



RPW/DPC

Verfügung

vom 14. November 2011

in Sachen

Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle
und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995
(Kartellgesetz, KG; SR 251)

betreffend **32-0221: Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich**

wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 5 und 7 KG

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	4
A.1	Gegenstand der Untersuchung	4
A.2	Verfahren.....	4
A.2.1	Vorabklärung.....	4
A.2.2	Untersuchung.....	5
A.3	Parteien	9
A.4	Sachverhalt.....	14
A.4.1	Verflechtungen zwischen der AGH und Ticketcorner sowie weiteren gewichtigen Marktteilnehmern	14
A.4.1.1	Zwischen AGH und Ticketcorner.....	14
A.4.1.2	Zwischen AGH und Good News Productions AG et al.	14
A.4.1.3	Zwischen Ticketcorner und Good News et al.	15
A.4.2	Marktstruktur	15
A.4.3	Die 50%-AGB-Klausel und die 50%-Vereinbarung im Einzelnen	17
A.4.3.1	Von den Vorschriften erfasste bzw. ausgenommene Ticketkategorien.....	17
A.4.3.2	Faktische Wirkung der 50%- wie 100%-Vorschriften?.....	18
A.4.3.3	Auswirkung der 50%-Vorschriften auf die Wahl des vom Veranstalter für den Eigenvertrieb verwendeten Softwaresystems.....	23
B	Erwägungen	24
B.1	Allgemeine Erwägungen und Formelles.....	24
B.1.1	Geltungsbereich	24
B.1.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	24
B.1.1.2	Sachlicher Geltungsbereich	25
B.1.1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich.....	26
B.1.2	Verfügungsadressaten	26
B.1.2.1	Materielle Verfügungsadressaten.....	26
B.1.2.2	Formelle Verfügungsadressaten	28
B.1.3	Weitere formelle Fragen	30
B.1.3.1	Anwesenheit an den Parteiverhören der anderen Parteien	30
B.1.3.2	Aufbewahrung der Tonaufnahmen der Parteiverhöre.....	32
B.1.3.3	Noch offene Beweisanträge	33
B.1.4	Vorbehaltene Vorschriften	36
B.2	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	38
B.2.1	Marktbeherrschende Stellung.....	38
B.2.1.1	„Klassische“ Marktbeherrschung.....	38
B.2.1.1.1	Der relevante Markt.....	38
B.2.1.1.2	Beurteilung der Marktstellung.....	45
B.2.1.2	Wirtschaftliche Abhängigkeit	47
B.2.2	Schlussfolgerung.....	48
B.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede (50%-Vereinbarung).....	48
B.3.1	Wettbewerbsabrede	48

B.3.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen AGH und Ticketcorner.....	48
B.3.1.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	48
B.3.1.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	49
B.3.2	Keine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede.....	49
B.3.3	Keine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede50	
B.3.3.1	Die relevanten Märkte	51
B.3.3.1.1	Vorliegen zweier relevanten Märkte	51
B.3.3.1.2	Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen	52
B.3.3.1.3	Markt für Ticketvertrieb.....	53
B.3.3.2	Keine Erheblichkeit der Beeinträchtigung.....	56
B.3.3.2.1	Auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen	57
B.3.3.2.2	Auf dem Markt für Ticketvertrieb	63
B.3.3.2.3	Fazit	67
B.4	Schlussfolgerung	67
C	Kosten	67
D	Dispositiv	68

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Im vorliegenden Verfahren ist zu klären, ob die Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich (nachfolgend: AGH) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbraucht, indem sie in Ziffer 14.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: AGB) für die Benützung des Hallenstadions Folgendes vorschreibt:

„Der Veranstalter ist verpflichtet, der AGH ein Kontingent von mindestens 50% der Tickets aus sämtlichen Kategorien zu Standardkonditionen in Konsignation zur Verfügung zu stellen. Ausgenommen davon sind mit zusätzlichen Dienstleistungen veredelte Tickets bis max. 5% der Maximalkapazität. Die AGH vertreibt diese zu den gleichen, vom Veranstalter festgelegten Preisen wie die anderen 50% der Tickets zuzüglich Systembenutzungsgebühr/Vorverkaufsgebühr über eigene Vertriebskanäle und -partner (aktuell Ticketcorner [AG])“¹ (nachfolgend: 50%-AGB-Klausel).

2. Ferner ist zu beantworten, ob es sich bei der nachfolgend wiedergegebenen Rz 10 der Kooperationsvereinbarung zwischen der AGH und der Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner), welche der vorerwähnten 50%-AGB-Klausel zu Grunde liegt, um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handelt:

„TC [Ticketcorner] hat das Recht, mindestens 50% aller Tickets (exklusive V.I.P. Pakete mit Zusatzleistungen [...]) sämtlicher Ticketkategorien für alle Veranstaltungen im Hallenstadion (im folgenden „Kontingentsanspruch“) über alle möglichen gegenwärtigen elektronischen sowie in Zukunft allenfalls weiteren oder anderen Vertriebskanälen und Vertriebsarten (Call Center, Internet und POS) zu vertreiben [...]“² (nachfolgend: 50%-Vereinbarung).

A.2 Verfahren

A.2.1 Vorabklärung

3. Mit Schreiben vom 24. Februar 2009³ reichte die CTS Eventim Schweiz AG (nachfolgend: CTS Schweiz) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen die AGH ein und beantragte die Einleitung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 Abs. 1 KG⁴. Ferner stellte sie den Antrag, als Beteiligte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG am Verfahren teilnehmen zu können. Materiell machte die CTS Schweiz insbesondere geltend, die AGH habe eine marktbeherrschende Stellung inne und missbrauche diese, indem sie von den Veranstaltern insbesondere⁵ durch die Pflicht zur Überlassung eines Ticketkontingents von 50% das Eingehen unangemessener Geschäftsbedingungen

¹ Abrufbar unter <www.hallenstadion.ch/sites/downloads/agb_03_2008.pdf> (05.12.2011).

² Beilage 9 zu act. n° 12; bereinigte Version bei act. n° 123.

³ Act. n° 1.

⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ CTS Schweiz nennt noch weitere in den AGB der AGH enthaltene Verpflichtungen (z.B. die kostenlose Überlassung von 24 Tickets der höchsten Standardkategorie), die ihres Erachtens als unangemessene Geschäftsbedingungen anzusehen sind, hält aber zugleich fest, das Ticketkontingent sei für sie von besonderer Bedeutung (act. n° 1, Rz 10 und 50 f.). Die nachfolgenden Betrachtungen beschränken sich auf die von mehreren Unternehmen beanstandete, aus praktischer Sicht weitaus am gewichtigsten erscheinende 50%-AGB-Klausel.

gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwingen. Gleichzeitig kopple die AGH den Verkauf der Tickets in gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG verstossender Weise an die Miete des Hallenstadions.

4. Am 2. April 2009 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung⁶ gegen die AGH in Sachen „Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich“, stellte der AGH die Anzeige der CTS Schweiz zu und räumte ihr die Möglichkeit zur Stellungnahme ein.

5. Mit Schreiben vom 8. April 2009⁷ wies das Sekretariat den Antrag der CTS Schweiz auf Beteiligung an der zu diesem Zeitpunkt laufenden Vorabklärung ab, weil erst im Untersuchungsverfahren die Möglichkeit zur Beteiligung am Verfahren bestehe.

6. Mit Eingabe vom 29. Mai 2009⁸ beantragte die AGH die Einstellung der Vorabklärung ohne Vornahme weiterer Untersuchungshandlungen, da weder die AGH marktbeherrschend noch die Vereinbarung zwischen ihr und Ticketcorner eine unzulässige Wettbewerbsabrede sei.

7. Am 23. Juni 2009 erstattete die damalige VisionOne AG, später umfirmiert in ticketportal AG⁹ (nachfolgend: ticketportal), ebenfalls eine Anzeige¹⁰ gegen die AGH und beantragte die Einleitung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 Abs. 1 KG sowie gestützt darauf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG. Die ticketportal machte geltend, die AGH sei marktbeherrschend und missbrauche diese Stellung, indem sie den Verkauf der Tickets an die Vermietung des Hallenstadions kopple.

A.2.2 Untersuchung

8. Am 2. Februar 2010 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die AGH sowie gegen Ticketcorner und teilte ihnen dies mit Schreiben vom gleichen Tag¹¹ mit. Die beiden Anzeigerinnen¹² wurden mit Schreiben vom 5. Februar 2010¹³ über die Untersuchungseröffnung informiert, und die entsprechende Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgte am 12. Februar 2010¹⁴. Die Akten aus der Vorabklärung wurden im Einverständnis von AGH¹⁵, ticketportal¹⁶ und CTS Schweiz¹⁷ in die Untersuchung übernommen.

9. Mit Schreiben vom 11. März 2010¹⁸ beschwerte sich die Ticketino AG (nachfolgend: Ticketino) über die vertragliche Beziehung zwischen der AGH und Ticketcorner und teilte mit Schreiben vom 12. März 2010¹⁹ mit, sich am Verfahren beteiligen zu wollen. Die Cinerent Open Air AG, aus welcher später die Starticket AG (nachfolgend: Starticket) als die für den

⁶ Act. n° 4.

⁷ Act. n° 7.

⁸ Act. n° 12; bereinigte Version act. n° 148.

⁹ Vgl. act. n° 37.

¹⁰ Act. n° 15.

¹¹ Act. n° 21 und 22.

¹² Siehe Rz 3 und 7.

¹³ Act. n° 26 und 27.

¹⁴ Act. n° 33.

¹⁵ Act. n° 31 und 39.

¹⁶ Act. n° 32 und 37.

¹⁷ Act. n° 30 und 3.

¹⁸ Act. n° 52.

¹⁹ Act. n° 53.

Bereich Ticketvertrieb zuständige Aktiengesellschaft abgespalten wurde²⁰, machte mit Eingabe vom 24. März 2010²¹ ebensolches geltend und beantragte ebenfalls eine Verfahrensbeteiligung. Das Sekretariat erkannte Starticket und Ticketino mit Schreiben vom 29. März 2010²² Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG²³ zu. Mit Eingabe vom 23. April 2010²⁴ bestätigte die eine Anzeigerin, ticketportal, ihren Willen zur Beteiligung am Verfahren als Partei, woraufhin das Sekretariat mit Schreiben vom 27. April 2010²⁵ auch ihr Parteistellung i.S.v. Art. 6 VwVG zuerkannte. AGH und Ticketcorner beanstandeten die Zuerkennung einer Parteistellung an die vorgenannten juristischen Personen, nachdem sie hiervon durch Zustellung des Aktenverzeichnisses erfahren hatten, und zwar erstens in formeller Hinsicht, namentlich dass ihnen als materielle Verfügungsadressatinnen nicht vorgängig die Möglichkeit zur Stellungnahme hierzu eingeräumt worden sei, und zweitens in materieller Hinsicht, namentlich dass die Voraussetzungen für eine Verfahrensbeteiligung als Partei nicht vorlägen²⁶. Hierauf wird zurückzukommen sein.²⁷

10. Demgegenüber zog die andere Anzeigerin, die CTS Schweiz, mit Schreiben vom 18. März 2010²⁸ ihre Anzeige zurück, da die von ihr ursprünglich befürchteten Wettbewerbsbeschränkungen doch nicht eingetreten seien.

11. Im Rahmen der Untersuchung wurden mittels Fragebogen die AGH²⁹ und Ticketcorner³⁰, vier weitere Ticketvertriebsunternehmen³¹, darunter auch die beiden Anzeigerinnen, sowie zehn Veranstalter³² befragt, wobei alle antworteten³³. Verschiedentlich wurden von einzelnen Parteien, namentlich von AGH³⁴, Ticketcorner³⁵ und ticketportal³⁶, weitere Angaben oder Unterlagen eingefordert, die ausnahmslos eingereicht wurden³⁷.

²⁰ Siehe act. n° 124 und zum vormaligen Zustand act. n° 69.

²¹ Act. n° 58.

²² Act. n° 60 und 61.

²³ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁴ Act. n° 82.

²⁵ Act. n° 85.

²⁶ Act. n° 106 und 111 sowie die Antwortschreiben seitens des Sekretariats act. n° 107 und 113.

²⁷ Siehe Rz 77 ff.

²⁸ Act. n° 55.

²⁹ Act. n° 21 und 64.

³⁰ Act. n° 22 und 64a.

³¹ Ticketportal (act. n° 26 und 65), CTS Schweiz (act. n° 27 und 49 resp. 127), Starticket (act. n° 60 und 92) und Ticketino (act. n° 70 und 91).

³² Namentlich act entertainment ag (act. n° 23 und 57), Appalooza productions GmbH (act. n° 24 und 67), Good News Productions AG (act. n° 25 und 66), OPUS ONE SA (act. n° 28 und 50), Live Music Production LMP S.A. (act. n° 29 und 38), Cinerent OpenAir AG (act. n° 60 und 92), FBM Management AG (act. n° 72 und 108), Carré Event AG (act. n° 73 und 98), ZLE Betriebs AG (act. n° 74 und 109) und 4 Music Entertainment AG (act. n° 75 und 118).

³³ Für Aktennachweise siehe Fn 29 ff. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass anstelle der FBM Management AG die Rent-a-Show AG antwortete (siehe act. n° 108), anstelle der Carré Event AG die Art on Ice Production AG (siehe act. n° 98).

³⁴ Act. n° 126 im Nachgang zum Parteiverhör und act. n° 233 bzw. 239.

³⁵ Act. n° 128 im Nachgang zum Parteiverhör und act. n° 232 bzw. 239.

³⁶ Act. n° 129 im Nachgang zum Parteiverhör.

³⁷ Für Nachweise der Fundstellen siehe die vorangehenden Fn 34 ff.

12. Das Sekretariat führte mit sämtlichen Parteien je ein Parteiverhör durch: Für Ticketino sagte [...] am 12. Mai 2010 aus³⁸, für Starticket [...] und [...] am 22. Juni 2010³⁹, für ticketportal [...] und [...] am 23. Juni 2010⁴⁰, für Ticketcorner [...] und [...] am 28. Juni 2010⁴¹, sowie für AGH [...] und [...] am 30. Juni 2010⁴². Die Durchführung eines Parteiverhörs wurde den jeweils anderen Parteien nicht vorgängig mitgeteilt, entsprechend konnten diese auch nicht daran teilnehmen, was die AGH und Ticketcorner als Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör beanstandeten⁴³. In diesem Zusammenhang beantragten sie ausserdem, es sei auf die anlässlich der Parteiverhöre angekündigte Löschung der zur Erstellung der Einvernahmeprotokolle gemachten Tonaufnahmen – zumindest soweit die übrigen Parteien betreffend – zu verzichten⁴⁴, was seitens des Sekretariats abgelehnt wurde⁴⁵. Auch darauf wird zurückzukommen sein.⁴⁶

13. Weiter führte das Sekretariat mit drei Zeugen [aus der Veranstaltungsbranche] Einvernahmen durch: Am 14. September 2010 wurde Herr [...] einvernommen⁴⁷, am 16. September 2010 Frau [...] und Herr [...] und am 30. September 2010 Herr [...] und am 30. September 2010 Herr [...] an allen drei Zeugeneinvernahmen teil⁵⁰, Starticket war durch Herrn [...], nur, aber immerhin, an der Zeugeneinvernahme von Herrn [...] anwesend⁵¹, während Ticketino⁵² und ticketportal⁵³ gänzlich auf eine Teilnahme verzichteten.

14. Im Übrigen reichten ticketportal⁵⁴, Starticket⁵⁵ sowie AGH und Ticketcorner⁵⁶ auch unangefordert ergänzende Unterlagen und/oder weitere Bemerkungen insbesondere zu den

³⁸ Act. n° 71 (Vorladung), act. n° 114 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 110 (Protokollbereinigung).

³⁹ Act. n° 78 (Vorladung), act. n° 184 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 138, 152, 153, 159, 169 und 177 (Protokollbereinigung).

⁴⁰ Act. n° 89 (Vorladung), act. n° 186 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 139, 151, 160 und 178 (Protokollbereinigung).

⁴¹ Act. n° 94 (Vorladung), act. n° 218 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 140 und 158 (Protokollbereinigung).

⁴² Act. n° 95 (Vorladung), act. n° 219 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll) sowie act. n° 140 und 158 (Protokollbereinigung).

⁴³ Siehe das Protokoll des Parteiverhörs von AGH (act. n° 219), S. 1 f., das Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner (act. n° 218), S. 2, sowie das Schreiben vom 19.10.2010 (act. n° 189).

⁴⁴ Act. n° 158 und 189.

⁴⁵ Act. n° 185 und 190.

⁴⁶ Siehe Rz 84 ff.

⁴⁷ Act. n° 133 (Vorladung), act. n° 180 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll sowie im Nachgang der Zeugeneinvernahme dem Sekretariat vom Zeugen zugesandtes Dokument), [...] sowie act. n° 176 (Protokollbereinigung).

⁴⁸ Act. n° 131 und 142 (Vorladung), act. n° 214 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll), act. n° 172 und 237 (im Nachgang resp. im Zusammenhang mit der Zeugeneinvernahme dem Sekretariat von der Zeugin zugesandte Dokumente) sowie act. n° 191, 200 und 207 (Protokollbereinigung).

⁴⁹ Act. n° 132 und 141 (Vorladung), act. n° 209 (unterzeichnetes, bereinigtes Protokoll), act. n° 209 (im Nachgang der Zeugeneinvernahme dem Sekretariat vom Zeugen zugesandte Dokumente) sowie act. n° 192, 198 und 206 (Protokollbereinigung).

⁵⁰ Siehe act. n° 155 sowie die jeweiligen Protokolle (deren Fundstelle ist in Fn 47 ff. angegeben).

⁵¹ Act. n° 152 sowie das entsprechende Protokoll (dessen Fundstelle ist in Fn 49 angegeben).

⁵² Act. n° 143 und 145.

⁵³ Act. n° 151.

⁵⁴ Act. n° 104, 157, 161 und 244.

⁵⁵ Act. n° 226.

Zeugen- und Parteiaussagen sowie den Eingaben der anderen Parteien ein und stellten mitunter auch Beweisanträge⁵⁷, wobei auf letztere zurückzukommen sein wird.⁵⁸

15. Allen Parteien wurde zunächst unter Hinweis darauf, dass Akteneinsicht gewährt werde, sobald die amtlichen Akten geschäftsgeheimnisbereinigt seien, ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt⁵⁹; später wurde den Parteien jeweils auf entsprechende Nachfrage ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt⁶⁰. AGH und Ticketcorner nahmen im Laufe der Untersuchung dreimal persönlich Einsicht in die Akten⁶¹, Starticket zweimal⁶², ticketportal einmal in persona⁶³, einmal durch Zustellung von Kopien diverser Aktenstücke⁶⁴, während Ticketino⁶⁵ wunschgemäss mit (geschäftsgeheimnisbereinigten) Kopien der Protokolle der Zeugeneinvernahmen bedient wurde.

16. Mit Schreiben vom 15. Juli 2011 sandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zusammen mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis zu und stellte ihnen unter Berücksichtigung der Gerichtsferien Frist zur Stellungnahme bis 15. September 2011.⁶⁶ Während Starticket und Ticketino keine Einsicht mehr in die Akten nahmen, stellte das Sekretariat AGH und Ticketcorner wunschgemäss Kopien zweier Aktenstücke zu⁶⁷, ticketportal die Kopie eines Aktenstücks⁶⁸. Am 15. September 2011 nahmen Starticket⁶⁹ wie auch ticketportal⁷⁰ Stellung zum Antrag. Die Stellungnahme von AGH, welcher sich Ticketcorner anschloss⁷¹, erfolgte in-nerter verlängerter Frist am 29. September 2011.⁷² Ticketino reichte keine Stellungnahme ein. Das Sekretariat liess in der Folge allen Parteien die geschäftsgeheimnisbereinigten Stellungnahmen der jeweils anderen Parteien sowie ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zukommen.⁷³ Gleichzeitig teilte es ihnen mit, dass eine allfällige Anhörung durch die WEKO, wie sie von Starticket und ticketportal beantragt wurde, voraussichtlich am 28. November 2011 stattfinden würde und bat die Parteien um Freihaltung dieses Termins soweit möglich. Mit Schreiben vom 15. November 2011 (vorab per Fax) informierte das Sekretariat die Parteien darüber, dass die WEKO am Vortag entschied, keine Anhörungen durchzuführen, weshalb eine Freihaltung des Termins nicht weiter erforderlich sei.⁷⁴

⁵⁶ Act. n° 249.

⁵⁷ Siehe die Eingabe von ticketportal vom 13.08.2010 (act. n° 151), Rz 5.

⁵⁸ Rz 93 ff.

⁵⁹ Act. n° 87–90.

⁶⁰ So geschehen hinsichtlich AGH und Ticketcorner (vgl. act. n° 185, 194 und 245 f.), ticketportal (vgl. act. n° 182, 196 und 240) und Starticket (vgl. act. n° 202).

⁶¹ Siehe act. n° 119, 195 und 246.

⁶² Siehe act. n° 120 und 222.

⁶³ Siehe act. n° 197.

⁶⁴ Siehe act. n° 241 f.

⁶⁵ Siehe act. n° 223 und auch 145.

⁶⁶ Act. n° 250–254.

⁶⁷ Act. n° 257 f.

⁶⁸ Act. n° 261.

⁶⁹ Act. n° 259.

⁷⁰ Act. n° 260.

⁷¹ Act. n° 262.

⁷² Act. n° 263.

⁷³ Act. n° 267–271.

⁷⁴ Act. n° 275–279.

A.3 Kernargumente der Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag

17. Nachfolgend werden die Kernargumente, welche die Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag vorbringen, dargestellt. Diese Argumente werden hier in der Reihenfolge aufgeführt, in welcher sie nachfolgend auch in dieser Verfügung behandelt werden. Bei der Behandlung der einzelnen Punkte wird der einfacheren Lesbarkeit halber alsdann grundsätzlich auf eine erneute Wiedergabe der von den Parteien diesbezüglich vertretenen Standpunkte verzichtet.

A.3.1 Starticket

18. Starticket beantragt, dem Antrag des Sekretariats sei nicht zu folgen und es sei die Angelegenheit zur Neu Beurteilung, Ergänzung des Sachverhalts und Überarbeitung des Antrags im Sinne der Erwägungen von Starticket an das Sekretariat zurückzuweisen. Im Weiteren beantragt Starticket eine Anhörung durch die WEKO.⁷⁵

19. Den Sachverhalt betreffend bringt Starticket zunächst vor, AGH und Ticketcorner würden die fraglichen Klauseln in der Praxis entsprechend dem Wortlaut und damit extensiver handhaben als sie dies gegenüber dem Sekretariat ausgeführt hätten.⁷⁶ Dass sich die fraglichen 50%-Bestimmungen faktisch wie 100%-ige Vorschriften auswirken würden, sei zutreffend.⁷⁷ Aufgrund des Vertragsverhältnisses zwischen AGH und Good News Productions AG (nachfolgend: Good News) habe bereits vor der Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner das Ticketing bei Pop/Rock-Veranstaltungen im Hallenstadion über Ticketcorner abgewickelt werden müssen – Folge davon sei, dass sich primär Ticketvertriebsunternehmen gegen die Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner zur Wehr setzten und nicht auch Veranstalter.⁷⁸

20. Soweit unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend bringt Starticket zunächst vor, Marktgegenseite der AGH seien nicht generell Veranstalter, sondern einzig Veranstalter von Grossveranstaltungen, denn Veranstalter würden sich auf die Durchführung von Anlässen einer bestimmten Art und vor allem auch Grösse spezialisieren.⁷⁹ Bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes hält Starticket fest, die erhoffte maximale Zuschauerzahl sei höher als die durchschnittliche Zuschauerzahl, weshalb der Kapazitätsbedarf auch grösser als diese sei. Sodann sei nicht nur die Zuschauerzahl massgebend, sondern auch der sonstige Platzbedarf eines Anlasses. Dies führe zu einem sachlich relevanten Markt von Lokalitäten mit einer Mindestkapazität von 12'000 Besuchern (bei Anlässen ohne erhöhten Raumbedarf für den Anlass selber). Da offene Lokalitäten nur im Sommer Substitute seien, nicht aber während der Wintermonate, müsse sodann eine nach Jahreszeiten differenzierende Marktabgrenzung erfolgen.⁸⁰ Die räumliche Marktabgrenzung des Sekretariats sei zutreffend.⁸¹ Dass für Veranstalter je nach Art eines Anlasses unterschiedliche Substitutionsmöglichkeiten bestünden, wirke auf die Marktabgrenzung zurück, was das Sekretariat allerdings nicht berücksichtigt habe. Aus Vorangehendem, insbesondere der Marktabgrenzung, folge, dass AGH mangels valabler Substitute eine marktbeherrschende Stellung innehabe.⁸²

⁷⁵ Act. n° 259 S. 21.

⁷⁶ Siehe dazu Rz 44 ff.

⁷⁷ Hierzu Rz 53 ff.

⁷⁸ Dazu Rz 59 und 183.

⁷⁹ Hierzu Rz 114 ff.

⁸⁰ Siehe zu dieser Thematik Rz 114 ff.

⁸¹ Dazu Rz 126 ff.

⁸² Rz 132 ff.

21. Soweit unzulässige Wettbewerbsabreden betreffend führt Starticket aus, AGH sei früher auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig gewesen und könnte dies auch künftig wieder sein, weshalb aufgrund dieser potentiellen Konkurrenzsituation eine horizontale Abrede vorliege, die unter Art. 5 Abs. 3 KG falle. Zudem liege auch ein vertikaler Exklusiv(vertriebs-)vertrag vor.⁸³ Die Verbindung zweier Märkte in der Abrede schränke die Marktgegenseite entsprechend ein, weshalb die bereits erläuterte Einschränkung im Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen auf Veranstalter von Grossveranstaltungen⁸⁴ auch im Markt für Ticketvertrieb relevant sei. Die bei Ersterem vorgenommene örtliche Marktabgrenzung müsse folglich auch bei Zweiterem gelten und sei daher auf die Deutschschweiz eingeschränkt. Selbst unabhängig davon hätte beim Markt für Ticketvertrieb eine Abgrenzung nach Grösse und Bedeutung des Anlasses vorgenommen werden müssen, wobei Eigen- und Fremdvertrieb nicht zum selben sachlich relevanten Markt gehörten.⁸⁵ Auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen diene die Abrede der Zementierung der Position von Ticketcorner, indem nach Ablauf der Vereinbarung zwischen AGH und Good News Letztere nicht die Möglichkeit habe, ein anderes Ticketvertriebsunternehmen zu wählen. Für einen Veranstalter sei die Wahl des Ticketvertriebsunternehmens keineswegs zweitrangig und der Markt für Ticketvertrieb könne nicht als von untergeordneter Bedeutung bezeichnet werden. Wenn der Aufwand für die Beibehaltung eines bestimmten (Stamm)Ticketvertriebsunternehmens für die frei verfügbaren 50% der fremdvertriebenen Tickets nicht unwesentlich sei, wiege folglich das qualitative Element schwer.⁸⁶ Der Markt für Ticketvertrieb habe ein Volumen von ca. 20 Mio. Tickets und sei daher volkswirtschaftlich bedeutend. Die vorliegende horizontale Abrede sei qualitativ und quantitativ schwerwiegend und damit erheblich. Insbesondere führe die zuvor geschilderte, engere Marktabgrenzung zu einem höheren Marktanteil von Ticketcorner auf diesem Markt für Ticketvertrieb, wobei für die Beurteilung des quantitativen Elements dieser allgemeine Marktanteil massgeblich sei (und nicht der von der Abrede betroffene Marktanteil).⁸⁷

A.3.2 Ticketportal

22. Ticketportal beantragt, dem Antrag des Sekretariats sei nicht zu folgen und es sei die Angelegenheit zur Klärung und Ergänzung des Sachverhalts zur Ausarbeitung eines neuen Antrags an das Sekretariat zurückzuweisen. Im Weiteren beantragt Ticketportal eine Anhörung durch die WEKO.⁸⁸ Ferner stellt Ticketportal zwei Beweisanträge.⁸⁹

23. Den Sachverhalt betreffend äussert sich ticketportal ähnlich wie Starticket: Namentlich würden AGH und Ticketcorner die fraglichen Klauseln in der Praxis entsprechend dem Wortlaut und damit extensiver handhaben als sie dies gegenüber dem Sekretariat ausgeführt hätten,⁹⁰ wobei ticketportal diesbezüglich einen Beweisantrag stellt⁹¹. Dass sich die fraglichen 50%-Bestimmungen faktisch wie 100%-ige Vorschriften auswirken würden, sei zutreffend.⁹² Das Vertragsverhältnis zwischen AGH und Good News im Bereich Pop/Rock-Veranstaltungen im Hallenstadion sowie die übrigen Verflechtungen zwischen AGH, Good News und Ticketcorner führten dazu, dass die Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner

⁸³ Hierzu Rz 149.

⁸⁴ Siehe vorangehende Rz.

⁸⁵ Hierzu Rz 158 ff.

⁸⁶ Rz 178 ff., insbesondere Rz 183.

⁸⁷ Dazu Rz 196 ff.

⁸⁸ Act. n° 260 S. 7.

⁸⁹ Act. n° 260 S. 2 und 3.

⁹⁰ Siehe dazu Rz 44 ff.

⁹¹ Zu diesem Rz 99.

⁹² Hierzu Rz 53 ff.

einen qualitativ und quantitativ anderen Stellenwert einnehme,⁹³ wobei ticketportal diesbezüglich einen Beweisantrag stellt⁹⁴.

24. Soweit unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend hält ticketportal bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes fest, die durchschnittliche Zuschauerzahl könne nicht ausschlaggebend sein, vielmehr strebten Veranstalter eine bestimmte minimale Auslastung an. Bei Berücksichtigung der im Antrag diesbezüglich angegebenen Faustregel führe dies beim Hallenstadion zu einem Mindestvolumen von bis zu 10'000 Besuchern. Angestrebt sei jedoch nicht eine nur auf diese Mindestauslastung ausgelegte Halle, sondern die für den jeweiligen Anlass bezüglich Besucherkapazität am besten geeignete. Dies führe zu einem sachlich relevanten Markt von Lokalitäten mit einer Kapazität von 12'000–13'000 Besuchern, mindestens aber 10'000 Besuchern. Da offene Lokalitäten nur im Sommer Substitute seien, nicht aber während der Wintermonate, müsse sodann eine nach Jahreszeiten differenzierende Marktabgrenzung erfolgen.⁹⁵ Die räumliche Marktabgrenzung des Sekretariats werde übernommen.⁹⁶ Aus Vorangehendem, insbesondere der Marktabgrenzung, folge, dass AGH jedenfalls in der Winterperiode mangels vergleichbarer Alternativen eine marktbeherrschende Stellung innehave.⁹⁷

25. Soweit unzulässige Wettbewerbsabreden betreffend führt ticketportal aus, AGH sei früher auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig gewesen und könnte dies auch künftig wieder sein, weshalb aufgrund dieser potentiellen Konkurrenzsituation eine horizontale Abrede vorliege, die unter Art. 5 Abs. 3 KG falle.⁹⁸ Die Verbindung zweier Märkte in der Abrede schränke die Marktgegenseite entsprechend ein, weshalb die beim Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen vorgenommene örtliche Marktabgrenzung folglich auch beim Markt für Ticketvertrieb gelten müsse; entsprechend sei dieser auf die Deutschschweiz eingeschränkt. Ferner wäre beim Markt für Ticketvertrieb zu untersuchen gewesen, ob dieser sachlich nach Grösse und Bedeutung des Anlasses hätte abgegrenzt werden müssen. Im Übrigen gehörten Eigen- und Fremdvertrieb nicht zum selben sachlich relevanten Markt.⁹⁹ Auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen wiege das qualitative Element schwer, wenn der Aufwand für die Beibehaltung eines bestimmten (Stamm)Ticketvertriebsunternehmens für die frei verfügbaren 50% der fremdvertriebenen Tickets nicht unwesentlich sei, wie dies im Antrag festgehalten werde. Gleiches gelte für die Wahl des Softwaresystems für eigenvertriebene Tickets. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass sich die Abrede auf dem Markt für Ticketvertrieb qualitativ schwerwiegend auswirke, was auch hier zu berücksichtigen sei und insgesamt auch zu einer qualitativen Schwergewichtigkeit auf diesem Markt führe.¹⁰⁰ Der Markt für Ticketvertrieb sei, wie zuvor ausgeführt, enger abzugrenzen, wodurch sich das Gesamtmarktvolumen verringere. Der von der Abrede betroffene Anteil an diesem Markt werde dadurch (prozentual) entsprechend grösser und die Abrede wirke sich auch quantitativ schwergewichtig aus.¹⁰¹

⁹³ Dazu Rz 59 und 183.

⁹⁴ Zu diesem Rz 100.

