



Urteil vom 22. April 2020

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian, Richter Maurizio Greppi,
Gerichtsschreiber Marcel Zaugg.

Parteien

Init7 (Schweiz) AG,
Technoparkstrasse 5, 8406 Winterthur,
vertreten durch Prof. Dr. Simon Schlauri,
Ronzani Schlauri Anwälte,
Technoparkstrasse 1, 8005 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Swisscom (Schweiz) AG,
Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern Swisscom,
vertreten durch Stephan Kratzer, Fürsprecher,
Swisscom (Schweiz) AG, Konzernrechtsdienst,
3050 Bern Swisscom,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom,
Christoffelgasse 5, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Interconnect Peering.

Sachverhalt:**A.**

Die Init7 (Schweiz) AG (nachfolgend: Init7) und die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) sind Internetprovider. Sie schlossen am 19. August 2011 einen sogenannten Zero-Settlement-Peering-Vertrag. Bei einem solchen erfolgt der Datenaustausch zwischen zwei Netzen kostenneutral. Am 27. Juni 2012 kündigte Swisscom diesen Vertrag per 31. Juli 2012 und liess Init7 einen neuen Interconnect-Peering-Vertrag zur Unterschrift zukommen, gemäss welchem neu ein Entgelt geschuldet gewesen wäre, wenn die Asymmetrie des Datenverkehrs das Verhältnis 1:2 übertrafen hätte.

B.

Da Init7 mit dem neuen Interconnect-Peering-Vertrag nicht einverstanden war und sich mit Swisscom diesbezüglich nicht einigen konnte, reichte sie am 28. März 2013 bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom betreffend "Interconnect Peering" (nachfolgend: Peering) ein. Sie beantragte, es sei Swisscom zu verpflichten, ihr unter den im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen unentgeltlich den Datenaustausch zwischen deren Internet Backbone AS13030 bzw. deren mobilem Netzwerk und ihrem Internet Backbone AS3303 zu gewähren (vgl. Ziff. 1a - 1i der Rechtsbegehren). Diese Anordnung habe bereits als vorsorgliche Massnahme zu ergehen (vgl. Ziff. 2 der Rechtsbegehren).

C.

Nachdem Swisscom am 6. Mai 2013 zum Gesuch um Erlass der vorsorglichen Massnahme sowie am 13. Mai 2013 zum Zugangsgesuch Stellung genommen und jeweils deren Abweisung beantragt hatte, hiess die ComCom mit Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 den Antrag um Erlass der vorsorglichen Massnahme teilweise gut und verpflichtete Swisscom, Init7 während der Dauer des Zugangsverfahrens unentgeltlich den Datenaustausch gemäss den im Verfügungsdispositiv konkretisierten Bedingungen zu gewähren. Die dagegen erhobene Beschwerde der Swisscom wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil A-3930/2013 vom 13. November 2013 ab.

D.

Um die Marktverhältnisse im Bereich IP-Interkonnektion zu klären, führte das für die Verfahrensinstruktion zuständige Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zwischen Juni und August 2014 eine Marktbefragung durch.

Hierfür wurden rund 120 nationale und internationale Internet Service Provider (ISP) und Content Anbieter mit einem standardisierten Fragebogen angeschrieben. Ebenfalls wurden die Verfahrensparteien sowie ihre Transitanbieter mittels eines individualisierten Fragebogens befragt. Insgesamt erhielt das BAKOM 62 Antworten, wovon es 50 im Hinblick auf die Marktanalyse für auswertbar erachtete. Teilweise stellte das BAKOM Anschlussfragen zu den erhaltenen Fragebögen. Seine auf die Marktanalyse gestützte Markteinschätzung hielt das BAKOM in seinem Befundpapier vom 18. November 2014 fest, welches auch den Verfahrensparteien zugestellt wurde.

E.

Am 18. November 2014 ersuchte das BAKOM die Eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO), eine Stellungnahme zur Frage der Marktherrschaft von Swisscom im Bereich IP-Interkonnektion zu erstellen. In ihrem daraufhin erstellten Gutachten vom 15. Dezember 2014 kam die WEKO zum Schluss, dass Swisscom betreffend IP-Interkonnektionszugang zu ihren Endkunden als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sei. Mit Hilfe der Vertragsbeziehung zur Deutschen Telekom AG (nachfolgend: DTAG) könne sich Swisscom auf dem Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) als Anbieterin von IP-Interkonnektionsdienstleistungen gegenüber anderen Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten. Das Abkommen mit der DTAG weise nicht dieselben Charakteristika auf wie übliche Transitabkommen. Nebst der Verpflichtung von Swisscom, einen bestimmten Prozentsatz ihres Transitverkehrs über die DTAG zu leiten, enthalte es eine Umsatzbeteiligung von Swisscom an den Transiteinnahmen der DTAG, wenn Daten von einer Transitsuchfragerin der DTAG an Swisscom geleitet würden (Revenue Share). Dadurch würden Swisscom nicht nur keine Kosten für diesen Transitverkehr entstehen, sondern diese könne gar einen Ertrag erzielen. Swisscom habe somit keine Anreize, unentgeltliche Peering-Verträge abzuschliessen, da die alternative Route über den Transitanbieter für sie nicht nur keine Kosten, sondern gar Einnahmen generiere.

F.

Nachdem Init7 und Swisscom mit Eingaben vom 31. März bzw. 15. April 2015 zum Gutachten der WEKO Stellung genommen hatten, teilte das Sekretariat der WEKO dem BAKOM am 24. April 2015 mit, es habe gegen

Swisscom und die DTAG eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG im Bereich Peering eröffnet. Aus diesem Grund sistierte das BAKOM das Verfahren mit Zwischenverfügung vom 5. Juni 2015.

G.

In ihrem Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 betreffend die Vorabklärung nach Art. 26 KG hielt das Sekretariat der WEKO fest, es hätten Anhaltspunkte dafür bestanden, dass das Transitabkommen zwischen Swisscom und der DTAG in seiner ursprünglichen Form hätte geeignet sein können, den wirksamen Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. Die DTAG und Swisscom hätten aber im Rahmen der Vorabklärung kooperiert und auf Anregung des Sekretariats ihre Verträge bereits im Stadium der Vorabklärung freiwillig angepasst, so dass im Hinblick auf die zukünftige Wettbewerbssituation ein Eingreifen der WEKO nicht mehr angezeigt sei. Das Sekretariat der WEKO beschloss daher, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.

H.

Am 1. Mai 2017 nahm das BAKOM das Verfahren wieder auf. Nachdem zwischenzeitlich zwischen Init7 und Swisscom geführte Vergleichsgespräche ohne Ergebnis geblieben waren, beantragte Init7 am 27. Juli 2017, es sei Swisscom zu verpflichten, ihr unter den im Übrigen gleichen Bedingungen gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 Zugang zu gewähren, neu allerdings nicht mehr nur mit einer Geschwindigkeit von 10 Gigabit pro Sekunde und Leitung, sondern von 20 Gigabit pro Sekunde und Leitung. Diese Anordnung sei bereits als vorsorgliche Massnahme zu erlassen. Ebenfalls beantragte sie die Einholung eines Ergänzungsgutachtens bei der WEKO zu mehreren, im Rechtsbegehren genannten Fragen. In ihrer Stellungnahme vom 28. August 2017 schloss Swisscom auf Abweisung dieser Rechtsbegehren und beantragte ihrerseits die Aufhebung der vorsorglichen Massnahme gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013.

I.

Nach Einholung einer Stellungnahme von Init7 wies die ComCom deren Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2017 ab und hob gleichzeitig die vorsorgliche Massnahme gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 auf. Diese Zwischenverfügung blieb unangefochten.

J.

Mit Verfügung vom 27. Juli 2018 wies die ComCom das Zugangsgesuch

ab und auferlegte die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 126'240.– Init7. Zu Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass Swisscom ohne das ursprüngliche Transitabkommen mit der DTAG ausreichend disziplinierenden Kräften ausgesetzt sei, so dass sie sich auf dem Markt für IP-Interkonnektion nicht unabhängig verhalten könne. Nach Abschluss des neuen Vertragswerks mit der DTAG am 26. Januar 2016 sei eine Marktbeherrschung jedenfalls zu verneinen. Die WEKO habe Swisscom in ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 aufgrund verschiedener Klauseln im Transitabkommen mit der DTAG als marktbeherrschend qualifiziert. Hingegen halte der zwei Jahre später verfasste Schlussbericht des Sekretariats der WEKO nur noch fest, dass das Transitabkommen mit der DTAG in seiner ursprünglichen Form "hätte geeignet sein können", den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Zudem stelle der Schlussbericht fest, dass schon während der Geltungsdauer des Transitabkommens mit der DTAG Alternativen zur IP-Interkonnektion mit Swisscom bestanden hätten. Damit relativiere die WEKO ihr frühere Einschätzung deutlich. Die ComCom sei sodann der Ansicht, dass die disziplinierenden Kräfte durch das Abkommen mit der DTAG nicht vollends ausser Kraft gesetzt worden seien. Es hätten weiterhin Substitute zum Zugang zu den Endkunden von Swisscom bestanden. Der Verkauf eigener Dienste sei für Swisscom deutlich attraktiver geblieben als eine mögliche Umsatzbeteiligung von der DTAG. Der Verlust eines Kunden habe nicht in jedem Fall zu einer Erhöhung der Umsatzbeteiligung der DTAG geführt. Der viel umsatzstärkere Endkundenmarkt und eine gewisse Nachfragemacht der Marktgegenseite hätten Swisscom in ihrem Verhalten in gewissem Umfang eingeschränkt. Schliesslich habe die Beendigung des ursprünglichen Abkommens mit der DTAG keinen Einfluss auf die Preise und Bedingungen der direkten Interkonnektion mit Swisscom gehabt. Die Konditionen für eine direkte Interkonnektion mit Swisscom und deren Verhalten schienen weder durch das Abkommen bestimmt worden noch vor, während und nach dem fraglichen Abkommen branchenunüblich gewesen zu sein. Unter diesen Voraussetzungen könne Swisscom auch während der Dauer des ursprünglichen Transitabkommens mit der DTAG nicht als marktbeherrschend qualifiziert werden.

K.

Gegen diese Verfügung der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 27. Juli 2018 erhebt Init7 (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 13. September 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und Swisscom (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) zu verpflichten, ihr unter

den im Rechtsbegehren genannten Bedingungen Zugang zu gewähren. Zudem seien die erstinstanzlichen Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangt sie die Einholung eines Ergänzungsgutachtens zur Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin bei der WEKO. Ihre Anträge begründet sie zusammengefasst damit, dass die Beschwerdegegnerin sowohl während der bis 2016 dauernden Absprache mit der DTAG als auch danach auf dem relevanten Markt als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Die Vorinstanz habe sich ohne triftige Gründe über das Gutachten der WEKO hinweggesetzt und zudem den Markt falsch abgegrenzt. Es rechtfertige sich, einen eigenen Markt für IP-Zugang zum Netz der Beschwerdegegnerin für Transitanbieterinnen abzugrenzen. In diesem sei die Beschwerdegegnerin ohne Weiteres marktbeherrschend. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Beschwerdegegnerin sei diese auch als relativ marktbeherrschend anzusehen. Sie habe deshalb gestützt auf Art. 11 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) einen Anspruch auf eine direkte Verbindung zum Netz der Beschwerdegegnerin, ohne hierfür ein Entgelt leisten zu müssen. Ein solcher Anspruch bestehe sodann auch ohne marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 21a FMG. Nebst der falschen Anwendung von Bundesrecht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Untersuchungsmaxime.

