



Referenz/Aktenzeichen: Vf 2024-12-19_001 / OS 41-00017

Bern, 19. Dezember 2024

Verfügung

der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom

Zusammensetzung Christian Martin (Präsident), Stephanie Teufel (Vizepräsidentin),
Christine Benesch, Matthias Grossglauser, Patrick Krauskopf,
Jean Christophe Schwaab und Flavia Verzasconi

in Sachen **Init7 (Schweiz) AG**, Technoparkstrasse 5, 8406 Winterthur
vertreten durch Prof. Dr. Simon Schlauri, Rechtsanwalt,
Ronzani Schlauri Anwälte, Signaustasse 11, 8008 Zürich

Gesuchstellerin

gegen **Swisscom (Schweiz) AG**, Alte Tiefenaustasse 6, 3048 Bern
vertreten durch Stefan Gilgen, Rechtsanwalt und Notar und
Urs Prestinari, Fürsprecher, LL.M., Swisscom (Schweiz) AG,
Konzernrechtsdienst, 3050 Bern

Gesuchsgegnerin

betreffend **Interconnect Peering**



Inhaltsverzeichnis

I	Prozessgeschichte	4
II	Erwägungen	12
1.	Verfahrensvoraussetzungen	12
1.1	Allgemeines	12
1.2	Zuständigkeit	12
1.3	Verfahrensgegenstand	14
1.4	Weitere Eintretensvoraussetzungen.....	15
1.5	Fazit	16
1.6	Verfahrensantrag der Gesuchsgegnerin in der Stellungnahme vom 4. Februar 2022	16
2.	Peering im Kontext des vorliegenden Verfahrens	18
3.	Pflicht zur Gewährung des Netzzugangs	19
3.1	Übersicht.....	19
3.2	Marktbeherrschung	20
3.2.1	Definition	20
3.2.2	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020	20
3.2.3	Abklärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse ab Januar 2016	22
3.2.3.1	Markt- und Endkundenbefragung des BAKOM von Februar – August 2021	22
3.2.3.2	Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021	22
3.2.3.2.1	Einleitende Ausführungen zum Sachverhalt und zum Verfahren	23
3.2.3.2.2	Beurteilung des relevanten Marktes und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin.....	27
3.2.4	Stellungnahmen zu den einleitenden Ausführungen der WEKO.....	30
3.2.4.1	Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 4. Februar 2022	30
3.2.4.2	Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2022.....	31
3.2.4.3	Zwischenfazit	35
3.2.5	Stellungnahmen zur Beurteilung des relevanten Marktes und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin durch die WEKO.....	37
3.2.5.1	Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 4. Februar 2022	37
3.2.5.2	Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2022.....	38
3.2.5.3	Schlussbemerkungen der Gesuchsgegnerin vom 31. Oktober 2023.....	39
3.2.5.3.1	Parteigutachten der Charles River Associates vom 22. Juni 2023	40
3.2.5.4	Schlussbemerkungen der Gesuchstellerin vom 13. November 2023	48
3.2.5.5	Ergänzende Stellungnahme der WEKO vom 15. Januar 2024	48
3.2.5.6	Schlussbemerkungen der Gesuchsgegnerin vom 7. März 2024.....	52
3.2.5.6.1	Replik der Charles River Associates vom 6. März 2024	54
3.2.5.7	Schlussbemerkungen der Gesuchstellerin vom 7. März 2024	56
3.2.5.8	Gesamtfazit	57
3.2.6	Schlussfolgerungen	60



Aktenzeichen: OS 41-00017

3.3	Kostenorientierte Preise	60
3.3.1	Einleitung	60
3.3.2	Übersicht.....	61
3.3.3	Nachweis kostenorientierter Preise	61
3.3.3.1	Kostennachweis in materieller Hinsicht	62
3.3.3.1.1	Gesetzliche Grundlagen	62
3.3.3.1.2	Relevante Kosten.....	63
3.3.3.1.3	Modell der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets)	63
3.3.4	Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht.....	64
3.3.4.1	Stellungnahmen zu den relevanten Kosten im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV..	65
3.3.4.1.1	Stellungnahmen der Gesuchstellerin der Jahre 2013 – 2017	65
3.3.4.1.2	Stellungnahmen der Gesuchsgegnerin der Jahre 2013 – 2017	66
3.3.4.1.3	Stellungnahmen der Parteien zu den Kostennachweisen.....	68
3.3.4.1.4	Anmerkungen der WEKO zu den relevanten Kosten	73
3.3.4.1.5	Stellungnahme des Preisüberwachers vom 8. September 2023	75
3.3.4.1.6	Erwägungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020.....	77
3.3.4.2	Würdigung der relevanten Kosten	78
3.3.5	Behauptete adverse Effekte eines regulierten Zero Settlement Peering	82
3.3.5.1	Endkundenpreise und Interkonnektion würden zusammenhängen	82
3.3.5.2	Paid Peering führe zu Pass-On der Einspeiseentgelte an Endkunden	83
3.3.5.3	Kostenfreier Netzzugang führe zu «Windfall Gain» statt Effizienz	84
3.3.5.4	Regulierung riskiere «Free Riding» durch Content Provider	85
3.3.5.5	Fazit	85
3.4	Weitere Zugangsbedingungen	86
III	Kosten.....	87



I Prozessgeschichte

Mit Datum vom 28. März 2013 reichte die Init7 (Schweiz) AG (Gesuchstellerin) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom (Schweiz) AG (Gesuchsgegnerin) ein. Sie stellte darin folgende Rechtsbegehren:

1. *Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin nachfolgenden Zugang zu gewähren:*
 - a. *Datenaustausch (Peering) zwischen dem Internet Backbone AS3303 der Gesuchsgegnerin mit dem Internet Backbone AS13030 der Gesuchstellerin, sowohl für IPv4 wie auch für IPv6.*
 - b. *Datenaustausch (Peering) zwischen dem mobilen Netzwerk der Gesuchsgegnerin mit dem Internet Backbone AS13030 der Gesuchstellerin.*
 - c. *Anzahl Leitungen: 2 (Genf und Zürich).*
 - d. *Geschwindigkeit: Pro Leitung 10 Gigabit pro Sekunde.*
 - e. *Ohne jeglichen Ratelimiter.*
 - f. *Die Gesuchsgegnerin muss alle Prefixe wie zu anderen Peering Partnern propagieren, insbesondere auch alle More-Specific Prefixe, die für die Privatkundenbasis in Benutzung sind.*
 - g. *die von der Gesuchstellerin propagierten Prefixe müssen mit MED 200000 oder besser markiert werden (wie beim Stand 22. Februar 2012).*
 - h. *Der Zugang ist unentgeltlich zu gewähren.*
 - i. *Überschreitet der ausgetauschte Traffic 50 % der Nennkapazität basierend auf der 95-percentile Messung (Monatsabrechnung), wird die Gesuchsgegnerin verpflichtet, kooperativ mit der Gesuchstellerin zusätzliche Kapazität an den branchenüblichen Interkonnektionspunkten zu erstellen. Die notwendigen Verkabelungskosten werden dabei für jeden zusätzlichen Link abwechslungsweise von der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin getragen.¹*
2. *Die Verfügung gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 sei als vorsorgliche Massnahme zu erlassen, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe nach Art. 292 im Unterlassungsfall.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin.*

Mit Eingabe vom 6. Mai 2013 liess sich die Gesuchsgegnerin zur begehrten vorsorglichen Massnahme vernehmen. Am 13. Mai 2013 nahm sie Stellung zum Gesuch und stellte darin das folgende Rechtsbegehren:

Das Zugangsgesuch von Init7 vom 28. März 2013 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Unter Kostenfolge

¹ *Asymmetrisch ist einzig das Verbindungskabel, deren Kosten jeweils von einer Partei getragen werden (je nach Interkonnektionspunkt zwischen 0 und € 2'000.00 einmalig und/oder € 0 und € 300.00 pro Monat). Deshalb auch die abwechselnden Kabelkosten.*



Aktenzeichen: OS 41-00017

Mit Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 hiess die ComCom das Gesuch um Erlass der vorsorglichen Massnahme teilweise gut und verpflichtete die Gesuchsgegnerin, während der Dauer des Zugangsverfahrens der Gesuchstellerin unentgeltlich den Datenaustausch gemäss den im Verfügungsdispositiv konkretisierten Bedingungen zu gewähren. Die gegen die Zwischenverfügung erhobene Beschwerde der Gesuchsgegnerin wurde vom Bundesverwaltungsgericht (BVGer) mit Urteil vom 13. November 2013 abgewiesen (BVGE A-3930/2013).

Mit Eingabe vom 28. Juni 2013 reichte die Gesuchstellerin eine Replik ein, worin sie an ihren Rechtsbegehren gemäss Gesuch vom 28. März 2013 festhielt, mit Ausnahme des Rechtsbegehrens Ziff. 1 lit. g, welches sie zurückzog.

Mit Datum vom 22. Juli 2013 reichte die Gesuchsgegnerin eine Duplik ein, mit welcher sie an ihren bisherigen Anträgen und Ausführungen gemäss Eingaben vom 6. Mai 2013 (betreffend vorsorgliche Massnahmen) und 13. Mai 2013 (in der Hauptsache) festhielt.

Um die Marktverhältnisse im Bereich der IP-Interkonnektion zu klären, führte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) von Juni bis August 2014 eine Marktbefragung durch. Gestützt auf die Ergebnisse der Marktbefragung hielt das BAKOM seine Einschätzungen zu den Marktverhältnissen im Bereich der IP-Interkonnektion im Befundpapier vom 18. November 2014 fest, das den Parteien zur Kenntnis zugestellt wurde.

Am 18. November 2014 konsultierte das BAKOM die Wettbewerbskommission (WEKO) und ersuchte diese, eine Stellungnahme zur Frage der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin im Bereich IP-Interkonnektion zu erstellen. In ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 kam die WEKO zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin betreffend den IP-Interkonnektionszugang zu ihren Endkunden als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) zu qualifizieren sei. Mithilfe der Vertragsbeziehung mit der Deutschen Telekom AG (DTAG) könne sich die Gesuchsgegnerin auf dem relevanten Markt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) als Anbieterin von IP-Interkonnektionsdienstleistungen gegenüber anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten.

Mit Schreiben vom 24. April 2015 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem BAKOM mit, es habe am 23. April 2015 gegen die Gesuchsgegnerin und die DTAG eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG im Bereich Interconnect Peering eröffnet.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Juni 2015 sistierte das BAKOM das vorliegende Verfahren, nachdem es die Verfahrensparteien zur Frage der Sistierung angehört hatte.

Mit Schreiben vom 1. Mai 2017 nahm das BAKOM das Verfahren wieder auf und liess den Parteien eine Kopie des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO vom 12. Dezember 2016 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Interconnect Peering in der für die Publikation bestimmten Version ohne Geschäftsgeheimnisse zur Kenntnis zukommen.



Aktenzeichen: OS 41-00017

Im Schlussbericht führte das Sekretariat der WEKO als Zwischenergebnis aus, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass das Transitabkommen zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG in seiner ursprünglichen Form hätte geeignet sein können, den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG sowie im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 KG erheblich zu beeinträchtigen. Als Ergebnis könne hingegen festgehalten werden, dass die Parteien im Rahmen der Vorabklärung kooperiert und auf Anregung des Sekretariats ihre Verträge bereits im Stadium der Vorabklärung freiwillig angepasst hätten, so dass in Hinblick auf die zukünftige Wettbewerbssituation ein Eingreifen der WEKO nicht mehr angezeigt sei. Daher beschloss das Sekretariat auf die Eröffnung einer Untersuchung zu verzichten und die Vorabklärung einzustellen.

Mit Datum vom 27. Juli 2017 reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme ein und stellte darin folgende Rechtsbegehren:

Anträge:

1. *Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin unter den im Übrigen gleichen Bedingungen gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 Zugang mit einer Geschwindigkeit von 20 Gigabit pro Sekunde pro Leitung zu gewähren.*
2. *Die Verfügung gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 sei als vorsorgliche Massnahme zu erlassen.*

Verfahrensanträge:

3. *Die Wettbewerbskommission sei mit einem Ergänzungsgutachten zur Frage der marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin zu beauftragen, wobei*
 - a. *die Marktsituation nach dem Dahinfallen der Abrede zwischen der Gesuchsgegnerin und der Deutschen Telekom AG im Januar 2016 in Betracht zu ziehen sei;*
 - b. *die Frage nach der Abgrenzung eines gesonderten Marktes für IP-Zugang für Transitanbieterinnen zu stellen sei;*
 - c. *die Frage nach einer relativen Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin zu stellen sei;*
 - d. *im Hinblick auf die Erstellung des Ergänzungsgutachtens die Marktuntersuchung des BAKOM entsprechen zu ergänzen sei;*
4. *Eventualiter sei die Entscheidung in selbständiger Beurteilung durch die ComCom zu fällen.*

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Die Gesuchsgegnerin äusserte sich mit Stellungnahme vom 28. August 2017 zur Eingabe der Gesuchstellerin und stellte folgende Rechtsbegehren:

1. *Sämtliche Verfahrensanträge der Gesuchstellerin vom 27. Juli 2017 seien vollumfänglich abzuweisen.*
2. *Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 27. Juli 2017 um Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*



Aktenzeichen: OS 41-00017

3. *Die mit Entscheid der ComCom vom 11. Juni 2013 verfügten vorsorglichen Massnahmen seien vollumfänglich und umgehend aufzuheben.*

Unter Kostenfolge

Am 15. September 2017 hat die Gesuchstellerin eine ergänzende Stellungnahme eingereicht.

Mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2017 wies die ComCom das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ab und hob gleichzeitig die mit Datum vom 11. Juni 2013 verfügte vorsorgliche Massnahme zur Gewährung eines unentgeltlichen Zugangs (Ziff. 1 der Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013) auf. Gegen die Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2017 wurde keine Beschwerde erhoben.

Mit Verfügung vom 27. Juli 2018 wies die ComCom das Gesuch vom 28. März 2013 ab. Die ComCom kam in ihren Erwägungen zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin im Markt für IP-Interkonnektion nicht marktbeherrschend war, so dass die Gesuchsgegnerin auch keine Angebotspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG trifft. Für die ComCom bestand aus fernmelderechtlicher Sicht keine Veranlassung regulierend einzuschreiten.

Gegen diese Verfügung erhob die Gesuchstellerin am 13. September 2018 Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil A-5235/2018 vom 22. April 2020 hob das Bundesverwaltungsgericht unter Gutheissung der Beschwerde die Verfügung der ComCom vom 27. Juli 2018 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Das BVGer hielt zusammenfassend fest, dass die Marktstellung der Gesuchsgegnerin nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen ihr und der DTAG unklar sei. Für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung im Januar 2016 sei die Gesuchsgegnerin hingegen als marktbeherrschend im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren. Die Vorinstanz habe betreffend die Zeitdauer nach Auflösung der Vereinbarung die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse abzuklären und die WEKO zu konsultieren. Für die Zeitdauer bis zur Auflösung der Vereinbarung habe die Vorinstanz überdies für das von der Gesuchstellerin verlangte Peering kostenorientierte Preise festzulegen.

Mit Schreiben vom 3. Juni 2020 nahm das BAKOM die Instruktion des Verfahrens wieder auf und forderte die Gesuchsgegnerin zwecks Festlegung kostenorientierter Preise auf, die Kostennachweise für die Jahre 2013 bis 2016 einzureichen. Die Gesuchsgegnerin reichte mit Schreiben vom 21. August 2020 die verlangten Kostennachweise zu den Akten ein.

Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 30. Oktober 2020 zum Kostennachweis Stellung und reichte ein Parteigutachten der WIK-Consult GmbH, Bad Honnef, Deutschland, vom 28. Oktober 2020 (Parteigutachten WIK) zu den Akten ein. In diesem wird zusammenfassend unter anderem konkludiert, dass die Long Run Incremental Cost (LRIC) des Peering mit der Gesuchstellerin im Netz der Gesuchsgegnerin Null seien und neben den Kosten an Interkonnektionsschnittstellen keine dem Peering zurechenbare Kosten anfallen würden. Die Gesuchsgegnerin replizierte ihrerseits mit Eingabe vom 29. Januar 2021, worin sie auch zum Parteigutachten WIK Stellung nahm.



Aktenzeichen: OS 41-00017

Zwecks Abklärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG im Januar 2016, hat das BAKOM am 5. Februar 2021 eine erneute Branchenbefragung eröffnet. Auch den Verfahrensparteien wurden diesbezüglich verschiedene Fragen zur Beantwortung unterbreitet. Auf Anregung der WEKO und um Informationslücken bezüglich möglicher Disziplinierungseffekte durch den Endkundenmarkt bei der Beurteilung der Marktbeherrschung möglichst zu schliessen, wurde diese Branchenbefragung mit einer Endkundenbefragung ergänzt. Mit Schreiben vom 3. September 2021 wurde den Parteien deren Durchführung im Juli und August 2021 mitgeteilt und angekündigt, die WEKO gestützt auf die Ergebnisse der Markt- und Endkundenbefragung erneut zu einer Stellungnahme zur Frage der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin aufzufordern.

Am 15. März 2021 und am 3. Juni 2021 stellte das BAKOM der Gesuchsgegnerin verschiedene Instruktionsfragen zu den Kostennachweisen der Jahre 2013 bis 2016, welche diese am 9. April 2021 respektive am 30. Juli 2021 beantwortete.

Die Gesuchsgegnerin beantragte mit Eingabe vom 21. Juni 2021 die Sistierung des Verfahrens. Sie begründete dies mit zwei vor Bundesverwaltungsgericht hängigen Verfahren, in welchen Grundsatzfragen zu beantworten seien, welche Einfluss auf das vorliegende Verfahren hätten. Das BAKOM lehnte den Sistierungsantrag mit prozessleitender Verfügung vom 7. Juli 2021 ab.

Dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. April 2020 folgend, ersuchte das BAKOM die WEKO mit Schreiben vom 30. September 2021 um eine Begutachtung der Marktverhältnisse ab 2016. Die WEKO übermittelte am 25. Oktober 2021 ein entsprechendes Gutachten. Sie hielt fest, dass die Gesuchsgegnerin auch ab dem Zeitpunkt nach Auflösung der Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG im Teilmarkt für den IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden der Gesuchsgegnerin für diejenigen AS, die keine Peering-Beziehung mit DTAG eingehen können, als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Grund hierfür sei das Ersetzen der nicht marktüblichen Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG durch eine nicht marktübliche Kombination zweier marktüblicher Vertragsbeziehungen zwischen denselben Parteien. Die Parteien haben am 4. Februar 2022 zum Gutachten der WEKO Stellung genommen. Die Gesuchstellerin hielt an ihren Anträgen fest, wohingegen die Gesuchsgegnerin in der Sache folgendes Rechtsbegehren stellte:

Antrag in der Sache:

«Das Gesuch von Init7 vom 28. März 2013 betreffend Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom betreffend Interconnect Peering sei abzuweisen, was den Zeitraum ab 01. Oktober 2015 betrifft».

Das BAKOM führte am 21. September 2022 eine mündliche Instruktionsverhandlung mit den Parteien durch. Die Gesuchsgegnerin hat dazu vorab mit Schreiben vom 4. Juli 2022 Instruktionsfragen beantwortet. Anlässlich der Instruktionsverhandlung wurde vereinbart,



Aktenzeichen: OS 41-00017

dass weitere Vergleichsgespräche geführt werden sollen. Am 14. November 2022 hat das BAKOM die für den 16. November 2022 vorgesehene Einigungsverhandlung auf Wunsch der Gesuchstellerin abgesagt.

Die Gesuchsgegnerin wurde am 14. Dezember 2022 durch das BAKOM aufgefordert, die Kostennachweise für die Jahre 2016 bis 2023 einzureichen. Für die Jahre 2016 bis 2022 galt diese Aufforderung explizit nur für diejenigen Jahre, in denen der Datenverkehr der Gesuchstellerin in das Netz der Gesuchsgegnerin die Ratio von 1:2 überschritten hat respektive für welche die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin Forderungen aus dem Peering-Verhältnis zwischen den Parteien stellt. Die Gesuchsgegnerin ist dieser Aufforderung mit Eingabe vom 20. Februar 2023 nachgekommen und hat Kostennachweise für die Jahre 2016 und 2017 sowie für das Jahr 2023 eingereicht. Für die Jahre 2018 bis 2022 hat die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin keine Forderungen aus dem Peeringverhältnis zwischen den Parteien gestellt. Am 12. Mai 2023 hat die Gesuchstellerin zu den Kostennachweisen der Gesuchsgegnerin Stellung genommen.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2023 ist das BAKOM an den Preisüberwacher gelangt und hat diesen um eine Stellungnahme im Sinne von Art. 15 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) ersucht. Der Preisüberwacher hat am 8. September 2023 Stellung genommen. Er empfiehlt der ComCom den vom BAKOM vorgenommenen Anpassungen bei der Berechnung der Peering-Kosten der Gesuchsgegnerin zu folgen; die Verrechnung der Gesuchsgegnerin anhand von P95 Werten in Interconnect Peering Verträgen zu prüfen und die Beurteilung im Entscheid zu begründen und zudem sicherzustellen, dass die Berechnung des WACC für 2023 der Methode folgt, die die ComCom in ihrem Entscheid vom 11. April 2023 festgelegt hat.

Am 13. September 2023 wurden die Parteien aufgefordert, Schlussbemerkungen einzureichen. Mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 ist die Gesuchsgegnerin dieser Aufforderung nachgekommen. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

Hauptanträge:

1. *Für die Jahre 2013 bis 2015 seien für den Dienst Interconnect Peering von Swisscom folgende kostenorientierte Preise (CHF pro Mbps P95/monatlich, exkl. MWST) zu verfügen (wobei diese Vergütung nur dann geschuldet ist, sofern zwischen den Parteien die Ratio von 1:2 überschritten wird):*
 - 2013: 7.49
 - 2014: 3.89
 - 2015: 2.68
2. *Das Gesuch von Init7 vom 28. März 2013 um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom betreffend Interconnect Peering sei – soweit darauf einzutreten ist – für den Zeitraum ab 1. Oktober 2015 vollumfänglich abzuweisen.*



Eventualantrag (für den Fall, dass die ComCom auch für den Zeitraum ab 1. Oktober 2015 von einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom sowie von einem Interkonnektions-tatbestand für den Dienst Interconnect Peering ausgehen und damit das Rechtsbegehren 2 ablehnen sollte):

3. *Für die Jahre 2016, 2017 und 2023 seien für den Dienst Interconnect Peering von Swisscom folgende kostenorientierte Preise (CHF pro Mbps P95/monatlich, exkl. MWST) zu verfügen (wobei diese Vergütung nur dann geschuldet ist, sofern zwischen den Parteien die Ratio von 1:2 überschritten wird):*

- 2016: 2.17

- 2017: 1.71

- 2023: 0.87

- unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchstellerin -

Den Schlussbemerkungen beigelegt wurde ein Parteigutachten der Charles River Associates, Brüssel, Belgien, vom 22. Juni 2023 (Parteigutachten CRA), welches hinsichtlich der «relevanten Marktabgrenzung der nachgefragten Interkonnektions-Dienste und der Marktstellung von Swisscom» eine Würdigung des WEKO-Gutachtens vom 25. Oktober 2021 vornimmt. Es wird darin konkludiert, dass die Marktabgrenzung faktisch und methodisch derart fehlerhaft sei, dass diese als Ganzes verworfen werden müsse; methodische Fehler die Schlussfolgerung einer marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin nicht aufrechterhalten lassen und zudem die im WEKO-Gutachten angedachte Regulierung des Zugangs zum Netz der Gesuchsgegnerin durch Auflage eines unbeschränkten unentgeltlichen Zero Settlement Peering für andere ISP zu höheren Endkundenpreisen, geringeren Netzwerkinvestitionen und geringerer Konsumentenrente führen würde. Die Gesuchstellerin wiederum übermittelte ihre Schlussbemerkungen mit Eingabe vom 13. November 2023 und hielt an ihren Anträgen fest.

Mit Schreiben vom 14. November 2023 orientierte das BAKOM die WEKO über die Einreichung des Parteigutachtens CRA im Rahmen der Schlussbemerkungen der Gesuchsgegnerin zur Frage der marktbeherrschenden Stellung. Da dieses in zentralen Punkten verschiedenen Aussagen und Feststellungen widerspricht, welche die WEKO in ihrem Gutachten vom 25. Oktober 2021 gemacht hat, wurde diese in Ergänzung ihres Gutachtens zu einer Stellungnahme zum Parteigutachten CRA aufgefordert. Die WEKO übermittelte ihre ergänzende Stellungnahme mit Schreiben vom 17. Januar 2024. Sie bemerkte, dass die Vorbringen der Autoren des Parteigutachtens CRA weder geeignet seien, die von der WEKO in ihrem Gutachten vom 25. Oktober 2021 vorgenommene Beurteilung der Marktstellung der Gesuchsgegnerin noch die von der WEKO vorgenommenen Anmerkungen zum wirksamen Wettbewerb in Frage zu stellen. Folglich hielt die WEKO vollumfänglich an den Feststellungen in ihrem Gutachten vom 25. Oktober 2021 fest.

Mit Schreiben vom 25. Januar 2024 wurde den Parteien die das Gutachten der WEKO ergänzende Stellungnahme zugestellt und sie wurden aufgefordert, Schlussbemerkungen zur Frage der marktbeherrschenden Stellung einzureichen. Mit Eingabe vom 7. März 2024



Aktenzeichen: OS 41-00017

hielt die Gesuchsgegnerin zusammenfassend fest, dass auch die ergänzende Stellungnahme zum Gutachten der WEKO vom 15. Januar 2024 nichts daran ändern würde, dass der Gesuchsgegnerin ab Oktober 2015 betreffend Interconnect Peering keine marktbeherrschende Stellung mehr zukomme. Weiter sei sowohl die ergänzende Stellungnahme als auch das ursprüngliche Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021 grundsätzlich nicht als Entscheidungsgrundlage im vorliegenden Verfahren geeignet. Eine der Schlussbemerkung der Gesuchsgegnerin beigelegte separate Replik der CRA vom 6. März 2024 lasse keinen anderen Schluss zu, als die marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin zu verneinen. Vielmehr müsse festgehalten werden, dass das Gutachten und die ergänzende Stellungnahme der WEKO vom 15. Januar 2024 auf einem falschen Verständnis von Peering, den damit verbundenen Kosten- und Nutzeneffekten und damit auch auf einer falschen Beurteilung der herrschenden Marktgegebenheiten und -verhältnissen beruhe. An den mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 formulierten Rechtsbegehren wurde festgehalten beziehungsweise wurde Ziff. 3 wie folgt präzisiert:

3. *Für die Jahre 2016 und 2017¹ seien für den Dienst Interconnect Peering von Swisscom folgende kostenorientierte Preise (CHF pro Mbps P95/monatlich, exkl. MWST) zu verfügen (wobei diese Vergütung nur dann geschuldet ist, sofern zwischen den Parteien die Ratio von 1:2 überschritten wird):*

- 2016: 2.17

- 2017: 1.71

- unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchstellerin -

¹ 2023 hat Init7 die Ratio von 1:2 während des ganzen Jahres eingehalten. Deshalb sind für das Jahr 2023 von der ComCom – selbst wenn fälschlicherweise davon ausgegangen werden sollte, dass Swisscom marktbeherrschend sei, keine Preise zu verfügen.

Die Gesuchstellerin übermittelte ihre Schlussbemerkungen zur marktbeherrschenden Stellung mit Eingabe vom 7. März 2024 und hielt an ihren Anträgen fest.

Mit Eingabe vom 23. Mai 2024 machte die Gesuchsgegnerin auf ein Urteil des Landgerichts Köln, Deutschland vom 14. Mai 2024 aufmerksam, welches sich mit der Vergütung von Transportdienstleistungen befasst. Dieses sei auch für das vorliegende Zugangsverfahren einschlägig und bedeutsam. Das BAKOM stellte die bezeichnete Eingabe gleichentags der Gesuchstellerin zur Kenntnis zu.

Auf die konkreten Vorbringen der Parteien wird, soweit für diesen Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.



II Erwägungen

1. Verfahrensvoraussetzungen

1.1 Allgemeines

Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Zugangsverfahren nach Art. 11a FMG 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).

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 Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG).

Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen betreffend Abschluss eines Interconnect-Peering-Vertrages nicht einig geworden. Die Gesuchstellerin verlangt im Gesuch vom 28. März 2013 die verfügungsweise Festlegung der Vertragsbedingungen über den Datenaustausch (Peering) zwischen den Parteien durch die ComCom.

Wie bereits in der Verfügung der ComCom vom 27. Juli 2018 unter Bezugnahme auf die Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen festgehalten, handelt es sich vorliegend um ein Gesuch um Festsetzung der Bedingungen der Interkonnektion im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG. Gemäss Art. 3 lit. e FMG bezeichnet die Interkonnektion die Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten (FDA), damit ein fernmelde-technisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Interkonnektion umfasst die Netzzusammenschaltung im traditionellen Sinne und erfüllt damit die notwendigen Voraussetzungen, damit Partner miteinander in Kontakt treten und sich gegenseitig Informationen zusenden können. Zentral ist mit anderen Worten einzig und allein, dass die Netze der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin zusammengeschlossen wurden und eine Kommunikation mittels Internetprotokoll stattfindet. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin insbesondere in ihrer Eingabe vom 4. Februar 2022 hat die ComCom den Begriff der Interkonnektion bereits in der Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 weiter konkretisiert. Es wurde dargelegt, dass weder im Fernmeldegesetz noch in der zugehörigen Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1) ein abschliessender Katalog derjenigen Dienste besteht, die von Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) mittels Interkonnektion anzubieten sind beziehungsweise bezogen werden können (vgl. Art. 61 Abs. 2 FDV). Unbestritten ist, dass sowohl Sprach- als auch Datendienste von der Interkonnektion erfasst werden. Ebenso wenig wird der Anwendungsbereich des Rechtsbegriffs Interkonnektion aufgrund technischer Spezifikationen eingeschränkt, beispielsweise in Form einer Definition der Schnittstellen oder einer Vorgabe, auf welcher Netzhierarchiestufe beziehungsweise an welchen Punkten (points of interconnection, POI) Interkonnektion zu gewähren ist. Netzzu-



sammenschaltungen sind prinzipiell auf allen Netzhierarchiestufen denkbar (MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, S. 115ff., insb. Rz. 241). Dem kommt weiterhin Gültigkeit zu. Die Zitierung der Gesuchsgegnerin in der bezeichneten Eingabe vom 4. Februar 2022 (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 66) aus dem Kurzgutachten BAKOM vom 21. Dezember 2012, welches dieses im Zusammenhang mit einem von der Gesuchstellerin vor dem Handelsgericht Bern ursprünglich anhängig gemachten vorsorglichen Massnahmeverfahren erstellt hat, verleitet zu falschen Schlussfolgerungen. Das BAKOM hat mit dem Passus: «Mit der gesetzlichen Interkonnektionspflicht soll verhindert werden, dass marktbeherrschende Anbieterinnen neue Konkurrentinnen mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verwehren (BGE 125 II 613 E. 1b S. 618)» Bezug genommen auf die ursprüngliche, in Folge der Liberalisierung des Telekommarktes geschaffene, Umschreibung der Interkonnektionspflicht. Neuartige Interkonnektionstatbestände sind zwar in der Folge geprägt durch die äusserst dynamische technologische und dadurch bedingt ökonomische Entwicklung des schweizerischen Telekommunikationsmarktes hinzugekommen. Die behauptete Unterscheidung der Gesuchsgegnerin in der Eingabe vom 4. Februar 2022 (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 66 f.) zwischen Datentransport- und Dienstanbieterinnen unterschiedlicher Netzhierarchiestufen ist jedoch rein technischer Natur und ändert nichts an der juristische Definition des Interkonnektionsbegriffs. Weiterhin und wie bereits ausgeführt, wird ausschliesslich darauf abgestellt, ob ein Zusammenschluss von Netzen stattgefunden hat und ein Datenaustausch möglich ist. Dies ist vorliegend klarerweise der Fall.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich die Gesuchsgegnerin bereits in ihrer ersten inhaltlichen Eingabe vom 6. Mai 2013 zur von der Gesuchstellerin begehrten vorsorglichen Massnahme (Stellungnahme GG 6. Mai 2013, Rz. 3 ff.) selber auf den Standpunkt gestellt hat, dass eine «Zugangsstreitigkeit im Sinne von Art. 11a i.V.m. Art. 11 FMG [...]» vorliege und die Zuständigkeit der ComCom gegeben sei. Der Gesuchstellerin wurde widersprüchliches Verhalten angelastet; verlangte sie doch von der ComCom den Erlass einer Zugangsverfügung und die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, obwohl sie selber in ihrem Zugangsgesuch ausdrücklich festgehalten habe, dass sie der Ansicht sei, dass die Zivilgerichte (bzw. das Handelsgericht) und nicht die ComCom zuständig seien. Da im weiteren Verlauf des Verfahrens bis zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2022 die Zuständigkeit der ComCom nie mehr in Zweifel gezogen wurde, mutet nunmehr das Vorbringen der Gesuchsgegnerin widersprüchlich an.

Im Übrigen weist die Gesuchsgegnerin die ComCom in der bezeichneten Eingabe vom 4. Februar 2022 darauf hin, dass diese auf das «Tatbestandselement Interkonnektion» im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ohnehin noch näher einzugehen habe. Selbiges galt selbstverständlich für das Bundesverwaltungsgericht. Es darf demnach davon ausgegangen werden, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 die Zuständigkeit der ComCom in der vorliegenden Streitigkeit ebenfalls im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes eingehend thematisiert hätte, würde denn diese ernsthaft in Frage gestellt worden sein.



Demzufolge handelt es sich vorliegend um eine Streitigkeit über die Bedingungen des Zugangs in Form von Interkonnektion gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG. Die ComCom ist entsprechend gemäss Art. 11a FMG für die Behandlung des Gesuchs vom 28. März 2013 sachlich zuständig. Die Zuständigkeit gilt unbestrittenermassen auch für die Beurteilung der Frage, ob die Gesuchsgegnerin im Bereich IP-Interkonnektion marktbeherrschend ist.

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 Fernmelderechts 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.).

Die Gesuchstellerin verlangt in ihrem Gesuch vom 28. März 2013, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, ihr nach Massgabe der im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen einen unentgeltlichen Zugang zum Datenaustausch (Peering) zu gewähren. Dabei wird die Fortführung des bis 31. Juli 2012 geltenden Zero Settlement Peering-Vertrages angestrebt, welcher inhaltlich von einem Austauschverhältnis der Peering-Dienstleistungen geprägt war. Wie bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3939/2013 vom 13. November 2013 E. 4.1.4 (vgl. gleichermassen auch A-5235/2018 vom 22. April 2020 E. 1.3) dargelegt, ist die Gesuchstellerin jedoch dahingehend zu verstehen, dass sie durchaus bereit wäre, den verlangten Zugang mit einer Gegenleistung zu entschädigen.

In seinem Urteil A-5235/2018 vom 22. April 2020 hob das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung der ComCom vom 27. Juli 2018 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass die Marktstellung der Gesuchsgegnerin nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen dieser und der DTAG unklar sei. Für die Zeitdauer bis zur Auflösung der bezeichneten Vereinbarung im Januar 2016 sei die Gesuchsgegnerin hingegen als marktbeherrschend im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren. Entsprechend habe die Vorinstanz die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse für die Zeitdauer nach Auflösung der Vereinbarung abzuklären und hierzu die WEKO zu konsultieren. Überdies seien für die Zeitdauer bis zur Auflösung der Vereinbarung für das von der Gesuchstellerin verlangte Peering kostenorientierte Preise festzulegen.

Unter der Bedingung der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin ist der Verfahrensgegenstand demnach auf die Festsetzung des Preises des von der Gesuchstellerin begehrten Peerings und den damit verbundenen Zugangsbedingungen beschränkt. Der Preis kann infolge Geltung der Dispositionsmaxime zwischen dem offerierten Preis der Gesuchsgegnerin und dem Zero Settlement Peering, welches die Gesuchstellerin verlangt, liegen. Hier-



Aktenzeichen: OS 41-00017

über sowie über die Neuverlegung der Verfahrenskosten ist unter Beachtung der verbindlichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-5235/2018 vom 22. April 2020 folglich erneut erstinstanzlich zu befinden.

1.4 Weitere Eintretensvoraussetzungen

Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Neben dem explizit in Art. 25 VwVG erwähnten Fall der Feststellungsverfügung, gilt dies analog auch für Gestaltungs- und Leistungsverfügungen (BGE 146 V 38 E. 4.2 S. 40; PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Bern 2022, S. 303, Rz. 788). Als schutzwürdiges Interesse kann sowohl ein rechtliches als auch ein bloss tatsächliches genügen. Das geforderte Interesse muss jedoch grundsätzlich aktueller und praktischer Natur sein. Dadurch soll sichergestellt werden, dass ein Gericht über konkrete und nicht bloss theoretische Fragen befindet. Dies dient der Prozessökonomie (BGE 114 Ia 129 E. 1 a).

Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG ist es der ComCom nur möglich, Zugangsbedingungen auf Gesuch einer Partei, nicht aber von Amtes wegen zu verfügen. Die Bestimmung regelt weiter, dass die ComCom erst angerufen werden kann, wenn sich die beteiligten Anbieterinnen nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen einigen konnten. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein (sog. Verhandlungsprimat). Die bezeichnete Dreimonatsfrist stellt eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung dar (Urteil des BGer 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3).

Die Gesuchsgegnerin hatte den mit der Gesuchstellerin 2011 abgeschlossenen unentgeltlichen Peering-Vertrag (Zero Settlement Peering) per Ende Juli 2012 gekündigt. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin durch die Gesuchsgegnerin ein neuer Interconnect-Peering-Vertrag zur Verhandlung unterbreitet. Während über drei Monaten fand daraufhin ein Austausch über mögliche Lösungen zwischen den Parteien statt, ohne dass sie eine Einigung erzielen konnten. Das Gesuch um Festlegung der Zugangsbedingungen datiert vom 28. März 2013. Die dreimonatige Verhandlungsfrist gilt somit als eingehalten.

Überdies ist festzuhalten, dass vorliegend offenbleiben kann, ob der Gesuchstellerin auch für jene Jahre ein aktuelles und praktisches Interesse am Erlass einer Verfügung zukommt, in denen die von der Gesuchsgegnerin verwendete Ratio nicht überschritten wurde und diese entsprechend keine Forderungen gegenüber der Gesuchstellerin geltend macht. Das Gesuch vom 28. März 2013 ist nämlich dahingehend zu verstehen, dass die Gesuchstellerin einen Grundsatzentscheid zur Frage begehrt, zu welchem kostenorientierten Preis die Gesuchsgegnerin unter der Bedingung der Marktbeherrschung Peering anzubieten hat. Der Gesuchstellerin kommt entsprechend ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung zu und auch den spezialgesetzlich vorgesehenen Verfahrensvoraussetzungen ist Genüge getan.



