

# **COMCOM interconnect-peering-verfügung-init7-vs-swisscom-2024-12-19-65f470 vom 19. Dezember 2024**

ComCom, 2024-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom\\_interconnect-peering-verfügung-init7-vs-swisscom-2024-12-19-65f470](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_interconnect-peering-verfügung-init7-vs-swisscom-2024-12-19-65f470)

FR: COMCOM interconnect-peering-verfügung-init7-vs-swisscom-2024-12-19-65f470 du 19 décembre 2024

IT: COMCOM interconnect-peering-verfügung-init7-vs-swisscom-2024-12-19-65f470 del 19 dicembre 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Verfahrensvoraussetzungen

#### **E. 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 speziell gesetzlich nicht nähere Bestimmungen enthält (Art. 1 Abs. 2 lit. d und Art. 4 VwVG).

#### **E. 1.2**

Zuständigkeit Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf 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 darge-

legt, 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-  
Aktenzeichen: OS 41-00017

13/89 sammenschaltungen sind prinzipiell auf allen Netzhierarchiestufen denkbar (MATTHIAS AM- GWERD, 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 Kurz- gutachten 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 verhin- dert werden, dass marktbeherrschende Anbieterinnen neue Konkurrentinnen mit prohibiti- ven 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 Inter- konnektionstatbestände sind zwar in der Folge geprägt durch die äusserst dynamische technologische und dadurch bedingt ökonomische Entwicklung des schweizerischen Tele- kommunikationsmarktes hinzugekommen. Die behauptete Unterscheidung der Gesuchs- gegnerin in der Eingabe vom 4. Februar 2022 (Stellungnahme GG Februar 2022, Rz. 66 f.) zwischen Datentransport- und Diensteanbieterinnen unterschiedlicher Netzhierarchiestufen ist jedoch rein technischer Natur und ändert nichts an der juristische Definition des Inter- konnektionsbegriffs. Weiterhin und wie bereits ausgeführt, wird ausschliesslich darauf ab- gestellt, 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 inhalt- lichen Eingabe vom 6. Mai 2013 zur von der Gesuchstellerin begehrten vorsorglichen Mas- snahme (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 Zugangsverfü- gung und die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, obwohl sie selber in ihrem Zu- gangsgesuch ausdrücklich festgehalten habe, dass sie der Ansicht sei, dass die Zivilge- richte (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 Vor- bringen der Gesuchsgegnerin widersprüchlich an. Im Übrigen weist die Gesuchsgegnerin die ComCom in der bezeichneten Eingabe vom

### **E. 1.3**

Verfahrensgegenstand Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind die Rechtsbeziehungen, welche eine Behörde von Amtes wegen oder auf Begehren der beteiligten Personen regeln soll (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Rz. 13 zu Art. 25). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmel- derechts 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 Um- fang 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 Verfahrensge- genstand 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 Gesuchsgeg- nerin und dem Zero Settlement Peering, welches die Gesuchstellerin verlangt, liegen. Hier-

Aktenzeichen: OS 41-00017

15/89 über sowie über die Neuverlegung der Verfahrenskosten ist unter Beachtung der verbindli- chen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-5235/2018 vom 22. April 2020 folglich erneut erstinstanzlich zu befinden.

#### **E. 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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

16/89 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, entscheidrelevanten 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 entscheidrelevanten 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.

### **E. 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 Com- Com sowohl über den Preis und die Bedingungen des von der Gesuchstellerin begehrten Peerings als auch über die Neuverlegung der Verfahrenskosten erneut erstinstanzlich.

#### **E. 1.6**

Verfahrensantrag der Gesuchsgegnerin in der Stellungnahme vom 4. Februar 2022 In ihrer Eingabe vom 4. Februar 2022 stellt die Gesuchsgegnerin den Verfahrensantrag, 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 entscheiderelevant 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

17/89 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 Com- Com 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 mit- geteilt 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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

18/89 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 Drittbeziehungsweise 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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

19/89 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) enthält. 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-Interkonnectionszugang 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 Partei-gutachten 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

20/89 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 Fernmeldediensteanbieterinnen, 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

21/89 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).