⁹⁵ Siehe zu dieser Thematik Rz 114 ff.

⁹⁶ Dazu Rz 126 ff.

⁹⁷ Rz 132 ff.

⁹⁸ Hierzu Rz 149.

⁹⁹ Hierzu Rz 158 ff.

¹⁰⁰ Rz 178 ff., insbesondere Rz 183.

¹⁰¹ Dazu Rz 196 ff.

A.3.3 AGH

26. AGH beantragt eine Einstellung der Untersuchung.¹⁰²

27. Den Sachverhalt betreffend führt AGH aus, es treffe zu, dass Ticketcorner und sie die fraglichen Klauseln in der Praxis so anwenden würden, wie sie dies gegenüber dem Sekretariat ausgeführt haben.¹⁰³ Dass sich die fraglichen 50%-Bestimmungen faktisch wie 100%-ige Vorschriften auswirken würden, sei nicht zutreffend. Wesentlich sei, ob Veranstalter aufgrund dieser Bestimmungen ihr Verhalten geändert hätten, was bei 7 der befragten 11 Veranstalter schon nur deshalb nicht der Fall gewesen sei, weil sie ohnehin mit Ticketcorner zusammen arbeiten würden. Wie die Beispiele belegten, komme ein Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen in der Praxis oftmals vor.¹⁰⁴

28. In formeller Hinsicht führt AGH aus, Starticket, ticketportal und Ticketino seien nicht besonders berührt und ihnen komme folglich keine Parteistellung zu. Dass AGH und Ticketcorner nicht vorgängig zur Einräumung einer Parteistellung an diese angehört worden seien, verletze ihr Anspruch auf rechtliches Gehör und diese Vorgehensweise des Sekretariats sei im Übrigen verglichen mit derjenigen anderer Behörden unüblich. Schliesslich hätten diese Dritten nicht selber Antrag auf Einräumung einer Parteistellung gestellt, sondern erst auf Nachfrage des Sekretariats hin eine solche beansprucht.¹⁰⁵ Eine weitere Gehörsverletzung liege darin, dass AGH und Ticketcorner nicht an den Parteiverhören dieser Parteien habe teilnehmen können, denn das Stellen schriftlicher Ergänzungsfragen sei nicht gleichwertig dem mündlichen Stellen solcher und eine Wahrung der Geschäftsgeheimnisse wäre auch bei einer Teilnahme möglich gewesen.¹⁰⁶

29. Soweit unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend hält AGH bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes fest, dass eine Unterteilung in einzelne Teilmärkte je nach Art des Anlasses unzutreffend wäre. Die vom Sekretariat vorgenommene Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sei zutreffend,¹⁰⁷ diejenige des örtlich relevanten Marktes aber zu eng. In der Regel spiele die Sprache des Anlasses nämlich keine Rolle und selbst wenn die Sprache wesentlich sein sollte, wäre in Anbetracht des angenommenen maximalen Anreisewegs auch der süddeutsche Raum einzubeziehen.¹⁰⁸ AGH habe keine marktbeherrschende Stellung auf diesem Markt.¹⁰⁹

30. Soweit unzulässige Wettbewerbsabreden betreffend führt AGH aus, zutreffend sei die Ansicht des Sekretariats, dass sich die Abrede der „klassischen“ Einteilung in eine horizontale oder eine vertikale Abrede entziehe.¹¹⁰ Eigen- und Fremdvertrieb gehörten zum selben sachlichen Markt.¹¹¹ Zur Beurteilung der Wirkungen auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen könne die Vertikalbekanntmachung mangels eines vertikalen Verhältnisses nicht herangezogen werden. Zu beurteilen sei einzig, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt werde, wobei eine Unterteilung in quantitative und qualitative Gesichtspunkte unzutreffend sei; es stehe das quantitative Element im Vordergrund.

¹⁰² Act. n° 263 S. 33.

¹⁰³ Siehe dazu Rz 44 ff.

¹⁰⁴ Hierzu Rz 53 ff.

¹⁰⁵ Dazu Rz 77 ff.

¹⁰⁶ Siehe Rz 84 ff.

¹⁰⁷ Siehe zu dieser Thematik Rz 114 ff.

¹⁰⁸ Dazu Rz 126 ff.

¹⁰⁹ Rz 132 ff.

¹¹⁰ Hierzu Rz 149.

¹¹¹ Hierzu Rz 158 ff.

Dass eine allfällige Vorgabe bezüglich des Ticketvertriebs bei der Wahl einer Lokalität von untergeordneter Bedeutung sei, treffe zu. Die für die Beurteilung des quantitativen Elements verwendeten Kriterien seien hier unpassend. Das Schlussergebnis sei aber zutreffend.¹¹² Auch zur Beurteilung der Wirkungen auf dem Markt für Ticketvertrieb sei die Heranziehung der Vertikalbekanntmachung unangebracht. Zutreffend sei aber, dass nicht der generelle Marktanteil von Ticketcorner zur Beurteilung des quantitativen Elements massgeblich sei, sondern der von der Abrede betroffene Marktanteil. Dieser sei derart gering, dass er nicht quantitativ schwergewichtig sei, weshalb die Ansicht des Sekretariats zutreffe.¹¹³

A.4 Parteien

31. Die AGH ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie betreibt das Hallenstadion Zürich und vermietet die Lokalität für diverse Anlässe wie z.B. Konzerte, Sportevents oder Messen. 60% des Aktionariats der AGH setzt sich aus privaten Investoren zusammen, wobei die Ticketcorner Holding AG 5% der Aktien hält, und zu insgesamt 40% sind die Stadt Zürich und der Kanton Zürich an der AGH beteiligt. Zu erwähnen ist, dass als Mitglied des Verwaltungsrats der AGH nebst anderen Klaus-Peter Schulenberg amtiert, der zugleich Präsident des Verwaltungsrats von Ticketcorner¹¹⁴ ist.

32. Ticketcorner, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Rümlang, betreibt eine Ticketingorganisation, die unter anderem den Vertrieb von Tickets, die Verwaltung von Ticketabsatzkanälen sowie die Entwicklung von Ticketingsoftware und den Vertrieb von Softwarelizenzen umfasst. Im Februar 2010 übernahm die Eventim CH AG mit Sitz in Zürich die Ticketcorner Holding AG, welche zu diesem Zeitpunkt 100% der Aktien an Ticketcorner hielt. Bei der Eventim CH AG handelte es sich im Zeitpunkt dieser Übernahme – ebenso wie bei der CTS Schweiz (der Anzeigerin, die ihre Anzeige zurückgezogen hat¹¹⁵) – um eine 100%-ige Tochtergesellschaft der CTS Eventim AG mit Sitz in München.¹¹⁶ Im September 2010 wiederum übernahm die Ringier AG 50% der Aktien an der Eventim CH AG und ist damit via dieser und der Ticketcorner Holding AG letztlich zu 50% an Ticketcorner beteiligt¹¹⁷, zu 50% ist es weiterhin die CTS-Gruppe.

33. Ticketportal, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen, ist als Anbieterin von webbasierten Gesamtlösungen im Ticketvertrieb tätig.

34. Ticketino ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Root. Zweck der Gesellschaft ist es, Lösungen für das Ticketing, bestehend aus Hardware, Software und Dienstleistungen, anzubieten.

35. Starticket ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zollikon, deren Zweck der Betrieb einer Ticketingorganisation ist, wozu unter anderem der Vertrieb von Tickets und die Entwicklung von Ticketingsoftware gehören.

¹¹² Rz 178 ff., insbesondere Rz 183.

¹¹³ Dazu Rz 196 ff.

¹¹⁴ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Klaus-Peter Schulenberg ausserdem Vorsitzender des Vorstands der CTS Eventim AG sowie Präsident des Verwaltungsrats der Ticketcorner Holding AG, der Eventim CH AG sowie von CTS Schweiz ist.

¹¹⁵ Siehe Rz 10.

¹¹⁶ Siehe Seite 25 des Konzern-Zwischenberichts zum 30. September 2010 der CTS-Gruppe, abrufbar unter www.ticketcorner.ch/obj/media/DE-eventim/relations/financialReportDownload/2010/9_Monatsbericht_2010.pdf (05.12.2011).

¹¹⁷ Das Ringier Jahr 2010, Eintrag am 20. September 2010, abrufbar unter www.ringier.ch/index.cfm?&id=11578 (05.12.2011).

A.5 Sachverhalt

A.5.1 Verflechtungen zwischen der AGH und Ticketcorner sowie weiteren gewichtigen Marktteilnehmern

A.5.1.1 Zwischen AGH und Ticketcorner

36. AGH und Ticketcorner sind zunächst einmal vertraglich über die Kooperationsvereinbarung, welche die 50%-Vereinbarung enthält, miteinander verbunden. Dieser Vertrag trat am 1. Januar 2009 in Kraft und hat eine feste Vertragsdauer von fünf Jahren. Darin wurde, nebst der bereits erwähnten 50%-Vereinbarung, unter anderem ein exklusives Nutzungsrecht von Ticketcorner an den Kassenräumlichkeiten auf dem Hallenstadion Areal vereinbart, wobei sich Ticketcorner gleichzeitig verpflichtete, die seitens der AGH bestehenden Vorverkaufsstellenverträge mit anderen Ticketvertriebsunternehmen, deren Einverständnis vorausgesetzt, weiterzuführen.¹¹⁸ Im Gegenzug beendete die AGH sämtliche eigenen Ticketingaktivitäten.¹¹⁹ Schliesslich hat Ticketcorner jährlich eine Marketingkontribution zu leisten, und zwar in der Höhe von [...].¹²⁰

37. Der Kooperationsvertrag sieht ausserdem vor, dass Ticketcorner 5% der Aktien an der AGH erwirbt. Diese 5% Aktien an der AGH hält nunmehr die Ticketcorner Holding AG. Insofern besteht also auch eine gesellschaftsrechtliche Verflochtenheit. Der Präsident des Verwaltungsrats von Ticketcorner und der Ticketcorner Holding AG ist denn auch Mitglied des Verwaltungsrats der AGH.¹²¹

A.5.1.2 Zwischen AGH und Good News et al.

38. Good News ist strategischer Partner der AGH im Bereich Rock/Pop¹²², und es besteht ein Vertragsverhältnis¹²³ zwischen ihnen, das bis und mit 2013 gilt¹²⁴. Über sich selbst hält Good News fest: „Bis heute hat Good News Productions AG weit über 4'000 Konzerte und Shows veranstaltet und ist damit Marktleader der Schweizer Konzertbranche“.¹²⁵ An Good News hält die Ringier AG 48% der Aktien, die übrigen 52% Aktien hält die DEAG Deutsche Entertainment AG¹²⁶, welche im Bereich Live-Entertainment und Klassik-Events tätig ist. Die Ringier AG und die DEAG-Gruppe¹²⁷ sind über die zu je 50% gehaltene Gesell-

¹¹⁸ Siehe dazu im Einzelnen die Kooperationsvereinbarung in Beilage 9 zu act. n° 12; bereinigte Version bei act. n° 123.

¹¹⁹ Vgl. die Antworten 6 und 19 auf den Fragebogen (act. n° 102).

¹²⁰ Siehe die Kooperationsvereinbarung in Beilage 9 zu act. n° 12; bereinigte Version bei act. n° 123.

¹²¹ Siehe auch Rz 31.

¹²² Siehe <www.hallenstadion.ch/sites/business_hasta/strategische_partner.html> (05.12.2011).

¹²³ Vgl. etwa act. n° 209.

¹²⁴ Siehe dazu sowie allgemein zu dieser Vereinbarung die Medienmitteilung der AGH vom 21. Dezember 2009, abrufbar unter <www.hallenstadion.ch/sites/news.html?news:view=details&id=90> (05.12.2011).

¹²⁵ <www.goodnews.ch/index.php?article_id=50> (05.12.2011).

¹²⁶ Siehe Geschäftsbericht 2010 der DEAG, abrufbar unter <www.deag.de/fileadmin/assets/investors/de/berichte/DEAG_Geschaeftsbericht_2010_31032011.pdf> (05.12.2011).

¹²⁷ Zu präzisieren ist, dass diese 50% der Aktien an The Classical Company AG von der DEAG Classics AG mit Sitz in Berlin gehalten werden, an der wiederum die DEAG Deutsche Entertainment AG 51% der Aktien hält; die übrigen 49% der Aktien hält Sony Music Entertainment (siehe Geschäftsbericht 2009 der DEAG [Fn 126]).

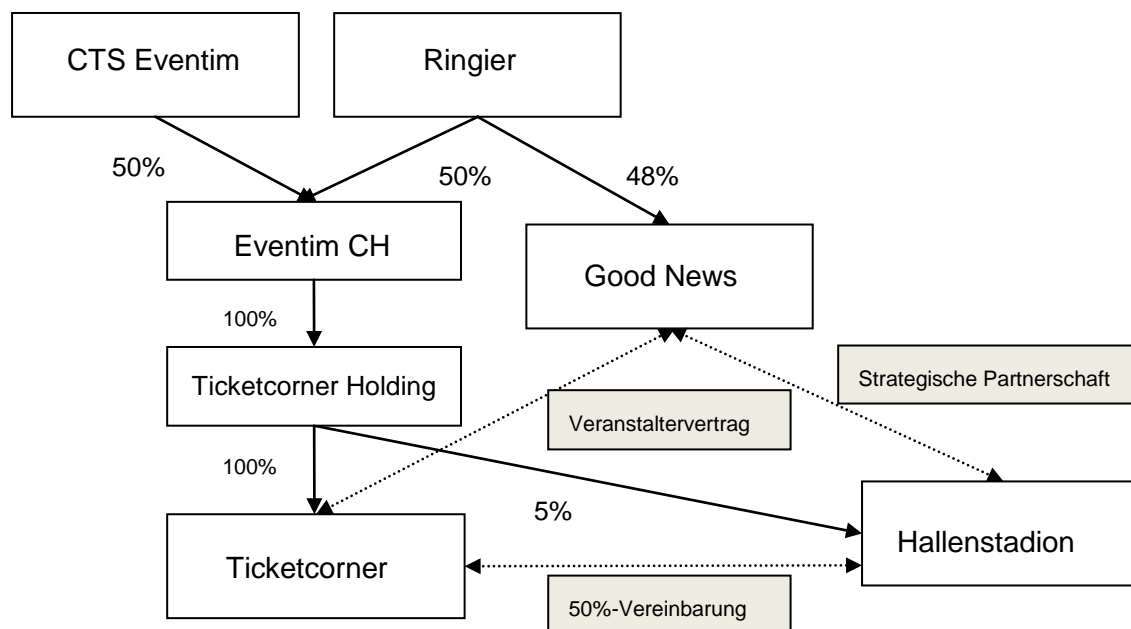
schaft The Classical Company AG mit Sitz in Zürich ebenfalls im Bereich der Veranstaltung von Konzerten klassischer Musik miteinander verbunden.¹²⁸

A.5.1.3 Zwischen Ticketcorner und Good News et al.

39. Zwischen Ticketcorner und Good News besteht ein Veranstaltervertrag, gemäss welchem Good News Ticketcorner das Recht einräumt, [50–100%] aller Tickets ihrer Anlässe in der Schweiz zu vertreiben.¹²⁹ Eine weitere, wenn auch indirekte Verflechtung zwischen den zwei Gesellschaften besteht darin, dass – wie bereits erwähnt – die Ringier AG 48% der Aktien an Good News hält und zu 50% an Ticketcorner beteiligt ist. Ebenfalls zu 50% an Ticketcorner beteiligt ist die CTS-Gruppe, welche gemäss eigenen Worten „(...) Europas Marktführer[in] im Ticketing und in über 20 Ländern aktiv“¹³⁰ ist und die zugleich auch im Bereich Live-Entertainment tätig ist, in der Schweiz etwa durch ihre Beteiligung von 51% an der act entertainment ag.

A.5.1.4 Bildliche Darstellung dieser Verflechtungen

40. Grafisch lassen sich die zuvor beschriebenen Verflechtungen wie folgt darstellen:



A.5.2 Marktstruktur

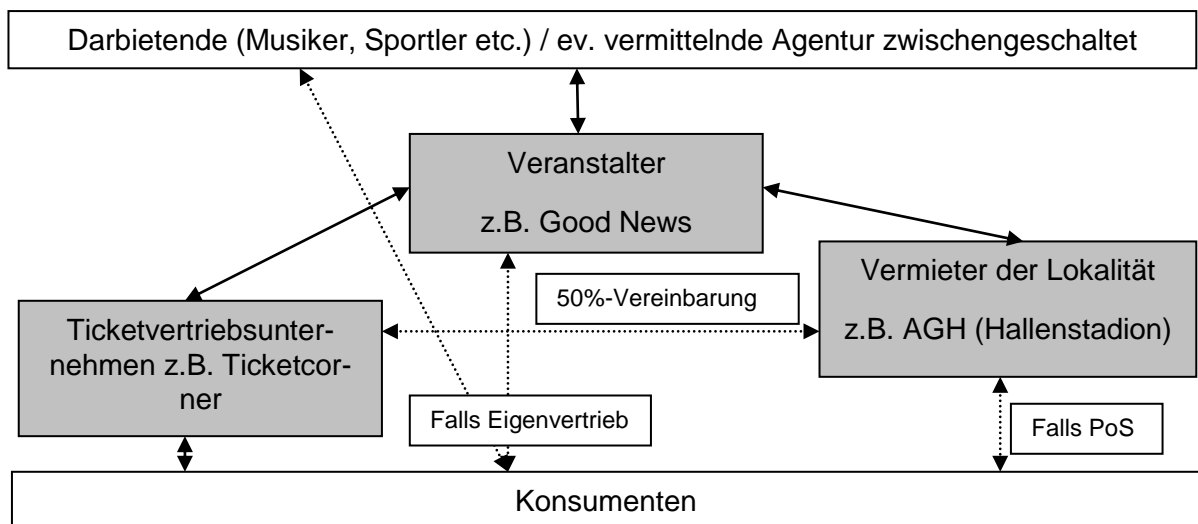
41. Die nachfolgende Skizze soll die Marktstruktur bei der Vermietung einer Lokalität zur dortigen Durchführung eines Anlasses, zum Beispiel eines Konzerts (unabhängig der betroffenen Musikrichtung) verdeutlichen. Hinsichtlich der Durchführung von Musicals, Theaterstücken und Opern sowie Auftritten von Komödianten ist die Marktstruktur vergleichbar. Entsprechendes gilt auch für Sportanlässe, sofern es sich dabei um Einzelanlässe (im Gegensatz zu regelmässig stattfindenden Club- oder Ligaspielen) wie etwa einen Boxkampf oder

¹²⁸ Medienmitteilung der Ringier AG vom 18. Dezember 2009, abrufbar unter <www.ringier.ch/index.cfm?id=9753&detail=true> (05.12.2011).

¹²⁹ Act. n° 128. Siehe auch das Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner (act. n° 218).

¹³⁰ Aus dem Kurzportrait der CTS EVENTIM AG - Gruppe, abrufbar unter <www.eventim.de/tickets.html?affiliate=EVE&fun=tdoc&doc=eventim/default/info/de/investor/investorOverview> (05.12.2011).

eine Motocross-Show handelt. Bei der Durchführung von unternehmensinternen Anlässen, insbesondere der Abhaltung von Generalversammlungen, ist die Struktur hingegen eine etwas andere: Solche Anlässe richten sich an einen im Voraus bestimmten Adressatenkreis – diesem, und nur diesem, sind Tickets resp. Einlassberechtigungen zuzustellen bzw. zugänglich zu machen – und sie bedürfen keiner Bewerbung im Vorfeld. Der Beizug eines Ticketvertriebsunternehmens für die Vornahme der auch bei solchen Anlässen regelmässig erforderlichen Einlasskontrolle ist zwar möglich, aber nicht notwendig. Sodann ist es das den Anlass durchführende Unternehmen selbst, welches den Anlass bestreitet, und nicht ein Dritter wie etwa ein Künstler.



42. Die vorangehende Skizze bringt zum Ausdruck, dass die Veranstalter eine Vermittlungsfunktion zwischen den Darbietenden und deren Publikum wahrnehmen, indem sie einen bestimmten Anlass organisieren. Die Veranstalter sind erstens darauf angewiesen, dass sie Darbietende (z.B. Musiker) für die Durchführung eines Anlasses gewinnen können, entweder direkt oder via einer diese vermittelnden bzw. deren Rechte verwertenden Agentur.¹³¹ Zuweilen produzieren die Veranstalter die Darbietung, beispielsweise ein Musical, auch gleich selber, sind damit sowohl Produzent als auch Veranstalter in einem.¹³² Zweitens benötigen die Veranstalter eine geeignete Lokalität, in welcher der Anlass stattfinden kann. Drittens arbeiten die Veranstalter mit einem Ticketvertriebsunternehmen zusammen, welches die Tickets des jeweiligen Anlasses vertreibt und gegebenenfalls auch Kommunikationsleistungen erbringt, sprich Werbung macht.

43. Die Ausführungen zu den Verflechtungen der AGH und Ticketcorner¹³³ zeigen, dass die Tendenz besteht, eine möglichst grosse Anzahl dieser komplementären Leistungen durch ein Unternehmen bzw. innerhalb einer Unternehmensgruppe anbieten zu können.¹³⁴

¹³¹ Siehe zu Letzterem exemplarisch die Aussage eines Zeugen (Protokoll der Zeugeneinvernahme act. n° 209, S. 2 f.).

¹³² So etwa die act entertainment ag, siehe <www.topact.ch/ueber-uns/ueber-act-entertainment/> (05.12.2011).

¹³³ Siehe Rz 36 ff.

¹³⁴ Ebenso etwa die Aussagen von AGH anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 219 S. 3.

A.5.3 Die 50%-AGB-Klausel und die 50%-Vereinbarung im Einzelnen

A.5.3.1 Von den Vorschriften erfasste bzw. ausgenommene Ticketkategorien

44. Der Wortlaut der 50%-AGB-Klausel wie auch derjenige der 50%-Vereinbarung legen nahe, dass diese Vorschriften – mit Vorbehalt der Ausnahme veredelter Tickets bis maximal 5% der Maximalkapazität – für sämtliche Tickets eines im Hallenstadion stattfindenden Anlasses gelten.

45. Gemäss übereinstimmender Ausführungen der AGH und Ticketcorner verstehen und handhaben sie diese Vorschriften jedoch restriktiver.¹³⁵ So finden sie etwa auf die folgenden, nicht abschliessend aufgezählten¹³⁶ Kategorien von Tickets keine Anwendung, ungeachtet dessen, welchen prozentualen Anteil der Maximalkapazität diese Kategorien von Tickets ausmachen: Dauerkarten, Sponsorenkarten, Medienkarten sowie im Eigenvertrieb vertriebene Karten, worunter AGH und Ticketcorner in vorliegendem Kontext jeden Vertrieb verstehen, „(...) der durch den Veranstalter und/oder die Agentur und/oder den Künstler erfolgt und der sich an einen bestimmten (geschlossenen) Adressatenkreis richtet oder durch eigene Verkaufsstellen (z.B. Tageskasse, Office des Veranstalters) erfolgt“¹³⁷. Auf diesem gemeinsamen Verständnis der fraglichen Normen von AGH und Ticketcorner sowie der entsprechenden Anwendung derselben¹³⁸ beruhen die nachfolgenden Ausführungen. Denn zu beurteilen ist das effektive Geschehen und nicht ein hypothetischer Sachverhalt, namentlich wie die Vorschriften aufgrund des Wortlauts verstanden werden könnten, von AGH und Ticketcorner aber nicht verstanden und auch nicht gelebt werden. Hervorzuheben ist an dieser Stelle allerdings, dass sich AGH und Ticketcorner auf diesem ihrem gemeinsamen Verständnis der Normen behaften lassen müssen – sollte sich herausstellen, dass sie hiervon abweichen und die Normen gleichwohl anders anwenden, müsste dieser neue, vorliegend nicht beurteilte und bislang auch noch nicht zu beurteilende Sachverhalt im Rahmen eines neuen Verfahrens auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden.

46. Nebst den zuvor genannten Kategorien von Tickets, auf welche die 50%-AGB-Klausel und die 50%-Vereinbarung generell keine Anwendung finden, sind von diesen Bestimmungen ferner veredelte Tickets (das sind VIP Pakete mit Zusatzleistungen wie beispielsweise einem Nachtessen) ausgenommen, allerdings nur, aber immerhin, bis zu einem Umfang von maximal 5% der Maximalkapazität (nachfolgend zusammen mit den in der vorangehenden Rz genannten Tickets als „eigenvertriebene Tickets“ bezeichnet).

47. Hinsichtlich der nach Vorgenanntem¹³⁹ noch verbleibenden Tickets (nachfolgend als „fremdvertriebene Tickets“ bezeichnet) schreibt die 50%-AGB-Klausel nun vor, dass der Veranstalter ein Kontingent von mindestens 50% dieser fremdvertriebenen Tickets der AGH zum Vertrieb zur Verfügung stellen muss. Dieser Vertrieb erfolgt gemäss 50%-AGB-Klausel derzeit durch Ticketcorner, was denn auch der Regelung der 50%-Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner entspricht. Hinsichtlich des Vertriebs der übrigen fremdvertriebenen Tickets von maximal 50% ist der Veranstalter – zumindest aus rechtlicher Sicht – frei; er

¹³⁵ Siehe zusammenfassend und zuvor bestehende Unklarheiten ausräumend act. n° 239, ferner die Antworten auf die Fragebogen (Ticketcorner: act. n° 64a; bereinigte Version act. n° 101. AGH: act. n° 64; bereinigte Version act. n° 102) sowie die Protokolle der Parteiverhöre (Ticketcorner: act. n° 218. AGH: act. n° 219).

¹³⁶ Für eine umfassende, abschliessende Auflistung siehe act. n° 239.

¹³⁷ Gemeinsame Antwort der AGH und Ticketcorner auf die Frage, wie der Eigenvertrieb in vorliegendem Kontext zu verstehen sei, siehe act. n° 239.

¹³⁸ Anzeichen dafür, dass AGH und Ticketcorner diese Normen anders anwenden als von ihnen ausgeführt, haben sich im Rahmen dieser Untersuchung nicht ergeben.

¹³⁹ Rz 45 f.

kann hierfür ebenfalls Ticketcorner beauftragen, er kann hierfür aber auch ein anderes oder gar mehrere andere Ticketvertriebsunternehmen wählen.¹⁴⁰ Zu erwähnen bleibt, dass, soll der Ticketvertrieb durch ein einziges Ticketvertriebsunternehmen erfolgen, der Veranstalter hierfür aufgrund der 50%-AGB-Klausel zwangsläufig Ticketcorner wählen muss, ein anderes Ticketvertriebsunternehmen kommt dafür nicht in Betracht.

A.5.3.2 Faktische Wirkung der 50%- wie 100%-Vorschriften?

48. CTS Schweiz¹⁴¹ und ticketportal¹⁴² machen in ihren Anzeigen ebenso wie Starticket in ihrer Eingabe¹⁴³ geltend, die 50%-AGB-Klausel wirke sich faktisch wie eine 100%-ige Klausel aus und die Veranstalter würden Ticketcorner regelmässig mit dem Vertrieb nicht nur von mindestens 50%, sondern sämtlicher fremdvertriebener Tickets betrauen. Zur Begründung führen sie an:

- 1) Ein Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen mache eine Kontingentierung der Tickets und bei unterschiedlichem Verkaufserfolg die manuelle Anpassung bzw. Verschiebung der Kontingente erforderlich, was mit entsprechendem Zusatzaufwand verbunden sei. Im Übrigen sei eine Kontingentierung auch fehleranfällig, führe namentlich bei sitzplatzgenauen Anlässen zur Gefahr von Doppelbuchungen.
- 2) Ein Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen sei für die potentiellen Ticketkäufer aus Transparenzgründen in mehrfacher Hinsicht nachteilig: Jedes der beteiligten Ticketvertriebsunternehmen würde auf seiner Internetseite nur die sich in seinem Kontingent befindenden Sitzplätze anzeigen. Um einen vollständigen Überblick zu erhalten, müsste ein potentieller Ticketkäufer das Angebot der verschiedenen involvierten Ticketvertriebsunternehmen prüfen. Insbesondere wenn ein Ticketvertriebsunternehmen sein Kontingent ausverkauft haben sollte, könne bei den potentiellen Ticketkäufern der unzutreffende Eindruck entstehen, der Anlass sei insgesamt ausverkauft, obwohl bei anderen Ticketvertriebsunternehmen noch Tickets dafür erhältlich wären. Ferner könnten die unterschiedlichen Gebührenmodelle der diversen Ticketvertriebsunternehmen zu unterschiedlichen Ticketpreisen führen resp. würden sich zu Lasten der Marge des Veranstalters auswirken, der diese Gebührendifferenz trage, um einen einheitlichen Ticketpreis zu gewährleisten.
- 3) Die Veranstalter und die Darbietenden bzw. deren Agenturen würden eine einheitliche Abrechnung verlangen, die zu erstellen – jedenfalls möglichst rasch und ohne zusätzliche Aufwände – nur bei Betrauung eines einzelnen Ticketvertriebsunternehmens mit dem Vertrieb möglich sei.
- 4) Sodann würden Ticketvertriebsunternehmen neben dem eigentlichen Ticketvertrieb verschiedene Marketingdienstleistungen zur Absatzförderung erbringen, welche bei einer Aufteilung der zu vertreibenden Tickets auf verschiedene Ticketvertriebsunternehmen aufeinander abgestimmt werden müssten. Dies sei weder für die Veranstalter noch für die Ticketvertriebsunternehmen interessant. Zudem lohne sich für ein Ticketvertriebsunternehmen ein aufwendiges Marketing nur, wenn es 100% der Tickets verkaufen könne.

¹⁴⁰ Illustrativ die Ausführungen der AGH anlässlich des Parteiverhörs, siehe Seite 5 des entsprechenden Protokolls (act. n° 219).

¹⁴¹ Act. n° 1 Rz 11 ff.

¹⁴² Act. n° 15 S. 7.

¹⁴³ Act. n° 58.

- 5) Schliesslich sei es so, dass Ticketcorner unterschiedliche Konditionen anbiete, je nachdem, ob ihr nur das über die 50%-AGB-Klausel zugesicherte Mindestkontingent von 50% eingeräumt oder ob sie mit dem Vertrieb sämtlicher fremdvertriebener Tickets betraut werde. Das deutlich schlechtere Angebot bei Überlassung bloss eines Kontingents von 50% zwinge die Veranstalter geradezu dazu, Ticketcorner den Vertrieb von 100% der fremdvertriebenen Tickets zu überlassen.

49. Ticketportal untermauert ihre Ausführungen damit, dass sie aufgrund der 50%-AGB-Klausel den Auftrag für den Vertrieb der Tickets für den Victoria Cup¹⁴⁴ an Ticketcorner verloren habe.¹⁴⁵ 2008 habe sie für diesen Anlass, der damals in der Postfinance Arena in Bern stattfand, die Tickets vertrieben. 2009 sei das Hallenstadion Austragungsort gewesen. Aufgrund der Kompliziertheit sowie der Unsicherheiten bei der Abwicklung einer Ticketkontingentierung von je 50% an Ticketcorner und an ticketportal sei für den Veranstalter Ovation Sports AG nichts anderes in Frage gekommen, als sämtliche Tickets über Ticketcorner zu verkaufen.

50. Starticket führt zur Stützung ihrer Ausführungen mehrere Beispiele an, wonach Veranstalter, die den Ticketvertrieb bislang vollumfänglich über Starticket abgewickelt hätten, wegen der 50%-AGB-Klausel ein Kontingent von mindestens 50% an Ticketcorner hätten abgeben müssen und sich deshalb aufgrund der vorerwähnten, gegen eine Kontingentierung sprechenden Gründe entschlossen hätten, gleich den gesamten Ticketvertrieb über Ticketcorner abzuwickeln:¹⁴⁶ Beim Swiss Award 2009, veranstaltet durch das Schweizer Fernsehen, sei in der Tat eine Kontingentierung der Tickets von 50% an Ticketcorner und 50% an Starticket versucht worden. Aufgrund des zusätzlichen Aufwandes, der durch die Kontingentierung entstanden sei, habe sich das Schweizer Fernsehen aber entschlossen, beim Swiss Award 2010 keine Kontingentierung mehr vorzunehmen, sondern ein Ticketvertriebsunternehmen mit dem gesamten Ticketvertrieb zu betrauen, welches wegen der 50%-AGB-Klausel zwangsläufig Ticketcorner gewesen sei. Vergleichbares gelte auch für den ebenfalls durch das Schweizer Fernsehen veranstalteten Grand Prix der Volksmusik, der 2011 wieder in der Schweiz stattfinden werde. Auch beim Vortrag des Dalai Lama, veranstaltet durch den Mind and Life international e.V., sei Ticketcorner aufgrund der 50%-AGB-Klausel letztlich mit dem Vertrieb von 100% der Tickets betraut worden.¹⁴⁷ Ebenso verhalte es sich bezüglich der Auftritte von Michael Mittermeier, veranstaltet durch die ausserhaus GmbH.¹⁴⁸

51. Demgegenüber macht die AGH¹⁴⁹ geltend, dass der parallele Vertrieb von Tickets durch mehrere Ticketvertriebsunternehmen und damit verbunden eine Kontingentierung der Tickets nicht nur im Hallenstadion, sondern auch in anderen Lokalisationen üblich sei. Sie un-

¹⁴⁴ Der Victoria Cup ist ein Eishockey-Wettbewerb, der zwischen dem Sieger der europäischen Champions Hockey League und einem Vertreter der nordamerikanischen National Hockey League ausgetragen wird. Er fand bisher zweimal statt, namentlich in den Jahren 2008 und 2009. Im Jahr 2010 wurde er nicht ausgetragen, da die den einen Teilnehmer bestimmende Champions Hockey League – aus finanziellen Gründen – in diesem Jahr nicht stattfand. Die Champions Hockey League soll gemäss Angaben der International Ice Hockey Federation ab der Saison 2011/2012 wieder aufgenommen werden (siehe <www.iihf.com/home-of-hockey/club-events/champions-hockey-league.html> [05.12.2011]), die Zukunft des Victoria Cups scheint derzeit aber noch ungewiss.