Am 7. November 2018 reicht die Beschwerdeführerin eine "Ergänzung zur Beschwerde vom 13. September 2018" ein und bringt vor, bei drei Mitgliedern der Vorinstanz hätten Befangenheitsgründe vorgelegen.

L.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 8. November 2018 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und des Verfahrensantrages. Es bestehe keine gesetzliche Grundlage für ein unentgeltliches Peering. Aufgrund der rasant steigenden Datenmengen und die dadurch entstandenen Ungleichgewichte bei den Datenströmen seien viele internationale Netzbetreiber dazu übergegangen, mit ihren Vertragspartnern neue Peering-Verträge abzuschliessen. Ihre Peering-Konditionen seien markt- und branchenüblich und damit gleichzeitig auch kostenorientiert. Dies sei auch während dem bis 2016 geltenden Vertragsverhältnis mit der DTAG so gewesen. Sie sei auf dem relevanten Markt nicht marktbeherrschend, auch nicht relativ. Peering und Transit seien Substitute.

Die Rüge der Befangenheit wies die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 21. Dezember 2018 als unzutreffend und verspätet zurück.

M.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 20. Dezember 2018 auf Abweisung der Beschwerde und begründet dies im Wesentlichen mit den in der angefochtenen Verfügung dargelegten Gründen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder der Ausstandsvorschriften liege nicht vor.

N.

Mit Zwischenverfügung vom 8. Januar 2019 ersucht das Bundesverwaltungsgericht die WEKO, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

- *"In ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 kam die WEKO zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin auf dem Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Trifft es zu, dass die WEKO diese Qualifikation in ihrem Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 „22-0451: Interconnect Peering“ relativiert hat (vgl. S. 27 der Verfügung der Vorinstanz vom 27. Juli 2018) oder geht sie wie im Gutachten vom 15. Dezember 2014 nach wie vor von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin aus?"*
- *Ist ein gesonderter Markt für IP-Zugang für Transitanbieterinnen abzugrenzen, dessen Marktgegenseiten einerseits die Beschwerdegegnerin, andererseits aber Transitanbieterinnen wie die Beschwerdeführerin sind (vgl. Rz. 95 ff. der Beschwerde)?"*
- *Wenn ja: Verfügt die Beschwerdegegnerin in diesem gesonderten Markt über eine absolut bzw. relativ marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz. 104ff. der Beschwerde)?"*
- *Geben Beschwerde, Beschwerdeantwort und Vernehmlassung Anlass zu weiteren Bemerkungen der WEKO?"*

O.

In ihrem daraufhin erstatteten Fachbericht vom 25. Februar 2019 (nachfolgend: Fachbericht I) hält die WEKO unter Darlegung der Gründe fest, dass das Sekretariat die Einschätzung der WEKO im Gutachten vom 15. Dezember 2014 mit dem Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 nicht relati-

viert habe und die WEKO nach wie vor der Meinung sei, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der mit der DTAG geschlossenen nicht branchenüblichen Vereinbarung zum Zeitpunkt des Gutachtens über eine marktbeherrschende Stellung verfügt habe. Ob die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung mit der DTAG weiterhin als marktbeherrschend zu qualifizieren sei, könne aufgrund der derzeit vorliegenden Informationen nicht beurteilt werden. Ein gesonderter Markt für IP-Zugang für Transitanbieterinnen sei nach Ansicht der WEKO nicht abzugrenzen.

P.

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Replik vom 6. Mai 2019 an ihren Anträgen und Ausführungen gemäss Beschwerde fest und beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, es sei die WEKO mit einer Ergänzung des Fachberichts I hinsichtlich Frage 2 zu beauftragen, wobei der sich aus den Akten, insbesondere der Replik, ergebende Sachverhalt zu Grunde zu legen sei. Sie begründet ihren Antrag damit, dass die WEKO teilweise von unzutreffenden Annahmen ausgegangen sei.

Q.

Die Beschwerdegegnerin nimmt in ihrer Duplik vom 3. Juli 2019 Stellung zum Fachbericht I und zur Replik der Beschwerdeführerin. Sie hält darin an ihren bisherigen Standpunkten und Anträgen fest und beantragt die Abweisung des Antrages auf Einholung eines ergänzenden Fachberichts.

R.

In ihrer Duplik vom 5. Juli 2019 bekräftigt die Vorinstanz ihre Standpunkte und nimmt Stellung zum Fachbericht I.

S.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Juli 2019 ersucht das Bundesverwaltungsgericht die WEKO, in einem weiteren Fachbericht insbesondere zu bestimmten (Rand-)Ziffern in der Replik der Beschwerdeführerin, der Duplik der Beschwerdegegnerin und der Duplik der Vorinstanz Stellung zu nehmen.

T.

Am 5. September 2019 erstattet die WEKO den nachgesuchten Fachbericht (nachfolgend: Fachbericht II). Darin nimmt sie zur Kritik der Verfah-

rensparteien und der Vorinstanz am Fachbericht I Stellung und hält an ihren Ausführungen im Gutachten vom 15. Dezember 2014 und im Fachbericht I fest.

U.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin nehmen mit Eingaben vom 30. September 2019 bzw. 18. Oktober 2019 zum Fachbericht II Stellung. Darin halten sie jeweils an ihren Standpunkten und Anträgen fest. Seitens der Beschwerdeführerin erfolgt keine Stellungnahme.

V.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

Die angefochtene Verfügung ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt und stammt von einer eidgenössischen Kommission nach Art. 33 Bst. f VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Bst. c) hat.

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist.

1.3 Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen, soweit es im Streit liegt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8 und 2.213, je mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin verlangt, es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihr das gewünschte Peering unter den im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen unentgeltlich zu gewähren. Aus ihren Ausführungen ergibt sich, dass sie damit die Fortsetzung des bis 31. Juli 2012 geltenden Zero-Settlement-Peering-Vertrages anstrebt. Diesem lag die Überlegung zugrunde, dass beide Seiten Peering-Dienstleistungen erbringen, zwischen diesen Leistungen mithin ein Austauschverhältnis besteht. Die Beschwerdeführerin ist insofern durchaus bereit, trotz der beantragten Unentgeltlichkeit eine Gegenleistung für den verlangten Zugang zu erbringen, was sie in ihrer Replik denn auch explizit vorbringt (vgl. auch Urteil des BVGer A-3930/2013 vom 13. November 2013 E. 4.1.4). Streitgegenstand bildet somit die Festsetzung des Preises für das gewünschte Peering, welcher aufgrund der vorliegend geltenden Dispositionsmaxime zwischen dem von der Beschwerdegegnerin offerierten Preis und dem von der Beschwerdeführerin verlangten Zero-Settlement-Peering liegen kann (vgl. BVGE 2010/19 E. 13.5).

1.4 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

Bei der Angemessenheitsprüfung auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht allerdings eine gewisse Zurückhaltung und greift nicht ohne Not in den Beurteilungsspielraum der rechtsanwendenden Behörde ein, wenn es um die Beurteilung technischer Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz – wie vorliegend – über besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich

in solchen Fällen im Zweifel nicht von deren Auffassung und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass Letztere die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen getroffen hat (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 und 135 II 296 E. 4.4.3; BVGE 2010/19 E. 4.2; Urteile des BVGer A-2989/2018 vom 4. September 2019 E. 2, A-3339/2015 vom 22. August 2016 E. 2 und A-411/2012 vom 10. Oktober 2012 E. 2). Entsprechendes gilt auch, wenn der Gesetzgeber eine Fachinstanz bezeichnet hat, der bestimmte Fragen zur Stellungnahme vorzulegen sind. Von der Beurteilung einer solchen Fachinstanz dürfen die entscheidende Instanz und das Bundesverwaltungsgericht nur aus triftigen Gründen abweichen (vgl. BGE 139 II 185 E. 9.3 und Urteil des BGer 1E.1/2006 vom 12. April 2006 E. 5; Urteile des BVGer A-2989/2018 vom 4. September 2019 E. 2, A-604/2017 vom 22. März 2018 E. 2.2 und A-3993/2015 vom 15. Februar 2016 E. 2; vgl. zum Ganzen auch: Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 2, nicht publiziert in: BVGE 2012/8).

3.

Zunächst ist auf die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs einzugehen.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe sich mit ihrer Sachverhaltsdarstellung zur Frage, ob sie in ihrer speziellen Situation als Transitanbieterin Alternativen zu einem direkten Peering mit der Beschwerdeführerin habe, kaum auseinandergesetzt. Sie habe sich insbesondere nicht mit den geltend gemachten technischen Fakten auseinandergesetzt, sondern die Darstellung unter Hinweis auf die Marktuntersuchung des BAKOM lapidar als unbewiesen abgetan. Damit habe sie ihren Gehörsanspruch verletzt. Des Weiteren habe sich die Vorinstanz ohne nähere Begründung und ohne triftige Gründe über das Gutachten der WEKO hinweggesetzt und damit die Begründungspflicht verletzt.

3.2 Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz bestreiten eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe sich in genügender Weise mit der Frage der Substituierbarkeit des Peerings durch Transit sowie dem Gutachten der WEKO auseinandergesetzt.

3.3 Nach der Rechtsprechung folgt die Begründungspflicht aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und ergibt sich für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden unmittelbar aus Art. 35 Abs. 1 VwVG (BGE 138 I

232 E. 5.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des BGer 2A.587/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 10.2). Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (BGE 141 III 28 E. 3.2.4, 140 II 262 E. 6.2 und 136 I 229 E. 5.2).

3.4 Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet. Die Vorinstanz hat sich im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung mit der Frage der Substituierbarkeit von Peering durch Transit (vgl. zu den Begrifflichkeiten nachfolgend E. 5.1) auseinandergesetzt und ist dabei auch unter Berücksichtigung der vom BAKOM durchgeführten Marktbefragung und des Gutachtens der WEKO zum Schluss gelangt, dass keine derart enge Marktabgrenzung vorzunehmen sei, wie dies die Beschwerdeführerin geltend mache. Dabei hat sie auch dargelegt, weshalb die Beschwerdeführerin ihrer Ansicht nach aus Qualitätsgründen nicht auf eine direkte IP-Interkonnektion angewiesen sei und für den Zugang zu den Endkunden der Beschwerdeführerin valable Alternativen zum direkten Peering bestehen würden. Damit ist sie ihrer Begründungspflicht in diesem Punkt in genügender Weise nachgekommen. Sodann ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz zu dieser Thematik weitere Sachverhaltsabklärungen hätte vornehmen müssen, nachdem das BAKOM hierzu bereits eine Marktbefragung durchgeführt und sich auch die WEKO als konsultierende Fachbehörde in ihrem Gutachten vom 15. Dezember 2014 ausführlich mit den Fragen der Marktabgrenzung und den Alternativen zu einem direkten Peering auseinandergesetzt hatten.

Schliesslich hat die Vorinstanz ihre Überlegungen, welche sie zu einem Abweichen vom Gutachten der WEKO veranlasst haben, aufgezeigt. So hat sie angeführt, dass sie nicht an das Gutachten der WEKO gebunden sei, sondern eigenständig über die Marktbeherrschung entscheiden müsse. Zudem habe die WEKO mit dem Schlussbericht des Sekretariats ihre frühere Einschätzung gemäss Gutachten vom 15. Dezember 2014 deutlich relativiert. Alsdann hat sie unter Nennung verschiedener Gründe dargelegt, weshalb sie der Ansicht sei, dass die festgestellten disziplinierenden Kräfte durch das Abkommen mit der DTAG nicht vollends ausser

Kraft gesetzt worden seien (vgl. hierzu vorstehend Sachverhalt Bst. J). Damit wurde die Beschwerdeführerin in die Lage versetzt, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Ob die von der Vorinstanz angeführten Gründe ein Abweichen vom Gutachten der WEKO rechtfertigen, wird nachfolgend noch zu prüfen sein.