Aktenzeichen: OS 41-00017

22/89 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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

23/89 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 gegen- über einem Transitnachfrager verlangen (Gutachten WEKO 2021, Rz. 44). Daran an- schliessend legt die WEKO dar, inwiefern die Struktur des Internets aus ihrer Sicht rele- vante ökonomische Auswirkungen auf AS zeitigt. Im IP-Interkonnektionsmarkt bestünde ein relativ stabiles aber auch hochgradig anpassungsfähiges Wettbewerbsgleichgewicht, wo- bei 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 Transitdienstleistungen jeweils ein Entgelt an den Transitanbieter bezahlen, ha- ben sie grundsätzlich Anreize bilaterale Peerings zu vereinbaren, um so ihre Transitzkosten 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 über- zeugen.» (Gutachten WEKO 2021, Rz. 64). Im Zusammenspiel mit weiteren von der WEKO genannten disziplinierenden Kräften hätte dies strategische Möglichkeiten und unterschied- liche Anreizstrukturen zur Folge, die in der Regel zu wirksamem Wettbewerb führen wür- den, welcher sich dadurch auszeichne, dass die Marktpreise, welche sich die verschiede- nen 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 Gesuchs- gegnerin 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 Rech- nernetzwerke führe zum einen dazu, dass Endkunden grundsätzlich nur einen Internetzu- gang gleichzeitig nutzen würden. Dadurch würden diejenigen AS zum Zeitpunkt der Inter- netnutzung 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-

Aktenzeichen: OS 41-00017

24/89 achten WEKO 2021, Rz. 68). Folglich hänge die direkte Verhandlungsmacht eines AS ge- genüber 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

mög- lichst 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 Gutachten- erstellung möglichen Formen des Netzzugangs zum Netz der Gesuchsgegnerin (Inter- connect Peering, Paid Peering, Zero Settlement Peering, Peering & Collocation sowie IP- Transit) (Gutachten WEKO 2021, Rz. 77 ff.). Die Zugangsformen beziehungsweise die Be- antwortung 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. (vor- stehend) beschriebene Wettbewerbsgleichgewicht zu beeinträchtigen und in potentiellen Wettbewerbsbeschränkungen zu resultieren (Gutachten WEKO 2021, Rz. 86). Die bezeich- neten Vertragsbestimmungen hätten zusammengefasst vorgesehen, dass sich die Ge- suchsgegnerin gegenüber der DTAG verpflichtet, mindestens [...] % ihres Transitverkehrs über die DTAG abzuwickeln; [...] dass die Vertragspartner gemeinsam bestimmen, ob ei- nem bisherigen Kunden der DTAG mit mehr als [...] Mbps Traffic ins Netz der Gesuchs- gegnerin 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 abgeschlos- senen Verträge hätten ebenfalls sowohl eine Transit- als auch eine Peeringkomponente enthalten. Gestrichen worden seien die soeben zusammengefassten Vertragsbestimmun- gen. 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 entste- hen beziehungsweise bei einer Ratioüberschreitung die Gesuchsgegnerin der DTAG Kos- ten 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

25/89 nicht marktüblichen Vertragsbedingung durch zwei parallele marktübliche Vertragsbezie- hungen zur Folge gehabt. Dies sei ebenfalls nicht marktüblich. Das Sekretariat der WEKO kam dennoch zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbs- abrede 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 Ver- träge dahingehend änderten, dass zur Zeit der Gutachtenserstellung zwischen dem Tran- sitpreis 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 Aktenzeichen: OS 41-00017

26/89 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).

Aktenzeichen: OS 41-00017

27/89 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 umfasste vorgenommene Abgrenzung des

relevanten Marktes und wendet das damalige Vor- gehen auch im Gutachten vom 25. Oktober 2021 an. Entsprechend würden sämtliche hin- reichenden Substitute und der kostenfreie und unbeschränkte Zugang zu den Endkunden des AS 3303 (Gesuchsgegnerin) über eine Peering-Vereinbarung dem Markt für den IP- Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Gesuchsgegnerin zugeordnet (vgl. zum Ganzen Gutachten WEKO 2021, Rz. 141 ff.). Marktteilnehmer, die ähnlich den Bedürfnissen der Gesuchstellerin einen unlimitierten Zu- gang zum Netz der Gesuchsgegnerin mittels Peering nachfragen und denen keine Mög- lichkeit zur Verfügung stünde, mit DTAG ein kostenfreies und unlimitiertes Peering zu un- terhalten, fehle gemäss WEKO ebenfalls die Möglichkeit disziplinierend auf die Gesuchs- gegnerin einzuwirken (vgl. Gutachten WEKO 2021, Rz. 102 ff.). Die Gesuchsgegnerin setze entsprechen nur gegenüber diesen AS ihre Peering-Policy um, während sie gegenüber je- nen AS, die ein Peering-Verhältnis mit der DTAG unterhalten, darauf verzichte. Daraus fol- gert die WEKO, dass zwei Gruppen mit unterschiedlichen Vertrags- und Handlungsmög- lichkeiten 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 Ge- suchstellerin an. Die relevante Marktgegenseite konstituiere sich demnach gemäss WEKO durch alle Marktteilnehmer, die ähnliche Bedürfnisse betreffend IP-Interkonnektion wie die Gesuchstellerin hätten, was insbesondere auf Tier-2 und Tier-3-ISP zutreffen dürfte (Gut- achten 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-Interkonnektionszugang 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 Branchenbe- frragung hält die WEKO fest, dass geringfügig mehr der Befragten (ca. 37% gegenüber ca.

