhandlungen noch für die Begründung der Zuständigkeit der ComCom oder für den Nachweis von ursprünglichem Dissens sei. In der eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts komme unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Kündigung von Netzzugangsverträgen keine Voraussetzung für Neuverhandlungen bzw. für den Nachweis von (ursprünglichem) Dissens als Eintretensvoraussetzung sei. Dass die Gesuchsgegnerin sich nunmehr in das Argument des Erfordernisses einer «schriftlichen Teilkündigung» versteigere, wirke vor diesem Hintergrund bemüht, zumal fraglich sei, ob eine solche ohne entsprechende (explizite) vertragliche Regelung überhaupt zulässig wäre. Wenig überzeugend wirke auch der Versuch der Gesuchsgegnerin, die einschlägige Vereinbarung (Vertragsergänzung) zwischen den Parteien, wonach Zugangsverträge auch in ungekündigtem Verhältnis verhandelt werden könnten, welche die Gesuchstellerin genau im Hinblick auf solche Diskussionen verlangt habe, aus diesem Kontext zu drängen. Die Gesuchstellerin habe die Regelung nicht als «Selbstverständlichkeit» für «Sondierungen und informelle Anfragen» eingefordert, sondern aufgrund der Erfahrung, dass die Gesuchsgegnerin sich immer wieder unter Berufung auf geltende Verträge Neuverhandlungen zu verweigern versuche. Dass die Gesuchsgegnerin das «Kündigungsargument» neuerdings auch zur Obstruktion von Zugangsverfahren bediene, unterstreiche die Notwendigkeit der Regelung bzw. die Berechtigung der Praxis, dass Zugangsverträge zur Anhebung eines Zugangsverfahrens nicht gekündigt werden müssen, auch nicht teilweise. Im schweizerischen Zugangsregime gilt das Ex-Post-Prinzip: Können sich die beteiligten Parteien über die Bedingungen des Zugangs nicht einigen, so werden diese von der Com-Com verfügt. Es ist unbestritten, dass es sich bei der Verzinsung von Rückforderungen um eine Vertragsbestimmung handelt, die von den Parteien im Rahmen der Verhandlungsmatrix vertraglich vereinbart werden kann oder, falls dies nicht gelingt,

auf Gesuch hin von der ComCom mittels Verfügung festgelegt wird. Die ComCom hat mit Verfügung vom 9. Oktober 2008 eine Verzinsungspflicht für Rückzahlungen aus Zugangsverfahren bejaht und die Verzinsung basierend auf dem Satz 12-Monats-Libor CHF zuzüglich eines Bonitätszuschlages von 1.3 % festgelegt. Mit Entscheid vom 1. Februar 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht diese Zinsregelung bestätigt (BVGE A-7162/2008, E. 12). Aufgrund der privatrechtsgestaltenden Wirkung der Verfügung der ComCom wurde diese Zinsregelung in die

Aktenzeichen: OS 41-00016

7/26

zwischen den Parteien geltende vertragliche Vereinbarung aufgenommen (Geschäftsbedingungen Zugang vom 1. Januar 2013, Ziff. 16.4.2). Mit dem vorliegenden Gesuch verlangt die Gesuchstellerin eine behördliche Neuregelung der Verzinsungsmodalitäten bei Rückforderungen aus Zugangsverfahren. Unter den Parteien umstritten ist die Frage, ob es sich hierbei um eine Streitigkeit über die Festlegung von Bedingungen des Zugangs im Sinne von Art. 11a FMG oder um eine Streitigkeit aus einer zwischen den Parteien geltenden Vereinbarung im Sinne von Art. 11b FMG handelt. Letzteres würde zu einer Kompetenz der Zivilgerichte führen, weshalb die ComCom auf den Antrag der Gesuchstellerin nicht eintreten könnte. Die geltenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen äussern sich nur knapp zu den Modalitäten der vertraglichen Beziehung zwischen einer marktbeherrschenden – und damit angebotspflichtigen – Anbieterin und den zugangsberechtigten Anbieterinnen. Immerhin ist in Art. 53 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) festgehalten, dass die marktbeherrschende Anbieterin mindestens jährlich ein aktualisiertes Basisangebot für den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten veröffentlicht. Nimmt sie Änderungen an diesem vor, so hat sie solche mindestens drei Monate vorher anzukündigen (Art. 53 Abs. 2 FDV). Ferner ermöglicht sie unter anderem online und in standardisierter Form die Bestellung, die Abwicklung, den Betrieb und die Kündigung der einzelnen Zugangsdienstleistungen (Art. 53 Abs. 3 FDV). In den Art. 63a ff. FDV sind sodann einige Grundsätze bezüglich Zugangsvereinbarungen und Verfahren geregelt. Darüber hinaus gilt – wie im schweizerischen Zugangsregime üblich – die Verhandlungsmaxime, das heisst, die Parteien regeln ihre Rechtsbeziehungen im Rahmen von vertraglichen Vereinbarungen in erster Linie selber. Ein behördlicher Eingriff ist nur dort vorgesehen, wo die Verhandlungsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu keinem Konsens gelangen konnten und ein ursprünglicher Dissens über einen Haupt- oder Nebenpunkt vorliegt. Konnten sich die Parteien ursprünglich einigen, sind sie sich jedoch im Nachhinein über eine bestimmte Bedingung nicht einig, so liegt ein nachträglicher Dissens vor, der von einem Zivilgericht zu beurteilen ist. Für die Frage der Zuständigkeit der ComCom respektive der Zivilgerichte ist entscheidend, ob eine einvernehmliche Einigung vorliegt oder nicht. Das Bundesverwaltungsgericht äussert sich zum Grundsatz der Kompetenzverteilung in E. 4.4.1 von BVGE A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 folgendermassen: «Wo sich die Parteien geeinigt haben, besteht keine Zuständigkeit der Vorinstanz (sog. Verhandlungsprimat). Dieser kommt zudem keine über die Regelung strittiger Zugangsbedingungen hinausreichende Aufsichtsfunktion zu. Ebenso wenig hat sie für die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügbaren Zugangsbedingungen besorgt zu sein. Streitigkeiten aus Vereinbarungen oder Verfügungen über den Zugang sind vielmehr durch die Zivilgerichte zu beurteilen (Art. 11b FMG; vgl. zum Ganzen BVGE 2010/19 E. 9.3.5

und 10.2.2). Diese sind deshalb namentlich zuständig, wenn über eine Zugangsbedingung im Rahmen der Vertragsverhandlungen ein Konsens erzielt werden konnte, sich aber zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass über die Auslegung oder die Durchsetzung dieser Bestimmung zwischen den Vertragsparteien Uneinigkeit herrscht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 7). Die

Aktenzeichen: OS 41-00016

8/26

Zuständigkeit der Vorinstanz besteht somit nur dort, wo die Verhandlungsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu keinem Konsens gelangen konnten und ein ursprünglicher – offener oder versteckter – Dissens über einen – Haupt- oder Neben- – Punkt vorliegt; nur diesfalls besteht eine Streitigkeit über den Zugang (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 7; BGE 132 II 284 E. 6.2). Wann auf einen ursprünglichen Dissens zu schliessen ist, wird weder in Art. 11a Abs. 1 FMG noch in der FDV 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.; MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz. 459 ff.). Da mit dem Entscheid, ob ein ursprünglicher Dissens vorliegt, auch darüber befunden wird, ob die Vorinstanz zur Regelung der strittigen Zugangsbedingungen befugt ist, liegt es entsprechend nahe, an das Vorliegen eines solchen Dissenses nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen (vgl. in diesem Sinn auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5982/2010 vom 16. Februar 2011 E. 3.4.2 und E. 3.4.4). Ein ursprünglicher – offener oder versteckter – Dissens ist deshalb immer dann zu bejahen, wenn aufgrund sämtlicher Umstände des Einzelfalls davon auszugehen ist, die Verhandlungsparteien hätten sich über einen – Haupt- oder Neben- – Punkt nicht geeinigt. Es ist somit nicht zwingend erforderlich, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen explizit ein schriftlicher Dissensvorbehalt vereinbart wurde (anders Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 7 und E. 11.8). Dies namentlich deshalb, weil die verhandlungsmächtigere Partei – bei gegebener Marktbeherrschung also in der Regel das marktbeherrschende Unternehmen – ansonsten versucht wäre, die Aufnahme eines derartigen Vorbehalts zu verhindern. Bei einem versteckten Dissens wäre zudem ein solcher Vorbehalt von vornherein ausgeschlossen.» Diese Rechtsprechung bezieht sich namentlich auf die Verhandlungen, welche die Parteien zu Beginn ihres Vertragsverhältnisses führen, wenn eine Vielzahl von Haupt- und Nebenpunkten zu regeln sind. Es ist jedoch unbestritten, dass einmal abgeschlossene Zugangsvereinbarungen auch angepasst werden können. Dies ergibt sich bereits aus Art. 11 Abs. 1 FMG, wonach die marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewährt. Transparenz, Nichtdiskriminierung und Kostenorientiertheit sind demnach gesetzliche Bedingungen der Zugangsgewährung. Eine einmal von den Parteien vereinbarte oder von der ComCom entschiedene Regelung muss somit auch geändert werden können, wenn sie nicht mehr den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht. Das Bundesverwaltungsgericht hält dazu folgendes fest: «Schliesslich besteht auch die Möglichkeit, eine Zugangsvereinbarung als Ganzes oder lediglich in einzelnen Punkten zu ändern, wenn eine oder beide Vertragsparteien mit der einmal getroffenen Regelung nicht