¹⁴⁵ Act. n° 15 S. 9.

¹⁴⁶ Siehe act. n° 58.

¹⁴⁷ Der Eingabe von Starticket (siehe die vorangehende Fn) ist ein Schreiben des Mind and Life international e.V. beigelegt, in welchem dieser die Situation aus seiner Sicht schildert und inhaltlich die Ausführungen von Starticket bestätigt.

¹⁴⁸ Der Eingabe von Starticket (siehe die Fn 146) ist ein Schreiben der ausserhaus GmbH beigelegt, in welchem diese die Situation aus ihrer Sicht schildert und inhaltlich die Ausführungen von Starticket bestätigt.

¹⁴⁹ Act. n° 12; bereinigte Version act. n° 148, insbesondere Rz 102 ff.

termuert dies mit einer Liste von Anlässen, bei welchen jeweils mehrere Ticketvertriebsunternehmen für den Ticketvertrieb zuständig gewesen seien. Technisch sei ein paralleler Ticketvertrieb durch mehrere Ticketvertriebsunternehmen und/oder durch Eigenvertrieb unproblematisch. Es brauche bloss die Interoperabilität allfälliger unterschiedlicher Software mittels entsprechender Schnittstellen sichergestellt werden, wobei AGH und Ticketcorner die hierfür von ihrer Seite her notwendigen Schnittstelleninformationen zur Verfügung stellen würden. Die Veranstalter könnten durch die unterschiedlichen Marketingstrategien verschiedener involvierter Ticketvertriebsunternehmen ein grösseres Kundensegment erreichen. Zudem könne so das finanzielle Risiko auf mehrere Unternehmen verteilt werden. Die 50%-AGB-Klausel wirke sich in Anbetracht dessen nicht faktisch wie eine 100%-ige Klausel aus.

52. Ticketcorner äussert sich im Wesentlichen gleich wie die AGH und betont insbesondere, dass Kontingentierungen die Regel seien und hierbei keine technischen Probleme bestünden.¹⁵⁰ Anlässlich des Parteiverhörs machte Ticketcorner ergänzende Ausführungen zur Schnittstellenlösung betreffend Kontingentsverschiebungen, welche sie anbietet.¹⁵¹

53. Eine Auswertung der von den Veranstaltern ausgefüllten Fragebogen zeichnet folgendes Bild: 6 von 10 Veranstaltern geben an, bei einem Anlass in der Regel ausschliesslich mit einem einzigen Ticketvertriebsunternehmen zusammen zu arbeiten.¹⁵² Die ZLE Betriebs AG führt aus, ein Vertrieb über ein Ticketvertriebsunternehmen sei bei Saisonveranstaltern, wie sie einer sei, der einzig sinnvolle Weg.¹⁵³ Demgegenüber geben die beiden in der Romandie tätigen Veranstalter an, jeweils mit zwei Ticketvertriebsunternehmen zusammen zu arbeiten, namentlich mit Ticketcorner und FNAC, wobei das Zweite insbesondere das Zielpublikum aus dem benachbarten Frankreich ideal abdecke.¹⁵⁴ Die 4 Music Entertainment AG hält als einziger in der deutschsprachigen Schweiz tätiger Veranstalter fest, mehrere Ticketvertriebsunternehmen zum Vertrieb zu verwenden, um so eine optimale Abdeckung der Verkaufspunkte in der ganzen Schweiz zu gewährleisten.¹⁵⁵

54. Befragt nach Vorteilen einer Zusammenarbeit mit mehreren Ticketvertriebsunternehmen bei einem Anlass, geben 4 der 10 Veranstalter an, es gebe keine.¹⁵⁶ Die beiden in der Romandie tätigen Veranstalter, die regelmässig zwei Ticketvertriebsunternehmen heranziehen, nennen als Vorteile die erhöhte Anzahl von Verkaufsstellen, den Zugang zu Kunden in Frankreich, die geringeren Ticketinggebühren sowie die Möglichkeit, CHF und EUR verwenden zu können.¹⁵⁷ Als möglichen Vorteil nennt die Rent-a-Show AG, dass dies zusätzliche

¹⁵⁰ Seite 7 ff. der Antworten auf den Fragebogen (act. n° 64a; bereinigte Version act. n° 101).

¹⁵¹ Seite 11 ff. des Protokolls der Parteiaussage von Ticketcorner (act. n° 218). Vgl. aber auch die Parteiaussagen von ticketportal und Ticketino, gemäss welchen letztlich die Ticketvertriebsunternehmen kein Interesse an einer Kommunikation ihrer Systeme untereinander hätten (act. n° 186 S. 8 f. resp. act. n° 114 S. 6), und diejenigen von Starticket, wonach sich die Programmierung entsprechender Schnittstellen für die Ticketvertriebsunternehmen wirtschaftlich nicht lohnen würde (act. n° 184 S. 3 f.).

¹⁵² Act entertainment ag (act. n° 57), Appalooza productions GmbH (act. n° 67), Good News Productions AG (act. n° 66), Cinerent OpenAir AG (act. n° 92), Rent-a-Show AG (act. n° 108), Art on Ice Production AG (act. n° 98).

¹⁵³ ZLE Betriebs AG (act. n° 109).

¹⁵⁴ OPUS ONE SA (act. n° 50), Live Music Production LMP S.A. (act. n° 38).

¹⁵⁵ 4 Music Entertainment AG (act. n° 118).

¹⁵⁶ Appalooza productions GmbH (act. n° 67), Good News Productions AG (act. n° 66), Art on Ice Production AG (act. n° 98), ZLE Betriebs AG (act. n° 109). Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass Appalooza productions GmbH diese Grundaussage ein wenig relativiert, indem sie ausführt, in sehr seltenen Fällen könne sich eine Kontingentierung zur Gewährleistung, dass aufgrund des Ansturms bei einem Anlass keine Systemzusammenbrüche entstünden, sinnvoll sein.

¹⁵⁷ OPUS ONE SA (act. n° 50), Live Music Production LMP S.A. (act. n° 38).

Distributionskanäle bringe und z.B. einen Ticketvertrieb in Deutschland ermögliche.¹⁵⁸ Die act entertainment ag sieht einen Vorteil vor allem bei Anlässen, deren Plätze unnummeriert sind, da dort der Überwachungsaufwand geringer sei als bei Sitzplatzgenauen Anlässen und sich so die verschiedenen Kommunikationsmittel der Ticketvertriebsunternehmen nutzen liessen.¹⁵⁹ Gemäss Cinerent OpenAir AG könnte ein Vorteil darin liegen, dass sich so neue Zielgruppen ansprechen liessen.¹⁶⁰ Die 4 Music Entertainment AG sieht einen Vorteil darin, dass der Beizug mehrerer Ticketvertriebsunternehmen den Wettbewerb zwischen diesen intensivieren und so zu besseren Preisen führen könne.¹⁶¹

55. Nach Nachteilen einer Zusammenarbeit mit mehreren Ticketvertriebsunternehmen befragt, nennen 9 von 10 Veranstaltern den zusätzlichen Aufwand bzw. die Notwendigkeit einer Kontingentierung der Tickets als solche.¹⁶² Ergänzend wird zuweilen ausgeführt, dass vor allem bei Sitzplatzgenauen Anlässen (im Gegensatz zu Anlässen, deren Plätze unnummeriert sind) ein Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen sehr aufwändig sei und/oder dass die Gefahr von Doppelbuchungen bestehe.¹⁶³ Einzig 4 Music Entertainment AG sieht keine Nachteile in einem Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen.¹⁶⁴

56. Die Zeugenbefragungen haben gezeigt, dass es die Befragten grundsätzlich vorziehen, bei einem Anlass mit einem einzigen, dem von ihnen regelmässig bevorzugten (Stamm)Ticketvertriebsunternehmen – zuweilen ergänzt durch Eigenvertrieb – zusammen zu arbeiten.¹⁶⁵ Einen Vertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen ziehen die befragten Zeugen manchmal dennoch vor, und zwar aus unterschiedlichen Gründen: Erstens, wenn zusätzliche Vertriebskanäle erschlossen werden sollen, etwa bei Anlässen in der Westschweiz über FNAC.¹⁶⁶ Zweitens, wenn die Darbietenden bzw. die sie vermittelnden Agenturen die Abgabe eines Kontingents von Tickets an ein bestimmtes Ticketvertriebsunternehmen verlangen und es sich bei diesem nicht um das vom Veranstalter bevorzugte Ticketvertriebsunternehmen handelt.¹⁶⁷ Drittens, wenn die Vermieter der Veranstaltungsorte die Abgabe eines Kontingents von Tickets an ein bestimmtes Ticketvertriebsunternehmen verlangen und es sich bei diesem nicht um das vom Veranstalter bevorzugte Ticketvertriebsun-

¹⁵⁸ Rent-a-Show AG (act. n° 108).

¹⁵⁹ Act entertainment ag (act. n° 57). Dahingehend auch die Ausführungen von Starticket anlässlich des Parteiverhörs, allerdings insofern relativierend, als die Nutzung verschiedener Kommunikationskanäle einzig für nicht so bekannte Anlässe sinnvoll bzw. erforderlich erscheine (siehe Protokoll des Parteiverhörs act. n° 184 S. 3).

¹⁶⁰ Cinerent OpenAir AG (act. n° 92).

¹⁶¹ 4 Music Entertainment AG (act. n° 118).

¹⁶² OPUS ONE SA (act. n° 50), Live Music Production LMP S.A. (act. n° 38), Act entertainment ag (act. n° 57), Appalooza productions GmbH (act. n° 67), Good News Productions AG (act. n° 66), Cinerent OpenAir AG (act. n° 92), Rent-a-Show AG (act. n° 108), Art on Ice Production AG (act. n° 98), ZLE Betriebs AG (act. n° 109).

¹⁶³ Act entertainment ag (act. n° 57), Appalooza productions GmbH (act. n° 67), dahingehend auch Rent-a-Show AG (act. n° 108), Art on Ice Production AG (act. n° 98).

¹⁶⁴ 4 Music Entertainment AG (act. n° 118).

¹⁶⁵ Protokolle der Zeugeneinvernahmen act. n° 180 S. 6 f.; act. n° 209 S. 10; act. n° 214 S. 9.

¹⁶⁶ Siehe bezüglich dieser Aussagen folgende Protokolle der Zeugeneinvernahmen act. n° 209 S. 10; in dem Sinn auch act. n° 214 S. 10. Ferner auch etwa die Aussage von Ticketcorner, Protokoll act. n° 218 S. 6.

¹⁶⁷ Vgl. zu dieser Aussage das Protokoll der Zeugeneinvernahme act. n° 209 S. 10 f. Im Ergebnis ebenfalls act. n° 214 S. 10, wo seitens des Darbietenden bzw. dessen Management nachträglich der Beizug eines weiteren Ticketvertriebsunternehmens nebst dem vom Veranstalter bevorzugten verlangt wurde.

ternehmen handelt.¹⁶⁸ Zur Begründung, weshalb in den beiden letztgenannten Fällen nicht einfach der gesamte Ticketvertrieb dem von den Darbietenden oder den Vermietern der Veranstaltungsorten verlangten Ticketvertriebsunternehmen überlassen, sondern eine Kontingentierung vorgenommen wird, führten die betroffenen Zeugen aus, sie wollten unter anderem im Interesse der Stammkundschaft nicht auf die „gewohnten“ Vertriebskanäle des von ihnen regelmässig bevorzugten Ticketvertriebsunternehmens (bei welchem es sich in diesen beiden Fällen im Übrigen um Ticketcorner handelt) verzichten.¹⁶⁹

57. Ein Ticketvertrieb über mehr als ein Ticketvertriebsunternehmen ist demnach zwar möglich, die Veranstalter scheuen aber den zusätzlichen Aufwand, der dadurch – vor allem bei sitzplatzgenauen Anlässen¹⁷⁰ – entsteht.¹⁷¹ Wieviel zusätzlicher Aufwand durch einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen effektiv entsteht, braucht nicht eruiert zu werden. Denn entscheidend ist das Verhalten der Veranstalter auf dem Markt – sie verzichten zur Vermeidung des von ihnen angenommenen Zusatzaufwands auf einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen – ob sie dabei die Höhe des Zusatzaufwands zutreffend einschätzen oder ob sie diesbezüglich verfehlte Annahmen treffen, ist nicht von Bedeutung. Die Veranstalter ziehen also generell vor, den Ticketvertrieb bloss durch *ein* Ticketvertriebsunternehmen vornehmen zu lassen.¹⁷² Für einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen entscheiden sie sich nur, wenn die damit verbundenen Vorteile den erwarteten Mehraufwand überwiegen. Wie die Untersuchung gezeigt hat, ist dies aus Sicht der Veranstalter vor allem der Fall, wenn zusätzliche Vertriebskanäle, insbesondere solche im Ausland, eröffnet werden sollen. Dieser Gesichtspunkt ist primär für in der Romandie stattfindende Anlässe wesentlich. Bei Anlässen im Hallenstadion ist er – jedenfalls so lange, als dass die Vertriebskanäle desjenigen Ticketvertriebsunternehmens, dem aufgrund der 50%-AGB-Klausel mindestens 50% der Tickets zum Vertrieb überlassen werden müssen (derzeit Ticketcorner), von den Veranstaltern als ausreichend erachtet werden, wie dies derzeit (soweit ersichtlich) der Fall ist¹⁷³ – hingegen nicht von praktischer Relevanz. Eine allgemeingültige Aussage dazu, welche Bedeutung ein Veranstalter dem Gesichtspunkt zumisst, dass Tickets für seine Anlässe immer zumindest auch beim gleichen (Stamm)Ticketvertriebsunternehmen erhältlich sind, ob sowie gegebenenfalls in welchem Umfang er zusätzlichen Aufwand hierfür auf sich zu nehmen bereit ist, lässt sich nur schwerlich machen; dies zumal deshalb, weil sich Veranstalter bisher erst selten mit dieser Frage konfrontiert sahen. Einige Antworten in den Fragebogen lassen jedoch den Schluss zu, dass dieser Gesichtspunkt für die Veranstalter – jedenfalls im Regelfall – nicht von prioritärer Bedeutung ist.¹⁷⁴ Entsprechend wenig zusätzlichen Aufwand sind sie hierfür einzugehen bereit,

¹⁶⁸ Siehe diesbezüglich die Protokolle der Zeugeneinvernahmen act. n° 180 S. 7 f. und 9; act. n° 209 S. 11 f.; act. n° 214 S. 11.

¹⁶⁹ Vgl. die Einvernahmeprotokolle act. n° 180 S. 8; act. n° 209 S. 12.

¹⁷⁰ Illustrativ etwa die Aussage eines Zeugen zu den damit gemachten Erfahrungen, Protokoll act. n° 214 S. 10.

¹⁷¹ Dies deckt sich denn auch mit den Erfahrungen der Ticketvertriebsunternehmen, siehe exemplarisch die Aussage von Ticketino anlässlich der Parteiaussage (Protokoll act. n° 114 S. 5).

¹⁷² Siehe exemplarisch die Aussage eines Zeugen, unter welchen kumulativen und restriktiven Voraussetzungen dieser einen Ticketvertrieb über mehr als ein Ticketvertriebsunternehmen als sinnvoll erachtet, Protokoll act. n° 214 S. 12.

¹⁷³ So die Aussagen der befragten Zeugen, siehe dazu die Protokolle der Zeugeneinvernahmen act. n° 180 S. 7; act. n° 209 S. 11 und in dem Sinne auch act. n° 214 S. 9.

¹⁷⁴ So hält etwa Appalooza productions GmbH (act. n° 67, Frage 2.a) fest, seit Jahren grundsätzlich einzig mit Starticket zusammen zu arbeiten, jedoch darauf angewiesen zu sein, für jeden Anlass das geeignetste Ticketvertriebsunternehmen wählen zu können. Good News Productions AG (act. n° 66, Frage 2.a) führt aus, i.d.R. immer nur mit einem Ticketvertriebsunternehmen zusammen zu arbeiten, meistens mit Ticketcorner, zuweilen aber auch mit Starticket. Sodann merken mehrere Veranstalter in den Fragebogen an, der Ticketvertrieb (und auch die 50%-AGB-Klausel) sei für sie

wie dies auch die bisherigen Erfahrungen von Ticketportal¹⁷⁵ und Starticket¹⁷⁶ mit der 50%-AGB-Klausel bestätigen. Bietet Ticketcorner für den Vertrieb des ihr aufgrund der 50%-AGB-Klausel zugesicherten Kontingents von 50% der fremdvertriebenen Tickets zudem schlechtere Konditionen an als für den Vertrieb sämtlicher fremdvertriebener Tickets,¹⁷⁷ erhöht dies die Kosten der Veranstalter für einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen und ist deshalb ein weiterer Grund für sie, auf einen solchen zu verzichten. Trotz deutlicher Anzeichen dafür, dass Ticketcorner unterschiedliche Konditionen anbietet,¹⁷⁸ kann hier letztlich offen bleiben, wie es sich damit genau verhält, denn auch unabhängig davon ergibt sich bereits aus dem Vorangehenden, dass sich die 50%-AGB-Klausel jedenfalls in den allermeisten Fällen wie eine 100%-ige Klausel auswirkt. Die Veranstalter hätten zwar rechtlich die Möglichkeit, mehrere Ticketvertriebsunternehmen mit dem Ticketvertrieb zu betrauen, faktisch sehen sie jedoch von einer Nutzung dieser Möglichkeit regelmässig ab.

58. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sich die 50%-AGB-Klausel faktisch – jedenfalls in den allermeisten Fällen – wie eine 100%-ige Klausel auswirken dürfte. Dies wird den nachfolgenden Ausführungen zu Grunde gelegt.

59. Die vorangehende Feststellung hat mitunter auch zur Folge, dass – entgegen der Ansicht von Starticket¹⁷⁹ – nicht eruiert zu werden braucht, ob und inwiefern das Vertragsverhältnis zwischen AGH und Good News¹⁸⁰ auf den Ticketvertrieb im Bereich Pop/Rock ausstrahlt.¹⁸¹ Denn eine diesbezügliche Steigerung gegenüber der 50%-AGB-Klausel, die sich wie gesehen regelmässig faktisch wie eine 100%-ige Klausel auswirkt, ist nicht mehr möglich.

A.5.3.3 Auswirkung der 50%-Vorschriften auf die Wahl des vom Veranstalter für den Eigenvertrieb verwendeten Softwaresystems

60. Die vorangehenden Feststellungen treffen – ausser im (allerdings praktisch sehr seltenen)¹⁸² Falle, dass der Veranstalter sämtliche Tickets eines Anlasses im Eigenvertrieb absetzt¹⁸³ – mutatis mutandis auch für die vom Veranstalter zu treffende Wahl beim Kauf oder

bezüglich des Hallenstadions verglichen mit der vertraglichen Beziehung zwischen AGH und Good News (siehe dazu Rz 38) in wettbewerbsbeschränkender Hinsicht bloss von untergeordneter Bedeutung (Act entertainment ag [act. n° 57], 4 Music Entertainment AG [act. n° 118], in dem Sinne auch Live Music Production LMP S.A. [act. n° 38]).

¹⁷⁵ Siehe Rz 49.

¹⁷⁶ Siehe Rz 50.

¹⁷⁷ Dahingehend das Schreiben des Mind and Life international e.V., welches der Eingabe von Starticket beigelegt ist, in dem festgehalten ist: „Bei einer 100%igen Abwicklung über TicketCorner hatten wir demzufolge bessere Konditionen“ (siehe act. n° 58). Starticket führt aus, ihr lägen Informationen mehrerer betroffener Veranstalter vor, wonach unterschiedliche Konditionen zur Anwendung gelangen (siehe act. n° 226, Rz 5; ferner das Protokoll der Parteiaussage act. n° 184 S. 2 und S. 5). [...] Dass Ticketcorner unterschiedliche Konditionen anbietet, vermutet auch die Anzeigerin ticketportal (act. n° 15 S. 9; ferner das Protokoll der Parteiaussage, act. n° 186 S. 7). In Abrede gestellt wird die Anwendung unterschiedlicher Konditionen hingegen von Ticketcorner anlässlich des Parteiverhört (siehe dazu das Protokoll act. n° 218 S. 7).

¹⁷⁸ Siehe die vorangehende Fn.

¹⁷⁹ Act. n° 226 Rz 6.

¹⁸⁰ Dazu Rz 38.

¹⁸¹ Siehe dazu etwa die Aussagen von Starticket anlässlich des Parteiverhört, Protokoll act. n° 184 S. 7 f. und 11.

¹⁸² Gemäss (plausibler) Aussage von AGH anlässlich des Parteiverhört, Protokoll act. n° 219 S. 14. Vgl. aber immerhin das Gegenbeispiel von Ticketcorner anlässlich des Parteiverhört, Protokoll act. n° 218 S. 14.

¹⁸³ Diesfalls wirkt sich die 50%-AGB-Klausel auf den Veranstalter nicht aus (siehe auch Rz 45).

der Miete des von ihm für einen allfälligen (von der 50%-AGB-Klausel nicht erfassten¹⁸⁴) Vertrieb von eigenvertriebenen Tickets verwendeten Softwaresystems zu.

61. (Vertrags)Rechtlich mag der Veranstalter bei der Wahl des Softwaresystems, welches er für den Vertrieb der eigenvertriebenen Tickets verwendet, zwar frei sein.¹⁸⁵ Wählt er hierfür aber nicht das Softwaresystem des Ticketvertriebsunternehmens, dem aufgrund der 50%-AGB-Klausel mindestens 50% der fremdvertriebenen Tickets zum Vertrieb überlassen werden müssen (derzeit Ticketcorner), sondern das Softwaresystem eines anderen Anbieters/Ticketvertriebsunternehmens, sieht er sich letztlich mit vergleichbaren Problemen konfrontiert wie sie zuvor hinsichtlich eines Vertriebs der fremdvertriebenen Tickets über mehrere Ticketvertriebsunternehmen festgestellt wurden¹⁸⁶.

62. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die 50%-AGB-Klausel faktisch – jedenfalls in den allermeisten Fällen – dazu führt, dass die Veranstalter für den Vertrieb der eigenvertriebenen Tickets das Softwaresystem desjenigen Ticketvertriebsunternehmens wählen, dem sie aufgrund dieser Klausel ohnehin mindestens 50% der fremdvertriebenen Tickets zum Vertrieb überlassen müssen. Hierbei handelt es sich derzeit um Ticketcorner. Den nachfolgenden Ausführungen wird diese grundsätzliche Feststellung zu Grunde gelegt.

B Erwägungen

B.1 Allgemeine Erwägungen und Formelles

B.1.1 Geltungsbereich

B.1.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

63. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen die wirtschaftliche Einheit Konzern als Ganzes.¹⁸⁷ Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.¹⁸⁸

64. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit von AGH und Ticketcorner verhält, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG vorliegend offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte¹⁸⁹ stehen hier offenkundig nicht zur Beurteilung. Fest steht sodann, dass AGH und Ticketcorner rechtlich

¹⁸⁴ Siehe Rz 45.

¹⁸⁵ Siehe die gemeinsame Antwort der AGH und Ticketcorner auf die diesbezügliche Frage 4 (act. n° 239).

¹⁸⁶ Rz 53 ff., insbesondere Rz 55.

¹⁸⁷ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27.

¹⁸⁸ Der Konzernbegriff bestimmt sich bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs des KG also nach dem sog. Leitungsprinzip, siehe etwa JENS LEHNE (vorangehende Fn), Art. 2 KG N 29 m.w.H.

¹⁸⁹ Etwa VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, Rz 1245.

selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist.¹⁹⁰ Da eine allfällige Konzernstruktur für die Bestimmung der Verfügungsadressaten der vorliegenden Verfügung von Relevanz sein kann, ist entsprechend dort (siehe Rz 70 ff.), nicht aber hier, näher darauf einzugehen.

65. Dass zwei öffentlich-rechtliche Körperschaften, namentlich die Stadt Zürich und der Kanton Zürich, zusammen 40% des Aktienkapitals der AGH halten,¹⁹¹ spielt im Hinblick auf den persönlichen Geltungsbereich des KG keine Rolle. Art. 2 Abs. 1 KG hält ausdrücklich fest, dass das KG auch für Unternehmen des öffentlichen Rechts gilt, was freilich erst recht für Unternehmen gilt, an welchen die öffentliche Hand nur, aber immerhin, eine Beteiligung hält¹⁹² oder in die sie – etwa bei Aktiengesellschaften gestützt auf Art. 762 OR¹⁹³ – Vertreter abordnet. Das KG findet folgedessen gegenüber Unternehmen des öffentlichen Rechts in gleicher Weise Anwendung wie gegenüber Unternehmen des privaten Rechts, und zwar unabhängig davon, ob Zweite ausschliesslich von Privaten gehalten werden oder ob daran auch (oder sogar einzig) die öffentliche Hand beteiligt ist. Einen mildereren Massstab legt das KG bei der Beurteilung des Wettbewerbsgebarens von Unternehmen, bei welchen die öffentliche Hand in der einen oder anderen Form involviert ist, nicht an – einen strengerem aber auch nicht. Insbesondere ist die WEKO keine sektorspezifische Aufsichtsbehörde und ebensowenig hat sie im Rahmen einer Untersuchung zu beurteilen, ob die in einem konkreten Fall durch die öffentliche Hand erfolgende Teilnahme am Wettbewerb (wettbewerbspolitisch) wünschenswert ist und/oder in Konformität mit den einschlägigen, spezifisch staatliches Handeln regelnden Vorschriften¹⁹⁴ geschieht. Die WEKO überprüft ausschliesslich die Einhaltung der kartellrechtlichen Normen, dies allerdings unterschiedslos.

B.1.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

66. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Zwei dieser drei Kategorien sind vorliegend von Bedeutung:

67. Um eine qualifizierte Form von Marktmacht handelt es sich bei der marktbeherrschenden Stellung.¹⁹⁵ Die Prüfung, ob AGH eine marktbeherrschende Stellung inne hat, erfolgt unter Art. 7 KG (Rz 109 ff). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung von AGH bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Entspre-

¹⁹⁰ RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

¹⁹¹ Siehe etwa Rz 19 von act. n° 148, ferner Seite 6 der Beilage 6 zu act. n° 148.

¹⁹² Exemplarisch seien die diversen Swisscom-Verfahren erwähnt.

¹⁹³ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹⁹⁴ Exemplarisch zur Grundrechtsbindung staatlichen Handelns, die Vermietung einer Lokalität für die Durchführung eines Anlasses betreffend, Urteil des BGer 1C_312/2010 vom 8.12.2010, E. 3.

¹⁹⁵ Siehe statt anderer etwa JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 2 KG N 14 m.w.H.

chend erübrigt es sich an dieser Stelle eine vertiefte Prüfung der Ausübung von Marktmacht.¹⁹⁶

68. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Dass AGH und Ticketcorner eine solche Abrede getroffen haben, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, unter dem Titel "Wettbewerbsabrede" (Rz 144 ff.) erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet. Festgehalten sei hier nur, aber immerhin, dass eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

B.1.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

69. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden.

B.1.2 Verfügungsadressaten

B.1.2.1 Materielle Verfügungsadressaten

70. Als materielle Verfügungsadressaten gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.¹⁹⁷

71. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Fall aus seiner jüngeren kartellrechtlichen Rechtsprechung festgehalten, es könne aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diversen personellen Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass die Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig auftrete. Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das Bundesverwaltungsgericht als korrekt, die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktion aufzuerlegen; die Tochtergesellschaft sei diesfalls nur, aber immerhin, eine formelle Verfügungsadressatin.¹⁹⁸ Gemäss dieser Ansicht des BVGer führt das Bestehen eines Konzernverhältnisses eo ipso dazu, dass die Muttergesellschaft – ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen – als „Repräsentantin“ der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu verstehen und sie, aber auch nur sie, als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten ist.

72. Die Wettbewerbskommission hat in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) aber wiederholt Verfügungen auch ausschliesslich an Tochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen gerichtet, obwohl ein Konzernverhältnis vorlag.¹⁹⁹ Beanstandet

¹⁹⁶ Vgl. zu dieser Vorgehensweise etwa RPW 2008/3, 390 Rz 45, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2004/3, 782 Rz 18, *TicketCorner*.

¹⁹⁷ RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁹⁸ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.4 f., *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁹⁹ Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., *Strassenbeläge*

oder gar – wie im zuvor genannten Urteil des BVGer – von Amtes wegen korrigiert, wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen allerdings nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.²⁰⁰

73. Wiederum in anderen Fällen hat die Wettbewerbskommission sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert.²⁰¹

74. Die bisherige Praxis bietet also in Abhängigkeit der Gegebenheiten des konkret betroffenen Einzelfalls unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit Konzernverhältnissen verbundenen Probleme der Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin/nen innerhalb des Konzerns.

75. Die vorliegende Untersuchung wurde – wie dies schon nur aus praktischen Gründen fast immer der Fall sein wird – gegen die konkret handelnden Gesellschaften AGH und Ticketcorner, ungeachtet deren allfälliger Eingebundenheit in einen Konzern, eröffnet. Im Falle von Ticketcorner handelt es sich dabei um eine Tochtergesellschaft. In Anbetracht der Einstellung der Untersuchung ohne Folgen braucht vorliegend nicht abschliessend geklärt zu werden, ob nicht zudem (kumulativ oder vorzugswürdigerweise alternativ) oder – entsprechend dem vorerwähnten Urteil des BVGer – sogar ausschliesslich deren Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet werden könnte resp. müsste. Nicht unerwähnt bleiben soll hier allerdings, dass nach Ansicht der WEKO die Erfassung der konkret handelnden Gesellschaft als materielle Verfügungsadressatin, gerade auch mit Blick auf die bisherige Praxis, die Praktikabilität sowie eine allenfalls notwendige Zwangsvollstreckung, in jedem Fall zulässig sein sollte.

76. Im Übrigen zeigt gerade die vorliegende Untersuchung eine der Schwierigkeiten, die mit der Qualifikation einzig der Muttergesellschaft als materieller Verfügungsadressatin verbunden wäre: So wurden bei Untersuchungseröffnung die Aktien an Ticketcorner Holding AG, die wiederum sämtliche Aktien an Ticketcorner hält, von einem Konsortium um die Private-Equity-Gesellschaft Capvis gehalten²⁰². Davon, ob von diesem Konsortium eine einheitliche wirtschaftliche Leitung ausging, hinge ab, ob dieses oder aber die Ticketcorner Holding AG zum damaligen Zeitpunkt Muttergesellschaft und damit materielle Verfügungsadressatin war. Während der laufenden Untersuchung erwarb sodann zunächst die CTS-Gruppe, deren Muttergesellschaft Sitz in Deutschland und damit im Ausland hat, via der Eventim CH AG die

Tessin: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenla (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, *Terminierung Mobilfunk*: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als materielle Verfügungsadressatin erachtet.

²⁰⁰ Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenla (Ticino) SA/WEKO*, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenla (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, *Swisscom Schweiz AG/WEKO* und Urteil des BGer 2C_343/2010 vom 11. April 2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin/nen zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer, obwohl solches (zumindest gemäss dem in Fn 198 erwähnten Urteil des BVGer) von Amtes wegen vorzunehmen gewesen wäre.

²⁰¹ RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., *Swisscom ADSL*.

²⁰² Siehe die entsprechende Pressemitteilung <www.eventim.de/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf> (05.12.2011).