Schliesslich hat ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung nebst den Anträgen und den wesentlichen Tatsachen auch das vom BAKOM bereitgestellte Formular zu umfassen, wenn das Gesuch durch die marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin begründet ist und diese die marktbeherrschende Stellung bestreitet (Art. 70 Abs. 1 lit. c FDV). Dieses Formular bezieht sich in erster Linie auf die Frage der Marktbeherrschung und beabsichtigt, das Verfahren durch das möglichst frühzeitige und strukturierte Erfassen aller vorhandenen, entscheidungsrelevanten Informationen zu beschleunigen. Da für die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch nicht absehbar war, ob die Gesuchsgegnerin ihre Marktbeherrschung für IP-Interkonnektion bestreitet, wurden die entscheidungsrelevanten Informationen zur Frage der Marktbeherrschung von beiden Parteien im Rahmen einer Marktuntersuchung von Juni bis August 2014 durch das BAKOM eingeholt.

Entsprechend gelten auch sämtliche weiteren Eintretensvoraussetzungen als erfüllt.

1.5 Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind und auf das Gesuch vom 28. März 2013 einzutreten ist. Die ComCom ist sachlich zur Behandlung dieses Gesuchs zuständig. Unter Beachtung der verbindlichen Erwägungen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 und unter der Bedingung der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin befindet die ComCom sowohl über den Preis und die Bedingungen des von der Gesuchstellerin begehrten Peerings als auch über die Neuverlegung der Verfahrenskosten erneut erstinstanzlich.

1.6 Verfahrens Antrag der Gesuchsgegnerin in der Stellungnahme vom 4. Februar 2022

In ihrer Eingabe vom 4. Februar 2022 stellt die Gesuchsgegnerin den Verfahrens Antrag, es sei ihr Akteneinsicht in eine anonymisierte beziehungsweise mit Geschäftsgeheimnissen geschwärzte Fassung des Reports Branchenbefragung IP-Interkonnektion vom 28. April 2021 (sowie den diesem zugrundeliegenden Antworten der Branchenbefragung) zu gewähren und es sei ihr eine neue Frist für eine ergänzende Stellungnahme zum WEKO-Gutachten vom 25. Oktober 2021 einzuräumen. Eventualiter seien der Report Branchenbefragung IP-Interkonnektion vom 28. April 2021 sowie die Antworten der Marktteilnehmer zur Branchenbefragung aus den Akten zu weisen.

Das Recht zur Akteneinsicht erstreckt sich grundsätzlich auf alle Akten, die geeignet sind, Grundlage für die spätere Entscheidung zu bilden und damit entscheidungsrelevant sind oder sein könnten. Bei der Begründung einer Verfügung ist, wie im Verfahren selber, den Geheimhaltungsinteressen der Parteien gebührend Rechnung zu tragen. Das Verfahren vor der ComCom im Zusammenhang mit Geheimakten richtet sich mangels spezialgesetzlicher Bestimmung nach Art. 26 ff. VwVG. Nach Art. 26 Abs. 1 lit. b VwVG hat eine Partei insbesondere Anspruch auf Einsicht in alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke. Gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. b VwVG darf die Einsichtnahme in die Akten unter anderem dann verweigert werden, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Dazu zählen namentlich die Geschäftsgeheimnisse. Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nach Art. 27 Abs. 2 VwVG nur auf die Aktenstücke



Aktenzeichen: OS 41-00017

erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen. Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf darauf gemäss Art. 28 VwVG zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (vgl. Urteil des BGer 2A.586/2003 und 2A.610/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 6.3).

Im Rahmen der zweiten Branchenbefragung des vorliegenden Verfahrens wurden die Marktteilnehmenden mit Schreiben des BAKOM vom 5. Februar 2021 aufgefordert, einen Fragebogen zur erneuten Klärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz im Bereich IP-Interkonnektion zu beantworten. Die gemachten Angaben betreffen die konkreten Geschäftsbeziehungen der Adressaten im Bereich Peering und Transit und bilden integrale Geschäftsgeheimnisse. Darüber hinaus besteht das Potential, dass bereits aufgrund der Aussagen Rückschlüsse auf die Adressaten gezogen werden könnten. Das BAKOM als verfahrensinstruierende Behörde ist darauf angewiesen, dass die Marktteilnehmenden ihrer Auskunftspflicht im Sinne von Art. 59 FMG unbefangen nachkommen können. Das Risiko, dass die Aussagen oder Personalien der Befragten Dritten und namentlich Konkurrentinnen bekanntgegeben werden könnten, würde diesem Anspruch zuwiderlaufen. Bevor den Parteien Einsicht in die 82 Antworten der Marktteilnehmenden gegeben werden könnte, müssten diese vorab einzeln ihre Zustimmung erteilen. In Kombination mit dem effektiven Erkenntnisgewinn, welcher aus den weitgehend zu schwärzenden Antworten resultieren würde, erscheint die Verhältnismässigkeit des erforderlichen Aufwands fraglich. Weiter dienten die Antworten im Rahmen der zweiten Branchenbefragung der WEKO als Grundlage, auf welcher diese ihr Gutachten vom 25. Oktober 2021 erstellt hat. Soweit die WEKO ihre Beurteilung beziehungsweise ihre ergänzende Stellungnahme vom 15. Januar 2024 auf die Branchenbefragung abstützt, werden die wesentlichen Aussagen nachvollziehbar beschrieben. Es war für die Parteien demnach ohne weiteres möglich, umfassend zu den bezeichneten Dokumenten Stellung zu nehmen. Schlussendlich verweist die ComCom darauf, dass es gängiger Praxis des BAKOM entspricht, Antworten im Rahmen von Branchenbefragungen als integrale Geschäftsgeheimnisse einzustufen und den jeweiligen Parteien nicht zur Einsichtnahme zuzustellen. Dies wurde bisher weder vor der ComCom noch im Falle eines Beschwerdeverfahrens rechtlich beanstandet. Für die ComCom besteht entsprechend kein Anlass von der beschriebenen Praxis abzuweichen.

Das BAKOM hat der Gesuchsgegnerin die bezeichneten Argumente bereits mittels E-Mail vom 24. Januar 2022 beziehungsweise insbesondere mit Schreiben vom 3. März 2022 mitgeteilt und die Akteneinsicht verweigert. Zudem wurde es dem Entscheid der Gesuchsgegnerin überlassen, eine formale Abweisung des Verfahrensanspruchs in Form einer Zwischenverfügung zu begehren. Eine Antwort ist nicht aktenkundig. Gleichzeitig hat die Gesuchsgegnerin im weiteren Verlauf des Verfahrens aber auch darauf verzichtet, erneut Bezug auf den Verfahrensanspruch vom 4. Februar 2022 zu nehmen oder diesen im Rahmen der späteren Eingaben und trotz ausdrücklichem Festhalten an den übrigen Begehren, zu wiederholen. Um allfälligen Widersprüchen vorzubeugen, bekräftigt die ComCom, dass der Gesuchsgegnerin zu Recht keine Einsicht in die begehrten Akten gewährt wurde.



2. Peering im Kontext des vorliegenden Verfahrens

Das Internet besteht aus separat verwalteten sogenannten Autonomen Systemen (AS), welche wiederum aus mehreren Rechnern beziehungsweise Routern zusammengesetzt sind, die mittels Internet Protokoll (IP) untereinander und mittels Routern an der Netzgrenze mit anderen AS kommunizieren. Beide Parteien sind Internet Service Provider (ISP) und betreiben eigene AS. Um als ISP den Endkundinnen und Endkunden Internetdienste anbieten zu können, bedarf es zwingend der Verbindung beziehungsweise Konnektivität oder Interkonnektion mit anderen Netzen (Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG). Die Zusammenschaltung von AS zur direkten Datenübertragung zwischen den Teilnehmenden wird als Peering bezeichnet. Hierfür werden an einem oder meist mehreren Datenaustauschknoten (Exchange Points) physische Verbindungen zwischen den Netzen eingerichtet. Vorliegend strittig ist der Inhalt einer Peering-Vereinbarung zwischen den Parteien.

Peering als direkte Interkonnektion eignet sich vor allem für den Austausch grosser Datenmengen und bietet den Vorteil, dass ohne involvierte Drittpartei die vollständige Kontrolle über den Datenaustausch durch die Parteien gewährleistet bleibt. Da das Einrichten von direkten, physischen Verbindungen mit jeder anderen Netzbetreiberin für einen ISP ineffizient beziehungsweise faktisch unmöglich wäre, wird ein grosser Teil der weltweit verschickten Datenpakete mittels Transit (indirekte Interkonnektion) und entsprechend über ein oder mehrere Dritt- beziehungsweise Transitnetze geleitet. Nachteil hiervon sind die beschränkte Kontrollmöglichkeit und der mangelnde Einfluss auf die Qualität des Drittnetzes. Zudem überwinden die Datenpakete im Gegensatz zu Peering meist längere Strecken, was zu Verzögerungen führen kann.

Als Settlement-Free beziehungsweise Zero Settlement Peering wird die Regelung des Peering-Datenverkehrs zwischen Marktteilnehmern bezeichnet, in der jede Partei unabhängig der jeweils übertragenen Datenmenge, die ihr entstehenden Kosten selbst trägt. Darüber hinaus haben einzelne ISP die Praxis entwickelt, maximale Datenaustauschraten zwischen Inbound- und Outbound-Verkehr (sog. Ratio) als Bedingung für ein Settlement-Free Peering zu verlangen. Wird die entsprechende Ratio überschritten, ist ein Entgelt geschuldet. Demgegenüber spricht man von Paid Peering, wenn im Rahmen einer Peeringbeziehung zwischen den beteiligten Parteien Kompensationen bezahlt werden.

Die Internet-Netzhierarchie ist durch das sogenannte Tier-Modell geprägt. Tier-1 sind grosse Netze, welche über weltweite Konnektivität verfügen und keine anderen Netze für den Austausch von Datenpaketen bezahlen resp. insbesondere keine Transitdienste von anderen ISP beanspruchen müssen. Tier-2 sind mittelgrosse Netze, die üblicherweise einen Grossteil ihres Verkehrs über direkte Peerings abwickeln, daneben aber auch auf Transit von grösseren Netzen angewiesen sind, um weltweite Internet-Konnektivität sicherzustellen. Tier-3-Netze schliesslich sind mittlere und kleinere nationale oder regionale Netze, welche zu einem Grossteil Transit benötigen.



In casu von besonderer Bedeutung ist das IP-Transitabkommen zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG. Da die Gesuchsgegnerin über eigene Transitkunden und Peering-Vereinbarungen keinen Zugang zu sämtlichen im Internet angeschlossenen AS und entsprechend keinen Tier-1 Status hat, ist sie gezwungen selber Transit einzukaufen, um ihrer Endkundschaft Zugang zum gesamten Internet gewährleisten zu können. Zu diesem Zweck haben die Gesuchsgegnerin und die DTAG am 13. Januar 2013 eine Vereinbarung abgeschlossen, welche sowohl Elemente eines Peering-Abkommens, als auch eines Transitabkommens mit Umsatzbeteiligung (Revenue Share) enthielt. Die WEKO bezeichnete dieses Abkommen als nicht marktüblich. Dieses ursprüngliche IP-Transitabkommen wurde am 27. Januar 2016 durch eine neue Vereinbarung ohne Umsatzbeteiligung abgelöst. Hierzu hielt die WEKO in ihrem Gutachten vom 25. Oktober 2021 fest, dass die ursprüngliche nicht marktübliche Vertragsbeziehung zwischen den Parteien nunmehr durch eine nicht marktübliche Kombination zweier marktüblicher Vertragsbeziehungen ersetzt worden sei. Folglich sei die Gesuchsgegnerin im Teilmarkt für den IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden der Gesuchsgegnerin für diejenigen AS, die keine Peering-Beziehung mit DTAG eingehen können, weiterhin als marktbeherrschend zu qualifizieren.

3. Pflicht zur Gewährung des Netzzugangs

3.1 Übersicht

Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 28. März 2013, die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, ihr unter den im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen unentgeltlich (Zero Settlement Peering) den Datenaustausch zwischen ihrem Internet Backbone AS13030 und dem Internet Backbone AS3303 der Gesuchsgegnerin beziehungsweise deren mobilem Netzwerk zu gewähren (vgl. Ziff. 1 des Rechtsbegehrens).

In materieller Hinsicht begehrt die Gesuchsgegnerin infolge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 für die Jahre 2013 bis 2015 und unter der Bedingung, dass zwischen den Parteien die Ratio von 1:2 überschritten wurde, das Verfügen von kostenorientierten Preisen. Für den Zeitraum ab 1. Oktober 2015 bestreitet sie, marktbeherrschend zu sein und verlangt entsprechend, das Gesuch vom 28. März 2013 vollumfänglich abzuweisen. Die Gesuchsgegnerin reicht hierzu insbesondere das Parteigutachten CRA zu den Akten, zieht das WEKO-Gutachten vom 25. Oktober 2021 in Zweifel und konkludiert, dass dessen Schlussfolgerung einer auch ab dem 1. Oktober 2015 weiterhin bestehenden marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin sowohl faktisch als auch methodisch nicht haltbar sei. Sofern jedoch die ComCom zum Schluss käme, dass die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin auch ab dem 1. Oktober 2015 bestand und unter der Voraussetzung, dass die Ratio von 1:2 überschritten wurde, seien eventualiter auch ab diesem Zeitpunkt kostenorientierte Preise zu verfügen.

Das Zugangsgesuch der Gesuchstellerin stützt sich auf Art. 11 Abs. 1 FMG. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in Form von Interkonnektion Zugang zu ihren Einrichtungen und ihren Diensten gewähren.



Aktenzeichen: OS 41-00017

Zu beurteilen ist somit zunächst, ob die Gesuchsgegnerin den relevanten Markt beherrscht, und, falls dies bejaht wird, insbesondere zu welchen Preisen und unter welchen Bedingungen die Gesuchstellerin Anspruch auf Leistungen im Sinne des Gesuchs vom 28. März 2013 hat.

3.2 Marktbeherrschung

3.2.1 Definition

Die fernmelderechtliche Definition der Marktbeherrschung entspricht jener des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Allfällige Wettbewerbsprobleme im Fernmeldemarkt identifiziert die ComCom demnach unter Anwendung derselben Analysen und Massstäbe, welche die WEKO in kartellrechtlichen Verfahren bezieht. Die fernmelderechtliche Regulierung der Schweiz folgt damit auch dem international üblichen Vorgehen zur Bestimmung eines relevanten Marktes und der Marktbeherrschung eines Marktakteurs.

Entsprechend ist für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin von Fernmeldediensten auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 11 FMG einnimmt, auf die Definition im Kartellgesetz abzustellen (BVGE A-7162/2008 E. 14.10.1 und A-109/2008 E. 8.4.1). Als marktbeherrschende Unternehmen gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Dies gilt insbesondere, wenn Letztere keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen (m.w.Verw. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 9.3.1). Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich zudem nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist einzelfallabhängig und beziehend auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (BVGE A-2969/2010 E. 21 und BVGE A-109/2008 E. 9.4.1).

Initial ist folglich der sachliche und der räumlich relevante Markt zu bestimmen (vgl. statt vieler BVGE A-7162/2008 E. 14.10.1). Der sachlich relevante Markt umfasst analog zu Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog). Marktgegenseite bilden vorliegend die Fernmeldedienstanbieterinnen, welche den in Frage stehenden Fernmeldedienst oder entsprechende Substitute nachfragen (RETO A. HEINZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. ZH 2005, S. 22).

3.2.2 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020

Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das BAKOM gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG die WEKO. Damit soll sichergestellt werden, dass die Anwendung



dieser Bestimmung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt und nicht unterschiedliche Behörden eine unterschiedliche Praxis für gleiche Tatbestände entwickeln (Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10.06.1996, BBl 1996 III 1427). Die beiden Regelungsbereiche stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig. Sinn macht daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führt (vgl. BGE 137 II 199 E. 5).

Das Bundesverwaltungsgericht präzisiert hierzu in seinem Urteil A-5235/2018 vom 22. April 2020, dass die WEKO ihre Beurteilung der Marktbeherrschung praxisgemäss in Form eines Gutachtens im Sinne von Art. 47 KG festhält. Da die Konsultation der fachkundigen WEKO zwingend ist und diese gegenüber den Parteien als neutral zu gelten hat, rechtfertigt es sich aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die für Gutachten geltenden Grundsätze wenigstens sinngemäss anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass entgegen der Ansicht der ComCom in der Verfügung vom 27. Juli 2018, nur aus triftigen Gründen, mithin wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist, von diesem abgewichen werden kann.

Konkret kam die WEKO in ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin betreffend IP-Interkonnektionszugang zu ihren Endkunden als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sei. Wie die WEKO im Fachbericht I, welchen das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des Beschwerdeverfahrens von der WEKO einholen liess, ergänzte, bezieht sich diese Beurteilung aufgrund der zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung vorliegenden Informationen und ohne erneute Untersuchung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse lediglich auf die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG im Januar 2016.

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte daraufhin, ob es der ComCom oder der Gesuchsgegnerin gelungen ist, entsprechend triftige Gründe vorzubringen, welche ein Abweichen vom Gutachten der WEKO vom 15. Dezember 2014 rechtfertigen würden. Hierzu stellte es insbesondere das bezeichnete Gutachten den Stellungnahmen der Gesuchsgegnerin und der Verfügung der ComCom vom 27. Juli 2018 beziehungsweise deren Stellungnahmen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegenüber. Ergänzend reichte die WEKO auf Begehren des Bundesverwaltungsgerichts sowohl den bereits genannten Fachbericht I als auch den Fachbericht II ein, in denen sie an ihrer Beurteilung festhielt. Das Bundesverwaltungsgericht konkludierte in der Folge, dass weder die ComCom noch die Gesuchsgegnerin triftige Gründe vorzubringen vermochten, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden. Dem Gutachten der WEKO vom 15. Dezember 2014 entsprechend bejahte das Bundesverwaltungsgericht eine marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG im Januar 2016. Nach Auflösung der Vereinbarung seien die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse unklar, entsprechend durch die ComCom abzuklären und die WEKO im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG zu konsultieren (vgl. zum Ganzen BVGE A-5235/2018; insb. E. 7.1 f., 11.5, 12).



3.2.3 Abklärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse ab Januar 2016

3.2.3.1 Markt- und Endkundenbefragung des BAKOM von Februar – August 2021

Das BAKOM als verfahrensinstruierende Behörde hat von Februar bis April 2021 eine erneute und in ihrem Umfang erweiterte Branchenbefragung durchgeführt. In deren Rahmen wurden 233 nationale und internationale Marktteilnehmer mit einem standardisierten Fragebogen befragt, wovon 82 für die Analyse relevante Antworten eingegangen sind. Die Transitanbieter der Gesuchsgegnerin DTAG und Cogent Communications AG (Cogent) wurden darüber hinaus aufgefordert, Zusatzfragen zu beantworten. Auf Anregung der WEKO und um Informationslücken bezüglich möglicher Disziplinierungseffekte durch den Endkundenmarkt bei der Beurteilung der Marktbeherrschung möglichst zu schliessen, wurde diese Branchenbefragung mit einer dreisprachigen Endkundenbefragung ergänzt, welche von Juli bis August 2021 stattfand. Daraus resultierte mit 1051 verwertbaren Antworten, eine repräsentative Stichprobe. Sowohl die Ergebnisse der Markt- als auch der Endkundenbefragung wurden der WEKO zugestellt und diese wurde mittels Schreiben vom 30. September 2021 um eine erneute Stellungnahme zur Frage der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG ersucht.

3.2.3.2 Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021

Die WEKO hat ihr Gutachten am 25. Oktober 2021 erstellt. Formal baut dieses auf dem Gutachten der WEKO vom 15. Dezember 2014 und den bereits genannten Fachberichten an das Bundesverwaltungsgericht vom 25. Februar 2019 beziehungsweise 5. September 2019 (Gutachten WEKO 2021, Rz. 4) auf und nimmt darüber hinaus Bezug auf den Schlussbericht des Sekretariats der WEKO in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend «22-0451: Interconnect Peering» vom 12. Dezember 2016. Neben der genannten Markt- und Endkundenbefragung legt die WEKO dem Gutachten vom 25. Oktober 2021 sowohl die von der ComCom bereitgestellten Unterlagen, die zum Gutachten vom 15. Dezember 2014 geführt haben als auch die für das vorliegende Verfahren bereitgestellten Unterlagen des BAKOM zugrunde. Eigene Sachverhaltsermittlungen hat die WEKO im Rahmen der Erstellung des Gutachtens nicht vorgenommen (Gutachten WEKO 2021, Rz. 5).

Inhaltlich stellt die WEKO ihrer konkreten Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin eine detaillierte Erläuterung der verfahrensrelevanten technischen und wirtschaftlichen Grundlagen voran. Ergänzt wird dies unter anderem mit einer Zusammenfassung des relevanten Sachverhalts betreffend den Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin durch andere AS und einer Umschreibung der Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG inklusive deren Auswirkungen auf marktinhärente Disziplinierungsmöglichkeiten. Infolge der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-5235/2018 vom 22. April 2020, dass nur aus triftigen Gründen von einem Gutachten der WEKO abgewichen werden kann, rechtfertigt sich eine ausführlichere Darlegung der zentralen inhaltlichen Schlussfolgerungen der WEKO. Diesen werden nachfolgend und thematisch gegliedert die jeweiligen Stellungnahmen der Parteien entgegengestellt. Schliesslich bewertet die ComCom, ob aus ihrer Sicht triftige Gründe vorliegen, die ein entsprechendes Abweichen erlauben.



3.2.3.2.1 Einleitende Ausführungen zum Sachverhalt und zum Verfahren

Die WEKO weist einleitend im Rahmen der technischen Erläuterungen darauf hin, dass AS in einem Peeringverhältnis beim Austausch eines Datenpakets grundsätzlich die gleichen Kosten entstünden beziehungsweise von diesen zu tragen seien, die Kosten anschliessend jeweils auf die Kunden abgewälzt würden und folglich keine zwingende Notwendigkeit für eine gegenseitige Zahlung bestünde (Zero Settlement Peering) (Gutachten WEKO 2021, Rz. 39, vgl. auch Rz. 71 ff.). Im Unterschied dazu würden Transitanbieter in der Regel ein Entgelt für ihre Dienstleistungen beziehungsweise zusätzlich entstehenden Kosten gegenüber einem Transitzugang verlangen (Gutachten WEKO 2021, Rz. 44). Daran anschliessend legt die WEKO dar, inwiefern die Struktur des Internets aus ihrer Sicht relevante ökonomische Auswirkungen auf AS zeitigt. Im IP-Interkonnektionsmarkt bestünde ein relativ stabiles aber auch hochgradig anpassungsfähiges Wettbewerbsgleichgewicht, wobei auf die unterschiedlichen Akteure disziplinierende Kräfte wirken würden. In Bezug auf Tier-2-ISP und vorliegend insbesondere von Interesse schlussfolgert die WEKO: «Da Tier-2-ISP für Transitzugänge jeweils ein Entgelt an den Transitanbieter bezahlen, haben sie grundsätzlich Anreize bilaterale Peerings zu vereinbaren, um so ihre Transitzugangskosten zu senken. Dies kann von anderen AS strategisch dazu genutzt werden für einen Tier-2-ISP Kosten zu verursachen, wenn der Verkehr über den Transit-Anbieter des Tier-2-ISP in dessen Netz geroutet wird. Eine solche Strategie kann von anderen ISP verwendet werden, um den einen Tier-2-ISP von den Vorteilen eines («Zero Settlement») Peerings zu überzeugen.» (Gutachten WEKO 2021, Rz. 64). Im Zusammenspiel mit weiteren von der WEKO genannten disziplinierenden Kräften hätte dies strategische Möglichkeiten und unterschiedliche Anreizstrukturen zur Folge, die in der Regel zu wirksamem Wettbewerb führen würden, welcher sich dadurch auszeichne, dass die Marktpreise, welche sich die verschiedenen ISP gegenseitig verrechnen, nahe den Grenzkosten und entsprechend kostenorientiert seien beziehungsweise waren. Dadurch sei Transit lediglich für ein geringes Entgelt und Peering grundsätzlich kostenfrei möglich geworden. Darüber hinaus seien in den letzten Jahren unter anderem aufgrund des stetig zunehmenden Datenverkehrs die Preise pro übertragener Dateneinheit gesunken. Nichtsdestotrotz sei festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin im selben Zeitraum mit gewissen Schwankungen gesteigerte Umsätze im Bereich entgeltlicher IP-Interkonnektion ausweisen konnte (Gutachten WEKO 2021, Rz. 65). Schliesslich weist die WEKO auf relevante ökonomische Auswirkungen des Netzzugangs auf Kunden und AS hin. Die Struktur des Internets als offener Verbund autonomer Rechnernetzwerke führe zu dem, dass Endkunden grundsätzlich nur einen Internetzugang gleichzeitig nutzen würden. Dadurch würden diejenigen AS zum Zeitpunkt der Internetnutzung über den exklusiven Zugang zum jeweiligen Endkunden verfügen, bei denen der Endkunde einen Internetzugang nachfragt. Zum anderen hänge der Zugang zum Netz eines AS von der Anzahl und der Ausgestaltung der mit anderen AS abgeschlossenen Transit- und Peeringvereinbarungen sowie der zur Verfügung gestellten Kapazitäten an den Exchange Points ab (Gutachten WEKO 2021, Rz. 67). Beide Eigenschaften hätten zur Folge, dass die «Plattform Internet» von keinem AS alleine kontrolliert werden könne. Gleichzeitig habe ein AS jedoch die vollständige technische Kontrolle über sein eigenes Netzwerk und damit den Zugang zu den an seinem Netz angeschlossenen Kunden (Gut-



achten WEKO 2021, Rz. 68). Folglich hänge die direkte Verhandlungsmacht eines AS gegenüber anderen AS mitunter von dessen Möglichkeiten ab, den Zugang zu seinem Netz einschränken beziehungsweise monetarisieren zu können und gleichzeitig gegenüber den an seinem Netz angeschlossenen Endkunden und Contentanbietern einen qualitativ möglichst guten Zugang zu anderen AS zu ermöglichen (Gutachten WEKO 2021, Rz. 69).

Anschliessend listet die WEKO im Rahmen der Ausführungen zum relevanten Sachverhalt betreffend den Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin durch andere AS die wesentlichen Merkmale der Peering Policy (Gutachten WEKO 2021, Rz. 75, siehe auch Rz. 40) der Gesuchsgegnerin auf. Daran anschliessend folgen die verschiedenen zur Zeit der Gutachtenstellung möglichen Formen des Netzzugangs zum Netz der Gesuchsgegnerin (Interconnect Peering, Paid Peering, Zero Settlement Peering, Peering & Collocation sowie IP-Transit) (Gutachten WEKO 2021, Rz. 77 ff.). Die Zugangsformen beziehungsweise die Beantwortung der Frage, ob eine Alternative zum kostenfreien Zugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin via Zero Settlement Peering ohne Kapazitätsbeschränkung besteht, ist zentral für die konkrete Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im zweiten Teil des Gutachtens. Diesem vorgelagert widmet sich die WEKO eingehend der Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG.

Die ursprüngliche Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG habe insbesondere drei Vertragsbestimmungen enthalten, welche die WEKO bereits im Rahmen der Vorabklärung vom 12. Dezember 2016 als geeignet betrachtete, das in Rz. 64 f. (vorstehend) beschriebene Wettbewerbsgleichgewicht zu beeinträchtigen und in potentiellen Wettbewerbsbeschränkungen zu resultieren (Gutachten WEKO 2021, Rz. 86). Die bezeichneten Vertragsbestimmungen hätten zusammengefasst vorgesehen, dass sich die Gesuchsgegnerin gegenüber der DTAG verpflichtet, mindestens [...] % ihres Transitverkehrs über die DTAG abzuwickeln; [...] dass die Vertragspartner gemeinsam bestimmen, ob einem bisherigen Kunden der DTAG mit mehr als [...] Mbps Traffic ins Netz der Gesuchsgegnerin direkte Interkonnektion mit dieser gewährt wird und dass sich die beiden Parteien sowohl Kosten als auch Einnahmen aus dem Traffic ins Netz der Gesuchsgegnerin [...] teilen (Gutachten WEKO 2021, Rz. 85).

Die am 27. Januar 2016 neu zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG abgeschlossenen Verträge hätten ebenfalls sowohl eine Transit- als auch eine Peeringkomponente enthalten. Gestrichen worden seien die soeben zusammengefassten Vertragsbestimmungen. Der neue Peeringvertrag habe als Paid Peering-Bedingung geregelt, dass bis zu einer Ratio von 1:2 (outbound:inbound in das Netz der Gesuchsgegnerin) keine Kosten entstehen beziehungsweise bei einer Ratioüberschreitung die Gesuchsgegnerin der DTAG Kosten in Höhe von [...] pro Mbps verrechne. Dies habe den Verkehr aus dem AS der DTAG selber und Verkehr von beziehungsweise zu AS, die Kunden von DTAG sind, umfasst. Im Rahmen des Transitvertrags sei neu geregelt worden, dass für Transitleistungen, welche die Gesuchsgegnerin bei der DTAG nachfrage, ein Preis von [...] pro Mbps in Rechnung gestellt werde. Dieser Transitvertrag habe den Datenverkehr von und zu Peers der DTAG erfasst. Zusammengefasst habe die Änderung vom 27. Januar 2016 das Ersetzen einer



nicht marktüblichen Vertragsbedingung durch zwei parallele marktübliche Vertragsbeziehungen zur Folge gehabt. Dies sei ebenfalls nicht marktüblich. Das Sekretariat der WEKO kam dennoch zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede mehr vorliegen und stellte die Vorabklärung am 12. Dezember 2016 ohne Folgen ein (vgl. zum Ganzen Gutachten WEKO 2021, Rz. 87 ff.).

Die WEKO hält nunmehr fest, dass die Gesuchsgegnerin und die DTAG die beiden Verträge dahingehend änderten, dass zur Zeit der Gutachtenserstellung zwischen dem Transitpreis unterschieden werde, welchen die Gesuchsgegnerin für den gesamten mit der DTAG ausgetauschten Datenverkehr schulde, je nachdem ob der Übergabepunkt für die Daten in der Schweiz liege ([...] pro Mbps) oder nicht ([...] pro Mbps). Zudem sei der Peeringvertrag so angepasst worden, dass die Preise, welche die Gesuchsgegnerin für eine Ratioüberschreitung verrechne ([...] pro Mbps), bedeutend unter jenen liege, die sie in ihren sonstigen Interconnect Peering Agreements mit Drittparteien vereinbare. Die entsprechenden Preise würden jedoch im Falle einer Ratioüberschreitung für DTAG nur in Bezug auf den Peeringverkehr mit der Gesuchsgegnerin gelten und nicht für den gesamten ausgetauschten Datenverkehr. Folge dieser erneuten Vertragsanpassungen sei, dass nur diejenigen AS, die Peers von DTAG seien, Kosten zulasten der Gesuchsgegnerin verursachen können, sofern sie den Datenverkehr über das Netz der DTAG ins Netz der Gesuchsgegnerin leiten, da für diese AS der zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG geschlossene Transitvertrag zur Anwendung komme. Demgegenüber wäre es AS, die keine Peeringpartner der DTAG seien, nicht möglich, mittels Routing des Datenverkehrs zur Gesuchsgegnerin via DTAG Kosten für die Gesuchsgegnerin zu verursachen, da für diese AS der zwischen der DTAG und der Gesuchsgegnerin vereinbarte Peeringvertrag gelte. Folglich sei aufgrund der unterschiedlichen Behandlung der jeweiligen Kunden der DTAG der in Rz. 64 des Gutachtens beschriebene Disziplinierungsmechanismus ausgeschaltet. Die von der Gesuchsgegnerin mit der DTAG unterhaltene Interkonnectionsbeziehung bestünde damit aus einer nicht marktüblichen Kombination von zwei marktüblichen Verträgen (vgl. zum Ganzen Gutachten WEKO 2021, Rz. 92 ff.). Die WEKO kommt überdies zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin der DTAG im Zeitraum zwischen 2017 und 2020 monatlich im Durchschnitt [...] für Peering verrechnete beziehungsweise im selben Zeitraum durchschnittliche monatliche Transitgebühren in Höhe von ca. [...] schuldete. Daraus resultiere ein durchschnittlicher monatlicher Reinertrag der Gesuchsgegnerin für den Datenaustausch mit der DTAG von ca. [...] (vgl. zum Ganzen Gutachten 99 ff.).

Anknüpfend an das bisher zur Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG Zusammengefasste, hält die WEKO fest, dass gewisse Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein AS seine Wettbewerbsparameter unabhängig im Rahmen der beschriebenen Strukturen des Internets inklusive dessen marktinhärenten Disziplinierungsmöglichkeiten festlegen könne (Gutachten WEKO 2021, Rz. 102; vgl. auch Rz. 64). Grundsätzlich stünden AS drei Wege zur Verfügung, Zugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin zu erhalten und diese im Hinblick auf die Erlangung eines Zero Settlement Peerings zu disziplinieren. In Frage käme ein direkter Zugang bei der Gesuchsgegnerin (a); ein indirekter Zugang bei einem Transitanbieter der Gesuchsgegnerin (beispielsweise DTAG oder Cogent) (b) oder ein indirekter Zugang bei einem Peeringpartner der Gesuchsgegnerin, bei



welchem die Qualität der Verbindung nicht eingeschränkt wird (beispielsweise [...]) (c). Die konkrete Möglichkeit der Gesuchsgegnerin, die Konditionen für den direkten Zugang unabhängig etwaiger Drittparteien festzulegen, hänge gemäss WEKO von den tatsächlichen Möglichkeiten anderer AS ab, die von der Gesuchsgegnerin gesetzten Bedingungen zu umgehen (Gutachten WEKO 2021, Rz. 103 f.). Die Alternative eines indirekten Zugangs zu einem Tier-1-Peeringpartner der Gesuchsgegnerin (c) führe gemäss WEKO nicht zum gewünschten Ergebnis einer Disziplinierung, da ein AS, welches um Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin nachfrage, durch eine solche Route lediglich die Möglichkeit hätte, einen für die Gesuchsgegnerin kostenneutralen Zugang zu erhalten. Für kleinere AS wie die Gesuchstellerin, die keine Tier-1 AS darstellen, dürfte es unmöglich sein, ein kostenloses Peeringabkommen mit einem anderen Tier-1 AS zu unterhalten. Ein bezahlter Zugang über einen Peeringpartner der Gesuchsgegnerin würde für diese keine zusätzlichen Kosten verursachen (Gutachten WEKO 2021, Rz. 106). Mit der anderen Alternative (b) des Zugangs zum Netz der Gesuchsgegnerin könnte ein AS grundsätzlich Kosten zulasten der Gesuchsgegnerin für den Netzzugang generieren, indem es seinen Datenverkehr über ein AS leitet, bei welchem die Gesuchsgegnerin wiederum Transitnachfragerin ist und bei dem daher die Gesuchsgegnerin in aller Regel ein Entgelt zu entrichten hätte. Aufgrund des sehr geringen Anteils am Verkehrsvolumen der Gesuchsgegnerin entfalle die Verbindung über Cogent als potentielle Disziplinierungsmöglichkeit. Die spezielle Vertragskonstellation zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG wiederum habe zur Folge, dass die Gesuchsgegnerin effektiv nicht für den Transitzugang bezahle. Der Transitzugang beziehe sich nur auf den aus dem Netz von DTAG stammenden und dem von Peeringpartnern der DTAG stammenden Verkehr. Damit ein um Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin ersuchendes AS Kosten zulasten der Gesuchsgegnerin verursachen könne, müsste das AS ein Peeringpartner von DTAG sein. Diese wiederum strebe in ihrer Peering Policy ein ausgeglichenes Datenübertragungsvolumen sowie eine minimale ausgetauschte Datenmenge von 20 Gbps pro Monat an. Es sei daher gemäss WEKO unwahrscheinlich, dass kleinere AS wie die Gesuchstellerin, die nicht Tier-1 AS darstellen, ein Peeringabkommen mit der DTAG abschliessen könnten, um auf diese Weise disziplinierend auf die Gesuchsgegnerin einwirken zu können (Gutachten WEKO 2021, Rz. 105). Zusammenfassend kommt die WEKO folglich zum Schluss, dass einzig Tier-1 AS, die eine Peeringverbindung mit der DTAG eingehen können, eine entsprechende Disziplinierungsmöglichkeit und daher weiterhin eine kostenfreie unbegrenzte Peeringmöglichkeit mit der Gesuchsgegnerin offenstehe. Allen anderen AS sei dies nicht möglich (Gutachten WEKO 2021, Rz. 111).

Zu weiteren Vertragsbeziehungen der IP-Interkonnektion der Gesuchsgegnerin hält die WEKO unter anderem fest, dass die Gesuchsgegnerin neben dem Transitverhältnis mit der DTAG auch ein weiteres nachfrageseitiges Transitverhältnis mit Cogent unterhalte (Gutachten WEKO 2021, Rz. 112). Mit dem Tier-1-Anbieter [...] betreibe die Gesuchsgegnerin ein Zero Settlement Peering, wobei [...] die Ratio massiv überschreite (ca. [...]); die Gesuchstellerin jedoch darauf verzichte, dies in Rechnung zu stellen beziehungsweise das Vertragsverhältnis zu ändern. Die durchschnittliche Ratio aller von der WEKO betrachteten Zero Settlement Peerings der Gesuchsgegnerin, mit Ausnahme der Tier-1 Anbieter [...], schwanke in der Regel um das Verhältnis 2:1 (Gutachten WEKO 2021, Rz. 114 ff., 130).



3.2.3.2.2 Beurteilung des relevanten Marktes und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin

Um festzustellen, ob sich die Gesuchsgegnerin in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann (Art. 4 Abs. 2 KG), grenzt die WEKO vorab den relevanten Markt ab. In Ergänzung zu den Ausführungen in Ziff. 3.2.1 hält sie fest, dass eine Definition des sachlich relevanten Marktes aus Sicht der Marktgegenseite erfolge, wobei massgebend sei, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stünden. Dies wiederum hänge davon ab, ob die Waren oder Dienstleistungen von Nachfragern hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar («funktionelle Austauschbarkeit») erachtet würden. Die WEKO verweist im Weiteren auf die bereits im Rahmen der Vorabklärung vom 12. Dezember 2016 umfassend vorgenommene Abgrenzung des relevanten Marktes und wendet das damalige Vorgehen auch im Gutachten vom 25. Oktober 2021 an. Entsprechend würden sämtliche hinreichenden Substitute und der kostenfreie und unbeschränkte Zugang zu den Endkunden des AS 3303 (Gesuchsgegnerin) über eine Peering-Vereinbarung dem Markt für den IP-Interkonnectionszugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin zugeordnet (vgl. zum Ganzen Gutachten WEKO 2021, Rz. 141 ff.).