mehr einverstanden ist bzw. sind (vgl. hierzu auch Art. 66 Abs. 2 und 67 FDV)» (BVGE A-6019/2010 vom 19. August 2011, E. 7). Vorliegend geht es um die verfügungsweise Anpassung der zwischen den Parteien gelten- den Vereinbarung bezüglich Verzinsung von Rückforderungen durch die ComCom. Es ist somit zu prüfen, ob die formalen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Dazu ist festzuhal- ten, dass sich den einschlägigen Normen des Fernmelderechts keine Regeln entnehmen

Aktenzeichen: OS 41-00016

9/26

lassen, wie vorzugehen ist, wenn eine Partei eine geltende Vereinbarung nachträglich anpassen möchte. Der zwischen den Parteien geltende Vertrag äussert sich in Ziff. 13 der «Geschäftsbedin- gungen Zugang» zu «Dauer und Beendigung» und hält in Ziff. 13.1 namentlich fest, dass die Gesuchstellerin unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten diesen jeweils auf das Ende eines Monats kündigen kann. In Ziff. 14 werden im Weiteren die ausseror- dentlichen Beendigungsgründe genannt, wie z.B. bei schwerwiegender Verletzung vertrag- licher Pflichten, die Einstellung der Geschäftstätigkeit usw., die eine fristlose Kündigung rechtfertigen können. Die Anpassung des Vertrages ist in Ziff. 16.1 geregelt. Gemäss dieser Klausel hat nur die Gesuchsgegnerin die Möglichkeit, den Vertrag anzupassen. Sie muss die Anpassung der Gegenpartei so rechtzeitig mitteilen, dass diese den Vertrag unter Einhaltung der ordentli- chen Frist kündigen kann. Kündigt die Gegenpartei den Vertrag nicht spätestens auf den Zeitpunkt der Anpassung, gilt die Anpassung als genehmigt. Die infolge der Vertragsanpas- sung auf Seiten der FDA entstehenden Kosten werden von dieser selbst getragen. Bezüg- lich einer Anpassung des Vertrags durch die Gesuchstellerin sieht Ziff. 16.1 lediglich vor, dass Vertragsänderungsvorschläge gegenüber der Gesuchsgegnerin nicht als Offerte im rechtlichen Sinn gelten. Diese Klausel wurde im Juli 2013 unbestrittenermassen durch die Vertragsparteien wie folgt ergänzt: «Die Parteien können Vertragsverhandlungen im unge- kündigten Vertragsverhältnis aufnehmen. » Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen kann festgehalten werden, dass weder die gesetzlichen Bestimmungen noch die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien eine förmliche Kündigung verlangt, wenn die Gesuchstellerin als Vertragspartnerin der marktbeherrschenden Gesuchsgegnerin über einen Teilaspekt des Vertrages neu verhan- deln will. Insbesondere kann auch die von den Parteien im Juli 2013 hinzugefügte Ergän- zung nicht anders verstanden werden, als dass damit Verhandlungen im Hinblick auf eine Anpassung des Vertrages gemeint sein müssen. Die Aussage der Gesuchsgegnerin, es handle sich dabei um «Sondierungen und informelle Anfragen, ob die Bereitschaft besteht, trotz laufendem (und ungekündigtem) Vertragsverhältnis über Anpassungen bzw. Modifi- kationen zu diskutieren» erscheint vor diesem Hintergrund als unzutreffend. Dies gilt auch für den Einschub, den die Gesuchsgegnerin in die Erwägungen des Bundesverwaltungs- gerichts zur Möglichkeit der Vertragsänderung hineininterpretiert. Es kann nicht gesagt wer- den, dass das Bundesverwaltungsgericht bei einer Anpassung eines Vertragspunktes von einem Kündigungserfordernis ausgeht. In der Replik vom 9. Juni 2020 (Rz. 3) weist die Gesuchstellerin auf eine Stellungnahme der ComCom vom 25. Oktober 2019 im vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwer- deverfahren A-1286/2019 hin. Die ComCom führte dort aus (E. 2.10), dass einzelne Ver- tragsänderungen das restliche Vertragswerk als Dauerschuldverhältnis nicht berührten, so dass dieses rechtsgültig bleibe. Wollte die FDA über das gesamte Vertragswerk neu ver- handeln, so müsse sie den Vertrag

rechtsgültig kündigen. Vorliegend will die Gesuchstellerin nicht über das gesamte Vertragswerk verhandeln, sondern einen einzelnen Vertragsaspekt ändern, so dass es sich diesbezüglich nicht um einen identischen Sachverhalt handelt.

Aktenzeichen: OS 41-00016

10/26

Die Rechtsfrage, ob eine Partei eine Vertragsbestimmung erst förmlich kündigen muss, bevor darüber neu verhandelt werden kann, musste von der ComCom noch nie explizit entschieden werden. Insofern besteht zu dieser Rechtsfrage keine (gefestigte) Praxis. Aufgrund der eingehenden Auseinandersetzung mit der Fragestellung gelangt die ComCom zum Erkenntnis, dass dies zu verneinen ist. Wie bereits zuvor festgehalten, findet sich im Fernmelderecht keine Bestimmung, welche eine förmliche Kündigung einer Vertragsbestimmung verlangen würde, um darüber neu verhandeln zu können. Dies ergibt sich auch nicht gestützt auf das zwischen den Parteien geltende Vertragswerk. In den «Geschäftsbedingungen Zugang» wird nirgends explizit geregelt, dass eine besehene vertragliche Bestimmung von einer Partei förmlich gekündigt werden müsste, um darüber neu verhandeln zu können. Vielmehr wird darin festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin einseitig den Vertrag anpassen kann. Für die Gegenpartei fehlt eine entsprechende explizite Regelung. Müsste die Vertragspartei erst das Vertragswerk kündigen, bevor sie mit der Gesuchsgegnerin einen einzelnen Vertragsaspekt neu verhandeln kann, wäre es für die Vertragspartei ungleich schwerer als für die Gesuchsgegnerin, eine Vertragsänderung zu erwirken. Diese ungleiche vertragliche Regelung ist nicht zu rechtfertigen. Wohl aus diesem Grunde verlangte die Gesuchstellerin bei Vertragsabschluss die Zusatzbestimmung, wonach die Parteien Vertragsverhandlungen im ungekündigten Vertragsverhältnis aufnehmen können. Darauf ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten. Schliesslich hat die ComCom die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu beachten. Im zuvor bereits genannten Entscheid BVGE A-6019/2010 vom 19. August 2011 hielt das Gericht in E. 11.10 unmissverständlich fest: «Es steht den Parteien somit offen, entweder mit dieser Problematik an die Zivilgerichte zu gelangen – sollten die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sein – oder aber im ungekündigten Vertragsverhältnis hierüber Neuverhandlungen aufzunehmen und, wenn diese zu keiner Einigung führen sollten, wiederum mit einem Gesuch an die Vorinstanz zu gelangen». In Übereinstimmung mit den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts kommt die ComCom zum Schluss, dass aus der zwischen den Parteien gültigen vertraglichen Regelung nicht hervorgeht, dass eine Vertragsänderung einer vorgängigen förmlichen Kündigung bedarf. Vielmehr kann auch die Gesuchstellerin im ungekündigten Vertragsverhältnis jederzeit mit der Gesuchsgegnerin Verhandlungen über einen Vertragsaspekt aufnehmen, um diesen zu ändern. Einigen sich die Parteien über die Neuregelung, so erwächst die Vertragsänderung ohne weiteres in Rechtsverbindlichkeit. Andernfalls können die Parteien gestützt auf Art. 11a Abs. 1 FMG die ComCom für einen behördlichen Entscheid anrufen. Voraussetzung für das Vorliegen eines ursprünglichen Dissens und damit für die Zuständigkeit der ComCom zur Festlegung einer Zugangsbedingung ist jedoch, dass die Parteien in Verhandlungen getreten sind respektive dass die Gesuchstellerin im Mindesten zu erkennen gab, dass sie einen Aspekt des Vertrages neu regeln möchte, und dass die Gesuchsgegnerin anzeigt, dass sie dafür keine Hand bieten wird. Diese Voraussetzung ist für jeden Fall einzeln zu prüfen (vgl. E. 1.5 Verhandlungsfrist). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für eine Anpassung der zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens geltenden Vereinbarung keine förmliche Kündigung erforderlich ist. Dies

entspricht einerseits der Vertragsergänzung, die die Parteien im Jahr 2013 vereinbart haben. Andererseits steht es im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das davon ausgeht, dass der ComCom in Zugangsstreitigkeiten