4.

4.1 In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin sodann die Verletzung von Ausstandspflichten. Mit Verweis auf einen Zeitungsartikel vom 28. Oktober 2018 macht sie geltend, bei drei Mitgliedern der Vorinstanz hätten aufgrund beruflicher Verbindungen zur Beschwerdegegnerin Befangenheitsgründe vorgelegen. Diese Personen hätten in den Ausstand treten müssen. Stephanie Teufel sei Direktorin des Weiterbildungsinstituts IIMT der Universität Freiburg, welches auf ihrer Internetseite die Beschwerdegegnerin als "Platin-Sponsor" ausweise. Aus gut unterrichteter verwaltungsinterner Quelle habe die Beschwerdeführerin zudem erfahren, dass Stephanie Teufel zeitweise Aufträge von der Beschwerdegegnerin bearbeitet habe. Jean-Pierre Hubaux sei Direktor des "Zentrums für digitales Vertrauen" der ETH Lausanne, welches von der Beschwerdegegnerin finanziell unterstützt werde. Schliesslich habe Adrienne Corboud Fumagalli von 1997 bis 2000 für die Beschwerdegegnerin gearbeitet und sei später Vizepräsidentin der ETH Lausanne und zuständig für den Innovationspark gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe der Hochschule jährlich eine Million Franken zugesichert und im Innovationspark ein digitales Labor eingerichtet.

4.2 Die Beschwerdegegnerin wie auch die Vorinstanz erachten die Rüge als verspätet und unbegründet. Die Interessenbindungen der Mitglieder der Vorinstanz seien auf deren Internetseite offengelegt. Mitglieder der Vorinstanz seien unabhängige Sachverständige, die über einschlägige Branchenerfahrungen verfügen müssten, was zwangsläufig Kontakte mit den wichtigsten Akteuren der Branche voraussetze.

4.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird gestützt auf den auch für die Privaten geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) verlangt, dass ein Ausstandsgrund so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Es

verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 138 I 1 E. 2.2, 136 I 207 E. 3.4 und 132 II 485 E. 4.3).

4.4 Es ist öffentlich bekannt, wer Mitglied der Vorinstanz ist. Aufgrund der beschränkten Anzahl der Mitglieder ist zudem stets von einem möglichen Mitwirken aller Mitglieder auszugehen (BGE 132 II 485 E. 4.4). Auf der Internetseite der Vorinstanz sind der Lebenslauf sowie die Interessenbindungen sämtlicher Mitglieder publiziert (< <https://www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/die-kommission/organisation/mitglieder.html> >, abgerufen am 14. April 2020). Diese Informationen sind somit leicht zugänglich und deren Konsultation war der Beschwerdeführerin ohne Weiteres zumutbar (vgl. FELLER/KUNZ-NÖTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: Kommentar VwVG], Art. 10 N 37 mit Hinweisen). Die nun vorgebrachten Befangenheitsgründe, welche die Beschwerdeführerin aus den beruflichen Tätigkeiten der Mitglieder ableitet, hätte sie deshalb nach Treu und Glauben bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen müssen und erweisen sich als verspätet. Dies auch deshalb, weil die von der Beschwerdeführerin dargelegten Verbindungen zwischen der Beschwerdegegnerin und den Institutionen, für welche die fraglichen Personen tätig sind, bereits vor dem Zeitungsartikel vom 28. Oktober 2018 öffentlich bekannt waren, wie die von der Beschwerdeführerin eingereichten Medienmitteilungen vom 19. Dezember 2017 (betreffend Partnerschaft zwischen der Beschwerdegegnerin und dem "Zentrum für digitales Vertrauen") und vom 16. Dezember 2015 (betreffend finanzielle Unterstützung der ETH Lausanne durch die Beschwerdegegnerin sowie die Errichtung eines digitalen Labors) sowie ein Blick auf die Internetseite des Weiterbildungsinstituts IIMT (< www.iimt.ch/de/partner >, abgerufen am 14. April 2020) zeigen. Der Vorwurf, Stephanie Teufel habe zeitweise Aufträge von der Beschwerdegegnerin bearbeitet, bleibt sodann unsubstantiiert, unbelegt und wird von der Vorinstanz bestritten. Darauf braucht deshalb nicht weiter eingegangen zu werden und eine Befragung von Stephanie Teufel, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, erübrigt sich.

5.

5.1 Die Interkonnektion, wozu auch das von der Beschwerdeführerin verlangte Peering gehört, ist eine Zugangsform gemäss FMG. Art. 3 Bst. e FMG definiert Interkonnektion als Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten, damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Mit anderen Worten ist die Interkonnektion die Verbindung von Fernmeldenetzen verschiedener Anbieterinnen (vgl. Urteil des BVGer A-506/2016 vom 3. Juli 2018 E. 3.1; AMGWERT/SCHLAURI, Telekommunikation, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 6.116; SCHLAURI/VLCEK, Netzneutralität – Eine Analyse mit Schwerpunkt auf dem geltenden Schweizer Kartell- und Telekommunikationsrecht, sic 2010, S. 137, 150). Grundsätzlich können als Formen der IP-Interkonnektion die beiden Kategorien Peering und Transit unterschieden werden. Beim Peering schliessen sich zwei autonome Systeme (AS) bzw. selbständige Netze zwecks direktem Datenaustausch zusammen. Beim Transit gewährleistet das Transit gewährende AS dem Transit nachfragenden AS den Zugang zum Internet. Hierfür muss der Transitanbieter mit anderen AS entsprechende Interkonnektionsvereinbarungen schliessen. Beim Transit erfolgt der Datenaustausch somit indirekt über ein Dritt- bzw. Transitnetz (vgl. angefochtene Verfügung E. 2.2; Gutachten der WEKO vom 15. Dezember 2014 Ziff. B.3.1 und B.3.2; Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. Dezember 2016 Ziff. A.2.2).

5.2 Das FMG regelt zwei Arten der Interkonnektionspflicht:

5.2.1 Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in Form der Interkonnektion Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Grundsätzlich werden die Bedingungen der Interkonnektion zwischen den beteiligten Unternehmungen direkt vereinbart. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten jedoch nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Vorinstanz diese auf Gesuch einer Partei oder auf Antrag des BAKOM. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen (Art. 11a Abs. 1 FMG). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen,

so konsultiert das BAKOM die WEKO. Diese kann ihre Stellungnahme veröffentlichen (Art. 11a Abs. 2 FMG). Art. 51 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV, SR 784.101.1) konkretisieren den Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen. Das Verfahren um Erlass einer Zugangsverfügung ist in Art. 70 ff. FDV näher geregelt.

5.2.2 Gemäss Art. 21a Abs. 1 FMG müssen Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzerinnen und Benutzern dieser Dienste sicherstellen (Interoperabilität). Die zur Interoperabilität verpflichteten Anbieterinnen müssen die Interkonnektion auch anbieten, wenn sie nicht marktbeherrschend sind. Für Vereinbarungen und Verfügungen über die Interkonnektion gelten die Art. 11 Abs. 4, 11a Abs. 1 und 3 sowie 11b FMG. Der Bundesrat kann den zur Interoperabilität verpflichteten Anbieterinnen weitere Pflichten auferlegen (Art. 21a Abs. 3 FMG). Nach Art. 32 Abs. 1 FDV muss die Anbieterin dabei direkt oder indirekt Interkonnektion gewähren. Das Verfahren bei Streitigkeiten über die Interoperabilität richtet sich sinngemäss nach den Art. 70-74 FDV (Art. 32 Abs. 2 FDV). Die Vorinstanz legt die Bedingungen der Interkonnektion nach den markt- und branchenüblichen Grundsätzen fest (Art. 32 Abs. 3 FDV). Die Interkonnektionspflicht nach Art. 21a FMG gilt nur für Dienste von versorgungspolitischer Relevanz, mithin für Dienste der Grundversorgung (MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, 2008, Rz. 185; CLEMENS VON ZEDWITZ, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, 2007, S. 250). Zu den Diensten der Grundversorgung gehört gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV u.a. der Zugangsdienst zum Internet, wobei seit 1. Januar 2020 hierfür eine garantierte Übertragungsrate von 10 Mbit/s vorgeschrieben ist. Zuvor galten tiefere Übertragungsraten (vgl. aArt. 15 Abs. 1 Bst. b [AS 2017 13] sowie aArt. 16 Abs. 2 Bst. c [AS 2017 13; AS 2014 4161; AS 2012 367 und AS 2007 945]). Die versorgungspolitische Interkonnektionspflicht nach Art. 21a FMG ist weniger umfassend als die wettbewerbpolitische Interkonnektionspflicht nach Art. 11 FMG, weil die Interkonnektion bei Grundversorgungsdiensten auch indirekt, also auf dem Umweg über einen anderen Anbieter, gewährt werden kann und der Grundsatz der Kostenorientiertheit nicht in jedem Fall zur Anwendung gelangt (vgl. SCHLAURI/VLCEK, a.a.O., S. 137, 151; Botschaft zur Änderung des FMG vom 12. November 2003, BBl 2003 7951, 7978; BGE 132 II 257 E. 3.3.2).

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich in ihrer Beschwerde auf Art. 21a FMG. Sie macht geltend, auch Internetdienste seien Dienste der Grundversorgung, weshalb ihr die Beschwerdegegnerin Interkonnektion in Form des verlangten Peerings gestützt auf diese Norm zu gewähren habe. Eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin sei somit nicht erforderlich.

6.2 Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz erachten Art. 21a FMG vorliegend nicht für anwendbar. Hierzu wird vorgebracht, Art. 21a FMG beziehe sich einzig auf Dienste der Grundversorgung. Peering sei jedoch kein Dienst der Grundversorgung. Eine zur Interoperabilität verpflichtete Anbieterin müsse die Kommunikationsfähigkeit sodann in Form von direkter oder indirekter Interkonnektion sicherstellen. Die indirekte Interkonnektion genüge der Beschwerdeführerin jedoch nicht. Beim Zugangsdienst zum Internet gemäss Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV handle es sich um einen Dienst auf der Retailebene und könne nicht mit Interkonnektionsdiensten verglichen werden. Die zu garantierende Übertragungsrate nach Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV sei mit dem Datenaustausch zwischen den Beschwerdeparteien nicht zu vergleichen.

6.3 Ein Anspruch auf das von der Beschwerdeführerin beantragte Peering gestützt auf Art. 21a FMG besteht nicht. Die auf dieser Norm beruhende Interkonnektionspflicht besteht nur – wie vorne erwähnt (vgl. E. 5.2.2) – für Dienste der Grundversorgung. Die Beschwerdeführerin verlangt in ihrer Beschwerde für den Datenaustausch jedoch eine Geschwindigkeit von 10 Gbit/s pro Leitung und damit eine weitaus höhere Übertragungsrate als dies in Art. 15 Abs. 1 Bst. d FDV für den zur Grundversorgung gehörenden Zugangsdienst zum Internet vorgesehen ist. Zudem genügt nach Art. 32 Abs. 1 FDV bei der Interoperabilität auch die Gewährung von indirekter Interkonnektion, weshalb die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 21a FMG nicht zur direkten Interkonnektion in Form des Peerings verpflichtet werden kann.

7.

Zu prüfen bleibt damit, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf das verlangte Peering gestützt auf Art. 11 FMG hat. Voraussetzung hierfür ist, dass der Beschwerdegegnerin Marktbeherrschung zukommt.