Marktteilnehmer, die ähnlich den Bedürfnissen der Gesuchstellerin einen unlimitierten Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin mittels Peering nachfragen und denen keine Möglichkeit zur Verfügung stünde, mit DTAG ein kostenfreies und unlimitiertes Peering zu unterhalten, fehle gemäss WEKO ebenfalls die Möglichkeit disziplinierend auf die Gesuchsgegnerin einzuwirken (vgl. Gutachten WEKO 2021, Rz. 102 ff.). Die Gesuchsgegnerin setze entsprechen nur gegenüber diesen AS ihre Peering-Policy um, während sie gegenüber jenen AS, die ein Peering-Verhältnis mit der DTAG unterhalten, darauf verzichte. Daraus folgert die WEKO, dass zwei Gruppen mit unterschiedlichen Vertrags- und Handlungsmöglichkeiten bestünden und somit zwei Teilmärkte abzugrenzen seien. Vorliegend relevant sei lediglich der Teilmarkt, welcher diejenigen AS umfasse, die kein Peering-Verhältnis mit der DTAG unterhalten beziehungsweise unterhalten könnten. Diesem gehöre auch die Gesuchstellerin an. Die relevante Marktgegenseite konstituiere sich demnach gemäss WEKO durch alle Marktteilnehmer, die ähnliche Bedürfnisse betreffend IP-Interkonnection wie die Gesuchstellerin hätten, was insbesondere auf Tier-2 und Tier-3-ISP zutreffen dürfte (Gutachten WEKO 2021, Rz. 145 f.).

Als erstes prüft die WEKO, ob Transit bei einem Transitanbieter der Gesuchsgegnerin als Substitut zum Zero Settlement Peering angesehen werden kann und stützt sich dabei auf die Branchenbefragung, welche das BAKOM von Februar bis April 2021 durchgeführt hat. Aus dieser folgt, dass ein Grossteil der Befragten (ca. 45%) verneint, dass kostenpflichtiger Transit eine Alternative zum kostenpflichtigen oder kostenfreien Peering darstellt. Weiter verneint sogar eine Mehrheit (ca. 52%), dass kostenpflichtiger Transit eine Alternative zum kostenfreien und unbegrenzten Peering bildet. Folglich kommt die WEKO zum Schluss, dass der Bezug von Transit beim Transitanbieter der Gesuchsgegnerin nicht dem Markt für den kostenfreien und unbeschränkten IP-Interkonnectionszugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin zuzurechnen sei (Gutachten WEKO 2021, Rz. 151 ff.). Wiederum unter Verweis auf die Vorabklärung vom 12. Dezember 2016 und die bezeichnete Branchenbefragung hält die WEKO fest, dass geringfügig mehr der Befragten (ca. 37% gegenüber ca.



34%) die kostenpflichtigen Dienste eines Transitanbieters, welcher auch Peeringpartner der Gesuchsgegnerin ist, als Alternative zu einer direkten Verbindung mit der Gesuchsgegnerin mittels Peering oder Transit ablehnt. Knapp die Hälfte der Befragten (ca. 49%) verneint, dass der kostenpflichtige Transit bei einem Peeringpartner der Gesuchsgegnerin eine Alternative zum kostenfreien Peering ohne Limitierung des Datenaustauschverhältnisses mit der Gesuchsgegnerin darstellt. Die WEKO hält explizit fest, dass die in Frage stehende Alternative in qualitativer Hinsicht grundsätzlich positiver eingeschätzt wird als in der Vorabklärung vom 12. Dezember 2016. Nichtsdestotrotz stelle ein entsprechender Zugang aus einer preislichen Betrachtungsweise kein Substitut für die WEKO zum Zero Settlement Peering dar (Gutachten WEKO 2021, Rz. 156 ff.). Weiter erachten lediglich ca. 17% der Befragten den Bezug von kostenpflichtigem Transit beim Peeringpartner des Transitanbieters der Gesuchsgegnerin als Alternative zu einer direkten Verbindung mittels Peering oder Transit mit der Gesuchsgegnerin, während ca. 49% der Befragten dies verneinen. Sogar nur ca. 11% der Befragten bezeichnen die beschriebene Zugangsform als Substitut zu einer direkten Verbindung mit der Gesuchsgegnerin mittels Zero Settlement Peering ohne Ratio-Bestimmung. Eine Mehrheit der Befragten (ca. 54%) lehnt dies ab, weshalb die WEKO insgesamt einen Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin über den Bezug von Transit beim Peeringpartner des Transitanbieters der Gesuchsgegnerin als Alternative zur direkten Verbindung mit dieser ausschliesst (Gutachten WEKO 2021, Rz. 162 ff.). Schliesslich sprechen sich ca. 53% beziehungsweise ca. 55% der Befragten klar gegen den Bezug von kostenpflichtigem Transit beim Transitzkunden der Gesuchsgegnerin als mögliche Alternative gegenüber einer direkten Verbindung mit der Gesuchsgegnerin mittels Peering oder Transit beziehungsweise gegenüber kostenfreiem und unbegrenztem Peering mit der Gesuchsgegnerin aus. Die WEKO erachtet entsprechend Transit bei einem Transitzkunden der Gesuchsgegnerin nicht als Substitut (Gutachten WEKO 2021, Rz. 168 ff.). Demnach kommt die WEKO im Sinne eines Gesamtfazits zur Marktabgrenzung zum Schluss, dass unter Berücksichtigung der qualitativen und preislichen Aspekte des Zugangs zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin zur Zeit der Gutachtenserstellung keine Alternativen zur kostenfreien Anbindung via Zero Settlement Peering ohne Kapazitätsbeschränkung bestünden (Gutachten WEKO 2021, Rz. 176, vgl. auch Rz. 141 ff.).

Anknüpfend an die Definition der Marktbeherrschung in Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Ziff. 3.2.1) und die Möglichkeit unabhängigen Verhaltens, präzisiert die WEKO, dass die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse eine zentrale Rolle einnehmen und nicht allein auf Marktstrukturdaten abgestellt werden können. Es sei folglich zwischen der Marktbeherrschung im engeren Sinne und der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern zu unterscheiden. Die Beantwortung der Frage, ob sich ein Unternehmen von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten könne, habe auf die tatsächlich zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen abzustellen und sei im Einzelnen jeweils sachverhaltsbezogen zu prüfen. Vorliegend könne sich die Gesuchsgegnerin gemäss WEKO dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie ausreichend starker aktueller und potenzieller Konkurrenz gegenüberstehe, welche den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu disziplinieren vermöge (Gutachten WEKO 2021, Rz. 177 ff.). Konkret zeige sich die Möglichkeit unabhängigen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens darin, dass die Wahl der jeweiligen Produkt- und Dienstleistungsparameter (Preis, Menge, Qualität etc.)



keine oder kaum Rücksicht auf Wettbewerber, Anbieter oder Nachfrager nehmen müsse, sondern diese in wesentlichem Umfang eigenmächtig festgelegt werden könnten. Folge dieser Möglichkeit sei ein gesteigerter Einfluss auf den Markt, um im Sinne der Gewinnmaximierung eine über dem Wettbewerbsniveau liegende Rente zu erzielen. Um feststellen zu können, ob sich ein Unternehmen entsprechend in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne, seien gemäss WEKO die auf ein Unternehmen einwirkenden disziplinierenden Einflüsse zu analysieren (Gutachten WEKO 2021, Rz. 180 f.).

Da gemäss Marktabgrenzung für AS, die keine Peeringpartner von DTAG sind, keine Alternativen zum Zero Settlement Peering ohne Ratio-Anforderung mit der Gesuchsgegnerin bestünden, schlussfolgert die WEKO, dass die Gesuchsgegnerin im aktuellen Wettbewerb über einen Marktanteil von annähernd 100% verfüge. Darüber hinaus sei derzeit auch im Sinne des potenziellen Wettbewerbs nicht ersichtlich, dass neu eintretende Marktteilnehmer einen grösseren Anteil am ins Netz der Gesuchsgegnerin fliessenden Verkehr ausmachen könnten, so dass auf diese Weise disziplinierend auf die Gesuchsgegnerin eingewirkt werden könnte (Gutachten WEKO 2021, Rz. 182 f.).

Basierend auf den Erkenntnissen der Endkundenbefragung, welche das BAKOM von Juli bis August 2021 durchgeführt hat, untersuchte die WEKO, ob eine geringere Verbindungsqualität jenem AS zugeschrieben würde, bei welchem Endkunden einen Internetzugang nachfragen und sich dies folglich im Sinne indirekter Effekte disziplinierend auf die Gesuchsgegnerin auswirke (Gutachten WEKO 2021, Rz. 184). Diese Möglichkeit verneint die WEKO mit Verweis auf die jährlich realisierten Umsätze von ca. [...] pro Jahr in den letzten vier Jahren im Vergleich zum hochgerechneten Umsatz aus dem Jahr 2014 von ca. [...] und hält fest, dass ein mögliches Abwandern von Endkunden scheinbar nicht zu einer Disziplinierung der Gesuchsgegnerin geführt habe. Auch sei die Einführung einer 2:1 Ratio im Jahr 2012 nicht aufgrund einer Abwanderung von Kunden rückgängig gemacht beziehungsweise verhindert worden. Weder hätten demnach indirekte Effekte ausgelöst durch den Endkundenmarkt zu einer Disziplinierung der Gesuchsgegnerin geführt noch sei dies in Zukunft zu erwarten (Gutachten WEKO 2021, Rz. 189 f.).

In Kombination mit den Ausführungen zum relevanten Markt kommt die WEKO zum abschliessenden Fazit, dass die Gesuchsgegnerin durch die nicht marktübliche Kombination zweier marktüblicher Vertragsbeziehungen (Peering und Transit) einen zentralen Disziplinierungsmechanismus gegenüber der relevanten Marktgegenseite ausschalten könne, weshalb die Gesuchsgegnerin im Teilmarkt für den IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden der Gesuchsgegnerin für diejenigen AS, die keine Peering-Beziehung mit DTAG eingehen können, ab dem Jahr 2016 als marktbeherrschend zu qualifizieren sei (Gutachten WEKO 2021, Rz. 194 ff.).



3.2.4 Stellungnahmen zu den einleitenden Ausführungen der WEKO

3.2.4.1 Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 4. Februar 2022

Die Gesuchstellerin hat im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2022 zu den einleitenden Ausführungen der WEKO in deren Gutachten Position bezogen. Sie verweist beziehungsweise auf den Abschnitt zu den technischen Grundlagen beziehungsweise Rz. 61 des Gutachtens darauf, dass aus ihrer Sicht gerade die Geografie ursächlich für die Paketumlaufzeit (Round Trip Time; RTT) sei (Stellungnahme GS Februar 2022, Rz. 5). Zudem merkt sie zu Rz. 65 des Gutachtens (wirtschaftliche Grundlagen) an, dass das Umsatzwachstum der Gesuchsgegnerin aus ihrer Sicht ein Indiz für ein missbräuchliches Verhalten darstelle, da diese keineswegs als «aggressiver Marktbegleiter» für Transitdienstleistungen auftrete. Die Gesuchsgegnerin sei meist sogar wesentlich teurer als vergleichbare Transitangebote effektiv aggressiverer Marktbegleiter wie Cogent oder Hurricane Electric (Stellungnahme GS Februar 2022, Rz. 7).

In Bezug auf die Ausführungen der WEKO zur Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG hält die Gesuchstellerin einleitend fest, dass die Gesuchsgegnerin und die DTAG die ursprüngliche Wettbewerbsabsprache lediglich durch eine neue, ebenfalls unzulässige Wettbewerbsabsprache ersetzt hätten, um damit ihre kartellrechtswidrige und illegale Praxis weiterzuführen. Aus Rz. 88 des Gutachtens folge erstmals, wie ungewöhnlich auch die neue Vertragsbeziehung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG sei, da bei Paid Peering normalerweise das kleinere Netz an das grössere Netz zahle und nicht umgekehrt. Dieser Aspekt scheine der WEKO gar nicht aufgefallen zu sein. Weiter merkt die Gesuchstellerin zu Rz. 89 des Gutachtens an, dass der Router von DTAG, welcher Traffic in Richtung Gesuchsgegnerin schicke, gar nicht zwischen Traffic von DTAG-Peeringpartnern und Traffic von DTAG-Transitkunden unterscheide und es entsprechend mit üblichen Mitteln weder möglich sei den Traffic zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG zu messen noch zwischen Transit oder Peering zu unterscheiden. Daraus folge, dass komplizierte Analysetools basierend auf Netflow-Daten notwendig wären, um die marktunübliche Kombination der beiden Verträge überhaupt abrechnen zu können. Die Gesuchstellerin könne sich entsprechend als einzigen Grund für ein derart mühsames und in der Industrie einzigartiges Abrechnungsverhalten lediglich vorstellen, dass ein eigentlich illegales Konstrukt wie das vorliegende gegenüber der Kartellbehörde verschleiert werden müsse. Zudem hält die Gesuchstellerin anders als die WEKO in deren Rz. 89 und 90 fest, dass nicht unterschiedliche Interkonnektionen vorhanden seien für beide Verträge. Die Schlussfolgerung der WEKO in Rz. 90, wonach die parallel geführten Vertragsbeziehungen nicht marktüblich seien bestätigt die Gesuchstellerin explizit (vgl. zum Ganzen Stellungnahme GS Februar 2022, Rz. 9 ff.).

Unter anderem weiter mutmasst die Gesuchstellerin, dass der Peeringvertrag zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG gegenseitig sei und entsprechend die Ratio von 2:1 bei einer Trafficveränderung auch nur bis zu einer Ratio von 1:2 von der DTAG toleriert beziehungsweise darüberhinausgehend die Gesuchsgegnerin zahlungspflichtig würde. Aufgrund der Kombination der beiden Verträge wäre eine dahingehende Kundenakquise aus Sicht der Gesuchstellerin finanziell nicht lohnenswert für die Gesuchsgegnerin, weshalb sie in



der Konsequenz als Konkurrentin für die DTAG ausscheide. Daraus wiederum folge, dass Content- und Dienste-Anbieter (CDA), die Transit nachfragen, zwangsläufig die höheren Tarife der DTAG bezahlen, da die Gesuchsgegnerin gar kein günstigeres Angebot vorlege. Die Gesuchstellerin stimmt im Weiteren dem Zwischenfazit der WEKO in deren Rz. 98 zu, verweist aber gleichzeitig darauf, dass aus ihrer Sicht der «verkehrte» Paid Peering-Vertrag eine «Schutzgeld»-Zahlung der DTAG an die Gesuchsgegnerin darstelle, da letztere mutmasslich weit über tausend Gigabit qualitativ hochstehende freie Kapazität in das Netz der DTAG hätte, wofür eine hohe Nachfrage unter den CDA bestünde. Dieses vertragliche Konstrukt erfülle daher weiterhin den Tatbestand einer illegalen Wettbewerbsabrede. Hinsichtlich Rz. 107 beziehungsweise die in Rz. 103 des WEKO-Gutachtens geschilderten Disziplinierungsmechanismen merkt die Gesuchstellerin an, dass es kaum Tier-1-AS gäbe, die Peeringverbindungen mit der DTAG unterhalten, welche aufgrund des Geschäftsverhaltens der DTAG nicht überlastet seien. Davon sei insbesondere auch Cogent betroffen. Der von der WEKO geschilderte Disziplinierungsmechanismus funktioniere daher in der Praxis auch für Tier-1-AS nicht (vgl. zum Ganzen Stellungnahme GS Februar 2022, Rz. 18 ff.). Zu Rz. 114 – 116 des Gutachtens stellt die Gesuchstellerin fest, dass die Gesuchsgegnerin je nach Vor- oder Nachteil willkürlich die eigene Peering Policy durchsetze oder nicht. Das habe zur Folge, dass [...] aufgrund der bevorzugten Behandlung einen erheblichen Wettbewerbsvorteil bei CDA genieße, die grosse Kapazitäten zu den B2C Kunden der Gesuchsgegnerin nachfragen. [...] habe die Möglichkeit unlimitiert Kapazität an nachfragende Contentanbieter zu verkaufen, während der Gesuchstellerin lediglich die aktuell mit einer ungefähren Ratio von 1:1 betriebenen zweimal 10 Gigabit-Kapazitäten in Zürich und Genf zur Verfügung stünden. Die vorhandene Kapazität verhindere auf alle Fälle, dass die Gesuchstellerin mit einem konkurrenzfähigen Angebot auf dem CDA-Markt agieren könne (Stellungnahme GS Februar 2022, Rz. 27 ff.).

3.2.4.2 Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2022

Mit Eingabe vom 4. Februar 2022 hat sich auch die Gesuchsgegnerin zum Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021 geäußert. Bevor die Gesuchsgegnerin auf die einleitenden Ausführungen der WEKO und daran anschliessend deren konkrete Beurteilung der Marktverhältnisse eingeht, beschreibt sie ausführlich (vgl. Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 7 – 27) die aus ihrer Sicht tatsächlichen Marktverhältnisse beziehungsweise nimmt eine gemäss ihrer Wahrnehmung sowie Erfahrung korrekte Marktabgrenzung vor.

Da die ComCom in Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. April 2020 prüft, ob triftige Gründe vorliegen, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO erlauben und die Gesuchsgegnerin einleitend ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2022 weitgehend Ausführungen macht, die nicht konkret auf jene der WEKO Bezug nehmen, rechtfertigt sich eine auf die zentralen Elemente beschränkte Aufführung der entsprechenden Textpassagen.

Die Gesuchsgegnerin baut ihre Argumentation auf einem konkreten Beispiel aus dem Gutachten der WEKO auf. Grundsätzlich und bei isolierter Betrachtungsweise sei die Feststellung der WEKO in Rz. 114 – 116 beziehungsweise Rz. 130, dass sich die Zero Settlement Beziehung mit [...] [...] [...] ausserhalb der Ratio von 2:1 bewege und die Gesuchsgegnerin



dennoch auf eine Änderung der Vertragsverhältnisse verzichte, korrekt. Nicht berücksichtigt würde hingegen, dass die genannten drei Marktakteure anders als die Gesuchstellerin Tier-1-Transporteure darstellen. Typischerweise würden diese Transporteure eine Kostenbeteiligung in Form von Transitgebühren verlangen. Zudem sei es der Gesuchsgegnerin in den letzten Jahren gelungen, mit diversen Tier-1-Providern Zero Settlement Peering-Vereinbarungen abzuschliessen, wodurch sie ihre Kosten senken konnte. Die Kunden der Gesuchsgegnerin seien Abnehmer der Inhalte, für deren Datentransport sie von den CDA entschädigt würden. Je mehr Datenverkehr ein Tier-1-Provider für die CDA abwickeln könne, desto lukrativer sei dies für ihn. Folglich seien die bezeichneten Zero Settlement Peering-Vereinbarungen sowohl für die Tier-1-Provider als auch die Gesuchsgegnerin attraktiv. Die Gesuchsgegnerin führt weiter aus, dass Tier-1-Provider und andere Transitanbieter wie die Gesuchstellerin grundsätzlich Datentransporteure seien. Die Gesuchsgegnerin sei auf solche Transporteure angewiesen. Infolge des ausgeprägten Wettbewerbs zwischen den Transporteuren könne die Gesuchsgegnerin jene Transporteure auswählen, welche ihr die besten Konditionen bieten. Müsste die Gesuchsgegnerin entsprechend dem Schluss, welche das Gutachten der WEKO nahelege, mit allen Datentransporteuren, welche dies wünschen, eine Peering-Vereinbarung zu regulierten Preisen abschliessen, käme dieser Wettbewerb zum Erliegen (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 7 ff.).

Im Anschluss an diese Ausführungen legt die Gesuchsgegnerin die aus ihrer Perspektive bestehenden Marktstrukturen dar. Einerseits würden CDA um die Aufmerksamkeit der Internetnutzer (Eyeballs) konkurrieren und andererseits würden die unterschiedlichen ISP in intensivem Wettbewerb zueinander für die Eyeballs den Zugang zum Internet und den unterschiedlichen CDA sicherstellen. ISP seien demnach aufgrund der Wahlfreiheit der Internetnutzer gezwungen, zu möglichst attraktiven Preisen eine qualitativ hochwertige Verbindung zu den CDA anzubieten. Die Preise, welche ISP den Eyeballs anbieten, würden dabei unter anderem durch die Kosten des Datentransports bestimmt. Die Verbindungsqualität umfasse überdies den Internetnutzern den Zugang zu und von allen CDA in bestmöglicher Qualität sicherzustellen. Die Datentransporteure zwischen den CDA und ISP stünden in einem intensiven Wettbewerb, wobei die Gesuchsgegnerin darauf verweist, dass Tier-1-Provider über eine einzelne Verbindung den Zugang zu allen Internetpunkten anbieten beziehungsweise Daten von überall bereitstellen könnten (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 11 ff.).

Unter dem Titel «Marktabgrenzung» bemängelt die Gesuchsgegnerin, die Auffassung der WEKO, wonach der relevante Markt als Zugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin zu bestimmen sei, leite sich von einer zu engen Verwendung des Begriffs «Marktgegenseite» ab. Zwar besage Art. 11 Abs. 3 VKU, dass sich der relevante Markt sachlich und räumlich aus Sicht der Marktgegenseite abgrenze. Wird diese Bestimmung buchstabengetreu verstanden, so wäre effektiv die Sichtweise der Gesuchstellerin, welche Daten ins Netz der Gesuchsgegnerin liefern möchte, massgebend. Genauso müsste für die WEKO jedoch auch die Sichtweise einer beliebigen Konsumentin, die Äpfel bei der Migros kaufen wolle, ausschlaggebend sein, wenn diese Konsumentin gegenüber der WEKO behauptete, die Applepreise der Migros seien unangemessen. Gleichermassen wäre nach Ansicht der Ge-



suchsgegnerin die Sichtweise eines Warenlieferanten massgebend, wenn dieser beabsichtige Waren für die Migros transportieren zu wollen. Die Gesuchsgegnerin folgert daraus, dass die WEKO jeweils zum Schluss kommen müsste, dass die Migros aus Sicht der Marktgegenseite marktbeherrschend ist, deshalb langfristig eine Durchregulierung der Wirtschaft und daraufhin das Erliegen des Wettbewerbs drohen würde. Bei einer derartigen Interpretation der «Marktgegenseite» durch die WEKO wäre es einer potentiellen Käuferin gar nicht mehr zumutbar, nach besseren Preisen zu suchen. Die relevante Frage müsste gemäss Gesuchsgegnerin vielmehr sein, ob der Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten offenstehen. Sowohl für die Apfelkäuferin als auch den Warenlieferanten bestehen diverse Alternativen zur Migros. In einem wichtigen Punkt unterscheidet sich jedoch die Situation der beiden. Die Apfelkäuferin könne den Wettbewerb der Apfelverkäufer für sich spielen lassen, wohingegen sich der Warenlieferant im Wettbewerb mit anderen potentiellen Lieferanten bewähren müsste, um Zugang zum Verteilnetz der Migros zu erlangen. Würde der Begriff «Marktgegenseite» im Sinne der WEKO interpretiert, müsste sich der Lieferant keiner Konkurrenz stellen, denn die Migros hätte Zugang zu ihrem Verteilnetz zu gewähren und sähe sich mit einer Bezugspflicht konfrontiert. Genau gleich würde es sich nach Ansicht der Gesuchsgegnerin im vorliegenden Fall verhalten. Die Ursache für den Befund der WEKO, wonach die Gesuchsgegnerin marktbeherrschend und damit letztlich bezugspflichtig sei, liege in der unzutreffenden Auslegung des Begriffs «Marktgegenseite». Die Gesuchsgegnerin verweist abschliessend darauf, dass sich die von ihr vertretene Auffassung, wonach die WEKO und oft auch die Gerichte den Begriff «Marktbeherrschung» zu wörtlich und damit nicht nach Sinn und Zweck des Kartellgesetzes auslegen, auf die in der EU geltende Marktdefinition stütze (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 14 ff.).

Die Gesuchsgegnerin hält weiter fest, dass die Schlussfolgerung der WEKO in deren Rz. 189 falsch sei. Die Tatsache, dass nur wenige Kunden ihren ISP aufgrund ungenügender Qualität der Internetverbindung oder ungenügender Zuverlässigkeit, Stabilität oder Verfügbarkeit des Internets gewechselt haben, würde nicht auf ungenügende indirekte Effekte hindeuten, sondern könne gerade das Gegenteil bedeuten. Habe die Gesuchsgegnerin den Interkonnektionsbereich richtig organisiert, so dass sie ihren Kunden eine gute Internetverbindung gewährleisten könne, bestehe keine Veranlassung für diese zu anderen ISP zu wechseln. Dies folge auch aus der Endkundenbefragung des BAKOM. Nutzer würden die Ursache für ein schlechtes Interneterlebnis ganz überwiegend bei einem ISP vermuten und deswegen auch einen Wechsel des ISP in Betracht ziehen. Folglich sei es zentral für ISP eine gute Internetqualität zu liefern, welche wiederum von einer guten IP-Interkonnektion abhängt. Indirekte Effekte würden eine wichtige Rolle spielen, da ISP im Wettbewerb um die Endnutzer gezwungen seien, IP-Interkonnektionsverträge mit möglichst gutem Preis-/Leistungsverhältnis abzuschliessen. Es sollte der Gesuchsgegnerin freistehen, einen Peeringvertrag mit einem bestimmten Datentransporteur abzulehnen, wenn sie mit anderen Transporteuren vorteilhaftere Verträge abschliessen könne (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 21 ff.). Schliesslich bemängelt die Gesuchsgegnerin, dass die WEKO die internationalen Erkenntnisse zu den Wettbewerbsverhältnissen gänzlich unbeachtet lasse und fasst als Zwischenfazit ihrer einleitenden Bemerkungen, dass kein Markt für den Zugang zu den Kunden der Gesuchsgegnerin und demzufolge auch keine Marktbeherrschung bestehe. Gäbe es einen solchen, so müsste faktisch jedes Lieferanten- oder Bezugsverhältnis



als separater relevanter Markt bezeichnet werden (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 25 ff.).

Anschliessend äussert sich die Gesuchsgegnerin konkret zu den Feststellungen der WEKO in deren Gutachten vom 25. Oktober 2021. In Zusammenhang mit den Ausführungen der WEKO zu den technischen Grundlagen sei die Aussage zu relativieren, das Zielnetzwerk kontrolliere das Routing des Inbound-Datenverkehrs. Das Zielnetz könne die Wahl lediglich beeinflussen, jedoch nie übersteuern (vgl. Gutachten WEKO 2021, Rz. 34). Weiter seien die Ausführungen der WEKO zum Begriff «Peering» in Rz. 37 ff. des Gutachtens irreführend. Ausgangslage bilde die Annahme, dass der Zusammenschluss von zwei gleichrangigen AS zu Stande komme, wobei die Parteien einen vergleichbaren Nutzen aus dem Zusammenschluss zögen. Dies sei beispielsweise der Fall, wenn die Netze über eine ähnliche Kundebasis und Infrastruktur verfügen, was sich wiederum in einem ausgeglichenen Verkehrsverhältnisse manifestiere. Nur sofern diese Voraussetzung erfüllt sei, könne auf eine Verrechnung verzichtet werden. In Bezug auf die wirtschaftlichen Grundlagen im WEKO-Gutachten hält die Gesuchsgegnerin fest, dass ein AS beziehungsweise ISP entgegen der Auffassung der WEKO keine relevante wirtschaftlich exklusive Kontrolle über ihr eigenes Netzwerk und die angeschlossenen Endkunden habe, die es ihm erlauben würde, sich beliebig gegenüber seinen Endkunden zu verhalten, um so seine Verhandlungsposition gegenüber anderen AS zu verbessern. Zu hohe Preise oder zu schlechte Qualität würden die Endkunden zu einem Anbieterwechsel führen. Zudem hänge die Verhandlungsmacht eines AS davon ab, über wie viele Wahlmöglichkeiten es verfüge, um die gewünschten Daten in sein Netz zu transportieren (vgl. zum Ganzen Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 28 ff.).

Zum relevanten Sachverhalt betreffend den Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin durch andere AS beziehungsweise zur nicht marktüblichen Vertragsbeziehung mit der DTAG (vgl. Gutachten WEKO 2021, Rz. 75 ff. beziehungsweise 84 ff.) hält die Gesuchsgegnerin einleitend unter anderem fest, dass prinzipiell irrelevant sei, ob es sich bei den Verträgen mit der DTAG um marktübliche oder weniger übliche Verträge handle. Es müsse der Gesuchsgegnerin wie jedem anderen Marktteilnehmer möglich sein, sich im Wettbewerb zu behaupten und bestmögliche Vertragsbedingungen, auch mit der DTAG, auszuhandeln. Weiter bestätigt die Gesuchsgegnerin, die von der WEKO in Rz. 64 b. ihres Gutachtens aufgezeigte Möglichkeit einer Disziplinierung indem ein Tier-2-Provider Datenverkehr via Transitanbieter der Gesuchsgegnerin in das Netz der Gesuchsgegnerin leite, um dieser dadurch Transitkosten zu verursachen. Sofern es der Gesuchsgegnerin hingegen gelinge, bessere Transitkondition zu vereinbaren, so sinken ihre Transitkosten und dementsprechend auch das Drohpotential eines Disziplinierungseffekts des Tier-2-Providers. Der Gesuchsgegnerin sei es in den letzten Jahren effektiv gelungen, immer bessere Konditionen für die IP-Interkonnektion mit der DTAG, [...] oder [...] auszuhandeln. Entsprechend sei es für die Gesuchsgegnerin schwer verständlich beziehungsweise nicht einsehbar, weshalb sie nun gezwungen werden sollte, weniger vorteilhafte Peeringverträge mit anderen Datentransportoren abzuschliessen, als jene, die sie bei spielendem Wettbewerb erreichen könne. Die Gesuchsgegnerin verweist unter anderem weiter darauf, dass sie sich die stark gesunkenen Transitpreise beziehungsweise den entsprechenden Wettbewerb zunutze machen können dürfe und müsse. Dass die Gesuchsgegnerin in Bezug auf Tier-1-Provider von ihren



Peeringbedingungen abweiche, sei im Endeffekt vorteilhafter für sie und die entsprechend ungleiche Behandlung sei auf ungleiche Sachverhalte zurückzuführen (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 33 ff.). Die Ausführungen der WEKO im Abschnitt zu den Auswirkungen der Vertragsbeziehung auf die Disziplinierungsmöglichkeiten (Gutachten WEKO 2021, Rz. 102 ff.) würden gemäss der Gesuchsgegnerin an der Sache vorbeiziehen. Vorteilhafte Verträge mit Tier-1-Providern abzuschliessen, sei nicht unzulässig, sondern eine effiziente, unternehmerische Leistung. Die WEKO übersehe, dass seit dem Gutachten vom 15. Dezember 2014 viel mehr Verkehr über alternative Tier-1-Provider in das Netz der Gesuchsgegnerin gelange. Schliesslich sei es widersprüchlich beziehungsweise inkonsequent, dass die WEKO mit Verweis auf die Peering Policy der DTAG festhalte, dass die Gesuchsgegnerin kein "Gratis"-Peering mit der DTAG abschliessen könne, gleichzeitig aber zum Schluss gelange, der Gesuchstellerin sei ein "Gratis"-Peering zu gewähren (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 40 ff.).

Zum Abschnitt der weiteren relevanten Vertragsbeziehungen der IP-Interkonnektion der Gesuchsgegnerin (Gutachten WEKO 2021, Rz. 112 ff.) weist diese unter anderem darauf hin, dass sie auf die Inhalte von Netflix zwingend angewiesen sei und der Umstand, dass einzelne CAP (Content und Application Provider) wie Netflix Leistungen unentgeltlich erhalten, sei nicht auf eine Grosszügigkeit der Gesuchsgegnerin sondern auf die Marktstellung von Netflix zurückzuführen (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 43 ff.). Die Ausführungen der WEKO zur Ratio bei Zero Settlement Peerings im Abschnitt zum Datenaustausch mit der Gesuchsgegnerin (Gutachten WEKO 2021, Rz. 123 ff.) kommentiert diese mit Verweis auf den bereits erwähnten gegenseitigen Nutzen sowohl für Tier-1-Provider als auch die Gesuchsgegnerin. Die Ratio sei nicht das einzige Kriterium, welches für die Beurteilung der jeweiligen IP-Interkonnektion herangezogen werden könne (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 46).

3.2.4.3 Zwischenfazit

Einleitend ist festzuhalten, dass die ComCom weitgehend mit den technischen Ausführungen der WEKO übereinstimmt und demnach auf eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen verzichtet, da die in der Folge auf den technischen (und wirtschaftlichen) Grundlagen aufbauenden wettbewerbsrechtlichen Ausführungen der WEKO nicht beziehungsweise höchstens marginal von einer abweichenden Beurteilung der technischen Grundlagen durch die ComCom beeinflusst würden.

Die der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2022 vorangestellte ausführliche Beschreibung der aus ihrer Sicht tatsächlichen Marktverhältnisse und insbesondere die gemäss ihrer Wahrnehmung sowie Erfahrung korrekte Marktabgrenzung, überschneiden sich teilweise mit den Ausführungen zur konkreten Beurteilung der Marktverhältnisse durch die WEKO in derselben Stellungnahme. Darüber hinaus geht ein Grossteil der entsprechenden Ausführungen der Gesuchsgegnerin in jenen späteren Eingaben zur Beurteilung des relevanten Marktes und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin durch die WEKO auf. Dies betrifft insbesondere das Parteigutachten CRA vom 22. Juni 2023, die Schlussbemerkungen der Gesuchsgegnerin vom 7. März 2024 und die beigelegte Replik CRA vom 6. März 2024. Ein Gesamtfazit folgt entsprechend unter Ziff. 3.2.5.8.



Die konkrete Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zu den einleitenden Ausführungen der WEKO bleibt vage. Angemerkt wird, dass ein Zielnetzwerk in technischer Hinsicht das Routing des Inbound-Datenverkehrs beeinflussen, aber nicht wie von der WEKO festgehalten, kontrollieren beziehungsweise übersteuern könne. Dass der Pfad zum Zielnetzwerk überhaupt und nur im Einverständnis mit dem Betreiber des Zielnetzwerks besteht, wird ausgeblendet. Die Stellungnahme zum Begriff «Peering» in Rz. 37 ff. des Gutachtens weist bereits die gleiche Argumentation wie im zeitlich später eingebrachten Parteigutachten CRA vom 22. Juni 2023 auf und fordert sinngemäss die Berücksichtigung nichtmonetärer Gegenleistungen. Ein Gesamtfazit hierzu folgt ebenfalls unter Ziff. 3.2.5.8 beziehungsweise hängt wesentlich davon ab, welche Komponenten der Datenübertragung als kostenrelevant berücksichtigt werden (vgl. Ziff. 3.3). Auch die weiteren Vorbringen werden zwar ausführlich dargelegt, bleiben jedoch allgemein oder verwenden Beispiele und Analogieschlüsse, die am Thema vorbeigehen und somit keine substantiell aussagekräftige Kritik an den einleitenden Feststellungen der WEKO darstellen. Unter anderem der Verweis darauf, dass prinzipiell irrelevant sei, ob es sich bei den Verträgen mit der DTAG um marktübliche oder weniger übliche Verträge handle und dass es der Gesuchsgegnerin erlaubt sein müsse, bestmögliche Vertragsbedingungen auszuhandeln, weist im Endeffekt auf eine aus Sicht eines einzelnen Unternehmen nachvollziehbare aber im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme zu einer gesamtwirtschaftlichen Beurteilung durch die WEKO nicht stichhaltigen Betrachtungsweise der Marktverhältnisse hin, aus der die Gesuchsgegnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Auch die Ausführung, «besser» ausgehandelte Transitkonditionen beziehungsweise sinkende Transitzkosten würden das Drohpotential eines Disziplinierungseffekts vermindern, belegt umso mehr, dass die Disziplinierungsmöglichkeiten der Gesuchstellerin von unternehmerischen Entscheiden der Gesuchsgegnerin abhängig sind. Im Übrigen liegt der Schluss nahe, letztere erfolgen im Sinne der Endkunden der Gesuchsgegnerin und nicht aus einem Interesse an geordneten Marktverhältnissen. Weshalb ein Zero Settlement Peering mit der Gesuchstellerin nicht auch dem von der Gesuchsgegnerin selber angeführten Interesse ihrer Endkunden an einer qualitativ hochwertigen Verbindung zu möglichst attraktiven Preisen gerecht werden sollte, bleibt genauso unklar wie die Behauptung ein Zero Settlement Peering mit der Gesuchstellerin würde dazu führen, dass die Gesuchsgegnerin auf aus ihrer Sicht vorteilhafte Peeringverträge mit Tier-1-AS verzichten müsste. Marktunüblich ist gemäss WEKO weder der Peering- noch der Transitvertrag zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG, sondern lediglich die Kombination der beiden. Insgesamt folgen aus der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2022 zu den einleitenden Ausführungen der WEKO keine triftigen Gründe, welche ein Abweichen von den entsprechenden Feststellungen der WEKO rechtfertigen würden.

Die Gesuchstellerin wiederum stimmt weitgehend mit den einleitenden Ausführungen der WEKO überein und nimmt lediglich Anmerkungen vor, die die Schlussfolgerungen der WEKO akzentuieren würden. Insbesondere weist sie korrekterweise auf den ungewöhnlichen Umstand hin, dass im Falle von Paid Peering normalerweise das kleinere Netz das grössere bezahle und nicht, wie von der WEKO zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG festgestellt, umgekehrt.



Wie bereits ausgeführt, schliesst sich die ComCom den technischen Ausführungen der WEKO an. Darüber hinaus folgen weder aus den Argumenten der Parteien, noch den eigenen Überlegungen der ComCom triftige Gründe, welche die ökonomischen Grundlagen und die einleitenden Ausführungen der WEKO als Ganzes ernsthaft in Zweifel ziehen könnten und ein Abweichen von diesen rechtfertigen würden.