Aktenzeichen: OS 41-00016

11/26

wegen ihrer Funktion als Fachbehörde generell ein weiter Zuständigkeitsbereich zukommen soll; es stellt deshalb an das Vorliegen eines Dissenses nicht allzu hohe Anforderungen, respektive bejaht einen solchen, wenn aufgrund sämtlicher Umstände des Einzelfalls davon auszugehen ist, die Verhandlungsparteien hätten sich über einen Haupt- oder Nebenpunkt nicht geeinigt. Vorliegend ist klar, dass die Parteien sich über die Rechtmässigkeit der Vereinbarung über die Verzinsung von Rückforderungen nicht (mehr) einig sind und dass die Gesuchstellerin diesen Punkt mit der Gesuchsgegnerin neu verhandeln wollte, was diese ebenfalls klar abschlägig beantwortete. Der Weg an die ComCom steht für die Gesuchstellerin somit offen.

### **E. 1.3**

Verfahrensgegenstand Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind die Rechtsbeziehungen, welche eine Behörde von Amtes wegen oder auf Begehren der beteiligten Personen regeln soll (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Rz. 13 zu Art. 25). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmeltderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus. 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 Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHKE/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, N 86 ff.). Im Sinne der Dispositionsmaxime darf die ComCom 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 (vgl. BVGE A-2969/2010 vom 28. Februar 2012, E. 5.4.1). Die Gesuchstellerin stellt in ihrem Gesuch vom 12. Februar 2020 das Rechtsbegehren, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, Rückzahlungen aufgrund von Behördenentscheiden beim regulierten Netzzugang entweder anhand der gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten (Weighted Average Cost of Capital; nachfolgend: WACC) der Gesuchstellerin (Hauptantrag Variante a) oder mit dem im Kostenmodell berücksichtigten WACC der Branche (Hauptantrag Variante b) als fixer Zinssatz zu verzinsen. Als Eventualantrag sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, Rückzahlungen aufgrund von Behördenentscheiden beim regulierten Netzzugang entweder mit dem WACC der Gesuchstellerin (Eventualantrag Variante a) oder mit dem im Kostenmodell berücksichtigten WACC der Branche (Eventualantrag Variante b) als variabler Zinssatz zu verzinsen. Entsprechend seien die Ziff. 16.4.2 und 16.4.3 der «Geschäftsbedingungen Zugang» in Bezug auf sämtliche der Regulierung unterliegenden Verträge mit der Gesuchstellerin gemäss den Anhängen 1 bis 4 (je nach ausgewählte Variante) zu verfügen. Verfahrensgegenstand bilden bezüglich des Rechtsbegehrens auf Festlegung der Verzinsungsmodalitäten bei Rückforderungen aus Zugangsverfahren somit nur die von der Gesuchstellerin ersuchten Varianten, i.e. die WACC-Verzinsung mit fixem oder mit variablem Zinssatz. Weitere mögliche Verzinsungsmodalitäten können von

der ComCom im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht geprüft respektive verfügt werden.

Aktenzeichen: OS 41-00016

12/26

#### **E. 1.4**

**Rechtsschutzinteresse** 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/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. Bern 2014, § 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 die Behörde konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet, und es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 129, E. 1, S. 131). Würde das Gesuch vom 12. Februar 2020 gutgeheissen, so müsste die Gesuchsgegnerin den im zwischen den Parteien geltenden Vertrag festgelegten Zinssatz anpassen, was bei Rückzahlungen die entsprechenden Konsequenzen haben würde. Damit besteht für die Gesuchstellerin ohne weiteres ein aktuelles, praktisches und damit schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung ihres Gesuchs.

#### **E. 1.5**

**Verhandlungsfrist** Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom Zugangsbedingungen nur auf Gesuch einer Partei, nicht aber von Amtes wegen verfügen. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein (sog. Verhandlungsprimat). Die Bestimmung sieht weiter vor, dass die ComCom erst angerufen werden kann, wenn sich die beteiligten Anbieterinnen nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen einigen konnten. Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3). Mit Schreiben vom 23. April 2019 ist die Gesuchstellerin bei der Gesuchsgegnerin vorstellig geworden mit dem Ersuchen, die vertraglich vorgesehene Verzinsung gleich dem WACC anzupassen. Mit Schreiben vom 27. Mai 2019 wies die Gesuchsgegnerin das Ersuchen ab. An ihrem Standpunkt hält sie bis heute fest. Es mag zwar sein, dass die Parteien nicht im Detail Verhandlungen über einen neuen Zinssatz geführt haben, sondern relativ schnell zwischen den Parteien klar war, dass sie sich nicht einigen werden können. Nach dem ersten Briefwechsel hat die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin eine klare Absage erteilt, was weitere Diskussionen respektive Verhandlungen verunmöglicht hätten. Vor diesem Hintergrund kann nicht vorausgesetzt werden, dass eine Partei auf der Aufnahme von Verhandlungen besteht (vgl. auch dazu ComCom Verfügung vom 21. Juni 2018 betreffend Virtual Unbundling Local Access, E. 1.4.). Das vorliegend schnell erzielte Ergebnis der Nichteinigung ändert nichts daran, dass die Parteien diese Zinsanpassungsforderung diskutiert haben und die dreimonatige Verhandlungsfrist eingehalten wurde. Die Gesuchsgegnerin bestreitet denn auch nicht, dass Verhandlungen stattgefunden hätten.

Aktenzeichen: OS 41-00016

Die spezialgesetzlich vorgesehene Verfahrensvoraussetzung der dreimonatigen Verhandlungsfrist des Art. 11a Abs. 1 FMG wurde somit durch die Parteien eingehalten.

### **E. 1.6**

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt sind und auf das Gesuch vom 12. Februar 2020 einzutreten ist. Zu prüfen ist die Festlegung der Verzinsungsmodalitäten bei Rückforderungen aus Zugangsverfahren im Rahmen der von der Gesuchstellerin gestellten Anträge.

### **E. 1.7**

Verfahrensantrag Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 12. Februar 2020 im Weiteren, sie sei in hängigen Zugangsverfahren (Drittverfahren) beizuladen, soweit diese den vorliegenden Verfahrensgegenstand beschlagen und sofern nicht Parallelität im Verfahrensablauf hergestellt werde. Bei der ComCom ist zurzeit kein Zugangsverfahren hängig, das den gleichen Verfahrensgegenstand betrifft. Der Antrag auf Beiladung ist vor diesem Hintergrund obsolet.

## **E. 2**

[...].

### **E. 2.1**

Vorbringen der Parteien Die Gesuchstellerin fordert in ihrem Gesuch vom 12. Februar 2020, die für den regulierten Netzzugang massgeblichen Geschäftsbedingungen seien dahingehend anzupassen, dass sich die Verzinsung von Rückforderungen am WACC orientiere. Sie argumentiert zusammenfassend, die Zinssituation habe sich im Zuge der globalen Finanzkrise auch in der Schweiz tiefgreifend und nachhaltig verändert. Namentlich würden die Libor-Zinssätze sich seit mehreren Jahren im negativen Bereich bewegen. Das Abstellen auf den Libor erweise sich im vorliegenden Kontext schon aus diesem Grund als nicht (mehr) sachgerecht. Unter Berücksichtigung des ökonomisch anerkannten Konzepts der Opportunitätskosten erweise sich eine WACC-Verzinsung, welche grundsätzlich bei der kostenorientierten Preisregulierung gemäss Art. 11 FMG zur Anwendung gelange, auch bei der Verzinsung von daraus resultierenden Rückforderungen als sachgerecht. Der WACC trage namentlich dem Umstand Rechnung, dass den Netzzugang nachfragenden FDA für die Dauer von Verfahren bzw. bis zum Zeitpunkt der Rückzahlung von der marktbeherrschenden Anbieterin in unge-rechtfertigter Weise Kapital entzogen werde. Durch die überhöhten Preise werde den um Zugang nachfragenden FDA gleichermassen Fremd- und Eigenkapital entzogen, welches diese anderweitig hätten investieren können. Eine WACC-Verzinsung sei nicht nur sachlich (ökonomisch) gerechtfertigt und (regulierungstechnisch) konsistent, sondern angesichts der Prinzipien der Kostenorientierung und