Aktien an Ticketcorner Holding AG, die weiterhin 100% der Aktien an Ticketcorner hält. Als dann verkaufte die CTS-Gruppe 50% der Aktien an der Eventim CH AG an die Ringier-Gruppe, 50% behielt sie selber.²⁰³ Es dürfte damit im Laufe der Untersuchung zu einem mehrmaligen Wechsel der Muttergesellschaft (darunter zumindest einer mit Sitz im Ausland) gekommen sein, was etliche Fragen hinsichtlich der Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin, der Notwendigkeit einer Verfahrensausdehnung in personeller Hinsicht sowie der rechtskonformen Zustellung von offiziellen amtlichen Schreiben ins Ausland aufwürfe.

B.1.2.2 Formelle Verfügungsadressaten

77. Das Sekretariat erkannte Starticket und Ticketino mit Schreiben vom 29. März 2010²⁰⁴ und ticketportal mit solchem vom 27. April 2010²⁰⁵ Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zu. AGH und Ticketcorner beanstandeten die Zuerkennung einer Parteistellung an die vorgenannten juristischen Personen und zwar erstens in formeller Hinsicht, namentlich dass ihnen als materielle Verfügungsadressatinnen nicht vorgängig die Möglichkeit zur Stellungnahme hierzu eingeräumt worden sei, und zweitens in materieller Hinsicht, namentlich dass die Voraussetzungen für eine Verfahrensbeteiligung als Partei nicht vorlägen²⁰⁶.

78. Formeller Verfügungsadressat ist, wer gemäss Art. 48 VwVG zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materieller Verfügungsadressat zu sein. Die Beschwerdelegitimation setzt insbesondere – dies in Abgrenzung zur Populärbeschwerde²⁰⁷ – ein Besondersberührtsein durch die Verfügung voraus (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Das BGer umschreibt dies in ständiger Rechtsprechung wie folgt: „Der Beschwerdeführer muss [vielmehr] stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswert nahen Beziehung zur Streitsache stehen“.²⁰⁸ Nebst dem, dass ein Markt betroffen sein muss, in dem der Dritte, bei welchem es sich häufig um einen Konkurrenten handelt, tätig ist, wird im Kartellverwaltungsverfahren als qualifizierendes Element gefordert, „(...) dass die Wettbewerbsstellung des Dritten durch eine [namentlich die in Frage stehende] Abrede oder Verhaltensweise erheblich beeinträchtigt²⁰⁹ wird, dass er eine deutlich spürbare Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Position und damit einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet“.²¹⁰ Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse genügt demgegenüber nicht.²¹¹ Sind diese Voraussetzungen erfüllt und handelt es sich bei den Dritten um formelle Verfügungsadressaten, so kommt ihnen ebenso wie materiellen Verfügungsadressaten Parteistellung i.S.v. Art. 6 VwVG zu.²¹²

²⁰³ Siehe dazu Rz 32.

²⁰⁴ Act. n° 60 und 61.

²⁰⁵ Act. n° 85.

²⁰⁶ Act. n° 106 und 111 sowie die Antwortschreiben seitens des Sekretariats act. n° 107 und 113.

²⁰⁷ Vgl. etwa BGE 131 II 587 E. 3.

²⁰⁸ BGE 134 II 120 E. 2.1.

²⁰⁹ Diese Formulierung scheint unglücklich gewählt zu sein, da sie in wörtlicher Hinsicht mit der in Art. 5 Abs. 1 KG geforderten „erheblichen Beeinträchtigung“ übereinstimmt. Eine solche Vorwegnahme der materiellen Beurteilung kann hier allerdings nicht gemeint sein. Vielmehr ist damit gemeint, dass sich die Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass (nachteilig) auf den Dritten auswirkt.

²¹⁰ Urteil der REKOWEF, RPW 2007/1, 125 E. 1.4.1, *Je Met AG, Met-Fer SA, Chiesa Alteisen AG/Swico, S.EN.S., WEKO*.

²¹¹ Statt anderer BGE 131 II 587 E. 3.

²¹² Statt anderer STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 43 KG N 6 f.

79. Wie an anderer Stelle bereits ausgeführt und belegt,²¹³ hatte die 50%-AGB-Klausel zur Folge, dass Kunden von Starticket und ticketportal den Ticketvertrieb für Anlässe, die sie im Hallenstadion durchführten, über Ticketcorner abwickelten, was sie ohne diese Klausel nicht getan hätten. Die fragliche Klausel führte damit unmittelbar und adäquat kausal zu einem Umsatzrückgang bei Starticket und ticketportal. Damit ist die besondere Beziehungsnähe dieser beiden Ticketvertriebsunternehmen nachgewiesen und ihnen kommt Parteistellung zu.

80. Ticketino hat demgegenüber keine bereits bestehenden Kunden durch die 50%-AGB-Klausel verloren und entsprechend auch keinen dadurch bewirkten Umsatzrückgang erlitten. Anders als bei Starticket und ticketportal erscheint es bezüglich Ticketino daher fraglich, ob diese durch die 50%-AGB-Klausel einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erlitten hat. Im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise ist dies, wenn auch nur, so doch immerhin, in vorliegendem, besonders gelagerten Falle gleichwohl zu bejahen. Bei Ticketino handelt es sich um eine verhältnismässig junge Unternehmung, die sich auf den Ticketvertrieb über das Internet spezialisiert hat. Dieser Vertriebsweg gewinnt zunehmend an Bedeutung und Akzeptanz;²¹⁴ ein ausschliesslicher Ticketvertrieb über das Internet ist, jedenfalls bei gewissen Anlässen, bereits jetzt – und künftig wohl noch vermehrt – durchaus möglich.²¹⁵ Die 50%-AGB-Klausel verhindert nun unmittelbar, dass Ticketino überhaupt erst Kunden gewinnen kann, die ihr den Ticketvertrieb für im Hallenstadion stattfindende Anlässe übertragen, wodurch sie von einem Teil des Marktes abgeschnitten wird und damit letztlich ebenfalls einen deutlich spürbaren, wenn auch nicht bezifferbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Demnach kommt auch Ticketino Parteistellung zu. Bloss ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die WEKO auch schon in der ebenfalls den Ticketvertrieb betreffenden Untersuchung „TicketCorner“ drei Konkurrenten wie auch vier Veranstaltern Parteistellung gewährt hat.²¹⁶

81. In formeller Hinsicht rügen AGH und Ticketcorner, dass sie sich – wie sie zutreffend festhalten – nicht vorgängig zur Anerkennung der Parteistellung der drei vorerwähnten Gesellschaften äussern konnten. Es entspricht der üblichen Vorgehensweise des Sekretariats, den Einbezug weiterer Parteien in eine Untersuchung – soweit möglich – formfrei zu ordnen. Lehnt das Sekretariat einen Einbezug ab, wird dies dem Anfragenden zunächst in Form eines gewöhnlichen Schreibens mitgeteilt; nur wenn er (auch nach erneuter Nachfrage) auf eine Verfahrensbeteiligung als Partei insistiert und eine förmliche Verfügung beantragt, wird eine solche erlassen. Gleich geht das Sekretariat vor, wenn es mit der Einräumung einer Parteistellung einverstanden ist: Nur wenn sich eine der übrigen Parteien hieran stört und nach erfolgter Korrespondenz den Erlass einer entsprechenden Verfügung beantragt, wird eine solche erlassen. So wurde denn auch vorliegend vorgegangen. Starticket, ticketportal und Ticketino wurde in einem einfachen Verwaltungsschreiben – wie schon nur das Nichtvorhandensein eines Hinweises auf ein Vorgehen im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission zeigt²¹⁷ – mitgeteilt, dass ihnen Parteistellung zukomme.²¹⁸ AGH und Ticketcorner erlangten durch das ihnen zugesandte Aktenverzeichnis

²¹³ Siehe Rz 49 f.

²¹⁴ Exemplarisch die Aussage von Starticket anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 184 S. 7. Siehe ferner die ebensolche Feststellung in RPW 2007/1, 80 Rz 14, *TicketCorner AG*, insbesondere im Vergleich zur Situation im Jahr 2003 (vgl. Rz 13 der vorerwähnten Verfügung).

²¹⁵ So die Parteiaussage von Ticketcorner mit einem konkreten Beispiel, siehe das Protokoll act. n° 218 S. 7.

²¹⁶ RPW 2004/3, 780 Rz 10, *TicketCorner*.

²¹⁷ Denn verfahrensleitende Verfügungen wären gemäss Art. 23 Abs. 1 KG vom Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission zu erlassen.

²¹⁸ Nachweise in Fn 204 f.

Kenntnis hiervon, und sie waren damit nicht einverstanden.²¹⁹ Wunschgemäss wurden ihnen daraufhin vom Sekretariat Kopien der an die drei vorerwähnten Gesellschaften gesandten Schreiben zugestellt.²²⁰ AGH und Ticketcorner hielten daraufhin fest, sie hätten vorgängig angehört werden müssen; den Erlass einer entsprechenden förmlichen Verfügung beantragten sie allerdings nicht,²²¹ wobei ihnen – hätten sie solches gewollt – nach Treu und Glauben zuzumuten gewesen wäre, dies entsprechend zu beantragen²²².

82. Gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. a VwVG brauchen Parteien beim Erlass von Zwischenverfügungen, die sie nicht selbstständig durch Beschwerde anfechten können, nicht vorgängig angehört zu werden. Die eigenständige Anfechtungsmöglichkeit von Zwischenverfügungen wiederum ergibt sich aus Art. 46 VwVG. Generell erforderlich ist hierbei eine selbstständige Eröffnung der fraglichen Zwischenverfügung.²²³ Wie zuvor ausgeführt, wurde vorliegend keine förmliche Verfügung erlassen und folgedessen auch nicht selbstständig eröffnet. Damit bestand bereits aus diesem Grund keine Anfechtungsmöglichkeit, was wiederum zur Folge hat, dass AGH und Ticketcorner gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. a VwVG nicht vorgängig angehört zu werden brauchten. Es liegt damit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

83.

B.1.3 Weitere formelle Fragen

B.1.3.1 Anwesenheit an den Parteiverhören der anderen Parteien

84. Die AGH und Ticketcorner sehen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör darin, dass sie an den Parteiverhören der jeweils anderen Parteien nicht teilnehmen konnten.²²⁴

85. Zutreffend ist, dass die Durchführung eines Parteiverhörs in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis des Sekretariats den jeweils anderen Parteien nicht vorgängig mitgeteilt wurde und die anderen Parteien entsprechend auch nicht daran teilnehmen konnten. Von den Parteiverhören wurden aber ausführliche Protokolle erstellt, welche – nach deren inhaltlicher Bereinigung, die sich lückenlos aus den Akten nachverfolgen lässt²²⁵ – von den jeweils Beteiligten mittels Unterzeichnung „verifiziert“ wurden. Im Rahmen ihrer Akteneinsicht konnten die Parteien alsdann diese Protokolle wie auch die Korrespondenz zu deren inhaltlicher Bereinigung umfassend – vorbehältlich einzig der aufgrund ihres Geschäftsgeheimnischarakters abgedeckten Stellen – zur Kenntnis nehmen. Ab diesem Zeitpunkt hatten die Parteien die Möglichkeit, zu den Parteiaussagen Stellung zu nehmen und diese aus ihrer Sicht zu würdigen. Von dieser Möglichkeit machten Starticket und ticketportal denn auch Gebrauch.²²⁶ Ausserdem hätte die (vorliegend von keiner Partei genutzte) Möglichkeit be-

²¹⁹ Siehe act. n° 106.

²²⁰ Act. n° 107.

²²¹ Siehe act. n° 111.

²²² Analog der Rechtsprechung bei einer teilweisen Nichteröffnung einer Verfügung gegenüber einigen, nicht aber allen Verfahrensparteien (siehe dazu FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2009, Art. 38 VwVG N 10 m.w.H. auf die diesbezügliche Rechtsprechung in Fn 21).

²²³ Siehe dazu MARTIN KAYSER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 46 VwVG N 5 i.V.m. Art. 45 VwVG N 8 f.; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 46 VwVG N 2 i.V.m. Art. 45 VwVG N 10 ff.

²²⁴ Siehe das Protokoll des Parteiverhörs von AGH (act. n° 219 S. 1 f.), das Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner (act. n° 218 S. 2) sowie das Schreiben vom 19.10.2010 (act. n° 189).

²²⁵ Siehe dazu Rz 90.

²²⁶ Siehe Rz 14.

standen, nach Kenntnisnahme des Inhalts der Aussagen das (schriftliche oder mündliche) Stellen von Zusatzfragen zu beantragen, was vom Sekretariat wie ein Beweisantrag zu behandeln gewesen wäre.

86. Eine spezifische Vorschrift, die einen Anspruch auf Teilnahme an einem Parteiverhör statuieren würde, sieht das KG – anders als bezüglich einer Zeugeneinvernahme (Art. 39 KG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 VwVG) – nicht vor. Ob ein solcher Teilnahmeanspruch der anderen Parteien besteht, bleibt damit eine offene Frage.²²⁷ Im Grundsätze dürfte ein solcher aus dem Anspruch der Parteien auf Teilnahme an Beweiserhebungen fliessen. Er gilt allerdings, und dies ist vorliegend von Bedeutung, nicht unbeschränkt. So sieht Art. 18 Abs. 2 VwVG ausdrücklich eine Einschränkungsmöglichkeit bei Zeugeneinvernahmen vor. Bezüglich dem Ausschluss von der Teilnahme an der Befragung einer „Auskunftsperson“²²⁸ hielt das BGer fest, man könne sich hierfür an den in Art. 18 Abs. 2 VwVG vorgesehenen Gründen orientieren, die Behörde verfüge aber über ein weitergehendes Ermessen als es dort bezüglich Zeugeneinvernahmen vorgesehen sei.²²⁹ Dies muss mutatis mutandis auch vorliegend bezüglich der im Verwaltungsverfahren gesetzlich nicht geregelten Teilnahme an einem Parteiverhör gelten.

87. Als mögliche private Interessen, die den Ausschluss von der Teilnahme an einer Zeugeneinvernahme gemäss Art. 18 Abs. 2 VwVG rechtfertigen, werden in der Lehre insbesondere Geschäftsgeheimnisse genannt, wobei explizit hervorgehoben wird, dass solche gerade in Kartellverwaltungsverfahren regelmässig einer unmittelbaren Teilnahme an der Beweiserhebung entgegenstünden.²³⁰ Dies trifft auch vorliegend zu. Dass in Kartellverwaltungsverfahren an Parteiverhören gemachte Aussagen mitunter auch Geschäftsgeheimnisse enthalten, wird erfahrungsgemäss regelmässig der Fall sein und war auch hier so. Die Durchführung eines Parteiverhört unter Anwesenheit der übrigen Parteien bei gleichzeitiger Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der befragten Partei ist praktisch schwer realisierbar, jedenfalls würden die hierfür notwendigen Massnahmen (beispielsweise kurzzeitiges Verlassen des Saals mit anschliessendem Wiedereintritt) das Aufkommen eines eigentlichen Gesprächs- und in einem gewissen Ausmasse auch eines Vertrauensklimas verhindern und zu einer übermässigen Verlängerung des Verhört führen. Sodann müsste bei Uneinigkeit über den Geschäftsgeheimnischarakter einer bestimmten Aussage dies zunächst zwischen dem Sekretariat und der befragten Partei geklärt werden (was, wie die die Geschäftsgeheimnisbereinigung betreffende Korrespondenz in diesem Dossier belegt, zuweilen ausgesprochen zeitaufwändig ist) und alsdann müsste bei (zumindest teilweiser nachträglicher) Verneinung des Geschäftsgeheimnischarakters in einem zweiten Schritt die Aussage unter erneuter Anwesenheit der übrigen Parteien wiederholt werden, andernfalls diese eben doch nicht unmittelbar bei der Beweisabnahme dabei gewesen wären.

88. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, wie dies auch vorliegend geschehen ist, die übrigen Parteien nicht unmittelbar an den Parteiverhört der anderen Parteien teilnehmen zu lassen. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör bleibt durch die Erstellung der ausführli-

²²⁷ So SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 42 KG N 26.

²²⁸ So die Terminologie des BGer in BGE 130 II 169, E. 2.3.5. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass das BGer damit nicht eine Auskunftsperson im strafprozessualen Sinne meint, sondern einen Auskunftgebenden Dritten, der nicht im Rahmen einer Zeugeneinvernahme befragt wird, sondern bei welchem die Auskunft formlos eingeholt wird.

²²⁹ BGE 130 II 169, E. 2.3.5.

²³⁰ CHRISTOPH AUER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 18 VwVG N 9. Ferner BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 18 VwVG N 51.

chen Protokolle, in welche sie (wie auch hier) Einsicht haben, und durch ihre Möglichkeit, das nachträgliche Stellen von Zusatzfragen zu beantragen, gewahrt.

B.1.3.2 Aufbewahrung der Tonaufnahmen der Parteiverhöre

89. AGH und Ticketcorner beantragten, auf die anlässlich der Parteiverhöre angekündigte Löschung der zur Erstellung der Einvernahmeprotokolle gemachten Tonaufnahmen – zumindest soweit die übrigen Parteien betreffend – zu verzichten²³¹, was seitens des Sekretariats abgelehnt wurde²³². Dazu Folgendes:

90. Von den Parteiverhören wurden ausführliche Protokolle erstellt und seitens der am jeweiligen Parteiverhör Beteiligten unterzeichnet. Diese unterzeichneten Protokolle sind Teil der Akten, und sie dienen als Beweismittel für die Parteiaussagen. Ferner findet sich in den Akten die gesamte Korrespondenz hinsichtlich der inhaltlichen Bereinigung dieser Protokolle.²³³ Die Entstehung und der Werdegang der unterzeichneten Protokolle ist damit für alle Parteien lückenlos nachvollziehbar und wird ihnen gegenüber offen gelegt.

91. Die Tonaufnahmen der Parteiverhöre dienten einzig und allein der Erstellung der vorgenannten Protokolle. Mit der beidseitigen Unterzeichnung eines Protokolls hat die jeweilige Tonaufnahme ihren Zweck erfüllt, da sie ein blosses Hilfsmittel ist. Es handelt sich bei den Tonaufnahmen um interne Akten, denn sie entsprechen der diesbezüglichen Umschreibung des BGer: *„Als solche [interne Akten] gelten Unterlagen, denen für die Behandlung eines Falls kein Beweischarakter zukommt, welche vielmehr ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und somit für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege usw.)“*.²³⁴ Trotz heftiger Kritik in der Lehre²³⁵ besteht nun gemäss ständiger (auch jüngerer²³⁶) bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Einsichtsrecht der Parteien in interne Akten. Können AGH und Ticketcorner in die Tonaufnahmen so oder anders nicht Einsicht nehmen, ist nicht ersichtlich, worin ihr Interesse an einer Nichtlöschung dieser ihnen ohnehin nicht zugänglichen Tonaufnahmen bestehen sollte.

92. Im Übrigen haben AGH und Ticketcorner, obwohl ihnen die angekündigte Löschung der Tonaufnahmen bekannt war, nicht den Erlass einer diesbezüglichen Zwischenverfügung verlangt, um so die Qualifikation der Tonaufnahmen als interne Akten durch die Beschwerdeinstanzen überprüfen lassen zu können. Dies hätte, um niemanden vor vollende Tatsachen zu stellen, nur, aber immerhin, eine vorübergehende Nichtlöschung der Tonaufnahmen bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens gerechtfertigt. Da dies nicht der Fall war, erscheint vorliegend auch insofern ein ankündigungsgemässes Vorgehen, namentlich die Löschung der Tonaufnahmen nach beidseitiger Unterzeichnung der Protokolle, als angebracht. Der WEKO bleibt es dadurch allerdings unbenommen, in anderen Verfahren je nach den Umständen des Einzelfalls eine Löschung von Tonaufnahmen auch erst auf den rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens hin anzukündigen und entsprechend zu diesem Zeitpunkt vorzunehmen.

²³¹ Act. n° 158 und 189.

²³² Act. n° 185 und 190.

²³³ Für Nachweise siehe Fn 38 ff.

²³⁴ Urteil des BGer 1C_388/2009 vom 17.02.2010 E. 5.2.1.

²³⁵ Etwa JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, 875 ff.

²³⁶ Vgl. etwa Urteil des BGer 1C_388/2009 vom 17.02.2010 E. 5.2.1.

B.1.3.3 Noch offene Beweisanträge

93. Ticketportal stellte in ihren Eingaben förmliche Beweisanträge, denen das Sekretariat bis anhin teilweise²³⁷ nicht nachgekommen ist. Es handelt sich hierbei um Folgende:

1. Offen- bzw. Vorlegung des Aktienbuchs der AGH durch diese zwecks Beweis der von Ticketcorner²³⁸ und der von Stadt und Kanton Zürich²³⁹ gehaltenen Beteiligung sowie Auskunftserteilung über die von der öffentlichen Hand gewährten Darlehen.
2. Offen- bzw. Vorlegung sämtlicher seit 1. Januar 2009 mit den Veranstaltern betreffend Benützung bzw. Ticketing im Hallenstadion abgeschlossener Verträge durch AGH resp. Ticketcorner sowie Auskunftserteilung darüber, ob nebst Ticketcorner noch andere Unternehmungen mit dem Ticketvertrieb für im Hallenstadion stattfindende Anlässe beauftragt wurden.²⁴⁰
3. Offen- bzw. Vorlegung sämtlicher allfälliger seit 1. Januar 2009 mit anderen Ticketvertriebsunternehmen abgeschlossener Verträge zur Koordination des Ticketvertriebs von im Hallenstadion stattfindenden Anlässen.²⁴¹
4. Offen- bzw. Vorlegung der mit Ovation Sports AG betr. Victoria Cup 2009 abgeschlossenen Verträge sowie Angabe der in Abhängigkeit mit dem Umfang des Ticketkontingents angebotenen Konditionen durch Ticketcorner.²⁴²
5. Befragung der Ovation Sports AG resp. eines kollektivzeichnungsberechtigten Mitarbeiters derselben.²⁴³
6. Vorlage sämtlicher Verträge der AGH mit den Veranstaltern im Hallenstadion und Überprüfung (insbesondere durch Nachfrage bei den entsprechenden Veranstaltern) der Angaben von AGH und Ticketcorner gemäss act. n° 239 (siehe zu dessen Inhalt Rz 45 ff.).²⁴⁴
7. Untersuchung der Auswirkungen der Verflechtungen zwischen AGH und Good News auf die faktische 100%-Klausel zugunsten von Ticketcorner im Kooperationsvertrag zwischen AGH und Ticketcorner.²⁴⁵

94. Trotz Art. 33 Abs. 1 VwVG kann auf die Abnahme anerbotener oder beantragter Beweismittel verzichtet werden, wenn der Sachverhalt, der damit bewiesen werden soll, unerheblich ist oder bereits feststeht resp. von der Behörde aufgrund eigener Sachkenntnis ausreichend gewürdigt werden kann, sowie ferner, wenn die Beweismittel untauglich zur Erbringung des fraglichen Beweises sind.²⁴⁶ In Anbetracht dessen ist eine Abnahme der vorgeannten Beweismittel nicht angezeigt. Im Einzelnen:

²³⁷ Dem in act. n° 15 Rz 4 genannten Beweisantrag kam das Sekretariat nach.

²³⁸ Act. n° 15 Rz 3.

²³⁹ Act. n° 15 Rz 8.

²⁴⁰ Act. n° 15 Rz 5.

²⁴¹ Act. n° 15 Rz 5.

²⁴² Act. n° 15 Rz 6.

²⁴³ Act. n° 15 Rz 6 sowie act. n° 151 Rz 5.

²⁴⁴ Act. n° 260 Rz 1.

²⁴⁵ Act. n° 260 Rz 2.

²⁴⁶ Siehe STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 84.

95. Zu Ziffer 1: Der von Ticketcorner an AGH gehaltene Aktienanteil steht auch ohne Vorlage des Aktienbuchs bereits fest.²⁴⁷ Eine dahingehende Beweisabnahme erübrigt sich damit. Ob nun die öffentliche Hand an der AGH beteiligt ist oder nicht, das KG findet – wie bereits ausgeführt²⁴⁸ – unterschiedslos Anwendung zur Beurteilung ihres Geschäftsgebarens. Entsprechend ist unerheblich, wie hoch die Beteiligungen von Stadt und Kanton Zürich an der AGH sind, und es ist auf eine diesbezügliche Beweisabnahme zu verzichten; im Übrigen steht die Beteiligungshöhe ohnehin fest²⁴⁹. Die von der öffentlichen Hand gewährten Finanzierungsbeiträge sind, wenn auch allenfalls nicht dem neusten Stand entsprechend, grundsätzlich aus den Abstimmungsunterlagen, auf welche nachfolgend noch einzugehen ist, bekannt.²⁵⁰ Im Übrigen wird an anderer Stelle noch festgehalten, dass diese Finanzierungsbeiträge nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind²⁵¹, weshalb deren Einzelheiten für dieses Verfahren ohne Belang sind und auch deshalb auf eine diesbezügliche Beweisabnahme zu verzichten ist.

96. Zu Ziffer 2 und 3: Die unter Ziffer 2 und 3 aufgeführten Beweisanträge sollen zeigen, ob und in welchem Umfang es seit 1. Januar 2009 zu einem Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen gekommen ist. Aus dieser Erkenntnis wiederum soll geschlossen werden können, ob sich die 50%-AGB-Klausel faktisch wie eine 100%-Klausel auswirkt. Wie an anderer Stelle ausgeführt,²⁵² hat die Würdigung von anderen Beweismitteln gezeigt, dass sich die 50%-AGB-Klausel in den allermeisten Fällen faktisch wie eine 100%-Klausel auswirkt. Steht dies bereits fest, erübrigt sich die Abnahme weiterer diesbezüglicher Beweismittel.

97. Zu Ziffer 4: Die unter Ziffer 4 genannten Beweisanträge sollen zeigen, ob Ticketcorner unterschiedliche Konditionen anbietet, je nach Umfang des ihnen für den Vertrieb überlassenen Ticketkontingents von im Hallenstadion stattfindenden Anlässen. Wie in Rz 57 ausgeführt, kann dies offen bleiben, da bereits unabhängig davon feststeht, dass sich die 50%-AGB-Klausel in den allermeisten Fällen faktisch wie eine 100%-Klausel auswirkt.

98. Zu Ziffer 5: Mit den unter Ziffer 5 genannten Beweisanträgen soll gezeigt werden, aus welchen Gründen sich die Oventions Sport AG hinsichtlich des im Hallenstadion stattgefundenen Victoria Cup 2009 für einen 100%-igen Ticketvertrieb über Ticketcorner entschieden hat. Damit soll belegt werden, dass sich Oventions Sport AG aufgrund der 50%-AGB-Klausel für einen 100%-igen Vertrieb über Ticketcorner entschieden hat. Die aus Sicht von Veranstaltern für und gegen einen Ticketvertrieb über mehrere Ticketvertriebsunternehmen sprechenden Gründe sind bereits aus der Erhebung anderer Beweismittel bekannt, weshalb sich eine Abnahme dieses Beweises, da dadurch kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn zu erwarten und ein solcher im Übrigen auch nicht erforderlich ist, erübrigt.

99. Zu Ziffer 6: Mit den unter Ziffer 6 genannten Beweisanträgen soll überprüft werden, ob AGH und Ticketcorner die fraglichen Vertragsbestimmungen in der Praxis gegenüber den Veranstaltern effektiv so handhabten, wie sie dies gegenüber dem Sekretariat gemeinsam in act. n° 239 (siehe dazu Rz 45 ff.) erklärt haben. In der Tat hat bei den Vertragsparteien der 50%-Vereinbarung, AGH und Ticketcorner, zunächst eine gewisse Unklarheit darüber bestanden, welche Arten bzw. Kategorien von Tickets unter die 50%-Vereinbarung fallen und welche nicht; die darauf bezogenen Ausführungen von AGH und Ticketcorner sind uneinheit-

²⁴⁷ Siehe auch Rz 37.

²⁴⁸ Rz 65.

²⁴⁹ Siehe etwa Beilage 6 zu act. n° 148.

²⁵⁰ Siehe Beilage 6 zu act. n° 148.

²⁵¹ Rz 107.

²⁵² Rz 53 ff.

lich und widersprechen sich teilweise.²⁵³ Die entsprechende Nachfrage des Sekretariats hat diesbezüglich Klarheit geschaffen – mitunter wohl auch zwischen den Vertragsparteien AGH und Ticketcorner selbst. In ihrer gemeinsamen Antwort vom 10. Februar 2011 erklärten AGH und Ticketcorner übereinstimmend und vorherige Widersprüchlichkeiten ausräumend, welche Arten bzw. Kategorien von Tickets nicht von der 50%-Vereinbarung erfasst würden.²⁵⁴ Anhaltspunkte dafür, dass AGH und Ticketcorner diese Vorschriften zu einem Zeitpunkt *nach* dieser Klärung anders ausgelegt und angewandt hätten als sie dies gegenüber dem Sekretariat ausgeführt haben, bestehen nicht. Entsprechend können und sind AGH und Ticketcorner auf dieser gegenüber dem Sekretariat abgegebenen, gemeinsamen Erklärung zu behaften und diese ist nachfolgend zu beurteilen. Ein Interesse an der Feststellung, wie es sich zu einem früheren Zeitpunkt (vor der Klärung) verhalten haben mag, besteht nicht: 1) Für die Beurteilung des jetzigen Zustands ist solches nicht massgeblich. 2) Wie noch zu zeigen sein wird, hat AGH keine marktbeherrschende Stellung inne, und es liegt vom Inhalte her so oder so keine sanktionierbare Abrede vor, weshalb das mit einer Sanktionierung verbundene Interesse an der Feststellung von in der Vergangenheit Liegendem hier nicht besteht. Mangels Relevanz erübrigt sich folglich eine Abnahme diesbezogener Beweise.

100. Zu Ziffer 7: Hiermit wird nicht die Abnahme eines spezifischen Beweises beantragt, sondern generell die Untersuchung, wie sich die Vereinbarung zwischen AGH und Good News auf die fragliche Abmachung zwischen AGH und Ticketcorner auswirkt. Die WEKO ist sich der vertraglichen Beziehung zwischen AGH und Good News durchaus bewusst; so hat sie mitunter auch die Einreichung des entsprechenden Vertrags verlangt.²⁵⁵ Dieser Vereinbarung wird denn auch Rechnung getragen, indem an verschiedenen Stellen in der Verfügung auf dieses Vertragsverhältnis resp. dessen Auswirkungen auf die Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner eingegangen wird.²⁵⁶ In Anbetracht dieser bereits berücksichtigten Auswirkungen sowie dessen, dass die Vereinbarung zwischen AGH und Good News nicht eigentlicher Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, ist auf weitere dahingehende Untersuchungsmassnahmen zu verzichten.

101. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass auf die Abnahme der verschiedenen von ticketportal beantragten Beweismittel verzichtet werden kann, da der damit zu beweisende Sachverhalt entweder unerheblich ist oder aber auch ohne Abnahme dieser Beweismittel bereits feststeht.

B.1.4 Anhörung durch die WEKO

102. Sowohl Starticket als auch ticketportal beantragen in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats eine (mündliche) Anhörung durch die WEKO.²⁵⁷ Betreffend mündlicher Anhörungen durch die WEKO ist zunächst in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, dass sich weder aus dem KG noch aus dem rechtlichen Gehör ein Anspruch der Parteien auf Durchführung mündlicher Anhörungen ergibt.²⁵⁸ Wie bereits der Wortlaut von Art. 30 Abs. 2 KG zeigt, kann die WEKO Anhörungen durchführen, sie muss dies aber nicht tun. Die WEKO befindet in pflichtgemässer Ausübung des ihr zukommenden Ermessens hierüber. Vorliegend verhält es sich so, dass aus Sicht der WEKO weitere Beweisabnahmen und Sachverhaltsab-

²⁵³ Eine Zusammenfassung dieser Ausführungen von AGH und Ticketcorner findet sich in act. n° 232.

²⁵⁴ Siehe act. n° 239.

²⁵⁵ Siehe act. n° 209.

²⁵⁶ So etwa in Rz 38, 59, 187, 196 und 199 Ziffer 2, siehe ferner auch Rz 183.

²⁵⁷ Siehe act. n° 259, Seite 21; act. n° 260, Seite 7.