3.2.5 Stellungnahmen zur Beurteilung des relevanten Marktes und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin durch die WEKO

3.2.5.1 Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 4. Februar 2022

Die Gesuchstellerin teilt in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2022 die Beurteilung der WEKO im Grundsatz und ist insbesondere der Auffassung, dass derzeit keine Alternativen zur kostenfreien Anbindung via Zero Settlement Peering ohne Kapazitätsbeschränkungen bestünden, nimmt jedoch in Bezug auf die Ausführungen der WEKO zum relevanten Markt einige Anmerkungen vor. Wie bereits ausgeführt, bestehe anders als in Rz. 145 des Gutachtens behauptet, kein freier Zugang zum Netz der DTAG für Tier-1-AS, da die entsprechenden Zugänge durchwegs überlastet seien und entsprechend auch auf diesem Wege keine Disziplinierung erfolge. Zudem stelle Transit bei einem Peeringpartner der Gesuchsgegnerin beziehungsweise bei einem Peeringpartner eines Transitانbieters der Gesuchsgegnerin aufgrund zusätzlicher AS-Hops auch in qualitativer Hinsicht keine Alternative zur direkten Peeringverbindung mit der Gesuchsgegnerin dar (vgl. Gutachten WEKO 2021, Rz. 156 – 167). Betreffend Rz. 168 – 173 hält die Gesuchstellerin fest, dass keine Transitkunden der Gesuchsgegnerin bestünden, die genügend (unlimitierte) Kapazitäten für Traffic zum Netz der Gesuchsgegnerin hätten. Sowohl die bereits erwähnten AS-Hops als auch die Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin auch einen solchen Zugang indirekt via Transitkunden beziehungsweise Weitergabe der Kosten durch Transitanbieter monetarisieren würde, schliessen die Nutzung dieses Wegs aus Sicht der Gesuchstellerin aus. Weiter sei die in Rz. 175 des Gutachtens genannte nicht konsequente Durchsetzung der Peering Policy der Gesuchsgegnerin keineswegs gesichert. Die Möglichkeit einer Praxisänderung bedeute für einen Nachfrager ein erhebliches Risiko, da mit einem Tier-1-Anbieter ein längerer Vertrag eingegangen werden müsse, in dessen Vertragsbedingungen jedoch eine Garantie, dass der entsprechende Service auch geliefert werden könne, fehle. Sofern ein Marktteilnehmer dieses Risiko auf sich nehmen würde, Paid Peering bei der Gesuchsgegnerin beziehungsweise Transit bei der DTAG künde und stattdessen bei einem Tier-1-Anbieter günstiger Transit beziehe, so könnten die Gesuchsgegnerin und die DTAG jederzeit mittels gezielter Qualitätsverschlechterungen versuchen, den ex-Kunden zurückzuholen. Insbesondere TV- oder Video-on-Demand (VoD)-Anbieter würden dieses Risiko nicht eingehen, weil dadurch ihr Geschäftsmodell unmittelbar bedroht wäre (vgl. zum Ganzen Stellungnahme GS Februar 2022, Rz. 31 ff.).

Die Gesuchstellerin hat im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2022, wie bereits dargelegt, einige Anmerkungen zu den Ausführungen der WEKO zum relevanten Markt vorgenommen. Davon abgesehen teilt sie die Auffassung der WEKO und hält im Sinne einer abschliessenden Bemerkung fest, dass das Kartell zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG auch ab Januar 2016 als «alter Wein in neuen Schläuchen» weitergeführt



worden sei. Die von der WEKO für unzulässig erachteten Vertragsklauseln seien geradezu dreist durch ein neues Konstrukt ersetzt worden, das im Ergebnis dieselbe Wirkung habe wie die ursprüngliche illegale Absprache, indem es den von der WEKO korrekt beschriebenen grundsätzlich funktionierenden Disziplinierungsmechanismus von Peering und Transit weiterhin blockiere (Stellungnahme GS Februar 2022, Rz. 37 f.).

3.2.5.2 Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2022

Auch die Gesuchsgegnerin hat mit Eingabe vom 4. Februar 2022 Stellung zu den Ausführungen der WEKO zum relevanten Markt (Gutachten WEKO 2021, Rz. 141 ff.) bezogen. Wiederum in Form von grundsätzlichen Bemerkungen sowie methodischen Vorbehalten hält sie vorab fest, dass das WEKO-Gutachten keine ausreichende Differenzierung zwischen den Antworten der Marktteilnehmer im Rahmen der Branchenbefragung vornehme (vgl. auch die bereits unter Ziff. 3.2.4.2 aufgeführten einleitenden Bemerkungen der Gesuchsgegnerin). Es wäre geboten gewesen, die Antworten nach Dimensionen, welche wesentlich die Einschätzung und Bewertung der abgefragten Alternativen durch den jeweiligen Marktteilnehmer beeinflussen können, zu differenzieren. Das gewählte Vorgehen der WEKO hingegen werde dem Anspruch an ein Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung nicht gerecht. Weiter sei nicht nachvollziehbar, weshalb die WEKO als Referenzgrösse von kostenfreiem und unlimitiertem Peering (vgl. unter anderem Gutachten WEKO 2021, Rz. 150) und damit den Wünschen und Begehrlichkeiten der Gesuchstellerin ausgehe anstatt auf Marktrealitäten abzustellen. Da auf diese Weise eine kostenfreie Leistung einer kostenpflichtigen immer vorgezogen würde, seien die entsprechenden Antworten zu relativieren. Auch sei auffallend, dass die Antworten der Branchenbefragung in keiner Relation beziehungsweise im Widerspruch zu den tatsächlich beobachteten Verkehrsströmen stehen. Zudem wäre es notwendig gewesen, qualitative und preisliche Aspekte getrennt voneinander zu betrachten, um aussagekräftige und transparente Resultate zu erhalten. Stattdessen würden die Nein-Anteile bei der Beurteilung durch die WEKO adiiert und daraus unzutreffende Schlüsse gezogen (vgl. unter anderem Gutachten WEKO 2021, Rz. 164). Hervorzuheben sei auch der hohe Anteil an Befragten (25% bis 38%), die mit «weiss nicht» antworteten. Dies deute auf zu komplexe Fragen hin oder darauf, dass die Befragten mit dem bestehenden Peering mit der Gesuchsgegnerin zufrieden seien und sich keine Gedanken zu konkreten Alternativen machen mussten. Bemerkenswert sei weiter, dass die Antworten auf die Frage C.1 («Wie wichtig sind die Endkunden von Swisscom für Ihre Dienste resp. für Ihre eigenen Kunden?») im WEKO-Gutachten nicht auftauchen würden (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 52 ff.).

Konkret zum Fazit der WEKO zum relevanten Markt beziehungsweise der Marktabgrenzung (Gutachten WEKO 2021, Rz. 176) hält die Gesuchsgegnerin fest, dieses sei realitätsfremd. Würde man der Logik des WEKO-Gutachtens folgen, so gäbe es effektiv gar kein Substitut für direktes (Zero Settlement) Peering und der Datentransport von einem AS in ein anderes AS hätte zwingend immer in Form einer direkten Zusammenschaltung zu erfolgen. Auch verneint würde dadurch das Bestehen eines Marktes für Vermittler (Transitprovider) (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 60).



In Bezug auf die Beurteilung der Marktstellung zitiert die Gesuchsgegnerin die Annahme der WEKO, dass sich die Gesuchsgegnerin in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne und deshalb «im Teilmarkt für den IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden von Swisscom für diejenigen AS, die keine Peering-Beziehung mit DTAG eingehen können», über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Dass tatsächlich das Gegenteil der Fall sei, ergäbe sich bereits aus den einleitend der Eingabe gemachten Ausführungen (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 61). Es kann entsprechend integral auf Ziff. 3.2.4.2 verwiesen werden. Ebenfalls sei (an gleicher Stelle) bereits aufgezeigt worden, dass kein Markt für den Zugang zu den Kunden der Gesuchsgegnerin und demzufolge auch keine diesbezügliche Marktbeherrschung existiere. Zusammenfassend und entgegen dem WEKO-Gutachten sei damit festzuhalten, dass der Markt im Bereich der IP-Interkonnektion funktioniere. Die Gesuchsgegnerin verweist abschliessend darauf, dass eine allfällige fernmelderechtliche Regulierung der IP-Interkonnektion aufgrund der internationalen Tätigkeit der Marktakteure sowie der relevanten räumlichen (EU-weiten) Marktabgrenzung nicht nur Auswirkungen auf die Schweiz hätte, sondern sich auch international auswirken würde (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 62 ff.).

3.2.5.3 Schlussbemerkungen der Gesuchsgegnerin vom 31. Oktober 2023

Die Gesuchsgegnerin übermittelte mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 ihre Schlussbemerkungen in der vorliegenden Sache. Diese nehmen grossmehrheitlich Bezug auf die durch das BAKOM veranlasste Stellungnahme des Preisüberwachers vom 8. September 2023 und damit verbunden, den unter der Bedingung der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin zu verfügenden kostenorientierten Preisen. Es wird entsprechend auf Ziff. 3.3 verwiesen. In Bezug auf die vorliegend in Frage stehende Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin reicht diese separat das Parteigutachten CRA vom 22. Juni 2023 zu den Akten. Dessen Autoren würden hinsichtlich der «relevanten Marktabgrenzung der nachgefragten Interkonnektions-Dienste und der Marktstellung von Swisscom» eine Würdigung des WEKO-Gutachtens vom 25. Oktober 2021 vornehmen. In der Eingabe vom 31. Oktober 2023 selber fasst die Gesuchsgegnerin lediglich die aus ihrer Sicht zentralsten Schlussfolgerungen des Parteigutachtens CRA zusammen (siehe Schlussbemerkungen GG Oktober 2023, Rz. 6), weshalb an dieser Stelle mit Blick auf die detaillierte Zusammenfassung in Ziff. 3.2.5.3.1 auf entsprechende Wiederholungen verzichtet werden kann. Allgemein festgehalten wird zudem, dass den in der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2022 vorgebrachten Argumenten nach wie vor Gültigkeit zukäme und durch das Parteigutachten CRA bestätigt würden. Dieses entlarve infolge einer umfassenden und fundierten Analyse des WEKO-Gutachtens zahlreiche schwerwiegende faktische und methodische Mängel, welche derart gravierend seien, dass das WEKO-Gutachten als Ganzes nicht massgebend sein könne. Darüber hinaus merkt die Gesuchsgegnerin an, dass die ComCom aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. April 2020 wohl nur unter grosser Zurückhaltung und wegen zwingender und sehr triftiger Gründe vom WEKO-Gutachten abweichen werde. Diese entsprechenden Vorgaben seien jedoch vorliegend erfüllt. Wie im Parteigutachten CRA überzeugend dargelegt, müsse die marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin im Endeffekt und entgegen der Feststellung der WEKO klar verneint werden (vgl. zum Ganzen Schlussbemerkungen GG Oktober 2023, Rz. 5 ff., Rz. 14).



3.2.5.3.1 Parteigutachten der Charles River Associates vom 22. Juni 2023

Das Parteigutachten CRA nimmt eine aufbaumässige Dreiteilung vor und kritisiert sowohl die von der WEKO in deren Gutachten vom 25. Oktober 2021 vorgenommene Marktabgrenzung als auch die Beurteilung der Marktstellung der Gesuchsgegnerin. Zudem propagieren die Autoren adverse Effekte im Falle eines regulierten Gratiszugangs. Zusammenfassend sei die Marktabgrenzung faktisch und methodisch derart fehlerhaft, dass diese als Ganzes verworfen werden müsse und methodische Fehler auch die Schlussfolgerung einer marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin nicht aufrechterhalten lassen. Die Marktabgrenzung der WEKO sei zu eng und die Gesuchsgegnerin würde sich niemals in einer Lage befinden, in der sie sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne. Vielmehr sei der Verhandlungsspielraum der Gesuchsgegnerin stets beschränkt durch die zahlreichen Möglichkeiten anderer ISP, ihren Datenverkehr indirekt bei der Gesuchsgegnerin einzuleiten, falls keine Einigung über direkte Interkonnektion erzielt werde. Die im WEKO-Gutachten angedachte Regulierung des Zugangs zum Netz der Gesuchsgegnerin durch Auflage eines unbeschränkten unentgeltlichen Zero Settlement Peering für andere ISP würde im Sinne der bezeichneten adversen Effekte zu höheren Endkundenpreisen, geringeren Netzwerkinvestitionen und geringerer Konsumentenrente führen (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 5 ff.).

Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, dass nachfolgend auf eine weitergehende Zusammenfassung der behaupteten adversen Effekte verzichtet wird. Dies, da die entsprechenden Ausführungen der Autoren des Parteigutachtens CRA nicht konkret Stellung zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der WEKO in deren Gutachten vom 25. Oktober 2021 nehmen, sondern mutmassliche Folgen eines allfällig regulierten Zugangs zu kostenorientierten Preisen beziehungsweise zu den Grenzkosten Null propagieren. Triftige Gründe, welche ein Abweichen von den Schlussfolgerungen der WEKO rechtfertigen würden, können daraus bereits von vornherein nicht abgeleitet werden. Die Berücksichtigung etwaiger Folgen einer fernmelderechtlichen Zugangsregulierung obliegt in Einklang mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 weiterhin und ausschliesslich der ComCom als entsprechende Fachbehörde. Die ComCom geht abschliessend der Erwägungen zu den kostenorientierten Preisen in Ziff. 3.3.5 gesondert auf die behaupteten adversen Effekte eines regulierten Zero Settlement Peering ein.

In Bezug auf die Marktabgrenzung wird eine zusätzliche Aufteilung der Ausführungen in eine faktische und eine konzeptionelle Würdigung der Feststellungen der WEKO vorgenommen. Die faktische Würdigung folgt der aus Sicht der Autoren des Parteigutachtens CRA aus vier Elementen bestehenden Argumentationskette der WEKO. Diese liessen sich wie folgt zusammenfassen: Die Gesuchsgegnerin sei eine Monopolistin für den Zugang zu ihren Endkunden; indirekter Netzzugang wäre kein Ersatz für direkten Netzzugang; kostenpflichtiger Netzzugang wäre kein Ersatz für kostenfreien Netzzugang und kostenfreies Peering mit der Gesuchsgegnerin stünde aufgrund eines sogenannten «Disziplinierungsmechanismus» nur DTAG-Peeringpartnern offen. Als Folge käme die WEKO zum Schluss, dass ein Markt für (direkte) Interkonnektion mit der Gesuchsgegnerin abzugrenzen sei, der in zwei Teilmärkte zerfalle. Einen für DTAG-Peeringpartner und einen für alle anderen ISP.



Nur auf letzterem sei die Gesuchsgegnerin gemäss WEKO marktbeherrschend (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 27 ff., Rz. 30).

Entgegen dem ersten der behaupteten Hauptargumentationspunkte kommen die Autoren des Parteigutachtens CRA zum Schluss, die Gesuchsgegnerin sei keine Monopolistin gegenüber ihren Endkunden. Dies, da man ein Monopol im Allgemeinen als einen Markt mit nur einem Anbieter definiere, was auf Internetanschlüsse in der Schweiz offensichtlich nicht zutreffe. Weiter wird aus den Ausführungen der WEKO zitiert, dass Endkunden «in der Regel jeweils nur einen Internetzugang gleichzeitig» nutzen und somit «diejenigen AS zum Zeitpunkt der Internetnutzung den exklusiven Zugang zum jeweiligen Endkunden [innehaben], bei denen der Endkunde einen Internetzugang nachfragt». Es werde von der WEKO zwar anerkannt, dass eine Wechselbereitschaft der Endkunden grundsätzlich diese angebliche «Monopolmacht» beschränken könne, dies aber gemäss WEKO aufgrund beobachteter geringer Anzahl Kundenwechsel nicht der Fall sei. Eine derartige Betrachtungsweise stehe im Widerspruch zu den Erkenntnissen der Endkundenbefragung, welche zeige, dass Kunden eher bereit seien, ihren Internetanbieter als den genutzten Dienst dauerhaft zu wechseln, falls verschiedene Dienstleistungen nicht wie gewünscht funktionieren. Das WEKO-Gutachten ignoriere diese Beobachtung und stütze sich einzig auf die aus ihrer Sicht geringe Anzahl tatsächlicher Internetanbieterwechsel. In der Ökonomie würde man bei stabilen Kundenpräferenzen und differenzierten Produkten nicht viele Wechsel im Marktgleichgewicht erwarten. Dennoch seien Unternehmen durch die Wechselmöglichkeit der Kunden in ihren Entscheidungen beschränkt. Eine geringe Wechselrate deute eher darauf hin, dass die Kunden mit den Leistungen zufrieden seien und durch einen Wechsel keine Vorteile erwarten würden. Schliesslich würde beispielsweise auch «Single-Homing» keineswegs auf eine Monopolstellung hinweisen, sondern sei in Form von Kundenloyalität vielmehr Zeichen funktionierender Produktdifferenzierung und stabiler Präferenzen beziehungsweise Qualität. Der Versuch einer Qualitätsverschlechterung würde dennoch zu einer Substitution durch viele Kunden führen (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 31 ff.).

Anders als die WEKO kommt das Parteigutachten CRA zum Schluss, dass indirekte Verbindungen zwischen ISP üblich seien. Unter anderem würde die WEKO nicht deutlich genug darstellen, dass die meisten ISP, unabhängig ob mittels Peering oder Transit, gar keine direkten Verbindungen miteinander unterhalten würden, sondern lediglich indirekt via Dritte miteinander verbunden seien. Dass die WEKO weiter argumentiere, «[u]nter Berücksichtigung der qualitativen und preislichen Aspekte des Zugangs zu den Endkunden von Swisscom bestehen derzeit keine Alternativen zur kostenfreien Anbindung via Zero Settlement Peering ohne Kapazitätsbeschränkungen» sei irreführend und unzutreffend. Tatsächlich berücksichtige das WEKO-Gutachten ausschliesslich «preisliche Aspekte». Auch folge aus dem WEKO-Gutachten selber, dass qualitativ kein Unterschied zwischen Zero Settlement Peering und Paid Peering oder zwischen Peering und Transit (unter denselben Beteiligten) bestehe. Weder sei es möglich, alle AS direkt miteinander zu verbinden noch seien direkte Schnittstellen für eine gute Qualität zwingend erforderlich. Entsprechend sei es nicht richtig, einen indirekten Netzzugang aus qualitativer Sicht für unzureichend zu halten. Mittels Transit gelinge es der Gesuchsgegnerin ihren Endkunden einen hochwertigen Zugang zum gesamten Internet sicherzustellen. Die Behauptung der WEKO, es bestünden keine



Alternativen zum Zero Settlement Peering, sei folglich bereits aus qualitativer Sicht unhaltbar (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 37 ff.).

Gemäss Parteigutachten CRA stütze die WEKO ihre Argumentation darauf, Zero Settlement Peering entspräche einem kostenfreien Netzzugang. Zudem gehe die WEKO davon aus, Zero Settlement Peering ohne (durchgesetzte) Ratio-Beschränkung wäre gleichzusetzen mit unbegrenztem kostenfreiem Zugang. Beide Schlussfolgerungen würden jedoch fundamentale Fehlinterpretationen der Faktenbasis darstellen. Ein unbegrenzter kostenfreier Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin existiere nicht. Folglich teilen die Autoren des Parteigutachtens CRA ihre Gegenargumentation entsprechend der beiden genannten Annahmen der WEKO auf (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 46 f.). Zunächst wird festgehalten, dass Zero Settlement Peering keineswegs «gratis» oder «kostenfrei» sei. Nach allgemeinem Marktverständnis erbringe ein ISP, welcher Inbound-Traffic von anderen ISP empfangt, eine Leistung, welche weder gratis noch anderweitig monetär beziffert, sondern in Form einer gleichwertigen Sachleistung vergütet werde. Die Gleichwertigkeit folge aus der Symmetrie des Datenverkehrs. Zutreffen würde die Feststellung der WEKO, dass die Kosten für die eigentliche Datenübertragung für das Empfangen und Senden von Datenpaketen annähernd symmetrisch sei. Die Schlussfolgerung, dass eine Bepreisung des eingehenden Datenverkehrs seine Begründung nicht in effektiven Kosten, sondern vorwiegend der Verhandlungsmacht eines jeweiligen AS finde, sei hingegen falsch. Die WEKO ignoriere trotz entsprechender Feststellung andernorts, dass ein erheblicher Teil des Datenverkehrs von Contentanbietern zu Eyeballs ablaufe. Die von der WEKO angenommene Kostensymmetrie würde in diesem Zusammenhang bedeuten, dass ein hypothetischer Datenverkehr von den Eyeballs zu den Contentanbietern dieselben Kosten für die beteiligten Netze verursachen würde, wie der tatsächliche Datenverkehr von den Contentanbietern zu den Eyeballs. Die Kostensymmetrie von Inbound- und Outbound-Traffic bedeute nicht, dass die Kosten einen einzelnen Anschluss für einen grossen Contentanbieter einzurichten, zu betreiben und zu betreuen, identisch wären mit den viel höheren Kosten eines Eyeball-Netzwerks. Irreführend sei in der Folge die von der WEKO vorgenommene «schematische Darstellung von Peering» als Verbindung zwischen einem reinen Eyeball-Netzwerk und einem reinen Content-Netzwerk. Weiter würden Ratios keineswegs nur von der Gesuchsgegnerin festgelegt und zudem hätte die Peering Policy der Gesuchsgegnerin bereits vor 2012 eine Ratio-Beschränkung vorgesehen. Die Formulierung der WEKO, die Gesuchstellerin würde «weiterhin» den bis 2012 zur Verfügung gestellten «kostenfreien Interkonnektionszugang» nachfragen, sei mindestens irreführend (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 48 ff.). Die Autoren des Parteigutachtens CRA verweisen einleitend ihrer Ausführungen zu ihrem zweiten Gegenargument auf die aus ihrer Sicht unzutreffende Sichtweise der WEKO, dass die Gesuchsgegnerin ihre Ratio-Anforderungen von 2:1 für Zero Settlement Peering gegenüber jenen AS nicht durchsetze, die eine Peering-Vereinbarung mit der DTAG unterhalten und diese folglich einen unbegrenzten kostenfreien Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin hätten. Die WEKO verkenne dabei sinngemäss, dass Gegenleistungen im Falle eines Zero Settlement Peering nicht nur in Form symmetrischen Datenverkehrs erfolgen können. Von Relevanz sei für die Gesuchsgegnerin nicht die behauptete Disziplinierungsmöglichkeit der Peeringpartner der DTAG sondern dass es sich dabei um Tier-1-Netze handle. Diese können anders als Tier-2- Netze und Tier-3- Netze, welche bei einem Zero Settlement Peering



als Gegenleistung vorrangig symmetrischen Datenverkehr abwickeln, Zugang zu einem breiten Spektrum weiterer Drittnetze gewähren. Dies umfasse insbesondere Teile des Internets, die andernfalls nicht, nur mit schlechter Qualität oder nur zu hohen Transitkosten erreichbar wären. Entsprechend sei die Nichtdurchsetzung der 2:1 Ratio aus Sicht der Gesuchsgegnerin in diesen Fällen gerechtfertigt und vorteilhaft. Die Gesuchstellerin könne diese Art der Gegenleistung nicht erbringen, weshalb gegenüber dieser ein Verzicht auf die Durchsetzung der Ratio-Beschränkung nicht gerechtfertigt wäre (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 57 ff.).

Einleitend zum letzten der behaupteten Hauptargumentationspunkte der WEKO knüpfen die Autoren des Parteigutachtens CRA an ihre bisherigen Feststellungen an und wiederholen, dass eine Verletzung der 2:1 Ratio der Gesuchsgegnerin nicht aufgrund eines Disziplinierungsmechanismus geduldet würde, sondern weil der entsprechende Peeringpartner den Zugang zu weiten Teilen des Internets ermögliche und damit eine mit Transit vergleichbare Gegenleistung erbringe. Daraus werden zwei Schlussfolgerungen gezogen. Zum einen verkenne die WEKO, dass auch Peering mit der DTAG in der Regel einer Ratio-Beschränkung unterliege, weshalb der Disziplinierungsmechanismus den Peeringpartnern der DTAG allenfalls in dem Umfang offenstünde, in dem ihr Datenverkehr mit der DTAG Spielraum für eine Ausweitung liesse, ohne die Einhaltung der Ratio mit DTAG zu gefährden. In welchem Umfang dies auf die Zero Settlement Peeringpartner der Gesuchsgegnerin zuträfe, denen gegenüber die Gesuchsgegnerin auf eine Durchsetzung ihrer Peering-Policy verzichtet, hätte die WEKO jedoch nicht untersucht. Es sei davon auszugehen, dass verschiedene Peeringpartner der DTAG unterschiedlich viel Spielraum für ein solches Re-Routing ihres Datenverkehrs hätten und den Disziplinierungsmechanismus somit in unterschiedlicher Intensität als Drohpunkt in Verhandlungen mit der Gesuchsgegnerin nutzen könnten. Folglich handle es sich um Abstufungen in der Qualität der nächstbesten Alternative und nicht um ein binäres Kriterium, dass zur Abgrenzung von Teilmärkten herangezogen werden könne. Selbst wenn von diesen Abstufungen abgesehen würde, müsste man zur zweiten Schlussfolgerung kommen, dass der Zugang zu diesem Mechanismus keineswegs absolut daran gekoppelt sei, ob ein ISP Peeringpartner der DTAG ist oder nicht. Insbesondere die Transitverbindung der Gesuchsgegnerin mit Cogent, sei, anders als von der WEKO angenommen, als Disziplinierungsmechanismus relevant. Dies unter anderem, da sich das Datenvolumen mit Cogent seit Q1 2020 mehr als verdreifacht habe und der Umstand, dass erhebliche Kapazitäten frei seien, eher für als gegen eine Relevanz der Transitvereinbarung mit Cogent im Sinne des Disziplinierungsmechanismus spreche. Dieser funktioniere nur, sofern der Peeringpartner seinen Datenverkehr tatsächlich über den Transitanbieter der Gesuchsgegnerin abwickeln könnte, was natürlich erfordere, dass der Transitanbieter über genügend freie Übertragungskapazitäten verfüge. Diese Schlussfolgerung sei erheblich, da die Gesuchsgegnerin mit Cogent ausschliesslich eine Transitvereinbarung unterhalte; das von der WEKO behauptete Ausschalten des Disziplinierungsmechanismus gegenüber der DTAG hingegen angeblich auf dem Abschluss einer nicht marktüblichen Doppelvereinbarung (Transit- und Peeringvertrag) basiere und somit gar nicht auf Cogent zutreffen könne. Dies stelle einerseits die Abgrenzung der Teilmärkte und andererseits die vermeintliche Bedeutung der Doppelvereinbarung mit der DTAG für die Beurteilung der



Marktstellung der Gesuchsgegnerin infrage. Schliesslich ergänzen die Autoren des Parteigutachtens CRA, dass es aus ihrer Sicht als Disziplinierungsmöglichkeit genügen würde, Transitkunde eines Peeringpartners der DTAG zu sein, um der Gesuchsgegnerin Kosten durch indirekte Einleitung des Datenverkehrs zu verursachen. Dies wäre zwar nicht kostenfrei für einen disziplinierenden ISP, würde aber dennoch eine Disziplinierung der Gesuchsgegnerin bewirken. Die WEKO blende diese Möglichkeit in ihrem Gutachten aus (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 61 ff.).

Anschliessend an ihre faktische Würdigung weisen die Autoren des Parteigutachtens CRA auf einige aus ihrer Sicht bestehende konzeptionelle und methodische Lücken und Schwächen der Marktabgrenzung im Gutachten der WEKO hin (Parteigutachten CRA, Rz. 70).

Die Unterstellung, Endkunden wären tatsächlich in irgendeiner Form an ihren Internetanbieter gebunden oder es gäbe hohe Hürden zu wechseln, was faktisch nicht der Fall sei, berücksichtige nicht, dass es sich hierbei um keine Besonderheit der Gesuchsgegnerin handle, sondern als universelles Merkmal alle ISP betreffe. Der Feststellung, dass alle anderen ISP Zugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin benötigen und dieser nur von der Gesuchsgegnerin als Monopolistin gewährt werden könne, stünde dann in jedem Fall die spiegelbildliche Beobachtung gegenüber, dass auch die Gesuchsgegnerin Zugang zu den Endkunden aller anderen ISP benötige und dieser wiederum von den jeweils anderen ISP monopolisiert wäre. Alle Interkonkktionsvereinbarungen aller übrigen ISP als wettbewerblig und exogen anzusehen, um dann ausschliesslich die Interkonkktionsvereinbarungen der Gesuchsgegnerin auf ihre Wettbewerbligheit hin zu prüfen, sei folglich methodisch inkohärent (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 71 ff.).

Weiter sei auch die Sichtweise, ein indirekter Zugang wäre kein adäquates Substitut für einen direkten Zugang inkohärent zur Argumentation eines Disziplinierungsmechanismus, da dieser zwingend voraussetze, dass eine indirekte Dateneinspeisung über den Transitanbieter der Gesuchsgegnerin eine überhaupt technisch darstellbare und wirtschaftlich relevante Alternative zur direkten Interkonkktion bilde (Parteigutachten CRA, Rz. 76 f.).

Schliesslich greift das Parteigutachten CRA seine bereits dargelegte faktische Kritik auf und führt aus, aufgrund welcher drei Gründe ein kostenfreier und unbeschränkter Zugang auch konzeptionell untauglich sei, um die Grundlage einer Marktabgrenzung zu bilden. Zuerst sei es entgegen der Annahme der WEKO, wenig überraschend, dass die meisten AS im Rahmen der Branchenbefragung des BAKOM kostenpflichtige Transitleistungen nicht als Substitut für unbegrenztes kostenfreies Peering erachtet hätten. Unterschiede zwischen den üblicherweise erbrachten und bereits dargelegten nichtmonetären Gegenleistungen seien gar nicht berücksichtigt worden, weshalb die Branchenbefragung des BAKOM bereits methodisch nicht geeignet sei, Aufschluss über eine Marktabgrenzung zu geben. Allgemein müsse festgestellt werden, dass immer, wenn die Möglichkeit bestünde, dieselbe Leistung ohne weitere Bedingungen zu einem geringeren anstelle eines höheren Preises zu beziehen, es irrational wäre, den höheren Preis zu bezahlen. Die Argumentation der WEKO, einen separaten Markt abzugrenzen, da ein anderer Preis für dasselbe Produkt bezahlt werde, liefe gemäss den Autoren des Parteigutachtens CRA somit darauf hinaus, keinerlei



Preisdispersion innerhalb von Märkten zu gestatten. Wann immer ein Produkt zu verschiedenen Preisen gehandelt würde, müssten dieser Logik zufolge unterschiedliche Märkte für die unterschiedlichen Kunden abgegrenzt werden. Die Autoren des Parteigutachtens CRA weisen explizit darauf hin, dass ihre Kritik nicht als Polemik missverstanden werden solle und ergänzen, dass die blossе Unterschiedlichkeit von Preisen innerhalb eines Marktes sicherlich ein zu enges Kriterium sei. Die Berücksichtigung von Preisunterschieden bei der Marktabgrenzung sei insbesondere dann geboten, wenn es zugleich Qualitätsunterschiede gibt beziehungsweise zu berücksichtigen sei, ob die Preisunterschiede in angemessener Weise die Qualitätsunterschiede widerspiegeln oder nicht (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 79 ff.). Zweitens wird konkludiert, dass der Preis eines Produkts ein Ergebnis des Zusammentreffens von Angebot und Nachfrage auf einem Markt und keine Voraussetzung für die Abgrenzung des Marktes sei. Es wäre widersinnig, der Definition eines Marktes ein fixiertes Preisniveau zugrunde zu legen, wie dies im Rahmen des WEKO-Gutachtens geschehe (Parteigutachten CRA, Rz. 86 f.). Schliesslich weisen die Autoren des Parteigutachtens CRA darauf hin, dass nichtmonetäre Gegenleistungen auch in konzeptioneller Hinsicht zwingend in eine (Teil-)Marktabgrenzung unter Berücksichtigung von Preisniveaus einzufließen haben. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass unterschiedliche monetäre Preise für dieselbe Leistung ursächlich auf Unterschiede in der erbrachten nichtmonetären Gegenleistung zurückzuführen seien (Parteigutachten CRA, Rz. 88 ff.).

Als Gesamtfazit der faktischen und konzeptionellen Würdigung der Marktabgrenzung im Rahmen des WEKO-Gutachtens vom 25. Oktober 2021 kommen die Autoren des Parteigutachtens CRA zum Schluss, dass die Marktabgrenzung infolge eines Zirkelschlusses als unlogisch zu verwerfen sei. In einem ersten Schritt sei argumentiert worden, die unterschiedlichen Preisniveaus gegenüber den Peeringpartner der DTAG und anderen ISP würden die Abgrenzung separater Märkte rechtfertigen, weil eine Substitution des «Gratis-Produkts» durch ein Produkt mit positivem Preis nicht möglich wäre. In einem zweiten Schritt würde sodann suggeriert, in demjenigen Markt mit den höheren Preisen müsste der Preis aus dem anderen Markt regulatorisch durchgesetzt werden (Parteigutachten CRA, Rz. 91 f.).

Im zweiten Hauptteil ihrer Ausführungen stellen die Autoren des Parteigutachtens CRA die Beurteilung der Marktstellung der Gesuchsgegnerin durch die WEKO in Frage. Einleitend wird aus dem WEKO-Gutachten zitiert, dass ein Unternehmen dann als marktbeherrschend anzusehen sei, wenn es sich «gegenüber Wettbewerbern, Anbietern oder Nachfragern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann». Da kein ISP vom Zugang zum Netz der Gesuchsgegnerin ausgeschlossen werden beziehungsweise werden könne, da stets die Möglichkeit einer indirekten Interkonnektion bestehe, gehe es dabei in erster Linie um «Unabhängigkeit» in der Preissetzung für direkte Interkonnektion. Anschliessend fassen die Autoren des Parteigutachtens CRA sowohl die aus ihrer Sicht im Gutachten der WEKO verfolgte Argumentationskette als auch die in den nachfolgenden Unterkapiteln erörterten Gegenargumente zusammen. Unter anderem sei die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin unhaltbar, da das WEKO-Gutachten zwar einerseits anerkenne, dass die Verhandlungsmacht für direkte Interkonnektion durch alternative Verbin-



dungen der ISP beschränkt sei, in der Folge aber alle derartigen Alternativen ausser direktes Peering mit der DTAG ignoriert würden. Diese Sichtweise basiere auf der fehlerhaften, inkonsistenten und bereits widerlegten Annahme, indirekte Interkonnektion wäre kein relevantes Substitut für direkte Interkonnektion. Tatsächlich würden unterschiedliche Verhandlungsalternativen unterschiedliche Zugangskonditionen bei funktionierendem Wettbewerb rechtfertigen. Unterschiedliche Verhandlungspositionen seien dabei nicht darauf zurückzuführen, dass die Gesuchsgegnerin den behaupteten Disziplinierungsmechanismus durch eine angeblich marktunübliche Doppelvereinbarung mit der DTAG gegenüber einigen ISP «ausgeschaltet» hätte, sondern würden auf unterschiedlichen Alternativen zur indirekten Abwicklung des gemeinsamen Datenverkehrs beruhen. Unterschiede in den Möglichkeiten alternativer indirekter Interkonnektion würden dabei nicht auf einer Marktmacht der Gesuchsgegnerin, sondern auf Unterschieden in der Netzwerkinfrastruktur verschiedener ISP basieren, die wiederum ein Ergebnis ihrer vorab getätigten Investitionen seien (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 95 ff.).

Im Detail wird ausgeführt, dass sich die Zugangskonditionen für direkte Interkonnektion zwischen ISP aus deren bilateralen Verhandlungen ergäben und im Wesentlichen davon abhängen würden, welche «nächstbesten» Alternativen den beteiligten ISP jeweils für das Routing des Datenverkehrs zur Verfügung stünden. Nach einer Aufzählung der im WEKO-Gutachten angeführten Wettbewerbsverhältnisse, wird unter anderem die soeben zitierte Aussage als korrekt bestätigt und ergänzt, dass auch die Gesuchsgegnerin in Verhandlungen über direkte Interkonnektion beschränkt sei. Dies gelte gegenüber allen ISP und nicht nur gegenüber jenen ISP, die Peeringpartner der DTAG seien. Unterscheiden würden sich lediglich die jeweils nächstbesten Alternativen zur direkten Interkonnektion. Sofern die den verhandelnden ISP jeweils zur Verfügung stehenden Alternativen zur direkten Interkonnektion, wettbewerblich zustande gekommen seien, ergäbe sich aus deren blossen Unterschiedlichkeit und den daraus resultierenden Unterschieden in den Zugangskonditionen keineswegs eine Wettbewerbsbeschränkung. Dies würde die WEKO zwar grundsätzlich anerkennen, in Bezug auf die Gesuchsgegnerin jedoch von dieser Prämisse abweichen. Weiter sei die Argumentation der WEKO unschlüssig, die Verhandlungsposition eines ISP hänge von der Möglichkeit ab, «den Zugang zu seinem Netz einzuschränken». Diese Betrachtungsweise widerspräche den Marktrealitäten beziehungsweise bestünde für einen ISP kein Anlass zu einem derartigen Ansinnen. Abschliessend verweisen die Autoren des Parteigutachtens CRA auf einzelne auch aus ihrer Sicht korrekte Feststellungen der WEKO, welche jedoch, wie bereits dargelegt, im Widerspruch zur Marktabgrenzung der WEKO stünden (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 98 ff.).

Weiter lege die WEKO in Form des Disziplinierungsmechanismus ein unverhältnismässiges Gewicht auf einen einzigen Spezialfall nächstbesten Alternativen anderer ISP, die am Peering mit der Gesuchsgegnerin interessiert seien. Nur diese eine Alternative werde von der WEKO als wettbewerblich angesehen. Sollte einem ISP diese Alternative der Dateneinleitung über einen Transitanbieter der Gesuchsgegnerin nicht zur Verfügung stehen, so suggeriere das WEKO-Gutachten, die Gesuchsgegnerin hätte diesen Mechanismus in einem ansonsten wettbewerblichen Markt durch Missbrauch ihrer Marktmacht «ausgeschaltet».



Diese Sichtweise erstaune umso mehr, je genauer man sich die Funktionsweise des behaupteten Disziplinierungsmechanismus vergegenwärtige. Als Fazit hiervon werde ganz offensichtlich mit zweierlei Mass gemessen. Akzeptiere man die im WEKO-Gutachten gemachten Prämissen wettbewerblich zustandegekommener Peeringvereinbarungen aller anderer ISP und wettbewerblich zustandegekommener Transitvereinbarungen der Gesuchsgegnerin, so sei unverständlich, weshalb ausgerechnet die Peeringvereinbarung der Gesuchsgegnerin mit ihrem Transitanbieter DTAG nicht ebenfalls wettbewerblich zustande gekommen sein sollte. In anderen Worten ausgedrückt, sei nicht nachvollziehbar, weshalb es Ausdruck von Wettbewerb und dem freien Spiel der Marktkräfte sei, wenn die nächstbesten Alternativen in der Verhandlung über direkte Interkonnektion zu einem Nachteil der Gesuchsgegnerin und zu einem Vorteil des gegenüberstehenden ISP führe; es zugleich aber Ausdruck von Marktmacht und Missbrauch sei, wenn der umgekehrte Fall eintrete. In beiden Konstellationen nutze ein ISP die Marktstellung eines Tier-1-Peeringpartners zu seinem eigenen Vorteil in den Verhandlungen mit einem Dritten. Die gesamte Logik und Argumentation im WEKO-Gutachten funktioniere in umgekehrter Richtung exakt genauso. Die Gesuchstellerin kontrolliere den Anschluss zu einigen Contentanbietern und die Gesuchsgegnerin sei darauf angewiesen, ihren Endkunden Zugang zu diesen Inhalten zu ermöglichen und benötige somit eine Interkonnektion mit der Gesuchstellerin. Wäre die Gesuchstellerin Transitkunde der DTAG, so könnte die Gesuchsgegnerin diese Monopolmacht der Gesuchstellerin dadurch aushebeln, eine indirekte Verbindung über ihren Peeringpartner DTAG herzustellen, was vorteilhaft für die Gesuchsgegnerin und nachteilig für die Gesuchstellerin wäre. Schliesslich wird betont, dass die Verhandlungen zwischen Tier-2-ISP untereinander oder zwischen Tier-2 und Tier-3-ISP massgeblich durch deren vertragliche Beziehungen mit den deutlich marktmächtigeren Tier-1-ISP bestimmt würden und somit in erster Linie ein Ergebnis der herausragenden Marktstellung der Tier-1-ISP und weniger ein Ergebnis der eigenen Marktstellung seien. Schlussendlich stelle die Fokussierung der WEKO auf den Disziplinierungsmechanismus eine völlig verengte Betrachtungsweise der tatsächlichen Marktverhältnisse dar, welche im Übrigen auch nicht (mehr) aufgrund des realen Datenverkehrs zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG gerechtfertigt erscheine (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 104 ff.).