Aktenzeichen: OS 41-00016

der Nichtdiskriminierung bzw. mit Blick auf Norm- und Gesetzeszweck (Schaffung bzw. Förderung von Wettbewerb) rechtlich geboten. Eine zu tiefe Verzinsung von Rückforderungen schaffe für das marktbeherrschende Unternehmen Anreize, überhöhte Preise anzusetzen (Fehlregulierung). Das gelte es zu verhindern. Der Hauptantrag der

Gesuchstellerin ziele auf die konsequente Berücksichtigung eines fixen Zinssatzes über die ganze Laufzeit. Der Eventualantrag berücksichtige eine der Preisregulierung angelehnte variable Verzinsung mit jährlicher Anpassung. Sowohl der Haupt- als auch der Eventualantrag würden eine Variante a umfassen, welche auf den WACC der betroffenen FDA bzw. im Falle der Nicht-nachweisbarkeit auf denjenigen der Gesuchsgegnerin abstelle, und – sollte sich dies nicht als praktikabel erweisen – eine Variante b, welche den im Kostenmodell hergeleiteten WACC der Branche berücksichtige. Die Gesuchsgegnerin entgegnet mit Eingabe vom 20. April 2020, eine Verzinsung der Rückforderungen mit dem WACC sei nicht angemessen. Der gewichtete Kapitalkostensatz eines Unternehmens beziffere die durchschnittlichen Kapitalforderungen von Investoren, insbesondere für risikoreiche Investitionen. Dabei sei prinzipiell jede Investition einzeln zu bewerten – je höher das Risiko, desto höher die geforderte Verzinsung. Die Rückzahlung der Preisdifferenzen durch die Gesuchsgegnerin sei hingegen praktisch risikofrei und deshalb niedriger zu verzinsen. Eine Verzinsung zu Fremdkapitalkosten sei angemessen und erfülle die Zielsetzung der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung. Die potenziellen Rückzahlungen nachträglich korrigierter Vorleistungspreise würden den Charakter einer Anleihe besitzen. Die Rückzahlung sei sicher und nicht von der Ertragslage der Gesuchsgegnerin abhängig. Eine marktübliche Verzinsung sei deshalb durch den Fremdkapitalzinssatz gegeben: Dieser Zinssatz bilde den wirtschaftlichen Nutzen für die Gesuchsgegnerin ab. Die Verzinsung zu Fremdkapitalkosten entspreche auch den Opportunitätskosten der Gesuchstellerin. Das veränderte Zinsumfeld sei für die Bestimmung der angemessenen Verzinsung nicht ausschlaggebend. Es genüge nicht, dass die absolute Zinshöhe aus Gläubigersicht der Gesuchstellerin gegenwärtig «ungünstiger» ausfalle. Im Ergebnis müsse eine Verzinsung, welche das Ziel der Ergebnisneutralität erfülle, weiterhin auf Fremdkapitalkosten basieren. Der Libor CHF 12 Monate als Basis für die Bestimmung der Verzinsung von Rückzahlungen stehe bis Ende 2021 zur Verfügung. Im Hinblick auf die Ablösung des Libor als Referenzzinssatz müssten somit erst mit den Preisen für das Jahr 2022 die Geschäftsbedingungen bezüglich der Verzinsung von Rückzahlungen angepasst werden. Die bestehenden Geschäftsbedingungen seien sachgerecht, eine Anpassung zum heutigen Zeitpunkt sei somit weder gerechtfertigt noch erforderlich. Die Gesuchstellerin führt in ihrer Replik vom 9. Juni 2020 weiter aus, der einstweilige un-rechtmässige Mittelentzug, verursacht durch überhöhte Vorleistungspreise, führe zu einer Minderung des Geldfusses (Cashflow) bei den Netzzugang nachfragenden Anbieterinnen und schmälere damit deren Möglichkeiten zur Innenfinanzierung zu ihrem Nachteil. Die Kapitalgeber (Eigen- und Fremdkapital) würden erwarten, dass im Unternehmen der freiverfügbare Cashflow so eingesetzt werde, dass damit eine durchschnittliche Rendite in der Höhe des gewichteten Kapitalkostensatzes WACC erzielt werden könne. Folglich entspreche der WACC den Opportunitätskosten für das fehlende Investitionskapital der Anbieterin-

Aktenzeichen: OS 41-00016

15/26

nen. Entgegen den Behauptungen der Gesuchsgegnerin, könne diese die zusätzlichen Mittel ohne weiteres verwenden und in risikoreiche Projekte investieren, wodurch sie in der Lage sei, mit diesen Mitteln eine Rendite in der Höhe des WACC zu erzielen. Im Gegensatz dazu beeinflusse das mit den Rückzahlungen verbundene Ausfallrisiko, welches entgegen den Vorstellungen der Gesuchsgegnerin keineswegs so tief einzustufen wäre, den wirtschaftlichen Nachteil in keiner Weise und sei daher zur Bestimmung eines angemessenen

Zinssatzes ungeeignet. Vorliegend seien weder die Aufnahme von Anleihen noch die Beanspruchung einer bestehenden Kreditlinie aus finanztechnischer Sicht ein taugliches bzw. geschäftsübliches Instrument zur Überbrückung von regulatorisch bedingten (Ex-Post-Regime), rechtswidrigen (nicht kostenorientiert) Mittelabflüssen, sondern diese gingen aus Sicht der Netzzugang nachsuchenden Anbieterinnen zwingend zulasten der eigenen Innenfinanzierung. Der CHF-Libor besitze seit der Einführung von Negativzinsen durch die Schweizerische Nationalbank keinen Einfluss mehr auf die Kreditkosten der Gesuchstellerin, weshalb es für sie nicht möglich sei, von negativen Zinssätzen zu profitieren, wie dies von der Gesuchsgegnerin behauptet werde. Demzufolge wäre die Anwendung einer Untergrenze von 0% nicht sachgerecht (Subeventualantrag), zumal der Gesuchsgegnerin im Kostenmodell eine solche Untergrenze garantiert werde. Die Gesuchsgegnerin kommt in ihrer Duplik vom 24. August 2020 zusammenfassend zum Schluss, die bestehende Verzinsungsregelung für Rückzahlungen sei aus ökonomischer Sicht sachgerecht und nicht zu beanstanden. Die Gesuchsgegnerin wiederholt, dass eine Anpassung zum heutigen Zeitpunkt somit weder gerechtfertigt noch erforderlich sei. Neben ihren Ausführungen verweist die Gesuchsgegnerin im Weiteren auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten der Firma Charles River Associates vom 17. August 2020. Dieses kommt zum Ergebnis, dass die Rückzahlungen für überhöhte Vorleistungspreise auf Grundlage der Fremdkapitalkosten der Gesuchsgegnerin verzinst werden müssten. Das Risiko der Rückzahlung der Differenzbeträge bestehe im Wesentlichen im Zahlungsausfall der Gesuchsgegnerin. Jedenfalls sei das Risiko der Rückzahlung nicht den allgemeinen Marktrisiken ausgesetzt und es wäre nicht richtig, etwaige regulatorische Risiken allein der Gesuchsgegnerin aufzubürden. Eine tatsächliche Verhinderung oder Einschränkung von Investitionen der Gesuchstellerin sei im Übrigen aus ökonomischer Sicht auch nicht plausibel – und würde auch nicht belegt. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin für etwaig verfügbare Investitionen, welche Renditen in Höhe des WACC erzielten, auch weiterhin Kapital beschaffen könne. In ihrer Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021 weist die Gesuchstellerin darauf hin, dass einzig die Gesuchsgegnerin von einer langen Verfahrensdauer profitiere, weil dadurch die Rückzahlung des unrechtmässig erhaltenen Kapitals weiter in die Zukunft gerückt werde. Die nicht vorhersehbare Entwicklung auf den Finanzmärkten habe die bestehende vertragliche Verzinsungsregelung aus ihren Angeln gehoben. Das ursprüngliche Ziel, den wirtschaftlichen Nachteil auszugleichen, welche Zugang nachfragende Anbieterinnen durch den Kapitalentzug erlitten hätten, könne damit nicht mehr annähernd erreicht werden. Es gelte deshalb auf eine robuste Verzinsungsregelung zu wechseln, welche direkt auf den Opportunitätskosten, das heisst dem WACC dieser Anbieterinnen («WACC FDA», Variante a von Haupt- und Eventualantrag) beruhe. Da die bestehende Verzinsungsregelung seit