Aktenzeichen: OS 41-00017

28/89 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 Al- ternative 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 Vor- abklärung vom 12. Dezember 2016. Nichtsdestotrotz stelle ein entsprechender Zugang aus einer preislichen Betrachtungsweise kein Substitut für die WEKO zum Zero Settlement Pe- ering dar (Gutachten WEKO 2021, Rz. 156 ff.). Weiter erachten lediglich ca. 17% der Be- fragten 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 Transitbieters 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 Transitkunden 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 Transitkunden 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.)

Aktenzeichen: OS 41-00017

29/89 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 Marktteilneh-

mer 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.).

Aktenzeichen: OS 41-00017

30/89 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

31/89 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 Ge-

suchstellerin 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 Markt- verhältnisse 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 erlau- ben und die Gesuchsgegnerin einleitend ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2022 weitge- hend Ausführungen macht, die nicht konkret auf jene der WEKO Bezug nehmen, rechtfertigt sich eine auf die zentralen Elemente beschränkte Aufführung der entsprechenden Textpas- sagen. Die Gesuchsgegnerin baut ihre Argumentation auf einem konkreten Beispiel aus dem Gut- achten der WEKO auf. Grundsätzlich und bei isolierter Betrachtungsweise sei die Feststel- lung 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 Aktenzeichen: OS 41-00017

32/89 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 Kostenbetei- ligung in Form von Transitgebühren verlangen. Zudem sei es der Gesuchsgegnerin in den letzten Jahren gelungen, mit diversen Tier-1-Providern Zero Settlement Peering-Vereinba- rungen abzuschliessen, wodurch sie ihre Kosten senken konnte. Die Kunden der Gesuchs- gegnerin seien Abnehmer der Inhalte, für deren Datentransport sie von den CDA entschä- digt 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-Verein- barungen sowohl für die Tier-1-Provider als auch die Gesuchsgegnerin attraktiv. Die Ge- suchsgegnerin führt weiter aus, dass Tier-1-Provider und andere Transitanbieter wie die Gesuchstellerin grundsätzlich Datentransporteure seien. Die Gesuchsgegnerin sei auf sol- che 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, wel- che das Gutachten der WEKO nahelege, mit allen Datentransporteuren, welche dies wün- schen, eine Peering-Vereinbarung zu regulierten Preisen abschliessen, käme dieser Wett- bewerb 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 In- ternetnutzer (Eyeballs) konkurrieren und andererseits würden die unterschiedlichen ISP in intensivem Wettbewerb zueinander für die Eyeballs den Zugang zum Internet und den un- terschiedlichen CDA sicherstellen. ISP seien demnach aufgrund der Wahlfreiheit der Inter- netnutzer gezwungen, zu möglichst attraktiven Preisen eine qualitativ hochwertige Verbin- dung 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 «Marktgegen- seite» ab. Zwar besage Art. 11 Abs. 3 VKU, dass sich der relevante Markt sachlich und räumlich aus Sicht der Marktgegenseite abgrenze. Wird diese Bestimmung buchstaben- treu 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 Ap- felpreise der Migros seien unangemessen. Gleichermassen wäre nach Ansicht der Ge-

Aktenzeichen: OS 41-00017

33/89 suchsgegnerin die Sichtweise eines Warenlieferanten massgebend, wenn dieser beabsich- tige 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 Markt- gegenseite marktbeherrschend ist, deshalb langfristig eine Durchregulierung der Wirtschaft und daraufhin das Erliegen des Wettbewerbs drohen würde. Bei einer derartigen Interpre- tation 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 offenste- hen. Sowohl für die Apfelkäuferin als auch den Warenlieferanten bestehen diverse Alterna- tiven zur Migros. In einem wichtigen Punkt unterscheidet sich jedoch die Situation der bei- den. 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 Kon- kurrenz 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 Ge- suchsgegnerin 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 Gesuchsgeg- nerin verweist abschliessend darauf, dass sich die von ihr vertretene Auffassung, wonach die WEKO und oft auch die Gerichte den Begriff «Marktbeherrschung» zu wörtlich und da- mit 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 ungenügen- der Qualität der Internetverbindung oder ungenügender Zuverlässigkeit, Stabilität oder Ver- fügbarkeit 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