Zudem kommt das Parteigutachten CRA zum Schluss, dass die WEKO zwar die aus ihrer Sicht unübliche Doppelnatur der Interkonnektionsvereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG eingehend darlege, jedoch vollkommen ignoriere, dass die Verhandlungsposition der Gesuchsgegnerin gegenüber anderen ISP niemals von der Kombination der beiden Vereinbarungen abhängt. Korrekterweise würde die Verhandlungsposition der Gesuchsgegnerin gegenüber anderen ISP immer nur von einem der Verträge zwischen ihr und der DTAG und von der Vertragsbeziehung des anderen ISP mit der DTAG abhängen. Die Gesuchsgegnerin erläutert anschliessend, weshalb dies auf ISP in beiden im WEKO-Gutachten abgegrenzten Teilmärkten zutrefte. Fazit hiervon sei im Sinne eines zentralen konzeptionellen Fehlers, dass die WEKO in ihrer Beurteilung der Marktstellung stets davon ausgehe, ohne «unübliche» Doppelvereinbarung würde lediglich ein Transit- aber kein Peeringabkommen zwischen den beiden bestehen. Die Autoren des Parteigutachtens CRA gehen in der Folge jedoch davon aus, dass dies faktisch genau umgekehrt sein müsste und



lediglich ein Peeringabkommen zwischen den beiden bestehen würde. Grund sei, dass bereits jetzt deutlich mehr Datenverkehr über die Peeringvereinbarung abgewickelt werde und zudem verfüge die Gesuchsgegnerin mit Cogent bereits über einen Transitanbieter, der den Zugang zum gesamten Internet bereitstellen könne (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 115 ff.).

In ihrem letzten Abschnitt zur Marktstellung der Gesuchsgegnerin schlussfolgern die Autoren des Parteigutachtens CRA, der Umstand, dass verschiedene ISP unterschiedlich attraktive nächstbeste Alternativen zur direkten Interkonnektion der Gesuchsgegnerin hätten, sei nicht auf die angebliche Marktmacht der Gesuchsgegnerin, sondern auf Unterschiede in ihrer jeweiligen Netzwerkinfrastruktur zurückzuführen. Jene ISP, die umfassendere Investitionen in die Netzwerkinfrastruktur tätigen, seien in der Lage, grössere Datenmengen über weitere Distanzen zu mehr Endkunden und zu mehr ISP zu transportieren, was im Endeffekt ihre Attraktivität als Interkonnektionspartner steigern. Die WEKO berücksichtige diese Logik grundsätzlich in ihrem Gutachten, würde jedoch exakt in Bezug auf das im selben Rahmen zustandegekommene Peeringabkommen zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG nicht darlegen, weshalb dieses von den allgemeinen Marktmechanismen abweichen sollte und seine üblichen und erwartbaren Effekte auf Verhandlungen mit anderen ISP wettbewerbswidrig wären (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 123 ff.).

Als Gesamtfazit ihrer Würdigung der Marktstellung der Gesuchsgegnerin im Rahmen des WEKO-Gutachtens vom 25. Oktober 2021 kommen die Autoren des Parteigutachtens CRA zum Schluss, dass insgesamt keine Anhaltspunkte für eine Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin auf dem Markt für Internet-Interkonnektion bestünden. Insbesondere wäre dies auch nicht der Fall, wenn dieser Markt auf den Zugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin begrenzt würde (Parteigutachten CRA, Rz. 128).

3.2.5.4 Schlussbemerkungen der Gesuchstellerin vom 13. November 2023

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass sich die Gesuchstellerin im Rahmen ihrer Schlussbemerkungen vom 13. November 2023 nicht erneut zum Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021 beziehungsweise dem in Frage stehenden relevanten Markt oder der Marktstellung der Gesuchsgegnerin geäußert hat.

3.2.5.5 Ergänzende Stellungnahme der WEKO vom 15. Januar 2024

Da die Schlussbemerkungen der Gesuchsgegnerin vom 31. Oktober 2023 beziehungsweise das Parteigutachten CRA vom 22. Juni 2023 in zentralen Punkten dem Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021 widerspricht, hat diese auf Ersuchen des BAKOM hin, mittels Eingabe vom 15. Januar 2024 in Ergänzung ihres Gutachtens Stellung zum Parteigutachten CRA genommen. Sie wiederholt einleitend unter dem Titel «Ausgangslage» die wichtigsten Erkenntnisse ihres bezeichneten Gutachtens (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 1 ff.) und bekräftigt unter separatem Titel ihre gezogenen Schlussfolgerungen zur Marktstellung der Gesuchsgegnerin (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 12 ff.).

Konkret zu den Vorbringen der Autoren des Parteigutachtens CRA im Rahmen deren faktischen Würdigung der Marktabgrenzung hält die WEKO fest, dass sie nie behauptet habe,



die Gesuchsgegnerin würde gegenüber ihren Endkunden eine Monopolstellung einnehmen und dies entsprechend auch nicht Grundlage ihrer Beurteilung bildete. Weiter sei auch das Vorbringen, dass der Versuch einer Qualitätsverschlechterung zur Substitution des Internetzugangs der Gesuchsgegnerin durch viele Kunden führen würde, eine unbelegte Behauptung. Aus dem bereits aktenkundigen Beispiel von Zattoo gehe das Gegenteil hervor. Die bewusste Qualitätsverschlechterung durch die Gesuchsgegnerin habe nicht zu einer Abwanderung ihrer Internetkunden, sondern einer Vertragskündigung von Zattoo mit der Gesuchstellerin und einem Wechsel zur Gesuchsgegnerin geführt (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 25 f.). Das Vorbringen, dass ein Grossteil des Datenverkehrs über indirekte Verbindungen ablaufe, sei vorliegend nicht massgeblich. Im Übrigen habe die WEKO ebenfalls festgehalten, dass in rein qualitativer Hinsicht bestimmte indirekte Netzzugänge ein Substitut zu direktem Netzzugang darstellen können. Die Beurteilung der Substituierbarkeit von Alternativen hätte jedoch qualitative und preisliche Aspekte miteinzubeziehen (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 27). Anschliessend nimmt die WEKO Stellung zu den Vorbringen, Zero Settlement Peering sei nicht kostenfrei beziehungsweise Datenverkehr von Eyeballs zu Contentanbietern würde nicht dieselben Kosten verursachen, wie der tatsächliche Datenverkehr in umgekehrter Richtung. Gemäss WEKO sei nicht die Fliessrichtung des Datenverkehrs, sondern das Datenaufkommen ursächlich für unterschiedliche Kosten. Letzteres im Übrigen unabhängig der Fliessrichtung der Daten. Entsprechend könnten die Autoren des Parteigutachtens CRA keine aus der Fliessrichtung folgende Erkenntnisse zu ihren Gunsten ableiten. Auch sei die Initiierung des Datentransfers nicht als Grund für eine behauptete Notwendigkeit einer Transferzahlung heranzuziehen. Es seien stets die Eyeballs, welche durch den Aufruf einer Webseite den entsprechenden Datenverkehr von einem Contentanbieter zum Eyeball initiieren. Umgekehrt würden Contentanbieter ohne Initiierung durch die Eyeballs keine grossen Datenmengen in ein fremdes Netz übersenden. Im Übrigen führt die WEKO aus, dass dem Internetzugang ein gänzlich anderes Geschäftsmodell zugrundeliege als der Telefonie. Transferzahlungen seien in letzterem denkbar, im Rahmen des Internetzugangs bestünde hierfür jedoch kein Raum, da bereits alle Netzkosten durch die Nutzer des jeweiligen Netzes bis zum Übergabepunkt abgegolten würden. Transferzahlungen würden vielmehr den Wettbewerb zwischen einzelnen FDA verzerren. Die WEKO hält folglich daran fest, dass primär die Verhandlungsmacht eines AS, welches ein Entgelt für den über eine Peeringvereinbarung abgewickelten Datenverkehr verlangt, ursächlich für eine Bepreisung sei (vgl. zum Ganzen Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 28 ff.). Das Vorbringen, die Nichtdurchsetzung der Ratio habe keinen unbegrenzten Gratiszugang zur Folge beziehungsweise es würden nichtmonetäre Leistungen berücksichtigt, wertet die WEKO als Schutzbehauptung. Vielmehr stünde Tier-1-Anbietern die Disziplinierungsmöglichkeit als Peeringpartner des Transitanbieters der Gesuchsgegnerin offen und letztere könne daher ein kostenpflichtiges Peering gerade nicht gegenüber Tier-1-Anbietern durchsetzen (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 35). Schliesslich korrigiert die WEKO die Prämisse der Autoren des Parteigutachtens CRA dahingehend, dass die indirekte Anbindung im Rahmen des Disziplinierungsmechanismus zwar Kosten für die Gesuchsgegnerin generiere, jedoch keine beziehungsweise nur eine untergeordnete Rolle für die Funktionsweise des Mechanismus spiele, ob diese indirekte Anbindung besonders günstig sei oder nicht. Korrekt sei, dass eine Disziplinierungsmöglichkeit über Cogent grundsätzlich offen stünde



aber nicht genutzt werde. Gründe hierfür seien von der WEKO nicht untersucht beziehungsweise entsprechende Unterlagen auch nicht zur Verfügung gestellt worden. Im Rahmen einer logischen Analyse kommt die WEKO jedoch zum Schluss, dass im Sinne einer rational unternehmerischen Überlegung ausgeschlossen werden könne, dass Nachfrager nach einer Zero Settlement Peering-Vereinbarung lediglich aus dem Grund auf den Disziplinierungsmechanismus verzichten, weil sie keine Zero Settlement Peering-Vereinbarung abschliessen wollen. Dies würde ein in sich widersprüchliches Verhalten darstellen. Aus der Tatsache, dass die Transitvereinbarung von Cogent kaum genutzt werde, folge demnach, dass diese als Disziplinierungsmechanismus effektiv nicht zur Verfügung stehe. Die WEKO hält zu einem weiteren Vorbringen im Parteigutachten CRA abschliessend fest, dass bereits aus der Branchenbefragung des BAKOM hervorgehe, dass Transit bei einem Peeringpartner der DTAG qualitativ nicht in Frage komme (vgl. zum Ganzen Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 36 ff.).

Zur konzeptionellen Würdigung der Marktabgrenzung hält die WEKO als erstes fest, dass das Vorbringen der Autoren des Parteigutachtens CRA, die Stellung von ISP in Bezug auf Endkunden sei kein Spezifikum der Gesuchsgegnerin, weshalb die Abgrenzung eines Marktes für sämtliche Tier-1-Eyeballnetze notwendig werde, falsch sei. Vorliegend sei vielmehr die Marktstellung der Gesuchsgegnerin und nicht jene anderer Tier-1-Eyeballnetze zu beurteilen. Weiter liege zwischen einzelnen Kunden auch keine Austauschbeziehung vor und eine indirekte Verbindung zum Zugang zu den Kunden der Gesuchsgegnerin mittels unbeschränkter Zero Settlement Peering-Vereinbarung stelle aus ökonomischen Gründen kein Substitut dar (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 40). Entgegen den Behauptungen im Parteigutachten CRA stelle der Disziplinierungsmechanismus für einen dauerhaften Datenaustausch keine nächstbeste Option zu einem kostenlosen und unbegrenzten direkten Peering dar (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 41). Weiter sei auch die Unterstellung falsch, die WEKO habe ihre Marktabgrenzung nach der Logik vorgenommen, unterschiedliche Märkte seien abzugrenzen, wann immer ein Produkt zu verschiedenen Preisen gehandelt werde. Preisunterschiede seien für eine Marktabgrenzung relevant, da sie zu einem Substitutionsverhalten führen würden, was auch exakt aus der lapidaren Behauptung der Autoren des Parteigutachtens CRA, Kunden würden günstigere Preise für ein identisches angebotenes Produkt immer vorziehen, hervorgehe. Für eine Marktabgrenzung sei vielmehr umgekehrt relevant, ob eine kleine aber signifikante Preiserhöhung zu einem Wechsel der Kunden auf ein Substitut führe. Die Einführung von Paid-Peering durch die Gesuchsgegnerin habe nicht zu einem Kundenwechsel auf alternative Transitprodukte geführt, was die Nichtsubstituierbarkeit von Peering durch eine indirekte Verbindung beziehungsweise fehlende reale Ausweichmöglichkeiten von AS belege (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 42). Sowohl die Ausführung, Preise seien Ergebnis von Angebot und Nachfrage und nicht Voraussetzung einer Marktabgrenzung als auch die Wiederholung der behaupteten Relevanz nichtmonetärer Gegenleistungen unter Zuhilfenahme einer Analogie zu einem Seefracht-konsortium gehe fehl (Stellungnahme WEKO 2024, 44 f.). Schliesslich hätte die im Parteigutachten CRA entwickelte Logik lediglich zur Folge, dass jene Kunden, welchen keine Ausweich- beziehungsweise Disziplinierungsmöglichkeiten offenstehen (vgl. soeben Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 42), einem marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber-



stunden und damit den höheren Preis zu bezahlen hätten, während Unternehmen, die aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Ausweich- beziehungsweise Disziplinierungsmöglichkeiten lediglich den Wettbewerbspreis zu bezahlen hätten, welcher im Falle eines kostenfreien unbegrenzten Peering eben bei null liege (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 46).

Den Vorbringen zur Beurteilung der Marktstellung durch das Parteigutachten CRA hält die WEKO einleitend entgegen, dass erneut (vgl. Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 41) fälschlicherweise behauptet werde, ein kostenpflichtiger indirekter Zugang stelle die nächstbeste Alternative beziehungsweise ein Substitut zu einem direkten kostenpflichtigen Zugang dar. Dasselbe gelte für das Vorbringen, der Disziplinierungsmechanismus stelle einen Spezialfall einer Alternative dar (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 47 f.). Entgegen der Ansicht der Autoren des Parteigutachtens CRA stehe der Disziplinierungsmechanismus nur deshalb ausschliesslich Peeringpartnern der DTAG und nicht allen FDA zur Verfügung, weil die Gesuchsgegnerin mit der DTAG entsprechende Verträge geschlossen habe. Auch würde die WEKO nicht mit zweierlei Mass rechnen. Das Parteigutachten CRA basiere seine Ausführungen wenig stichhaltig auf dieser Behauptung, fokussiere übermässig auf die Peeringvereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG und blende die Transitvereinbarung und den Disziplinierungsmechanismus zwischen denselben Parteien aus. Die Argumentation, wonach die Gesuchsgegnerin aufgrund der nicht marktüblichen Vertragskombination an den Transiteinnahmen der DTAG mitverdienen würde und es daher für die Gesuchsgegnerin sinnvoll sei, gegenüber anderen Peeringpartnern ein kostenpflichtiges Peering durchzusetzen, sei gesamtwirtschaftlich betrachtet stossend. Sinngemäss würde dies lediglich zu legitimieren versuchen, dass die Gesuchsgegnerin ihre marktbeherrschende Stellung ohne Gegenleistung ausnutze, um gegenüber einem Teil ihrer Peeringpartner höhere Preise durchzusetzen (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 49 ff.). Irrelevant sei auch das Vorbringen, dass je nach AS immer nur einer der beiden zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG geschlossenen Verträge zur Anwendung komme. Tier-2 und Tier-3-Anbieter seien gerade nicht weltweit tätig und daher anders als Tier-1-Anbieter stets auf Transitwege angewiesen. Exakt diese Tatsache könnten sich AS zunutze machen, um ein anderes AS zu unbegrenztem kostenfreien Peering zu bewegen und damit disziplinierend auf dieses AS einzuwirken. Für die erneute Behauptung eines alternativen Disziplinierungsmechanismus in Verbindung mit Cogent verweist die WEKO auf bereits gemachte Ausführungen (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 52 ff., Rz. 37). Schliesslich würden die Autoren des Parteigutachtens CRA unbegründet und vorliegend irrelevant ausführen, Investitionen in die Netzqualität und nicht die Vertragsgestaltung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG wären ursächlich für die Einführung von Paid Peering inklusive einer Ratio-Beschränkung durch die Gesuchsgegnerin (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 55).

In Einklang mit der Anmerkung unter Ziff. 3.2.5.3.1 wird auf eine Zusammenfassung der Stellungnahme der WEKO zu den Ausführungen des Parteigutachtens CRA zu behaupteten adversen Effekten verzichtet. Die ComCom geht in Ziff. 3.3.5 gesondert auf diese ein.

Als Gesamtfazit ihrer Stellungnahme zum Parteigutachten CRA vom 22. Juni 2023 hält die WEKO fest, dass die Vorbringen der Autoren weder geeignet seien, die von der WEKO im



Aktenzeichen: OS 41-00017

Gutachten vom 25. Oktober 2021 vorgenommene Beurteilung der Marktstellung der Gesuchsgegnerin, noch die Anmerkungen zum wirksamen Wettbewerb in Frage zu stellen. Die WEKO hält vollumfänglich am Gutachten vom 25. Oktober 2021 fest (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 69 f.).

3.2.5.6 Schlussbemerkungen der Gesuchsgegnerin vom 7. März 2024

Mit Instruktionsschreiben vom 25. Januar 2024 hat das BAKOM den Verfahrensparteien die das Gutachten der WEKO ergänzende Stellungnahme vom 15. Januar 2024 zugestellt und diese zu Schlussbemerkungen zur Frage der marktbeherrschenden Stellung eingeladen. Die Gesuchsgegnerin lässt sich mit Eingabe vom 7. März 2024 entsprechend vernehmen.

Aus Sicht der Gesuchsgegnerin ändere die ergänzende Stellungnahme der WEKO vom 15. Januar 2024 nichts an der Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin auch für die Zeit ab Oktober 2015 über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Insbesondere setze sich die WEKO nur höchst oberflächlich mit dem fundierten Gutachten der CRA auseinander. Weder die das Gutachten der WEKO ergänzende Stellungnahme vom 15. Januar 2024 noch deren Gutachten vom 25. Oktober 2021 seien als Entscheidungsgrundlage im vorliegenden Verfahren geeignet. Darüber hinaus werte die WEKO das Gutachten der CRA als unbeachtliches Parteigutachten ab, weshalb sich die Gesuchsgegnerin gezwungen sah, eine entsprechende Replik der CRA verfassen zu lassen (Ziff. 3.2.5.6.1). Zudem nimmt sie selber weitere Anmerkungen zum Gutachten und zur Stellungnahme der WEKO vor (Schlussbemerkungen GG März 2024, Rz. 1 ff.).

Die unter Ziff. 3.2.5.5 nicht separat aufgeführten Wiederholungen der aus Sicht der WEKO wichtigsten Erkenntnisse ihres Gutachtens und die Schlussfolgerungen zur Marktstellung der Gesuchsgegnerin kommentiert die Gesuchsgegnerin punktuell. Peering verursache immer Kosten und es würde nur nichts verrechnet, wenn sich Kosten und Nutzen in einem für die Parteien vergleichbaren Rahmen bewegen. Weiter vertrete die WEKO in Rz. 10 ihrer Stellungnahme ein undifferenziertes, theoretisches und realitätsfremdes (Markt-)Verständnis, welches die Heterogenität der Marktteilnehmer mit deren unterschiedlichen Voraussetzungen, Interessen und Zielsetzungen ausblende. Insbesondere würde auch nicht berücksichtigt, dass zusätzlicher Datenträffic für einzelne Marktteilnehmer zu zusätzlichen Kosten und für andere zu zusätzlichem Umsatz führe. Weiter könne kostenfreies unlimitiertes Peering nicht Ausgangspunkt der Marktabgrenzung sein. Schon die ursprüngliche Peeringvereinbarung zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin sei an (marktübliche) Bedingungen wie ein maximales Austauschverhältnis geknüpft worden. Auch würde die WEKO einzig auf Disziplinierungsaspekte fokussieren und ebenfalls für das Kosten-Nutzen-Verhältnis relevante Aspekte wie die Ratio, Ort und Anzahl Übergabepunkte oder Netzinvestitionen nicht berücksichtigen (Schlussbemerkungen GG März 2024, Rz. 5 ff.).

In Bezug auf die konkrete Stellungnahme der WEKO zur faktischen Würdigung der Markt-abgrenzung im Parteigutachten CRA hält die Gesuchsgegnerin als erstes und entgegen der WEKO fest, aus der Endkundenbefragung folge, dass Kunden Qualitätsprobleme zuerst ihrem Internetanbieter anlasten würden und eher bereit seien diesen, als den genutzten



Dienst zu wechseln (Schlussbemerkungen GG März 2024, Rz. 9). Im Rahmen der Beurteilung der Substituierbarkeit einer Alternative würde die WEKO preisliche Aspekte mit «kostenfrei» gleichsetzen und als notwendige Bedingung verlangen; bei der Gesuchsgegnerin anfallende Kosten würde sie als wettbewerblich ansehen, während im umgekehrten Fall auf eine marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin geschlossen würde und von der WEKO aufgrund preislicher oder qualitativer Aspekte ausgeschlossene Alternativen würden im realen Markt rege genutzt. Weiter sei die Ansicht der WEKO, dass zwischen der Fliessrichtung von Daten und Kosten kein Zusammenhang bestehe beziehungsweise Endkunden den Verkehr verursachen, einseitig und unrichtig. Anreize, weshalb Datenverkehr und deren Kosten entstehen, seien viel relevanter. Beispielsweise bedeute mehr Verkehr für CAP auch mehr Umsatz. Demgegenüber hätten ISP ohne Bepreisung keine Möglichkeit CAP zu einem schonenden und effizienten Ressourcenumgang zu bewegen. Am Vergleich mit INA-Mehrwertdiensten wird festgehalten. Anders als die WEKO, welche das Argument der Gesuchsgegnerin beziehungsweise des Gutachtens CRA, nicht monetäre Gegenleistungen zu berücksichtigen, als Schutzbehauptung qualifiziert hat, bekräftigt die Gesuchsgegnerin, dass Peering mit einem Tier-1-AS einen realen Nettonutzen für sie bedeute, währendem ein relevanter Gegenwert im Falle eines Zero Settlement Peerings mit der Gesuchstellerin fehle. Die faktische Nichtberücksichtigung der Alternative Daten über Cogent zu leiten, entbehre jegliche sachliche Grundlage. Dass die WEKO die Alternative «Transit bei einem Peering Partner der DTAG» aus Qualitätsgründen ausschliesse, würde der Logik des Internets widersprechen und bedingen, dass zwei AS ihren Datenverkehr jeweils über denselben Tier-1 Anbieter leiten, um eine ausreichende Qualität sicherzustellen. Tier-1-AS müssten also immer den gleichen Transitanbieter haben oder sich zumindest diesbezüglich absprechen (Schlussbemerkungen GG März 2024, Rz. 9 ff.).

Zur Stellungnahme der WEKO zur konzeptionellen Würdigung der Marktabgrenzung im Parteigutachten CRA merkt die Gesuchsgegnerin sinngemäss an, die WEKO wende in Bezug auf die Bewertung der Gesuchsgegnerin andere Massstäbe an, als für andere Marktteilnehmer. Die Vorgehensweise der WEKO hätte bei konsequenter Anwendung eine Durchregulierung des Peeringmarktes zur Folge. Insbesondere liessen sich erst recht nicht alle Tier-1-AS und damit auch nicht Sunrise/Liberty Global, als grösster Konkurrent der Gesuchsgegnerin im Schweizer Markt, gemäss der Theorie der WEKO disziplinieren und müsste somit ebenfalls reguliert werden. Im Jahr 2021 sei es zwischen der Gesuchstellerin und Liberty Global zu einem Peeringstreit gekommen, welcher aufgrund einer Verletzung der Peering Policy von Liberty Global zu einem De-Peering von Init7 geführt habe. Interessanterweise habe die Gesuchstellerin in diesem Falle nicht den Rechtsweg eingeschlagen. Dieses Beispiel zeige, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um Spezifika der Gesuchsgegnerin gehe, sondern um Themen, die auch andere Marktakteure betreffe. Schliesslich sei die Ansicht der WEKO in deren Rz. 42 falsch und gründe erneut auf einem falschen Verständnis von Zero Settlement Peering. Das Peering mit der Gesuchstellerin sei nie kostenfrei, sondern an von der Gesuchstellerin nicht eingehaltenen Auflagen gebunden gewesen (Schlussbemerkungen GG März 2024, Rz. 16 f.).

Die weiteren konkreten Stellungnahmen betreffen die behaupteten adversen Effekte einer Zugangsregulierung, weshalb mit Verweis auf die entsprechende Anmerkung unter



Ziff. 3.2.5.3.1 auf eine weitergehende Zusammenfassung verzichtet wird. Eine gesonderte Stellungnahme der ComCom folgt unter Ziff. 3.3.5.

Die Gesuchsgegnerin fasst die aufgeführten Einzelargumente nachfolgend erneut thematisch gegliedert zusammen. Da sich daraus keine neuen oder spezifisch ausgeführten Argumente ergeben, erübrigt sich eine entsprechende Wiederholung.

3.2.5.6.1 Replik der Charles River Associates vom 6. März 2024

Die Autoren der Replik CRA bemängeln ebenfalls, dass sich die WEKO kaum mit den Argumenten des Parteigutachtens CRA in deren relevantem Zusammenhang auseinandersetze beziehungsweise diese nicht präzise wiedergebe. Um mögliche Missverständnisse der im Rahmen des Parteigutachtens CRA vorgebrachten Argumente auszuräumen, würden entsprechend fünf zentrale Kernannahmen präsentiert, welche aus Sicht der Autoren der Replik CRA den falschen Schlussfolgerungen der WEKO zugrundeliegen (Replik CRA, Rz. 2 f.). Erneut in Einklang mit der Anmerkung unter Ziff. 3.2.5.3.1 wird auf eine Zusammenfassung der fünften Kernannahme verzichtet, da sich diese auf die behaupteten adversen Effekte einer Zugangsregulierung bezieht. Die Autoren der Replik CRA weisen selber darauf hin, «dass die Untersuchung adverser Effekte [...] keine Auskunft über die Marktabgrenzung oder Marktstellung der [Gesuchsgegnerin] gibt». Die ComCom nimmt in Ziff. 3.3.5 gesondert Stellung.

Als erstes gehe die WEKO sowohl in ihrem Gutachten als auch der Stellungnahme davon aus, unbegrenztes Zero Settlement Peering wäre die übliche und wettbewerbliche Form direkter Interkonnektion zwischen Tier-2 und Tier-3-AS, sofern die entsprechenden Kosten geringer seien, als die andernfalls anfallenden Transitkosten. Ratio-Beschränkungen und Paid Peering im Falle stark asymmetrischen Datenverkehrs würden dagegen als unübliche, allenfalls neuere Erscheinungen qualifiziert, welche ihren Grund in der Ausschaltung üblicher, wettbewerblicher Mechanismen durch die Gesuchsgegnerin fänden. Die Autoren der Replik CRA wiederholen entsprechend die aus ihrer Sicht bereits im Parteigutachten CRA vorgebrachte Evidenz, weshalb Ratio-Beschränkungen und Paid Peering üblich und wettbewerblich sei. Diese Evidenz werde in der Stellungnahme der WEKO weder aufgegriffen, bestritten noch widerlegt. (Replik CRA, Rz. 4, 9 ff.).

Die WEKO gehe als nächstes von der Kernannahme aus, es sei der Gesuchsgegnerin gelungen, den üblichen wettbewerblichen Disziplinierungsmechanismus durch den Abschluss einer unüblichen Doppelvereinbarung mit DTAG auszuschalten und somit eine marktbeherrschende Stellung gegenüber jenen AS zu erlangen, die keine Peeringpartner der DTAG seien und deren Datenverkehr somit nicht unter die Transitvereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG falle. Zudem sei eine Disziplinierung der Gesuchsgegnerin über ihren Transitanbieter Cogent ausgeschlossen, da nur verhältnismässig geringe Datenvolumina über diese Verbindung abgewickelt würden. Demgegenüber halten die Autoren der Replik CRA fest, dass die Vereinbarungen zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG im Wettbewerb zustandegekommen beziehungsweise von DTAG aus freien Stück zum eigenen Vorteil abgeschlossen worden seien. Weiter würde der Umfang der tatsächlichen Nutzung der direkten Verbindung zwischen der Gesuchsgegnerin und Cogent keinen



Rückschluss darüber erlauben, ob sich diese Verbindung zur Nutzung im Sinne des Disziplinierungsmechanismus eigne. Tatsächlich stünde dieser der Gesuchstellerin in der beschriebenen Verbindung via Cogent offen und würde effektiv zu disziplinierenden Mehrkosten auf Seiten der Gesuchsgegnerin führen. Nicht die Folge sei jedoch das Verhandlungsergebnis eines unbegrenzten Zero Settlement Peering, sondern eine wettbewerbliche Ratiobeschränkung. Grund hierfür sei die verhältnismässig geringere Attraktivität des Disziplinierungsmechanismus für alle AS, die nicht Peeringpartner eines zur Disziplinierung nutzbaren Transitanbieters seien und gelte für die Gesuchstellerin losgelöst von der Doppelvereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG (Replik CRA, Rz. 5, 15 ff.).

Die WEKO gehe im Sinne der dritten Kernannahme davon aus, dass die Annahme stark asymmetrisch überschüssenden Inbound-Datenverkehrs keine Leistung darstelle und somit auch nicht zu vergüten sei. Dies folge daraus, dass die Kosten der Abwicklung von Datenverkehr unabhängig seiner Fließrichtung seien und somit keine etwaigen Kostennachteile des Inbound-Netzes zu kompensieren seien. Korrekterweise sei die Bepreisung asymmetrischen Inbound-Datenverkehrs durchaus marktüblich und widerspiegle das allgemeine Marktverständnis, dass die Annahme asymmetrischen Inbound-Datenverkehrs eine in der Regel entgeltpflichtige Leistung darstelle. Zwar seien die Kosten der Abwicklung von Datenverkehr in der Tat unabhängig von dessen Fließrichtung, jedoch erlaube eine starke Asymmetrie im Datenverkehr zuverlässige Rückschlüsse auf die Kundenstruktur der am Peering beteiligten AS, die wiederum Rückschlüsse auf die jeweiligen Kostenstrukturen erlaube. Stark asymmetrischer Datenverkehr verursache also keine asymmetrischen Kosten, spiegle aber existierende Kostenasymmetrien wider (Replik CRA, Rz. 6, 21 ff.).

Die vierte Kernannahme bilde die Auffassung der WEKO, dass der Disziplinierungsmechanismus keine nächstbeste Alternative zur direkten Interkonnektion darstelle. Dadurch würde die WEKO implizit aussagen, es wäre für die Wirkung des Disziplinierungsmechanismus unerheblich, ob beziehungsweise in welchem Umfang und zu welchen Konditionen es im Fall eines Scheiterns von Verhandlungen über direkte Interkonnektion tatsächlich zur angedrohten indirekten Einspeisung über den Transitanbieter des «verweigernden» AS käme. Insgesamt weise die WEKO die im Parteigutachten CRA formulierte Sichtweise zurück, dass alle Interkonnektionsvereinbarungen immer das Ergebnis bilateraler Verhandlungen unter Berücksichtigung der jeweiligen nächstbesten Alternativen der Parteien seien und die Verhandlung direkter Interkonnektion mit der Gesuchsgegnerin nur ein Spezialfall dieses allgemein wettbewerblichen Marktgeschehens sei. Stattdessen bestehe die WEKO auf einen eigens abzugrenzenden Markt für den direkten IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin. Die Autoren der Replik CRA kommen demgegenüber zum Schluss, dass diese fehlerhafte Betrachtungsweise analog auf alle anderen AS übertragbar wäre. Die aufgrund der Argumentation konsequenterweise vorzunehmende Marktabgrenzung wäre übertrieben eng und nicht zielführend zur Beantwortung der Frage einer möglichen Regulierung. Schliesslich folge aus den Annahmen der WEKO ein Spannungsverhältnis, da nur die Interkonnektionsvereinbarungen der Gesuchsgegnerin das Ergebnis angeblicher Marktbeherrschung wären, alle übrigen Vereinbarungen jedoch wettbewerblich entstanden seien (Replik CRA, Rz. 7, 28 ff.).



Aktenzeichen: OS 41-00017

Die Autoren der Replik CRA kommen wiederum zum abschliessenden Fazit, dass die von der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung nicht sachgerecht sei und deshalb weder aus dieser noch aus einem angeblich mangelnden Disziplinierungsmechanismus eine marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin abgeleitet werden könne (Replik CRA, Rz. 47).

3.2.5.7 Schlussbemerkungen der Gesuchstellerin vom 7. März 2024

Auch die Gesuchstellerin ist dem Instruktionsschreiben des BAKOM vom 25. Januar 2024 gefolgt und hat ihre Schlussbemerkungen zur Frage der marktbeherrschenden Stellung mit Schreiben vom 7. März 2024 eingereicht.

Die Gesuchstellerin hält an ihrer Beurteilung der Marktabgrenzung und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin fest und unterstützt demzufolge die Position der WEKO. Darüber hinaus verweist sie auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 und bekräftigt, dass bereits einmal die Position der WEKO zur Marktabgrenzung und Marktstellung der Gesuchsgegnerin gestützt wurde. Zudem erinnert sie daran, dass ein Abweichen von WEKO-Gutachten durch das BAKOM nur aus triftigen Gründen zulässig wäre (Schlussbemerkungen GS März 2024, Rz. 8 f.).

Konkret ergänzt sie, dass nicht bezweifelt werde, dass die Gesuchsgegnerin zur Zeit der Begutachtung einen nachfrageseitigen Transitvertrag mit Cogent unterhielt, der entsprechende Pfad via Cogent würde jedoch nicht als brauchbares Substitut für direktes Peering mit der Gesuchsgegnerin taugen. Grund hierfür sei, dass die Gesuchsgegnerin nur jene IP-Prefixe an Cogent propagiere, die sie für Businesskunden verwende und welche offensichtlich sensibler auf qualitative Mängel reagieren würden als Privatkunden. Es sei ein bewusster Entscheid, für Privatkunden Datenstau in Kauf zu nehmen. Wie die Gesuchstellerin bereits in ihrer Eingabe vom 4. Februar 2022 bezeichnet habe, sei bekannt, dass die Peeringkapazität zwischen Cogent und der DTAG seit Jahren nicht ausreichend bemessen sei und von DTAG auch nicht entsprechend angepasst würde (Schlussbemerkungen GS März 2024, Rz. 10 ff.). Weiter betont die Gesuchstellerin, dass die illegale Praxis beziehungsweise das Kartell zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG durch die Kombination am 27. Januar 2016 neuabgeschlossener Verträge unverfroren weitergeführt worden sei. Entsprechend hätte auch die zweite Vertragskonstellation eine Verletzung des Kartellrechts zur Folge (Schlussbemerkungen GS März 2024, Rz. 14 ff.). Zudem erfolge, anders als von der Gesuchsgegnerin behauptet, Peering auf der ganzen Welt fast ausschliesslich auf Zero Settlement-Basis. Auch unterhalte die Gesuchstellerin selber Peerings mit 750 Partnern, welche ausschliesslich auf Zero Settlement-Basis abgeschlossen worden seien (Schlussbemerkungen GS März 2024, Rz. 18).

Abschliessend betont die Gesuchstellerin, dass sie insgesamt die Darstellung der das Gutachten der WEKO ergänzenden Stellungnahme vom 15. Januar 2024 unterstütze. Für eine abweichende Beurteilung der Marktabgrenzung und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin bestehe im vorliegenden Verfahrensstadium kein Raum mehr (Schlussbemerkungen GS März 2024, Rz. 19, 21).



3.2.5.8 Gesamtfazit

Das nachfolgende Gesamtfazit beantwortet die Frage, ob die Gesuchsgegnerin auf dem vorliegend relevanten Markt auch nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG im Januar 2016 eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 11 FMG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG einnimmt. Die bereits in das Zwischenfazit (Ziff. 3.2.4.3) eingeflossenen Ausführungen der Parteien und dabei insbesondere jene der Gesuchsgegnerin, wurden nach den Stellungnahmen vom 4. Februar 2022 erneut markant ausgebaut und teilweise thematisch überschneidend präzisiert. Ähnlich dem Aufbau der Replik CRA ist die ComCom jedoch der Auffassung, dass sich die Kritik der Gesuchsgegnerin am Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021 auf einige zentrale Aussagen konzentrieren lässt, welche im Grundsatz bereits die erste Stellungnahme vom 4. Februar 2022 prägten (siehe Schlussbemerkungen GG Oktober 2023, Rz. 7; Replik CRA, Rz. 3).

Hervorzuheben ist, dass sich das BAKOM aufgrund der ausführlichen Kritik der Gesuchsgegnerin am Gutachten der WEKO im Rahmen der Schlussbemerkungen vom 31. Oktober 2023 und insbesondere dem beigelegten Parteigutachten CRA zu Recht im Sinne einer umfassenden Sachverhaltsabklärung veranlasst sah, die WEKO zu einer eigenständigen Stellungnahme einzuladen. Die anschliessende Kritik der Gesuchsgegnerin in den Schlussbemerkungen vom 7. März 2024 und auch der Replik CRA, die WEKO hätte sich nur «höchst oberflächlich mit dem fundierten Gutachten [...] [CRA] auseinander[gesetzt]» (Schlussbemerkungen GG März 2024, Rz. 1 ff.) ist unbegründet. Ob überhaupt eine über Art. 11a Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 47 KG hinausgehende Verpflichtung der WEKO zur gesonderten Stellungnahme bestand, müsste Gegenstand vorliegend vernachlässigbarer Rechtsabklärungen sein. Die ComCom erachtet die inhaltliche Länge und Substantiierung der Stellungnahme der WEKO als durchaus geeignet, um bewerten zu können, ob die Argumente der Parteien triftige Gründe darstellen, welche ein Abweichen vom Gutachten der WEKO rechtfertigen. Weshalb eine aus Sicht der Gesuchsgegnerin nicht stichhaltige Stellungnahme der WEKO eine eigenständige Replik der CRA erforderte, erschliesst sich der ComCom hingegen nicht.

Zudem wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die ComCom bei der Prüfung von Kritik am methodischen Vorgehen der WEKO Zurückhaltung aufzuerlegen hat.