Aktenzeichen: OS 41-00016

16/26

geraumer Zeit ihren angedachten Zweck nicht mehr erfüllen könne, sei sie durch die beantragte neue Regelung zu ersetzen. Ferner äussert sich die Gesuchstellerin zum Gutachten von Charles River Associates. Sie wiederholt, dass sie aus dem entzogenen Kapital einen Schaden erleide, welcher mit ihren Opportunitätskosten zu bemessen sei. Auch der Gesuchsgegnerin würden durch die neue Regelung keine Nachteile erwachsen, denn deren Rückstellungen würden keinen Einfluss auf ihre Eigenfinanzierung haben und die tiefe Current Ratio weise darauf hin, dass die Gesuchsgegnerin ihr zur Verfügung stehende Mittel

umgehend investiere. Die Wahrscheinlichkeit sei daher hoch, dass auch die der Gesuchstellerin entzogenen Mittel umgehend von der Gesuchsgegnerin investiert würden. Der gesetzliche Verzugszinssatz im Sinne von Art. 104 Abs. 1 OR sei durchaus ein relevanter Anhaltspunkt für die Bemessung des Schadensersatzes und könne darüber hinaus bei einem erheblichen Schaden sogar höher ausfallen. Die Gesuchstellerin erachtet den anbieterspezifischen WACC als den besten Ansatz zur Bewertung der Opportunitätskosten. Während der Mietdauer einer Teilnehmeranschlussleitung liege eine Übertragung des kommerziellen Risikos vor und dieses solle angemessen, das heisst mit dem WACC, vergütet werden.

## **E. 2.2**

Zinsregelung Das Fernmeldegesetz schreibt in Art. 11 Abs. 1 FMG vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in den explizit aufgeführten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu gewähren haben. Können sich die Anbieterinnen nicht über die Bedingungen des Zugangs einigen, so werden diese durch die ComCom verfügt. Die Regulierungsbehörde wird nur auf entsprechendes Gesuch hin tätig. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, und die Auswirkungen ihrer Entscheidung auf konkurrierende Einrichtungen (Art. 11a Abs. 1 FMG). In zeitlicher Hinsicht bedeutet dies, dass bis zum rechtskräftigen Entscheid über ein Zugangsgesuch provisorisch die von der marktbeherrschenden Anbieterin offerierten Bedingungen und Preise gelten, welche durch den Entscheid allenfalls auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung rückwirkend geändert werden. Dies kann zu Rückforderungsansprüchen der Netzzugang nachfragenden Fernmeldedienstanbieterinnen führen. Es ist unbestritten, dass solche Rückzahlungen einer Verzinsungspflicht unterstehen. Wie unter Ziff. 1.2 ausgeführt, haben die Parteien die von der ComCom mit Verfügung vom 9. Oktober 2008 festgelegte und vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte Zinsregelung in ihren Geschäftsbedingungen Zugang aufgenommen (Geschäftsbedingungen Zugang vom 1. Januar 2013, Ziff. 16.4.2). Über die Höhe der Verzinsung bzw. über die Herleitung sind sich die Parteien jedoch nicht mehr einig. Die Pflicht, den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu kostenorientierten Preisen anzubieten und dabei die Gebote der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu beachten, trifft die Gesuchsgegnerin. Die Zinsregelung muss daher eine möglichst marktgerechte Verzinsung der rückzahlungspflichtigen Guthaben garantieren. Die von der Gesuchstellerin

Aktenzeichen: OS 41-00016

17/26

beantragte Methode zur Bestimmung des Zinssatzes für die Verzinsung von Rückforderungen ist nachfolgend insbesondere auch unter dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu prüfen.

### **E. 2.2.1**

Ausgangslage In den für den regulierten Netzzugang massgeblichen Geschäftsbedingungen ist heute vorgesehen, dass Rückforderungen zu einem Zinssatz verzinst werden, welcher sich aus dem 12-Monats-CHF-Libor und einem Risikozuschlag für die Berücksichtigung der Bonität (sog. Bonitätszuschlag) zusammensetzt. Die Gesuchstellerin fordert nun einen Verzinsungssatz für die Rückzahlungen, der auf ihrem WACC basiert (Variante a) oder

allenfalls auf dem WACC der Branche (Variante b). Sie begründet diese Forderung insbesondere mit dem ökonomischen Konzept der Opportunitätskosten. Sie macht veränderte Rahmenbedingungen geltend, welche eine Neubeurteilung der Herleitung des Verzinsungssatzes für Rückforderungen begründeten. Die Gesuchstellerin bringt im Vergleich mit dem letzten Entscheid der ComCom neue Argumente sowie ein verändertes Umfeld vor. Dass sie erst jetzt an die ComCom herangetreten ist, erklärt sich vermutlich dadurch, dass im Jahr 2008, als die ComCom sich für die Berechnungsmethode anhand des 12-Monats-CHF-Libors zuzüglich Risikozuschlag ausgesprochen hatte, das Ergebnis (4,20 %) weniger als einen Prozentpunkt unter dem im Obligationenrecht definierten Verzugszinssatz (5 %, vgl. Art. 73 und Art. 104 Abs. 1 OR) lag. Demgegenüber lag die Abweichung im Jahr 2015 bereits bei über vier Prozentpunkten. Vor diesem Hintergrund ist auch nachvollziehbar, dass die Gesuchstellerin die damals verfügte Methode akzeptierte, wie sie dies auch in ihrer Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021 darlegt.

### E. 2.2.2

Methodische Herleitung des Zinssatzes In den bisherigen Verfahren stand die Perspektive der Opportunitätskosten für die Berechnung der Verzinsung von Rückzahlungen nicht im Vordergrund. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die bisher zur Anwendung gelangte Methode nach der Verfügung der ComCom vom 21. Juni 2010 von den Parteien akzeptiert wurde respektive kein Gesuch um Festlegung dieser Zugangsbedingung eingereicht wurde. Ein Grund dafür kann wie erwähnt darin vermutet werden, dass sich die Eingriffe der Zentralbanken nach der Finanzkrise von 2007/2008 noch nicht signifikant auf die Zinssituation auswirkten. Der mittlere 12-Monats-CHF-Libor ist von 2,9 % im Jahr 2008 auf 0,8 % im Jahr 2009 gesunken und ist seither kontinuierlich weiter zurückgegangen, bis er 2015 den negativen Bereich erreichte (-0,59 %), wo er bis heute verharrt. Das Konzept der Opportunitätskosten wurde in der Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008 nicht behandelt. Demgegenüber wurde die Frage der Entschädigung und der Vergleichbarkeit der Schäden im Zusammenhang mit der Forderung der Gesuchstellerin, es sei der Verzugszins von 5 % gem. Art. 73 OR und Art. 104 Abs. 1 OR zu veranschlagen, aber thematisiert.

Aktenzeichen: OS 41-00016

18/26

Die Entschädigung für den Mittelentzug wegen überhöhter Preise wurde sodann in der Verfügung der ComCom vom 21. Juni 2010 wie folgt beschrieben: (E. 3.3): «Als Folge der Verrechnung überhöhter Preise erwächst ihr ein Guthaben, das sie [die Gesuchsgegnerin] 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». Weiter hielt die ComCom an der gleichen Stelle folgendes fest: «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». Die ComCom hatte also bereits im damaligen Entscheid

festgehalten, dass verschiedene Methoden für die Berechnung der Verzinsung der Rückforderungen denkbar wären. Die damals festgelegte Vergütung basierte nicht explizit auf dem Konzept der Opportunitätskosten. Sie sollte jedoch die Rendite abgelden, die die Anbieterin hätte erzielen können, wenn sie diese Mittel, die in dem Moment nicht zur Verfügung standen, während einer Verfahrensdauer von mindestens einem Jahr, normal hätte einsetzen können. Es wäre bei dieser Prämisse auch damals möglich gewesen, argumentativ auf den Opportunitätskostenansatz und den WACC abzustellen. So hätte auch eine Entschädigung aufgrund des gewichteten Kapitalkostensatzes festgelegt werden können. Die Basis des gewichteten Zinssatzes, der eine Komponente «Fremdkapitalkosten» und eine Komponente «Eigenkapitalkosten» umfasst und nicht auf einem einfachen Fremdkapitalsatz beruht, wäre auch damals denkbar gewesen. Die Eigenkapitalkosten werden bei der bislang angewandten Methode nicht berücksichtigt, da diese von einer zwar praktischen Hypothese ausgeht, die allerdings vor dem Hintergrund von stetig sinkenden Zinssätzen problematisch geworden ist: Die zu viel bezogenen Beträge werden einem freiwilligen Darlehen der Gesuchstellerin an die Gesuchgegnerin gleichgestellt und diese Anlage wird anhand eines Zinssatzes, der dem Darlehenszinssatz einer neuen effizienten Anbieterin mit der höchsten Bonität (Primerate) entspricht, verzinst, geschätzt zum 12-Monats-CHF-Libor zuzüglich 1,3 %. Dieser Zinssatz sollte im Hinblick auf das – geringe – Ausfallrisiko einer angemessenen Rendite entsprechen. Von dem kann im heutigen Umfeld jedoch nicht mehr gesprochen werden. Die Gesuchstellerin hat nun überzeugend dargelegt, weshalb die im Gesuch vom 12. Februar 2020 geforderte Methodik in grundsätzlicher Hinsicht Berücksichtigung finden kann. Anhand der nachfolgenden Argumente wird aufgezeigt, dass sie im heutigen Umfeld auch zu bevorzugen ist.