²⁵⁸ Dazu, dass das rechtliche Gehör keinen Anspruch auf mündliche Anhörung begründet, etwa BGE 134 I 140 E. 5.3 m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Spezifisch auf das Kartellrecht bezogen statt anderer BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 47 f. m.w.H. auf Rechtsprechung und Literatur.

klärungen oder -erhellungen nicht erforderlich sind; der rechtserhebliche Sachverhalt ist genügend erstellt. Die Durchführung einer Anhörung aus Gründen der Sachverhaltsermittlung ist hier folgedessen nicht angezeigt. Zu berücksichtigen ist sodann, dass es sich bei den Parteien, welche um eine Anhörung ersuchen, um formelle Verfügungsadressatinnen handelt. Ihnen werden mit dieser Verfügung – ungeachtet des Ausgangs der Untersuchung – keine Pflichten auferlegt. Auch wenn sie von der Verfügung mehr als jedermann betroffen sind, ist die Eingriffsintensität (sei es durch Regelung oder Nichtregelung) einer Verfügung gegenüber formellen Verfügungsadressaten regelmässig geringer als gegenüber materiellen Verfügungsadressaten, die beispielsweise sanktioniert werden. Der Antrag des Sekretariats lautete nicht im Sinne der formellen Verfügungsadressatinnen, weshalb sich das Dispositiv der Verfügung der WEKO aus deren Blickwinkel im Vergleich zum Antrag nur in eine positive Richtung verändern kann. Zum Antrag konnten sie sich schriftlich äussern und ihre Gesichtspunkte und Gegenargumente darstellen. Die WEKO verzichtet in vorliegender Untersuchung folgedessen auf die Durchführung mündlicher Anhörungen.

B.1.5 Vorbehaltene Vorschriften

103. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere bei Vorschriften der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a), und bei solchen, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Ebenfalls nicht unter das Kartellgesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). Art. 3 KG regelt damit – wie bereits die Marginalie dieser Bestimmung sagt – das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Hervorzuheben ist hierbei, dass nicht etwa jede staatliche Intervention zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf dem entsprechenden Markt führt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.²⁵⁹

104. AGH betont nun, dass das Engagement der Stadt Zürich bei der Sanierung und Erneuerung des Hallenstadions eine Volksabstimmung vorausgesetzt habe.²⁶⁰ In den entsprechenden Abstimmungsunterlagen²⁶¹ sei auf den Businessplan von AGH Bezug genommen worden, der u.a. das Weiterführen der bisherigen und das Eingehen neuer strategischer Partnerschaften vorsehe. Somit beruhe das derzeitige Betriebsmodell des Hallenstadions, welches mitunter auch den vorliegend betrachteten Bereich des Ticketing umfasse, auf Vorgaben des Gesetzgebers und entspreche dessen öffentlichem und politischem Willen. Indem AGH ausführt, ihr Verhalten sei durch die Volksabstimmung legitimiert, macht sie, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch immerhin sinngemäss geltend, es bestünden vorliegend Vorschriften, welche Wettbewerb – jedenfalls soweit die AGH ihren seinerzeitigen Businessplan, auf welchen in den Abstimmungslagen Bezug genommen worden sei, befolge – nicht zuliesen.

105. An der Abstimmung vom 18. Mai 2003 hatten die Stimmbürger der Stadt Zürich über die „Sanierung und Erneuerung des Hallenstadions mit Landkauf von 31'448'000 Franken, Baurechtsgewährung, Darlehen von maximal 20'000'000 Franken und Beteiligung an der Aktienkapitalerhöhung“ zu befinden.²⁶² Mit diesem „Gesamtpaket von verschiedenen Finanzie-

²⁵⁹ Statt anderer RPW 2006/4, 632 Rz 36, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking* m.w.H. in Fn 23.

²⁶⁰ Siehe hierzu sowie zum Nachgehenden Seite 2 ff. von act. n° 102 und Rz 20 ff. von act. n° 148.

²⁶¹ Beilage 6 zu act. n° 148.

²⁶² Siehe dazu und zum Nachfolgenden Beilage 6 zu act. n° 148.

rungsbeiträgen²⁶³ wollte sich die Stadt Zürich an den Kosten der von Mitte 2004 bis Mitte 2005 geplanten Erneuerung des Hallenstadions beteiligen.

106. Bereits aus prinzipieller Sicht erscheint ausgesprochen fraglich, ob es sich bei diesem einer Gemeindeabstimmung der Stadt Zürich unterstellten Finanzbeschluss um eine Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 KG handeln kann. Denn dieser Finanzbeschluss ist individuell-konkret, mit ihm wird nicht eine generell-abstrakte Norm geschaffen. Gemäss der in der Literatur vertretenen Mehrheitsmeinung werden jedoch grundsätzlich nur generell-abstrakte Normen vom Begriff der Rechtsvorschrift i.S.d. Art. 3 KG erfasst.²⁶⁴ Auf den ersten Blick anders scheint dies das Bundesgericht zu beurteilen, spricht es doch einem (individuell-konkreten) Verwaltungsakt, insbesondere einer Konzession, die Möglichkeit nicht generell ab, unter Art. 3 KG zu fallen. Allerdings präzisiert das BGer sogleich, ein solcher Verwaltungsakt müsse sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen und nur wenn diese einen Wettbewerbsausschluss verlange oder erlaube könne der sie konkretisierende (individuell-konkrete) Verwaltungsakt eine Rechtsvorschrift i.S.v. Art. 3 KG darstellen.²⁶⁵ Damit aber bleibt letztlich eine generell-abstrakte Norm, und sei es auch bloss als Grundlage des sie konkretisierenden Verwaltungsakts, erforderlich, um Art. 3 KG Genüge zu tun.²⁶⁶ Dass eine solch generell-abstrakte Norm bestehen würde, ist vorliegend aber weder ersichtlich noch wird dies geltend gemacht.

107. Doch selbst wenn man einen Finanzbeschluss als potentiell unter Art. 3 KG fallende Rechtsvorschrift verstehen möchte, handelte es sich hierbei vorliegend nicht um eine solche, welche den Wettbewerb ausschliessen würde. Denn entsprechend den Anträgen in den Abstimmungsvorlagen²⁶⁷ haben die Stimmbürger der Stadt Zürich einzig und allein über ein Gesamtpaket von Finanzierungsbeiträgen abgestimmt. Die wettbewerbsbezogene (oder – je nach Sichtweise – durch staatliches Eingreifen wettbewerbsverzerrende) Wirkung des Beschlusses beschränkt sich darauf, der AGH in unterschiedlichen Formen diverse Finanzierungsbeiträge zukommen zu lassen. Diese sind allerdings nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, weshalb offen bleiben kann, ob in Anbetracht von Art. 3 KG eine diesbezügliche kartellrechtliche Überprüfung angängig wäre; im Übrigen abgesehen davon, dass zumindest bei einer summarischen Betrachtung nicht offenkundig ist, worin insofern der Verstoss gegen kartellrechtliche Vorschriften bestehen könnte. Wie dem auch sei, fest steht jedenfalls, dass es sich bei diesem Finanzbeschluss nicht um einen Beschluss handelt, mit welchem Wettbewerb im hier interessierenden Bereich ausgeschlossen wurde. Die der Volksabstimmung unterbreiteten Anträge sind klar und deutlich – eine staatliche Markt- oder Preisordnung ist darin ebensowenig vorgesehen wie die Ausstattung der AGH mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Dass in den Abstimmungsunterlagen auf den Businessplan der AGH, der u.a. das Weiterführen der bisherigen und das Eingehen neuer strategischen Partnerschaften vorsieht, Bezug genommen wird, ändert nichts an diesem Befund. Denn erstens sind die Abstimmungsunterlagen keine Rechtsvorschriften, sondern nur, aber immerhin, Materialien dazu, und zweitens sehen auch diese keinen Ausschluss von Wettbewerb vor. Ob sich eine derartig in die Wirtschaftsfreiheit eingreifende kommunale Vorschrift, wie sie die AGH zu erkennen meint (welche aber hier, wie gesehen,

²⁶³ So die Formulierung auf Seite 1 der Abstimmungsunterlagen (Beilage 6 zu act. n° 148).

²⁶⁴ Statt anderer PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 KG N 10; ferner ausführlich RPW 2006/4, 633 Rz 42, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking* m.w.H. in Fn 30.

²⁶⁵ BGE 129 II 497, 526 ff. E. 5.4.7 (=RPW 2003/4, 950 f. E. 5.4.7), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, WEKO, REKO/WEF*.

²⁶⁶ Im Ergebnis ebenso MÜNCH (Fn 264), Art. 3 Abs. 1 KG N 10.

²⁶⁷ Siehe Beilage 6 zu act. n° 148.

gar nicht erst besteht), überhaupt mit der Bundesverfassung vereinbaren liesse, braucht daher nicht überprüft zu werden²⁶⁸.

108. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es folglich keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

B.2 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

109. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

B.2.1 Marktbeherrschende Stellung

110. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten 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 (Art. 4 Abs. 2 KG).

111. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.²⁶⁹ Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern.²⁷⁰ Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische“ Marktbeherrschung vorliegt.

B.2.1.1 Marktbeherrschung

112. Die AGH wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.2.1.1.1 Der relevante Markt

113. Einleitend ist anzumerken, dass die aus Deutschland stammenden Zivilgerichtsurteile, welche ebenfalls die Abgrenzung des relevanten Marktes bei der Vermietung von Lokalitäten für die dortige Durchführung von Anlässen beschlagen und auf welche CTS Schweiz einerseits²⁷¹ und AGH andererseits²⁷² hinweisen, für die hier nachfolgend vorzunehmende Abgrenzung keinen grossen Erkenntnisgewinn bringen. Dies zum einen aus allgemeinen Gründen wie etwa der Tatsache, dass bei der Marktabgrenzung auf die konkreten (von Land zu Land oder auch schon nur von Region zu Region womöglich unterschiedlichen) Verhältnisse abzustellen ist und damit nicht unbesehen Erkenntnisse aus anderen Ländern, die gestützt auf die dortigen Verhältnisse gewonnen wurden, übernommen werden können. Zum anderen aber auch aus spezifischen Gründen, namentlich Folgenden:

²⁶⁸ Siehe dazu jüngst das Urteil des BGer 2C.940/2010 vom 17.05.2011, E. 3.

²⁶⁹ Botschaft zum KG 2003, BBl 2002 2045.

²⁷⁰ Vgl. RPW 2005/1, 161 Rz 93, *Coopforte*.

²⁷¹ Siehe Beilagen 11 ff. zu act. n° 1.

²⁷² Siehe Beilage 11 zu act. n° 148.

- 1) Im Urteil des OLG Düsseldorf U (Kart) 11/96 vom 4. April 1997 wird die Substituierbarkeit ganz spezifisch aus Sicht der Klägerin geprüft, nicht aus Sicht der Marktgegenseite insgesamt.²⁷³ Eine derart individualbezogene Betrachtungsweise mag in Kartellzivilverfahren in Deutschland angängig sein,²⁷⁴ in Kartellverwaltungsverfahren in der Schweiz stünde solches aber im Widerspruch zu den kartellrechtlichen Normen.²⁷⁵
- 2) Genau dasselbe gilt für das Urteil des LG Dortmund 13 O 181/94 vom 12. Januar 1995, in welchem das Gericht wörtlich ausführt: „(...) für die Abgrenzung des relevanten Marktes [ist] der Bedarf der Klägerin massgebend“.²⁷⁶
- 3) Gleiches gilt ferner für das Urteil des KG [Berlin] Kart U 5123/93 vom 26. Januar 1994, in welchem das Gericht festhält: „Für die Abgrenzung des hier relevanten Marktes ist vom Bedarf der Klägerin auszugehen“.²⁷⁷
- 4) Beim Urteil des LG München I 7 O 17349/93 vom 28. September 1993 handelt es sich um ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung²⁷⁸, womit regelmässig eine Reduktion des Beweismasses einhergeht. Ohne ersichtliche Sachverhaltsabklärungen hält das Gericht denn auch pauschal fest, „(...) der sachlich relevante Markt [bestehe] in der Abhaltung klassischer Konzerte (...)“²⁷⁹, woraufhin sogleich zur Beurteilung der Marktstellung geschritten wird. Ferner wird auch in diesem Urteil ganz spezifisch auf die konkreten Bedürfnisse der Verfügungsklägerin – und zwar erst noch einzig in Bezug auf einen einzelnen, von dieser zu Sylvester veranstalteten Anlass – abgestellt.²⁸⁰

B.2.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

114. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU²⁸¹, der hier analog anzuwenden ist).

²⁷³ Siehe Ziffer 1 des Urteils (Beilage 11 zu act. n° 1).

²⁷⁴ Bloss ergänzend sei darauf hingewiesen, dass im Übrigen in diesem Urteil eine vom Mieter der Lokalität abverlangte Überlassung eines Kontingents von 30% der Tickets an den Vermieter der Lokalität für dessen Vertrieb als durch sachliche Gründe, namentlich der (Mit)Finanzierung der vom Vermieter der Lokalität dort betriebenen (Vor)Verkaufsstelle, gerechtfertigt erachtet wurde (Siehe Ziffer 2.1.2 des Urteils).

²⁷⁵ Siehe nachfolgend Rz 114 f.

²⁷⁶ Siehe E. I Rz 23 des Urteils (Beilage 12 zu act. n° 1).

²⁷⁷ Siehe S. 13 des Urteils (Beilage 13 zu act. n° 1).

²⁷⁸ Siehe Ziffer 1 des Dispositivs des Urteils (Beilage 11 zu act. n° 148).

²⁷⁹ Siehe E. I auf S. 17 des Urteils (Beilage 11 zu act. n° 148).

²⁸⁰ Siehe exemplarisch nur etwa E. I auf S. 18 des Urteils (Beilage 11 zu act. n° 148), wo untersucht wird, ob dieser eine konkrete Anlass einen „speziell bayrische[n] Touch“ habe und deshalb in anderen Städten womöglich deplatziert erscheine, und S. 22, wo erwogen wird, dass ein Heimflug des auftretenden Künstlers an seinen Wohnsitz bis zu einer bestimmten Uhrzeit auch von einem anderen Veranstaltungsort aus möglich gewesen wäre, weshalb dieser spezifische Wunsch des Künstlers nicht geeignet sei, den räumlich relevanten Markt auf den „Veranstaltungsort München“ einzuschränken. Dass solches vom Gericht überhaupt erwogen wird, führt im Übrigen die mit einem Abstellen auf einen einzelnen Veranstalter oder gar noch enger auf einen einzelnen Anlass – anstatt auf die Marktgegenseite gesamthaft – verbundene Fragwürdigkeit eindrucklich vor Augen.

²⁸¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

115. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand ist zu fragen, welche Leistungen als Substitut im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU zu der von AGH angebotenen Leistung²⁸², dem Hallenstadion, in Frage kommen.²⁸³ Die Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt dabei aus der Optik der Marktgegenseite, in vorliegendem Fall der Veranstalter von Anlässen, welche von AGH die Bereitstellung einer Lokalität für die Durchführung eines bestimmten Anlasses nachfragen. In Anbetracht der Multifunktionalität des Hallenstadions ist die Bandbreite der dort durchführbaren Anlässe sehr gross und reicht von Konzerten über Sportveranstaltungen bis hin zu Geschäftsanlässen. Damit geht hier eine entsprechend breit gefächerte Marktgegenseite einher.

116. Generell ist zu berücksichtigen, dass Veranstalter sehr verschiedene Arten von Anlässen organisieren. Dabei kann festgestellt werden, dass sich die Veranstalter jeweils auf eine bestimmte Art von Anlässen spezialisiert haben. So gibt es Veranstalter, welche hauptsächlich Rock- und Popkonzerte²⁸⁴ organisieren, während andere Veranstalter mehrheitlich im Comedybereich²⁸⁵ bzw. im Musicalbereich²⁸⁶ tätig sind. Damit unterscheiden sich auch die Bedürfnisse der einzelnen Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität. Ob dem sachgerechterweise durch eine Unterteilung in einzelne Arten von Anlässen Rechnung zu tragen wäre oder nicht, kann hier offen bleiben, da das Ergebnis vorliegend so oder so dasselbe ist.²⁸⁷

117. In mancherlei anderer Hinsicht, also bezüglich anderer Punkte als der Art des Anlasses, erfolgt seitens der Veranstalter keine Spezialisierung. Eine diesbezüglich abschliessende Aufzählung ist nicht möglich. Hervorzuheben ist nur, aber immerhin, dass die Untersuchung gezeigt hat, dass sich Veranstalter namentlich *nicht* auf die Durchführung von Anlässen nur einer bestimmten Grösse/Besucherzahl spezialisieren.²⁸⁸ Entsprechend korreliert die Grösse eines Veranstalters auch nicht mit der Grösse/Besucherzahl der einzelnen von ihm durchgeführten Anlässen: Eher „kleinere“ Veranstalter führen sowohl „kleine“ als auch „grosse“ Anlässe durch²⁸⁹ ebenso wie eher „grössere“ Veranstalter „kleine“ wie auch „grosse“ Anlässe durchführen²⁹⁰. All diese Veranstalter sind vorliegend Marktgegenseite; eine besondere Kategorie „Grossanlassveranstalter“ als Marktgegenseite ist nicht auszumachen, eine dahingehende Einschränkung also nicht angebracht.

²⁸² Zu Unrecht stellt AGH in ihrer Eingabe vom 30.5.2009 (act. n° 12 Rz 55 ff., insbesondere 60 und 75; bereinigte Version act. n° 148) bei der Bestimmung des relevanten Marktes auf die Tätigkeit der Anzeigerin ab.

²⁸³ Zu dieser Bezugnahme auf das/die konkret angebotene Produkt/Dienstleistung siehe auch RPW 2010/1, 123 Rz 43, *Preispolitik Swisscom ADSL*. In dem Sinn ferner auch Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 684 E. 5.2.1, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

²⁸⁴ So der eine Zeuge, Protokoll act. n° 209 S. 2.

²⁸⁵ So ein anderer Zeuge, Protokoll act. n° 214 S. 2.

²⁸⁶ So der dritte befragte Zeuge, Protokoll act. n° 180 S. 2.

²⁸⁷ Siehe Rz 138 f.

²⁸⁸ Siehe insbesondere die Antworten auf Frage 9.b des Fragebogens an die Veranstalter. Vgl. ferner auch die Antworten auf Frage 9.c bezüglich der mindestens zu erwartenden Besucherzahl für die Annahme eines Auftrags, namentlich act. n° 38 (ab 1'000 Personen), act. n° 50 (kein fixes Minimum), act. n° 57 (mit wenigen Ausnahmen ab 900 Personen), act. n° 66 (zwischen 300–70'000 Personen), act. n° 67 (ab 300 Personen), act. n° 98 (an sich kein fixes Minimum, unter 500 Personen dürfte es sich aber selten rechnen), act. n° 108 (ab 300 Personen) und act. n° 118 (kein fixes Minimum).

²⁸⁹ Exemplarisch sei die ausserhaus GmbH genannt.

²⁹⁰ Exemplarisch sei Good News Productions AG genannt.

118. Um die Wahl der Lokalität zu treffen, wird der Veranstalter verschiedene Kriterien berücksichtigen, unter anderem das Fassungsvermögen, die Mietkosten, die Lage und die technische Ausstattung der Lokalität sowie deren Ambiente und Verfügbarkeit.²⁹¹ Weiter spielen auch der Wunsch und insbesondere der Tourneepfad des jeweiligen Künstlers eine Rolle.²⁹² Entscheidend für die Wahl der Lokalität ist in jedem Fall das Gesamtpaket, welches eine Lokalität dem Veranstalter anbietet. Je nach seinen individuellen Präferenzen und vor allem in Abhängigkeit von den Bedürfnissen des konkret betroffenen Anlasses²⁹³ wird der Veranstalter festlegen, welche Kriterien er wie stark gewichtet und sich für ein Angebot entscheiden.²⁹⁴

119. Die Grösse des Anlasses – gemessen an der erwarteten Besucherzahl – ist ein wichtiges, allerdings nicht alleine entscheidendes Kriterium für die Wahl der Lokalität. So gibt es Künstler, die lieber in kleineren Hallen spielen wollen, dafür aber höhere Eintrittspreise verlangen können.²⁹⁵ Das Hallenstadion verfügt über eine Maximalkapazität von 13'000 Plätzen.²⁹⁶ Allerdings ist das Hallenstadion nur bei [5–30] von etwa [120–150] Anlässen pro Jahr ausverkauft.²⁹⁷ Die durchschnittliche Besucherzahl von Anlässen im Hallenstadion beträgt knapp 7'000 Personen.²⁹⁸ Dies bedeutet, dass im Hallenstadion Anlässe mit einer relativ breiten Streuung in Bezug auf die Zuschauerzahlen stattfinden und das Platzangebot des Hallenstadions keineswegs immer ausgereizt wird. Die AGH selbst nimmt keine Kategorisierung der Anlässe in Abhängigkeit der Anzahl Zuschauer vor.²⁹⁹ Seitens der Veranstalter ist es so, dass die Bestimmung des Besucherpotentials eines Anlasses mit nicht unerheblichen Unsicherheiten und entsprechenden Risiken verbunden ist,³⁰⁰ wobei als grobe Faustregel davon ausgegangen werden kann, dass Veranstalter (je nach Anlass und Kostenstruktur) in der Regel rechnerisch von einer Mindestauslastung resp. einem Break-even bei einer Auslastung von ca. 50–80% ausgehen.³⁰¹

120. Anlässe mit 13'000 oder mehr Plätzen können in der Schweiz nur in grossen Hallen wie dem Hallenstadion oder der Postfinance Arena in Bern³⁰², in offenen Stadien oder offenen Veranstaltungsplätzen (wie beispielsweise auf einer grossen Wiese oder einem Flug-

²⁹¹ Siehe die Aussagen der Zeugen, Protokoll act. n° 180 S. 2 f.; act. n° 209 S. 2 und 7. Weiter die Antworten der Veranstalter auf Frage 11.a, act. n° 50 (OPUS ONE SA); act. n° 66 (Good News Productions AG); act. n° 67 (Appalooza productions GmbH); act. n° 92 (Cinerent OpenAir AG); act. n° 108 (Rent-a-Show AG); act. n° 118 (4 Music Entertainment AG).

²⁹² So die Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7.

²⁹³ Vgl. etwa die Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 214 S. 3.

²⁹⁴ Exemplarisch, bezogen auf einen konkreten Fall, das Protokoll der Zeugenaussage in act. n° 214 S. 4.

²⁹⁵ Gemäss (plausibler) Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7.

²⁹⁶ Vgl. <www.hallenstadion.ch/sites/business_hasta/kurzinformationen.html> (05.12.2011).

²⁹⁷ So AGH anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 219 S. 16.

²⁹⁸ Act. n° 12 S. 20.

²⁹⁹ Gemäss die Aussage von AGH, Protokoll act. n° 219 S. 16.

³⁰⁰ Vgl. nur etwa die Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 180 S. 3.

³⁰¹ Siehe die entsprechenden Zeugenaussagen, Protokoll act. n° 214 S. 5 (Faustregel Break-even bei 60–70% Auslastung), Protokoll act. n° 209 S. 4 (Mindestauslastung von 70%, zuweilen auch 75%), Protokoll act. n° 180 S. 4 (Auslastung im Bereich Musical von 50–65%). Act entertainment ag gibt an, bei den meisten sehr grossen Anlässen läge der Break-even erst bei einer Auslastung von 80% (siehe act. n° 57 S. 5). Im Gegensatz dazu steht die Aussage eines Ticketvertriebsunternehmens, wonach bereits ab einem Besucherpotential von 5'000 Personen das Hallenstadion die einzige Alternative sei (siehe das Protokoll act. n° 184 S. 13).

³⁰² Max. Kapazität: 17'131 Besucher, vgl. <www.postfinancearena.ch/index.php?page=112> (05.12.2011).

platz³⁰³) durchgeführt werden. Anlässe mit 7'000 Personen, d.h. der durchschnittlichen Besucherzahl von Anlässen im Hallenstadion, können – was die Kapazität betrifft – in der Schweiz nebst dem Hallenstadion insbesondere in folgenden gedeckten Lokalitäten durchgeführt werden: Post Finance Arena und Festhalle in Bern, St. Jakobshalle in Basel³⁰⁴ und Arena in Genf³⁰⁵.

121. Bezüglich der Durchführung eines Anlasses in einer offenen Lokalität spielt die Jahreszeit eine entscheidende Rolle. Für Anlässe in den Wintermonaten dürften offene Lokalitäten kaum in Frage kommen. Während der wärmeren Monate bilden Stadien wie das Stade de Suisse in Bern³⁰⁶, das Stadion Letzigrund in Zürich³⁰⁷ oder der St. Jakobpark in Basel³⁰⁸ hingegen eine Alternative zum Hallenstadion. Ausserdem finden in den Sommermonaten verschiedene Open Airs³⁰⁹ statt, wo Künstler auftreten, die sonst auch in geschlossenen Lokalitäten spielen. Dass offene Lokalitäten in den Sommermonaten Substitute für das Hallenstadion darstellen, zeigt sich auch daran, dass das Hallenstadion im Winter häufig einen Veranstalter abweisen muss, weil es am für den Anlass vorgesehenen Datum bereits besetzt ist. In den Sommermonaten hingegen ist dies aufgrund der Möglichkeit, in offenen Stadien Anlässe durchzuführen, weniger häufig der Fall.³¹⁰ Eine von der Jahreszeit abhängige Marktabgrenzung ist allerdings nicht angezeigt, da die vorliegend relevanten Veranstalter während des gesamten Jahres tätig sind und eine gezielte Spezialisierung seitens der Veranstalter auf die Durchführung von entweder ausschliesslich Indoor- oder ausschliesslich Outdooranlässen nicht ersichtlich ist³¹¹. Im Übrigen können Veranstalter unter Berücksichtigung der – allerdings zuweilen erheblich einschränkenden – Pläne ihrer Geschäftspartner, den Künstlern, wählen, welche Anlässe zu welchem Zeitpunkt stattfinden sollen. Anlässe, die besonders viele Zuschauer anziehen, wird der Veranstalter vorzugsweise dann stattfinden lassen, wenn neben den gedeckten Lokalitäten auch offene Lokalitäten in Frage kommen, welche ein noch grösseres Fassungsvermögen aufweisen. Dies dürfte vor allem für Anlässe mit einem Besucherpotential über 20'000 Zuschauer der Fall sein.³¹² Dass Open-Air-Lokalitäten im Sommer als Alternativen zur Verfügung stehen, im Winter hingegen nicht, wirkt sich nur, aber immerhin, auf die Beurteilung der Marktposition aus. Dort ist zu berücksichtigen, dass Open-Air-Anlässe nur während einer bestimmten Jahreszeit durchgeführt werden können und daher die dafür benötigten offenen Lokalitäten – anders als alternative gedeckte Lokalitäten – auch nur, aber immerhin, während dieser Zeit einen Wettbewerbsdruck ausüben können.

³⁰³ Etwa auf dem Flugplatz Dübendorf, welcher 70'000 Besucher aufnehmen kann. Vgl. Act. n°66, Beilage 3.

³⁰⁴ Max. Kapazität: 9'000 Besucher, vgl. <www.stjakobshalle.ch/Grosse-Halle-141?newsid=7> (05.12.2011).

³⁰⁵ Max. Kapazität: 9'500 Besucher, vgl. <www.geneva-arena.ch/techniques.php> (05.12.2011).

³⁰⁶ Max. Kapazität: 40'000 Besucher, vgl. <www.stadedesuisse.ch/cgi-bin/dynamisch/file/PDF/Factsheet_EuK_openair_facility_eng.pdf> (05.12.2011).

³⁰⁷ Max. Kapazität für Openair-Konzerte: 50'000 Besucher, vgl. <www.stadionletzigrund.ch/stadionletzigrund/> (05.12.2011).

³⁰⁸ Max. Kapazität für Openair-Konzerte: 45'000 Besucher, vgl. <www.sport-bs.ch/fileadmin/sportamt/NoSports/Sportamtbasel/Publikationen/Basel_ist_Sport_Anlagen.pdf> (05.12.2011).

³⁰⁹ Zu nennen sind beispielsweise das Gurtenfestival, das Open Air St. Gallen, das Open Air Frauenfeld oder das Paléo Festival Nyon.

³¹⁰ So die Aussage von AGH, Protokoll act. n° 219 S. 19.

³¹¹ Zur Untermauerung dieser Feststellung sei beispielhaft auf das Tätigkeitsfeld von Appalooza productions GmbH hingewiesen, welches vom Betrieb eines Konzertlokals über die Organisation des Gurtenfestivals Bern und Konzerten an diversen In- und Outdoorlokalitäten bis zur Durchführung von Special Events im Auftrag von Kunden, etwa Public Viewing-Events, reicht (act. n° 67, S. 2).

³¹² Gemäss Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 180 S. 4.

122. Hinsichtlich der Austauschbarkeit von Lokalitäten gilt es weiter zu berücksichtigen, dass ein Veranstalter bei gewissen Veranstaltungen die Möglichkeit hat, diese auf mehrere Vorstellungen aufzuteilen, um diese in einer kleineren Lokalität stattfinden zu lassen. Dies dürfte vor allem bei Musicals der Fall sein, für welche von den darauf spezialisierten Veranstaltern eine grosse Halle als weniger geeignet angesehen wird.³¹³ Eine solche Veranstaltung wird dann typischerweise während mehrerer Wochen mit mehreren Aufführungen pro Woche gespielt, so dass nach einer gewissen Laufzeit eine höhere Anzahl von Zuschauern erreicht werden kann, als wenn die Veranstaltung nur einmal, aber dafür in einer grösseren Lokalität stattgefunden hätte.³¹⁴

123. Vor diesem Hintergrund kommen als Substitute für das Hallenstadion auch Lokalitäten mit einer kleineren Zuschauerkapazität wie z.B. der Kursaal in Bern³¹⁵, das KKL in Luzern³¹⁶ oder das Volkshaus in Zürich³¹⁷ in Frage. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass für die Veranstalter aus rein kommerzieller Sicht, d.h. unter Berücksichtigung von Aufwand, Ertrag und Risiko, kleine Anlässe gewinnbringender sein können als die grossen Anlässe.³¹⁸

124. Im Hallenstadion finden sehr verschiedene Arten von Anlässen statt. Neben Konzerten zählen dazu beispielsweise Generalversammlungen und Eishockeyspiele. Entsprechend umfasst die Marktgegenseite nicht nur Veranstalter von Konzerten und anderen Unterhaltungsanlässen, sondern auch Sportvereine, Grossunternehmen oder Messeveranstalter. Da sowohl das Hallenstadion als auch die St. Jakobshalle in Basel als Mehrzweckhallen ausgestattet sind, kann in diesen Hallen eine breite Palette von Anlässen durchgeführt werden. Auch in den Stadien können sehr verschiedene Arten von Anlässen stattfinden, weshalb diese für die hier betrachteten Veranstalter ebenfalls Substitute bilden.

125. Zusammenfassend kann ein Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen abgegrenzt werden, welcher neben dem Hallenstadion (möglicherweise je nach Art der Anlässe jeweils unterschiedliche)³¹⁹ andere Hallen, aber auch offene Stadien und Veranstaltungsplätze einschliesst.

B.2.1.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

126. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

127. Ein weiteres wichtiges Kriterium für die Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität für einen bestimmten Anlass bildet die geografische Lage der Lokalität. Dabei ist der Anreiseweg massgebend, welchen die Veranstaltungsbesucher in Kauf zu nehmen bereit

³¹³ So ein Zeuge, siehe das Protokoll act. n° 180 S. 5 f.

³¹⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang das Musical „Ewigi Liebi“, welches in der Maag MusicHall in Zürich während drei Spielsaisons insgesamt 450'000 Besucher angezogen hat und danach in Bern in einer eigens dafür errichteten Theaterhalle mit Platz für 950 Personen auf dem WankdorfCity-Areal gespielt wurde. Vgl. <www.ewigiliebi.ch/dynamic/uploads/deepnews_doc_1299146290_1.pdf> (05.12.2011).

³¹⁵ Kapazität 1'400 Personen, vgl. <www.kursaal-bern.ch/files/webcontent/kongresse/Factsheet%20neue%20Arena.pdf> (05.12.2011).

³¹⁶ Kapazität: 1'300 Sitzplätze, vgl. <www.kkl-luzern.ch/navigation/top_nav_items/convention/Raume/Konzertsaal/default.htm> (05.12.2011).

³¹⁷ Max. Kapazität: 1'597 Personen, vgl. <www.volkshaus.ch/mieten/theatersaal.html> (05.12.2011).

³¹⁸ Siehe die Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 6. In dem Sinne auch die Aussage von AGH anlässlich des Parteiverhörs, siehe Protokoll act. n° 219 S. 21.

³¹⁹ Siehe dazu, dass die Notwendigkeit einer dahingehenden Abgrenzung offen bleiben kann, Rz 116.

sind. Generell kann gesagt werden, dass der Anreiseweg um so weniger ins Gewicht fällt, je begehrt der entsprechende Anlass beim Publikum ist.³²⁰ So dürfte für spezielle Anlässe mit besonders attraktiven Künstlern, die selten und jeweils nur an einem Veranstaltungsort in der Schweiz auftreten, der Anreiseweg eine untergeordnete Rolle spielen. Für diese speziellen Anlässe dürfte das Einzugsgebiet die ganze Schweiz, ja sogar grenznahe Gebiete im Ausland umfassen.³²¹ Bei der grossen Mehrheit der Anlässe ist das Einzugsgebiet allerdings enger und daher unter Berücksichtigung der nachfolgenden Ausführungen insgesamt eine regionale Abgrenzung sinnvoll.