34/89 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 Transitskosten zu verursachen. Sofern es der Gesuchsgegnerin hingegen gelinge, bessere Transitskonditionen zu vereinbaren, so sinken ihre Transitskosten 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 Datentransportern abzuschliessen, als jene, die sie bei spielendem Wettbewerb erreichen könne. Die Gesuchsgegnerin verweist unter anderem weiter darauf, dass sie sich die stark gesunkenen Transitspreise beziehungsweise den entsprechenden Wettbewerb zunutze machen können dürfe und müsse. Dass die Gesuchsgegnerin in Bezug auf Tier-1-Provider von ihren

Aktenzeichen: OS 41-00017

35/89 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 vorbeizielern. 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

### **E. 1.9**

Millionen InterCarrier Interkonktionsvereinbarungen 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 Interkonktion 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 Kostenträgungsmodell 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 Interkonktionskosten 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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

71/89 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-Interkonnexionsschnittstelle (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

Aktenzeichen: OS 41-00017

72/89 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

73/89 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 voraussetzen 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).

Aktenzeichen: OS 41-00017

74/89 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

75/89 im Wettbewerb festgelegt. Dass ein ISP, der unter mehreren Datentransporteurern auswählen könne, diesen Wettbewerb spielen lasse und bestrebt sei, möglichst vorteilhafte Kondition 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. 2bis 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 Com-Com 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

76/89 - 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 verfügenden 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 Interkonnectionspartnern 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 In-

struktionsbehörde 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 rechtfertigt, 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

77/89 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 den- noch 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 bereit- zustellende 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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

78/89 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 die- jenigen 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 glei- chen Kosten, weshalb sich ein gegenseitiges in Rechnung stellen erübrige. Weiter sei un- klar, welcher Vertragspartner aus dem Datenaustausch einen grösseren Vorteil ziehe. We- der 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. Zu- dem 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 Peering- partnerin 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 zu- sätzlichen 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 füh- ren. Die Ratio erlaube eine dahingehende Kontrolle. Bezogen auf ihre Kostennachweise macht sie geltend, ihre Definition des Dienstes «Interconnect Peering» entspreche den ge- setzlichen Anforderungen. Strittig sind folglich insbesondere die relevanten Kosten eines direkten Netzzusammen- schlusses sowohl in Genf als auch in Zürich zwischen zwei ebenfalls inländischen Netzbe- treiberinnen. 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» entgegen- steht (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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

79/89 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 zuordenbaren 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 Konnekti-

vität 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

80/89 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 Dienst- oder Inhaltenbieterin als Kundin in ihrem Netz, deren Angebot bei den Aktenzeichen: OS 41-00017

81/89 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

82/89 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 keinem 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 verursachten, 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

83/89 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 vermessen lässt. So werden die Kosten des Internetzugangs im Benchmark-Szenario formal einzig durch das Transitentgelt dargestellt. Die Kosten für die Zuführung des Verkehrs zur Transitstrecke (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 Konzentrationen der Endkundenverbindungen liegen und ein bestimmtes minimales Verkehrsaufkommen zwischen den zwei Netzen besteht, so dass Einsparungen bei den Transitzkosten 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 weitergereicht würden (vgl. zum Ganzen Parteigutachten CRA, Rz. 135 ff.). Abgesehen davon, dass die Kosten für die Abwicklung des Datenverkehrs zwischen Endkunden und Interkonnektionsschnittstelle 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

84/89 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 könnten. 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

85/89 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 richtig- erweise 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

86/89 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 Marktherrschaft 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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

87/89 III Kosten [...]

Aktenzeichen: OS 41-00017

88/89 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 [...] 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

89/89 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.

#### **E. 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.

Aktenzeichen: OS 41-00017

14/89 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.

#### **E. 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

67/89 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 Urteilsspruch 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 gewährleisten 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 angebotene 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

68/89 nur schwerlich möglich, die international verbreitete Entwicklung der Abkehr von Zero Settlement Peering zu belegen, wenn hierfür nur Schweizer Anbieter beigezogen werden dürfen. 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, bezugnehmend 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 Zugangpreise 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

69/89 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.

#### **E. 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

Aktenzeichen: OS 41-00017

70/89 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 BERE2 aktualisiert wurde, konkludiert, nur 0.07% aller weltweit untersuchten rund

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