Aktenzeichen: OS 41-00016

19/26

### **E. 2.2.3**

**Unfreiwilliger Mittelentzug und Opportunitätskosten** Die Gesuchstellerin begründet ihre Anträge in erster Linie damit, dass die Verzinsung der Rückforderungen sie dafür entschädigen solle, dass ihr unfreiwillig flüssige Mittel entzogen worden seien. Die entzogenen Mittel habe sie nicht in ihrem Sinne verwenden können, weshalb die ihr daraus entstehenden Opportunitätskosten massgeblich für die Verzinsung der Rückforderungen seien. Vorab ist zu bemerken, dass der Begriff Opportunitätskosten unterschiedlich verstanden werden kann. So entsprechen die Opportunitätskosten bspw. bei der Beurteilung einer einzelnen Investitionsoption der entgangenen Rendite einer anderen Investitionsoption mit vergleichbarem Risiko. In diesem Rahmen bringen Investitionsoptionen mit unterschiedlichem Risiko auch unterschiedliche Opportunitätskosten mit sich. Aus der Perspektive der Unternehmensführung ist hingegen entscheidend, dass die Kapitalgeber (Eigen- und Fremdkapital) erwarten, dass im Unternehmen der frei verfügbare Cashflow so eingesetzt wird, dass damit eine durchschnittliche Rendite in Höhe des WACC erzielt wird. Aus dieser Perspektive entspricht der WACC auch den Opportunitätskosten einer Veränderung des frei verfügbaren Cashflows. Die vorangehende Interpretation zeigt sich bspw. auch bei BREALEY, MYERS UND ALLEN (BREALEY, MYERS UND ALLEN, Principles of Corporate Finance, 10. Aufl. 2010, § Risk and the Cost of Capital, S. 213-216), einem Referenzwerk auf dem Sachgebiet Unternehmensfinanzierung. Die Autoren führen aus,

dass der WACC des Unternehmens theoretisch nur für Investitionen, die das gleiche Risiko wie die Geschäftstätigkeit des Unternehmens aufweisen würden, der richtige Diskontsatz sei. Bei risikoreicheren Projekten überstiegen die Opportunitätskosten des Kapitals den WACC des Unternehmens. Bei Projekten mit geringerem Risiko seien sie hingegen tiefer. In der Folge führen die Autoren jedoch aus, dass in der Praxis in den meisten Unternehmen diesbezüglich keine Unterschiede gemacht würden und in der Regel der WACC des Unternehmens als risikogerechter Referenzdiskontsatz zur Bewertung aller Investitionsoptionen und damit auch der Verwendung der flüssigen Mittel verwendet werde. Daraus ergibt sich, dass der WACC grundsätzlich eine geeignete Kenngrösse darstellt, um die Opportunitätskosten der Gesuchstellerin zu bestimmen. Des Weiteren ist für die ComCom offenkundig, dass die Gesuchstellerin die wegen überhöhter Preise unrechtmässig entzogenen Mittel anders eingesetzt hätte, wenn sie dazu die Möglichkeit gehabt hätte. Mit anderen Worten wäre der Gesuchstellerin dieses Kapital, dessen Höhe und strategische Bedeutung im Übrigen der ComCom nicht bekannt sind, für ihre Innenfinanzierung zur Verfügung gestanden. Insofern ist auch die Aussage der Gesuchstellerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021 nachvollziehbar, wonach die Annahme irrational sei, sie hätte der Gesuchsgegnerin freiwillig Mittel überlassen. Auch wenn das Rückzahlungsrisiko der Gesuchsgegnerin sozusagen null sei und die Entschädigung somit einer als wenig risikoreich eingestuften Anlage entspreche, hätte die Gesuchstellerin es bevorzugt, diese Beträge in laufende, mehr oder weniger rentable Projekte zu Aktenzeichen: OS 41-00016

20/26

investieren, die aber insgesamt in einer Rendite resultiert hätten, die dem WACC des Unternehmens entsprochen hätte. Wie die ComCom in ihrer Verfügung vom 9. Oktober 2008 festhielt, muss mit einer Zinsregelung sichergestellt werden, dass keine Partei aus den rückzahlungspflichtigen Guthaben finanzielle Nachteile erleidet oder finanzielle Vorteile erzielt, die sich nicht ergäben, wenn zwischen den Parteien von Anfang an gesetzeskonforme Preise verrechnet worden wären. Aus den vorangehenden Überlegungen lässt sich schliessen, dass die Berücksichtigung der Opportunitätskosten dieser Anforderung im heutigen Umfeld besser Rechnung trägt. Demgegenüber steht der bisherige Ansatz, welcher die Rückforderungen theoretisch als Anleihe bei der Gesuchsgegnerin behandelt und diese in Zusammenhang mit dem Ausfallrisiko stellt, welches bis zur Rückzahlung der entzogenen Mittel besteht. Dieser, rein fremdkapitalkostenbasierte Ansatz, kann der eingangs erwähnten prinzipiellen Anforderung weniger gut genügen. In grundsätzlicher Hinsicht kann deshalb festgehalten werden, dass es sich beim WACC um den richtigen Diskontsatz – und folglich um den richtigen Zinssatz – für die Rückforderungen handelt, da das durchschnittliche Risiko demjenigen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens entspricht. Dies insbesondere in Anbetracht der vorausschauenden Logik der Opportunitätskosten und ausgehend von der Annahme, dass die Gesuchstellerin ihre Mittel in ihre eigenen Projekte investiert hätte. In diesem Sinne kann den Ausführungen in der Replik der Gesuchstellerin vom 9. Juni 2020 zum massgebenden Risiko zugestimmt werden. Die Gesuchstellerin schreibt dazu folgendes: «Es geht nicht um die Einschätzung des Rückzahlungsrisikos, sondern um den aus dem fehlenden Investitionskapital erlittenen wirtschaftlichen Nachteil der Gesuchstellerin. Der wirtschaftliche Nachteil, den die Gesuchstellerin durch den temporären Entzug von Investitionskapital erlitten hat, besteht nicht aus dem Ausfallrisiko der Rückzahlung des Kapitals, sondern darin, dass sie das

Kapital nicht sofort in ihre eigenen Projekte und Infra- struktur investieren konnte». Die ComCom erachtet diese Interpretation als stichhaltig und passend. Denn wenn diese nicht verfügbaren Mittel in alle Projekte des Unternehmens der Gesuchstellerin geflossen wären, hätte das Risiko sehr wohl den Projektrisiken im Zusam- menhang mit der Geschäftstätigkeit des Unternehmens entsprochen.