128. Bezüglich der regionalen Abgrenzung stehen die Sprachregionen, d.h. Deutschschweiz, Westschweiz und Tessin, im Vordergrund. Bei der Wahl des geeigneten Veranstaltungsorts spielt die Sprache des Anlasses und der Bekanntheitsgrad des Künstlers oftmals eine wichtige Rolle. Sprach- und kulturbedingte Unterschiede führen dazu, dass bestimmte Künstler nur in der Deutschschweiz, andere nur in der Westschweiz auftreten.³²² Die Veranstalter gehen deshalb bei ihrer Geschäftstätigkeit grundsätzlich von einer Unterteilung der Schweiz in Sprachregionen, also Deutschschweiz, Westschweiz und Tessin, aus.³²³ Teilweise wird innerhalb dieser Sprachregionen eine weitere Unterteilung vorgenommen, im Fall der Deutschschweiz etwa in Mittelland, Ostschweiz, Zentralschweiz und Graubünden oder im Fall der Westschweiz in Genfersee-Region und Wallis.³²⁴ Diese weiteren Unterteilungen sind jedoch von Veranstalter zu Veranstalter unterschiedlich, während die Unterteilung in Sprachregionen von den meisten Veranstaltern einheitlich vorgenommen wird.

129. Aufgrund des in der Schweiz gut ausgebauten Verkehrsnetzes ist gerade das jüngere Publikum recht mobil, so dass ein bestimmtes Konzert, welches als Einzugsgebiet Personen aus der Deutschschweiz anziehen soll, in Basel, Bern oder Zürich durchgeführt werden kann.³²⁵ Zwischen diesen Städten liegt der Anfahrtsweg bei ungefähr einer Stunde, was gemäss Veranstaltern von den Zuschauern in Kauf genommen wird.³²⁶ In Distanzen ausgedrückt wird davon ausgegangen, dass in der Schweiz die Zuschauer für einen beliebten Anlass einen Anreiseweg von bis zu 200 km in Kauf nehmen.³²⁷

130. Zusammenfassend ist deshalb vorliegend der räumlich relevante Markt bei einer Gesamtbetrachtung nach Sprachregionen, d.h. Deutschschweiz, Westschweiz und Tessin, abzugrenzen.

³²⁰ Vgl. hierzu die Antworten der Veranstalter auf die Fragen 11.b. und 11.c., etwa act. n° 66 (Good News Productions AG); act. n° 92 (Cinerent OpenAir AG); act. n° 108 (Rent-a-Show AG); act. n° 118 (4 Music Entertainment AG).

³²¹ Gemäss AGH anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 219 S. 2. Dahingehend auch Aussagen von Zeugen, vgl. das Protokoll in act. n° 214 S. 6.

³²² Beispielsweise kommt für ein Konzert mit Johnny Hallyday v.a. die Westschweiz in Frage, während Herbert Grönemeyer vorzugsweise in der Deutschschweiz auftreten wird. Vgl. hierzu statt anderer die Ausführungen von Cinerent OpenAir AG (act. n° 92 S. 4).

³²³ Antwort der Veranstalter auf Frage 14.b, act. n° 50 (OPUS ONE SA); act. n° 57 (act entertainment ag); act. n° 66 (Good News Productions AG); act. n° 98 (Art on Ice Production AG).

³²⁴ Antwort der Veranstalter auf Frage 14.b, act. n° 67 (Appalooza productions GmbH); act. n° 92 (Cinerent OpenAir AG); act. n° 108 (Rent-a-Show AG); act. n° 118 (4 Music Entertainment AG).

³²⁵ Vgl. die Antwort von act entertainment ag (act. n° 57) sowie von 4 Music Entertainment AG (act. n° 118) auf Frage 14.c.

³²⁶ Act entertainment ag erachtet einen Anreiseweg von 90 Minuten als unproblematisch (act. n° 57 S. 4), Art on Ice Production AG geht gar davon aus, dass ein Anreiseweg von zwei Stunden für die Zuschauer machbar sei (act. n° 98 S. 4).

³²⁷ So die Einschätzung von Rent-a-Show AG gemäss Antwort auf Frage 11.c, siehe act. n° 108 S. 3.

B.2.1.1.1.3 Zusammenfassung

131. Zusammengefasst kann vorliegend ein sachlich relevanter Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen abgegrenzt werden, welcher neben dem Hallenstadion andere Hallen, aber auch Stadien und offene Veranstaltungsplätze einschliesst. In räumlicher Hinsicht wird der Markt nach Sprachregionen abgegrenzt.

B.2.1.1.2 Beurteilung der Marktstellung

132. Nach der Abgrenzung der relevanten Märkte gilt es nun zu prüfen, ob die AGH eine marktbeherrschende Stellung auf diesen Märkten einnimmt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten 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 (Art. 4 Abs. 2 KG).

133. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken (potenzieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren.³²⁸ Diese Praxis entspricht auch der neuesten Mitteilung der EU-Kommission, gemäss welcher folgende Faktoren zu prüfen sind: (1) der Wettbewerbsdruck aufgrund bereits bestehender Lieferungen von vorhandenen Wettbewerbern und deren Marktstellung (Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber); (2) der Wettbewerbsdruck aufgrund der drohenden Expansion bereits vorhandener Wettbewerber oder des drohenden Markteintritts potenzieller Wettbewerber (Expansion und Markteintritt); und (3) der Wettbewerbsdruck aufgrund der Verhandlungsstärke der Abnehmer (Nachfragemacht).³²⁹

B.2.1.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

134. Das Hallenstadion ist mit einer Kapazität von 13'000 Plätzen eine der grössten Hallen der Deutschschweiz. Wird die durchschnittliche Besucherzahl von Anlässen im Hallenstadion (7'000 Personen) als Massstab herangezogen, können Anlässe mit diesem Zuschauervolumen – was die Kapazität betrifft – in der Schweiz nebst dem Hallenstadion insbesondere in folgenden gedeckten Lokalitäten durchgeführt werden: Post Finance Arena und Festhalle in Bern und St. Jakobshalle in Basel. Während der wärmeren Monate bilden offene Stadien wie das Stade de Suisse in Bern, das Stadion Letzigrund in Zürich oder der St. Jakobpark in Basel eine Alternative zum Hallenstadion (vgl. Rz 120). Wie in Rz 123 f. aufgezeigt, kommen unter bestimmten Bedingungen als Substitute für das Hallenstadion auch Lokalitäten mit einer kleineren Zuschauerkapazität wie z.B. der Kursaal in Bern³³⁰, das KKL in Luzern³³¹ oder das Volkshaus in Zürich³³² in Frage.

135. Das Hallenstadion bietet als Veranstaltungsort ein Gesamtpaket, welches sich vor allem durch folgende Faktoren auszeichnet: Standort, Qualität der Organisation, Reputation,

³²⁸ Vgl. RPW 2008/3, 395 Rz 106, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2006/4, 640 Rz 91, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; Urteil der REKO/WEF, RPW 2004/3, 882 f. E. 4.4., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, WEKO*.

³²⁹ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 9.2.2009: „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.“, S. 6 ff.; <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:DE:PDF> (nachfolgend: *Mitteilung zu Art. 82 EGV*) (05.12.2011).

³³⁰ Kapazität 1'400 Personen, vgl. <www.kursaal-bern.ch/files/webcontent/kongresse/Factsheet%20neue%20Arena.pdf> (05.12.2011).

³³¹ Kapazität: 1'300 Sitzplätze, vgl. <www.kkl-luzern.ch/navigation/top_nav_items/convention/Raeume/Konzertsaal/default.htm> (05.12.2011).

³³² Max. Kapazität: 1'597 Personen, vgl. <www.volkshaus.ch/mieten/theatersaal.html> (05.12.2011).

neuste Technologie und „state of the art“ Einrichtungen.³³³ Insbesondere kann die Halle nach der 2005 abgeschlossenen Sanierung multifunktional genutzt und schnell umgebaut werden.³³⁴ Ausserdem ist die technische Einrichtung so ausgelegt, dass Veranstalter, welche die eigene Technik mitbringen (z.B. Sound- und Lichtsystem), über gut funktionierende Schnittstellen verfügen. Neben der Renovierung der Halle wurden Investitionen in den Vorbau getätigt, welcher neue Gastronomie- und Konferenzräumlichkeiten enthält.³³⁵

136. Aufgrund der kürzlich erfolgten Sanierung verfügt das Hallenstadion in Bezug auf die Technik gegenüber anderen Hallen über einen Vorteil, da es dadurch einfacher geworden ist, dort einen Anlass durchzuführen.³³⁶ Dies hängt auch damit zusammen, dass in der Schweiz viele Hallen ursprünglich als Sporthallen gebaut wurden und die technischen Voraussetzungen für andere Arten von Anlässen teilweise nicht vorhanden sind. Dies gilt vor allem für die PostFinance Arena in Bern, während die St. Jakobshalle in Basel durch permanente Aufhängevorrichtungen modernisiert wurde, wodurch die Aufbauarbeiten für die Veranstalter deutlich billiger geworden sind.³³⁷

137. Ein Nachteil des Hallenstadions aus Sicht der Veranstalter ist dessen beschränkte Verfügbarkeit, da neben Konzerten die Eishockeyspiele der ZSC Lions, viele Generalversammlungen, das CSI oder Art on Ice stattfinden.³³⁸ Dieses Problem betrifft – wenn auch in geringerem Ausmass – auch die St. Jakobshalle in Basel, wo das Tennisturnier Swiss Indoors ausgetragen wird. Die beschränkte Verfügbarkeit kann im Extremfall dazu führen, dass ein Künstler zwar die Schweiz bespielen möchte, der Veranstalter aber keine passende bzw. verfügbare Halle finden kann. Dies führt dazu, dass der betreffende Künstler dann nicht in der Schweiz auftritt.³³⁹ Die begrenzte Verfügbarkeit macht gleichzeitig deutlich, dass zwischen den verschiedenen Lokalitäten Substitutionsbeziehungen vorliegen: Wenn beispielsweise das Hallenstadion bereits besetzt ist, wird der Veranstalter auf die St. Jakobshalle in Basel ausweichen oder umgekehrt.³⁴⁰

138. Bei der Wahl der Lokalität hat der Veranstalter je nach Art des Anlasses verschiedene Optionen bzw. Substitutionsmöglichkeiten. Für Konzerte gibt es neben dem Hallenstadion innerhalb des relevanten Marktes andere Hallen wie z.B. die St. Jakobshalle in Basel oder die Festhalle in Bern. Während der Sommermonate können Konzerte auch in Freiluftstadien wie dem St. Jakobspark in Basel, dem Stade de Suisse in Bern oder dem Stadion Letzigrund in Zürich sowie auf Openairplätze wie z.B. dem Flugplatz in Dübendorf stattfinden. Für Generalversammlungen und Corporate Events stehen verschiedene Messehallen und Kongresszentren zur Verfügung, so z.B. der Kursaal in Bern, das KKL in Luzern oder das Kongresshaus in Zürich. Bezüglich der meisten Anlässe, welche im Hallenstadion stattfinden, dürfte daher das Hallenstadion substituierbar sein. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass für einen ganz spezifischen Anlass das Hallenstadion aufgrund bestimmter Kriterien für den jeweiligen Veranstalter die bevorzugte, wenn nicht sogar einzige Alternative darstellt.³⁴¹ Bei der Vielzahl von Anlässen, die von den Veranstaltern organisiert werden, dürfte dies jedoch bis zu einem bestimmten Grad für jede Lokalität zutreffen.

³³³ Act. n° 102 S. 5.

³³⁴ Darauf hinweisend etwa ticketportal anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 186 S. 13.

³³⁵ So AGH anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 219 S. 4.

³³⁶ So ein Zeuge, Protokoll act. n° 209 S. 7, und auch die AGH selbst, Protokoll act. n° 219 S. 4.

³³⁷ Gemäss (plausibler) Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7.

³³⁸ Siehe etwa die Aussagen eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7, sowie von ticketportal anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 186 S. 13.

³³⁹ Dies gemäss Aussage eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 7.

³⁴⁰ So ein Zeuge, Protokoll act. n° 180 S. 3.

³⁴¹ Siehe etwa das von einem Zeugen genannte Beispiel, Protokoll act. n° 209 S. 8.

139. Die Anzahl Wettbewerber für das Hallenstadion hängt von der Art des Anlasses ab. Bei Pop/Rock-Konzerten und Sportanlässen sind die anderen Hallen, die Stadien und die Openairplätze Konkurrenten. Im Bereich der Geschäftsanlässe und Generalversammlungen steht das Hallenstadion mit Kongresszentren und Messehallen im Wettbewerb. Da die Mitbewerber je nach Segment von Anlässen andere sind, ist es nicht möglich, den Marktanteil des Hallenstadions auf dem Gesamtmarkt, d.h. dem relevanten Markt, zu beziffern.

B.2.1.1.2.2 Ergebnis

140. Insgesamt verfügt die AGH mit dem Hallenstadion in der Deutschschweiz sicherlich über eine starke Marktstellung. Derzeit ist das Hallenstadion wohl diejenige grosse Halle in der Deutschschweiz, welche den technischen Anforderungen der Veranstalter am besten entspricht. Auch bezüglich des Standorts und der Ausstrahlung ist das Hallenstadion ein attraktiver Veranstaltungsort. Je nach Art des Anlasses kann jedoch eine andere Halle den Bedürfnissen der Veranstalter besser entsprechen, z.B. das KKL in Luzern. Ausserdem stehen je nach Segment jeweils verschiedene andere Lokalitäten in Konkurrenz zum Hallenstadion. Im Bereich Konzerte und Sportanlässe sind diese anderen Hallen, Stadien sowie Openairplätze. Bei Generalversammlungen und Unternehmensanlässen sind Kongresszentren und Messehallen die Konkurrenten des Hallenstadions. Aufgrund dieser Marktstruktur liegen derzeit keine Indizien vor, dass sich die AGH mit dem Hallenstadion auf dem relevanten Markt i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann.

B.2.1.2 Wirtschaftliche Abhängigkeit

141. Eine vertiefte Prüfung individueller wirtschaftlicher Abhängigkeiten zur Begründung einer sogenannten relativen marktbeherrschenden Stellung³⁴² erübrigt sich vorliegend. Denn bereits eine summarische Betrachtung zeigt, dass für die meisten Veranstalter die wirtschaftliche Bedeutung der von ihnen im Hallenstadion durchgeführten Anlässe im Verhältnis zu ihrer gesamten Geschäftstätigkeit zu gering ist,³⁴³ damit ihre Geschäftsbeziehungen mit der AGH „(...) von einer derartigen Intensität [wären], dass [sie] sich der Marktmacht des anderen nicht entziehen (...)“³⁴⁴ könnten. Soweit dies nicht der Fall sein sollte, wie dies insbesondere auf die ZSC Lions zutrifft³⁴⁵ und allenfalls auch bezüglich Good News möglich erscheint, liegt keine individuelle wirtschaftliche Abhängigkeit vor, weil diese Veranstalter aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung, welche die von ihnen durchgeführten Anlässe für die AGH haben, über genügend Verhandlungsmacht gegenüber der AGH verfügen,³⁴⁶ was verunmöglicht, dass AGH einseitig ihre Bedingungen durchsetzen könnte.³⁴⁷

³⁴² Siehe erst- und letztmals ausführlich dazu RPW 2005/1, 160 ff. Rz 92 ff., *Coopforte*.

³⁴³ Vgl. etwa den Veranstaltungskalender von act entertainment ag (act. n° 57, Anhang), Appalooza productions GmbH (act. n° 67, Anhang) sowie Rent-A-Show AG (act. n° 168).

³⁴⁴ RPW 2005/1, 161 Rz 94 und 98 sowie 162 Rz 101, *Coopforte*.

³⁴⁵ In eine andere Richtung deutend aber die Aussage von AGH anlässlich des Parteiverhörs, wonach die ZSC Lions ihre Heimspiele auch schon in einer anderen Halle ausgetragen haben (siehe Protokoll act. n° 219 S. 18), was sich mit den Ausführungen von ticketportal deckt (Protokoll act. n° 186 S. 13).

³⁴⁶ So hält die ZLE Betriebs AG (für die ZSC Lions zuständig) in ihren Antworten zum Fragebogen (act. n° 109) ausdrücklich fest: „Als langjähriger Mietpartner der AGH, sind wir in der glücklichen Lage, solche Deals gegenseitig zu besprechen.“ Vergleichbar auch die Ausführungen von Art on Ice Production AG, welche festhält, mit den heutigen Verantwortlichen von AGH und Ticketcorner eine Lösung gefunden zu haben, die für alle funktioniert (act. n° 98 S. 3).

³⁴⁷ RPW 2005/1, 161 Rz 98 sowie 162 f. Rz 103 ff., *Coopforte*.

B.2.2 Schlussfolgerung

142. Da die AGH demzufolge über keine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, erübrigt sich eine Prüfung ihres Verhaltens unter dem Blickwinkel von Art. 7 KG, da so oder so keine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 KG vorliegen kann. Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob die Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner als unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG zu qualifizieren ist.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede (50%-Vereinbarung)

143. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.1 Wettbewerbsabrede

144. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig.³⁴⁸

145. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt demnach vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.³⁴⁹

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen AGH und Ticketcorner

146. AGH und Ticketcorner schlossen zwischen ihnen die am 1. Januar 2009 in Kraft getretene Kooperationsvereinbarung, welche unter anderem die 50%-Vereinbarung enthält.³⁵⁰ Bei dieser Kooperationsvereinbarung handelt es sich um einen rechtlich erzwingbaren Vertrag. Dass die beiden Vertragsparteien damit bewusst und gewollt zusammen wirken, bedarf keiner Weiterungen.

B.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

147. Erforderlich ist zudem, dass mit der fraglichen Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird. Die Kooperationsvereinbarung regelt die Zusammenarbeit der Vertragsparteien im Bereich Ticketvertrieb in Bezug auf das Hallenstadion. Sie sieht insbesondere die 50%-Vereinbarung³⁵¹ vor, enthält aber auch noch weitere Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb wie etwa das Recht von Ticketcorner, die Ticketverkaufslokalitäten auf dem Gelände des Hallenstadions exklusiv benutzen zu dürfen. Etliche der in der Kooperationsvereinbarung vorgesehenen Bestimmungen beziehen sich auf Wett-

³⁴⁸ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

³⁴⁹ Statt anderer RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

³⁵⁰ Siehe dazu auch Rz 36 f.

³⁵¹ Siehe zu deren Inhalt Rz 2.

bewerbungsparameter, zu welchen mitunter auch Vertriebskanäle, Bezugsquellen und das Marketing gehören³⁵², und sehen eine diesbezügliche Beschränkung vor.

148. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Betrachtung der von ihrer Marktwirkung her eindeutig am Wichtigsten zu bezeichnenden Bestimmung in der Kooperationsvereinbarung, namentlich die bereits mehrmals erwähnte 50%-Vereinbarung. Auf dieser 50%-Vereinbarung basiert die 50%-AGB-Klausel, welche wiederum Stein des Anstosses der formellen Verfügungsadressatinnen ist. Die übrigen wettbewerbsbeschränkenden Normen in der Kooperationsvereinbarung sind von vergleichsweise geringer Bedeutung, und ihre Marktwirkung ist entsprechend unbedeutend, weshalb aus verfahrensökonomischen Gründen auf deren Prüfung verzichtet wird.

B.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

149. Gemäss der Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG muss die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckende oder bewirkende Abrede im Sinne der vorangehenden Ausführungen von Unternehmen entweder der gleichen oder aber verschiedener Marktstufen getroffen werden. Beachtenswert ist hierbei, dass in Art. 4 Abs. 1 KG nicht etwa statuiert wird, die Unternehmen müssten auf der gleichen oder verschiedenen Marktstufen *desselben* Marktes oder aber desjenigen Marktes, auf welchem sich die Abrede wettbewerbsbeschränkend auswirkt oder auswirken soll, tätig sein. Verlangt ist einzig, dass die Unternehmen überhaupt auf Marktstufen – oder besser, auf dem Markt – tätig sind; eine Voraussetzung, die sich allerdings auch bereits aus Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ergibt. Da sowohl eine Tätigkeit auf der gleichen wie auch eine solche auf verschiedenen Marktstufen von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird und eine dritte Variante logisch nicht möglich ist, entbehrt diese Differenzierung, soweit den Begriff Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG anbelangend, einer Bedeutung.³⁵³ Bedeutung erlangt sie aber, wenn auch in präzisierter Form, bei der Beurteilung, ob einer der in Art. 5 Abs. 3 KG oder Art. 5 Abs. 4 KG vorgesehenen Vermutungstatbestände greift.³⁵⁴

B.3.2 Keine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede

150. Beim Vorliegen bestimmter Abreden wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KG resp. Art. 5 Abs. 4 KG die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (widerlegbar) vermutet. Ob einer dieser Vermutungstatbestände hier zur Anwendung gelangt, gilt es nachfolgend zu prüfen.

151. Die in Art. 5 Abs. 3 KG statuierte Vermutung verlangt, dass die Vertragsparteien – hier AGH und Ticketcorner – „(...) tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen“. Um beurteilen zu können, ob zwei Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen, bedarf es einer Abgrenzung des relevanten Marktes. Diese wird im Einzelnen an anderer Stelle vorgenommen,³⁵⁵ worauf verwiesen sei. Vorweggenommen sei hier, dass AGH und Ticketcorner nicht auf denselben Märkten tätig sind³⁵⁶ und damit auch nicht aktuell mit-

³⁵² Zu diesen und weiteren Wettbewerbsparametern siehe etwa NYDEGGER/NADIG (Fn 348), Art. 4 Abs. 1 KG N 63.

³⁵³ Siehe etwa NYDEGGER/NADIG (Fn 348), Art. 4 Abs. 1 KG N 6; in diesem Sinn ferner etwa PIERRE ALAIN KILLIAS, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 4 Abs. 1 KG N 44.

³⁵⁴ Statt anderer ALAIN RAEMY/MONIQUE LUDER, *Horizontale oder vertikale Abrede?, Schnittstellen und Abgrenzungskriterien*, Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz 4 f. Siehe dazu sogleich sowie Rz 155.

³⁵⁵ Siehe Rz 155 ff.

³⁵⁶ Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle festgehalten, dass AGH trotz seiner bisherigen Aktivitäten im Bereich Ticketvertrieb, auf die sie gestützt auf die Kooperationsvereinbarung mit Ticketcorner künftig verzichtet (siehe dazu Rz 36), nicht in einem eigentlichen Konkurrenzverhältnis zu

einander im Wettbewerb stehen. Eine potentielle Konkurrenzsituation liegt ebenfalls nicht vor, da mangels entsprechender Infrastruktur, Einrichtungen, Know-How, Vernetzungen und vielem mehr keines der beiden Unternehmen sofort oder doch wenigstens innert absehbarer Frist³⁵⁷ in den Markt, auf welchem das jeweils andere Unternehmen tätig ist, eintreten könnte (im Übrigen ist auch eine dahingehende Absicht der Parteien nicht erkennbar). Eine Prüfung des Inhalts der Abrede im Lichte von Art. 5 Abs. 3 KG erübrigt sich folglich, da keine aktuelle oder potentielle Konkurrenzsituation vorliegt und die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 KG schon nur aus diesem Grund nicht erstellt werden kann.

152. Damit die in Art. 5 Abs. 4 KG statuierte Vermutungsfolge zum Zuge kommt, bedarf es entweder einer Abrede über Mindest- oder Festpreise zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen oder einer Abrede in einem Vertriebsvertrag über die (absolute) Zuweisung von Gebieten, die Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausschliesst. Weder die eine noch die andere Variante liegt hier vor: Die 50%-Vereinbarung ist keine Abrede, die Mindest- oder Festpreise festlegt. Ebenso wenig beschlägt sie die geografische Aufteilung von Absatzgebieten, weshalb im Übrigen auch offen bleiben kann, ob überhaupt ein Vertriebsvertrag (resp. eine Vertriebsklausel) i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen würde.

153. Zusammenfassend ist festzustellen, dass vorliegend die in Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG vorgesehenen Vermutungstatbestände nicht zum Zuge kommen, eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs folglich nicht vermutet wird. Nachfolgend gilt es daher zu prüfen, ob gestützt auf Art. 5 Abs. 1 KG von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auszugehen ist, da sie den wirksamen Wettbewerb ohne Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz erheblich beeinträchtigt oder diesen gar (trotz Nichtgreifens eines Vermutungstatbestands) beseitigt.

B.3.3 Keine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede

154. Die Wettbewerbswirkung resp. -beeinträchtigung, die eine Abrede zeitigt, kann nicht abstrakt, sondern einzig unter Bezugnahme auf einen konkreten Markt, namentlich denjeni-

Ticketcorner stand bzw. steht. Die Tätigkeit von AGH in diesem Bereich beschränkte sich darauf, als (Vor)Verkaufsstelle für verschiedene Ticketvertriebsunternehmen (z.B. Ticketcorner, Starticket) sowie als Abendkasse an Veranstaltungstagen tätig zu sein, wobei sich ihre Aktivität im Ticketvertrieb primär auf Anlässe im Hallenstadion bezog (vgl. die Aussagen der AGH am Parteiverhör, Protokoll act. n° 219 S. 9 f. und 20, sowie das Schreiben vom 14.07.201 [act. n° 126], ferner act. n° 102 S. 9). Eine vergleichbare Tätigkeit üben auch andere (Vor)Verkaufsstellen wie etwa die SBB, Manor oder die Post resp. Veranstalter, die Tickets (zumindest auch) im Eigenvertrieb vertreiben, wie etwa Good News, Rent-a-Show AG oder weitere aus. Mit dieser Tätigkeit allein wird ein Unternehmen noch nicht zu einem Ticketvertriebsunternehmen. Übereinstimmend damit führt denn auch Ticketcorner anlässlich des Parteiverhörs aus: „Die AGH hat bisher kein Ticketing gemacht und hätte[n] sich auch für ein eigenes Ticketing entscheiden können“ (siehe Protokoll act. n° 218 S. 7). Und selbst wenn man – anders als hiavor vertreten – davon ausgehen möchte, AGH sei als potentieller Konkurrent auf dem Markt für Ticketvertrieb anzusehen und es läge deshalb insofern ein horizontales Verhältnis zwischen AGH und Ticketcorner vor, würde dies am Ergebnis nichts ändern: Dieses horizontale Verhältnis wäre auf das im Rahmen der Untersuchung (siehe Rz 148) nicht näher beleuchtete Konkurrenzverbot zu Lasten von AGH beschränkt, welches im Übrigen nicht Gegenstand der Beanstandungen der übrigen Ticketvertriebsunternehmen war. Die Problematik der 50%-Vereinbarung, die vorliegend genauer untersucht wird, läge auch weiterhin nicht auf horizontaler Ebene, sondern in der Verknüpfung zweier komplementärer Produkte/Dienstleistungen – eine angenommene potentielle Konkurrenzfähigkeit von AGH auf dem Markt für Ticketvertrieb vermöchte dies und damit die Beurteilung insgesamt nicht zu beeinflussen.

³⁵⁷ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 368, erachten beispielsweise in diesem Zusammenhang eine Frist von zwei bis drei Jahren als absehbar.

gen, auf welchen sie sich auswirkt, gemessen werden. In einem ersten Schritt ist daher nachfolgend dieser relevante Markt zu bestimmen, um alsdann in einem zweiten Schritt würdigen zu können, wie und in welchem Ausmass sich die Abrede auf diesen Markt auswirkt resp. den wirksamen Wettbewerb auf diesem beeinträchtigt.

B.3.3.1 Die relevanten Märkte

B.3.3.1.1 Vorliegen zweier relevanten Märkte

155. Üblicherweise werden Abreden in sogenannt horizontale und vertikale Abreden eingeteilt.³⁵⁸ Bei Ersteren handelt es sich um Abreden zwischen aktuellen oder potentiellen Konkurrenten, bei Zweiteren um solche zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen, die in einer Beziehung von Anbieter und Nachfrager zueinander stehen³⁵⁹. Die vorliegend zu beurteilende Abrede entzieht sich dieser „klassischen“ Einordnung. AGH und Ticketcorner, die Abredepartner, sind nicht (aktuell oder potentiell) als Konkurrenten auf denselben Märkten tätig,³⁶⁰ weshalb keine horizontale Abrede vorliegt. Sie stehen aber auch nicht – jedenfalls nicht im herkömmlichen Sinne – in einem vertikalen Verhältnis, d.h. in Bezug auf ein/e bestimmte/s³⁶¹ Produkt/Dienstleistung auf unterschiedlichen Marktstufen³⁶², zueinander. AGH und Ticketcorner bieten vielmehr Dritten, den Veranstaltern, zwei komplementäre Produkte bzw. Dienstleistungen an, welche durch die zwischen AGH und Ticketcorner abgeschlossene 50%-Vereinbarung miteinander verknüpft und den Dritten als „Gesamtpaket“ angeboten werden. Es besteht somit ein Dreiecksverhältnis, wobei einer der drei, nämlich die Gruppe der Veranstalter, nicht Vertragspartner der 50%-Vereinbarung ist, deren Regelungsgegenstand aber gerade die Beziehung dieses Dritten mit den beiden anderen Parteien beschlägt. Oder anders gewendet: Die 50%-Vereinbarung schränkt jedenfalls nicht primär die Vertragsparteien selber hinsichtlich ihres Marktverhaltens ein, sondern bezieht sich vielmehr auf die Einschränkung eines Dritten, namentlich der Veranstalter. Der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 KG tut dies keinen Abbruch³⁶³. Folge davon ist allerdings, dass sich die Abrede gleichzeitig auf mehreren Märkten auswirkt, weshalb nachfolgend auch mehrere Märkte zu bestimmen sind und die Wirkungen der Abrede auf jedem dieser Märkte gesondert zu beurteilen ist.

156. Mit der 50%-Vereinbarung zwischen AGH und Ticketcorner werden wie gesagt zwei komplementäre Produkte bzw. Dienstleistungen, nämlich die Vermietung einer Lokalität zur Durchführung eines Anlasses auf der einen Seite und der Vertrieb von Tickets auf der anderen Seite, miteinander verknüpft und den Veranstaltern als Paket angeboten. Die Vereinbarung verknüpft Produkte bzw. Dienstleistungen, welche zu verschiedenen sachlich relevanten Märkten gehören. Bei der wettbewerbsrechtlichen Analyse von Unternehmenszusammenschlüssen wird von „konglomeraten Zusammenschlüssen“ gesprochen, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weder in vor- noch nachgelagerten noch denselben Märkten tätig sind, wenn also zwischen den Zusammenschlussbeteiligten keine horizontalen Überlappungen oder Vertikalverhältnisse in den sachlich relevanten Märkten beste-

³⁵⁸ Statt anderer ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, Rz 48 und 52 ff.; NYDEGGER/NADIG (Fn 348), Art. 4 Abs. 1 KG N 134 ff. m.w.H.

³⁵⁹ Als typische Beispiele solch vertikaler Abreden können etwa RPW 2009/2, 143 ff., *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 65 ff., *Gaba*; und RPW 2010/4, 649 ff., *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*, angeführt werden.

³⁶⁰ Siehe ausführlicher dazu Fn 356.

³⁶¹ Deutlich ZÄCH (Fn 358), Rz 61 und 377; RAEMY/LUDER (Fn 354), Rz 2.

³⁶² Etwa im Verhältnis Hersteller-Importeur oder Grossist-Detaillist, oftmals plastisch mit dem Begriff Vertriebskette umschrieben.

³⁶³ Siehe zur umfassenden Definition der Wettbewerbsabrede i.S.d. KG bereits Rz 149.

hen.³⁶⁴ Konglomerate Zusammenschlüsse können namentlich dann eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung aufweisen, wenn durch den Zusammenschluss komplementäre Güter für den Verkauf an den Endkunden verknüpft werden.³⁶⁵ Antikompetitive Effekte, welche sich bei Zusammenschlüssen zwischen Konkurrenten innerhalb desselben relevanten Marktes (horizontale Zusammenschlüsse) oder bei vertikaler Integration (vertikale Zusammenschlüsse) ergeben, werden somit von konglomeraten Effekten abgegrenzt. In Anlehnung an dieses bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen verwendete Konzept und unter Benutzung derselben Terminologie liesse sich die hier mit der 50%-Vereinbarung vorliegende Konstellation als „konglomerate Abrede“ charakterisieren.