7.1 Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das BAKOM die WEKO (Art. 11a Abs. 2 FMG). Diese gibt ihre Beurteilung praxisgemäss in Form eines Gutachtens im Sinne von Art. 47 KG ab. Da die Konsultation der fachkundigen WEKO zwingend ist und diese gegenüber den Parteien als neutral zu gelten hat, rechtfertigt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, die für Gutachten geltenden Grundsätze wenigstens sinngemäss anzuwenden. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann daher nur aus triftigen Gründen, mithin wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist, vom Gutachten der WEKO abgewichen werden. Damit wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass Art. 11a Abs. 2 FMG sicherstellen soll, dass das fernmelderechtliche Zugangsregime in Einklang mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht steht (BGE 132 II 257 E. 4.4.1 und 4.4.2 sowie 101 IV 129 E. 3a; BVGE 2013/46 E. 6.5.3; AMGWERT/SCHLAURI, a.a.O., Rz. 6.156 f.; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, Art. 12 N 46 und 62).

7.2 Vorliegend konsultierte das BAKOM die WEKO in Anwendung von Art. 11a Abs. 2 FMG. In ihrem daraufhin erstatteten Gutachten vom 15. Dezember 2014 kam die WEKO zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin betreffend IP-Interkonnektionszugang zu ihren Endkunden als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sei.

An dieser Beurteilung hält die WEKO auch in ihren vom Bundesverwaltungsgericht eingeholten Fachberichten I und II fest. Im Fachbericht I stellt sie zudem ausdrücklich klar, dass – entgegen der von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung geäusserten Ansicht – im Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. Dezember 2016 keine Relativierung des Gutachtens vom 15. Dezember 2014 erblickt werden kann. Nach dem zuvor Ausgeführten kann deshalb von der dargelegten Beurteilung der WEKO nur aus triftigen Gründen abgewichen werden.

7.3

7.3.1 Wie die WEKO im Fachbericht I festhält, bezieht sich ihre Beurteilung der Marktbeherrschung im Gutachten nur auf die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016. Ob die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung weiterhin, aber aus anderen Gründen, als marktbeherrschend zu qualifizieren sei, könne aufgrund der

derzeit vorliegenden Informationen und ohne erneute Untersuchung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nicht beurteilt werden.

7.3.2 Zwar hat die WEKO in ihrem Gutachten die Marktbeherrschung der Beschwerdegegnerin insbesondere aufgrund der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG bejaht, daraus kann jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass nach Wegfall dieser Vereinbarung keine Marktbeherrschung mehr bestehen kann. Das Gutachten der WEKO basiert auf dem Befundpapier des BAKOM vom 18. November 2014, welchem wiederum die Ergebnisse einer von Juni bis August 2014 durchgeführten Marktbefragung zugrunde liegen. Das Gutachten der WEKO datiert alsdann vom 15. Dezember 2014 und konnte entsprechend nur die bis zu diesem Zeitpunkt bekannten Umstände berücksichtigen. Die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016 wurden weder durch das BAKOM noch durch die Vorinstanz oder die WEKO näher abgeklärt. Eine verlässliche Aussage über die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung lässt sich auf der Grundlage der ermittelten Daten aus dem Jahr 2014 nicht machen. Gerade in einem dynamischen Umfeld wie dasjenige der IP-Interkonnektion und aufgrund des raschen technologischen Wandels im Bereich des Internets, worauf auch die Vorinstanz mehrfach hinweist, können Veränderungen der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nicht ausgeschlossen werden. Die WEKO hat im Fachbericht I denn auch explizit darauf hingewiesen, dass sich je nach Zeitpunkt der wettbewerbsrechtlichen Abklärung eine andere Marktabgrenzung ergeben könne und dass sie ohne erneute Untersuchung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse keine Beurteilung darüber abgeben könne, ob die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Im Fachbericht II äusserte sie sich zumindest dahingehend, dass – sollte die Beschwerdegegnerin ihre restriktive Peering-Politik beibehalten und weiterhin für den asymmetrischen Datenverkehr ein Entgelt verlangt haben – durchaus Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung eine marktbeherrschende Stellung innehatte.

7.3.3 Die Marktstellung der Beschwerdegegnerin nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG bleibt damit unklar. Da für diese Zeit die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nicht abgeklärt wurden und diesbezüglich auch keine

Beurteilung der WEKO vorliegt, kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die angefochtene Verfügung teilweise (hinsichtlich der Zeit nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung) aufzuheben und die Angelegenheit zur Abklärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse sowie zur Konsultation der WEKO im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

8.

Damit bleibt die Marktbeherrschung für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016 zu prüfen.

8.1

8.1.1 Für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG eine beherrschende Stellung einnimmt, ist auf die entsprechende Definition in Art. 4 Abs. 2 KG abzustellen (BVGE 2010/19 E. 14.10.1 und 2009/35 E. 8.4.1; Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 13.1, nicht publiziert in: BVGE 2012/8). Danach gelten als marktbeherrschend 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. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 9.3.1, in: RPW 2013/1, S. 129; BVGE 2012/8 E. 21 und 2009/35 E. 9.4.1; REINERT/BLOCH, in: Amstutz et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 4 Abs. 2 N 267 ff.; MATTHIAS AMGWERD, a.a.O., Rz. 203 ff.).

8.1.2 Um die Frage der Marktbeherrschung zu klären, ist einerseits der sachlich und andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen. Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist dagegen von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.1 und 2009/35 E. 8.4.1; Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 13.3, nicht publiziert in: BVGE 2012/8; REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N 102 ff. und 257; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4

Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rz. 179 ff., 277 f. und 750; MATTHIAS AMGWERD, a.a.O., Rz. 196 ff.).

8.1.3 Der sachlich relevante Markt umfasst in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, nachfolgend: VKU) 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 dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). Der relevante Markt ist somit aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen, weshalb diese bei jeder Marktabgrenzung vorgängig zu bestimmen ist (vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.3 und 2009/35 E. 8.4.1; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 189; Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 13.4, nicht publiziert in: BVGE 2012/8).

8.2 In ihrem Gutachten grenzte die WEKO zunächst den sachlich relevanten Markt ab. Ausgangspunkt ihrer Marktabgrenzung bildete die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin. Als Marktgegenseite bestimmte sie vorerst alle AS, insbesondere Internet Service Provider (ISP), Content- und Dienste-Anbieter (CDA) sowie Transitanbieter, die den direkten Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin nachfragen oder potentiell nachfragen könnten. Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes prüfte die WEKO sodann, welche Möglichkeiten der indirekten Interkonnektion von der Marktgegenseite in qualitativer und ökonomischer Hinsicht als Substitut für einen direkten Zugang zum Netz der Beschwerdegegnerin angesehen werden. Sie kam zum Schluss, dass die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin und Transit beim Transitanbieter der Beschwerdegegnerin aus Sicht der Marktgegenseite dem gleichen sachlich relevanten Markt zuzurechnen seien. Hingegen stelle jede Verbindung mit der Beschwerdegegnerin, die an einer Stelle über ein nicht direkt kontrolliertes Zero-Settlement-Peering abgewickelt werde, einen möglichen Engpass dar. Der sachlich relevante Markt umfasse daher die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin sowie die indirekte Anbindung über Transit beim Transitanbieter der Beschwerdegegnerin, insbesondere über die DTAG. Zudem gehörten die Transitangebote einzelner Peering-Partner der Beschwerdegegnerin zum relevanten Markt. Zum räumlich relevanten Markt zählte die WEKO sämtliche Internetknoten, an denen die Beschwerdegegnerin oder die DTAG innerhalb von Europa Interkonnektion anbieten würden. Nach der Marktabgrenzung prüfte die

WEKO die Marktstellung der Beschwerdegegnerin. Diese resultiere zum einen aus der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin als Eigentümerin einer nationalen Telekommunikationsinfrastruktur den Zugang zu ihren Endkunden (zumindest temporär) exklusiv anbieten könne. Die Beschwerdegegnerin besitze ein technisches Monopol für den Zugang zu ihren Endkunden. Zum anderen führe die hierarchische Struktur des Internets und die Notwendigkeit der any-to-any-Verbindung dazu, dass Alternativen beständen. Gemäss Marktabgrenzung könnten Transitanbieter ebenfalls den Zugang zum Netz der Beschwerdegegnerin anbieten, wobei insbesondere die DTAG eine vergleichbare Qualität bereitstellen könne. Aus einer Analyse der Marktanteile und aufgrund der vorhandenen Verbindungskapazitäten schloss die WEKO sodann, dass die Beschwerdegegnerin und die DTAG die beiden zentralen Marktteilnehmer seien. Sie stellte sich alsdann die Frage, inwieweit die Transit-Verbindung über die DTAG dazu geeignet sei, die Beschwerdegegnerin daran zu hindern, sich im relevanten Markt unabhängig zu verhalten. Hierbei stellte die WEKO fest, dass das im Zeitpunkt der Begutachtung geltende Transitabkommen zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG nicht dieselben Charakteristika aufweise, wie übliche Transitabkommen, gemäss welchen der Transitanbieter einen bestimmten Betrag für das nachgefragte Datenvolumen bezahle. Es stelle vielmehr ein hybrides Abkommen zwischen Peering-Abkommen und Transitabkommen mit Umsatzbeteiligung (Revenue Share) dar. Durch die einseitige Verpflichtung der Beschwerdegegnerin, einen bestimmten Prozentsatz ihres Transitverkehrs über die DTAG zu leiten, werde die DTAG quasi die einzige Anbieterin für einen alternativen Zugang zum Netz der Beschwerdegegnerin, so dass eine Disziplinierung durch alternative Transitanbieter praktisch ausgeschlossen sei. Durch die vereinbarte Umsatzbeteiligung verdiene die Beschwerdegegnerin zudem am Grossteil der Transitverträge der DTAG mit Dritten, über welche Datenverkehr ins Netz der Beschwerdegegnerin geleitet werde. Die Beschwerdegegnerin habe somit keine Anreize, unentgeltliche Peering-Verträge abzuschliessen, da die alternative Route über den Transitanbieter nicht nur keine Kosten, sondern gar Einnahmen generiere. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass die Möglichkeit von Transit über die DTAG die Beschwerdegegnerin in irgendeiner Form disziplinieren würde. Als Zwischenfazit kam die WEKO damit zum Schluss, dass die Marktstellung der Beschwerdegegnerin hinsichtlich des aktuellen Wettbewerbs als sehr stark zu bezeichnen sei. Den potentiellen Wettbewerb schätzte die WEKO alsdann als sehr gering ein. Des Weiteren hielt die WEKO fest, dass die Wechselbereitschaft im Endkundenmarkt für Breitbandinternet immer noch sehr tief sei. Eine wesentliche Einschränkung des Handlungsspielraums der Beschwerdegegnerin

sei dadurch nicht zu beobachten. Schliesslich gehe auch von der Marktgegenseite keine starke disziplinierende Wirkung aus. Aus diesen Gründen kam die WEKO schlussendlich zum bereits erwähnten Ergebnis, dass die die Beschwerdegegnerin betreffend IP-Interkonnektionszugang zu ihren Endkunden als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sei.

8.3 Da von dieser Beurteilung der WEKO nach dem bereits Ausgeführten nur aus triftigen Gründen abgewichen werden kann (vgl. vorstehend E. 7.1 und 7.2), gilt es nachfolgend zu prüfen, ob die von der Vorinstanz sowie der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe ein Abweichen vom Gutachten der WEKO rechtfertigen.

9.