#### E. 2.2.4

Zinssatz für ein durchschnittliches Projekt In diesem Abschnitt wird darauf eingegangen, weshalb es sich beim WACC um den ange- messenen Zinssatz zur Bewertung des Risikos eines durchschnittlichen Projekts handelt. Gestützt auf das Gutachten der Firma Charles Rivers Associates lehnt die Gesuchsgegne- rin den Ansatz der Opportunitätskosten ab. Sie bringt vor, dass die Gesuchstellerin unter der Hypothese einer potenziell freien Mittelverwendung unabhängig von der Mittelherkunft alle Projekte mit einer Rendite in Höhe des WACC realisieren würde, wobei der WACC als minimale Renditeschwelle für individuelle Investitionsentscheide (Hurdle Rate) zu interpre-

Aktenzeichen: OS 41-00016

21/26

tieren sei. Der zeitweilige Mittelentzug könne keinen Einfluss darauf haben, ob die Gesuch- stellerin rentable Projekte realisiert oder nicht. Des Weiteren sei der WACC untauglich um die Opportunitätskosten einzelner Projekte abzubilden. Die ComCom kann dieser Argumentation nicht folgen. Wie BREALEY, MYERS UND ALLEN präzisieren, ist der WACC eines Unternehmens definiert als die erwartete Rendite eines Portfolios mit allen bestehenden Titeln, Aktien und Obligationenanleihen des Unterneh- mens. Sie führen dazu weiter aus, dass es sich dabei um die Opportunitätskosten des Ka- pitals für die Investition in die Aktiven des Unternehmens handle und damit um den geeig- neten Diskontsatz für die Projekte mit mittlerem Risiko des Unternehmens (BREALEY, MYERS UND ALLEN, S. 213-216). Sie erklären zudem, dass grundsätzlich viele oder gar die meisten Projekte als Projekte mit mittlerem Risiko eingestuft werden könnten, das heisst, dass sie weder ein höheres noch ein niedrigeres Risiko aufweisen als die anderen Aktiven des Unternehmens im Durchschnitt. Für diese Projekte stellt der WACC des Unternehmens den richtigen Diskontsatz dar. Die Autoren stellen schliesslich fest, dass viele grosse Un- ternehmen den WACC des Unternehmens nicht nur als Referenzwert, sondern als einen Allzwecks-Diskontsatz zur Beurteilung aller Projektvorschläge verwenden. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, den WACC nicht als wünschenswerten Schwellen- wert (Hurdle rate) zu verstehen, sondern als die am wahrscheinlichsten zu erwartende Ren- dite aller Investitionsprojekte. Die Gesuchgegnerin verweist in ihrer Argumentation für die Aufrechterhaltung der bisheri- gen Praxis auf den von der britischen Regulierungsbehörde Ofcom behandelten Fall der Ethernet-Mietleitungen. Damit begründet sie die Angemessenheit der Methode zur Ermitt- lung des derzeit angewandten (Fremdkapitalkosten-)Zinssatzes – und damit die Gleichset- zung der Rückforderungen mit einem risikoarmen Kredit. Wie die Gesuchstellerin richtig vorbringt, hat Ofcom den Zinssatz nicht auf der Grundlage des Risikos der Mittelverwen- dung, sondern auf der Grundlage der Mittelherkunft bestimmt. Die Mittelherkunft klassifi- ziert, aus der Sicht der Leistungserbringerin, welche verzinste Rückzahlungen zu leisten hat, die Mittel für diese Rückzahlungen als Fremdkapital. Aus Sicht der FDA, welche regu- lierte Vorleistungen bezieht, handelt es sich hingegen um Eigenkapital. Bei der Mittelver- wendung steht

demgegenüber die Frage im Zentrum, welche Investitionsmöglichkeiten sich aus den fraglichen Mitteln ergeben. Aus beiden Perspektiven können bzw. könnten die Mittel für die Innenfinanzierung verwendet werden. Die ComCom ist der Ansicht, dass der im Gutachten zitierte Entscheid des Ofcom nicht auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden kann, insbesondere weil die Frage der Mittelverwendung in ihm nicht behandelt wird. Gerade dieser Punkt ist jedoch entscheidend, wenn es darum gehen soll, dass die Verzinsung zu einer Gleichstellung der Parteien beitragen soll. Ausserdem basiert die Entscheidung von Ofcom auf einem Zinssatz, der nicht mit dem Libor vergleichbar ist, und auf einem Zeitraum (2007 bis 2012), in dem das Niveau der Zinssätze noch für alle Parteien zufriedenstellend respektive im Mindesten nachvollziehbar war.

Aktenzeichen: OS 41-00016

22/26

### **E. 2.2.5**

Einfluss des Zinsniveaus Die Berechnungsmethode für den Verzugszinssatz soll eine Symmetrie der Vor- und Nachteile für beide Parteien berücksichtigen. Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 in E. 12.6 bestätigt, ist «diesem unerwünschten Wettbewerbsvorteil der Beschwerdeführerin [Swisscom] insofern entgegen zu wirken, als bei der Bemessung des Zinssatzes den auf Seiten der Beschwerdeführerin eingesparten und bei ihren Konkurrentinnen zusätzlich anfallenden Fremdkapitalkosten Rechnung zu tragen ist. Die von der Vorinstanz angewandte Bemessungsmethode entspricht dieser Anforderung». Allerdings sind die Zinssätze seither wie beschrieben weiter gesunken und verharren auf einem sehr tiefen Niveau, das seit 2015 gar negativ ist. Die Gesuchstellerin bringt in ihrer Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021 vor, dass 2008, als sie eine Verfügung zur anzuwendenden Verzinsungsmethode getroffen hatte, dieses Szenario mit einem langanhaltenden Rückgang der Zinssätze nicht vorhersehbar war. Dem kann zugestimmt werden. Diese Entwicklung mit der bisherigen, auf dem Libor-Zinssatz basierenden Verzinsung führt zu einer Ungleichbehandlung zwischen den Parteien. Zwar bringt die Gesuchsgegnerin in der Stellungnahme vom 20. April 2020 vor, sie bilde im Hinblick auf die Rückzahlungen Rückstellungen, woraus ihr ein wirtschaftlicher Nachteil entstehe und sie die zusätzlichen Mittel nicht zur Innenfinanzierung verwenden könne. Wie die Gesuchstellerin in der Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021 anhand einer kurzen Analyse der Liquiditätskennzahl der Gesuchsgegnerin aufzeigt, deutet jedoch alles darauf hin, dass die Gesuchsgegnerin zu viel erhaltene Beträge nach eigenem Ermessen verwenden und insbesondere in ihre laufenden Projekte investieren kann, welche ihr eine Rendite in Höhe des WACC einbringen. Im Gegensatz dazu sinkt die Entschädigung der Gesuchstellerin auf ein Niveau, das keiner effektiven Entschädigung mehr entspricht. Diese Ungleichbehandlung gilt es mit einer methodischen Anpassung zu beheben. Die Ungleichheit zeigt sich auch in der Aussage der Gesuchstellerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021, wonach der Libor-Satz seit 2015 für ihre Kreditverhältnisse irrelevant sei. So könne sie nicht von den negativen Zinssätzen profitieren, weil die Banken bei der Gewährung eines Kredits einen unteren Schwellenwert von 0 % festlegen. Das heisst, die Banken gewähren keine negativen Zinsen auf Krediten und die Gesuchstellerin bezahlt mehr für Fremdkapitalaufnahme, als sie erhält, wenn die Rückforderungen nur zum Fremdkapitalzinssatz verzinst werden.

### E. 2.2.6

Schwierigkeit bei der Refinanzierung Wie die Gesuchstellerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021 richtigerweise festhält, konnte zum Zeitpunkt der ersten Verfügung der Verzinsungsregelung für die Rückzahlungen niemand die Zinseinbrüche oder die anhaltenden Negativzinsen vorausahnen. Aus heutiger Sicht können gewisse Ziele der ursprünglichen Regelung nicht mehr erreicht werden und eine Überprüfung der Methode zur Festlegung des Zinssatzes ist deshalb angezeigt. Eine trotz des angewandten Risikozuschlags zu tiefe Entschädigung kann effektiv zu einer Asymmetrie zwischen den nachfragenden Anbieterinnen und der marktbeherrschenden Anbieterin führen. Die Anbieterinnen, die Zugangsdienste nachfragen, erhalten keine Entschädigungen mehr, die ihre Opportunitätskosten decken. Sie sind mit dem Risiko