Entgegen der Grundprämisse diverser Argumentationslinien der Gesuchsgegnerin, kann in einem Peeringverhältnis aus der Richtung der übersandten Datenpakete keine Kostenfolge abgeleitet werden (vgl. Ziff. 3.3). Den dahingehend mehrfach bekräftigten Ansichten der Gesuchstellerin und der WEKO wird gefolgt. Darüber hinaus schliesst sich die ComCom der Feststellung der WEKO an, dass die Initiierung von Datenverkehr gegenüber einem Contentanbieter stets von den Endkunden eines AS ausgeht. Der Behauptung der Autoren der Replik CRA, die Bepreisung asymmetrischen Inbound-Datenverkehrs sei durchaus marktüblich und widerspiegeln das allgemeine Marktverständnis, dass die Annahme asymmetrischen Inbound-Datenverkehrs eine in der Regel entgeltspflichtige Leistung darstelle, kann nicht gefolgt werden. Wie bereits im Zwischenfazit (Ziff. 3.2.4.3) ausgeführt, kann aus



der unternehmerischen Betrachtungsweise der Gesuchsgegnerin keine weitergehende Allgemeingültigkeit abgeleitet werden. Die Replik CRA scheint die einleitende Klarstellung der ComCom sogar zu bestätigen, indem sie festhält, dass «die Kosten der Abwicklung von Datenverkehr in der Tat unabhängig von dessen Fließrichtung [seien]». Die dennoch gezogene Schlussfolgerung, eine starke Asymmetrie im Datenverkehr würde zuverlässige Rückschlüsse auf die Kundenstruktur der am Peering beteiligten AS erlauben, woraus wiederum Rückschlüsse auf die jeweiligen Kostenstrukturen abzuleiten seien, ist vorliegend irrelevant und als Schutzbehauptung zu werten.

Mehrfach vorgebracht, aber im Parteigutachten CRA an einer Stelle zusammengefasst, wird kritisiert, dass die WEKO sich zu stark auf die blosse Unterschiedlichkeit von Preisen fokussiere und deshalb den relevanten Markt zu eng abgrenze. Preisunterschiede seien nur dann zu berücksichtigen, wenn zugleich Qualitätsunterschiede vorliegen beziehungsweise zu beurteilen sei, ob die Preisunterschiede die Qualitätsunterschiede angemessen widerspiegeln oder nicht. Weiter sei der Preis eines Produkts ein Ergebnis des Zusammenstreffens von Angebot und Nachfrage und keine Voraussetzung für die Abgrenzung des Marktes. Zudem wird behauptet, auch nichtmonetäre Gegenleistungen hätten in eine (Teil-)Marktabgrenzung unter Berücksichtigung von Preisniveaus einzufließen beziehungsweise erbringe ein ISP, welcher Inbound-Traffic von anderen ISP empfangt, nach allgemeinem Marktverständnis, eine Leistung, welche in Form einer gleichwertigen Sachleistung vergütet werde. Die WEKO hält dem unter anderem entgegen, Preisunterschiede seien für die Marktdefinition relevant, da sie zu einem Substitutionsverhalten führen, was auch aus der lapidaren Behauptung der Autoren des Parteigutachtens CRA, Kunden würden günstigere Preise für ein identisches Produkt immer vorziehen, hervorgehe. Die wahlweise Kritik der Gesuchsgegnerin an der Berücksichtigung des Preises oder der Qualität von Verbindungsalternativen vernachlässigt aus Sicht der ComCom deren situativ gebotene Anwendungsbereiche. Zudem stimmt die ComCom mit der WEKO überein, dass die Gesuchsgegnerin aus der Kritik, Preise seien Ergebnis von Angebot und Nachfrage und keine Voraussetzung einer Marktabgrenzung, nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Genauso geht der abermalige Verweis auf ein angeblich allgemeines Marktverständnis fehl, nichtmonetäre Gegenleistungen seien zu berücksichtigen. Dies stellt eine Umkehr notorischer Tatsachen dar. Relevant im Rahmen der Marktabgrenzung der WEKO ist, dass Zero Settlement Peering in der Regel deshalb kostenlos ist, weil beide Parteien und in casu auch die Endkunden der Gesuchsgegnerin klarerweise einen Nutzen aus diesem ziehen. Ob die Gesuchsgegnerin hingegen, wie in den Schlussbemerkungen vom 7. März 2024 behauptet, einen realen Nettonutzen aus einem Peering mit einem Tier-1-AS ableitet, ist im Rahmen der Marktabgrenzung der WEKO irrelevant. Genauso verfängt das Vorbringen in Bezug auf die Beurteilung der Marktstellung der Gesuchsgegnerin durch die WEKO nicht, Unterschiede in den Möglichkeiten alternativer indirekter Interkonnektion würden nicht auf einer Marktmacht der Gesuchsgegnerin, sondern auf Unterschieden in der Netzwerkinfrastruktur verschiedener ISP basieren, die wiederum ein Ergebnis ihrer vorab getätigten Investitionen seien. Dies stellt eine Schutzbehauptung dar und die ComCom folgt der Ansicht der WEKO, dass der Disziplinierungsmechanismus nur deshalb ausschliesslich Peeringpartnern der DTAG und nicht allen FDA zur Verfügung steht, weil die Gesuchsgegnerin mit der DTAG entsprechende Verträge geschlossen hat.



Weiter versucht die Gesuchsgegnerin beziehungsweise die CRA auf verschiedenste Arten zu begründen, weshalb Ratio-Beschränkungen, Paid Peering und indirekte Verbindungen im Gegensatz zu unbegrenztem Zero Settlement Peering üblich und wettbewerblich seien. Es ist allgemein bekannt, dass Peering weltweit nahezu ausnahmslos auf der Basis von Zero Settlement Vereinbarungen abläuft. Die unterschiedlichen Begriffe und deren situativ durchaus berechnete Anwendungsbereiche werden von der Gesuchsgegnerin derart aus dem Kontext gerissen, dass ein verzerrtes Bild der vorliegend strittigen Grundsatzfrage entsteht. Dass zusätzliche AS-Hops beziehungsweise die längere Strecke, welche Datenpakete im Falle von Transitdiensten zu überwinden hätten, grundsätzlich zu einer qualitativ schlechteren Datenverbindung als im Falle direkter Interkonnektion (Peering) führen, steht ausser Frage. Da es zumindest für Tier-2 und Tier-3-AS ineffizient beziehungsweise unmöglich wäre, die globale Konnektivität mit dem Internet sicherzustellen, indem direkte, physische Verbindungen mit allen weltweit existierenden Netzbetreiberinnen eingerichtet würden, hat auch Transit seinen durchaus berechtigten Anwendungsbereich. Vorliegend begehrt die Gesuchstellerin jedoch Datenaustausch (Peering) und damit die direkte Zusammenschaltung zweier AS innerhalb der Schweiz. Davon ausgehend, hat die WEKO im Rahmen ihrer Marktabgrenzung entsprechend festgestellt, dass unter Berücksichtigung der qualitativen und auch preislichen Aspekte des Zugangs zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin zur Zeit der Gutachtenserstellung keine Alternativen zur kostenfreien Anbindung via Zero Settlement Peering ohne Kapazitätsbeschränkung bestünden. Der Gesuchsgegnerin gelingt es nicht, eine substantielle Kritik an dieser Schlussfolgerung zu behaften. Weder ist relevant, «dass die meisten ISP gar keine direkten Verbindungen miteinander unterhalten [würden]», noch «berücksichtige das WEKO-Gutachten [...] ausschliesslich preisliche Aspekte» oder ist vorliegend wesentlich, ob es der Gesuchsgegnerin gelinge, ihren Endkunden mittels Transit einen «hochwertigen Zugang zum gesamten Internet sicherzustellen» (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 38 ff.). Für die ComCom sind keine triftigen Gründe ersichtlich, weshalb der genannten Schlussfolgerung der WEKO sowohl in technischer wie auch in ökonomischer Hinsicht nicht gefolgt werden könnte.

Die WEKO kommt zum Gesamtfazit, der Gesuchsgegnerin sei es gelungen, durch eine nicht marktübliche Kombination zweier marktüblicher Vertragsbeziehungen (Peering und Transit) mit der DTAG einen zentralen Disziplinierungsmechanismus gegenüber der relevanten Marktgegenseite auszuschalten, weshalb die Gesuchsgegnerin im Teilmarkt für den IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden der Gesuchsgegnerin für diejenigen AS, die keine Peering-Beziehung mit DTAG eingehen können, ab dem Jahr 2016 als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Dem hält die Gesuchsgegnerin und die CRA in unterschiedlicher Formulierung sinngemäss entgegen, die beiden genannten Verträge seien sehr wohl im Wettbewerb zustande gekommen beziehungsweise von DTAG aus freien Stücken und zu deren eigenem Vorteil abgeschlossen worden. Dass sowohl die DTAG als auch die Gesuchsgegnerin von den beiden Verträgen profitieren, ist nicht nur unbestritten, sondern bildet im Gegenteil sogar Basis der Schlussfolgerung der WEKO. Vielmehr ist die Kombination der beiden einzelnen, auch aus Sicht der WEKO ausdrücklich marktüblichen Verträge, als marktunüblich zu werten. Darauf wurde im Übrigen bereits im Zwischenfazit (Ziff. 3.2.4.3) eingegangen. Die in diesem Zusammenhang mehrfach angeführte Behauptung, die Verbindung via Cogent stehe ebenfalls als Disziplinierungsmöglichkeit offen beziehungsweise



der Umfang der tatsächlichen Nutzung dieser Verbindung lasse keinen Rückschluss auf die entsprechende Tauglichkeit zu, wurde sowohl von der WEKO als auch der Gesuchstellerin glaubhaft entkräftet.

Zusammenfassend gelingt es der Gesuchsgegnerin zwar ausführliche und auf den ersten Blick kritische Gegenargumente zu den Feststellungen der WEKO zu formulieren. Effektiv triftige Gründe, welche ein Abweichen von der Marktabgrenzung und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin rechtfertigen würden, verbleiben jedoch nach einer eingehenden Prüfung der entsprechenden Vorbringen nicht. Aus Sicht der ComCom ist es der Gesuchsgegnerin nicht gelungen, nachhaltig zu begründen, weshalb sie auf die Kombination der beiden Verträge zwischen ihr und der DTAG angewiesen ist beziehungsweise weshalb diese entgegen den Feststellungen der WEKO marktüblich sein sollte.

Die Gesuchstellerin wiederum betont in ihren Schlussbemerkungen vom 7. März 2024 und unter Berücksichtigung der separaten Stellungnahme der WEKO vom 15. Januar 2024 ausdrücklich, dass für eine abweichende Beurteilung der Marktabgrenzung und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin kein Raum mehr bestehe.

Insgesamt kommt die ComCom zum Schluss, dass weder ihre eigenen Überlegungen noch die Ausführungen der Parteien in triftigen Gründen resultieren, welche ein Abweichen von den Feststellungen der WEKO zur Marktabgrenzung und der Marktstellung der Gesuchsgegnerin rechtfertigen würden. Folglich ist die Gesuchsgegnerin auf dem vorliegend relevanten Markt auch für die Zeitdauer nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG im Januar 2016 als marktbeherrschend im Sinne von Art. 11 FMG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

3.2.6 Schlussfolgerungen

Die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin wird gestützt auf die vorangehenden Ausführungen und in Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 sowohl für die Zeitdauer vor als auch nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und der DTAG im Januar 2016 bejaht. Die Gesuchsgegnerin ist verpflichtet, der Gesuchstellerin auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Interkonnektion (Peering) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG zu gewähren.

3.3 Kostenorientierte Preise

3.3.1 Einleitung

Das vorliegende Verfahren verpflichtet erstmals eine Marktteilnehmerin zur Interkonnektion in Form von Peering gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG. Bereits im Gutachten vom 15. Dezember 2014 kam die WEKO zum Schluss, dass keine Anreize für die Gesuchsgegnerin mehr bestanden, unentgeltliche Peeringverträge abzuschliessen. Für Tier-2 und Tier-3-AS, die keine Peeringverbindung mit der DTAG eingehen können, ist es gemäss dem zweiten Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021 genauso ab Januar 2016 nicht mehr möglich, ein kostenfreies unbegrenztes Peering mit der Gesuchsgegnerin einzugehen. Der daraus beziehungsweise aus der Marktbeherrschung folgende Einfluss der Gesuchsgegnerin auf



die Bedingungen im IP-Interkonnektionsmarkt hat zu einer langjährigen Preispraxis geführt, welche die Gesuchsgegnerin zuweilen mit einem allgemeinen Marktverständnis begründen möchte (vgl. insb. die Stellungnahmen zum Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021). Die ComCom weist bereits einleitend zu den nachfolgenden Erwägungen darauf hin, dass aus der überdurchschnittlich langen Verfahrensdauer keine Relevanz für die zu verfügbaren kostenorientierten Preise abgeleitet werden kann.

3.3.2 Übersicht

Die Gesuchstellerin beantragt in Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. h ihres Gesuchs vom 28. März 2013 die nunmehr bejahte Verpflichtung zur Interkonnektion (Peering) unter den weiteren im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen unentgeltlich zu gewähren.

Als Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 begehrt die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 das Verfügen von kostenorientierten Preisen für die Jahre 2013 bis 2015. Aufgrund des vorliegenden Interkonnektionsstatbestands (vgl. Ziff. 1.2), der nunmehr auch ab Januar 2016 bestehenden Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin und unter Berücksichtigung der Eingabe vom 7. März 2024 seien im Sinne des Eventualantrags Ziff. 3 der bezeichneten Eingabe kostenorientierte Preise auch für die Jahre 2016 und 2017 festzulegen. Eine entsprechende Vergütung sei jeweils nur dann geschuldet, sofern zwischen den Parteien die Ratio von 1:2 überschritten wurde. Konkret verlangt die Gesuchsgegnerin die Festlegung eines Preises (pro Mbps P95/monatlich, exkl. MWST) von CHF 7.49 für das Jahr 2013, CHF 3.89 für das Jahr 2014, CHF 2.68 für das Jahr 2015, CHF 2.17 für das Jahr 2016 und CHF 1.71 für das Jahr 2017.

Es wird demnach zunächst geprüft, zu welchen kostenorientierten Preisen die Gesuchstellerin Anspruch auf Leistungen im Sinne des Gesuchs vom 28. März 2013 hat. Auf die weiteren im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen wird in Ziff. 3.4 eingegangen.

3.3.3 Nachweis kostenorientierter Preise

Als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten ist die Gesuchsgegnerin verpflichtet, den Beleg zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen (vgl. Art. 11 FMG). Kann sie diesen Nachweis nicht erbringen, verfügt die ComCom basierend auf markt- und branchenüblichen Vergleichswerten. Die ComCom kann die Preise auch gestützt auf eigene Preis- und Kostenmodellierungen oder andere geeignete Methoden verfügen, insbesondere wenn keine geeigneten Vergleichswerte vorhanden sind (Art. 74 Abs. 3 FDV).

Im Rahmen des Beweisverfahrens erhielt die Gesuchsgegnerin Gelegenheit, den Nachweis zu erbringen, dass die in Frage stehenden Preise den gesetzlichen Anforderungen der Kostenorientierung entsprechen. Zu prüfen ist demnach, ob die Gesuchsgegnerin die gesetzlichen Kriterien in Art. 54 ff. FDV eingehalten hat. Der Kostennachweis gemäss den fernmelderechtlichen Vorschriften weist dabei zwei Komponenten auf. Primär hat die Gesuchsgegnerin der Regulierungsbehörde die relevanten Daten und Informationen einzureichen, welche ihrer Preisgestaltung zugrunde liegen (formeller Kostennachweis). Das BAKOM hat die



Gesuchsgegnerin entsprechend mit Schreiben vom 3. Juni 2020 aufgefordert, die Kostennachweise der Jahre 2013 – 2016 unter gleichzeitiger Beilage sämtlicher sachdienlicher Unterlagen und Beweismittel einzureichen. Am 14. Dezember 2022 erfolgte die Aufforderung zur Einreichung der Kostennachweise der Jahre 2016 – 2023. In Bezug auf die Jahre 2016 – 2022 wurde dies mit der Bedingung verbunden, dass der Datenverkehr der Gesuchstellerin in das Netz der Gesuchsgegnerin die Ratio von 1:2 jeweils überschritten hat respektive die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin Forderungen aus dem Peeringverhältnis zwischen den Parteien stellt. Die Gesuchsgegnerin ist dem nachgekommen und hat mit Schreiben vom 21. August 2020 die Kostennachweise der Jahre 2013 – 2016 und mit Eingabe vom 20. Februar 2023 jene der Jahre 2017 und 2023 sowie erneut einen Kostennachweis für das Jahr 2016 eingereicht. Mit Schreiben vom 9. April 2021 und vom 30. Juli 2021 hat die Gesuchsgegnerin Instruktionsfragen zu den Kostennachweisen der Jahre 2013 – 2016 unter Beilage weiterer Dokumente beantwortet. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin ihrer Beweispflicht nachgekommen ist und den Nachweis der Kostenorientiertheit in formeller Hinsicht dem Grundsatz nach erbracht hat. Mit den von ihr eingereichten Kostennachweisen, weiteren Unterlagen und den Antworten auf die Instruktionsfragen hat sie die von ihr geltend gemachten Kosten in geeigneter und in einer für die ComCom nachvollziehbaren Weise dargelegt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der einzelnen Preise wie auch der Preisstruktur beziehungsweise des Preisgebildes als Ganzes.

Einzig aufgrund des formellen Nachweises der Kostenorientiertheit ist indessen über die Rechtmässigkeit der Preise noch nichts entschieden. In einem weiteren Schritt ist vielmehr zu prüfen, ob die strittigen Preise für die Zugangsdienstleistung von der Gesuchsgegnerin tatsächlich in Übereinstimmung mit den rechtlichen Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung festgesetzt wurden (materieller Kostennachweis).

3.3.3.1 Kostennachweis in materieller Hinsicht

3.3.3.1.1 Gesetzliche Grundlagen

Wie bereits mehrfach dargelegt, normiert Art. 11 Abs. 1 FMG die Zugangsverpflichtung marktbeherrschender Anbieterinnen von Fernmeldediensten unter der Voraussetzung kostenorientierter Preise. Die Ausführungsbestimmungen bezüglich der Festlegung kostenorientierter Preise finden sich in Art. 54 ff. FDV.

Vorliegend bedeutsam sind insbesondere die einzelnen Elemente und Grundsätze einer kostenorientierten Preisgestaltung, welche in Art. 54 FDV geregelt werden:

1. Es dürfen nur relevante Kosten, das heisst Kosten, welche in einem kausalen Zusammenhang mit dem Zugang stehen, berücksichtigt werden (Art. 54 Abs. 1 FDV).
2. Betrachtet werden die langfristigen Kosten (Long Run; Art. 54 Abs. 2 lit. b FDV).



3. Berücksichtigt werden:
 - a) die Zusatzkosten (Incremental Costs) der in Anspruch genommenen Netzkomponenten sowie die Zusatzkosten, welche ausschliesslich durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden (Art. 54 Abs. 2 lit. b FDV);
 - b) die relevanten anteiligen gemeinsamen Kosten sowie ein konstanter Zusatz für die Gemeinkosten (Art. 54 Abs. 2 lit. c FDV);
 - c) ein branchenüblicher Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen (Kapitalkosten; Art. 54 Abs. 2 lit. d FDV).
4. Zu berücksichtigen sind die Kosten einer effizienten Anbieterin (Art. 54 Abs. 2 FDV).
5. Die Berechnung der Kosten erfolgt auf aktueller Basis (Forward Looking; Art. 54 Abs. 2 FDV).
6. Die Kosten der Infrastruktur entsprechen den Wiederbeschaffungskosten (Modern Equivalent Assets, MEA; Art. 54 Abs. 2 lit. a FDV).

3.3.3.1.2 Relevante Kosten

Es können nur direkt aufgrund des begehrten Peerings notwendig werdende Kosten *conditio sine qua non* für die von der Gesuchsgegnerin begehrten jährlichen Preise pro Mbps (Ziff. 3.3.2) sein. In diesem Sinne dürfen nur Kosten berücksichtigt werden, die mit der Interkonnektion, beziehungsweise mit den fraglichen Produkten respektive Netzelementen in Beziehung stehen. Kosten aus anderen Geschäftszweigen dürfen nicht zugeschlagen werden. So sind beispielsweise auch Kosten für Netzelemente ausgeschlossen, die nicht für die Interkonnektion verwendet werden oder Kosten, welche mit dem Verkauf von Fernmeldediensten an Endkunden zusammenhängen, da sich die Interkonnektionsprodukte als Vorleistungsprodukte ausschliesslich an Fernmeldedienstleister und nicht direkt an Endkunden richten. Es soll verhindert werden, dass zusätzliche, nicht kausal bedingte Kosten die Zugangspreise unzulässigerweise erhöhen und der Wettbewerb im Markt verzerrt wird.

3.3.3.1.3 Modell der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets)

Bei Märkten, auf welchen dank freiem Markteintritt und -austritt wirksamer Wettbewerb herrscht, liegen Bedingungen vor, welche Anreize zur effizienten Leistungsbereitstellung schaffen. Bei Netzökonomien wie der Telekommunikation gibt es demgegenüber typischerweise Bereiche, in welchen ein Markteintritt und vor allem auch Marktaustritt, wegen hohen fixen und irreversiblen Kosten nicht frei ist und deshalb auch kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Kann eine marktbeherrschende Anbieterin die Preise für Vorleistungsprodukte ohne ausreichenden Marktdruck eigenständig festlegen, ist sie versucht, diese so hoch anzusetzen, dass neu eintretende Marktteilnehmende keine oder nur eine unzureichende Marge erzielen können. Dritte würden dergestalt vom Markt ausgeschlossen, was wiederum Wettbewerb verunmöglichen sowie auf dem Endkundenmarkt zu überhöhten Preisen führen würde. Bei diesen ökonomischen Gegebenheiten bezweckt die staatliche Regulierung, trotz marktbeherrschender Stellung auf den Vorleistungsmärkten (Wholesale), Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten (Retail) zu erzielen. Die Pflicht zur Zugangsgewährung stellt mit anderen Worten einen Ausgleich zur Marktbeherrschung dar und



ist daher von zentraler Bedeutung für die Öffnung (Liberalisierung) von Telekommunikationsmärkten (vgl. ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 23.). Sie soll wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG).

Mit den Regulierungsvorschriften wird eine Situation simuliert, in welcher die Zugangsbedingungen, die unter konkurrierenden FDA gelten, unter funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen zustande kommen. Der Preisregulierung muss daher ein ökonomisches Konzept zugrunde gelegt werden, das einer Preisgestaltung auf Märkten für Zugangsdienstleistungen unter wirksamem Wettbewerb entspricht. Hierfür wird auf das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) abgestellt. Dieses geht von der Hypothese aus, dass keine Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren bestehen und Nachfragende auf geringste Preisänderungen mit einem Wechsel des Anbieters reagieren (sog. unendliche Preiselastizität der Absatzmärkte). Auf Märkten ohne wirksamen Wettbewerb werden Preise folglich so reguliert, wie wenn Wettbewerb herrschen würde (Competitive Market Standard). Im vorliegenden Falle der komplexen Zusammenschaltung von zahlreichen Netzen zum Internet als Ganzes sind auch qualitative Merkmale des Internetdienstes massgeblich für das Verhalten der Nachfragenden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese vollständig informiert sind und den Verkehrsfluss jederzeit transparent nachvollziehen können. Die Rolle des Regulators besteht darin, den fehlenden Wettbewerb zu simulieren (in loco competitio) und den betroffenen Markt hypothetisch bestreitbar zu machen.

3.3.4 Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht

Bei der materiellen Prüfung des Kostennachweises hat sich die ComCom soweit vergleichbar an ihrer bisherigen Praxis und den Vorbringen der Gesuchstellerin orientiert. Aus letzteren folgt zusammenfassend und wie unter Ziff. 3.3.2 ausgeführt, dass der Gesuchstellerin das von ihr gegenüber der Gesuchsgegnerin begehrte Peering unentgeltlich zu gewähren sei, wohingegen die Gesuchsgegnerin positive Preise berechnet. Das Begehren der Gesuchstellerin basiert sinngemäss auf der Schlussfolgerung, dass Peering keine relevanten beziehungsweise kausalen Kosten zugerechnet werden könnten. Somit sei ein Preis «Null» kostenorientiert im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 54 Abs. 1 FDV. Würde den Ausführungen der Gesuchstellerin gefolgt und wären vorliegend effektiv keine Kosten kausal, so verbliebe der ComCom in konsequenter Umsetzung von Art. 54 Abs. 1 FDV auch kein Spielraum mehr, einen Zugangspreis zu verfügen, der nicht «Null» ist. Mit anderen Worten fixiert ein Abstellen auf die fehlende Kausalität der Kosten bereits den zu verfügenden Zugangspreis und bindet gleichzeitig die ComCom in ihrem Handlungsspielraum einer kostenorientierten Preisgestaltung unter Berücksichtigung der weiteren Voraussetzungen von Art. 54 FDV. Wie in Ziff. 3.3.3 festgehalten, ist die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten verpflichtet, den Beleg zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise kostenorientiert im Sinne des Gesetzes sind. Die Stellungnahmen der Parteien werden vorrangig beschränkt auf die Frage gewürdigt, welche Kosten als relevant beziehungsweise kausal anzurechnen sind.



3.3.4.1 Stellungnahmen zu den relevanten Kosten im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV

3.3.4.1.1 Stellungnahmen der Gesuchstellerin der Jahre 2013 – 2017

Die Gesuchstellerin hat bereits im Rahmen ihres Gesuchs vom 28. März 2013 Ausführungen gemacht, aus welchen sich ein Verneinen der Kausalität der zu berücksichtigenden Kosten erschliessen würde. Sie hält hauptsächlich fest, jegliche Entgeltlichkeit als auch jegliche Volumenbeschränkung sei unzulässig (Gesuch 2013, Rz. 34). Die Kunden der Gesuchsgegnerin würden mit kleinen Anfragen grosse Datenmengen beziehen. Letztere habe entsprechend ein Interesse daran, dass ihre Kunden von den Streaming-Angeboten der Gesuchstellerin profitieren (Gesuch 2013, Rz. 28 f., 56). Weiter seien die Kosten der Netzbetreiberinnen durch ihre jeweiligen Endkunden zu finanzieren. Das Internet sei nur so attraktiv, wie die Inhalte, die angeboten werden. Es könne nicht gesagt werden, welcher Peeringpartner aus dem Datenaustausch einen grösseren Vorteil ziehe. Die Gesuchstellerin vermutet vielmehr, dass die Gesuchsgegnerin die Mehrkosten, welche deren Kunden durch den Download einer grossen Datenverbindung verursachen würden, auf die Konkurrenz abwälze und so ihre eigenen Produkte günstiger anbieten könne (Gesuch 2013, Rz. 35 f., 56). Ferner sei zentral, dass beide Parteien für eine Interkonnektion den gleichen Aufwand hätten; also beide Parteien für eine 10 Gbps-Interkonnektion je einen 10 Gbps-Port auf einem Router bereitstellen müssten. Es könne also davon ausgegangen werden, jede Partei habe die gleichen Kosten beziehungsweise die Gesuchsgegnerin könne mit anderen Worten nicht höhere Kosten geltend machen als die Gesuchstellerin (Gesuch 2013, Rz. 38). Im Übrigen weist die Gesuchstellerin darauf hin, dass unter anderem die Organisation der europäischen Regulatoren (Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC), keine Gründe für eine Entgeltlichkeit von Peering zu erkennen vermöge (Gesuch 2013, Rz. 35).

Im Rahmen ihrer Replik vom 28. Juni 2013 ergänzt die Gesuchstellerin zusammenfassend, Datenverkehr entstehe nur, da die Endkunden der Gesuchsgegnerin bandbreitenintensive Applikationen nachfragen. Bezugnehmend auf eine Werbekampagne der Gesuchsgegnerin schlussfolgert die Gesuchstellerin, es würde aktiv dazu aufgefordert, mehr Bandbreite zu konsumieren. Sämtliche Ausführungen der Gesuchsgegnerin (im Rahmen der Stellungnahme vom 13. Mai 2013) betreffend Mehrausbau, Mehrkosten und Datensensibilität seien entsprechend zu würdigen. Mehraufwendungen des Ausbaus seien folglich auf verursachende Endkunden zu überwälzen (Replik GS 2013, Rz. 11). Stünde für die Gesuchsgegnerin wirklich das Kundenerlebnis im Vordergrund, wäre zu erwarten, dass sich die Gesuchsgegnerin aktiv um möglichst effiziente, nicht überbuchte Datenkapazitäten bemühte. Peering als solches mache das Internet schneller und effizienter und damit das Kundenerlebnis besser (Replik GS 2013, Rz. 17). Die Gesuchstellerin sei überdies bereit, den Traffic ins Netz der Gesuchsgegnerin auf einer sog. Cold-Potato Basis zu transportieren, an geografisch verteilten Punkten zu übergeben und damit einen wesentlichen Teil der Transportkosten zu tragen (Replik GS 2013, Rz. 19). Schliesslich erbringe die Gesuchstellerin die identische Dienstleistung wie die Gesuchsgegnerin und letztere komme ebenfalls in den Genuss eines unentgeltlichen Peerings. Der Aufwand sei auf beiden Seiten derselbe und im Falle von Peering sollte jeder Partner seine eigenen Kosten tragen. Die Endkunden der



Aktenzeichen: OS 41-00017

Gesuchsgegnerin würden diese bereits vergüten und dennoch begehre die Gesuchsgegnerin quasi eine doppelte Entschädigung (von ihren Kunden und Lieferanten) (Replik GS 2013, Rz. 23 ff.). Darüber hinaus hält die Gesuchstellerin fest, dass Unentgeltlichkeit ebenfalls kostenorientiert sei und merkt an, die grosse Mehrheit der Peerings weltweit basiere auf einem Zero Settlement (Replik GS 2013, Rz. 12, 28).

In der Stellungnahme vom 27. Juli 2017 nimmt die Gesuchstellerin Bezug auf Rz. 215 des Gutachtens der WEKO vom 15. Dezember 2014 und merkt an, auf den ersten Blick sei keine Veränderung der Kostenstruktur der Gesuchsgegnerin ersichtlich, die eine Anpassung der Peering Policy rechtfertigen könnte. Die Gesuchstellerin sehe sich insofern bestätigt (Stellungnahme GS Juli 2017, Rz. 28).

Auch in der Stellungnahme vom 15. September 2017 wird thematisch auf den Verkehrsfluss von Daten und deren Folgen für den Kostenfluss eingegangen. Die Gesuchstellerin hält bezugnehmend auf Ausführungen der Gesuchsgegnerin zur IP-Telefonie (Voice over IP, VoIP) in deren Stellungnahme vom 28. August 2017 fest, die Gesuchsgegnerin fände es in Ordnung, dass Zahlungsströme umgekehrt erfolgen würden, je nachdem, ob über eine IP-Verbindung normale Daten fliessen oder VoIP-Daten. Diese Auffassung sei offensichtlich willkürlich, denn aus Sicht der betroffenen Infrastruktur seien Daten einfach Daten. Die Möglichkeit, bei IP-Interkonnektion eine Umkehr der Zahlungsströme zu erreichen, ergäbe sich nicht aus einer dem IP- beziehungsweise VoIP-Protokoll inhärenten Logik. Vielmehr sei ausschliesslich die Marktmacht der Gesuchsgegnerin mit einer grossen Anzahl Eyeballs in ihrem Netz entscheidend, da ihr dies erlaube, suprakompetitive Preise gegenüber bestimmten Transitanbieterinnen durchzusetzen (Stellungnahme GS September 2017, Rz. 25 f.). Zudem schlussfolgert die Gesuchstellerin unter Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3930/2013 vom 13. November 2013, E. 4.1.4, dass die Gesuchstellerin bei einer Peering-Verbindung ähnliche Kosten wie die Gesuchsgegnerin trage, da es sich dabei um ein Tauschverhältnis handle. Die Gesuchstellerin frage keineswegs eine kostenlose Leistung nach, ohne selber eine Gegenleistung zu erbringen (Stellungnahme GS September 2017, Rz. 30).

3.3.4.1.2 Stellungnahmen der Gesuchsgegnerin der Jahre 2013 – 2017

Die Gesuchsgegnerin hat sich in zwei separaten Stellungnahmen zum Gesuch vom 28. März 2013 geäussert. Mit Eingabe vom 6. Mai 2013 bezieht sie Stellung zur begehrten vorsorglichen Massnahme und nimmt in dem Zusammenhang ebenfalls bereits Ausführungen vor, aus welchen Schlussfolgerungen abgeleitet werden könnten, welche Kosten im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV relevant seien. Sie hält hauptsächlich fest, dass bei ausgeglichenen Datenströmen zwischen Netz A und Netz B der jeweils geschuldete Betrag identisch sei und die gegenseitige Abgeltung ein Nullsummenspiel darstellen würde. Der Einfachheit halber würden die Netzbetreiber darauf verzichten, sich die Kosten gegenseitig in Rechnung zu stellen. Die Gesuchstellerin unterliege insofern einem Irrtum, da sie davon auszugehen scheine, Peering sei ursprünglich unentgeltlich gewesen (Stellungnahme GG 6. Mai 2013, Rz. 10, 21). Die vermehrte Nutzung breitbandintensiver Dienste habe jedoch zu einer Asymmetrie der Datenströme zu Ungunsten der Gesuchsgegnerin und dadurch auch einer Unausgeglichenheit der Kosten geführt. Dies wiederum habe zur Folge, dass



die Gesuchsgegnerin ihr Netz vor allem im Fernnetzbereich und an den Übergabepunkten kontinuierlich ausbauen müsse, um die Datenmengen bewältigen und die Qualität (Geschwindigkeit, keine Unterbrechungen) aus Sicht der Endkunden aufrechterhalten zu können (Stellungnahme GG 6. Mai 2013, Rz. 11). Da auf ein Verrechnen der Kosten des Datenaustauschs verzichtet worden sei, hätte für «Datenverursacher» wie die Gesuchstellerin auch kein Anlass bestanden, weniger Daten zu senden oder Techniken einzusetzen, welche zu einer wirtschaftlich effizienteren Datenübertragung beigetragen hätten. Die eingeführte Entgeltlichkeit führe nicht nur zu einem wirtschaftlicheren Umgang mit knappen Netzressourcen und garantiere dadurch eine gute Netzqualität, sondern erlaube auch Einsparungen im Netzausbau, was im Endeffekt ebenfalls den Endkunden zugutekäme (Stellungnahme GG 6. Mai 2013, Rz. 12 ff.). Die Gesuchsgegnerin weist überdies unter Bezugnahmen auf eine Eingabe der ETNO (European Telecommunications Network Operators Association) von Juli 2012 zu einer Konsultation der BEREC und einen Urteilspruch der französischen Wettbewerbsbehörde vom 20. September 2012 darauf hin, dass die Erhebung eines Entgelts als Folge der sich entwickelten massiven Asymmetrien internationaler Standard sei (Stellungnahme GG 6. Mai 2013, Rz. 17 ff.).

In der konkreten Stellungnahme zum Zugangsgesuch ergänzt die Gesuchsgegnerin am 13. Mai 2013, die Gesuchstellerin verlange, dass ihr der Netzzugang unentgeltlich zu gewähren sei. Weshalb die Gesuchsgegnerin dazu verpflichtet sein sollte, werde sinngemäss jedoch nicht mit rechtlichen Argumenten untermauert. Die Gesuchstellerin beschränke sich auf die Behauptung, die Gesuchsgegnerin sei marktbeherrschend und die angebehrte Unentgeltlichkeit markt- und branchenüblich, verzichte aber auf eine entsprechende Beweisführung. Weiter ausgeführt wird, dass selbst im Falle einer bejahten Marktbeherrschung, die Gesuchsgegnerin für ihre Zugangsdienste Anspruch auf ein kostenorientiertes Entgelt hätte (Stellungnahme GG 13. Mai 2013, Rz. 16 f.).

Die Duplik der Gesuchsgegnerin vom 22. Juli 2013 greift das Vorbringen der Gesuchstellerin auf, der Aufwand bei Peering sei bei beiden Parteien gleich gross. Dies sei nur korrekt, sofern man sich auf die eigentliche Zusammenschaltung der Netze beschränke und die Netzinfrastruktur ausser Acht lasse, die nötig sei, um den Datenverkehr ans Ziel zu führen. Der infolge der exponentiell zunehmenden Datenmengen notwendig gewordene Ausbau und Unterhalt dieser Netze verursache beträchtliche zusätzliche Kosten, welche bei den Netzbetreibern und nicht den Datenlieferanten anfallen würden. Die Kosten der beiden Peeringpartner seien deshalb auch nicht vergleichbar; jene der Gesuchsgegnerin würden ein Vielfaches derjenigen der Gesuchstellerin betragen (Duplik GG 2013, Rz. 9). Zudem würde die Gesuchstellerin konsequent ausblenden, dass sie Content Providern die Weiterleitung der Datenströme ins Netz der Gesuchsgegnerin verkaufe, wohingegen letztere ihren Endkunden einen Internetzugang zur Verfügung stelle, damit diese von den Content Providern Dienste beziehen könnten. Mit anderen Worten seien auch diese weiteren Betroffenen zu berücksichtigen. Es würde unberücksichtigt bleiben, dass die Gesuchstellerin mehr Umsatz und Einnahmen generiere, sobald ihre Vertragspartner dank der durch die angebotenen Dienste ausgelösten Nachfragen der Endkunden grössere Datenmengen schicken könnten (Duplik GG 2013, Rz. 12). Auch wäre es für die Gesuchsgegnerin nicht beziehungsweise



nur schwerlich möglich, die international verbreitete Entwicklung der Abkehr von Zero Settlement Peering zu belegen, wenn hierfür nur Schweizer Anbieter beigezogen werden dürften. IP-Peering sei schliesslich ein internationales Geschäft und bei den grössten Datenlieferanten handle es sich um internationale Unternehmen (Duplik GG 2013, Rz. 24). Die Gesuchsgegnerin bekräftigt, sie verlange keine doppelte Entschädigung, sondern wolle die notwendig werdenden Infrastrukturausbauten und die damit verbundenen enormen Kosten auf alle Verursacher verteilen. Sowohl die Endkunden der Gesuchsgegnerin als in gleichem Masse die Datenlieferanten der Gesuchstellerin würden diese erforderlich machen. Die Endkunden würden nichts beziehen, was nicht angeboten würde (Duplik GG 2013, Rz. 28). Abschliessend hält die Gesuchsgegnerin fest, bereits der Begriff «kostenorientiert» mache klar, dass sich ein Preis an den Kosten orientieren müsse. Wo Kosten entstehen, könne ein Preis entsprechend nicht null sein und damit auch keine Unentgeltlichkeit vorliegen. Die Gesuchstellerin selber würde dementsprechend ebenfalls nicht behaupten, IP-Peering verursache keine Kosten. Sprachlich leicht abweichend aber in der Konsequenz von grossem Unterschied hielt die Gesuchsgegnerin einleitend ihrer Duplik in Rz. 5 f. zur selben Thematik fest, dass Kostenorientiertheit nicht mit Unentgeltlichkeit gleichzusetzen sei. Für den von der Gesuchstellerin geltend gemachten Anspruch auf unentgeltliche Peeringleistungen und damit eine massive Abweichung vom zivilrechtlichen Grundsatz «do ut des» in Form einer unentgeltlichen Leistung bestehe in der sektorspezifischen Regulierung keine gesetzliche Grundlage (Duplik GG 2013, Rz. 28, 5).