Strittig ist zunächst der sachlich relevante Markt. Nachfolgend ist diesbezüglich auf die Vorbringen der Vorinstanz (E. 9.1 und 9.2), der Beschwerdegegnerin (E. 9.3) sowie der Beschwerdeführerin einzugehen (E. 9.4).

9.1 Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung fest, dass die indirekte Interkonnektion über Drittanbieterinnen ein Substitut zur direkten Interkonnektion darstellen könne. Nebst den Transitanbieterinnen könnten auch Anbieter eines Content Delivery Network (CDN) für Content-Anbieter mit reproduzierbaren Inhalten weitere potentielle Substitute zu einer direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin anbieten. Damit grenzt die Vorinstanz den sachlich relevanten Markt im Vergleich zum Gutachten der WEKO weniger eng ab und übernimmt die Marktabgrenzung des BAKOM gemäss deren Befundpapier vom 18. Oktober 2014. Nach Ansicht der Vorinstanz bilden somit Transitanbieter der Beschwerdegegnerin sowie deren Peering-Partner, die Peering-Partner der Beschwerdegegnerin und CDN-Anbieter mögliche Alternativen zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin und sind zum sachlich relevanten Markt zu zählen. Weshalb der sachlich relevante Markt im Vergleich zum Gutachten der WEKO breiter abzugrenzen sein soll, legt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht dar. Sie verweist lediglich auf die Marktabgrenzung im Befundpapier des BAKOM vom 18. Oktober 2014. Mit den Ausführungen zur Marktabgrenzung der WEKO setzt sie sich nicht auseinander. Dies obwohl die WEKO in ihrem Gutachten eingehend darlegte, weshalb sie den sachlich relevanten Markt enger abgrenzt als das BAKOM in ihrem Befundpapier und auch das BAKOM in ihrem Befundpapier (vgl. S. 5) einleitend festhält, ihre Einschätzung zu den Marktverhältnissen solle der WEKO nur als Grundlage bei der Erarbeitung ihres Gutachtens dienen und sei für

diese nicht bindend. Triftige Gründe, welche für ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO erforderlich wären, lassen sich der angefochtenen Verfügung nicht entnehmen.

9.2 Im Beschwerdeverfahren setzt sich die Vorinstanz eingehender mit der Marktabgrenzung auseinander. Zudem hat sich auch die WEKO in ihren Fachberichten I und II nochmals ausführlich zur Marktabgrenzung geäußert. Darauf ist nachfolgend näher einzugehen.

9.2.1

9.2.1.1 Die Vorinstanz bringt zunächst vor, die WEKO habe im Fachbericht I eine noch engere Marktabgrenzung vorgenommen als im Gutachten. Während sie im Gutachten noch davon ausgehe, dass der sachlich relevante Markt die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin sowie die indirekte Anbindung über Transit bei Transitanbieterinnen der Beschwerdegegnerin, insbesondere über die DTAG, als auch Transitangebote einzelner Peering-Partner der Beschwerdegegnerin umfasse, gehe sie im Fachbericht I davon aus, dass lediglich ein Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin eine Alternative zur direkten Interkonnektion darstelle. Sie gelange zu dieser noch engeren Marktabgrenzung, weil sie als Ausgangspunkt der Analyse die restriktionsfreie, kostenfreie Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin gewählt habe. Neu gehe sie von einem Markt für kostenlosen IP-Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin aus, zumindest bei Netzen, welche mit der Beschwerdegegnerin eine grössere Datenmenge austauschen würden. Im Gutachten sei sie hingegen noch von einem Markt für den Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin ausgegangen, was auch die kostenpflichtige Interkonnektion umfasse. Die Analyse gehe somit von einem Gegenstand aus, der als Produkt heute auf dem sachlich relevanten Markt gar nicht existiere. Nach dieser engen Betrachtung müssten alle AS, welche eine ausreichend grosse Datenmenge mit der Beschwerdegegnerin austauschen und damit die Schwelle, wonach Peering weniger als Transit koste, überschreiten würden, ein kostenloses uneingeschränktes Peering von der Beschwerdegegnerin erhalten, andernfalls von einer Marktbeherrschung auszugehen wäre. Auch müsste die Beschwerdegegnerin von allen AS, mit welchen sie eine grössere Datenmenge austausche, eine kostenlose Peering-Verbindung erhalten, was jedoch nicht der Fall sei. Die Betrachtungsweise der WEKO stehe diametral im Widerspruch zur beobachteten Praxis.

9.2.1.2 Die WEKO hält in ihrem Fachbericht II fest, dass sie in ihrem Fachbericht I nicht neu von einem Markt für kostenlosen Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin ausgehe, sondern an ihrer Abgrenzung eines Marktes für den Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin gemäss Gutachten festhalte. Darauf ist abzustellen. Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass die Marktabgrenzung der WEKO im Fachbericht I etwas enger ausgefallen ist als im Gutachten. Während sie im Gutachten nebst der direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin die indirekte Anbindung über Transit bei Transitanbieterinnen der Beschwerdegegnerin, insbesondere über die DTAG, sowie Transitangebote einzelner Peering-Partner der Beschwerdegegnerin zum sachlich relevanten Markt zählte, erachtet sie im Fachbericht I nur ein Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin als langfristige Alternative zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin. Aufgrund ihrer Grösse sei es allerdings unwahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin als Peering-Partnerin der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin in Frage komme. Kurzfristig könne sich auch die Nachfrage von Transit bei einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin und damit die Inkaufnahme einer temporären geringfügigen aber signifikanten Preiserhöhung anbieten, wenn hierdurch eine kostenfreie Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin erzielt werden könne.

9.2.1.3 Ein Widerspruch zwischen Gutachten und Fachbericht I besteht jedoch nicht. Die unterschiedliche Marktabgrenzung ist darauf zurückzuführen, dass die WEKO im Gutachten als Marktgegenseite "vorerst" alle AS, insbesondere ISP, Content- und Dienste-Anbieter und Transitanbieter, die den direkten Zugang zu den Endkunden von Swisscom nachfragen oder potentiell nachfragen könnten, bestimmte. Ausgehend davon und der sich daraus ergebenden Marktabgrenzung bejahte die WEKO im Gutachten – insbesondere aufgrund der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG – eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin. Entsprechend bestand für sie kein Anlass mehr, die Marktstellung der Beschwerdegegnerin auf einem enger abzugrenzenden Markt zu prüfen. Im Fachbericht I äusserte sich die WEKO zur Frage, ob die Beschwerdegegnerin auch nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung weiterhin als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Hierfür präziserte sie ihre Marktabgrenzung gemäss Gutachten und definierte als Marktgegenseite AS, die sich in einer vergleichbaren Lage wie die Beschwerdeführerin befinden. Entsprechend prüfte sie im Fachbericht I, welche Alternativen aus technischer und ökonomischer Sicht

seitens dieser AS als nutzbare Alternativen anzusehen sind. Als Referenzpunkt bzw. Benchmark ging sie bei ihrer Beurteilung aus ökonomischer Sicht von einem Zero-Settlement-Peering, wie es zwischen den Parteien bis 2012 vereinbart war, aus. Dieses Vorgehen erscheint durchaus sachgerecht. Es galt zu klären, ob die Beschwerdegegnerin die neuen und für ihre Vertragspartner ungünstigeren Peering-Bedingungen am Markt nur deshalb durchsetzen konnte, weil sie ungenügendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt war. Für die Antwort auf diese Frage sind die Umstände entscheidend, die bei Einführung der neuen Peering-Bedingungen galten. Für die Marktabgrenzung hatte sich die WEKO folglich mit der Frage zu beschäftigen, ob und wenn ja, welche anderen Formen der direkten oder indirekten Interkonnektion mit dem Netz der Beschwerdegegnerin aus Sicht der Vertragspartner, die bis dahin ein Zero-Settlement-Peering betrieben, austauschbar sind.

9.2.1.4 Die WEKO legte ihre Überlegungen zur Marktabgrenzung im Fachbericht I eingehend dar. Gestützt auf die Marktbefragung bzw. das Befundpapier des BAKOM hielt die WEKO fest, dass von den Marktteilnehmerinnen lediglich Transitanbieterinnen, welche entweder Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin seien oder ein Peering-Abkommen mit der Beschwerdegegnerin hätten, als mögliche Alternativen zu einer direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin angesehen würden. Alsdann untersuchte sie diese Alternativen aus technischer und ökonomischer Sicht näher. In Bezug auf Transitanbieterinnen der Beschwerdegegnerin kam sie zum Schluss, dass den Nachfragern während der Dauer des nicht branchenüblichen Vertragsverhältnisses zwischen der DTAG und der Beschwerdegegnerin faktisch nur die DTAG zur Verfügung gestanden habe. Zu den Peering-Partnern der Beschwerdegegnerin führte sie aus, dass diese grundsätzlich an die Bedingungen des Peering-Abkommens mit der Beschwerdegegnerin gebunden seien. Würde die Beschwerdeführerin anstatt einer direkten Peering-Anbindung eine indirekte Peering-Anbindung über eine Peering-Partnerin der Beschwerdegegnerin nutzen, wäre sie mindestens denselben Restriktionen unterworfen wie bei einer direkten Peering-Anbindung. Aus technischer Sicht sei daher das Dazwischenschalten eines weiteren AS, welches ebenfalls über eine aus technischer Sicht gleichwertige Peering Anbindung wie die Beschwerdeführerin verfüge, sinnlos, da eine solche ohne technische Vorteile immer zu einer Verzögerung der Datenübertragung führe. Zumindest für die Beschwerdeführerin könne dies keine Alternative darstellen. Auch gemäss der vom BAKOM durchgeführten Marktbefragung würden die Mehrzahl der Marktteilnehmer-

rinnen einen solchen Alternativzugang nicht als Alternative ansehen. Im Ergebnis entsprechen diese Ausführungen zu den technischen Alternativen dem Gutachten. Wie die WEKO im Fachbericht I auch festhält, war sie im Gutachten zum Schluss gelangt, dass der Einkauf von Transit bei der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin aus technischer Sicht eine Alternative zur direkten Interkonnektion darstelle. Hingegen hatte sie die Nachfrage nach Transit bei einer Peering-Partnerin der Beschwerdegegnerin aufgrund der restriktiven Peering-Policy seitens der Beschwerdegegnerin und der damit verbundenen Unsicherheiten hinsichtlich einer möglichen Drosselung der Übertragungsgeschwindigkeit bzw. einem restriktiven Ausbau von Übertragungskapazitäten aus technischer Sicht nicht als Alternative angesehen. Schliesslich unterzog die WEKO sowohl die Interkonnektion mit den Transitanbieterinnen als auch der Peering-Partner der Beschwerdegegnerin einer Analyse aus ökonomischer Sicht. Zur Interkonnektion mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin hielt sie fest, dass eine solche Interkonnektion sowohl über Peering als auch über Transit realisiert werden könne. Da die Beschwerdegegnerin gegenüber ihrer Transitanbieterin in der Regel ein Entgelt entrichte, erziele die Transitanbieterin hierdurch einen Ertrag. Sie müsse daher keine Kosten für die Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin an dritte AS, welche über sie Zugang zum AS der Beschwerdegegnerin erhielten, überwälzen. Für einen Peering-Partner der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin würden daher – soweit es sich um ein Zero-Settlement-Peering handle – keine Kosten entstehen. Damit stelle das Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin auch aus ökonomischer Sicht eine Alternative zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin dar. Eine Transitsucherin bei der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin habe für die Gewährung des Transitzugangs ein Entgelt zu entrichten. Dieses sei in der Regel höher als die Kosten für die Aufrechterhaltung des kostenfreien Peerings. Damit stelle ein Transitabkommen mit der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin für die Peering-Partner der Beschwerdegegnerin (z.B. die Beschwerdeführerin), die über eine Zero-Settlement-Peering verfügen würden, in preislicher Hinsicht grundsätzlich keine Alternative dar, da hierdurch eine kleine, aber signifikante dauerhafte Preiserhöhung akzeptiert werden müsse. Allerdings könne die Nachfrage nach Transit bei einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin kurzfristig eine Alternative zum kostenfreien Peering darstellen. Einerseits könne dies als Backup-Lösung dienen. Andererseits könne ein AS den Umweg über Transit aus strategischen Überlegungen anwenden, da der Transit üblicherweise bei der Beschwerdegegnerin Kosten verursache. Zur Interkonnektion mit einem Peering-Partner der Beschwerdegegnerin hielt die WEKO bei ihrer ökonomischen

Analyse fest, dass eine solche nur über Transit realisiert werden könne. Damit wäre eine Interkonnektion mit einem Peering-Partner aber ebenfalls kostenpflichtig und könne je nach Preisunterschied in ökonomischer Hinsicht nicht als Alternative zur kostenfreien Interkonnektion angesehen werden. Aufgrund dieser Überlegungen ist die WEKO schlussendlich zum bereits erwähnten Ergebnis gelangt. Die Ausführungen der WEKO hierzu sind stringent und nachvollziehbar, weshalb für das Bundesverwaltungsgericht soweit kein Anlass besteht, von dieser Beurteilung abzuweichen.