Aktenzeichen: OS 41-00016

23/26

konfrontiert, dass sie die entzogenen Mittel mit einem Kredit zu einem höheren Zinssatz ausgleichen müssen, was insbesondere kleine Anbieterinnen mit einer ungünstigeren Bonität benachteiligen könnte. Die Gesuchsgegnerin bringt dazu vor, die Gesuchstellerin könne die entzogenen Mittel kompensieren, indem sie Fremd- oder Eigenkapital beschaffe. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Gesuchstellerin in ihrer Replik vom 9. Juni 2020 plausibel darlegen kann, dass dies gerade nicht möglich ist. Insbesondere ist es unrealistisch, davon auszugehen, die Gesuchstellerin könne auf dem Kapitalmarkt eine Anleihe mit einem Negativzins-Coupon platzieren. Auch die Freigabe eines Teils der revolvingierenden Kreditlinien (Revolving Credit Facilities, RCF) der Gesuchstellerin, wie von der Gesuchsgegnerin vorgeschlagen wird in der Stellungnahme vom 20. April 2020, wäre als untauglicher Ausgleichsmechanismus zu bewerten. So können die Kosten beim Einbezug des Bereitstellungszinses den Zinssatz für die Rückforderungen ohne Weiteres übersteigen. Womit die Gesuchstellerin wiederum einen Nachteil erleiden würde. Schliesslich ist auch die von der Gesuchsgegnerin vorgetragene Logik des marginalen Refinanzierungssatzes abzulehnen. Ein derartiges Vorgehen würde der bisherigen Praxis der ComCom bei der Berechnung von Fremdkapitalkosten widersprechen. Bei der Berechnung der kostenorientierten Preise werden die gesamten Fremdkapitalkosten berücksichtigt, einschliesslich der Bereitstellungskosten. Des Weiteren dient eine solche RCF-Kreditlinie, wie die Gesuchstellerin es in ihrer Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021 darlegt, in der Regel der kurzfristigen Überbrückung von Liquiditätseingüssen, zur Finanzierung des Umlaufvermögens und laufender Operationen, wie Lohnzahlungen und kurzfristig fälliger Forderungen. Ein solches Finanzinstrument soll beispielsweise nicht zur Finanzierung von Investitionsprojekten eingesetzt werden, wie dies die zu viel bezahlten Beträge über die Innenfinanzierung bewerkstelligen könnten, falls die Gesuchstellerin frei über ihre Mittel verfügen könnte. Unternehmen bevorzugen in aller Regel die Innenfinanzierung für ihre Investitionen, und die Finanzierung über Darlehen wird erst in Betracht gezogen, nachdem das Eigenkapital mobilisiert worden ist. Die Gesuchsgegnerin unterstreicht ihre Ansicht, die Gesuchstellerin könne die entzogenen Mittel durch Fremdkapital ausgleichen, auch gestützt auf das von ihr ins Verfahren gebrachte Gutachten von Charles River Associates, in welchem ausgeführt wird, der Gesuchstellerin entstehe kein Nachteil, weil gemäss der reduktiv eingestuften Interpretation des Modigliani-Miller-Theorems kein Einfluss auf den Gesamtwert des Unternehmens zu erwarten sei. Wie die Gesuchstellerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 29. Januar 2021

dazu richtigerweise festhält, gibt es jedoch sehr wohl eine optimale Finanzierungsstruktur – bei der die Kapitalkosten minimiert und der Unternehmenswert maximiert wird – wenn die Hypothesen des Theorems aufgehoben und reale Gegebenheiten als Grundlage verwendet werden. So ist beispielsweise die Annahme eines steuerfreien Marktes nicht tauglich und damit reduziert sich auch die Aussagekraft des Modigliani-Miller-Theorems. Entgegen der Annahme der Gesuchsgegnerin ist daher vielmehr davon auszugehen, dass eine Veränderung der Kapitalstruktur, einen Einfluss auf den Wert des Unternehmens hat und damit der Gesuchstellerin zum Nachteil gereichen kann.

Aktenzeichen: OS 41-00016

24/26

### **E. 2.2.7**

Adäquate Berücksichtigung der Opportunitätskosten Wie bereits erläutert, muss eine Änderung der Verzinsungsmethode der Beziehung zwischen der Mittelverwendung, dem damit verbundenen Risiko und der Entschädigung konsistent Rechnung tragen. In Bezug auf die Opportunitätskosten, die mit einer Verzinsung basierend auf dem WACC einhergehen, wird die Beziehung insofern konsistent gehalten, als dass die Gesuchstellerin die zu viel gezahlten Beträge bei freier Wahl der Anlage nicht bei der Gesuchsgegnerin in Form eines Darlehens, das einer Obligationsanleihe gleichzustellen ist, investiert hätte, sondern in ihre eigenen Projekte mit einer berechtigten durchschnittlichen Renditeerwartung. Allerdings erscheint die Verzinsung der Rückzahlungen auf der Basis eines unternehmensspezifischen individuellen WACC aus regulatorischer Sicht nicht sinnvoll, weil in einem Beobachtungszeitraum von mehreren Jahren wahrscheinlich Unterschiede bei den WACC der Unternehmen, die Zugangsdienste in Anspruch nehmen, feststellbar wären. Es könnte, je nach Ausprägung der Risikobereitschaft oder der Risikoaversion der Anbieterinnen beträchtliche Abweichungen geben. Für die Gesuchsgegnerin wäre ein derartiges Vorgehen bei der Verrechnung der Rückzahlungen mit zusätzlichem Aufwand verbunden. Es ist deshalb sachgerechter, für die Verzinsung von Rückforderungen von zu viel bezahlten Beträgen für den regulierten Netzzugang den WACC der Branche anzuwenden. Dieser wird von der Gesuchsgegnerin für die Bereitstellung ihrer regulierten Basisangebote sowieso berechnet und hat einen direkten Zusammenhang mit den regulierten Preisen, welche allenfalls von Rückzahlungen betroffen sind. Die Wahl des WACC der Branche enthält letztlich auch ein gewisses ausgleichendes Moment, da dieser Zinssatz den typischen Wert für eine hypothetische FDA abbildet. Der WACC der Branche verringert insofern auch die Möglichkeit der Entstehung einer Asymmetrie zum Nachteil der Gesuchsgegnerin. Die Verwendung des WACC der Branche sorgt dafür, dass die Verzinsung der Rückforderungen wieder ihre disziplinierende Wirkung hat. Somit sollte gewährleistet sein, dass die Anbieterin von Zugangsdiensten keinen Anreiz hat, bewusst überhöhte Tarife zu verlangen, sei es, um ihre Mitbewerberinnen zu schwächen, indem deren Mittelflüsse vorübergehend reduziert werden, oder um von einem besonders vorteilhaften Liquiditätszufluss zu profitieren, wenn sich der Libor-Zinssatz im Negativbereich bewegt. Diese disziplinierende Wirkung ist ein wichtiger Bestandteil der Verzinsungs-Regelung für Rückforderungen. Aus diesen Gründen erachtet die ComCom die Anwendung eines einheitlichen WACC der Branche für sachgerecht. Dies entspricht den Vorschlägen «Variante b» der Gesuchstellerin.

### **E. 2.2.8**

Variabler Zinssatz Hinsichtlich der Frage, ob der Zinssatz mit der Forderung gekoppelt (fixer Zinssatz) oder jährlich aktualisiert (variabler Zinssatz) werden soll, spricht sich die ComCom dafür aus, dass der Zinssatz jährlich aktualisiert wird und damit dem WACC entspricht, welcher jeweils den im entsprechenden Jahr berechneten kostenorientierten Preisen zu Grunde liegt. Dies

Aktenzeichen: OS 41-00016

25/26

entspricht der von der Gesuchstellerin in Anhang 4 des Gesuchs präsentierten Methode, welche die variable Verzinsung mittels Vorsteuer-WACC der Branche vorsieht. Die Berechnungsmethode des WACC der Branche zielt darauf ab, die jährlichen Schwankungen der verschiedenen Variablen durch gleitende Dreijahresdurchschnitte zu reduzieren. Daraus entsteht ein relativ geglätteter WACC-Verlauf von einem Jahr zum nächsten, was künftig die Differenz zwischen dem festen und dem variablen Zinssatz für die Rückforderungen abfedert. Trotzdem führt die Wahl eines variablen Zinssatzes zu grösserer Kohärenz, wenn man berücksichtigt, dass die zu viel bezahlten Beträge sich über mehrere Jahre kumulieren und die Preise für die Zugangsdienste jedes Jahr neu berechnet werden. Der variable Zinssatz wird wie folgt berechnet: Während des Kalenderjahres (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, der im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin 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 Rechnungsperiode bestimmt. Ist der Kapitalkostensatz im Fälligkeitsjahr zum Zeitpunkt der Auszahlung von unterjährig 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). Diese Hauptforderung (inkl. kapitalisierter 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. 2.2.9**

Fazit Die ComCom gelangt nach Prüfung der Argumente der Parteien zum Schluss, dass der gewichtete Kapitalkostensatz (WACC) der geeignete Satz für die Verzinsung der Rückforderungen infolge von überhöhten Preisen für die Zugangsdienste ist. Es ist dabei sachgerecht, auf den WACC der Branche und nicht auf den WACC des um Zugang nachfragenden Unternehmens abzustellen. Schliesslich soll die Berechnung des Satzes auf einem variablen WACC der Branche basieren, was dem Vorschlag «Eventualantrag Variante b» der Gesuchstellerin gemäss Anhang 4 ihres Gesuchs vom 12. Februar 2020 entspricht.

III. Kosten [...]

Aus diesen Gründen wird verfügt: 1. 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 Rechnungsperiode bestimmt. Ist der Kapitalkostensatz im Fälligkeitsjahr zum Zeitpunkt der Auszahlung von unterjährig 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. 3**

Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich mit Rückschein eröffnet. Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom Adrienne Corboud Fumagalli Präsidentin 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 9023 St. Gallen. 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.