Insbesondere auch in der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 28. August 2017 folgen keine weiteren, nicht bereits aufgeführten Argumente, aus welchen sich ergäbe, welche Kostenelemente relevant im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV wären und entsprechend Berücksichtigung finden müssten.

3.3.4.1.3 Stellungnahmen der Parteien zu den Kostennachweisen

Die nachfolgenden umfassenderen Ausführungen und Stellungnahmen der Parteien zu den Kostennachweise werden dem besseren Verständnis der jeweiligen Argumente halber wiederum direkt nacheinander aufgeführt.

Mit Schreiben vom 21. August 2020 hat die Gesuchsgegnerin, beziehend auf die Aufforderung des BAKOM, die «Kostennachweis[e] LRIC 2013 bis 2016» eingereicht. Diesen beigelegt wurde eine separate «Herleitung Interconnect Peering». Wie unter Ziff. 3.3.4 beziehungsweise Ziff. 3.3.3 festgehalten, ist die Gesuchsgegnerin zum Beleg verpflichtet, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise kostenorientiert im Sinne des Gesetzes sind. Die ComCom stellt in ihrer Prüfung, welche Kosten als relevant beziehungsweise kausal anzurechnen seien, ausschliesslich auf die in den Kostennachweisen bezeichneten Kosten ab. Die Gesuchsgegnerin ordnet diese unterschiedlichen, aus jeweils mehreren Bereichen bestehenden Plattformen zu. In einem ersten Schritt wird deren Kompatibilität mit Art. 54 Abs. 1 FDV geprüft. Detaillierte Preisentscheide beziehungsweise konkrete zahlenmässige Kostenaufschlüsselungen würden anschliessend, sofern die Kausalität der behaupteten Plattformen und Bereiche nachgewiesen wäre, einer Prüfung unterzogen.



Aktenzeichen: OS 41-00017

Die Gesuchsgegnerin berücksichtigt in den bezeichneten Kostennachweisen für den von ihr definierten Kostenträger Interconnect Peering als Ganzes demnach die aus den Plattformen IP-Plus (Massengeschäft), Connectivity und Kernnetz zusammengesetzten Kosten (vgl. Herleitung KONA 2013 – 2016, Rz. 30). IP-Plus stelle als Plattform die Verbindung zwischen den wichtigsten Internet Service Providern, Content Providern, Hostern und Content Delivery Networks auf der einen Seite und den Endkunden, welche einen Internetzugang besitzen, auf der anderen Seite sicher. Dabei könne zwischen Massengeschäft, Lösungsgeschäft und Transitangeboten unterschieden werden. Connectivity verbinde als Plattform IP-Plus und andere Netze (z.B. das Netz der ISP für BBCS-Dienste) mit dem Kernnetz. Das Kernnetz wiederum stelle den Übergang zu den Anschlussnetzen zur Verfügung (Herleitung KONA 2013 – 2016, Rz. 7). Im Hinblick darauf, dass in einem zweiseitigen Markt auch die Gesuchsgegnerin von der IP-Plus Plattform profitiere, trage sie 50 % der Kosten selber. Dem Dienst Interconnect Peering würden demnach nur die Hälfte der Kosten zugeordnet (Herleitung KONA 2013 – 2016, Rz. 31).

Weitergehende Ausführungen, weshalb die Kosten der einzelnen Plattformen vorliegend kausal im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV wären, werden nicht dargetan.

Die Gesuchstellerin hat mit Eingabe vom 30. Oktober 2020 Stellung zu den Kostennachweisen der Jahre 2013 – 2016 genommen. Beigelegt wurde das separate Parteigutachten WIK vom 28. Oktober 2020. Bezugnehmend auf dieses konkludiert die Gesuchstellerin, dass die nach der anwendbaren LRIC-Methode berechneten Kosten bei null lägen und der Zugang im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG entsprechend kostenlos zu gewähren sei. Unter anderem betreffend die Asymmetrie des Datenverkehrs verweist die Gesuchstellerin auf Feststellungen der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-5235/2018 vom 22. April 2020, E. 9.3.1.2 und konkludiert, diese könne kein Kostenfaktor darstellen (siehe auch Ziff. 3.3.4.1.4 und Ziff. 3.3.4.1.6 nachfolgend) (Stellungnahme GS Oktober 2020, Rz. 7 f.).

Konkret hat die Gesuchstellerin den Autoren des Parteigutachtens WIK die Kostennachweise der Gesuchsgegnerin der Jahre 2013 – 2016 zugestellt und diese mit der Beantwortung von vier Gutachtenfragen beauftragt. Vorliegend sind die nachfolgenden drei von Relevanz: «Welche Kosten fallen bei der IP-Interkonnektion an?» (Gutachtenfrage 1); «Wie sind die relevanten Kosten von Peering verursachungsgerecht im Sinne des Preis-/Kostenprinzips der LRIC zuzuordnen?» (Gutachtenfrage 2) und «Wie ist der Kostennachweis der Swisscom zur Herleitung der Interconnect Peering-Kosten mit Blick auf das Preis-/Kostenprinzip der LRIC zu bewerten?» (Gutachtenfrage 3) (Parteigutachten WIK, Rz. 5).

Unter anderem halten die Autoren des Parteigutachtens WIK fest, ISP wie die Gesuchsgegnerin würden stark von den datenintensiven Anwendungen und Diensten von CAP, die primär für einen asymmetrischen Datenverkehr verantwortlich seien, profitieren. Die Endkunden der Gesuchsgegnerin würden diese Anwendungen abrufen, dadurch mehr Internetverkehr nachfragen und hätten folglich wiederum einen Anreiz, Anschlüsse mit höheren Bandbreiten bei der Gesuchsgegnerin einzukaufen (Parteigutachten WIK, Rz. 21). Es sei nicht a priori klar, welchem Vertragspartner ein grösser Nutzen aus einer Peeringbeziehung



resultiere (Parteigutachten WIK, Rz. 36). An der Netzschnittstelle erfolge eine Interkonnektion sowohl über Peering als auch Transit technisch gleich (Parteigutachten WIK, Rz. 22). Unter dem Titel «Pricing bei Peering» wird unter Verweis auf eine Studie der OECD zur Netzökonomie des Internets aus dem Jahr 2013, welche hinsichtlich der Datenbasis im Jahr 2016 für BEREC² aktualisiert wurde, konkludiert, nur 0.07% aller weltweit untersuchten rund 1.9 Millionen InterCarrier Interkonnektionsvereinbarungen seien überhaupt als formalisierte Verträge ausgestaltet worden. 99.98% der Vereinbarungen hätten überdies wechselseitig gleiche Bedingungen vorgesehen und lediglich 403 Vereinbarungen basierten auf ungleichen Bedingungen. Daraus folge, dass Paid Peering die Ausnahme und Zero Settlement Peering die Regel darstelle. Der Grund wieso Zero Settlement Peering die Regel sei, liege auf der Hand und würde von den Autoren des Parteigutachtens WIK ausführlich unter deren Rz. 66 ff. dargelegt. Kurzgefasst entstünden durch Peering keine ökonomischen Zusatzkosten für die Datenströme – mit Ausnahme der direkten Kosten der Interkonnektion an den Netzübergabestellen, welche es über eine Preiserhebung abzugelten gäbe. Diese Kosten entstünden auf beiden Seiten gleichermassen. Die Datenströme eines ISP in seinem Netz würden ausgelöst durch seine jeweiligen Internetnutzer. Sicherlich würden CAP die Zugriffe durch die Internetnutzer bewerten und monetarisieren. Jedoch würden Internetnutzer genauso wie CAP ihrem ISP, der ihren Anschluss bereitstelle, ein Entgelt für diese Dienstleistung bezahlen. Neben der Konnektivitätsdienstleistung schliesse dies den Abruf von Inhalten und den Transport dieser Inhalte im Netz ein. Durch eine Ratio als Bemessungsgrundlage der Bepreisung würde erreicht, dass die Nutzer eines ISP einen Teil der Kosten eines anderen ISP tragen. Hierfür gäbe es jedoch keinen unmittelbaren Kostenbezug, der Grundlage für ein derartiges verursachungsgerechtes Kostentragungsmodell sein könnte. Es handle sich vielmehr um einen kostenmässig nicht begründeten Zugriff auf die Revenues eines anderen ISP (Parteigutachten WIK, Rz. 57 ff.). Die aus ihrer Sicht effektiv relevanten Kosten von Peering liessen sich gemäss den Autoren des Parteigutachtens WIK auf die Kosten der jeweils notwendigen Ports reduzieren. Die einmalig anfallenden Kosten eines 10 Gbps-Port beziffern sie zur Zeit der Gutachtenserstellung im Jahr 2020 mit ca. CHF 3000.00. Angemerkt wird, dass unabhängig der Symmetrie oder Asymmetrie des Austauschs von Peeringverkehr, die Kapazität der Übergabeschnittstelle auf beiden Seiten gleich gross sein müsse. Andernfalls würde die direkte Zusammenschaltung auf dem Link-Layer Protokoll technisch nicht funktionieren. Entsprechend seien die Interkonnektionskosten beider Seiten beziehungsweise Vertragspartner gleich gross (Parteigutachten WIK, Rz. 66 ff.). Auch direkt in Bezug auf die Kostennachweise der Gesuchsgegnerin kommen die Autoren des Parteigutachtens WIK zum Schluss, es bestünden keine im Sinne des LRIC-Kostenansatzes für den Datentransport im Netz eines ISP einem Dienst Peering zurechenbaren Kosten. Die idealtypische Darstellung der Kostenallokation in einem analytischen Kostenmodell zeige, dass alle Kosten im Sinne von LRIC den Endnutzern zuzurechnen seien (Parteigutachten WIK, Rz. 146 ff.).

² BILL WOODCOCK/MARCO FRIGINO, 2016 Survey of Internet Carrier Interconnection Agreements, 21. November 2016, S. 3.



Das Parteigutachten WIK kommt zusammenfassend zum Schluss, dass die über das Peering ausgetauschten Datenströme von den Endnutzern, insbesondere jenen der Gesuchsgegnerin, initialisiert seien und nachgefragt würden. Die relevanten Kosten seien daher verursachungsgerecht diesen Endkunden und deren Nachfrage zuzurechnen und mit den Entgelten für deren Internetanschlüsse bereits vollumfänglich abgegolten. Dies gelte unabhängig davon, ob die Peering-Datenströme zwischen den beiden Netzen symmetrisch oder asymmetrisch seien (Gutachtenfrage 2). Wie bereits ausgeführt, wird diesbezüglich auf die behauptungsweise selben Erkenntnisse der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen (Parteigutachten WIK, Rz. 181). Der von der Swisscom vorgelegte Kostennachweis entspräche weiter weder konzeptionell noch im Vorgehen und auch nicht in der Kostenzuordnung dem LRIC-Kostenmassstab. Konzeptionell würden dem Peering Kosten zugerechnet, die verursachungsgemäss nicht anfallen würden. Ansonsten erfolge eine Bestimmung ineffizienter und zum Teil irrelevanter Kosten nach zweifelhaften und intransparenten Zurechnungsverfahren (Gutachtenfrage 3) (Parteigutachten WIK, Rz. 182). Die LRIC des Peering mit der Gesuchstellerin im Netz der Gesuchsgegnerin seien Null. Dementsprechend würden sich die Kosten des Peering für beide Peeringpartner auf die Zuführung, Kollokation und auf die Ports an dieser Schnittstelle beschränken. Diese Kosten seien auf beiden Seiten der Peering-Interkonnektionsschnittstelle (annähernd) gleich. Sie seien den Peeringpartnern jeweils direkt zurechenbar und würden von diesen jeweils marktüblich getragen (Gutachtenfrage 1) (Parteigutachten WIK, Rz. 181, 183).

Die Gesuchsgegnerin wiederum hat am 29. Januar 2021 repliziert. Sie verweist einleitend auf die bereits unter anderem in der Stellungnahme vom 6. Mai 2013 angeführten Argumente und wiederholt, dass durch die rasant steigenden Datenmengen Ungleichgewichte in den Datenströmen und damit auch den verursachten Kosten entstanden seien. Diese Asymmetrie dränge die Empfänger grosser Datenmengen zu kontinuierlichem Ausbau ihrer Netze. Viele internationale Netzbetreiber seien deshalb im Sinne eines ökonomischen Ressourcenumgangs dazu übergegangen, neue Peeringverträge inklusive Ratio abzuschliessen. Die Gesuchsgegnerin fügt an, dass das jeweils vereinbarte Entgelt für beide Seiten gelte und zudem sei Peering nie unentgeltlich gewesen. Entgegen der Aussage des Parteigutachtens WIK, dass der Datenverkehr immer von den Endkunden ausgehe, würde nicht berücksichtigt, dass auch CAP wie Netflix, Zattoo, Google, Youtube, Amazon, Spotify oder Apple selbst ein grosses Interesse an den Zugriffen der Endkunden auf ihre Angebote hätten oder sogar das ausgetauschte Datenvolumen vorgäben. Die Gesuchsgegnerin macht sodann geltend, dass sich die Angebote der CAP ohne die Zugriffe durch die Endkunden gar nicht monetarisieren liessen. Diese würden auch intensiv beworben. Die Gesuchsgegnerin wiederholt sodann, dass solange etwas quasi unentgeltlich sei, kein Anreiz bestehe, mit Ressourcen sparsam und wirtschaftlich umzugehen (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 2 ff.).

Konkret in Bezug auf das Parteigutachten WIK hält die Gesuchsgegnerin fest, dieses führe unter dessen Rz. 24 aus, dass Transit eine bilaterale Vereinbarung wäre, eine Wholesale-Beziehung darstellen würde und diese daher in aller Regel entgeltlich ausgestaltet wäre. Nachdem diese Kriterien genauso für das Interconnect Peering gelten würden, könne die



Schlussfolgerung nur sein, dass auch für diese der Grundsatz der Entgeltlichkeit zur Anwendung kommen müsste (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 29). Weiter müssten die Ausführungen in Rz. 44 des Parteigutachtens WIK dahingehend ergänzt werden, dass sich die dargestellte und beschriebene «Kostenfunktion des Peerings» einzig auf die Kosten der eigentlichen Schnittstelle und gerade nicht auf die Kosten des Dienstes Interconnect Peering beziehe (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 37). Bezugnehmend auf die in Rz. 57 ff. des Parteigutachtens WIK zitierte Studie lasse sich aus dieser die viel wichtigere Erkenntnis ableiten, dass den Vereinbarungen typischerweise wechselseitig gleiche Konditionen beziehungsweise Leistungen zu Grund liegen würden. Die lasse nur den Schluss zu, dass offensichtlich beide Seiten mit vergleichbaren «Aufwänden» konfrontiert seien und somit das Peering zu wechselseitig gleich «fairen» Konditionen in Form eines «Zero Settlement Peering» anbieten würden. Andererseits zeige die Untersuchung auch, dass gerade asymmetrische Verkehrsvolumina regelmässig ein Grund für eine asymmetrische Vereinbarung und damit ein «Paid Peering» seien (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 43). Weiter führt die Gesuchsgegnerin aus, das Parteigutachten WIK halte in Rz. 65 an sich korrekt fest, dass als Bemessungsgrundlage für die Kostenübernahme durch die Gesuchstellerin auf die Ratio der Datenübertragung abgestellt werde. Die Ansicht, dass es dafür aber keinen unmittelbaren Kostenbezug gebe, sei allerdings in keiner Weise nachvollziehbar. Das Parteigutachten WIK liefere denn auch keinerlei Belege dafür. Vielmehr sei unbestritten, dass ein gewisses Datenvolumen nur durch entsprechend dimensionierte Ausrüstungen bereitgestellt werden könnte und die entstehenden Kosten abzugelten seien (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 49). Auch würden sich entgegen der Annahme der Autoren des Parteigutachtens WIK die relevanten Kosten von Peering nicht lediglich auf Verkehrsübergabeschnittstellen beziehungsweise Ports beziehen. Bereits die Definition des Dienstes Interconnect Peering zeige, dass nicht die physische Zusammenschaltung im Vordergrund stehen könne, sondern die Konnektivität zu den Endkunden. Eine alleinige physische Zusammenschaltung von Ports in einer Zentrale würde auch gar keinen Sinn ergeben. Der Zweck der Zusammenschaltung ergäbe sich einzig aus dem Zugang zu den Endkunden (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 51 ff.). Als Fazit zu den Kosten von Peering wird festgestellt, die Vorwürfe im Parteigutachten WIK seien unberechtigt. Vielmehr gelte, dass sich die Kosten für das Interconnect Peering aus der Nutzung des Kernnetzes, der Plattformen Connectivity und IP-Plus ergäben. An den Datenströmen zwischen Endkunden und CAP seien beide Seiten beteiligt, entsprechend seien auch die Kosten zu je 50 % von beiden Seiten zu tragen. Eine Kostenbetrachtung nach «Pure LRIC» stehe im Widerspruch zu den fernmelderechtlichen Vorgaben von Art. 54 FDV. Schliesslich sei der Kostennachweis von Swisscom insgesamt sachgerecht und entsprechend der etablierten Praxis erstellt worden (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 90).

Abschliessend äussert sich die Gesuchsgegnerin auch zu den Vorbringen der Gesuchstellerin in deren Eingabe vom 30. Oktober 2020. Diese verweise auf die Erwägung 9.3.1.2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020, wonach die Asymmetrie des Verkehrs kein Kostenfaktor sein könne. Die Gesuchstellerin wolle damit die Aussage im Parteigutachten WIK, dass Datenströme von den Endkunden initialisiert und nachgefragt würden und somit die Kosten «verursachergerecht» einzig den Endkunden und ihrer Nachfrage zuzurechnen wären, stützen. Diese Interpretation sei falsch. Die Erwägungen



Aktenzeichen: OS 41-00017

des Bundesverwaltungsgerichts würden sich einzig auf die Frage beziehen, inwieweit die tatsächlich ausgetauschte Datenmenge, unabhängig ob sie symmetrisch oder asymmetrisch anfällt, bei der Preisfestsetzung berücksichtigt wurde. Aus den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts liesse sich somit nicht ableiten, dass die Kosten gänzlich durch die Endkunden zu tragen seien (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 16 f.).

Mit Schreiben vom 20. Februar 2023 hat die Gesuchsgegnerin, wiederum beziehend auf die Aufforderung des BAKOM, den «Kostennachweis Interconnect Peering» der Jahre 2016, 2017 und 2023 eingereicht. Diesen beigelegt wurden erneut separate Erläuterungen. Gegenüber den Kostennachweisen der Jahre 2013 – 2016 seien Anpassungen vorgenommen worden. Unter anderem die Berücksichtigung moderner Ausrüstung hätte dazu geführt, dass die Connectivity Plattform nicht mehr dezidiert bewertet werden müsse. Die relevanten Funktionalitäten würden durch den Bereich Kernnetz abgebildet (Herleitung KONA 2016 – 2023, Rz. 1). Weitergehende Ausführungen, weshalb die einzelnen Plattformen kausal im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV wären, wurden nicht vorgenommen.

Die Gesuchstellerin nimmt mit Eingabe vom 12. Mai 2023 Stellung zu den Kostennachweisen der Jahre 2016, 2017 und 2023. Sie bekräftigt ihre bisherigen Ausführungen unter anderem dahingehend, dass bereits das Parteigutachten WIK die Irrelevanz der Ratio für die entstehenden Kosten aufzeige. Relevant für die Kostenberechnung sei einzig die Verbindung «Interconnect Peering» zu «IP Plus», deren Kosten gemäss WIK Gutachten bei Null lägen (Stellungnahme GS Mai 2023, Rz. 4, 10).

3.3.4.1.4 Anmerkungen der WEKO zu den relevanten Kosten

Sowohl im Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021 als auch bereits in jenem vom 15. Dezember 2014 finden sich Anmerkungen, welche Schlussfolgerungen in Bezug auf die vorliegend in Frage stehenden relevanten Kosten im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV erlauben.

In den Abschnitten zu den theoretischen Ausführungen zu Peering wird festgehalten, Zero Settlement Peering werde von der Idee geprägt, dass AS beim Austausch eines Datenpakets grundsätzlich die gleichen Kosten tragen und jedes AS die Netzkosten grundsätzlich auf seine jeweiligen Kunden abwälzen würde, weshalb keine zwingende Notwendigkeit für eine Transferzahlung bestünde. Anstatt den Datenverkehr aufwendig zu überwachen und sich gegenseitig Gebühren zu verrechnen, würden sich die Partner darauf einigen, den Datenaustausch ohne Gebührenverrechnung durchzuführen und sämtliche Kosten für die Datenübertragung bis zum Interkonnektionspunkt selbst zu tragen (Gutachten WEKO 2021, Rz. 39; siehe Gutachten WEKO 2014, Rz. 39).

Zudem hat die WEKO bereits im Jahr 2014 und entsprechend ohne die neusten Entwicklungen im vorliegenden Verfahren voraussehen zu können, überraschend klar statuiert, der Analyserahmen zweiseitiger Märkte mache deutlich, dass ein allfälliger Preis für die Interkonnektion im Internet normalerweise nicht in einem kausalen Zusammenhang mit den tatsächlichen Kosten stünde (Gutachten WEKO 2014, Rz. 79).



Noch eindeutiger äussert sich die WEKO im Jahr 2017 im Abschnitt «Kosten für eingehenden und ausgehenden Datenverkehr». Zwecks Datenübertragung zwischen zwei Rechnern würden elektrische Signale, Lichtsignale oder Funksignale über ein Leitungsmedium ausgetauscht. Bei den jeweiligen Rechnern fielen hierbei Kosten für das Senden und Empfangen von Signalen an. Diese Kosten für die eigentliche Datenübertragung seien für den Empfang und das Senden von Datenpaketen annähernd symmetrisch. Es seien zudem auch keine Studien ersichtlich, welche von relevanten Kostenunterschieden hinsichtlich eingehendem und ausgehendem Datenverkehr sprächen, weshalb für die Zwecke des Gutachtens (vom 25. Oktober 2021) davon ausgegangen werde, dass solche relevanten Kostenunterschiede zwischen eingehendem und ausgehendem Datenverkehr bei der Datenübertragung zwischen zwei miteinander verbundenen Rechnern nicht bestünden. Dies spiegele sich in der Regel auch in den mit Transitanbietern geschlossenen Verträgen wider, worin nur der ausgetauschte Datenverkehr einheitlich bepreist werde. Es würden bei solchen Verträgen keine unterschiedlichen Preise für eingehenden oder ausgehenden Datenverkehr gesetzt. Die WEKO zieht daraus die Schlussfolgerung, dass eine Bepreisung von eingehendem Datenverkehr nicht durch effektive Kosten begründet werden könne, sondern vorwiegend auf die Verhandlungsmacht der jeweiligen AS zurückzuführen sei (Gutachten WEKO 2021, Rz. 71 ff.).

Die Gesuchsgegnerin hat den theoretischen Ausführungen zu Peering in Rz. 37 ff. des WEKO-Gutachtens vom 25. Oktober 2021 anlässlich ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2022 entgegengehalten, diese seien irreführend. Ausgangslage bilde die Annahme eines Zusammenschlusses zweier gleichrangiger AS, wobei die Parteien einen vergleichbaren Nutzen aus dem Zusammenschluss ziehen würden, was beispielsweise der Fall sei, wenn die Netze über eine ähnliche Kundenbasis und Infrastruktur verfügen würden, was sich wiederum in einem ausgeglichenen Verkehrsverhältnis manifestiere. Nur unter dieser Voraussetzung könne auf die Verrechnung verzichtet werden. Entgegen der Schlussfolgerung der WEKO, es bestünde keine Notwendigkeit für eine Transferzahlung, hält die Gesuchsgegnerin fest, eine derartige Kausalität existiere nicht (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 29).

Die Gesuchsgegnerin hat sich auch zum Abschnitt «Kosten für eingehenden und ausgehenden Datenverkehr» in Rz. 71 ff. des WEKO-Gutachtens vom 25. Oktober 2021 geäussert. Die ComCom weist darauf hin, dass die entsprechende Aussage unter Berücksichtigung der nunmehr auch ab Januar 2016 festgestellten Marktbeherrschung zu lesen ist.

Die Gesuchsgegnerin führt aus, die Frage, ob es relevante Kostenunterschiede zwischen eingehendem und ausgehendem Datenverkehr bei der Datenübertragung zwischen zwei miteinander verbundenen Netzwerken gibt und ob eine Bepreisung von eingehendem Datenverkehr durch effektive Kosten begründet werden kann, sei Gegenstand der laufenden behördlichen Untersuchung in Bezug auf den Zeitraum, für welchen eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom rechtskräftig festgestellt wurde. Die Aussagen der WEKO erschienen vor diesem Hintergrund rein spekulativer Natur. Die Konditionen der IP-Interkonnektion und damit auch eine mögliche Bepreisung eingehenden Datenverkehrs würden



im Wettbewerb festgelegt. Dass ein ISP, der unter mehreren Datentransporteurern auswählen könne, diesen Wettbewerb spielen lasse und bestrebt sei, möglichst vorteilhafte Konditionen zu vereinbaren, bedürfe keiner weiteren Erläuterung (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 32). Für die Bezugnahme des Parteigutachtens CRA auf die entsprechende Feststellung der WEKO wird auf Ziff. 3.2.5.3.1 beziehungsweise Rz. 48 ff. des Parteigutachtens CRA verwiesen.

3.3.4.1.5 Stellungnahme des Preisüberwachers vom 8. September 2023

Mit Schreiben vom 15. Juni 2023 ist das BAKOM an den Preisüberwacher gelangt und hat diesen um eine Stellungnahme im Sinne von Art. 15 PüG gebeten. Gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} PüG wurde über die vorliegend durch die ComCom vorzunehmende Preisbeurteilung orientiert. Als Beilage wurde überdies die vorläufige Einschätzung zur Streitsache (Orientierungsschreiben vom 15. Juni 2023) zugestellt, welche das BAKOM als Instruktionsbehörde erstellt hat. In Bezug auf die relevanten Kosten wurden unter anderem die Positionen der Parteien zusammengefasst und festgehalten, dass die Instruktionsbehörde der ComCom vorschlagen wird, bei der Berechnung des strittigen Preises auf die Kosten der IP-Plus-Plattform abzustellen. Die Kosten der Connectivity-Plattform und des Kernnetzes seien als nicht relevant zu qualifizieren. Als Folge seien die Kostennachweise dahingehend anzupassen, dass die Kosten für diese beiden Plattformen weggelassen werden. Im Weiteren wegzulassen seien die Kosten der internationalen Standorte und Anbindungen, da sie im vorliegend strittigen Vertragsverhältnis keine Rolle spielten. Das Peering finde in einem nationalen Kontext statt. Ohne den Entscheid der ComCom vorwegnehmen zu wollen, wurden die aus den Anpassungen resultierenden Preise denjenigen der Gesuchsgegnerin für die Jahre 2013 – 2017 und 2023 entgegengesetzt. Unter Berücksichtigung der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 7. März 2024, mit welcher diese die Notwendigkeit einer Preisverfügung für das Jahr 2023 verneinte, präsentierte das BAKOM dem Preisüberwacher potentiell zu verfügende Preise, welche im Durchschnitt für die fünf Jahre 2013 – 2017 90.004% tiefer wären, als jene, welche die Gesuchsgegnerin begehrt.

Der Preisüberwacher hat am 8. September 2023 Stellung genommen. Seine Empfehlung lautet wie folgt:

«Gestützt auf Art. 15 PüG nimmt der Preisüberwacher zur geplanten Preisfestsetzung wie folgt Stellung:

- Der Preisüberwacher empfiehlt der ComCom, den vom BAKOM vorgenommenen Anpassungen bei der Berechnung der Peering-Kosten der Swisscom (nur Abstellen auf Kosten der IP-Plus-Plattform) zu folgen;
- Der Preisüberwacher empfiehlt, die Verrechnung der Swisscom anhand von P95 Werten in Interconnect Peering Verträgen zu prüfen und die Beurteilung im Entscheid zu begründen.



Aktenzeichen: OS 41-00017

- Der Preisüberwacher empfiehlt, sicherzustellen, dass die Berechnung des WACC für 2023 der Methode folgt, die die ComCom in ihrem Entscheid vom 11. April 2023 festgelegt hat.»

Der Preisüberwacher nimmt ebenfalls Anmerkungen vor, aus welchen Schlussfolgerungen in Bezug auf die vorliegend in Frage stehenden relevanten Kosten im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV abgeleitet werden können. Er unterstützt die Einschätzung des BAKOM, die auch dem Parteigutachten WIK entspreche, wonach Peering-Verkehr vom Netzwerk der Gesuchstellerin zum Netzwerk der Gesuchsgegnerin entstehe, wenn Nutzer der Gesuchsgegnerin Inhalte abrufen, auf die über das Netzwerk der Gesuchstellerin zugegriffen werden könne. In Bezug auf die potentiell zu verfügbaren Preise hielt der Preisüberwacher fest, dass, infolge der Preisanpassungen des BAKOM die Preise je nach Jahr zwischen 85% und 94% sinken. Der Preisüberwacher begrüsst die Anpassungen des BAKOM. Faktisch würde damit dem Anliegen der Gesuchstellerin Rechnung getragen, dass die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten anrechenbaren Kosten des IP-Peerings weitgehend von dieser selbst getragen würden beziehungsweise aus den Einnahmen ihrer Endkunden finanziert werden müssten.

Grundsätzlich merkt er an, dass die Beträge im Vergleich zu den Kosten in den Telekommunikationsnetzen relativ gering seien. Der Preisüberwacher folgert daraus, dass es im vorliegenden Fall a priori eher um eine Grundsatzfrage zum Peering-Vertragsmodell der Gesuchsgegnerin gehe als um die Höhe des Preises. Die zentrale Frage sei also, ob zwischen den Interkonnektionspartnern überhaupt ein Preis verrechnet werden dürfe oder nicht. Auch wenn diese Frage im Orientierungsschreiben des BAKOM nicht beantwortet würde, könne jedoch aus dem Umstand, dass Preise verfügt werden sollen, geschlossen werden, dass die Instruktionsbehörde im Verrechnen von Kosten für das IP-Peering a priori keinen grundsätzlichen Verstoß gegen das Fernmeldegesetz erachte. Das von der Gesuchstellerin geforderte «Zero Settlement Peering» wäre in diesem Sinne eine möglicherweise zulässige, aber fernmelderechtlich nicht zwingende Regelung. Der Preisüberwacher empfiehlt der ComCom, in ihrem Entscheid ihre diesbezüglichen Erwägungen offenzulegen, um Rechtssicherheit zu schaffen.

Im Weiteren hält der Preisüberwacher fest, dass er sich vorliegend zu der ihm vom BAKOM vorgelegten Preisbewertung äussere. Aus seiner Empfehlung könne aber keine grundsätzliche Zustimmung zum Peering-Settlement der Gesuchsgegnerin für den Datenaustausch im Rahmen des Interconnect Peering abgeleitet werden.

Die Gesuchsgegnerin hat sich im Rahmen ihrer Schlussbemerkungen vom 31. Oktober 2023 sowohl zu den angedachten Anpassungen des BAKOM an den Kostennachweisen, welche aus dem Orientierungsschreiben vom 15. Juni 2023 hervorgehen, als auch zur Stellungnahme des Preisüberwachers vom 8. September 2023 geäußert. Die Gesuchsgegnerin bemängelt, dass das BAKOM die vorgenommenen Anpassungen mit dem Hinweis rechtfertige, dass einzig die IP-Plus-Plattform das relevante Inkrement für die Bestimmung der langfristigen Durchschnittskosten wäre. Diese Auffassung stehe im Widerspruch zu den



Aktenzeichen: OS 41-00017

Vorgaben im FMG und in der FDV. Die Kosten der Connectivity-Plattform und die Kosten des Kernnetzes seien richtigerweise ebenfalls zu berücksichtigen.

Darüber hinaus äussert sich die ComCom nicht zur von der Gesuchsgegnerin in Frage gestellten und vorliegend irrelevanten Definition des Begriffs «Inkrement» beziehungsweise der «inkrementellen Kosten». Entscheidrelevant ist einzig, welche relevanten Kosten im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV für einen zu verfügbaren Zugangspreis Berücksichtigung finden können (vgl. zum Ganzen Schlussbemerkungen GG Oktober 2023, Rz. 17 ff.).

Die konkrete Stellungnahme zu jener des Preisüberwachers (vgl. Schlussbemerkungen GG Oktober 2023, Rz. 31 ff.) enthält lediglich Wiederholungen bereits aufgeführter Argumente der Gesuchsgegnerin zu den relevanten Kosten. Auf eine erneute Nennung wird verzichtet.

Die Gesuchstellerin wiederum vertritt in den Schlussbemerkungen vom 13. November 2023 die Meinung, dass die Darstellung des Preisüberwachers nicht als Zustimmung zur Verrechnung eines Preises zu verstehen sei. Wie schon mehrfach dargelegt, sei sie vielmehr der Auffassung, dass der zu verrechnende Preis null sei (Schlussbemerkungen GS November 2023, Rz. 4 f.). Zudem würde der Preisüberwacher auf Rz. 145 ff. des Parteigutachtens WIK verweisen und schlussfolgern, dass es ausschliesslich symmetrische Kosten für die Darstellung der Interkonnektionsschnittstelle gäbe (Schlussbemerkungen GS November 2023, Rz. 8). Die weiteren Ausführungen der Gesuchstellerin entsprechen sinngemäss ebenfalls den bereits genannten Argumenten beziehungsweise können vorliegend vernachlässigt werden.

3.3.4.1.6 Erwägungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 äussert sich grundsätzlich nur zur Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin. In E. 9.3.1.2 werden dennoch Anmerkungen vorgenommen, welche vorliegend in Bezug auf die in Frage stehende Kausalität der relevanten Kosten Berücksichtigung finden könnten. Es wird entsprechend festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin den asymmetrischen Zugang zu ihrem Netz durch die Reduktion der Ratio von 5:1 auf 2:1 stärker eingeschränkt und damit begonnen hat, Preise für eine asymmetrische Datennutzung einzuführen beziehungsweise durchzusetzen. Wie die WEKO gemäss Bundesverwaltungsgericht in ihrem Fachbericht II zu Recht ausführt, kann die Erhöhung des Datenvolumens nicht als Rechtfertigung für die stärkere Bepreisung des asymmetrischen Datenaustausches dienen, da die Kosten für das bereitzustellende Datenvolumen unabhängig davon anfallen, ob der Datenverkehr symmetrisch oder asymmetrisch ist. Weiter stimmt das Bundesverwaltungsgericht der WEKO zu, wenn diese ausführt, die Gesuchsgegnerin bepreise nur die Asymmetrie des Datenverkehrs und berücksichtige die Mengenausdehnung bei der Preissetzung gerade nicht. Auch ist nicht zu verkennen, dass die Gesuchsgegnerin die Ratio sowohl gegenüber Fernmeldediensteanbietern mit grossem Datenvolumen als auch gegenüber solchen mit kleinem Datenvolumen geändert hat und die tatsächlich ausgetauschte Datenmenge, für welche die Kosten entstehen, bei der Preisfestsetzung nicht berücksichtigt.



3.3.4.2 Würdigung der relevanten Kosten

Die Ausführungen der Parteien lassen sich auf einige Hauptargumente zusammenfassen. Sämtliche weiteren Ausführungen werden durch diese konsumiert oder gereichen nicht, um daraus etwas zu Gunsten der jeweiligen Partei abzuleiten.

Die Gesuchstellerin stellt sich demnach auf den Standpunkt, dem IP-Peering seien nur diejenigen Kosten zuzuweisen und der Peeringpartnerin in Rechnung zu stellen, die mit der direkten Zusammenschaltung der beiden Netze entstehen. Peering führe deshalb in der Konsequenz zu gleichem Aufwand auf beiden Seiten und dadurch bedingt beidseitig gleichen Kosten, weshalb sich ein gegenseitiges in Rechnung stellen erübrige. Weiter sei unklar, welcher Vertragspartner aus dem Datenaustausch einen grösseren Vorteil ziehe. Weder die Ratio noch die Verkehrsasymmetrie seien relevante Kostenfaktoren und insofern nicht kausal im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV. Letzteres, da die erforderliche Infrastruktur dieselbe sein müsse, unabhängig davon, in welche Richtung der Datenverkehr fliesse. Zudem seien die Kosten für den Internetzugang von den jeweiligen Endkunden zu tragen, die Inhalte abrufen. Die Gesuchsgegnerin verkaufe diesen schliesslich explizit Zugänge mit entsprechender Bandbreite. Würden die Kosten der Gesuchstellerin überbürdet, erhielte die Gesuchsgegnerin eine doppelte Entschädigung.

Die Gesuchsgegnerin wiederum geht im Gegenteil davon aus, dass nicht nur die Kosten der direkten Netzzusammenschaltung relevant seien. Vielmehr seien durch die Peeringpartnerin auch Kosten zu tragen, die mit der Bereitstellung des Internetzugangs für die Endkunden in Zusammenhang stünden. Die Kunden der Gesuchstellerin seien mit ihren angebotenen Diensten und Inhalten für die übersandten grossen Datenmengen verantwortlich. Diese würden nicht sparsam und wirtschaftlich mit den Netzkapazitäten umgehen, weshalb die Gesuchsgegnerin zu Investitionen in den Netzausbau gezwungen werde, um den zusätzlichen Datenverkehr ihren eigenen Endkunden zustellen zu können. Die Asymmetrie des Verkehrsflusses sei insofern ursächlich für die entstehenden Kosten ihres Netzes. Korrekterweise könnten nur ausgeglichene Datenströme auch zu ausgeglichenen Kosten führen. Die Ratio erlaube eine dahingehende Kontrolle. Bezogen auf ihre Kostennachweise macht sie geltend, ihre Definition des Dienstes «Interconnect Peering» entspreche den gesetzlichen Anforderungen.

Strittig sind folglich insbesondere die relevanten Kosten eines direkten Netzzusammenschlusses sowohl in Genf als auch in Zürich zwischen zwei ebenfalls inländischen Netzbetreiberinnen. Verweise auf internationale Verhältnisse fliessen in die Entscheidungsfindung der ComCom ein, sind jedoch vorliegend ebenfalls nicht zentral. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff «Kostenorientierung» nicht grundsätzlich einem Preis «Null» entgegensteht (vgl. Duplik GG 2013, Rz. 28, 5). Der Gesuchsgegnerin gelingt es nicht, aus einer blossen Ungewöhnlichkeit, etwas zu ihren Gunsten abzuleiten. Sind sämtliche in Zusammenhang mit dem Zugang stehenden Kosten nicht relevant, so orientiert sich der Zugangspreis konsequenterweise auch an dieser Tatsache. Die Ausführungen der Gesuchsgegnerin hätten zur Folge, dass nie ein Preis «Null» und stets ein positiver Preis verfügt werden müsste.