9.2.2

9.2.2.1 In Bezug auf Transit bei Peering-Partnern der Beschwerdegegnerin als mögliches Substitut bringt die Vorinstanz vor, dass nicht alle AS dermassen asymmetrische Datenströme ausweisen würden wie die Beschwerdeführerin. Auch wenn alle Peering-Vereinbarungen der Beschwerdegegnerin einer Ratio-Beschränkung unterliegen würden, müsse dies nicht dazu führen, dass alle AS denselben Restriktionen in der Verbindung mit den Endkunden der Beschwerdegegnerin unterliegen würden. Ein AS mit einem ausgeglichenen Datenaustauschverhältnis mit der Beschwerdegegnerin habe Kapazitäten, um Verkehr zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin anzubieten, ohne die Ratio-Bedingung zu verletzen. Die Analyse des BAKOM habe gezeigt, dass solche AS bestehen würden. Der Bezug von Transit-Diensten bei Peering-Partnern der Beschwerdegegnerin sei daher ein Substitut zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin.

9.2.2.2 Die WEKO führt sowohl in ihrem Gutachten als auch im Fachbericht I aus, die Verbindung zu einem Peering-Partner der Beschwerdegegnerin unterliege grundsätzlich den gleichen Restriktionen wie ein direktes Peering mit der Beschwerdegegnerin und könne daher kein bzw. nur in Ausnahmefällen ein hinreichendes Substitut darstellen. Im Fachbericht II bringt sie sodann ergänzend vor, es könne nicht alleine darauf abgestellt werden, ob für Fernmeldediensteanbieter eine Alternative zum kostenfreien Peering bestehe, ohne die daraus resultierenden Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Marktverhalten der Beschwerdegegnerin zu betrachten. Ab einer bestimmten ausgetauschten Datenmenge sei kostenfreies Peering günstiger als Transit, da die für Peering entstehenden Fixkosten auf eine ausreichend grosse Datenmenge verteilt werden könnten. Sei die Differenz zwischen den für Peering entstehenden Kosten und den alternativen Transitkosten gross genug, könne es sich für einen marktbeherrschenden Marktteilnehmer lohnen, eine Preiserhöhung von mindestens 5-

10% durchzusetzen, wenn die alternativen Kosten noch höher seien. Im Bereich der IP-Interkonnektion funktioniere die Disziplinierung des hypothetischen Monopolisten dadurch, dass ein von einer Preiserhöhung beim Peering betroffenes Unternehmen nur zeitweise auf eine kostenintensivere Transitverbindung, welche eigentlich kein Substitut darstelle, ausweiche und so beim hypothetischen Monopolisten nicht nur einen Umsatzverlust durch die Abwanderung, sondern auch zusätzliche Kosten in Form von Transitgebühren generiere. Dies reiche in der Regel aus, um den hypothetischen Monopolisten zu disziplinieren, so dass er wieder in ein kostenfreies Peering-Verhältnis zurückkehre. Nur unter dem Gesichtspunkt der Disziplinierung des hypothetischen Marktbeherrschers durch die kurzzeitige Nutzung eines Transitverhältnisses, welches meist in preislicher Hinsicht keine Alternative darstelle, seien diese Verträge dem sachlich relevanten Markt zuzurechnen. Die Vorinstanz qualifiziere aber die für die Beschwerdeführerin höheren Kosten, welche durch den Wechsel von kostenfreiem Peering auf kostenpflichtigen Transit entstehen, nicht als Hinderungsgrund, Transit- und Peering-Abkommen als Substitute anzusehen. Da der von der Vorinstanz bzw. dem BAKOM als Substitut qualifizierte Peering-Partner zudem bei der Beschwerdegegnerin keine zusätzlichen Kosten im Sinne einer Transitgebühr verursache, weil der Datenaustausch zwischen ihnen frei von Gebühren sei, komme dieser Alternative eine geringere disziplinierende Wirkung zu. Diese Alternative sei daher bedeutend weniger geeignet, den hypothetischen Monopolisten dazu zu bewegen, zum kostenfreien Peering zurückzukehren, weshalb die WEKO sie in ihrer Marktabgrenzung nur teilweise als Substitut qualifiziert habe. Diese Ausführungen der WEKO sind nachvollziehbar und schlüssig. Im Gegensatz zur Vorinstanz unterzieht die WEKO die unter technischen und theoretischen Gesichtspunkten eruierten Ausweichmöglichkeiten auch einer Überprüfung aus ökonomischer Sicht. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht daher kein Anlass, von der Beurteilung der WEKO als Fachbehörde abzuweichen.

9.2.3

9.2.3.1 Nach Ansicht der Vorinstanz gehört nicht nur Transit beim Transitanbieter der Beschwerdegegnerin und bei Peering-Partnern der Beschwerdegegnerin zum sachlich relevanten Markt, sondern auch Transit bei weiteren Transitanbietern. Es fließe über eine Vielzahl von AS Verkehr ins Netz der Beschwerdegegnerin. Der Anteil über die DTAG habe während der Untersuchung lediglich 25% des gesamten eingehenden Verkehrs betragen, wie sich aus dem Befundpapier des BAKOM ergebe. Das BAKOM

habe Transitanbieter identifizieren können, welche auch ohne direkte Interkonnektion mit der DTAG für mit der Beschwerdeführerin vergleichbare Kunden eine ausreichende Verbindung zu den Kunden der Beschwerdegegnerin hätten bereitstellen können.

9.2.3.2 Die WEKO stellt hierzu in ihrem Fachbericht I fest, dass die Beschwerdegegnerin während der Dauer des nicht branchenüblichen Vertragsverhältnisses mit der DTAG lediglich Transitsnachfragerin bei drei Anbietern gewesen sei. Dies ist soweit unbestritten. Die Beschwerdegegnerin war sodann vertraglich verpflichtet, einen bestimmten Prozentsatz ihres Transitverkehrs, welcher weit über 25% betrug, über die DTAG zu leiten. Mit Verweis auf die Marktbefragung bei der Beschwerdegegnerin stellte die WEKO sowohl in ihrem Gutachten als auch in ihren Fachberichten fest, dass tatsächlich gar ein noch weit höherer Prozentsatz des Transitverkehrs über die DTAG geleitet worden sei. Davon ging auch das Sekretariat der WEKO in ihrem Schlussbericht vom 12. Dezember 2016 aus. Die von der Vorinstanz und auch im Befundpapier des BAKOM erwähnten 25% beziehen sich offensichtlich auf den gesamten eingehenden Verkehr ins Netz der Beschwerdegegnerin und nicht nur auf den Transitverkehr. Dies wird von der Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 18. Oktober 2019 denn auch bestätigt. Die WEKO ist daher zu Recht zum Schluss gelangt, dass Nachfragern nach einer indirekten Interkonnektion über eine Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin in deren Netz faktisch nur die DTAG zur Verfügung stand. Daraus folgte die WEKO in ihrem Fachbericht I – wiederum richtig – dass weitere Transitanbieter nicht als Alternativen angesehen werden können, weil dies die Zwischenschaltung eines weiteren Netzes, nämlich dasjenige der DTAG, bedingen würde und somit nur ein Zugang zu einer Transitsnachfragerin bzw. einer Peering-Partnerin der Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin zur Verfügung stehe. Solche Konstellationen werden – worauf auch die WEKO hinweist – gemäss Befundpapier des BAKOM (vgl. Tabelle 6, Ziff. 4-6) von den Marktteilnehmerinnen jedoch nicht als Alternativen angesehen.

9.2.4

9.2.4.1 Im Gegensatz zur WEKO zählt die Vorinstanz schliesslich auch CDN zum sachlich relevanten Markt. Gemäss BAKOM könnten CDN-Anbieter für Content-Anbieter mit reproduzierbaren Inhalten weitere potentielle Substitute zu einer direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin anbieten. CDN würden eine Möglichkeit bilden, grosse Datenmengen zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin zu bringen. Im untersuchten

Zeitraum sei ein grosser Teil des eingehenden Verkehrs über CDN zur Beschwerdegegnerin geflossen. CDN würden zwar nicht für alle Dienste eine Möglichkeit der Interkonnektion darstellen, insbesondere für Dienste mit häufigen Interaktionen kämen sie nur beschränkt in Frage. Jedoch seien CDN für Dienste, welche hohe Bandbreiten benötigten und vor allem in eine Richtung fliessen würden, äusserst effizient und preislich aufgrund von Skaleneffekten und Nachfragemacht der Inhalts-Aggregatoren attraktiv. Sie seien gerade für diejenigen Dienste prädestiniert, die im Fall der Beschwerdeführerin relevant seien und die asymmetrischen Verkehrsströme verursachen würden. Die von der WEKO im Gutachten genannten Dienste, für welche CDN nicht genutzt werden könnten, wie Telefonie und Videokonferenzen, würden hingegen symmetrische Datenflüsse verursachen. Diese Dienste würden folglich die Bedingung des maximalen Datenaustausches nicht verletzen und könnten so – bei Erfüllung der weiteren Peering-Bedingungen – bei der Beschwerdegegnerin ohne Weiteres ein kostenloses Peering erhalten. Auf der anderen Seite könnten AS, welche grosse Datenmengen zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin senden würden, ein CDN in Anspruch nehmen. Gerade für diejenigen AS, welche allenfalls kein kostenloses Peering von der Beschwerdegegnerin erhalten würden, stelle ein CDN ein Substitut dar. Die Vorinstanz sei daher der Ansicht, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Preissetzungsverhalten durchaus durch CDN diszipliniert werde.