B.3.3.1.2 Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen

157. Die Abgrenzung dieses relevanten Marktes wurde bereits vorangehend unter Rz 114 ff. vorgenommen. Es wird deshalb an dieser Stelle auf die dortigen Ausführungen verwiesen, welche hier mutatis mutantis ebenfalls zutreffen. Der Vollständigkeit halber sei allerdings angemerkt, dass aufgrund der durch die Abrede bewirkten Verbindung zweier komplementärer Märkte hier die Marktgegenseite an sich etwas enger zu definieren wäre als dort. Es sind dies vorliegend nicht alle Veranstalter von Anlässen, welche von AGH die Bereitstellung einer Lokalität für die Durchführung eines bestimmten Anlasses nachfragen,³⁶⁶ sondern einzig diejenigen, die Anlässe veranstalten, zu welchen Zuschauer mittels eines eigentlichen Tickets Einlass erlangen³⁶⁷. Sie müssen also gleichzeitig Marktgegenseite sowohl auf diesem wie auch auf dem von der Abrede ebenfalls betroffenen Markt für Ticketvertrieb sein. Es handelt sich bei der hier relevanten Marktgegenseite also um eine Schnittmenge.³⁶⁸ Dies widerspiegelt sich im Übrigen in der Tatsache, dass AGH zwei unterschiedliche „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ hat, je nachdem, ob der Mieter des Hallenstadions dort einen Publikumsanlass oder aber ein Corporate Event abhalten will, wobei die 50%-AGB-Klausel nur in den erstgenannten AGB enthalten ist, nicht aber in den zweitgenannten.³⁶⁹ Da auch eine etwas engere Bestimmung der Marktgegenseite, die hier an sich angebracht wäre, nicht zu einer Erheblichkeit der durch die Abrede bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde, wie die nachfolgenden Ausführungen noch zeigen werden, wird an dieser Stelle auf die Vornahme einer erneuten Marktabgrenzung verzichtet und stattdessen, wie gesagt, der Einfachheit halber auf die hiervor bereits vorgenommene Marktabgrenzung verwiesen.

³⁶⁴ Siehe Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 549 f. Ziff. 224.3 und Seite 2 des Diskussionspapiers „Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle, Bestandsaufnahme und Ausblick“ des Bundeskartellamts von 2006, abrufbar unter <www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/060830_AK_Kartellrecht.pdf> (05.12.2011).

³⁶⁵ DAMIEN J. NEVEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Buccirossi (Hrsg.), 2008, 184 f.

³⁶⁶ Siehe Rz 115.

³⁶⁷ Siehe dazu auch bereits Rz 41.

³⁶⁸ Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes aus Sicht dieser Schnittstellenmarktgegenseite alsdann nach dem üblichen Schema verläuft und es sich dabei nicht etwa erneut um ein Schnittstellenthema handelt. D.h., dass die Abgrenzung z.B. des örtlich relevanten Marktes bei einem/r der beiden betroffenen Produkte/Dienstleistungen nicht zugleich auch massgebend oder beschränkend für die Abgrenzung beim anderen Produkt/Dienstleistung ist.

³⁶⁹ Siehe <www.hallenstadion.ch/sites/business_hasta/agb.html> (05.12.2011), einerseits die „AGB 03/2008“, andererseits die „AGB ‘B’ 01/2010“.

B.3.3.1.3 Markt für Ticketvertrieb

B.3.3.1.3.1 Sachlich relevanter Markt

158. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).

159. Der Markt für Ticketvertrieb war bereits Gegenstand früherer Verfahren: Beim Zusammenschlussvorhaben „Fastbox Ticketservice AG“ konnte die Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.³⁷⁰ In der Art. 7 KG betreffenden Untersuchung „TicketCorner“ wurde der Markt zwar von der WEKO abgegrenzt,³⁷¹ jedoch wurde diese Abgrenzung von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: REKO/WEF) beanstandet, die Verfügung der WEKO aufgehoben und dieser überlassen, wie sie weiter vorgehen wolle.³⁷² In der daraufhin folgenden Verfügung, mit welcher die Untersuchung eingestellt wurde, konnte die WEKO die Marktabgrenzung wiederum offen lassen.³⁷³ Auf diese bisherige Rechtsprechung wird hiernach, soweit erforderlich, Bezug genommen.

160. Wie dies die REKO/WEF bereits ausgeführt hat, ist in grundsätzlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass Unternehmen, welche Leistungen anbieten, zu denen sich die Endkunden mittels eines Tickets Zutritt verschaffen (von der REKO/WEF als „primäre Leistung“ bezeichnet), Tickets entweder selber verkaufen oder diese Aufgabe Dritten übertragen können, wobei auch eine Kombination hiervon möglich ist.³⁷⁴ Im ersten Fall, also bei Vornahme eines Eigenvertriebs, kauft oder mietet das entsprechende Unternehmen von einem Anbieter die für den Vertrieb von Tickets notwendige Software.

161. Als Haupttätigkeiten bietet Ticketcorner in der Schweiz einerseits Ticketvertriebsleistungen über verschiedene Vertriebskanäle inkl. Kommunikationsdienstleistungen und andererseits Software, die den Abnehmern den Eigenvertrieb von Tickets ermöglicht, an. Die Marktgegenseite bilden daher sowohl Unternehmen, welche Ticketvertriebsdienstleistungen durch einen Dritten, sogenannten Fremdvertrieb, nachfragen, als auch Unternehmen, welche Software zur eigenständigen Vornahme des Vertriebs von Tickets für von ihnen veranstaltete Anlässe bzw. zu ihrem Angebot, sogenannten Eigenvertrieb, nachfragen.³⁷⁵

162. Wie zuvor ausgeführt, hat die durch die Abrede herbeigeführte Vereinigung zweier komplementärer Märkte auch Folgen für die Bestimmung der Marktgegenseite und engt diese in einem gewissen Ausmass ein.³⁷⁶ Massgebliche Marktgegenseite sind vorliegend nicht jegliche Unternehmen, die Ticketvertriebsdienstleistungen durch einen Dritten oder Software zur eigenständigen Vornahme des Vertriebs von Tickets nachfragen, sondern einzig solche, die zugleich auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen Marktgegenseite sind. Diese relevante Marktgegenseite wird nachfolgend mit Blick

³⁷⁰ Siehe RPW 1997/4, 574 Rz 14, *Fastbox Ticketservice AG*.

³⁷¹ RPW 2004/3, 783 Rz 25 ff., *TicketCorner*.

³⁷² Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 702 E. 5.5, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

³⁷³ RPW 2007/1, 80 Rz 13 ff., *TicketCorner AG*.

³⁷⁴ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 683 E. 5.2.1, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

³⁷⁵ Ebenso bereits Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 684 E. 5.2.1, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

³⁷⁶ Hiervor Rz 157.

auf den übrigen Inhalt der Verfügung mit „Veranstalter“ umschrieben. Ob und inwiefern die Existenz weiterer Nachfrager von Ticketvertriebsdienstleistungen durch einen Dritten oder Software zur eigenständigen Vornahme des Vertriebs von Tickets, die hier aufgrund dessen nicht zur Marktgegenseite zu zählen sind, diesen Markt (indirekt) beeinflusst, muss in Anbetracht des Ergebnisses nicht weiter geprüft werden und kann offen bleiben.

163. In einem ersten Schritt ist nachfolgend zu prüfen, inwiefern aus Sicht der Marktgegenseite Substitute zum Angebot von Ticketcorner, soweit den Fremdvertrieb betreffend, bestehen.³⁷⁷ Gesondert in einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob von ihnen der Eigenvertrieb als Substitut zum Fremdvertrieb erachtet wird³⁷⁸, was letzten Endes dazu führen würde, dass die beiden Haupttätigkeiten von Ticketcorner zu demselben sachlichen Markt zu zählen sind.³⁷⁹

164. Die prozentuale Verteilung des Ticketvertriebs auf die verschiedenen Vertriebskanäle bei den Ticketvertriebsunternehmen reflektiert die Bedürfnisse bzw. die Wahl der Zuschauer, welche letztlich wiederum für die Veranstalter bei der Wahl der anzubietenden Vertriebskanäle massgeblich ist. Über alle Anlässe gesehen machen die verschiedenen Vertriebskanäle gemäss Ticketcorner folgende Anteile aus: Das Internet hat derzeit einen Anteil von [40–60]%, wobei dieser Vertriebskanal stark wachsend sei. [0–15]% der Tickets werden über Call Center und [40–65]% über einen Point of Sale verkauft, wobei der letztgenannte Vertriebskanal stark rückläufig sei. Dabei gibt es grosse Anlässe wie z.B. die European Tour von AC/DC oder die Vorstellungen des Cirque du Soleil, bei welchen alle Tickets über das Internet vertrieben werden.³⁸⁰ Bei Starticket bildet der Verkauf über das Internet mit einem Anteil von [55–75]% den am stärksten genutzten und weiterhin wachsenden Vertriebskanal. [0–10]% der Tickets werden bei Starticket über ein Call Center und [30–55]% der Tickets über Vorverkaufsstellen verkauft.³⁸¹ Bei Ticketino ist die Verteilung noch markanter, entfallen doch [80–90]% auf den Vertrieb via Internet, [10–20]% auf Point of Sales sowie [0–10]% auf Verkäufe über das Call Center.³⁸² Ein ausschliesslicher Vertrieb sämtlicher Tickets eines Anlasses über bloss einen Vertriebskanal, namentlich das Internet, ist bei vereinzelt Anlässe der Fall.³⁸³ In der Regel sind die Veranstalter aber im Interesse der unterschiedlichen Bedürfnisse der Zuschauer an einem umfassenden Angebot, sprich an einem Mix dieser Vertriebskanäle, interessiert und fragen dieses nach – die einzelnen Vertriebskanäle sind aus ihrer Sicht komplementär und erst ihr Bündel macht das nachgefragte Angebot aus. Das Angebot bloss eines alleinstehenden Vertriebskanals stellt damit aus Sicht der Veranstalter zumeist kein Substitut für das Vertriebskanalbündel „Internet, Point of Sales, Call Center“ dar. Auch wenn die Nutzung der einzelnen Vertriebskanäle durch die Zuschauer von Ticketvertriebsunternehmen zu Ticketvertriebsunternehmen, wie gesehen, unterschiedlich ausfallen mag, ein Vertriebskanalbündel bieten denn auch alle der betrachteten Ticketvertriebsunternehmen an.

165. Die Veranstalter wählen ein bestimmtes Ticketvertriebsunternehmen unabhängig von der Art des betreffenden Anlasses aus. Die Hauptkriterien sind dabei vielmehr die technische

³⁷⁷ Hiernach Rz 164 ff. Siehe dazu Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 685 E. 5.2.2, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

³⁷⁸ Nachfolgend Rz 167 f.

³⁷⁹ Offen gelassen, allerdings zu einem Einbezug in denselben sachlichen Markt tendierend, von der REKO/WEF in ihrem Entscheid, RPW 2005/4, 687 E. 5.2.4, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

³⁸⁰ So Ticketcorner anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 218 S. 13 f.

³⁸¹ So Starticket anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 184 S. 7.

³⁸² So Ticketino anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 114 S. 3.

³⁸³ Siehe Rz 80.

Zuverlässigkeit und die Ausgestaltung der angebotenen Vertriebskanäle.³⁸⁴ Die Dienstleistung eines Ticketvertriebsunternehmens, also der Eigen- und Fremdvertrieb von Tickets, unterscheidet sich nicht nach Art des Anlasses. So bieten die Ticketvertriebsunternehmen ihre Dienstleistungen denn auch für sehr verschiedene Arten von Anlässen aus den Bereichen Sport und Kultur, Konzerte etc. an. Eine Unterteilung des relevanten Marktes nach Art, Grösse und Bedeutung des Anlasses, für den Tickets vertrieben werden, ist nicht erforderlich.³⁸⁵

166. Bei Anlässen mit einer hohen Anzahl vertriebener Tickets spielt die Stabilität des Ticketvertriebssystems eine wichtige Rolle. Das System darf auch bei einer hohen Nachfrage nach Tickets innerhalb einer kurzen Zeit nicht zusammenbrechen.³⁸⁶ Heute dürften allerdings die meisten Ticketvertriebssysteme auch für eine grosse Nachfrage nach Tickets ausgerüstet sein.³⁸⁷

167. Um zu prüfen, ob der Eigenvertrieb zum sachlich relevanten Markt gehört, ist zu prüfen, inwiefern Eigen- und Fremdvertrieb aus Sicht der Veranstalter austauschbar sind. Gemäss Aussagen von Ticketcorner würden Veranstalter am liebsten alle Tickets über den Eigenvertrieb absetzen. Der Veranstalter setze Fremdvertrieb und verschiedene Ticketvertriebsunternehmen hauptsächlich wegen der Kommunikationsleistungen ein, welche die Ticketvertriebsunternehmen über Partner anbieten können, beispielsweise dass ein Inserat in einer Zeitung gedruckt oder ein Plakat in den Poststellen aufgehängt werden kann.³⁸⁸ Als grösster Konkurrent der Ticketvertriebsunternehmen werden von Ticketcorner die Veranstalter angesehen, da es eine starke Tendenz in Richtung Eigenvertrieb durch die Veranstalter gebe.³⁸⁹ Diese Entwicklung zwingt die Ticketvertriebsunternehmen, neue Geschäftsmodelle zu entwickeln, wie z.B. die Lancierung eines Memberclubs und eines eigenen Magazins.³⁹⁰ Gemäss dem Ticketvertriebsunternehmen Ticketportal lohnt sich der reine Fremdvertrieb für Veranstalter in vielen Fällen nicht. So mache es für Veranstalter ab einer gewissen Grösse des Anlasses aus wirtschaftlichen und vermarktungstechnischen Gründen Sinn, den Vertrieb von Tickets (zumindest auch) selber zu betreiben.³⁹¹ AGH geht allerdings davon aus, dass selbst Veranstalter von Topevents, bei welchen ein ausschliesslicher Eigenvertrieb aufgrund des Anlasses an sich möglich wäre, aus Marketinggründen ein Interesse daran hätten, Tickets auch im Fremdvertrieb zu vertreiben.³⁹² Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Veranstalter beide Vertriebsarten – Fremd- und Eigenvertrieb – grundsätzlich komplementär einsetzen, wobei die jeweilige Aufteilung vom Einzelfall abhängig ist.

168. Aufgrund der bereits heute starken Verbreitung des Eigenvertriebs und der Tendenz, dass dieser Vertriebskanal in Zukunft an Bedeutung gewinnen wird, ist der Eigenvertrieb in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen, wie dies im Übrigen auch bereits die REKO/WEF angedeutet hat.³⁹³

³⁸⁴ Siehe die Protokoll der Zeugeneinvernahmen, act. n° 209 S. 9 und Act. n° 180 S. 7 sowie S. 9.

³⁸⁵ Vgl. RPW 2004/3, 783 f. Rz 26 f., *TicketCorner*.

³⁸⁶ So ein Zeuge, Protokoll act. n° 209 S. 9.

³⁸⁷ Gemäss Ansicht eines Zeugen, Protokoll act. n° 209 S. 10; ferner auch die Selbsteinschätzung von ticketportal (act. n° 244 S. 8).

³⁸⁸ So Ticketcorner anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 218 S. 7.

³⁸⁹ So Ticketcorner anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 218 S. 2, S. 13 und S. 21.

³⁹⁰ So Ticketcorner anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 218 S. 22.

³⁹¹ So ticketportal anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 186 S. 3.

³⁹² Siehe die Aussage anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 219 S. 14.

³⁹³ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 687 E. 5.2.4, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

169. Folglich ist der Vertrieb von Tickets für Anlässe namentlich im Bereich Sport und Kultur, Messen und grosse Ausstellungen, unabhängig von Grösse und Bedeutung des Anlasses, zum sachlich relevanten Markt zu zählen.³⁹⁴

B.3.3.1.3.2 Räumlich relevanter Markt

170. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

171. Die Marktgegenseite bilden sowohl Veranstalter, welche Ticketvertriebsdienstleistungen nachfragen als auch Veranstalter, welche Eigenvertriebslösungen nachfragen.

172. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Verfügung vom 1. Dezember 2003 betreffend die Untersuchung „TicketCorner“ als räumlich relevanten Markt die Schweiz abgegrenzt, weil die Veranstalter als Marktgegenseite Anlässe in der Schweiz organisierten und das Zielpublikum sich in der Schweiz befindet. Für Anlässe im Ausland werde nur ein marginaler Teil der Tickets vertrieben.³⁹⁵

173. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hält fest, dass für die Marktabgrenzung unabhängig davon sei, ob sich das Zielpublikum von inländischen Anlässen in der Schweiz oder auch im Ausland befindet. Der relevante Markt sei aus Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen, vorliegend der Veranstalter von in der Schweiz stattfindenden Anlässen. Dass allenfalls auch ausländische Ticketvertriebsunternehmen den schweizerischen Markt bearbeiten können, bedeute nicht, dass ein europäischer Markt für Ticketvertriebsdienstleistungen abgegrenzt werden müsse. Für den räumlichen Markt sei ebenfalls nicht entscheidend, ob die in- und ausländischen Ticketvertriebsunternehmen überall dieselben Systemplattformen einsetzen, inwiefern Zutrittsschranken existieren und ob diese durch neue Technologien herabgesetzt werden. Die Beschwerdeinstanz kommt zum Schluss, dass die Wettbewerbskommission den räumlich relevanten Markt richtig abgegrenzt hat.³⁹⁶

174. Vorliegend wird daher an dieser Marktabgrenzung festgehalten und ein schweizerischer Ticketvertriebsmarkt abgegrenzt.

B.3.3.2 Keine Erheblichkeit der Beeinträchtigung

175. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.³⁹⁷ Selbst wenn die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) – wie vorliegend³⁹⁸ – mangels Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne ihrer Ziffer 1 nicht direkt anwendbar ist, kann sie bei dieser Beurteilung als Orientierungshilfe dienen.³⁹⁹ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im kon-

³⁹⁴ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 689 E. 5.2.6, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

³⁹⁵ Vgl. RPW 2004/3, 786 f. Rz 34 ff., *TicketCorner*.

³⁹⁶ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 690 f. E. 5.2.8, *Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA*.

³⁹⁷ RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba*.

³⁹⁸ Siehe dazu Rz 155.

³⁹⁹ So etwa KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 357), Art. 5 KG N 189; ZÄCH (Fn 358), Rz 389.

kret betroffenen Markt⁴⁰⁰ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter⁴⁰¹ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).⁴⁰²

176. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist alsdann zu prüfen, ob die Abrede gleichwohl zu rechtfertigen ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

B.3.3.2.1 Auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen

177. Einleitend ist daran zu erinnern, dass es sich bei den Marktteilnehmern des hier betrachteten Markts um die Vermieter von Lokalitäten zur dortigen Durchführung von Anlässen, mitunter auch AGH, einerseits und die Veranstalter andererseits handelt. An der Abrede beteiligt sind aber AGH und Ticketcorner, die ihre jeweiligen Angebote, welche komplementär sind, miteinander koppeln. Die Akteure, sprich die Marktteilnehmer einerseits, die Abredeteilnehmer andererseits, sind damit nicht vollumfänglich dieselben. In (wenn auch nicht gänzlich treffender) Anlehnung an die bei „klassischen“ vertikalen Verhältnissen erfolgende Einordnung ist vorliegend das Angebot der AGH auf dem relevanten Markt, die Vermietung des Hallenstadions für die Durchführung von Anlässen, der massgebliche „Brand“. Die Abrede koppelt nun einen komplementären Markt (den Markt für Ticketvertrieb) mit diesem „Brand“, wodurch dieser komplementäre Markt zu einem Parameter auf dem hier relevanten Markt wird. Folgedessen stellt sich die Frage, wie sich dies in qualitativer Hinsicht auf die entsprechenden Marktteilnehmer und damit auf diesen Markt sowie in quantitativer Hinsicht auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb bezüglich der Vermietung des Hallenstadions für die Durchführung von Anlässen, unter Berücksichtigung des Gegenstands der Abrede, auswirkt.

B.3.3.2.1.1 Qualitatives Element

178. Die 50%-Vereinbarung und deren vertragskonforme Um- und Durchsetzung durch die AGH gegenüber den Veranstaltern (und damit den Mietern des Hallenstadions zur dortigen Durchführung von Anlässen) mittels der 50%-AGB-Klausel schränkt die Veranstalter (vertrags)rechtlich in der Wahl des/der für den Vertrieb fremdvertriebener Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe zuständigen Ticketvertriebsunternehmen/s ein, indem sie den Vertrieb von mindestens 50% dieser Tickets Ticketcorner anzuvertrauen haben. Wie an anderer Stelle bereits ausgeführt,⁴⁰³ ziehen die Veranstalter aus verschiedenen Gründen grundsätzlich einen Ticketvertrieb über bloss ein Ticketvertriebsunternehmen einem solchen über mehrere vor. Die fraglichen Normen führen deshalb faktisch in den allermeisten Fällen dazu, dass die Veranstalter Ticketcorner den Vertrieb gleich sämtlicher fremdvertriebener Tickets ihrer im Hallenstadion stattfindenden Anlässe überlassen. Analoges gilt für die Wahl des von den Veranstaltern für den (allfälligen) Vertrieb von eigenvertriebenen Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe verwendeten Softwaresystems.

⁴⁰⁰ KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 357), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

⁴⁰¹ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

⁴⁰² KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 357), Art. 5 KG N 230.

⁴⁰³ Siehe Rz 48 ff.

179. Das qualitative Gewicht dieser Einschränkung unter Zuhilfenahme der der VertBek zu Grunde liegenden Wertungen beurteilen zu wollen, fällt nicht einfach, da, wie gesagt, kein vertikales Verhältnis, jedenfalls kein „klassisches“, zwischen den Betroffenen besteht:

- 1) Aus der einen Richtung betrachtet, wirkt sich die 50%-Vereinbarung wie eine partielle, gekoppelte Alleinbezugsverpflichtung für die Veranstalter (die Mieter des Hallenstadions) aus, die immer, aber auch nur dann, zum Tragen kommt, wenn sie das Hallenstadion zur Durchführung eines Anlasses mieten. Diesfalls sind die Veranstalter verpflichtet, die Dienstleistung „Ticketvertrieb fremdvertriebener Tickets“ mindestens im Umfang von 50%, faktisch aber regelmässig von 100%, von Ticketcorner zu beziehen. Die VertBek sieht nun in Ziffer 12 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Ziffer 6 vor, dass Wettbewerbsverbote des Abnehmers, die für mehr als fünf Jahre abgeschlossen werden, qualitativ schwerwiegend sind, wobei sich mitunter auch Alleinbezugsverpflichtungen wie Wettbewerbsverbote auswirken können⁴⁰⁴. Vor dem Hintergrund dieser Bestimmung der VertBek ist die 50%-Vereinbarung grundsätzlich e contrario aufgrund ihrer 5 Jahre nicht übersteigenden Vertragsdauer als nicht schwerwiegend zu bewerten. Allerdings erscheint fraglich, ob diese Wertung auch dann zutreffend ist, wenn der vom Wettbewerbsverbot betroffene Abnehmer nicht eine einzelne, bestimmte (Vertrags)Partei ist, sondern es sich hierbei um eine Vielzahl möglicher Unternehmen handelt.
- 2) Ändert man den Blickwinkel und konzentriert sich auf das Angebot der Mieter des Hallenstadions, den Anlass, so können die Veranstalter als Lieferanten betrachtet werden und Ticketcorner als Abnehmer, der die zum Zugang zu den Anlässen berechtigenden Wertpapiere (die Tickets) und damit, zumindest mittelbar, das „Produkt“ der Veranstalter vertreibt. Mit der Miete des Hallenstadions wird bei dieser Sichtweise eine Alleinbelieferungspflicht des Mieters/Lieferanten gekoppelt. Alleinbelieferungspflichten des Lieferanten sind in Ziffer 12 VertBek nicht genannt, weshalb diese von ihrem Inhalt her nicht als schwerwiegend einzustufen sind.⁴⁰⁵ Fraglich ist aber auch hier, ob diese Wertung auch dann zutreffend ist, wenn die Alleinbelieferungspflicht nicht eine spezifische Person betrifft, sondern eine Vielzahl möglicher Personen.
- 3) Denkbar ist aber auch, die Angebote aller drei Beteiligten, wenn auch zugegebenermassen ohne den Gegebenheiten vollends gerecht zu werden,⁴⁰⁶ in einer „klassischen“ Vertriebskette aufzureihen, namentlich in der Reihenfolge Vermietung Lokalität → Miete Lokalität/Durchführung Anlass → Ticketvertrieb für Anlass. Bei dieser Sichtweise beschränkt die 50%-Vereinbarung den Kundenkreis für den Weiterverkauf. Dies, weil die Veranstalter für mindestens 50% ihres Angebots, faktisch regelmässig aber für 100%, ihre Kunden nicht mehr frei wählen können, sondern an Ticketcorner gebunden sind, was umgekehrt einem Verkaufsverbot an alle übrigen potentiellen Kunden, den Ticketvertriebsunternehmen, gleich kommt. Eine Beschränkung des Kundenkreises für den Wiederverkauf wird nun in Ziffer 12 Abs. 2 Bst. b VertBek als qualitativ schwerwiegend bewertet.

Die Heranziehung der VertBek und der darin qualifizierten Abredetypen ermöglicht vorliegend somit keinen eindeutigen Schluss hinsichtlich des qualitativen Gewichts der durch die Abrede bewirkten Beeinträchtigung – eine Vertiefung ist notwendig.

⁴⁰⁴ Siehe dazu ROLF H. WEBER, (Fn 400), Ziff. 6 VertBek N 3; KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Ziff. 6 Vert-BM N 2.

⁴⁰⁵ Ebenso Urteil des HGer ZH HG070327/U/dz vom 17.05.2010, RPW 2010/4, 796 E. 3.3.3.3. Ferner NEFF (vorangehende Fn), Ziff. 12 Vert-BM N 22, auch Ziff. 6 Vert-BM N 3.

⁴⁰⁶ Siehe etwa die Darstellung bei Rz 41.

180. Eine beeinträchtigende Wirkung auf die Marktposition anderer Vermieter von Lokalitäten für die dortige Durchführung von Anlässen hat die 50%-Vereinbarung nicht. Insbesondere werden sie nicht vom Markt resp. einem Teil davon abgeschnitten oder wird ihnen der Zugang dazu erschwert. In Bezug auf sie ist die Abrede als gänzlich unerheblich zu bewerten.

181. Untrennbar mit der 50%-Vereinbarung und deren Umsetzung in den AGB von AGH verbunden ist, dass die Veranstalter in diesem Umfang keine anderen Vertriebskanäle wählen können als diejenigen, welche Ticketcorner im Angebot hat. Allerdings vermögen die von Ticketcorner angebotenen Vertriebskanäle den Bedürfnissen der Veranstalter regelmässig zu genügen, wie die Aussagen der befragten Zeugen ergaben.⁴⁰⁷ Andernfalls würden im Übrigen die Veranstalter in den allermeisten Fällen Ticketcorner wohl nicht auch noch mit dem Vertrieb der übrigen (nicht von der 50%-Vereinbarung erfassten) fremdvertriebenen Tickets betrauen, sondern unter Aufsichtnahme des mit einer Ticketkontingentierung verbundenen finanziellen und administrativen⁴⁰⁸ Zusatzaufwands bei ihren im Hallenstadion stattfindenden Anlässen den Ticketvertrieb der fremdvertriebenen Tickets auf Ticketcorner und ihr Stammticketvertriebsunternehmen, dessen Vertriebskanäle sie nicht missen möchten, aufteilen. Die Ausweichmöglichkeit, für den Vertrieb von maximal 50% der fremdvertriebenen Tickets nötigenfalls auf die Vertriebskanäle ihres Stammticketvertriebsunternehmens zurückzugreifen, haben die Veranstalter jedenfalls, auch wenn sie – wie gesagt – mit einem nicht unwesentlichen finanziellen und administrativen Zusatzaufwand verbunden ist.⁴⁰⁹ Soweit es um die den Veranstaltern für den Vertrieb von fremdvertriebenen Tickets zur Verfügung stehenden Vertriebskanäle geht, kann daher festgehalten werden, dass die durch die 50%-Vereinbarung insofern effektiv bewirkte Einschränkung für die Veranstalter letztlich eher gering ist.

182. Wesentlich bei der Beurteilung des qualitativen Gewichts der durch die 50%-Vereinbarung bewirkten Beeinträchtigung ist ferner, dass diese Abrede – wie an anderer Stelle einlässlicher ausgeführt⁴¹⁰ – auf bestimmte Kategorien von Tickets keine Anwendung findet. Dazu gehören insbesondere auch die von den Veranstaltern im Eigenvertrieb abgesetzten Tickets. Hinsichtlich der von der 50%-Vereinbarung nicht erfassten Tickets wirkt sich die 50%-Vereinbarung faktisch in den allermeisten Fällen nur, aber immerhin, dahingehend aus, dass die Veranstalter hierfür das Softwaresystem von Ticketcorner wählen werden.⁴¹¹ Den Veranstaltern ist es trotz der 50%-Vereinbarung also unbenommen, ihre allfällige eigene Tätigkeit im Ticketvertrieb weiterzuführen. Da es bezüglich dieser (für die Veranstalter nicht unwichtigen⁴¹²) Ticketkategorien an einer rechtlichen Einschränkung fehlt und die faktische

⁴⁰⁷ Vgl. dazu auch Rz 57 und insbesondere die Nachweise in Fn 173.

⁴⁰⁸ Erwähnenswert in diesem Zusammenhang die Ausführungen eines Zeugen, gemäss welchem der administrative Aufwand vor allem dann ins Gewicht fiele, wenn er bei jedem Anlass getätigt werden müsste, jedoch verschwindend klein sei, wenn er bloss einmalig vorkomme (siehe das Protokoll act. n° 180 S. 9).

⁴⁰⁹ Dass der mit der Ausnutzung dieser Ausweichmöglichkeit verbundene administrative und finanzielle Zusatzaufwand nicht unwesentlich ist, heisst nicht, dass eine qualitativ schwergewichtige Auswirkung der Abrede vorliegen würde. Zum einen bedeutet diese Ausweichmöglichkeit als solche eine Relativierung der faktisch regelmässig bestehenden 100%-Wirkung der 50%-Normen. Der Zusatzaufwand ist demnach nur, aber immerhin, eine Relativierung der Relativierung. Zum anderen ändert dieser Zusatzaufwand im Falle einer Kontingentierung der Tickets nichts an der untergeordneten Bedeutung, die der Parameter „Vorgabe hinsichtlich des Ticketvertriebs“ bei der Wahl einer Lokalität hat (vgl. Rz 183).

⁴¹⁰ Rz 44 ff.

⁴¹¹ Siehe Rz 60 ff.

⁴¹² Gemäss (schlüssiger) Aussage von AGH anlässlich des Parteiverhörs, Protokoll act. n° 219 S. 7 und S. 11. Siehe dazu auch Rz 165. Damit korreliert im Übrigen, dass aus Sicht der Ticketvertriebsunternehmen der Eigenvertrieb durch die Veranstalter mittels einer von den Ticketvertriebsunternehmen gemieteten oder gekauften Software weniger rentabel ist als ein Fremdvertrieb über

Einschränkung sich auf die Wahl des Softwaresystems eines bestimmten Anbieters beschränkt, ist die Wirkung der 50%-Vereinbarung in dieser Hinsicht für die Veranstalter als qualitativ sehr gering einzustufen, was zugleich das Gewicht der insgesamt durch die 50%-Vereinbarung in qualitativer Hinsicht bewirkten Beeinträchtigung schmälert.

183. Schliesslich ist der Stellenwert zu berücksichtigen, den der Ticketvertrieb für die Veranstalter verglichen mit anderen Faktoren hat: Bei der Wahl einer geeigneten Lokalität, in welcher ein Anlass durchgeführt werden soll, sind für die Veranstalter Parameter wie etwa Grösse, technische Ausstattung, Lage, Mietpreis und Ambiente entscheidend⁴¹³ – eine allfällige Vorgabe des Lokalitätenvermieters hinsichtlich des Ticketvertriebs berücksichtigen sie erst, wenn diese übrigen Kriterien bei zwei (oder mehr) Lokalitäten äquivalent sind.⁴¹⁴ Letztlich widerspiegelt auch die vertragliche Regelung, die AGH und Ticketcorner getroffen haben, diese Prioritätenordnung der Veranstalter: Es wird der Ticketvertrieb an die Vermietung der Lokalität gekoppelt und AGH hat dies gegenüber den Mietern um- und durchzusetzen. Eine Regelung in umgekehrter Richtung, namentlich die Vermietung einer bestimmten Lokalität an den Ticketvertrieb durch ein spezifisches Ticketvertriebsunternehmen zu koppeln, wodurch Ticketcorner bei einem Ticketvertrieb über ihn den Veranstaltern gleichzeitig eine bestimmte Lokalität zur Durchführung des Anlasses vorschreiben würde, erscheint wenig realistisch. Sodann wiesen gleich mehrere Veranstalter⁴¹⁵ in den Fragebogen darauf hin, der Ticketvertrieb (und auch die 50%-AGB-Klausel) sei für sie bezüglich des Hallenstadions verglichen mit der vertraglichen Beziehung zwischen AGH und Good News⁴¹⁶ in wettbewerbsbeschränkender Hinsicht bloss von untergeordneter Bedeutung. Bezeichnend ist denn auch, dass die beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen nicht von Veranstaltern, sondern von Ticketvertriebsunternehmen stammen,⁴¹⁷ und dass sich auch zu keinem späteren Zeitpunkt Veranstalter um eine Beteiligung am Verfahren, insbesondere um Einräumung einer Parteistellung, bemüht haben.⁴¹⁸ Aus den vorgenannten Tatsachen ist zu schliessen, dass der Ticketvertrieb resp. eine allfällige diesbezügliche Vorgabe für die Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität ein Parameter von bloss untergeordnetem Stellenwert ist – entsprechend ist eine dahingehende Einschränkung, wie sie die 50%-Vereinbarung bewirkt, in qualitativer Hinsicht von geringer Bedeutung. Damit wird im Übrigen entgegen der Auffassung insbesondere von Starticket⁴¹⁹ keineswegs gesagt, der Markt für Ticketvertrieb als solcher

sie (vgl. die Aussagen von Ticketcorner am Parteiverhör, Protokoll act. n° 218 S. 4; siehe ferner die mit Zahlenangaben illustrierten Aussagen von AGH am Parteiverhör, Protokoll act. n° 219 S. 8).