Die ComCom hält fest, dass für eine störungsfreie Funktionsweise und hohe Qualität der Endkundendienste die Kapazität zweier Netzwerke und insbesondere beider Seiten von Interkonnektionsschnittstellen dergestalt dimensioniert sein muss, dass die Verarbeitung anfallenden Datenverkehrs jederzeit gewährleistet ist. Insofern kann bereits in technischer Hinsicht nicht auf eine von der Gesuchsgegnerin behauptete Relevanz asymmetrischer Datenströme für die Begründung kausaler Kosten im Sinne von Art. 54 Abs. 1 FDV geschlossen werden. Genauso ist irrelevant, ob sich die Asymmetrie lediglich auf die Richtung der übersandten Daten oder, unter der Voraussetzung gleicher Kapazitäten beider Netzwerke, die Datenmenge bezieht. Den dahingehenden Ausführungen der Gesuchstellerin, insbesondere Rz. 66 ff. des Parteigutachtens WIK, aber auch der WEKO in Rz. 71 ff. des Gutachtens vom 25. Oktober 2021 und den entsprechenden Anmerkungen des Bundesverwaltungsgerichts in E. 9.3.1.2 des Urteils A-5235/2018 vom 22. April 2020 wird zugestimmt. Die Gesuchsgegnerin repliziert auf derartige Feststellungen der Gesuchstellerin jeweils in unterschiedlicher Ausformulierung aber in der Konsequenz immer gleich. Exemplarisch geht dies beispielsweise aus der unter Ziff. 3.3.4.1.3 bezeichneten Replik der Gesuchsgegnerin vom 29. Januar 2021 hervor. Nicht allein die Kosten von Interkonnektionsschnittstellen beziehungsweise Ports seien vorliegend relevant, sondern ergäbe sich der Zweck der Zusammenschaltung überhaupt erst daraus, dass der Zugang zu den Endkunden hergestellt würde. An den Datenströmen zwischen (ihren) Endkunden und CAP (als Kunden der Gesuchstellerin) seien sodann beide Seiten beteiligt, entsprechend seien auch die Kosten zu je 50 % von beiden Seiten zu tragen. Darüber hinaus würden CAP ihre Angebote intensiv bewerben beziehungsweise wären diese ohne die Zugriffe der Endkunden der Gesuchsgegnerin gar nicht monetarisierbar. Es liesse sich darum mit guten Gründen argumentieren, dass vielmehr die CAP und nicht die Endkunden die Datentransfers veranlassen würden. In der Folge käme es zu rasant steigenden Datenmengen, was die Gesuchsgegnerin wiederum zu kostspieligen Ausbauten ihrer Infrastruktur zwingt (vgl. insb. Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 2 ff., 49, 51 ff. und Rz. 90). Dies widerspricht aus Sicht der ComCom den realen Tatsachen und versucht eine Kostenverursachung und Kostenallokation zu begründen, die weder technisch, juristisch noch ökonomisch haltbar ist.

Im vorliegend strittigen Kontext der Übersendung grösserer Datenmengen von CAP an Endkunden der Gesuchsgegnerin ist relevant, von welchen dem Netzwerk einer Partei zurechenbaren Akteuren die Übersendung initialisiert wird. Selbstverständlich haben CAP wie beispielsweise Netflix, Zattoo oder Youtube, wie von der Gesuchsgegnerin korrekt vorgebracht (Stellungnahme GG, Januar 2021, Rz. 2 ff.), ein Interesse an den Zugriffen der Endkunden der Gesuchsgegnerin. Dies ist jedoch weder verwerflich, noch ändert es etwas daran, dass in technischer Hinsicht eine initiale datentechnisch geringe Anfrage der Eyeballs beziehungsweise der Endkunden der Gesuchsgegnerin erforderlich ist, um datenintensive Dienste und Inhalte von CAP aus dem Netzwerk der Gesuchstellerin abzurufen. Ohne entsprechende Anfrage fliessen nahezu keine Daten in Richtung der Endkunden der Gesuchsgegnerin. In juristischer Hinsicht leisten die Endkunden der Gesuchsgegnerin dieser ein Entgelt für ihre Internetanschlüsse und erhalten als Gegenleistung die weltweite Konnektivität mit dem Internet. Der Zugriff auf Dienste und Inhalte von CAP ist damit beziehungsweise im Rahmen der Preiskalkulation der Endkundenangebote der Gesuchsgegnerin bereits abgegolten. Dass Datenverkehr auch für CAP zu Kosten führen kann, indem auch



diese entweder direkt in den Ausbau ihrer Infrastruktur investieren oder Entgelte an ISP leisten und CAP entsprechend ebenfalls ein Interesse daran haben, keinen unnötigen Datenverkehr zu produzieren, vernachlässigt die Gesuchsgegnerin. Genauso blendet sie zuweilen aus, dass die vorliegend zu beurteilende Frage ein Mehrparteienverhältnis betrifft und nicht nur mit Blick auf das Verhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin beurteilt werden kann. Sowohl der Verweis darauf, dass beide Seiten an den Datenströmen beteiligt und deshalb auch die Kosten zu je 50 % von beiden Seiten zu tragen seien (Stellungnahme GG Januar 2021, Rz. 90), als auch die Bemühung des zivilrechtlichen Grundsatzes «do ut des» (Duplik GG 2013, Rz. 28, 5), geht vorliegend, insbesondere unter Berücksichtigung der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin, fehl. Den dahingehenden Ausführungen der Gesuchstellerin beziehungsweise Rz. 21, 57 ff. des Parteigutachtens WIK kann zugestimmt werden. Darüber hinaus wird darauf verwiesen, dass auch der Preisüberwacher die Einschätzung stützt, dass vorliegend Peeringverkehr entsteht, sofern Nutzer der Gesuchsgegnerin das Abrufen von Inhalten über das Netz der Gesuchstellerin initialisieren.

Aus ökonomischer Sicht gilt es sodann bezüglich der Kosten eines Netzes festzuhalten, dass diese durch Faktoren wie die geografische Nähe der Netzzusammenschaltungspunkte zu den Endkunden oder eine Mindestverkehrsmenge die zwischen zwei Netzen ausgetauscht wird, beeinflusst werden können. Eine Ratio hingegen hat genauso wie die Asymmetrie des Datenflusses keinen Einfluss auf die Kosten. Die Gesuchsgegnerin begründet die Einführung der Ratio und die dadurch abgeleitete Bepreisung asymmetrischer Verkehrsmengen unter anderem damit, dass die Gesuchstellerin tiefere Netzkosten aufweise. Selbst wenn dies zutreffen würde, könnte die Gesuchsgegnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Würden der Gesuchstellerin effektiv tiefere Netzkosten für die Bewältigung des Datenverkehrs anfallen als der Gesuchsgegnerin, so müsste man konsequenterweise zum Schluss gelangen, dass ein ausgeglichenes Verkehrsverhältnis ohne gegenseitiges in Rechnung stellen zu einer Schlechterstellung der Gesuchstellerin führen würde. Sie würde der Gesuchsgegnerin hypothetisch tiefere kostenorientierte Preise in Rechnung stellen und dem Verkehrsfluss von der Gesuchsgegnerin zur Gesuchstellerin käme finanziell mehr Gewicht zu. Ein ausgeglichenes Verkehrsverhältnis hätte demnach eine Situation mit einer Kostenasymmetrie zu Ungunsten der Gesuchstellerin zur Folge. Die Argumentation der Gesuchsgegnerin lässt sich in diese hypothetischen Überlegungen nicht schlüssig einbetten. Vielmehr wird deutlich, welchen subjektiven Nutzen die Gesuchsgegnerin der direkten Verbindung mit der Gesuchstellerin zumisst. Ein solcher kann jedoch nicht Grundlage einer regulatorischen Kostenallokation bilden. Wie die Gesuchsgegnerin richtigerweise festhält, kann sich die ComCom auch nicht auf detaillierte Preisentscheidungen der Marktteilnehmer abstützen (Herleitung KONA 2013 – 2016, Rz. 6). Darüber hinaus folgt die Relevanz der Kosten auch nicht basierend auf den aus strategischen oder betrieblichen Überlegungen definierten Diensten der Gesuchsgegnerin. Die ComCom hat für ihren Entscheid auf theoretische Überlegungen im «Als-ob-Wettbewerb» zurückzugreifen.

Aus einer wettbewerblichen Betrachtung unter den Annahmen des vollständigen Wettbewerbs ergeben sich demnach folgende Überlegungen: Angenommen, die Gesuchstellerin hätte eine Dienste- oder Inalteanbieterin als Kundin in ihrem Netz, deren Angebot bei den



Internetzugangskunden der Gesuchsgegnerin auf rege Nachfrage stösst. Ohne direktes Peering können die Internetzugangskunden die entsprechenden Inhalte nur via Transitverbindungen der Gesuchsgegnerin abrufen. Dies führt zu Kosten für die Gesuchsgegnerin, da sie für den über die Transitverbindungen übersandten Datenverkehr, unabhängig der Richtung, ein Entgelt zu bezahlen hat. Zudem kommt es aufgrund des Umwegs über die Transitanbieterin potentiell zu einer Qualitätsverschlechterung des Angebots. Aufgrund transparenter Informationen, ist es den Internetzugangskunden möglich, nachzuvollziehen, dass das Fehlen eines Peeringabkommens beziehungsweise einer direkten Verbindung zwischen den Netzen der beiden Parteien ursächlich für die verminderte Qualität ist. Als Konsequenz werden sie ihre Internetzugangsanbieterin unter der Annahme eines funktionierenden Wettbewerbs wechseln, sofern sie den Dienst nicht in gewünschter Qualität über den Internetzugang ihrer bisherigen Anbieterin konsumieren können. Eine hypothetische effiziente Internetzugangsanbieterin im funktionierenden Wettbewerb würde demnach mit Netzen, die gefragte Inhalte zu ihrem Kundenkreis zählen und von welchen die Endkunden der Internetzugangsanbieterin grössere Datenmengen beziehen, eine Peeringverbindung anstreben. Dadurch könnte sie ihren eigenen Endkunden sowohl einen qualitativ hochwertigeren Internetzugangsdienst anbieten, als auch ihre Ausgaben für Transitentgelte reduzieren.

Ein ähnliches Fazit folgt auch aus einer Produktbetrachtung. Die Gesuchsgegnerin gewährleistet ihren Endkunden gegen ein Entgelt den Zugang zum weltweiten Internet mit einer bestimmten Bandbreite. Als das Gesuch am 28. März 2013 eingereicht wurde, waren Internetzugänge, insbesondere auch technologiebedingt, darauf ausgelegt, dass aus Endkundensicht mehr Daten herunter- als hochgeladen werden. Man kann demnach argumentieren, die verkauften Dienstleistungen waren so dimensioniert, dass ein Anreiz für die Endkunden der Gesuchsgegnerin bestand, Daten aus anderen Netzen zu beziehen. Dies gilt grundsätzlich auch für die neueren symmetrisch ausgestalteten Internetzugänge. Die immer höheren Bandbreiten signalisieren Endkunden klar, dass sie grössere Datenmengen aus dem Internet beziehen können beziehungsweise sollen und diese ohne grösseren Zeitaufwand auf ihren Endgeräten zur Verfügung stehen. Gleichzeitig wird eine Grundlage geschaffen, dass Endkunden mehr Daten hochladen können.

Aus dieser theoretischen wettbewerblichen Betrachtung folgt, dass die Kosten, die durch die Bereitstellung des Zugangs zum Internet entstehen, dem Dienst «Internetzugang» zuzuordnen sind. Ohne Interkonnektion könnte die Gesuchsgegnerin keine Endkundendienste verkaufen. Interkonnektion stellt demnach eine notwendige Vorleistung für die Endkundendienste dar, deren Kosten von den Endkunden zu tragen sind. Der von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Dienst «Interconnect Peering» lässt sich in einem wettbewerblichen Umfeld ohne Marktbeherrschung nicht rechtfertigen. Dies gilt umso mehr unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die durch eingehenden Transitverkehr im eigenen Netz anfallenden Kosten nicht einem Transitanbieter verrechnet werden können. Diesfalls steht für die Zuordnung der Kosten ebenfalls einzig der Dienst «Internetzugang» zur Verfügung. Folglich ist es widersprüchlich, einem Peeringpartner für eine kostengünstigere, qualitativ bessere Verbindung, die dasselbe Datenaufkommen verursacht wie der vergleichsweise herangezogene Transitzugang, einen Teil der Kosten anlasten zu wollen. Auch aus einer



ökonomischen Betrachtungsweise folgt, dass die der Gesuchstellerin angelasteten Kosten nicht kausal in einen Zusammenhang mit der direkten Zusammenschaltung der beiden Netzwerke gebracht werden können, sondern vielmehr der Bereitstellung des Zugangs zum Internet für die Endkunden zuzurechnen sind.

Insgesamt kommt die ComCom zum Schluss, dass vorliegend die Endkunden der Gesuchsgegnerin den in Frage stehenden Datenverkehr initialisieren. Weder die Asymmetrie des Datenverkehrs noch eine Ratio sind kostenrelevant. Peering führt zu keinen bezifferbaren relevanten ökonomischen Zusatzkosten, welche nicht bereits durch die Entgelte der Endkunden für deren Internetanschlüsse abgegolten sind. Die von der Gesuchsgegnerin den Plattformen IP-Plus, Connectivity und Kernnetz zugewiesenen Kosten, können in keinen gemäss Art. 54 Abs. 1 FDV kausalen Zusammenhang mit dem vorliegend zu gewährenden Peering im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG gebracht werden. Der kostenorientierte Preis für Peering entspricht CHF 0.00 (pro Mbps P95/monatlich).

Die ComCom würdigt damit die Empfehlung des Preisüberwachers in dessen Stellungnahme vom 8. September 2023 unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich dieser ausdrücklich nur zur ihm durch das BAKOM vorgelegten Preisbewertung äusserte. Miteinbezogen in die Überlegungen der ComCom wurde jedoch unter anderem auch der Verweis des Preisüberwachers darauf, dass aus seiner Empfehlung keine grundsätzliche Zustimmung zum Peering-Settlement der Gesuchsgegnerin für den Datenaustausch im Rahmen des Interconnect Peering abgeleitet werden könne. Auch hat der Preisüberwacher der ComCom empfohlen, in ihrem Entscheid ihre Erwägungen zur Zulässigkeit von Zero Settlement Peering offenzulegen, was vorliegend umgesetzt wurde.

3.3.5 Behauptete adverse Effekte eines regulierten Zero Settlement Peering

Die Gesuchsgegnerin beziehungsweise die Autoren des Parteigutachtens CRA machen geltend, ein reguliertes Settlement-Free Peering beziehungsweise in ihren Worten ein «Gratiszugang» sei letztlich schädlich für die Endkunden (Parteigutachten CRA, Rz. 129 f.).

3.3.5.1 Endkundenpreise und Interkonnektion würden zusammenhängen

Das Parteigutachten CRA hält fest, eine wesentliche Aufgabe eines ISP bestehe in der Anbindung von Endkunden an das Internet, wodurch dem ISP sowohl Kosten als auch Erträge entstünden. Werde der Datenverkehr der Endkunden über einen Transitanbieter abgewickelt, so fielen hierfür in der Regel Transitentgelte proportional zum Umfang des abgewickelten Datenverkehrs an. In jenem Umfang, in dem Endkunden Transitverkehr verursachen, entstünden ihren jeweiligen Internetanbietern demzufolge variable Interkonnektionskosten aus der Anbindung dieser Endkunden. Nahezu alle ökonomischen Marktmodelle würden davon ausgehen, dass variable Kosten und Kosteneinsparungen zumindest anteilig an die Endkunden weitergegeben würden (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 131 ff.).

Dass Endkundenpreise und IP-Interkonnektion zusammenhängen wird auch von der ComCom nicht bestritten. Nicht eingegangen wird von den Autoren des Parteigutachtens CRA



hingegen auf die Tatsachen, dass Transit und Peering für einen ISP Vorleistungen darstellen, um den eigenen Endkunden Internetzugänge anzubieten (vgl. Ziff. 3.2.5.3.1) und damit ihr Kerngeschäft, den Verkauf der Dienstleistung Internetzugang an Endkunden, überhaupt zu ermöglichen. Da die Interkonnektion mit anderen Worten eine Vorleistung für Endkunden darstellt, ohne die keine Endkundendienste angeboten werden könnten, sind die entsprechenden Kosten auch von den Endkunden zu tragen. Diese Einschätzung stützt sowohl die WEKO, indirekt der Preisüberwacher und wird auch im Parteigutachten WIK vertreten.

Die Autoren des Parteigutachtens CRA basieren ihre Aussagen zu den adversen Effekten eines «Gratiszugangs» auf einem Modell, welches grundlegende Gegebenheiten vermissen lässt. So werden die Kosten des Internetzugangs im Benchmark-Szenario formal einzig durch das Transitentgelt dargestellt. Die Kosten für die Zuführung des Verkehrs zur Transitschnittstelle (im Modell der Gesuchsgegnerin würde dies den Plattformen Kernnetz, Connectivity und IP-Plus entsprechen) werden ausgeblendet. Diese Kosten müssten jedoch zwingend ebenfalls in die Überlegungen miteinbezogen werden und würden zu einer massgeblichen Veränderung der Schlussfolgerungen führen. Dies insofern, dass jeder rational und ohne verborgene Absichten handelnde ISP das Mittel des Settlement-Free Peering nutzen würde, um seinen Endkunden einen kostengünstigeren und qualitativ besseren Internetdienst anbieten zu können. Ausgehend von einem Benchmark mit 100% Transitverkehr (im Austausch mit anderen Netzen) sind die Kosten für die Abwicklung des Datenverkehrs zwischen Endkunden und Interkonnektionsschnittstellen vorgegeben. Sie stellen die Grundkosten des Netzes dar. Im bezeichneten Szenario mit 100% Transitverkehr ergeben sich die Gesamtkosten aus diesen Grundkosten und den Transitkosten. Mittels Peering können die (Transit-)Kosten für den Internetzugang für beide Seiten der Interkonnektion reduziert werden. Die Grundkosten bleiben bestehen. Voraussetzung für entsprechende Einsparungen ist, dass die Übergabepunkte geographisch nahe bei den zentralen Konzentrationspunkten der Endkundenverbindungen liegen und ein bestimmtes minimales Verkehrsaufkommen zwischen den zwei Netzen besteht, so dass Einsparungen bei den Transitkosten die Kosten der direkten Verbindung überwiegen. Aufgrund der Einsparungen können die Endkundenpreise gesenkt oder Internetzugänge ausgebaut werden. Sämtliche anderen Nutzen- und Verhandlungsbetrachtungen mögen in der Realität zu beobachten sein, sie werden jedoch grundsätzlich durch andere Überlegungen getrieben und sind nicht durch die eigentlichen Kosten der Netzzusammenschaltung beeinflusst. Dies gilt beispielsweise für den Schutz des eigenen TV-Dienstes gegenüber alternativen Angeboten, welche von Endkunden über das Internet abgerufen werden können.

3.3.5.2 Paid Peering führe zu Pass-On der Einspeiseentgelte an Endkunden

Wiederum basierend auf dem bereits bezeichneten Modell mit fehlenden relevanten Gegebenheiten, kommen die Autoren des Parteigutachtens CRA zum Schluss, dass die aus einer Paid Peering-Vereinbarung resultierenden Einnahmen an die Endkunden weitergeleitet würden (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 135 ff.). Abgesehen davon, dass die Kosten für die Abwicklung des Datenverkehrs zwischen Endkunden und Interkonnektionspunkt nicht berücksichtigt werden, baut auch diese Schlussfolgerung auf lückenhaften beziehungsweise nicht plausiblen Annahmen auf. Kern der Schlussfolgerung bildet die Annahme, dass das im Modell als «Netz B» bezeichnete Netzwerk dasselbe Entgelt in Form



von Paid Peering an das «Netz A» bezahlt, welches es von der Contentanbieterin «C» erhält. Dies blendet die Netzkosten von «Netz B» aus und es wird der Anschein erweckt, «Netz B» entstünden keine Kosten für seine Leistungen und es müsste keine Kapazitäten bereitstellen. Grundproblematik dieser Ausführungen stellt die Annahme dar, dass eine Vorleistung zur Herstellung weltweiter Internetkonnektivität für die eigenen Endkunden durch ein anderes Netz finanziert werden soll. Mit anderen Worten vertreten die Autoren des Parteigutachtens CRA die Ansicht, dass Kosten, welche im Falle von Transitverbindungen von den Endkunden getragen werden müssen, an ein anderes Netz ausgelagert werden können, sofern durch eine direkte Verbindung mit möglichst geografisch naher Verkehrsübergabe und einer bestimmten minimalen Verkehrsmenge bereits Kosten eingespart werden konnten. Dies hätte allerdings zur Folge, dass «Netz A» in zweifacher Hinsicht profitieren würde, was höchstens für eine marktbeherrschende Anbieterin der Fall sein könnte. Wie bereits dargelegt, widerspricht dies einer plausiblen Betrachtungsweise und qualifiziert für die ComCom nicht als Regulierungsansatz.

Überdies hat auch die WEKO im Rahmen ihrer das Gutachten vom 25. Oktober 2021 ergänzenden Stellungnahme vom 15. Januar 2024 und in Bezug auf die Marktstellung der Gesuchsgegnerin festgehalten, dass die Schlussfolgerungen des Parteigutachtens CRA auf der falschen Prämisse beruhen, dass es zu einer Umverteilung zwischen den beiden Kundengruppen Content Provider und Endkunden käme (Stellungnahme WEKO 2024, Rz. 57 ff.).

3.3.5.3 Kostenfreier Netzzugang führe zu «Windfall Gain» statt Effizienz

Die Autoren des Parteigutachtens CRA bringen weiter vor, dass im Falle eines regulatorisch vorgeschriebenen und unbeschränkten Zero Settlement Peerings ein unregulierter ISP («Netz B») beliebig asymmetrischen Datenverkehr unentgeltlich in das Netz des regulierten ISP («Netz A») einspeisen könne. Dadurch würde die Effizienz des regulierten ISP reduziert und dem unregulierten ISP entstünden keine Anreize, Effizienzgewinne weiterzugeben (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 143 ff.).

Da auch diese Schlussfolgerungen auf dem bezeichneten fehlerhaften Modell beruhen, taugen sie nicht, um daraus etwas zu Gunsten der Gesuchsgegnerin ableiten zu können. Einmal mehr wird ausgeblendet, dass Contentanbieter als Endkunden in «Netz B» zu betrachten sind und diese als solche die Netzkosten von «Netz B» mittragen. Da die Contentanbieter ihrerseits kapazitätsabhängige Entgelte an ihre Internetzugangsanbieter bezahlen, verfügen sie entgegen den Vorbringen im Parteigutachten CRA durchaus über Anreize, ihr Verkehrsaufkommen möglichst effizient zu halten beziehungsweise Kompressionsverfahren weiterzuentwickeln. Zudem wird ausgeblendet, dass es dem regulierten «Netz A» jederzeit offensteht, dem «Contentanbieter C» eine direkte Anbindung anzubieten. Dies wird entsprechend attraktiver, sobald die Kosten eines konkurrierenden Netzes durch ein Paid Peering erhöht werden können. In diesem Sinne ist Paid Peering lediglich der Versuch, an den Einnahmen von Contentanbietern mitzuverdienen. Es bleibt in Erinnerung zu rufen, dass die Endkunden von «Netz A» Inhalte aus «Netz B» abrufen wollen und die direkte Verbindung mit «Netz B» die kostengünstigste Variante für «Netz A» darstellt. Entgegen



den Ausführungen im Parteigutachten CRA ist Paid Peering nicht geeignet, die gesamtwirtschaftliche Effizienz zu erhöhen. Paid Peering sorgt aufgrund gesteigerter Transaktionskosten vielmehr dafür, dass sich die gesamtwirtschaftliche Effizienz verschlechtern wird.

Die Ausführungen der Autoren des Parteigutachtens CRA widersprechen im Übrigen auch jenen der Gesuchsgegnerin, welche in Bezug auf Settlement-Free Peering mit Tier-1-Providern geltend macht, dass diese Peerings ihre eigenen Kosten reduzieren würden, auch wenn asymmetrische Verkehrsverhältnisse vorlägen und die Peeringpartner mehr Verkehr in das Netz der Gesuchsgegnerin senden würden. Weshalb dies bei einem geographisch beschränkten Peering mit nationaler Verkehrsübergabe, wie im vorliegend strittigen Fall, nicht auch zutreffen sollte, erschliesst sich der ComCom nicht.

3.3.5.4 Regulierung riskiere «Free Riding» durch Content Provider

Weiter beklagen die Autoren des Parteigutachtens CRA, dass bei einem unbeschränkten Zero Settlement Peering AS untereinander in starkem Wettbewerb hinsichtlich der Gewinnung von Content Providern stehen würden und dass dies zu einem ruinösen Wettbewerb führe (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 147 ff.).

Wie auch die WEKO in Rz. 67 der ihr Gutachten ergänzenden Stellungnahme vom 15. Januar 2024 darlegt, entbehrt diese Behauptung jeglicher Grundlage. Die WEKO hält richtigerweise fest, dass Zero Settlement Peering sowohl in der Vergangenheit als auch heute weitreichend angewendet wird und dies seit Bestehen des Internets noch nie zu einem volkswirtschaftlich ineffizienten beziehungsweise ruinösen Wettbewerb geführt hat. Das Parteigutachten CRA blendet auch an dieser Stelle die Kosten für die bereitzustellende Kapazität in «Netz B» aus. Eine Contentanbieterin, die selbst nicht AS ist, wird nie die Möglichkeit haben, unentgeltlich Datenverkehr zu generieren. Hostingangebote sind klassischerweise, wie Transitabkommen, mit Transportkapazitäten verbunden, wobei sich die Abrechnungsmodalitäten von Fall zu Fall unterscheiden können. Das «Netz B» muss die angebotenen Kapazitäten in ihrem Netz auch abwickeln können und dieses entsprechend dimensionieren. Die ComCom erachtet die vorgebrachten Bedenken als unbegründet.

3.3.5.5 Fazit

Die im Parteigutachten CRA vorgebrachten Bedenken können von der ComCom nicht nachvollzogen werden. Sind die kostentreibenden Bedingungen einer Zusammenschaltung gemäss Peering Policy, wie Anzahl und Ort der geographischen Übergabepunkte und eine Mindestmenge an Datenverkehr, erfüllt, so sind aufgrund eines Settlement-Free Peering keine adversen Effekte zu erwarten. Umgekehrt erlaubt Peering sogar eine Reduktion der gesamtwirtschaftlichen Kosten und eine Steigerung der Effizienz und Qualität. Peering ist genauso wie Transit eine Vorleistung, um eigenen Endkunden den Zugang zum Internet anzubieten. Unabhängig davon, welches Mittel genutzt wird, muss der von den Endkunden übersandte oder angeforderte Verkehr zwischen Endkunden und Interkonnektionspunkt transportiert werden. Die Kosten für diesen Transport existieren, wie bereits festgehalten, im Grundsatz unabhängig des gewählten Interkonnektionsmittels und sind daher durch die



Endkunden zu tragen. Die Verweigerung der direkten Interkonnektion aufgrund asymmetrischer Verkehrsverhältnisse lässt sich entsprechend nicht mit einer veränderten Kostenstruktur begründen.

3.4 Weitere Zugangsbedingungen

Infolge der nunmehr bejahten Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, der Gesuchstellerin auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu einem Preis von CHF 0.00 (pro Mbps P95/monatlich) Interkonnektion (Peering) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG zu gewähren, verbleibt über die weiteren in Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. c – f und lit. i des Gesuchs vom 28. März 2013 beehrten Bedingungen zu befinden.

Hauptsächlich strittig zwischen den Parteien ist beziehungsweise war stets die Frage einer Zugangsverpflichtung und insbesondere zu welchem kostenorientierten Preis eine solche zu erfolgen habe. Die Gesuchsgegnerin hat bereits im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 13. Mai 2013 zum Gesuch darauf hingewiesen, dass die im Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. a – f beehrten Bedingungen gar nicht strittig seien, sondern im Wesentlichen der Standard-Peering-Konfiguration und damit auch der Vertragsofferte der Gesuchsgegnerin vom 27. Juni 2012 entsprächen. Diese Konditionen würden von der Gesuchsgegnerin angeboten, sofern der potentielle Vertragspartner bereit sei, die Dienstleistung gemäss den reziprok geltenden vertraglichen Bestimmungen zu entschädigen. Zwischen den Parteien liege kein Dissens vor. Aus Sicht der ComCom kommt den entsprechenden Ausführungen weiterhin Gültigkeit zu. Substantiell eigenständige Vorbringen, unabhängig der jeweiligen Ausführungen zur Zugangsverpflichtung oder der Entgeltlichkeit wurden in der Folge ebenfalls nicht dargetan. Das mit Stellungnahme vom 27. Juli 2017 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gestellte Rechtsbegehren, «Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin unter den im Übrigen gleichen Bedingungen gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 Zugang mit einer Geschwindigkeit von 20 Gigabit pro Sekunde pro Leitung zu gewähren», wies die ComCom mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2017 ab. Gleichzeitig hob sie die vorsorgliche Massnahme gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 auf. Die Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2017 blieb unangefochten. Den Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. c, d und f des Gesuchs vom 28. März 2013 wird stattgegeben.

Aufgrund der bejahten Zugangsverpflichtung der Gesuchsgegnerin erübrigen sich weitergehende Erörterungen zu Ratelimiter im Sinne des Rechtsbegehrens Ziff. 1 lit. e. Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. i hingegen ist an eine Bedingung geknüpft, deren Eintritt nicht sicher ist. Darüber hinaus, kennt die im Zugangsbereich bisher ergangene Rechtsprechung keine Verpflichtung einer marktbeherrschenden Anbieterin, ihre Infrastruktur auszubauen. Gleichzeitig wäre es jedoch widersprüchlich, eine Interkonnektionspflicht aufgrund der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin anzunehmen, die für einen zeitgemässen Datenfluss notwendigen Anpassungen der Infrastrukturkapazitäten an Interkonnektionsschnittstellen jedoch auszuklammern. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der während der Dauer des vorliegenden Verfahrens und auch von der Gesuchsgegnerin anerkannten, starken Zunahme global versendeter Datenmengen. Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. e und i des Gesuchs vom 28. März 2013 wird ebenfalls entsprochen.



III Kosten

Die ComCom erhebt für Zugangsverfügungen gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 56 Abs. 4 FMG kostendeckende Verwaltungsgebühren. Diese berechnen sich nach der aufgewendeten Zeit bei einem Stundenansatz von CHF 210.00 (Art. 6 der Verordnung über die Gebühren im Fernmeldebereich vom 18. November 2020 [GebV-FMG; SR 784.106]).

Für die Verfügung vom 27. Juli 2018 wurden insgesamt 437 verrechenbare Stunden aufgewendet. Davon entfielen 26 Stunden auf die ComCom und 411 Stunden auf das BAKOM. Für die Zwischenverfügungen der ComCom vom 11. Juni 2013 und 27. Oktober 2017 wurde insgesamt bereits ein Aufwand von 38 Stunden in Rechnung gestellt, so dass für die Verfügung vom 27. Juli 2018 ein Aufwand von 399 Stunden, ausmachend CHF 83'790.00, resultierte. Hinzugerechnet wurden die Verwaltungsgebühren von CHF 42'450.00, welche die WEKO dem BAKOM für die Erstellung des Gutachtens vom 15. Dezember 2014 in Rechnung stellte. Dementsprechend wurden Verwaltungsgebühren in Höhe von CHF 126'240.00 festgesetzt.

Der Verwaltungsaufwand entstand zur Hauptsache beim BAKOM für die Instruktion des Verfahrens. Als besonders aufwändig erwiesen sich dabei die Durchführung der Marktbefragung, deren Auswertung und die anfallenden Arbeiten in Zusammenhang mit den beiden bezeichneten Zwischenverfügungen. Den Parteien nicht in Rechnung gestellt wurde der Aufwand, welcher der ComCom und dem BAKOM anfiel, um sich mit den spezifischen technischen Aspekten und den Abläufen von IP-Peering vertraut zu machen.

Gestützt auf den allgemeinen prozessualen Grundsatz, wonach die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens zu tragen haben (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3), wurden der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 27. Juli 2018 die gesamten Verfahrenskosten in Höhe von CHF 126'240.00 auferlegt. Diese Kosten sind infolge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-5235/2018 vom 22. April 2020 E. 12 neu zu verlegen.

Entgegen den Feststellungen der ComCom kam das Bundesverwaltungsgericht (E. 12) in der Sache zum Schluss, dass die Marktstellung der Gesuchsgegnerin nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen ihr und der DTAG unklar sei. Für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung im Januar 2016 sei die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschend im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren. Die Beschwerde der Gesuchstellerin wurde gutgeheissen und die Verfügung der ComCom aufgehoben.

Wie das Bundesverwaltungsgericht in E. 7.1 f. ihres bezeichneten Entscheids festhielt, hätte die ComCom nur aus triftigen Gründen von der ursprünglichen gutachterlichen Beurteilung der WEKO vom 15. Dezember 2014 abweichen dürfen. Dass entsprechende Gründe nicht vorlagen konkludierte das Bundesverwaltungsgericht in E. 11.5 desselben Entscheids. Für die vorliegende Neuverlegung der Kosten der Verfügung vom 27. Juli 2018 gilt es demnach zu berücksichtigen, dass zwar die Kosten für das Gutachten der WEKO vom 15. Dezember 2014 unabhängig der Schlüsse, welche die ComCom in der Folge aus diesem gezogen haben, entstanden wären. Dasselbe gilt für die verrechneten 399 Stunden



beziehungsweise CHF 83'790.00. Dennoch und trotz grundsätzlicher Geltung des Unterliegensprinzips ist die aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts unzulässige Würdigung des WEKO-Gutachtens durch die ComCom zu berücksichtigen. Zudem hat sich die ComCom im Rahmen der Verfügung vom 27. Juli 2018 bereits zur Marktstellung der Gesuchsgegnerin ab Januar 2016 geäußert. Aus Sicht der ComCom erscheint es unbillig, den entsprechend entstandene Verwaltungsaufwand infolge der mit vorliegender Verfügung neu beurteilten Marktstellung der Gesuchsgegnerin nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen ihr und der DTAG erneut in die Neuverlegung der Verfahrenskosten der Verfügung vom 27. Juli 2018 einzubeziehen. Es rechtfertigt sich eine pauschale Reduktion der verrechneten 399 Stunden um 10%. Der Gesuchsgegnerin werden folglich ein Aufwand von 359 Stunden beziehungsweise CHF 75'390.00 für die Ausfertigung der Verfügung vom 27. Juli 2018 auferlegt. Hinzu kommen die bezeichneten CHF 42'450.00 für die Erstellung des WEKO-Gutachtens vom 15. Dezember 2014.

Für die vorliegende Verfügung wurden insgesamt 250 verrechenbare Stunden aufgewendet. Davon entfielen 30 Stunden auf die ComCom und 220 Stunden auf das BAKOM. Das Verneinen der Kausalität (vgl. Art. 54 Abs. 1 FDV) sämtlicher von der Gesuchsgegnerin den Plattformen IP-Plus, Connectivity und Kernnetz zugewiesenen Kosten hat zur Folge, dass keine Aufwände verrechnet wurden, welche dem BAKOM für die Prüfung einer kostenorientierten Preisgestaltung im Sinne der weiteren Voraussetzungen von Art. 54 Abs. 2 FDV entstanden sind. Zu beachten ist überdies, dass die WEKO keine Verwaltungsgebühren für die Ausfertigung des Gutachtens vom 25. Oktober 2021 verrechnet (vgl. Art. 3 Abs. 3 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]).

Wiederum entstand der hauptsächliche Verwaltungsaufwand beim BAKOM für die Instruktion des Verfahrens. Besonders zeitaufwändig gestaltete sich die Durchführung und anschließende Auswertung der Markt- und Endkundenbefragung im Jahr 2021, die Verarbeitung sowohl des Parteigutachtens WIK vom 28. Oktober 2020 als auch des Parteigutachtens CRA vom 22. Juni 2023 inklusive der separaten Stellungnahme der WEKO vom 15. Januar 2024 als auch der Replik der CRA vom 6. März 2024. Hierzu wird darauf hingewiesen, dass die Einreichung des Parteigutachtens CRA durch die Gesuchsgegnerin nach Aufforderung des BAKOM vom 13. September 2023 zu Schlussbemerkungen im Nachgang zur Stellungnahme des Preisüberwachers vom 8. September 2023 erfolgte und inhaltlich auf das Gutachten der WEKO vom 25. Oktober 2021 Bezug nahm. Die Möglichkeit zu Stellungnahmen zum Gutachten der WEKO durch das BAKOM jedoch bereits mit Schreiben vom 7. Dezember 2021 gewährt und von den Parteien entsprechend genutzt wurde. Demzufolge ergibt sich aus den bezifferten 250 Stunden ein Verwaltungsaufwand für die vorliegende Verfügung von CHF 52'500.00, welche infolge Unterliegens der Gesuchsgegnerin von dieser zu tragen sind.

Insgesamt resultiert ein Verwaltungsaufwand zulasten der Gesuchsgegnerin sowohl für die neu verlegten Kosten der Verfügung vom 27. Juli 2018 als auch für die vorliegende Verfügung in Höhe von CHF 170'340.00.

Parteientschädigungen sind keine zu sprechen (Art. 64 VwVG e contrario).

Die Rechnungsstellung erfolgt mit separater Post nach Eintritt der Rechtskraft.



Aktenzeichen: OS 41-00017

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin auf transparente und nicht-diskriminierende Weise zu einem Preis von CHF 0.00 (pro Mbps P95/monatlich) nachfolgenden Zugang zu gewähren:
 - a. Datenaustausch (Peering) zwischen dem Internet Backbone AS3303 der Gesuchsgegnerin mit dem Internet Backbone AS13030 der Gesuchstellerin, sowohl für IPv4 wie auch für IPv6.
 - b. Datenaustausch (Peering) zwischen dem mobilen Netzwerk der Gesuchsgegnerin mit dem Internet Backbone AS13030 der Gesuchstellerin.
 - c. Anzahl Leitungen: 2 (Genf und Zürich).
 - d. Geschwindigkeit: Pro Leitung 10 Gigabit pro Sekunde.
 - e. Ohne jeglichen Ratelimiter.
 - f. Die Gesuchsgegnerin muss alle Prefixe wie zu anderen Peering Partnern propagieren, insbesondere auch alle More-Specific Prefixe, die für die Privatkundenbasis in Benutzung sind.
 - g. Überschreitet der ausgetauschte Traffic 50 % der Nennkapazität basierend auf der 95-percentile Messung (Monatsabrechnung), wird die Gesuchsgegnerin verpflichtet, kooperativ mit der Gesuchstellerin zusätzliche Kapazität an den branchenüblichen Interkonnektionspunkten zu erstellen. Die notwendigen Verkabelungskosten werden dabei für jeden zusätzlichen Link abwechslungsweise von der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin getragen.
2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 170'340.00 werden der Gesuchsgegnerin zur Bezahlung auferlegt.
3. Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich gegen Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Christian Martin
Präsident



Aktenzeichen: OS 41-00017

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.