9.2.4.2 Die WEKO geht in ihrem Gutachten insofern mit der Vorinstanz einig, als dass CDN für gewisse Dienste als Substitut zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin qualifiziert werden könnten. Dienste, die den höchsten Qualitätsstandard verlangen würden (z.B. Telefonie und Videokonferenzen), könnten jedoch nicht über CDN verbreitet werden. Auch in diesem Punkt entspricht die Beurteilung der WEKO derjenigen der Vorinstanz, zumal auch diese CDN für Dienste mit häufigen Interaktionen nicht für geeignet erachtet. Gemäss dem Gutachten der WEKO sei sodann aber auch zu berücksichtigen, dass ein CDN selbst Interkonnektion als Vorleistung nachfragen und bezahlen müsse. Die Beschwerdegegnerin kontrolliere diese Verbindung und verlange ein Entgelt dafür. Ebenso müssten CDN im Netz der DTAG für ihren Datenverkehr bezahlen. CDN seien Wiederverkäufer von IP-Interkonnektion, sie könnten aber unter Umständen aufgrund der starken Aggregation für gewisse Dienste eine Alternative zur direkten Interkonnektion darstellen. Die Beschränkung auf gewisse Dienste und Funktionen sowie die Notwendigkeit, eine Vorleistung zu beziehen, würden sie in ihrem Spielraum stark einschränken, ein solches Substitut tatsächlich anzubieten. Insgesamt kam

die WEKO deshalb zum Schluss, dass CDN nicht genügend Wettbewerbsdruck auszuüben vermögen, um dem relevanten Markt zugerechnet werden zu können. Die Vorinstanz setzt sich mit den Ausführungen der WEKO zur zu bezahlenden Vorleistung und dem mangelnden Wettbewerbsdruck nicht auseinander. Sie ersetzt lediglich die Beurteilung der WEKO durch ihre eigene und macht ohne nähere Ausführungen pauschal geltend, CDN seien preislich attraktiv und würden die Beschwerdegegnerin in ihrem Preissetzungsverhalten disziplinieren. Triftige Gründe, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden, bringt sie somit nicht vor. Auch ihr Hinweis, dass CDN gerade für diejenigen Dienste prädestiniert seien, die im Fall der Beschwerdeführerin relevant seien und die asymmetrischen Verkehrsströme verursachen würden, genügt hierfür nicht, zumal unbestritten ist, dass CDN für gewisse Dienste eine Alternative zur direkten Interkonnektion darstellen. Entsprechend ist auf die Beurteilung der WEKO abzustellen und CDN nicht dem sachlich relevanten Markt zuzurechnen.

9.2.5 Insgesamt vermag die Vorinstanz somit keine triftigen Gründe vorzubringen, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden. Ihre angeführten Alternativen zu einer direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin bleiben überwiegend theoretisch und sie vermag die konkreten Ausweichmöglichkeiten nicht zu benennen. Demgegenüber stützt sich die WEKO in ihrer Analyse auf die Ergebnisse der Marktbefragung und berücksichtigt im Gegensatz zur Vorinstanz nicht nur technische, sondern auch ökonomische Aspekte, indem sie die monetären Bedingungen aufzeigt, zu denen die vermeintlichen Ausweichmöglichkeiten genutzt werden könnten.

9.3 Die Beschwerdegegnerin nimmt keine konkrete Marktabgrenzung vor, weshalb unklar bleibt, was ihrer Ansicht nach zum sachlich relevanten Markt gehören soll. Sie kritisiert die Marktabgrenzung der WEKO jedoch in verschiedener Hinsicht, worauf nachfolgend einzugehen ist. Soweit sie sich der Ansicht der Vorinstanz anschliesst, kann zudem auf das zuvor Ausgeführte verwiesen werden.

9.3.1

9.3.1.1 Die Beschwerdegegnerin macht zunächst geltend, die WEKO habe den hypothetischen Monopolistentest (SSNIP-Test) falsch angewendet, weshalb dessen Resultat unbeachtlich sei. Einerseits sei der gesetzte Benchmark einer kostenlosen Interkonnektion fragwürdig, weil es nie ein

kostenfreies Peering gegeben habe, sondern ein Verhältnis von 5:1 und später 2:1 zwischen dem Datenverkehr ins und aus dem Netz der Beschwerdegegnerin einzuhalten gewesen sei, damit auf eine Verrechnung verzichtet worden sei. Andererseits setze der SSNIP-Test voraus, dass alles ausser dem Preis unverändert bleibe. Vorliegend hätten sich aber die Datenmengen, welche bei einem Zero-Settlement-Peering akzeptiert worden seien, massiv geändert. Die Ratioänderung sei nichts anderes als eine Anpassung an die massive Zunahme des Datenverkehrs gewesen und stelle entgegen der Ansicht der WEKO keine Preiserhöhung dar. Die WEKO berücksichtige die Mengenausdehnung nicht. Zudem sei zu beachten, dass der Preis für die das akzeptierte Verhältnis übersteigende Menge laufend gesunken sei.

9.3.1.2 Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden (vgl. BVGE 2011/32 E. 9.5.3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 270; REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 116 ff.). Dem SSNIP-Test entsprechend stellte sich die WEKO im Gutachten und auch im Fachbericht I die Frage, ob eine hypothetische Monopolistin (die Beschwerdegegnerin) eine geringfügige Preiserhöhung von 5-10% für das Peering gewinnbringend durchsetzen könne bzw. konnte, was bei funktionierendem Wettbewerb nicht möglich wäre. Wie bereits ausgeführt, ist der Umstand, dass die WEKO dabei als Referenzpunkt bzw. Benchmark von einem Zero-Settlement-Peering, wie es zwischen den Parteien bis 2012 vereinbart war, ausging, nicht zu beanstanden (vgl. vorstehend E. 9.2.1.3). Es ist sodann unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin 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 bzw. durchzusetzen. Damit hat sie die Preise für den asymmetrischen Datenaustausch im Vergleich zu den Preisen für den symmetrischen Datenaustausch geändert. Wie die WEKO in ihrem Fachbericht II zu Recht ausführt, kann die Erhöhung des Datenvolumens nicht als Rechtfertigung für die stärkere Bepreisung des asymmetrischen Datenaustausches dienen, da die Kosten für das bereitzustellende Datenvolumen unabhängig davon anfallen, ob der Datenverkehr symmetrisch oder asymmetrisch ist. Auch ansonsten erweisen sich die Ausführungen der WEKO zur Preiserhöhung

aufgrund der Ratioänderung im Fachbericht II als schlüssig und nachvollziehbar. So ist der WEKO zuzustimmen, wenn sie ausführt, die Beschwerdegegnerin bepreise nur die Asymmetrie des Datenverkehrs und berücksichtige die Mengenausdehnung bei der Preissetzung gerade nicht. Auch ist nicht zu verkennen, dass die Beschwerdegegnerin – wie die WEKO im Fachbericht II festhält – 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. Die Ratioänderung ist deshalb durchaus als Preiserhöhung anzusehen. Vor diesem Hintergrund besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Grund, von der Beurteilung der WEKO abzuweichen.

9.3.2 Soweit die Beschwerdegegnerin vorträgt, die gestiegenen Preise seien kostenmässig begründet, ist zu bemerken, dass diese Frage vorliegend (noch) nicht relevant ist. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren gilt es einzig die Marktbeherrschung der Beschwerdegegnerin zu prüfen. Erst in einem nächsten Schritt wären die Peering-Preise der Beschwerdegegnerin durch die Vorinstanz zu überprüfen bzw. kostenorientierte Preise festzusetzen.

9.3.3 Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdegegnerin sodann, wenn sie der WEKO vorwirft, die Bedeutung eines Zero-Settlement-Peerings zu verkennen und irrtümlich davon auszugehen, ein solches sei kostenlos. Die WEKO hat in ihrem Gutachten klar darauf hingewiesen, dass ein Zero-Settlement-Peering nicht gratis sei, sondern die Peering-Partner Kosten zu tragen hätten (vgl. Gutachten Rz. 89, 110 und 119).

9.3.4

9.3.4.1 Des Weiteren macht die Beschwerdegegnerin geltend, es hätten entgegen der Ansicht der WEKO im Fachbericht I nebst der DTAG weitere Transitanbieter zur Verfügung gestanden. Die Beschwerdeführerin hätte den Verkehr über einen beliebigen Transitprovider leiten können. Dafür hätte zwar ein zusätzliches AS dazwischengeschaltet werden müssen, wäre aber qualitativ ausreichend gewesen. Gemäss dem Befundbericht des BAKOM hätten 7 von 28 Befragten dies als Alternative angesehen.

9.3.4.2 Die Beschwerdegegnerin behauptet damit, dass eine Interkonnektion mit einem Peering-Partner der Transitanbieterin der Beschwerdeführerin eine Ausweichmöglichkeit darstelle. Hierzu kann grundsätzlich auf

das bereits in E. 9.2.3.2 Ausgeführte verwiesen werden. Es ist zwar zutreffend, dass gemäss der Marktbefragung 7 Befragte dies als potentielle Alternative zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin angesehen haben, jedoch haben 21 der befragten Marktteilnehmer dies verneint und 20 haben sich dazu nicht geäussert (vgl. Befundpapier des BAKOM, Tabelle 6, Ziff. 4). Bei dieser Sachlage ist daher nicht zu beanstanden, wenn die WEKO darin keine Substitutionsmöglichkeit gesehen hat.

9.3.5 Nicht näher einzugehen ist schliesslich auf die pauschale Kritik der Beschwerdegegnerin, die WEKO habe die internationalen Erkenntnisse zu den Wettbewerbsverhältnissen der IP-Interkonnektion ignoriert und nicht begründet, weshalb die Verhältnisse in der Schweiz anders sein sollten als im Ausland. Die WEKO hat sich in ihrem Gutachten und den Fachberichten eingehend mit dem konkreten Sachverhalt und den anwendbaren Rechtsgrundlagen auseinandergesetzt. In ihrem Gutachten hat sie zudem die Praxis ausländischer Behörden dargelegt.

9.3.6 Insgesamt vermag die Beschwerdegegnerin somit ebenfalls keine triftigen Gründe vorzubringen, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden.

9.4 Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass ein gesonderter Markt für IP-Zugang für Transitanbieterinnen abzugrenzen sei, dessen Marktgegensenden einerseits die Beschwerdegegnerin und andererseits Transitanbieterinnen wie die Beschwerdeführerin seien. Da – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin auch gestützt auf die Marktabgrenzung der WEKO zu bejahen ist, braucht auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die eine noch engere Marktabgrenzung zur Folge hätten, nicht weiter eingegangen zu werden.

9.5 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass keine triftigen Gründe vorliegen, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden. Entsprechend umfasst der sachlich relevante Markt – wie von der WEKO im Fachbericht I dargelegt – die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin sowie ein Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin. Kurzfristig kann sich jedoch auch die Nachfrage von Transit bei einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin anbieten, wenn hierdurch eine kostenfreie Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin erzielt werden kann.

10.

Unbestritten ist der räumlich relevante Markt. Dieser umfasst sämtliche Internetknoten in Europa, an denen die Beschwerdegegnerin und ihre Transitanbieterinnen – insbesondere die DTAG – Interkonnektion anbieten.

11.

Es bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin auf dem relevanten Markt als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

11.1 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin als Eigentümerin einer nationalen Telekommunikationsinfrastruktur ein technisches Monopol für den Zugang zu ihren Endkunden besitzt. Wie die WEKO im Fachbericht I zutreffend ausführt, kann sich die Beschwerdegegnerin deshalb aus technischer Sicht gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern, welche den Zugang zu ihrem Netz nachfragen, unabhängig verhalten. Die hierarchische Struktur des Internets und die Notwendigkeit der any-to-any-Verbindung gewährleistet jedoch trotz diesem technischen Monopol den Zugang zu den Endkunden der Beschwerdegegnerin über das Internet. Letzteres ist darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdegegnerin als mittelgrosse nationale Netzbetreiberin für eine Anbindung an das Internet auf Transit angewiesen ist und dadurch ein "Einfallstor" ins Netz der Beschwerdegegnerin besteht. Gemäss der vorstehenden Marktabgrenzung bildet ein Peering mit einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin ein Substitut zur direkten Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin. Wie ebenfalls dargelegt wurde, stand während der Dauer des nicht branchenüblichen Vertragsverhältnisses zwischen der DTAG und der Beschwerdegegnerin den Nachfragern einer indirekten Interkonnektion über eine Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin faktisch lediglich das AS der DTAG zur Verfügung. Dabei ist unbestritten, dass keine Möglichkeit besteht, die DTAG zum Abschluss eines Peering-Abkommens zu zwingen und es quasi ausgeschlossen ist, dass insbesondere kleinere Anbieterinnen wie die Beschwerdeführerin ein Peering-Abkommen mit der DTAG schliessen können. Damit fällt die Möglichkeit, die Beschwerdegegnerin in ihrem Marktverhalten durch Peering mit einer ihrer Transitanbieterinnen zu disziplinieren, weg.