⁴¹³ In dem Sinn lassen sich die Antworten der befragten Veranstalter auf Frage 11.a des Fragebogens zusammenfassen (für Quellennachweise siehe Fn 32). Es bleibt allerdings darauf hinzuweisen, dass (nur, aber immerhin) einer der befragten Veranstalter zusätzlich angab, für ihn sei des Weiteren auch die „Entscheidungsfreiheit in allen relevanten Punkten wie (...) Ticketing (...)“ wesentlich (siehe act. n° 67).

⁴¹⁴ So im Ergebnis die Aussagen an den Zeugeneinvernahmen, siehe die Protokolle act. n° 180 S. 9; act. n° 209 S. 11 und S. 12 f. sowie act. n° 214 S. 11 f.

⁴¹⁵ Act entertainment ag (act. n° 57), 4 Music Entertainment AG (act. n° 118), in dem Sinne auch Live Music Production LMP S.A. (act. n° 38).

⁴¹⁶ Siehe dazu Rz 38.

⁴¹⁷ Bezeichnend mag auch etwa sein, dass ticketportal anlässlich des Parteiverhörs – danach gefragt, wem die 50%-AGB-Klausel schade - spontan zunächst „[A]lle[n] Anbieter[n] auf dem Markt (...)“ sagt und mehrere Ticketvertriebsunternehmen aufzählt und erst auf Nachfrage hin („Also Sie sprechen hauptsächlich von Ticketingunternehmen?“) ausserdem die Veranstalter nennt (siehe Protokoll act. n° 186 S. 5).

⁴¹⁸ Allein mit der „Angst“ der Veranstalter vor angeblich befürchteten wirtschaftlichen Nachteilen (so Starticket anlässlich der Parteiaussage, Protokoll act. n° 184 S. 8) lässt sich dies jedenfalls nicht erklären, andernfalls sich die Veranstalter wohl auch nicht dafür gehalten hätten, in ihren Antworten auf den Fragebogen mitzuteilen, dass sie solche Vorgaben nicht begrüssen würden.

⁴¹⁹ Act. n° 259 Seite 16 f.

sei unbedeutend – vielmehr wird dieser Markt ja separat und eingehend untersucht⁴²⁰ – sondern nur, aber immerhin, dass sich eine Vorgabe hinsichtlich des Ticketvertriebs, die mittels einer Vertragsbedingung bei der Vermietung einer Lokalität gemacht wird, auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen qualitativ nur geringfügig auszuwirken vermag.

184. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die 50%-Vereinbarung resp. die durch sie bewirkte Wettbewerbsbeschränkung für die Veranstalter durchaus ärgerlich sein mag und sie es ohne Weiteres vorziehen würden, keine dahingehenden Vorgaben zu haben. Dies aber dürfte letztlich bei jeder Wettbewerbsbeschränkung der Fall sein und macht diese noch nicht zu einer aus qualitativer Sicht schwergewichtigen im Sinne des KG. Insgesamt sind die Wettbewerbswirkungen der 50%-Vereinbarung auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten zur Durchführung von Anlässen als – aus kartellrechtlicher Sicht – qualitativ nicht schwerwiegend zu bewerten.

B.3.3.2.1.2 Quantitatives Element

185. In quantitativer Hinsicht lässt sich zunächst einmal feststellen, dass die 50%-Vereinbarung den Ticketvertrieb von fremdvertriebenen Tickets sämtlicher im Hallenstadion stattfindender Anlässe betrifft. Insofern ist die Abrede umfassend. Inhaltlich erfasst die Abrede aber (jedenfalls rechtlich) nur 50% der fremdvertriebenen Tickets. In diesem Umfang besteht kein Wettbewerb hinsichtlich des Ticketvertriebs fremdvertriebener Tickets bei der Miete des Hallenstadions und zwar – in Anlehnung an die für vertikale Abreden übliche Terminologie – kein Innen-Intrabrand-Wettbewerb.

186. Bezüglich des Vertriebs des verbleibenden Anteils von 50% der fremdvertriebenen Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe stehen demgegenüber, zumindest auf den ersten Blick, sämtliche Ticketvertriebsunternehmen miteinander im Wettbewerb. Ticketcorner hat bezüglich dieses Ticketkontingents jedoch aufgrund der 50%-Vereinbarung zwei wesentliche Wettbewerbsvorteile: Zum einen ist Ticketcorner das einzige Ticketvertriebsunternehmen, welches den Vertrieb sämtlicher fremdvertriebener Tickets eines im Hallenstadion stattfindenden Anlasses anbieten und damit die Notwendigkeit einer Ticketkontingentierung entbehrlich machen kann. Dies ist, wie an anderer Stelle ausgeführt, den Veranstaltern ein grosses Anliegen.⁴²¹ Zum anderen hat Ticketcorner die Möglichkeit, sein Angebot bezüglich des Vertriebs des von der 50%-Vereinbarung nicht erfassten Ticketkontingents aus dem Vertrieb des ihm durch die 50%-Vereinbarung zugesicherten Ticketkontingents quer zu finanzieren. Oder anders gewendet: Ticketcorner kann von anderen Ticketvertriebsunternehmen im Wettbewerb um den Vertrieb des von der 50%-Vereinbarung nicht erfassten Ticketkontingents abgegebene Angebote „unterbieten“, ohne selber bessere Konditionen anbieten zu müssen, einzig indem er die Konditionen verschlechtert (oder nicht zu verbessern bereit ist), die er für den Vertrieb des ihm durch die 50%-Vereinbarung zugesicherten Ticketkontingents anbietet, wenn ihm einzig dieses zum Vertrieb überlassen wird. Wie an anderer Stelle ausgeführt,⁴²² kann hier offen bleiben, ob Ticketcorner diese Möglichkeit nutzt; er hat sie jedenfalls und allein schon dies verschafft Ticketcorner einen Vorteil. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass betreffend den Vertrieb von fremdvertriebenen Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe, welche von der 50%-Vereinbarung nicht erfasst werden, ein gewisser, allerdings ausgesprochen schwacher Wettbewerb – oder wiederum in Anlehnung an die für vertikale Abreden übliche Terminologie – Aussen-Intrabrand-Wettbewerb besteht. Intrabrand-Wettbewerb ist gesamthaft also kaum vorhanden und äusserst schwach.

⁴²⁰ Siehe Rz 191 ff.

⁴²¹ Siehe Rz 48 ff.

⁴²² Siehe Rz 57.

187. Bezüglich des Intra-brand-Wettbewerbs gilt es allerdings auch zu berücksichtigen, dass ein bedeutender Anteil der Veranstalter (gemäss Angaben von AGH 80%⁴²³), welche das Hallenstadion für die Durchführung von Anlässen mieten und dabei auf einen Vertrieb von Tickets für ihren Anlass angewiesen sind, schon vorgängig des Inkrafttretens der 50%-Vereinbarung und unabhängig dieser den Ticketvertrieb über Ticketcorner vornehmen liess. Soweit diese Veranstalter betreffend, mag die 50%-Vereinbarung zwar eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, im eigentlichen Sinne zu bewirken vermag die Abrede diese jedoch mangels Kausalität nicht. Die Wirkung der 50%-Vereinbarung beschränkt sich insofern darauf, den bestehenden Zustand abzusichern und potentiellen Intra-brand-Wettbewerb vorsorglich zu verhindern. Zu bedenken bleibt dabei allerdings, dass die (gemäss Angaben von AGH) 80% der Veranstalter, die ohnehin Ticketcorner wählten, nicht zugleich einen Anteil von 80% aller für im Hallenstadion stattfindende Anlässe vertriebener Tickets repräsentierten, ihr Anteil hieran war vielmehr geringer. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Zusammenspiel der Verträge zwischen AGH und Good News⁴²⁴ sowie Ticketcorner und Good News⁴²⁵ ebenfalls zu diesem hohen Anteil von Veranstaltern, die ohnehin Ticketcorner wählten, beitragen dürfte. Insgesamt relativiert das Vorangehende aber gleichwohl die Bedeutung des weitgehend fehlenden Intra-brand-Wettbewerbs bei der Beurteilung des quantitativen Elements in vorliegendem Fall in einem gewissen Ausmass.

188. Aufgrund des Intra-brand-Wettbewerbs resp. – präziser – dessen geringfügiger Ausprägung lässt sich nicht ausschliessen, dass die durch die 50%-Vereinbarung bewirkte Beeinträchtigung quantitativ schwerwiegend ist. Zu prüfen bleibt deshalb, wie es sich mit dem Inter-brand-Wettbewerb verhält: Vorab ist festzuhalten, dass die Abrede den gesamten Tätigkeitsbereich von AGH auf dem relevanten Markt beschlägt.⁴²⁶ Hinsichtlich der Marktstellung, die AGH auf dem relevanten Markt inne hat, kann im Einzelnen auf die an anderer Stelle⁴²⁷ gemachten Ausführungen verwiesen werden. Wiederholt sei hier bloss das Ergebnis, namentlich dass AGH auf dem relevanten Markt über eine starke Position verfügt. Inter-brand-Wettbewerb ist AGH gleichwohl ausgesetzt. Dieser erreicht allerdings nicht ein solches Ausmass, welches die durch die 50%-Vereinbarung bewirkte Beeinträchtigung als aus quantitativer Hinsicht geringfügig erscheinen liesse. Da ein Markteintritt in den hier interessierenden Markt zum einen mit hohen Investitionskosten verbunden ist, zum anderen zahlreiche Bewilligungen und entsprechende, erfahrungsgemäss zeitaufwändige Bewilligungsverfahren voraussetzt, ist in den nächsten 2–3 Jahren⁴²⁸ nicht mit einem bedeutsamen Markteintritt zu rechnen. Potentieller Inter-brand-Wettbewerb, der die Wirkung der 50%-Vereinbarung in quantitativer Hinsicht zu relativieren vermöchte, besteht demnach ebenfalls nicht. Folgedessen ist die durch die 50%-Vereinbarung bewirkte Beeinträchtigung als in quantitativer Hinsicht schwerwiegend zu qualifizieren.

B.3.3.2.1.3 Gesamtwürdigung

189. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die hier zu beurteilende Beeinträchtigung, die die 50%-Vereinbarung auf dem Markt für die Vermietung von Lokalitäten zur Durchführung von Anlässen bewirkt, zwar in quantitativer Hinsicht schwerwiegend ist, nicht aber in qualitativer Hinsicht. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind diese beiden Elemente nun konkret für den vorliegenden Fall zu gewichten und es ist festzustellen, welches

⁴²³ Protokoll des Parteiverhörs von AGH act. n° 219 S. 11; ferner auch Beilage 2 zu act. n° 15.

⁴²⁴ Siehe Rz 38.

⁴²⁵ Siehe Rz 39.

⁴²⁶ Siehe Rz 185. Zur mit dieser Bemerkung angesprochenen Problematik siehe Rz 197.

⁴²⁷ Siehe Rz 132 ff.

⁴²⁸ Vgl. zu dieser Zeitspanne statt anderer KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 357), Art. 5 KG N 240.

hier den Ausschlag gibt,⁴²⁹ d.h., ob die Wirkungen der 50%-Vereinbarung gesamthaft – vorliegend insbesondere aufgrund des quantitativen Elements – als erhebliche Beeinträchtigung i.S.d. KG zu qualifizieren sind oder – hier insbesondere aufgrund des qualitativen Elements – eben als in diesem Sinne unerhebliche.

190. Die Vorgabe, für den Vertrieb fremdvertriebener Tickets zwingend ein bestimmtes Ticketvertriebsunternehmen, hier Ticketcorner, beziehen zu müssen, ist für die Veranstalter zwar lästig und wird von ihnen als unnötig empfunden. Letztlich aber ist dieser Punkt für die Veranstalter bei der Wahl einer Lokalität im Vergleich zu anderen Parametern von ausgesprochen geringer Bedeutung. Der Einfluss dieser Vorgabe darauf, welche Lokalität ein Veranstalter für die Durchführung eines Anlasses mietet, ist vernachlässigbar. Das quantitative Gewicht, welches die 50%-Vereinbarung hat, vermag dies nicht zu ändern und insbesondere nicht zu kompensieren. Folgedessen sind die Auswirkungen der 50%-Vereinbarung, die sie auf dem vorliegend relevanten Markt hat, gesamthaft bescheiden, weshalb sie bei einer Gesamtbetrachtung als den Wettbewerb auf diesem Markt nicht erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren ist.

B.3.3.2.2 Auf dem Markt für Ticketvertrieb

191. Einleitend ist auch hier daran zu erinnern, dass die betroffenen Akteure, sprich die Marktteilnehmer einerseits, die Abredeteilnehmer andererseits, nicht vollumfänglich dieselben sind: Beim hier betrachteten Markt sind die Marktteilnehmer zum einen die Ticketvertriebsunternehmen, mitunter auch Ticketcorner, zum anderen die Veranstalter. An der Abrede beteiligt sind AGH und Ticketcorner, die wie gesagt ihre jeweiligen Angebote, welche komplementär sind, miteinander koppeln.

B.3.3.2.2.1 Qualitatives Element

192. Die 50%-Vereinbarung und deren vertragskonforme Um- und Durchsetzung durch die AGH gegenüber den Veranstaltern (und damit den Mietern des Hallenstadions zur dortigen Durchführung von Anlässen) mittels der 50%-AGB-Klausel führt auf dem Markt für Ticketvertrieb dazu, dass der Ticketvertrieb fremdvertriebener Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe zu mindestens 50%, faktisch aber in den allermeisten Fällen zu 100%, über Ticketcorner abgewickelt wird, und dass Veranstalter für den (allfälligen) Vertrieb von eigenvertriebenen Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe das hierfür erforderliche Softwaresystem in den allermeisten Fällen von Ticketcorner beziehen.

193. Dass eine Übertragung der der VertBek zu Grunde liegenden Wertungen hinsichtlich des qualitativen Gewichts, die der von der 50%-Vereinbarung bewirkten Einschränkung zukommt, kein eindeutiges Bild zeichnet, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt⁴³⁰ und es kann diesbezüglich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Wiederholt sei hier, dass die 50%-Vereinbarung – je nach Betrachtungsweise – entweder die Wirkungen einer Alleinbezugsverpflichtung, einer Alleinbelieferungspflicht oder aber einer Beschränkung des Kundenkreises für den Wiederverkauf hat. Gemein ist all diesen Betrachtungsweisen, dass damit eine Exklusivität auf Seiten des Ticketvertriebsunternehmens verbunden ist.

194. In qualitativer Hinsicht ist vorliegend – soweit den Markt für Ticketvertrieb betreffend – von Bedeutung, dass die mit der 50%-Vereinbarung verbundene Exklusivität nicht (wie ge-

⁴²⁹ Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang die Forderung von GION GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, 869 und 874, wonach das Gewicht generell auf das quantitative Element zu legen sei. Eine solch pauschale „Bevorzugung“ des quantitativen Elements gegenüber dem qualitativen stünde letztlich einer freien Gesamtwürdigung des Zusammenspiels dieser beiden Elemente im konkreten Einzelfall im Wege.

⁴³⁰ Siehe Rz 179.

wöhnlich) bloss einen einzelnen Teilnehmer der Marktgegenseite bindet, sondern gleich eine Vielzahl von Veranstaltern, nämlich alle, die für die Durchführung eines Anlasses das Hallenstadion mieten. Dieser durch die Abrede bewirkte Einbezug gleich mehrerer Teilnehmer der Marktgegenseite lässt die mit der Abrede verbundene Exklusivität als in qualitativer Hinsicht eher schwerwiegend erscheinen. Das inhaltliche Gegenstück zur Erfassung gleich mehrerer Teilnehmer der Marktgegenseite durch die Abrede, nämlich die Einschränkung der durch die Abrede erzielten Exklusivität auf den Vertrieb von Tickets für Anlässe, welche im Hallenstadion stattfinden, vermag dies nicht aufzuwiegen.

195. In qualitativer Hinsicht die wesentliche Rolle spielt aber die mit der Abrede verfolgte Kopplung des Ticketvertriebs mit der Vermietung einer Lokalität für die Durchführung eines Anlasses. Wie zuvor gesehen, ist eine allfällige Vorgabe hinsichtlich des Ticketvertriebs für die Veranstalter bei der Wahl einer geeigneten Lokalität für die dortige Durchführung eines Anlasses bloss von untergeordnetem Stellenwert, vermag die Wahl nicht (oder höchstens in ausgesprochenen Ausnahmefällen) zu beeinflussen und wird von den Veranstaltern letztlich ohne grosses Aufheben hingenommen.⁴³¹ Mit dieser Koppelung mehrerer komplementärer Märkte durch die Abrede wird erreicht, dass Veranstalter eine Vorgabe bezüglich des Ticketvertriebs akzeptieren, die sie sonst nicht eingegangen wären, weil die Wahl einer geeigneten Lokalität für die Durchführung eines Anlasses für sie von prioritärer Bedeutung ist.⁴³² Oder anders gesagt werden durch die Abrede von den Veranstaltern als relevant erachtete Wettbewerbsparameter aus einem anderen Markt (der Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen) in den vorliegend betrachteten Markt (den Ticketvertrieb) eingebracht, was in qualitativer Hinsicht als eine schwerwiegende Einschränkung zu betrachten ist.

B.3.3.2.2 Quantitatives Element

196. Soweit den Vertrieb von Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe betreffend, kann auf die vorangehenden Ausführungen zum Intra-brand-Wettbewerb im Markt für die Vermietung von Lokalitäten für die Durchführung von Anlässen verwiesen werden;⁴³³ welche mutatis mutandis auch hier zutreffend sind. Das Ergebnis sei an dieser Stelle zusammengefasst wiederholt, nämlich dass der diesbezügliche Wettbewerb, soweit überhaupt vorhanden, ausgesprochen schwach ist. Relativierend zu beachten ist allerdings, dass die Abrede im Verhältnis zu bestimmten Veranstaltern bloss den ohnehin schon bestehenden Zustand – Wahl von Ticketcorner als Ticketvertriebsunternehmen für den Vertrieb von Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe – absichert, diesen aber nicht herbeiführt.

197. Im Kontext des vorliegend betrachteten Markts ist unter dem (den klassischen vertikalen Verhältnissen entlehnten, nicht ganz treffenden) Titel des Inter-brand-Wettbewerbs der Wettbewerb um den Vertrieb von Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe (siehe dazu die vorangehende Rz) in Relation zum Wettbewerb um den Vertrieb von Tickets generell zu verstehen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass Ticketcorner auf dem Markt für Ticketvertrieb in Anbetracht seines Marktanteils über eine starke Stellung verfügt. Gemäss eigenen, anlässlich des Parteiverhörs gemachten Angaben beläuft sich dieser Marktanteil auf [14–23] %⁴³⁴, wobei diese Selbsteinschätzung zu tief ausgefallen sein dürfte. Bezeichnend ist jedenfalls, dass die CTS-Gruppe in ihrer Pressemitteilung vom 19. Februar 2010 zur Übernahme der Aktien an Ticketcorner⁴³⁵ den Marktanteil von Ticketcorner mit rund 60% und damit bedeutend höher angibt. Der Marktanteil mag nun Auskunft über die Marktstellung von

⁴³¹ Siehe Rz 181 ff.

⁴³² Siehe auch Rz 183.

⁴³³ Rz 185 ff.

⁴³⁴ Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner act. n° 218 S. 3.

⁴³⁵ Abrufbar unter <www.ticketcorner.ch/obj/media/DE-eventim/relations/press/2010/2010-02-19-Press-Ticketcorner.pdf> (05.12.2011).

Ticketcorner auf dem Markt für Ticketvertrieb geben; er besagt aber nichts darüber, in welchem (quantitativen) Ausmass sich die Abrede wettbewerbsbeeinträchtigend auswirkt. Oder anders gewendet: Für die Beurteilung der durch die Abrede in quantitativer Hinsicht bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung ist entscheidend, in welchem (quantitativen) Ausmass neben der Abrede noch Wettbewerb besteht, und nicht der generelle Marktanteil, der ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen losgelöst dieser Abrede inne hat.⁴³⁶

198. Ticketcorner gab nun anlässlich des Parteiverhörs an, der Vertrieb von Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe mache bezüglich aller von Ticketcorner vertriebener Tickets anteilmässig knapp [8–14] %⁴³⁷ aus. Der prozentuale Anteil der Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe wurde von Ticketcorner am Parteiverhör auf gut [0–5] %⁴³⁸ der gesamten in der Schweiz im Fremdvertrieb vertriebenen Tickets geschätzt. Wie vorangehend gesehen, dürften die von Ticketcorner gegenüber dem Sekretariat anlässlich des Parteiverhörs gemachten Zahlenangaben wohl allerdings nicht losgelöst von prozesstaktischen Überlegungen gemacht worden sein. Nachfolgend sollen diese Angaben daher plausibilisiert oder eben widerlegt werden.

199. Gemäss Angaben von AGH hat das Hallenstadion jährlich gesamthaft knapp ca. 1 Mio. Besucher (was ebenso vielen Tickets entsprechen dürfte), wobei es 2009 erstmals mehr als 1 Mio. waren, 2010 etwas weniger als 900'000.⁴³⁹ Gestützt auf die von Ticketcorner angegebenen Prozentzahlen⁴⁴⁰ würde sich daraus ein Gesamtvolumen des Marktes von [mindestens 20] Mio. Tickets ergeben. Demgegenüber schätzt AGH, welche allerdings selber nicht auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig ist, das Gesamtvolumen dieses Markts auf ca. 12 Mio. Tickets pro Jahr⁴⁴¹ und damit deutlich tiefer. Die CTS-Gruppe, welche den Marktanteil des von ihr erworbenen (und, so ist anzunehmen, von ihr entsprechend vorgängig im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung genauer betrachteten) Ticketcorner mit rund 60% beziffert, nennt weiter die Anzahl der von Ticketcorner vertriebenen Tickets, nämlich 9.3 Mio., was einem Gesamtvolumen von ca. 15.5 Mio. Tickets entspricht. Auch wenn eine exakte Bezifferung des Gesamtvolumens, wie die vorangehend aufgeführten, divergierenden Einschätzungen zeigen, demzufolge schwer fällt, fest steht jedenfalls, dass der von der Abrede betroffene Anteil (mehr oder weniger weit) unter 10% liegt. Der Marktanteil, auf welchen sich die Abrede auswirkt, wird sogar noch geringer, wenn weiter berücksichtigt wird, dass

- 1) von den ca. 1 Mio. Tickets für im Hallenstadion stattfindende Anlässe zwischen 150'000–300'000 Tickets – je nach Erfolg – auf Heimspiele der ZSC Lions entfallen,⁴⁴² wobei diese Tickets aufgrund eines diesbezüglichen, noch bis 2013 laufenden Vertrags derzeit nicht von der 50%-Vereinbarung erfasst werden.⁴⁴³

⁴³⁶ Im Ergebnis ebenso RPW 1997/4, 499 Rz 57, *Recymet AG*; PRW 2000/3, 362 Rz 98, *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*, offen gelassen in RPW 2010/1, 104 Rz 310 Lemma 2, *Gaba*. Aus der Lehre wie hier etwa GIGER (Fn 429), 870.

⁴³⁷ Siehe das Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner act. n° 218 S. 16.

⁴³⁸ Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner act. n° 218 S. 16 resp. S. 17 (bereinigte Version).

⁴³⁹ Siehe Seite 7 des Geschäftsberichts 2009 von AGH, abrufbar unter <www.hallenstadion.ch/sites/downloads/geschaeftsbericht_2009.pdf> resp. Seite 7 des Geschäftsberichts 2010 von AGH, abrufbar unter <www.hallenstadion.ch/sites/downloads/geschaeftsbericht_2010.pdf>; ferner etwa <www.hallenstadion.ch/sites/news.html?news:view=details&id=10> (alle 05.12.2011).

⁴⁴⁰ [0–5] % Protokoll des Parteiverhörs von Ticketcorner act. n° 218 S. 16 resp. S. 17 (bereinigte Version).

⁴⁴¹ Siehe act. n° 148 Rz 98.

⁴⁴² Siehe zu den Zahlenangaben 2007–2009 betreffend ZSC Lions act. n°65 ad Frage 5.c.

⁴⁴³ Act. n° 109 ad Frage 5.a; ferner act. n° 12 Rz 97 (bereinigte Version act. n° 148) sowie act. n° 102 S. 16 f.

- 2) die Abrede gegenüber etlichen Veranstaltern, die das Hallenstadion für die dortige Durchführung eines Anlasses mieten, bloss den ohnehin bestehenden Zustand absichert, nämlich die Wahl von Ticketcorner als das für den Ticketvertrieb zuständige Ticketvertriebsunternehmen, nicht aber diesen Zustand herbeiführt.⁴⁴⁴
- 3) sich, wenn auch nur, so doch immerhin, in ganz wenigen Ausnahmefällen ein Veranstalter gleichwohl für einen Vertrieb der fremdvertriebenen Tickets über mehrere Ticketvertriebsunternehmen entscheiden dürfte.

200. Der von der Abrede betroffene Teil des Marktes beläuft sich demnach auf (deutlich) unter 10%. Nur in diesem Ausmass schränkt die Abrede die Wahlfreiheit der Veranstalter ein bzw. schliesst sie die Konkurrenten von Ticketcorner, die übrigen Ticketvertriebsunternehmen, vom Markt aus. In quantitativer Hinsicht ist die Wirkung der Abrede auf dem hier betrachteten Markt demzufolge als nicht schwerwiegend zu bezeichnen.

201. Ergänzend sei allerdings bereits zu diesem Zeitpunkt darauf hingewiesen, dass sich die Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender Abreden in quantitativer Hinsicht kumulieren können. Dies kann zur Folge haben, dass sich Abreden, deren quantitatives Gewicht für sich alleine jeweils noch nicht schwerwiegend wäre (wie dies vorliegend der Fall ist), in ihrer Gesamtheit, eben aufgrund des nebeneinander Bestehens mehrerer gleichartiger Abreden, gleichwohl quantitativ schwerwiegend auswirken. Vertieft abgeklärt zu werden braucht dies vorliegend noch nicht, da zurzeit in der Schweiz mit der 50%-Vereinbarung vergleichbare Abreden zwischen Ticketvertriebsunternehmen und Vermietern von Lokalitäten zur Durchführung von Anlässen einzig hinsichtlich des Verlagshauses Die Südschweiz (Ticketcorner)⁴⁴⁵ sowie – zumindest bis vor Kurzem – des Stade de Genève (Resaplus, nunmehr in Liquidation)⁴⁴⁶, ferner, wenn auch in qualitativer Hinsicht weniger eingreifend⁴⁴⁷, des KKL, des „Zelts“ und der AFG Arena St. Gallen (ticketportal)⁴⁴⁸ bestehen.

B.3.3.2.2.3 Gesamtwürdigung

202. Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die hier zu beurteilende Beeinträchtigung, die die 50%-Vereinbarung auf dem Markt für Ticketvertrieb bewirkt, zwar in qualitativer Hinsicht schwerwiegend ist, nicht aber in quantitativer Hinsicht. Im Rahmen einer Gesamtbeurteilung sind diese beiden Elemente nun konkret für den vorliegenden Fall zu gewichten und es ist festzustellen, welches hier den Ausschlag gibt, d.h., ob die Wirkungen der 50%-Vereinbarung gesamthaft – vorliegend insbesondere aufgrund des qualitativen Elements – als erhebliche Beeinträchtigung i.S.d. KG zu qualifizieren sind oder – hier insbesondere aufgrund des quantitativen Elements – eben als in diesem Sinne unerhebliche.

203. Die WEKO erachtete in einem ebenfalls Exklusivverträge betreffenden – und damit in qualitativer Hinsicht vergleichbaren – Fall eine Abrede, welche 11% des relevanten Marktes umfasste, als den Wettbewerb bloss unerheblich beeinträchtigend.⁴⁴⁹ Von dieser vorgezeichneten Gesamtwertung ist in vorliegender Untersuchung nicht abzuweichen – der von der Abrede betroffene Anteil des Marktes ist aus quantitativer Sicht zu gering, um dass die Abrede den Markt erheblich beeinträchtigen könnte, stehen doch über 90% des Marktes für die Konkurrenten von Ticketcorner trotz dieser Abrede weiterhin offen.

⁴⁴⁴ Siehe Rz 196.

⁴⁴⁵ Siehe act. n° 101 S. 5.

⁴⁴⁶ Siehe act. n° 101 S. 6, ferner die Antwort auf Frage 3 in act. n° 50.

⁴⁴⁷ Siehe diesbezüglich etwa die Beilage zu act. n° 186.

⁴⁴⁸ Siehe act. n° 101 S. 6, ferner das Protokoll der Parteiaussage, act. n° 186 S. 6.

⁴⁴⁹ RPW 1997/4, 499 f. Rz 56 ff., *Recymet AG*.

B.3.3.2.3 Fazit

204. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die 50%-Vereinbarung auf den beiden betroffenen Märkten zwar beeinträchtigend auswirkt, diese Auswirkungen aber nicht das erforderliche Ausmass erreichen, um als den Wettbewerb i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigend bezeichnet werden zu können.

B.4 Schlussfolgerung

205. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Untersuchung gezeigt hat, dass weder AGH über eine marktbeherrschende Stellung verfügt – und folglich auch nicht gegen Art. 7 KG verstossen kann – noch die Abreden zwischen AGH und Ticketcorner als unzulässige Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG zu qualifizieren sind. Entsprechend ist die Untersuchung ohne Folgen einzustellen.

C Kosten

206. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁴⁵⁰ ist gebührenpflichtig, wer das fragliche Verwaltungsverfahren verursacht hat. Dieses Verursacherprinzip wird jedoch durch das sogenannte Unterliegerprinzip relativiert.⁴⁵¹

207. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wird.⁴⁵²

208. Nicht gebührenpflichtig werden demgegenüber Unternehmen, die zwar eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.⁴⁵³ Ebenfalls keine Gebühren zu bezahlen haben Dritte, auf deren Anzeige hin ein Verfahren nach Art. 26–30 KG durchgeführt wird.⁴⁵⁴

209. Das vorliegende Verfahren wird – wie zuvor ausgeführt – eingestellt, da keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt wurden. Entsprechend sind AGH und Ticketcorner, gegen welche sich die Untersuchung richtete, nicht als unterliegend zu qualifizieren und ihnen sind keine Kosten aufzuerlegen. Ebenso wenig gebührenpflichtig werden die formellen Verfügungsadressatinnen⁴⁵⁵, d.h. die übrigen Verfahrensparteien ticketportal, Ticketino und Starticket, wie auch die Anzeigerinnen (CTS Schweiz und ticketportal).

⁴⁵⁰ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴⁵¹ BGE 128 II 247, 257 ff. E. 6 (=RPW 2002/3, 546 ff. E. 6), *BKW FMB Energie AG*.

⁴⁵² BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (=RPW 2002/3, 546 f. Rz. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

⁴⁵³ Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG.

⁴⁵⁴ Art. 3 Abs. 2 Bst. a GebV-KG.

⁴⁵⁵ Ausdrücklich eine Kostenauflegung an formelle Verfügungsadressaten ablehnend Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 337 E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Beweisanträge von Ticketportal AG werden abgewiesen.
2. Die Untersuchung 32-0221: Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich gegen die Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich und die Ticketcorner AG wird eingestellt.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - **Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich, [...]**
 - **Ticketcorner AG, [...]**
 - **Ticketino AG, [...]**
 - **Ticketportal AG, [...]**
 - **Starticket AG, [...]**

[Rechtsmittelbelehrung]