11.2

11.2.1 Gemäss der vorgenommenen Marktabgrenzung besteht somit einzig noch die Möglichkeit, vorübergehend (kostenpflichtig) Transit bei einer Transitanbieterin der Beschwerdegegnerin – faktisch damit bei der DTAG – zu beziehen. Dadurch würden der Beschwerdegegnerin unbestritten

nicht nur Umsatzeinbussen durch die Abwanderung entstehen, sondern auch Kosten in Form eines Transit-Entgelts, welches sie an ihre Transitanbieterin zu entrichten hätte. Dieser Mechanismus dürfte der Beschwerdegegnerin grundsätzlich die richtigen Anreize setzen, um zu einem Zero-Settlement-Peering zurückzukehren (vgl. hierzu auch vorstehend E. 9.2.2.2). Das nicht branchenübliche Abkommen zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG enthielt nun jedoch – nebst der Verpflichtung der Beschwerdegegnerin, einen bestimmten Prozentsatz ihres Transitverkehrs über die DTAG zu leiten – eine Umsatzbeteiligung der Beschwerdegegnerin an den Transiteinnahmen der DTAG, wenn Daten von einer Transitsuchfragerin der DTAG an die Beschwerdegegnerin geleitet wurden (Revenue Share). Die WEKO hielt hierzu fest, dass der Beschwerdegegnerin nicht nur keine Kosten für diesen Transitverkehr entstanden seien, sondern diese gar einen Ertrag erzielen können. Der erwähnte Disziplinierungsmechanismus sei deshalb durch das nicht branchenübliche Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG ausser Kraft gesetzt worden.

11.2.2 Nach Ansicht der Vorinstanz hat das Abkommen zwischen der DTAG und der Beschwerdegegnerin die disziplinierenden Effekte zwar abgeschwächt, jedoch nicht vollends ausser Kraft gesetzt. So habe die Beschwerdegegnerin auch während der Geltungsdauer des fraglichen Abkommens Transitentgelte an die DTAG entrichten müssen und habe nur dann ein Entgelt erhalten, wenn sich der Transitumsatz der DTAG mit Transit zur Beschwerdegegnerin erhöht habe. Wenn sodann ein Peering-Partner der Beschwerdegegnerin zu einem Transitdienst eines Peering-Partners der DTAG gewechselt habe, seien der Beschwerdegegnerin Kosten entstanden. Dieser Umstand habe wohl durchaus einen disziplinierenden Effekt gehabt.

11.2.3 Es ist zwar zutreffend, dass die Beschwerdegegnerin auch während der Geltungsdauer des fraglichen Abkommens Transitentgelte an die DTAG entrichten musste. Davon ging denn auch die WEKO aus. Wie das BAKOM in ihrem Befundpapier aber festhielt, konnte die Beschwerdegegnerin der DTAG aufgrund der Umsatzbeteiligung einen grösseren Betrag in Rechnung stellen als umgekehrt. Mithin konnte die Beschwerdegegnerin aufgrund des Abkommens einen Ertrag erzielen, wo ihr ansonsten Kosten entstanden wären. Dass die WEKO bei dieser Sachlage zum Schluss gelangte, der Disziplinierungsmechanismus durch das nicht branchenübliche Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG sei ausser Kraft gesetzt worden, erweist sich daher als zutreffend. Dies zeigt

sich auch im Umstand, dass die Beschwerdegegnerin ihre neuen Peering-Bedingungen erst nach Unterzeichnung der Vereinbarung mit der DTAG gewinnbringend durchsetzen konnte (vgl. nachstehend E. 11.3.3). Der Bezug von Transit bei einem Peering-Partner der DTAG gehört sodann nicht zum sachlich relevanten Markt und ist entsprechend nicht zu berücksichtigen.

11.2.4 Ein Ausweichen auf die zum sachlich relevanten Markt gehörenden Alternativen konnte die Beschwerdegegnerin somit in ihrem Verhalten nicht disziplinieren.

11.3

11.3.1 Wie dargelegt (vgl. vorstehend E. 8.2) hat die WEKO bei der Beurteilung der Marktstellung weitere Aspekte zur Disziplinierung der Beschwerdegegnerin geprüft. Sie hat sich dabei eingehend zum potentiellen Wettbewerb, zur Wechselbereitschaft der Endkunden und zum Einfluss der Marktgegenseite geäußert. Eine wesentliche Einschränkung des Handlungsspielraums der Beschwerdegegnerin konnte sie darin jedoch nicht erblicken.

11.3.2 Die Vorinstanz hingegen stellt sich auf den Standpunkt, es hätten weitere Disziplinierungsmechanismen bestanden, welche – zusammen mit der Möglichkeit, auf Substitute auszuweichen – die Beschwerdegegnerin hinreichend diszipliniert hätten. In der angefochtenen Verfügung führt sie aus, dass eine gewisse Nachfragemacht von der Marktgegenseite und gewisse disziplinierende Kräfte vom ungleich grösseren Endkundenmarkt bestanden hätten.

11.3.3 Es ist unbestritten, dass sowohl von der Marktgegenseite als auch von den Endkunden eine gewisse disziplinierende Kraft ausging. Im Unterschied zur Vorinstanz erachtet die WEKO diese jedoch als gering und nicht ausreichend, um den Handlungsspielraum der Beschwerdegegnerin wesentlich einzuschränken. Die Vorinstanz setzt sich weder in der angefochtenen Verfügung noch im Beschwerdeverfahren mit den Ausführungen der WEKO zum Einfluss der Marktgegenseite und der Endkunden im Gutachten auseinander und zeigt nicht auf, weshalb diese unzutreffend sein sollten. Wie die WEKO sodann in ihrem Gutachten und im Fachbericht I darlegte, gelang es der Beschwerdegegnerin denn auch tatsächlich, ihre neuen Peering-Bedingungen und damit eine Preiserhöhung einseitig und gewinnbringend durchzusetzen. Mit Verweis auf das Befundpapier des

BAKOM und die Angaben der Beschwerdegegnerin führte die WEKO aus, die Beschwerdegegnerin habe ihre Peering-Bedingungen bereits vor dem Abschluss des nicht branchenüblichen Abkommens mit der DTAG geändert, allerdings habe sie diese erst nach Unterzeichnung der Vereinbarung mit der DTAG gewinnbringend durchsetzen können. Ein Teil der Peering-Partner habe die neuen Bedingungen akzeptiert. Von insgesamt rund 300 Unternehmen hätten über 100 nach Einführung der neuen Peering-Bedingungen die direkte Interkonnektion mit der Beschwerdegegnerin aufgegeben und seien auf einen indirekten (kostenpflichtigen) Netzzugang ausgewichen. Auch diese hätten damit eine Preiserhöhung in Kauf nehmen müssen. Berücksichtigt man, dass die Beschwerdegegnerin an dem durch Transit bei der DTAG generierten Ertrag mitbeteiligt gewesen sei, habe sie auf diese Weise auch gegenüber denjenigen, die auf eine indirekte Route ausgewichen seien, eine Preiserhöhung gewinnbringend durchsetzen können. Diese Ausführungen überzeugen. Auch das BAKOM in ihrem Befundpapier sowie die Vorinstanz anerkennen, dass die Änderung der Peering-Bedingungen für die Beschwerdegegnerin profitabel war. Damit konnte – wie die WEKO im Fachbericht II ausführt – im Markt genau das vom SSNIP-Test Geforderte, nämlich die Durchsetzung einer geringfügigen Preiserhöhung von 5-10% durch den zu analysierenden Monopolisten, beobachtet werden. Aus diesem Grund erscheint auch die Argumentation der Vorinstanz, eine marktbeherrschende Anbieterin hätte zur Gewinnmaximierung das maximale Datenaustauschverhältnis nicht auf 2, sondern auf 1 festgelegt, nicht stichhaltig. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin eine Preiserhöhung einseitig und gewinnbringend durchsetzen konnte, zeigt somit – worauf auch die WEKO mehrfach hinweist – , dass die disziplinierenden Kräfte nicht ausreichend waren und sich die Beschwerdegegnerin von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten konnte.

11.4 Unbehilflich sind sodann die Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin, die neuen Peering-Konditionen seien branchenüblich und diese hätten sich auch nach Aufhebung der Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG nicht geändert. Einerseits sind branchenübliche Konditionen nicht mit Konditionen, die sich unter Wettbewerbsbedingungen eingestellt haben, gleichzusetzen und schliessen eine marktbeherrschende Stellung nicht aus. Andererseits ist nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdegegnerin auch nach Aufhebung der fraglichen Vereinbarung als marktbeherrschend zu qualifizieren ist.

11.5 Insgesamt vermag weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin triftige Gründe vorzubringen, die ein Abweichen von der Beurteilung der WEKO rechtfertigen würden. Folglich ist eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016 zu bejahen.

12.

Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass die Marktstellung der Beschwerdegegnerin nach Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG unklar ist. Für diese Zeit wurden die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nicht abgeklärt und es liegt diesbezüglich auch keine Beurteilung der WEKO vor. Für die Zeitdauer bis zur Auflösung der nicht branchenüblichen Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG im Januar 2016 ist die Beschwerdegegnerin hingegen als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren. Die Beschwerde ist deshalb insoweit gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Betreffend die Zeitdauer nach Auflösung der erwähnten Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der DTAG hat sie die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse abzuklären und die WEKO im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG zu konsultieren. Für die Zeitdauer bis zur Auflösung der erwähnten Vereinbarung hat sie für das von der Beschwerdeführerin verlangte Peering kostenorientierte Preise im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG festzulegen. Auch die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 126'240.– sind dabei neu zu verlegen.

13.

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

13.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Kosten zu tragen hat die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxismässig als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 137 V 57 E. 2.1 ff. und 137 V 271 E. 7.1; statt vieler: Urteil des BVGer A-6259/2018 vom 8. Juli 2019 E. 6.1).

Dem Verfahrensausgang entsprechend ist die Beschwerdeführerin demnach als vollständig obsiegend zu betrachten. Die auf Fr. 4'000.– festzusetzenden Verfahrenskosten (vgl. dazu Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) sind folglich der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.– ist dieser zurückzuerstatten.

13.2 Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Sie wird vom Gericht aufgrund der Akten festgesetzt, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Höhe der Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles, des notwendigen Zeitaufwandes und eines durchschnittlichen Stundenansatzes erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– als angemessen.

14.

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die Verfügung vom 27. Juli 2018 aufgehoben und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Der Zahlungsschein erfolgt mit separater Post.

3.

Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Hierfür hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Post- oder Bankverbindung mitzuteilen.

4.

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 10'000.– zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf 2018-07-27_002 / OS 41-00006; Einschreiben)
- die WEKO (A-Post)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Marcel Zaugg

Versand: